



Jurisprudência da Sexta Turma

HABEAS CORPUS N. 27.389-SP (2003/0036162-3)

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido

Impetrante: Ordem dos Advogados do Brasil — Seção de São Paulo

Advogados: Alberto Zacharias Toron e outro

Impetrada: Nona Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo

Paciente: Vanderlan Ferreira de Carvalho

EMENTA

Habeas corpus. Direito Penal e Direito Processual Penal. Crimes contra a honra. Funcionário público. Inépcia da denúncia. Inexistência. Decadência. Inocorrência. Imunidade processual do advogado. Calúnia. Não-abrangência. Indiciamento após o oferecimento da denúncia. Impossibilidade.

1. Não há falar em inépcia da denúncia que, ajustada à norma de sua validade, descreve com suficiência fatos penalmente típicos (art. 41 do Código de Processo Penal).

2. Renovando o paciente sua conduta, com a apresentação em juízo de matérias jornalísticas caluniosas, não há como se acolher alegação de decadência do direito de representação para cujo prazo, em hipóteses tais, faz-se irrelevante a data da publicação do jornal.

3. Esta Corte Federal Superior firmou já entendimento no sentido de que a imunidade processual conferida aos advogados (arts. 133 da Constituição Federal e 142, inciso I, do Código Penal), não abrange, em regra, o delito de calúnia. Precedentes.

4. A indicição do paciente pela autoridade policial, determinada no ensejo do recebimento da denúncia, constitui evidente ilegalidade, por inadmissível, estando já proposta a ação penal, por substanciar ato próprio de fase inquisitorial da **persecutio criminis**, ultrapassada e dispensada pelo Ministério Público. Precedentes.

5. Ordem parcialmente concedida para suspender o indiciamento do paciente.

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, Hélio Quaglia Barbosa e Nilson Naves votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Paulo Medina. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 07 de dezembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Hamilton Carvalhido, Relator

DJ 17.12.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: **Habeas corpus** contra a Nona Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo que, conhecendo parcialmente do *writ* impetrado em favor de Vandelan Ferreira de Carvalho, denegou a ordem, preservando a ação penal a que responde como incurso nas sanções do delito tipificado no art. 138, **caput**, combinado com os arts. 141, incisos II e III, e 70, todos do Código Penal.

Estes, os fundamentos da impetração:

a) atipicidade da conduta, “(...) por estar flagrantemente ausente o **animus caluniandi**, (...)”;

b) impossibilidade de identificação das supostas vítimas do delito de calúnia (art. 138 do Código Penal);

c) constrangimento ilegal decorrente do indiciamento do paciente, vez que já oferecida a denúncia;

d) decadência do direito de representação por parte dos funcionários do Fórum de Ilhabela;

e) incidência da imunidade judiciária, eis que “(...) o **animus** a movê-lo não era o de caluniar, mas, simplesmente, o de se defender (...)”;

Pugna o impetrante, ao final, pelo trancamento da ação penal.

A liminar foi indeferida pelo Sr. Ministro-Relator, Jorge Scartezzini, à fl. 172 dos autos.

Posteriormente, reconsiderando parcialmente sua decisão denegatória de liminar, decidiu o Sr. Ministro-Relator “(...) suspender o indiciamento do paciente até ulterior deliberação.” (Fl. 415)

As informações estão às fls. 180/181 dos autos.

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

“HC. Calúnia. Trancamento de ação penal, por ausência de justa causa: Alegação de fato atípico narrado na inicial. Inocorrência. Hipótese de indeferimento.

1. O trancamento de ação penal por ausência de justa causa somente é viável com a comprovação, de plano, da atipicidade da conduta ou ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito, o que não se verifica na hipótese dos autos. Assim, se a peça exordial encontra-se fundada em elementos suficientes, para a admissibilidade da acusação, permitindo a adequação típica, ela não é inepta e nem peca pela falta de justa causa.

2. A perquirição a respeito da presença, ou não, de dolo no comportamento do acusado, bem como do fato deste encontrar-se acobertado pela imunidade judiciária do art. 133 da CF/1988, é tarefa que sempre demanda incursão na prova dos autos, inviável de apreciação pela via estreita escolhida, já que esta não comporta o amplo exame do material cognitivo.

3. Pelo indeferimento do *writ*.” (Fl. 394)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Senhor Presidente, **habeas corpus** contra a Nona Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo que, conhecendo parcialmente do *writ* impetrado em favor de Vandelan Ferreira de Carvalho, denegou a ordem, preservando a ação penal a que responde como incurso nas sanções do delito tipificado no art. 138, **caput**, combinado com os arts. 141, incisos II e III, e 70, todos do Código Penal.

Está o impetrante em que, **verbis**:

“(…)”

15. Tendo em vista tais precedentes, basta a leitura da própria denúncia, sem necessidade de maiores elucubrações, para perceber-se que, entre outras razões, a conduta do Paciente é atípica, por estar flagrantemente ausente o **animus caluniandi**, (...)

16. Mais não é preciso dizer: o paciente, ao juntar as matérias no processo em que era parte, visava, evidentemente, fazer prova contra as testemunhas ali arroladas pela parte contrária, as quais figuravam na referida matéria jornalística.

(...)

20. Como se vê, o Paciente expressamente mencionou o nome de dois advogados — pessoas diversas dos funcionários do fórum que ora se dizem vítimas, portanto — contra quem pretendia fazer prova ao juntar as matérias jornalísticas, o que deixa inequívoca sua intenção, não se vislumbrando, sequer em tese, o dolo necessário à configuração do crime contra a honra. Certo é, no entanto, que a juntada do recorte visava pessoas diversas, não se vislumbrando, sequer em tese, o dolo de atingir a honra dos funcionários que se sentiram caluniados, razão pela qual, no que concerne a eles, a ausência de dolo é manifesta, tornando o fato atípico.

(...)

21. É por isso que, além da manifesta atipicidade objetiva, é no campo da falta de dolo que transparece com nitidez a falta de crime nas afirmações questionadas. (...)

24. Mas, afora a manifesta ausência de dolo, existe ainda a questão relativa à imunidade judiciária. Como restou claro da petição de juntada, transcrita na própria denúncia, o paciente pretendia fazer prova contra pessoas que eram testemunhas na ação penal privada. Manifesto, portanto, que o **animus** a movê-lo não era o de caluniar, mas, simplesmente, o de se defender. (...)

25. Como se percebe, o Paciente, expressamente, juntou cópia da matéria porque as pessoas ali expressamente mencionadas — advogados, e não as seduzentes vítimas nestes autos — figuravam como testemunhas na queixa-crime, como se vê pelo teor de sua petição. (...)

26. Não resta a menor dúvida, portanto, de que a juntada das matérias em processos penais liga-se unicamente à discussão da causa, aplicando-se o disposto nos arts. 133 da Constituição Federal e 142, I, do Código Penal.

(...)

30. Não bastasse todo o exposto, deve-se ressaltar que a conduta do Paciente é atípica também porque: I - o Paciente, na qualidade de advogado, limitou-se a requerer a juntada das matérias jornalísticas nos autos de processo-crime no qual figurava como Querelante, e no qual algumas das pessoas mencionadas nas matérias haviam sido arroladas como testemunhas de defesa, e a conduta de juntar matéria jornalística em processo penal não equivale à divulgação de calúnia de que trata o art. 138, § 1º, do Código Penal; II - referida matéria, onde estariam contidas as supostas calúnias, não nomeou

qualquer funcionário — assim, ainda que sejam poucos os funcionários do Fórum, não há elementos para se concluir quais seriam aqueles acusados de pertencer ao grupo apontado como criminoso; III - não houve publicidade, uma vez que as matérias jornalísticas foram divulgadas por ocasião de sua publicação, seis meses antes, e não com a sua mera juntada aos processos.

(...)

35. De outro lado, também não há como se dizer que o Paciente ‘sabia serem falsas as imputações’, requisito indispensável para que se configure o tipo penal do art. 138, § 1º, do Código Penal. A uma, porque não se tem notícia sobre sua ciência do arquivamento do procedimento que investigou os fatos narrados nas matérias jornalísticas; a duas, porque o arquivamento do procedimento se deu por falta de provas, embora a Magistrada tenha realçado que o fato de os funcionários permitirem ao advogado retirar os autos de Cartório era proibido (doc. 12); ora, arquivamento por falta de provas não significa, necessariamente, que o fato não tenha ocorrido.

36. Por fim, como se destacou, as matérias jornalísticas juntadas pelo Paciente mencionavam apenas uma quadrilha envolvendo advogados e funcionários do Fórum, não nomeando qualquer funcionário.

(...)

41. Evidentemente, sendo atípicos os fatos atribuídos ao Paciente, não há que se falar em indiciamento. Mas não é só. Ainda que não fosse o caso de se trancar a ação penal, o indiciamento não se justificaria por outros motivos. O primeiro deles é que como está expresso no documento 2, já houve o oferecimento de denúncia.

(...)

45. No caso em tela, o constrangimento ilegal é ainda maior, na medida em que, não só prescindiu-se do indiciamento na fase inquisitorial, como, ainda, há proposta de suspensão processual. (...)

47. E, ressalte-se, ainda que não coubesse a suspensão, não caberia o indiciamento neste momento. (...) é evidente que o indiciamento do paciente a ser realizado quando denunciado, representa patente constrangimento ilegal, pois, além de desnecessário, revela-se descabido cronológica e finalisticamente.

(...)” (fls. 11/33).

Pugna, ao final, pelo trancamento da ação penal.

Concedo, parcialmente, a ordem.

Esta, a letra da exordial acusatória:

“(…)

Consta do incluso inquérito policial que, Vanderlan Ferreira de Carvalho (qualificado às fls. 2/126), na avenida Dona Gennana, n. 68, bairro Perequê, nesta Cidade, por duas vezes e de forma continuada, caluniou, em razão de suas funções, os funcionários públicos estaduais que trabalham no Fórum desta Distrital (Maria de Fátima Fernandes Clemente, Roseli Medeiros de Domingues, Elizabeth Ladislau Ramos, Ana Torres de Souza, Isolina Maria de Souza Garcez, Sérgio Henrique Moreira, Wagner Costa Prado, Benedito do Nascimento Santos, Ivanilde de Jesus Brito Santos, Janete Pereira Gomes da Silva, Antonio Aparecido Alves da Silva e Mirian Zucarello), imputando-lhes falsamente fatos definidos como crimes pelos arts. 288, **caput**, (quadrilha ou bando), 314 (extravio e sonegação de livros e documentos) e 319 (prevaricação), todos do Código Penal, valendo-se de meios que facilitaram a divulgação da calúnia:

a) no dia 08 de outubro de 1999, em horário não esclarecido, nos autos do Processo n. 273/1997, que tramitou neste Juízo;

b) no dia 22 de outubro de 1999, em horário não esclarecido, nos autos do Processo n. 275/1997, que tramitou neste Juízo.

Segundo restou apurado, Vanderlan Ferreira de Carvalho é advogado. Em meados do mês de abril de 1999, militando nesta cidade, o denunciado levou ao conhecimento da ilustre Juíza de Direito Ana Carolina Vaz Pacheco, então titular desta Distrital, suspeitas acerca da existência de uma quadrilha, integrada por advogados e funcionários do Fórum local, empenhada em extraviar e sonegar documentos e livros oficiais visando à obtenção de vantagens pessoais em demandas de natureza fundiária.

É certo que os fatos supranarrados foram investigados pela digna autoridade policial desta Cidade. Foi instaurado procedimento administrativo para a apuração das eventuais ilegalidades, objetivando a responsabilização de funcionários porventura envolvidos em fraudes. A imprensa foi cientificada a respeito dessas medidas. Assim, o caso ganhou ampla cobertura nas páginas de diversos jornais e periódicos de circulação local e regional, entre eles, ‘Folha de S. Paulo’ e ‘Diário de São José dos Campos’.

É dos autos que, encerrado o inquérito policial instaurado para a apuração dos possíveis crimes, nenhum funcionário foi indiciado ou denunciado. Pautando-se nessa evidência, a ilustre magistrada Ana Carolina Vaz Pacheco promoveu o arquivamento da Sindicância n. 08/1999, ressaltando que ‘nada

restou apurado acerca da participação de funcionários na suposta substituição de petições, inexistindo provas de que alguém tenha contribuído intencionalmente para tal fato, ou seja, tenha de fato substituído a fl. 107 ou tenha facilitado tal substituição. Igualmente, nenhum envolvimento entre funcionários e advogados restou comprovado' (cf. fl. 16).

Vanderlan Ferrelra de Carvalho, advogando em causa própria nos autos dos Processos Criminais ns. 273/1997 e 275/1997 (Queixas), requereu a juntada aos referidos feitos das matérias jornalísticas nas quais fora entrevistado, reprovando a conduta criminosa dos funcionários do Fórum de Ilhabela.

Assim, desconsiderando a decisão judicial que concluíra pela falta de provas no tocante à prática de ilegalidades perpetradas pelos funcionários, o denunciado peticionou nos autos do Processo Criminal n. 273/1997 nos seguintes termos: 'requer a juntada de pequena amostra do noticiário na imprensa local, regional e da Capital, envolvendo escândalo em que se envolveram Antonio Caio de Carvalho, o mentor de todo o esquema, Maurício Góes e outros constantes como 'testemunha' em queixa movida pelo requerente contra uma vereadora Nancy, sendo que Marcia Ione de Melo Souza, contumaz testemunha de falsos fatos estava arrolada' (cf. fls. 122/123).

Tal petição, acompanhada dos artigos desabonadores publicados na Imprensa, foi juntada no aludido feito no dia 08 de outubro de 1999.

Vanderlan Ferreira de Carvalho repetiu o procedimento supracitado nos autos do Processo Criminal n. 275/1997, requerendo e logrando conseguir, no dia 22 de outubro de 1999, a juntada das mencionadas matérias jornalísticas. Desse modo, por duas vezes, caluniou os funcionários que trabalham no Fórum de Ilhabela, a eles atribuindo falsamente fatos previstos como delitos pela legislação penal.

De fato, embora ciente de que os funcionários do Fórum desta Cidade não haviam sido responsabilizados — nas esferas criminal e administrativa — pela prática de quaisquer delitos, o denunciado postulou e conseguiu a juntada de artigos de jornal nos quais proferia graves acusações, valendo-se, para tanto, de meios que facilitaram a divulgação das duas calúnias: dois autos de processos cujo acesso não é vedado ao público. Em ambos os feitos, foram encartadas as seguintes declarações prestadas pelo denunciado, publicadas no jornal 'A Folha de S. Paulo': 'O advogado Vanderlan Ferreira de Carvalho afirmou que existe em Ilhabela uma quadrilha que seria formada por advogados do Município e funcionários do Fórum com interesse em fraudar documentos, desaparecer com processos para obter ganhos em questões fundiárias'. Vanderlan

Ferreira de Carvalho frisou, ainda, que a quadrilha agia ‘por meio do desaparecimento de processos de livros de registro de sentença, cuja guarda é privativa da chefia de cartório e do juiz’ (cf. fl. 128).

Evidente, portanto, que Vanderlan Ferreira de Carvalho imputou falsamente aos funcionários que então exerciam suas atividades no Fórum desta Distrital fatos definidos como três infrações penais: quadrilha (‘associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes’), extravio e sonegação de livros e documentos (‘extraviar livro oficial ou qualquer documento, de que tem a guarda em razão de cargo; sonegá-lo ou inutilizá-lo, total ou parcialmente’) e prevaricação (‘retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal’).

Nas informações prestadas à Imprensa e juntadas aos citados processos, o denunciado não declina os nomes dos funcionários implicados no esquema criminoso. Contudo, sabia que tais pessoas eram de fácil identificação, pois o Fórum local dispunha de poucos funcionários, os quais, em razão das funções que exerciam, eram conhecidos pela pequena comunidade ilhabelense. Com efeito, os funcionários-vítimas que assinaram a representação de fls. 04/07 contaram, no Distrito Policial, que as acusações do denunciado repercutiram entre a população desta Distrital, gerando situações constrangedoras e comentários mordazes sobre a má reputação dos ofendidos.

Por todo o exposto, denuncio a Vossa Excelência Vanderlan Ferreira de Carvalho como incurso, por duas vezes e em continuidade delitiva, no art. 138, **caput**, c.c. os arts. 141, incisos II e III, e 70, **caput**, todos do Código Penal. Requeiro que, r. e a. esta, seja instaurado o devido processo, procedendo-se à citação e interrogatório do acusado e ouvindo-se as pessoas adiante arroladas, nos termos do rito estabelecido nos arts. 394/405 e 498/502, do Código de Processo Penal, prosseguindo-se até final condenação.

(...)” (fls. 182/185 — nossos os grifos).

E estes, os fundamentos do acórdão impugnado:

“(…)

II. A impetração merece conhecimento parcial, denegando-se na parte conhecida.

(…)

O fato imputado ao paciente, como visto, não consiste na originária veiculação de entrevistas imputando figuras típicas aos funcionários do Foro



de Ilhabela. Consiste em fazer juntar, aos autos de duas queixas-crime que ele movia contra terceiras pessoas, recortes das matérias jornalísticas em que reproduzidas tais entrevistas. Não está sendo o paciente processado por fatos ocorridos em abril de 1999.

Necessário ter presente, ainda, que não se limitou o paciente a pura e simplesmente requerer a juntada aos autos daquelas matérias. Fê-lo com referência expressa a que se cuidava de escândalos em que se haviam envolvido terceiros ali nominados. Na medida em que o 'escândalo' a que aludiu o paciente ao peticionar em outubro de 1999 consistiria em formação de 'quadrilha' (delito plurissubjetivo) da qual participaram não só os indivíduos mencionados nas petições juntadas às queixas-crimes, mas funcionários do Fórum de Ilhabela, não se pode dizer que o paciente esteja respondendo a ação penal por fato manifestamente atípico. Intuitiva a referência, ainda que indireta, aos co-partícipes da denunciada 'quadrilha'.

Ao menos nesta esfera de cognição sumária, o fato narrado na denúncia não se configura **a priori** anódino penalmente. Se se reitera tempos após, manifestação ofensiva já atingida pelo efeito decadencial, está-se a revigorá-la, está-se a praticar novo fato em tese susceptível de macular a honra alheia.

Desimporta a circunstância de não haver o paciente nomeado especificamente algum funcionário do Fórum de Ilhabela, como integrante da 'quadrilha'. Se é reduzido o número de funcionários do Fórum Distrital (doze), todos eles facilmente identificáveis, lícito concluir que a ofensa é idônea a atingir todos e cada qual deles. Os ofendidos, de resto, estão identificados na peça acusatória e ofertaram a representação necessária à ação penal. Não reclama a lei que o sujeito passivo dos delitos contra a honra seja uma única pessoa.

Argüi-se a causa excludente prevista no art. 142, I, do CP, ou a imunidade judiciária de que trata a Constituição Federal, em seu art. 133. (...)

O que se sabe, à luz das cópias acostadas, é que os fatos imputados ocorreram no bojo de uma petição deduzida pelo paciente em ações penais privadas por ele movidas. Não há, porém, nenhuma notícia a respeito do teor dessas 'querelas', nem mesmo se sabendo qual seria o conteúdo do litígio ou o objeto material da causa em discussão, o que curialmente — é indispensável para eventual reconhecimento da imunidade judiciária. Não se cuidou de trazer a estes autos prova literal que esclarecesse o ponto. Como quer que seja, os funcionários do Fórum de Ilhabela eram não só terceiros, estranhos à lide, como em princípio responsáveis pela prática de atos de ofício no próprio processo: a circunstância, se **a priori** não exclui a imunidade judiciária,

demanda que a respectiva caracterização seja apreciada de maneira mais aprofundada, inviável em esfera de **habeas corpus**.

A ação penal em tela, ao que se sabe, é por natureza revestida de publicidade: o fato atribuído ao paciente não é, como visto, a concessão de entrevistas à imprensa escrita, e sim a ulterior divulgação, nos autos de um processo judicial, do teor daquelas entrevistas, em tese objetivamente idôneo a lesar o bem jurídico tutelado.

A existência, nestes autos, de cópia tão-só parcelar da ação penal originária impede do mesmo modo pronunciamento conclusivo a respeito da alegada ausência do elemento subjetivo do tipo, a vontade livre e consciente de malferir a honra dos sujeitos passivos. Certo é, no entanto, que a perquirição a respeito da presença, ou não, de dolo no comportamento do acusado é tarefa que sempre demanda incursão aprofundada na prova dos autos, e por isso mesmo tão-só em situações revestidas de excepcionalidade se mostra possível o trancamento de ação penal pela afirmativa da ausência de dolo. (...)

Não é possível, portanto, em que pese ao esforço dos cultos impetrantes, concluir pela presença de constrangimento ilegal derivado da ausência de justa causa para a ação penal a que responde o paciente.

Não lhe foi atribuído fato manifestamente atípico, e a denúncia se apresenta formalmente escoreita.

Resta, de maneira residual ou subsidiária, a pretensão no sentido de se cancelar a determinação de indiciamento do paciente.

Nessa parte, não é a impetração susceptível de conhecimento, uma vez que este Tribunal de Alçada Criminal, por intermédio desta egrégia Nona Câmara, já se pronunciou especificamente sobre o ponto. Assim o fez no julgamento do **Habeas Corpus** n. 405.428-3, cujos autos estão em apenso, impetração relativa ao mesmo processo originário. Firmou-se naquela oportunidade que a ordem era acolhida parcialmente, para o fim de sustar o indiciamento do paciente 'até eventual recebimento da denúncia contra ele oferecida'.

(...)

Já houve, como se vê, decisão desta Corte a propósito da pretensão de se sustar, ou se cancelar, a ordem de indiciamento do paciente. Não pode o Tribunal conhecer mais uma vez do mesmo pedido, seja por força da prevalência da garantia (e correlato óbice) consistente na coisa julgada, seja porque, à vista da irrisignação dos impetrantes e da renovação do pedido, transmudou-se esta Corte em autoridade supostamente coatora, não podendo tomar



conhecimento de impetração endereçada a ato dela mesma emanado, ou por ela confirmado.

III. Por todo o exposto, conhecem em parte da impetração, e a denegam na parte conhecida, cassada a liminar.” (fls. 110/116).

Tem-se, assim, que a denúncia, diversamente do que sustenta o impetrante, se ajusta à norma de sua validade, descrevendo com suficiência fatos penalmente típicos (art. 41 do Código de Processo Penal), não havendo, por isso, falar em inépcia, tanto quanto em atipicidade dos fatos, eis que, como descritos, não permitem, **primus ictus oculi**, que se afirme a ausência de tipicidade subjetiva, antes a confirmam, incabendo, por certo, o pretendido trancamento da **actio poenalis**.

Para a certeza das coisas, veja-se o teor do requerimento formulado pelo paciente nos autos da queixa-crime n. 273/1997, **verbis**:

“(…)

Vanderlan Ferreira de Carvalho, na Queixa n. 273/1997, movida contra Marcia Ione de Melo Souza, (...) requer a juntada dos inclusos documentos, assim numerados, mencionando-se seu conteúdo, a justificar o encaminhamento:

(…)

7) 07/10, pequena amostra do noticiário na imprensa local, regional e da Capital, envolvendo escândalo em que se envolveram Antonio Caio de Carvalho, o mentor de todo o esquema, Mauricio Goes e outros constantes como ‘testemunha’ em queixa movida pelo requerente contra uma vereadora Nancy, sendo que Marcia Ione de Melo Souza, contumaz testemunha de falsos fatos estava arrolada;

8) 11/12, amostragem das últimas publicações do referido escândalo, já noticiando o indiciamento de Antonio Caio de Carvalho e seu comparsa Mauricio Goes, em cujo escritório foi procedida a busca e apreensão de uma misteriosa pasta, com ‘senha’ (código secreto) onde estariam guardados a ‘sete chaves’, documentos que se relacionavam com o requerente, mostrando a sórdida e perversa face daquele grupo;

(…)

10) Tais documentos, **data venia**, por si sós, autorizam a procedência da presente, até porque mostram um envolvimento criminoso da Querelada, muito maior do que sua delituosa prática também provada nestes autos, (...)” (fls. 50/51).

Passo seguinte, não prospera a alegação de que “(...) referida matéria, onde estariam contidas as supostas calúnias, não nomeou qualquer funcionário — assim, ainda que sejam poucos os funcionários do Fórum, não há elementos para se

concluir quais seriam aqueles acusados de pertencer ao grupo apontado como criminoso.”

É que, ao que se tem dos autos, a identidade dos ofendidos nunca ensejou dúvida qualquer, especialmente se se considerar o reduzido número “(...) de funcionários do Fórum Distrital (doze), todos eles facilmente identificáveis, (...)”, mostrando-se indubitavelmente acertada a conclusão do acórdão recorrido quanto à certeza dos destinatários da ofensa “(...) idônea a atingir todos e cada qual deles.”

Note-se, outrossim, não há se falar em decadência do direito de representação, vez que, na letra mesma do **decisum** impugnado, “(...) o fato imputado ao paciente, como visto, não consiste na originária veiculação de entrevistas imputando figuras típicas aos funcionários do Foro de Ilhabela. Consiste em fazer juntar, aos autos de duas queixas-crime que ele movia contra terceiras pessoas, recortes das matérias jornalísticas em que reproduzidas tais entrevistas.” (Fl. 112)

Do mesmo modo, não há como acolher a alegação de que a conduta do paciente estaria abrangida pela imunidade judiciária.

É que esta Corte Federal Superior firmou já entendimento no sentido de que a imunidade processual conferida aos advogados (arts. 133 da Constituição Federal e 142, inciso I, do Código Penal), não abrange, em regra, o delito de calúnia.

Neste sentido, aliás, os seguintes precedentes:

“Penal. Recurso especial. Calúnia. Advogado. Imunidade jurídica.

I - A imunidade jurídica prevista no art. 142, inciso I, do Código Penal e no art. 7º, § 2º, da Lei n. 8.906/1994 não alcança o delito de calúnia.

II - A via do *writ* não permite que se aceite, de plano, sem verificação detalhada do material cognitivo, a incorrência do elemento subjetivo diverso do dolo.

Recurso provido.” (REsp n. 506.593-SC, Relator Ministro Felix Fischer, **in** DJ de 03.11.2003).

“RHC. Calúnia. Advogados. Falta de justa causa. Denúncia que, em tese, descreve fato típico. A imunidade judiciária não é aplicável aos delitos de calúnia. Prerrogativas do advogado que não comportam sentido absoluto e incontestável. Excludente de ilicitude do art. 23, III, do CP. Inocorrência. Exame restrito da causa em sede de **habeas corpus**. Sendo a vítima magistrado, ofendido em seu âmbito profissional e público, justificada a atuação do *Parquet* estadual, na forma do art. 145, parágrafo único, do CP.

A imunidade judiciária contemplada no art. 133 da Constituição Federal e no art. 142, inciso I, do Código Penal, não alcança o crime de calúnia, mas tão-somente a injúria e a difamação. Precedentes.

Incabível acobertar a tese de exclusão da ilicitude com base no art. 23, inciso III, do Código Penal (estricto cumprimento do dever legal ou exercício regular do direito), ante a consideração sufragada por doutrina e jurisprudência, de não serem absolutos e incontestáveis os poderes do causídico na sua esfera de atuação profissional, sendo, evidentemente, puníveis os eventuais excessos e abusos perpetrados.

Tendo sido o Magistrado ofendido em seu âmbito profissional, de funcionário público, justifica-se o exercício da ação penal pelo Ministério Público Estadual, na forma do art. 145, parágrafo único, do CP

Recurso desprovido.” (RHC n. 11.324-SP, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, **in** DJ de 02.10.2001 — nossos os grifos).

“Penal. Processual. Crime contra a honra. Advogado. Imunidade. Ausência de dolo. **Habeas corpus**. Recurso.

1. A Constituição Federal assegura, ao advogado, inviolabilidade por seus atos e manifestações no exercício da profissão (CF, art. 133). A imunidade judiciária, não obstante, não acoberta crime, em tese, de calúnia (CP, art. 142).

2. Determinar se houve conexão entre a ofensa e o exercício da defesa de um direito em juízo, requisito primordial para a caracterização da excludente suscitada (CP, art. 142), é matéria afeta à instrução criminal.

3. Havendo controvérsia de fatos e provas, o trancamento prematuro da ação penal seria o mesmo que cercear a pretensão acusatória do Estado. As provas, em **habeas corpus**, devem ser incontroversas, e os fatos, convergentes.

4. Recurso a que se nega provimento.” (RHC n. 9.299-SC, Relator Ministro Edson Vidigal, **in** DJ de 21.02.2000 — nossos os grifos).

“RHC. Trancamento da ação penal. Impossibilidade. Crime de calúnia. Exame de prova.

1. Na acusação por eventual prática do crime de calúnia, não se vislumbra, sem profunda investigação probatória, condições de trancamento da ação penal, em sede de **habeas corpus**, mesmo em virtude de invocação pelo advogado de defesa do constituinte de estar no exercício profissional, dado que, em princípio, a imunidade judiciária prevista no art. 142, I, do Código Penal, consoante pacificado entendimento pretoriano, não se aplica àquela infração penal. É que a verificação se a imputação falsa de fato definido como crime foi proferida com o objetivo de defesa de um direito e não com

intuito de ofender, quando, então, haveria atipicidade, é intento vedado naquele remédio, pela necessidade de exame aprofundado de provas.

2. Recurso improvido.” (RHC n. 10.205-RJ, Relator Ministro Fernando Gonçalves, **in** DJ de 17.10.2000).

No mesmo sentido, o entendimento de **Guilherme de Souza Nucci, verbis**:

“53. Exclusão da calúnia: o interesse da Administração Pública na apuração de crimes, especialmente os que prevêem ação penal pública incondicionada, afasta a possibilidade de se excluir a ilicitude no caso de ocorrência de calúnia. (...)” (**in** Código Penal Comentado, Ed. Revista dos Tribunais, 4ª ed., 2003, p. 473).

Por fim, com relação à pretensão de não se submeter o paciente às formalidades da indicição, merece prosperar a irresignação.

É que, a indicição do paciente pela autoridade policial, determinada no ensejo do recebimento da denúncia, todavia, constitui evidente ilegalidade, por inadmissível estando já proposta a ação penal, por substanciar ato próprio de fase inquisitorial da **persecutio criminis**, ultrapassada e dispensada pelo Ministério Público.

Não é outro o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça:

“**Habeas corpus**. Homicídio culposo. Denúncia oferecida e recebida. Determinação de indiciamento formal. Constrangimento. Desnecessidade.

Segundo orientação pacífica desta Corte, a determinação de indiciamento formal, quando já em curso a ação penal pelo recebimento da denúncia, é tida por desnecessária e causadora de constrangimento ilegal.

Ordem concedida para invalidar o indiciamento.” (HC n. 37.579-SP Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, **in** DJ de 08.11.2004).

“Criminal. HC. Falsidade ideológica. Formação de quadrilha. Inquérito policial. Indiciamento extemporâneo. Recebimento da denúncia. Constrangimento ilegal configurado. Ordem concedida.

Hipótese em que o paciente foi indiciado pela suposta prática dos crimes de formação de quadrilha e falsidade ideológica após o recebimento da denúncia pelos mesmos fatos.

Com o recebimento da denúncia, encontra-se encerrada a fase investigatória, e o indiciamento da paciente, neste momento, configura-se coação desnecessária e ilegal. Precedentes do STJ.

Deve ser determinada a suspensão do indiciamento do paciente, relativo aos mesmos fatos descritos na exordial acusatória.

Ordem concedida, nos termos do voto do Relator.” (HC n. 33.506-SP, Relator Ministro Gilson Dipp, *in* DJ de 1^o.07.2004).

“Processo Penal — Estelionato — Suspensão do processo — Acordo homologado — Indiciamento em inquérito policial posterior e pelo mesmo delito — Desnecessidade.

— Conquanto o mero indiciamento em inquérito policial não constitua constrangimento ilegal, no caso, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, propôs a suspensão do processo, tendo o paciente aceitado as condições ali impostas. Não faz sentido que haja novo indiciamento, pelo mesmo delito, sem a existência de qualquer fato novo que enseje a medida.

— Recurso provido para que seja suspenso o indiciamento.” (RHC n. 13.482-SP, Relator Ministro Jorge Scartezzini, *in* DJ de 19.12.2003).

“Denúncia contra ex-prefeito que prescindiu de inquérito policial. Apresentação de defesa preliminar pelo acusado, na forma do art. 4^o da Lei n. 8.038/1990. Peça acusatória ainda não apreciada. Determinação para que a autoridade policial indicie o paciente.

1. Tendo o Ministério prescindido o inquérito policial, para a denúncia, não há necessidade de indicição do acusado.

2. Indicição, segundo o magistério de **Júlio Fabbrini Mirabete**, ‘é a imputação a alguém, no inquérito policial, da infração penal que está sendo apurada.’

3. Inexistente tal procedimento, não se justifica se proceda a indicição do denunciado.” (HC n. 5.399-SP, Relator Ministro Anselmo Santiago, *in* DJ de 02.06.1997).

“**Habeas corpus**. Trancamento de ação penal.

1. Não se conhece de pedido de **habeas corpus** na parte em que o eventual constrangimento ilegal depende de exame aprofundado da prova.

2. Em havendo propositura de ação penal, o regresso à fase inquisitorial para deferido indiciamento de réus, constitui ilegalidade sanável pelo remédio heróico.

3. Ordem parcialmente concedida e, nesta extensão, deferida.” (HC n. 10.340-SP, da minha Relatoria, *in* DJ de 22.05.2000).

Pelo exposto, concedo parcialmente a ordem para suspender o indiciamento do paciente.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 31.486-SP (2003/0197024-6)

Relator: Ministro Paulo Gallotti

Impetrante: Marcelo Willians Santos (Assistência Judiciária)

Impetrada: Segunda Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo

Paciente: Joel Ferreira Júnior (Preso)

EMENTA

Habeas corpus. Roubo. Condenação transitada em julgado. Arguição de nulidade decorrente da ausência de intimação do defensor dativo para a sessão de julgamento da apelação. Cumprimento integral da pena. Inexistência de constrangimento ilegal passível de reparação na presente via.

1. Inexiste constrangimento a ser reparado em sede de **habeas corpus**, se o paciente já cumpriu a pena a que foi condenado. Precedentes do STJ e do STF.

2. **Habeas corpus** não conhecido.

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, não conhecer do **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Paulo Medina e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Ministros Hélio Quaglia Barbosa e Nilson Naves.

Brasília (DF), 09 de agosto de 2005 (data do julgamento).

Ministro Paulo Gallotti, Presidente e Relator

DJ 29.08.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Cuida-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Joel Ferreira Júnior, condenado como incurso no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal, por duas vezes, a 6 anos, 2 meses, e 20 dias de reclusão, em regime

semi-aberto, e multa, apontando-se como autoridade coatora o extinto Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo.

Alega-se, em síntese, ter sido nulo o julgamento da apelação em razão da falta de intimação do defensor dativo do paciente para a respectiva sessão, como determina o art. 5º, § 5º, da Lei n. 1.060/1950.

Prestadas as informações, o Ministério Público Federal opinou no sentido de se declarar prejudicado o *writ*.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator): Na verdade, o pedido não deve ser conhecido.

Busca a impetração o reconhecimento de suposta nulidade decorrente da falta de intimação do defensor dativo do paciente para a sessão de julgamento do recurso de apelação que interpôs contra a sentença que o condenou.

Ocorre que, conforme se extrai das informações prestadas pela Vara das Execuções Criminais e Corregedoria dos Presídios da Comarca de Bauru, em São Paulo, fls. 95/103, o paciente, em 16.04.2001, cumpriu integralmente a pena que lhe foi imposta nos autos da Ação Penal n. 389/1994 que tramitou perante a 7ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo, de que aqui se cuida.

Tem-se portanto que, quando da impetração do presente **habeas corpus** ocorrida em 20.10.2003, o paciente já havia cumprido a sanção corporal que lhe foi imposta, não sendo de falar em constrangimento ilegal reparável pela via eleita.

Nesse sentido:

A - “**Habeas corpus**. Furto. Continuidade delitiva. Condenação. Trânsito em julgado. Integral cumprimento da pena. Alegada nulidade na dosimetria da pena. Vício inexistente. Ausência de constrangimento ilegal passível de correção na presente **via**.”

1. Além de não estar evidenciada qualquer ilegalidade na fixação da pena, esta já foi integralmente cumprida, razão pela qual inexistente constrangimento ilegal passível de correção em sede de **habeas corpus**. Precedentes do STJ e STF

2. **Habeas corpus** não conhecido.”

(HC n. 31.000-SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ de 20.06.2005)

B - “Criminal. HC. Estelionato. Nulidade. Julgamento de apelação. Ausência de intimação pessoal do defensor dativo. Pena cumprida pelo paciente. Ausência de constrangimento ilegal. Ordem não conhecida.

Hipótese em que se sustenta a ausência de intimação pessoal do defensor nomeado ao paciente para a sessão de julgamento do apelo defensivo ocorrido há quatorze anos.

Evidenciado que a pena imposta ao paciente nos autos da ação penal à qual se refere a impetração já foi cumprida, não se verifica constrangimento ilegal a ser reparado na via eleita.

Ordem não conhecida.”

(HC n. 32.870-SP, Relator o Ministro Gilson Dipp, DJ de 06.09.2004)

C - “Execução Penal — Estelionato — **Habeas corpus** impetrado contra decisão que já transitou em julgado – Pena cumprida – Réu com inúmeras outras condenações — Improriedade da via eleita.

— Conforme entendimento desta Corte e do Pretório excelso, é inviável a via do **habeas corpus** para reconhecer nulidade da sentença após cumprida a pena. **In casu**, a constrição do réu, na realidade, advém de outras condenações não questionadas pelo impetrante.

— Ordem não conhecida.”

(HC n. 19.716-SP, Relator Ministro Félix Fischer, DJ de 05.08.2002)

E do Supremo Tribunal Federal:

“**Habeas corpus**. Adequação. Inexistência de ameaça à liberdade de ir e vir. Cumprimento de pena. Uma vez cumprida a pena, mostra-se inadequado o **habeas corpus**, surgindo para o paciente a via da revisão criminal.”

(HC n. 83.652-MS, Relator Ministro **Marco Aurélio**, DJ de 24.09.2004)

Ante o exposto, não conheço do presente **habeas corpus**.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 33.016-SP (2004/0001367-7)

Relator: Ministro Paulo Medina

Impetrante: Davi Eduardo Depiné Filho — Procuradoria da Assistência Judiciária

Impetrada: Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Manoel Messias Franco (Preso)

EMENTA

Direito Processual Penal. Recurso em sentido estrito. Defensor dativo. Intimação pessoal. Necessidade (CPE art. 370, § 4º; Lei n. 1.060/1950, art. 5º, § 5º). Inobservância. Nulidade.

Nos termos do § 4º do art. 370 do Código de Processo Penal e do § 5º do art. 5º da Lei n. 1.060/1950, o defensor dativo tem a prerrogativa da intimação pessoal para todos os atos do processo, sob pena de nulidade absoluta por cerceamento de defesa.

Entendimento assentado pela Corte Especial.

Habeas corpus concedido, para anular o acórdão do Recurso em Sentido Estrito n. 162.038-3/7, bem como todos os atos processuais que lhe seguiram, devendo novo julgamento ser realizado, suprindo-se a mácula.

Expeça-se alvará de soltura, se por outro motivo não estiver o paciente preso.

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 e Paulo Gallotti votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Brasília (DF), 27 de abril de 2004 (data do julgamento).

Ministro Paulo Medina, Relator

DJ 31.05.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Medina: Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Manoel Messias Franco, contra acórdão da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, prolatado nos autos do Recurso em Sentido Estrito n. 162.038-3/7.

Nos autos da Ação Penal n. 755/1991, em curso na 4ª Vara do Júri da Comarca de São Paulo, o paciente foi denunciado em 08.07.1991, como incurso na sanção do art. 121, § 2º, incisos II e IV, e 211, ambos do Código Penal (fls. 21/22).

Em 18 de dezembro de 1991, foi pronunciado, juntamente com Osvaldo de Freitas Lima, nos termos contidos na denúncia (fls. 23/25).

Submetido a julgamento perante o Tribunal Popular, foi condenado, em 05.05.1992, como incurso nas penas do art. 121, § 2^a, incisos II e IV, c.c art. 61, inciso II, alínea **d** e art. 211, todos do Código Penal.

Impôs-lhe o Juiz-Presidente reprimenda corporal de 15 (quinze) anos e 3 (três) meses de reclusão, em regime fechado, em face de incursão no tipo descrito no art. 121, § 2^a, incisos II e IV, c.c. art. 61, II, **d**, do CP.

Quanto ao tipo inserto no art. 211 do CP, aplicou pena de 1 (um) ano e 3 (três) meses de reclusão, com o pagamento de 10 (dez) dias-multa.

Apelou e a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, de ofício, concedeu-lhe **habeas corpus** para anular o processo a partir da denúncia, inclusive, prejudicada a apelação, determinando a remessa dos autos para que fossem juntados aos autos do recurso em sentido estrito, igualmente prejudicado, com expedição de alvará de soltura (fl. 29).

Fundou-se a decisão em inépcia da denúncia, eis que contraditória e inadmissível, sobretudo porque, “se Manoel não foi com os demais até o local do assassinato, não pode ter participado daquele crime (...) e muito menos ter em seguida auxiliado na ocultação do cadáver” (fls. 31/32).

Nova denúncia foi ofertada em 08 de fevereiro de 1993, imputando-lhe conduta subsumida no art. 121, § 2^a, incisos II, III e IV e no art. 211, na forma do art. 69, todos do Código Penal (fls. 18/20).

Recebida a peça acusatória em 10 de fevereiro de 1993 (fl. 34), sobreveio sentença de impronúncia, datada de 29 de outubro de 1993 porque, em suma, “não logrou a acusação trazer suficientes indícios da autoria contra nenhum dos acusados” (fls. 40/43).

O Ministério Público interpôs recurso em sentido estrito, afinal provido pela mesma Primeira Câmara Criminal em 08 de agosto de 1994 (fls. 47/52).

Submetido a novo julgamento perante o Tribunal do Júri, Manoel Messias Franco foi condenado a cumprir 19 (dezenove) anos de reclusão em regime fechado, com o pagamento de 10 (dez) dias-multa, porque incurso nas penas do art. 121, § 2^a, incisos II, III e IV e art. 211, c.c. arts. 65, I e 69, **caput**, todos do Código Penal.

O co-réu Osvaldo foi, entretanto, absolvido.

Novamente apelou o réu, alegando que a decisão fora manifestamente contrária à prova dos autos e aquele Órgão colegiado negou provimento ao recurso, por unanimidade, em 07 de abril de 1997 (fls. 58/70).

Daí este **habeas corpus**, impetrado pela Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, em que se noticia estar o paciente preso na penitenciária Valentim Alves da Silva, em Álvaro de Carvalho-SP

Alega o impetrante que o recurso em sentido estrito interposto pelo *Parquet*, afinal provido para pronunciá-lo, foi julgado sem que o Defensor nomeado fosse intimado da data do referido julgamento.

Argúi que é direito da parte, na pessoa de seu defensor, proceder à sustentação oral de seus argumentos, conforme dispõe o art. 610 do CPP e, no presente caso, conquanto haja sido publicada a pauta, era imprescindível que se desse ao defensor nomeado ciência pessoal da data designada para o julgamento.

Afirma que a nulidade impediu o exercício de ampla defesa, de modo a eivar de vício insanável o feito (fl. 6).

Requer, portanto, a concessão da ordem, para anular o acórdão que reformou a decisão de impronúncia e admitiu a acusação, a fim de que outro seja proferido com observância das normas legais.

Informa o Segundo Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que “não há nos autos certidões das intimações pessoais do defensor dativo do paciente, nem tampouco existe notícia de que ele tenha estado presente às sessões que julgaram os recursos interpostos” (fl. 16).

Noticia também que o réu ingressou com revisão criminal (Autos n. 411.994-3/8) e que, para dar fundamento ao pedido, foram nomeados Procuradores do Estado, que apresentaram suas razões em 29.12.2003 e que foi aberto vista à Procuradoria Geral de Justiça para parecer, em 09.01.2004 (fls. 16/17).

O Ministério Público Federal propende ao não-conhecimento do recurso, porque a nulidade argüida não foi objeto de exame na Corte ordinária mas entende que, se a ação for conhecida, deve ser concedida a ordem, posto que “o defensor dativo deve ser intimado pessoalmente da ata do julgamento do recurso em sentido estrito, sob pena de provocar constrangimento ilegal por cerceamento de defesa e ocasionar a nulidade do julgado” (fls. 77/82).

Os registros processuais do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, disponíveis na internet, noticiam que os autos foram recebidos da Procuradoria Geral de Justiça em 09.02.2004.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Medina (Relator): Com efeito, informa o Segundo Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que “não há nos autos

certidões das intimações pessoais do defensor dativo do paciente, nem tampouco existe notícia de que ele tenha estado presente às sessões que julgaram os recursos interpostos” (fl. 16).

Assim, o julgamento do recuso em sentido estrito não foi precedido da intimação pessoal do defensor do réu, cuja nomeação ocorrera **ex vi** da decisão judicial de fl. 39.

Nos termos do § 4º do art. 370 do Código de Processo Penal e do § 5º do art. 5º da Lei n. 1.060/1950, o defensor dativo tem a prerrogativa da intimação pessoal para todos os atos do processo.

Esses os dispositivos legais regentes da matéria:

“Art. 370. **omissis**

§ 4º A intimação do Ministério Público e do defensor nomeado será pessoal. (Parágrafo acrescentado pela Lei n. 9.271, de 17.04.1996)

Art. 5º **omissis**

§ 5º Nos Estados onde a Assistência Judiciária seja organizada e por eles mantida, o Defensor Público, ou quem exerça cargo equivalente, será intimado pessoalmente de todos os atos do processo, em ambas as Instâncias, contando-se-lhes em dobro todos os prazos. (Incluído pela Lei n. 7.871, de 08.11.1989).”

Sobre o sentido da expressão “defensor nomeado” a que se refere o § 4º do art. 370 do CPP, a doutrina de **Julio Frabbrini Mirabete**:

“A referência ao ‘defensor nomeado’ alcança o defensor público, o procurador de assistência judiciária e o defensor dativo, pois todos só podem officiar nos processos quando nomeados pelo juiz.” (In “Código de Processo Penal interpretado”, 10ª ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 958)

A propósito, colaciono recente precedente da Corte Especial do STJ, cuja ementa transcrevo:

“**Habeas corpus** — art. 5º, § 3º, da Lei n. 1.060/1950. Defensor dativo — Intimação pessoal. Art. 370, § 4º, do CPP Assistência judiciária. Defensor não vinculado ao serviço estatal. Não fazem jus ao prazo em dobro.

— Nos termos do art. 5º, § 3º, da Lei n. 1.060/1950 e 370, § 4º, do CPP a intimação do Defensor Público ou dativo deve ser pessoal, sob pena de nulidade absoluta por cerceamento de defesa.

— O STJ entende que o benefício do prazo em dobro para recorrer (art. 5º, § 5º, Lei n. 1.060/1950), só é devido aos Defensores Públicos e àqueles que

fazem parte do serviço estatal de assistência judiciária, não se incluindo no benefício os defensores dativos, mesmo que credenciados pela PGE do Estado de São Paulo, vez que não exercem cargos equivalentes a Defensores Públicos.

— Ordem concedida, por ausência de intimação pessoal do defensor.”

(HC n. 27.786-SP, Relator o Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ de 19.12.2003, p. 300)

Evidenciada, pois, a nulidade do julgamento do recurso em sentido estrito, em face da ausência de intimação pessoal do defensor do réu, como determinam o § 4º do art. 370 do Código de Processo Penal e o § 5º do art. 5º da Lei n. 1.060/1950.

Posto isso, concedo a ordem, para anular o acórdão do Recurso em Sentido Estrito n. 162.038-3/7, bem como todos os atos processuais que lhe seguiram, devendo novo julgamento ser realizado, suprindo-se a mácula.

Expeça-se alvará de soltura, se por outro motivo não estiver o paciente preso.

HABEAS CORPUS N. 35.086-PE (2004/0058002-0)

Relator: Ministro Paulo Medina

Impetrantes: Ademar Rigueira Neto e outros

Impetrado: Desembargador Relator da Ação Penal Originária n. 1080080 do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco

Paciente: Francisco Ramos da Silva (Preso) e Francisco de Assis Ramos (Preso)

EMENTA

Penal e Processual. Ação penal originária. Homicídio. Prisão preventiva. Garantia da ordem pública. Conveniência da instrução criminal. Fundamentação. Manutenção.

Inexiste constrangimento ilegal na decisão que decreta a prisão preventiva para garantia da ordem pública, quebrada em face da prática de crime grave, cuja autoria intelectual é atribuída, mercê de indícios fortes e suficientes, ao chefe do Poder Executivo municipal e a membro da Câmara Municipal.

A morte de testemunha-chave, arrancada de sua residência em plena luz do dia, bem como a ameaça exercida sobre outras pessoas que compartilham o mesmo ambiente político e informações relacionadas

ao assassinato, são aptas a infltir no ânimo das pessoas, de modo a alterar, de maneira desfavorável ao interesse público, o curso da instrução criminal.

A decisão impugnada resulta de judiciosa reflexão sobre o fato e suas circunstâncias, e procura situar suas conseqüências em contexto jurídico e social adequado aos objetivos do processo.

Diante da prova do crime e de indícios suficientes de autoria, presentes concretamente os motivos autorizadores da custódia preventiva, atinentes à garantida da ordem pública e à conveniência da instrução criminal, não há constrangimento ilegal a sanar.

Ordem 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, denegar a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Hamilton Carvalho e Paulo Gallotti votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalho. Sustentaram oralmente o Dr. Ademar Rigueira Neto pelos pacientes e a Dr^a. Irene Coifman Branchtein, Subprocuradora-Geral da República.

Brasília (DF), 25 de maio de 2004 (data do julgamento).

Ministro Paulo Medina, Relator

DJ 14.06.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Medina: Trata-se de **habeas corpus** com pedido liminar, impetrado contra decisão do Desembargador-Relator da Ação Penal Originária n. 108.008-0, em curso perante o Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco.

Francisco Ramos da Silva, Prefeito do Município de Ouricuri-PE e Francisco de Assis Ramos, Vereador com assento na Câmara Municipal daquela cidade, respondem a processo porque denunciados pela prática, em tese, do tipo descrito no art. 121, § 2^a, incisos I e IV do Código Penal, cometido contra Vereador daquela urbe.

O crime teria sido praticado em concurso com Lenarte Alencar Coelho, genro do Prefeito Francisco Ramos da Silva, por intermédio da contratação de Expedito Macedo de Alencar, realizada por Wilson Simonal Freire Amando.

Narra o impetrante que a denúncia ainda não foi recebida e que o Relator decretou-lhes a prisão preventiva, para garantia da ordem pública e para assegurar a aplicação da lei penal sem que, todavia, estejam objetivamente presentes estes requisitos.

Alega ausência de indícios de autoria e participação para autorizar a custódia cautelar e, bem assim, a inexistência fundamentação objetiva quanto ao **periculum libertatis**.

Afirma que o Prefeito Municipal de Ouricuri, ora paciente, não está a comprometer a instrução criminal, porque sempre esteve à procura da elucidação dos fatos e que a prisão foi decretada nove meses depois do ato, “trazendo às escâncaras uma imputação **primo oculi** im procedente” (fl. 17).

Sustenta que a decisão divorcia-se de dados concretos para afirmar laconicamente que a ordem pública está sob ameaça quando “na verdade, tem-se a ameaça à ordem pública às avessas, quando a população local se encontra privada de seu Chefe legítimo do Poder Executivo e de um combativo Vereador por decisão cautelar prolatada à minguada dos pressupostos legais” (fl. 20).

Colaciona jurisprudência para dar suporte à sua convicção, sobretudo quanto à impropriedade do clamor público para autorizar a prisão cautelar e requer, liminarmente, a suspensão dos efeitos da prisão preventiva, com imediata expedição de alvará de soltura, até a decisão final do *writ*.

Afinal, requer a anulação do decreto de prisão preventiva.

Indeferi o pedido liminar (fls. 89/90).

Com as informações da autoridade apontada coatora, vieram peças representativas da investigação do crime.

O Ministério Público Federal opina pela denegação da ordem, sob o argumento de que a custódia cautelar está bem fundamentada.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Medina (Relator): No dia 12 de julho de 2003, por volta das 18h30min no centro da Cidade de Ouricuri-PE, José da Silva Viana desferiu vários tiros contra Manoel Messias Ribeiro e fugiu do local, na garupa de uma motocicleta pilotada por Expedido Macedo de Alencar.

Conforme a denúncia, o assassinato foi encomendado por Francisco Ramos da Silva, Prefeito do Município, Francisco de Assis Ramos, Vereador e Lenarte Alencar Coelho, genro do Prefeito.

A motivação decorre da atuação da vítima que, enquanto Edil, ofereceu sistemáticas representações de irregularidades administrativas atribuídas ao Chefe do Executivo Municipal e ao vereador Francisco de Assis Ramos e, sobretudo, a promessa de, em 13 de julho de 2003, publicar suas acusações por intermédio da rádio local.

Por isso terá sido morto pelos denunciados um dia antes.

O Ministério Público Estadual requereu a decretação da prisão preventiva de Francisco Gomes da Silva e Francisco de Assis Ramos, uma vez que José Silva Viana, Lenarte Alencar Coelho e Wilson Simonal Freire tiveram suas custódias determinadas anteriormente.

O Relator do Processo determinou o encarceramento dos pacientes em 22.04.2004, nos seguintes termos (fls. 50/57 e 94/101):

“C - Assim decido:

Há necessidade de que seja decretada a prisão preventiva dos acusados, tendo em vista não só a garantia da ordem pública, como também, e principalmente, por conveniência da instrução criminal.

D - Fundamentação desta decisão:

a) Prova da existência do crime:

1. Auto de exame cadavérico (fls. 19/22);
2. Laudo Pericial Tanatoscópico n. 169/2003 (fls. 42/44);
3. Perícia balística (Caso n. 1776.8/2003) — (fls. 491/496).

[...]

Os indícios de autoria são veementes.

a) O ponto de partida capaz de lançar a pesquisa dos fatos em busca da participação (intelectual) dos acusados na trama criminosa, cuja prisão agora se pede, acena com a sua presença nos autos diante da motivação para agir.

Os traços dessa circunstância decorrem da constatação nos autos da pública e indisfarçada inimizade grave existente entre a vítima e os indiciados, em razão da sistemática acusação por ela (vítima) sustentada contra o Prefeito e o Vereador ‘Chico Ramos’, não apenas no âmbito formal da administração, como, por fim, na iminência de ser promovida uma execração pública através da rádio.

Os autos mostram que essas críticas efetivamente existiram e não podem ser negadas agora, estando patentes documentadamente às fls. 99/100 e 111/198, onde há acusações de irregularidades graves quer ao Prefeito,

quer ao co-denunciado Vereador ‘Chico Ramos’, ali acusado de distribuir carteiras de habilitação falsas à população.

De outro lado mostram também os autos que essa inimizade entre o Prefeito e a vítima era cultivada de forma pública e com destempero de linguagem, sendo o que se constata às fls. 103/104, quando uma testemunha afirma ter ouvido do Prefeito, claramente, em um velório, que “se a vítima continuasse a denunciar sua administração não chegaria vivo ao mês de agosto daquele ano”.

b) A partir daí conclui-se pela existência de indícios suficientes para o decreto da prisão preventiva, tendo em vista os seguintes elementos dos autos;

1ª indício: A inimizade ferrenha entre o Prefeito e a vítima. Todos os fatos, acima referidos, objetiva e devidamente comprovados, mostram que os acusados tinha a *motivação para agir*;

2ª indício: A voz do povo. Os comentários, na cidade, de que o crime fora político e encomendado pelo Prefeito. Foram ouvidas 20 pessoas, através dos depoimentos de fls. 45/66, 70/82, 92/98, 101/107 e todos são uníssonos em dizer que os comentários na Cidade era que o Prefeito mandara matar o Vereador.

A importância desse fato indiciante se infere à luz do senso comum. Nas cidades do interior o povo sabe de tudo e fiscaliza tudo; das mínimas coisas toma conhecimento, principalmente das más notícias. Por exemplo, sabe se o casal tal está prestes a se separar, se o padre está namorando tal mulher casada... e segue os passos da autoridade, fiscalizando-a: sabe se a autoridade está enriquecendo desonestamente, censura até o Juiz por andar de bermuda pela Cidade. Todo mundo tem conhecimento desse comportamento do povo interiorano. Lá o povo sabe de tudo.

E a sabedoria popular já consagrou a importância dessa prova quando diz: “o povo não inventa, o povo aumenta”.

3ª indício: A revelação e o testemunho do matador, de que o crime fora encomendado pelo Prefeito e pelo Vereador. Essa revelação foi feita quando o povo já sabia de tudo. Logo após o crime ‘Zezinho’ fugiu para Goiás com medo de ser morto. O povo, naquela época ainda não sabia quem tinha sido o assassino do Vereador. Os depoimentos prestados pelo povo foram colhidos entre os meses de julho e agosto/2003, logo após o crime; e o interrogatório de Zezinho se deu em data de 23.12.2003, após ter sido preso na cidade de Goiânia-GO. *Existe um liame de certeza entre o que o povo dizia e o que o matador do Prefeito disse.* (Grifei)

4º indício: A morte de Expedido Macedo de Alencar, o Didi de Alfredo. Este sabia demais: a) disse a ‘Zequinha’, o matador, em data de 05.07.2003 que havia recebido uma encomenda de ‘Botinha’, genro do Prefeito ‘Biu Ramos’ para ‘calar a boca’ do Vereador Manoelzinho dos Remédios. b) serviu de intermediário entre ‘Botinha’ e Zezinho — o matador, através de ligações telefônicas; c) recebeu do ex-policia! Simonal, o pagamento pelo serviço prestado; d) e disse que havia pedido mais outros R\$ 20.000,00 a ‘Botinha’, para ficar calado, porque havia descoberto que além do Prefeito Biu Ramos, havia três Vereadores também envolvidos no crime; e, morreu.

O assassinio de Didi de Alfredo foi uma ‘queima de arquivo’ para dificultar a instrução criminal. No entanto essa morte trouxe mais credibilidade ao interrogatório de Zezinho, o matador, ratificando tudo o que este disse sobre a participação do Prefeito e do Vereador, como mandantes do crime.

[...]

E - Da necessidade da prisão cautelar.

a) A testemunha Marlene Alves de Souza diz, às fls. 263/264: ‘... disse ser viúva da vítima Expedido Macedo de Alencar, conhecido por ‘Didi’... ... e na semana seguinte, chegaram quatro homens armados e desconhecidos da declarante e levaram seu marido dizendo que iriam conversar com o mesmo e posteriormente Didi ia retornar; que nessa ocasião os homens entraram em sua residência, levaram um revólver calibre 38 que Didi sempre guardava no guarda roupas e a importância de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais) que Didi havia recebido de um primo dias antes; que, dos quatro desconhecidos, somente um usava um capuz por sobre a cabeça; que, levaram seu marido em um carro de passeio de cor preta não sabendo a declarante declinar o tipo nem a marca do veículo; que, esses homens levaram Didi por volta das 13h e somente por volta das 17h30min esta soube que fora encontrado o corpo do seu marido crivado de balas na estrada vicinal que acessa o sítio Jatobá neste Município; que, não sabe a razão do assassinato de seu marido...’.

b) Há nos autos, à fl. 360, recorte do Jornal do Comércio, de 04.09.2003, com a seguinte notícia: ‘Nova ameaça de morte em Ouricuri. O Deputado Isaltino Nascimento (PT) fez um pronunciamento ontem, na Assembléia Legislativa, denunciando que o vereador Ivo Gomes da Silva, do PT de Ouricuri, está sofrendo ameaças de morte por telefone. O petista teme que ocorra com Gomes o mesmo que aconteceu com o Vereador Manoel Messias, assassinado em julho, no centro daquela cidade do Sertão do Araripe.’ (fl. 360).

c) À fl. 376, um recorte do Diário de Pernambuco de 05.09.2003, dizendo: ‘Ouricuri. Vereador sob ameaça tem garantia de vida. Ameaçado de morte através de telefonemas anônimos, o vereador Ivo Gomes (PT), de Ouricuri, a 630 quilômetros do Recife, no Sertão do Araripe, recebeu garantia de vida do secretário de Defesa Social, Gustavo Lima Funcionário do Banco do Brasil e pai de três filhos, *Ivo Gomes está apreensivo porque a morte de Messias ocorreu depois dele ter recebido ameaças semelhantes às que lhe têm sido feitas*. Ivo Gomes recebeu dois telefonemas ameaçadores. O primeiro no dia 28 de agosto e o segundo na terça-feira....’.

F - Os autos demonstram que de algum tempo para cá a comunidade de Ouricuri passou a viver o seu dia-a-dia, sob tensão.

A briga entre os protagonistas desta ação penal, como não poderia deixar de ser, por se tratarem de homens públicos, trouxe para os cidadãos do Município a apreensão quanto ao desfecho do entrevero.

E agora, depois da morte do Vereador, a situação já não é mais só de agitação e tensão: pelos autos, e conforme o que se estampa nos jornais, o que existe já caracterizado é o clamor público, *como consequência da perturbação da ordem*.

Nesse clima de perturbação da ordem pública qual é a testemunha que teria a coragem cívica de dizer a verdade do que sabe? É difícil pensar nisto. E não podemos deixar de considerar que a situação é séria. Os acusados detêm o Poder Público do Município, e diante do padrão de riqueza da região, têm considerável poder econômico. Soltos, eles irão ameaçar as testemunhas, ou, corrompê-las.

Há portanto, a necessidade de se garantir a ordem pública naquele Município, e convém à instrução criminal que os acusados sejam presos.

Esse meu raciocínio está amparado na jurisprudência de nossos Tribunais que se ajusta ao caso presente:

[...]

Expeçam-se os competentes mandados de prisão, diligenciando-se com as comunicações necessárias par o imediato cumprimento deste decreto.” (Grifei)

Diz o art. 239 do Código de Processo Penal que “indício é a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autoriza, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”.

A este respeito, pondera **Mirabete**:

“Na prova indireta, a representação do fato a provar se faz pela construção lógica; esta é que revela o fato ou a circunstância.

[...]

Tanto mais forte o indício quanto mais íntima sua relação com o fato, não havendo princípios inflexíveis sobre o valor da prova indiciária no processo.

[...]

Diante do sistema de livre convicção do juiz (item 157.2), encampado pelo Código, a prova indiciária, também chamada circunstancial, tem o mesmo valor das provas diretas (...).

Assim, indícios múltiplos, concatenados e impregados de elementos positivos de credibilidade são suficientes para dar base a uma decisão condenatória, máxime quando excluem qualquer hipótese favorável ao acusado. É claro, porém, que a prova indiciária pode ser invalidada não só por contra-indícios, como por qualquer outra e que nem sempre é ela suficiente para a condenação. Não são suficiente para fundamentar uma decisão condenatória indícios isolados, que permitam uma explicação diferente, ou seja, de que o acusado poderia não ter praticado o crime.”

(**Júlio Fabbrini Mirabete**, “Código de Processo Penal Interpretado”, 10ª ed., São Paulo, Atlas, 2003, p. 617)

Nos termos da lei, a prisão preventiva é medida excepcional de cautela processual, cabível à vista da prova do crime e da existência de indícios suficientes de autoria (art. 312 do CPP).

Extraio da decisão impugnada que é patente e indiscutível a prova do crime.

Do mesmo modo, são de fato eloqüentes os indícios aventados pelo Magistrado, para inferir a autoria do delito.

Constituem, com efeito, circunstâncias conhecidas e provadas que autorizam, em face de sua relação com o fato, admitir estejam os pacientes envolvidos na infração penal.

Enquanto agentes públicos, no exercício do Poder Executivo municipal e de mandato eletivo à Câmara Municipal, os acusados, evidentemente, detêm poder político, que lhes foi conferido nas urnas, para desempenhar funções relevantes na busca de soluções para as necessidades sociais dos habitantes de Ouricuri.

Sua atuação interessa a todos os cidadãos e, na medida em que, em tese, encomendam a morte de um desafeto político, cuja inimizade é notória, certamente comprometem a ordem pública.

Mais do que isso, subvertem-na, pois lhes é exigido garanti-la, nos limites das atribuições inerentes ao mandato que cumprem.

Do mesmo modo, é plausível admitir que as ameaças que, conforme noticiado, têm sido feitas àqueles que compartilham o mesmo ambiente político e, em particular, informações relacionadas ao assassinato, são aptas a infletar no ânimo das pessoas, de modo a alterar, de maneira desfavorável ao interesse público, o curso da instrução criminal.

A morte de “Didi de Alfredo”, testemunha-chave do fato, em circunstâncias de óbvio desrespeito à ordem social, marcada por invasão de domicílio à luz do dia, traduz, com clareza, o ânimo daqueles que buscam encobrir a verdade.

Neste intenso e extenso campo indiciário, à vista dos desdobramentos capazes de traduzir novas infrações e prejudicar a apuração da responsabilidade pelos crimes, a suficiência dos indícios deve ser entregue ao prudente arbítrio do Juiz.

Amparado por livre convencimento fundamentado, deve medir e pesar os elementos colhidos para aferir se detêm relevância suficiente para, em atenção ao interesse público, autorizar a coarctação da liberdade individual.

Estou seguro de que a decisão impugnada resulta de judiciosa reflexão sobre o fato e suas circunstâncias, e que procura situar suas conseqüências em contexto jurídico e social adequado aos objetivos do processo.

Não a conduz o clamor público ou a falada tensão que experimentam os habitantes de Ouricuri, mas a garantia da ordem pública e, principalmente, a conveniência da instrução criminal.

Recolho, porque oportuno, o seguinte precedente do STF:

“Recurso ordinário em **habeas corpus**. Processo Penal. Prisão processual. Prisão preventiva decretada de ofício, por ato do Desembargador-Relator em processo de competência originária do Tribunal de Justiça. Legalidade. Decisão decretada com fundamento nos arts. 311, 312 e 315 do CPP, e com base em elementos de convicção hauridos da experiência vivida nos autos da própria ação penal em que ficou prejudicada, em parte, a aplicação da lei penal. Nulidade inexistente. Não cabe ao STF, equidistante da causa, desconstituir, com base em características subjetivas da paciente, prisão processual assentada em elementos objetivos dos autos, pelo juiz do processo. Inexistência de pedido de custódia preventiva formulada pelo Ministério Público. Irrelevância. Excesso de prazo para a formação da culpa. Argumento não caracterizado ante a complexidade dos autos. Recurso conhecido, mas não provido.”

(RHC n. 71.498-RJ, Segunda Turma, Relator o Ministro Paulo Brossard, DJ de 23.02.2001, p. 127)

Desta Corte, destaco o seguinte julgado, proferido em caso similar:

Processual Penal. **Habeas corpus**. Competência originária. Prisão preventiva. Clamor público e periculosidade.

I - A grande comoção que o delito causa na sociedade, gerando expectativa de impunidade, é motivo para a decretação da segregação cautelar.

II - *A forma de execução de delito gravíssimo, revelando, em princípio, periculosidade, serve de fundamento para a prisão **ad cautelam**, ainda que o agente seja primário, de bons antecedentes, afora outras qualificações normalmente elogiáveis.* (Grifei)

Writ denegado.”

(HC n. 8.025-PI, Relator o Ministro Félix Fischer, DJ de 14.12.1998, p. 262)

Destarte, diante da prova do crime e de indícios suficientes de autoria, presentes concretamente os motivos autorizadores da custódia preventiva, atinentes à garantia da ordem pública e à conveniência da instrução criminal, não vislumbro constrangimento ilegal a sanar.

Posto isso, estou a denegar a ordem.

HABEAS CORPUS N. 36.557-SP (2004/0093923-7)

Relator: Ministro Nilson Naves

Impetrante: Luciano Alencar Negrão Caserta — Procuradoria da Assistência Judiciária

Impetrado: Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Alex Sandro Mataruco de Godoy

EMENTA

Infração de menor potencial ofensivo. Suspensão do processo/transação penal (possibilidade). Ministério Público (iniciativa).

1. Há um só conceito de infração de menor potencial ofensivo, exatamente o constante da Lei n. 10.259, de 2001.



2. Havendo elementos que, em tese, justifiquem a transação penal, o exame do caso deve ser feito à luz dos textos legais pertinentes; defeso, portanto, deixar o Ministério Público de fazê-lo ao abrigo de eventual poder discricionário.

3. **Habeas corpus** deferido, determinando-se seja feito o exame à luz dos textos pertinentes; em caso de proposta não feita, sejam os autos encaminhados ao Procurador-Geral de Justiça.

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 o julgamento após o voto-vista do Sr. Ministro Hamilton Carvalhido, que acompanhou a Relatoria, no que foi seguido pelos Srs. Ministros Paulo Gallotti e Hélio Quaglia Barbosa, por unanimidade, conceder a ordem de **habeas corpus** nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti e Hélio Quaglia Barbosa votaram com o Sr. Ministro-Relator. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Paulo Medina. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 23 de novembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Nilson Naves, Relator

DJ 02.05.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário. No Tribunal de Justiça de São Paulo, da impetração não se conheceu nos termos seguintes, em síntese:

“Trata-se de impetração que sustenta sofrer o paciente constrangimento ilegal da parte do eminente Juízo da 5ª Vara Criminal da Comarca de São Bernardo do Campo, que negou vigência à Lei n. 10.259/2001, ao não lhe conceder a possibilidade de transação penal, em delito agora considerado de menor potencial ofensivo (art. 16 da Lei n. 6.368/1976).

(...)

A celeuma criada em torno da aplicação da norma invocada já vem sendo pouco a pouco superada e, nesta Câmara, já é pacífico o entendimento no sentido da possibilidade da aplicação da lei nova.

Não se pode perder de vista, todavia, que o legislador previu a possibilidade de transação e o conceito desse instituto nos é ministrado pelo Direito Civil, sendo fora de dúvida que a transação é um acordo a que chegam as partes, mediante concessões recíprocas e, evidentemente de livre e espontânea vontade.

Isso é suficiente para que se veja que não pode o Juízo tomar a iniciativa da transação, a qual compete tão-só ao Ministério Público, como titular que é da ação; e este é também o motivo pelo qual não se pode obrigar o representante do *Parquet* ao oferecimento de proposta de transação, providência esta que também não pode partir desta Corte, o que significa dizer que a impetração não pode ser conhecida.

Posto isto e adotada a judiciosa manifestação ministerial, não conhecem do pedido.”

Aqui no Superior Tribunal, o pedido do impetrante não é diferente do anteriormente apresentado, ei-lo:

“... a concessão definitiva da ordem de **habeas corpus**, reconhecendo-se a existência do constrangimento ilegal contra o Paciente, para que cesse o constrangimento ilegal, decretando-se nulo o despacho de recebimento da denúncia e de todos os atos subseqüentes, inclusive da audiência onde ocorreu a suspensão condicional do processo concedida ao Paciente e designando-se audiência para a realização da proposta de transação penal em favor desse, nos termos do art. 76 da Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995.”

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem. Veja-se: “... a obtenção da transação, com todas as vantagens dela decorrentes, constitui direito subjetivo do autor da infração. O fato de o legislador dar ao Ministério Público a iniciativa da proposta não altera a natureza do instituto.”

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): Malgrado a conclusão de origem tenha sido no sentido de não se conhecer do pedido, o certo é que lá não se deixou de dar atenção ao fundamento do pedido. Por isso estou indo em frente.

2. Estando em curso a ação penal, a acusação opinou pela desclassificação do fato para o art. 16 da Lei n. 6.368, de 1976, e a sentença acolheu a proposta, determinando o magistrado se abrisse vista “ao Ministério Público para que se manifeste sobre a possibilidade de propor a suspensão condicional do processo ante a primariedade do réu”.



Isso se realizou, tendo-se registrado, em 18.09.2003, o seguinte: “Presentes os requisitos legais, suspendo o curso do processo e do prazo prescricional por 2 (dois) anos, submetendo o acusado a período de prova, sob as condições acima impostas pelo Ministério Público.” No mesmo dia, entretanto, a Assistência Judiciária alegou em petição que o réu fazia jus à transação penal “nos termos do art. 76 da Lei n. 9.099/1995: pena detentiva não superior a dois anos, não ter sido beneficiado anteriormente pela aplicação de pena restritiva ou multa e os antecedentes, a conduta social e a sua personalidade, os motivos e as circunstâncias indicam ser suficiente a adoção da medida em questão.” Assim, requereu fosse designada audiência para tanto.

O Ministério Público do Estado, logo após, foi de parecer contrário à proposta, resumidamente:

“Por tais razões, o legislador, ao estabelecer requisitos para a transação penal e, também, para a suspensão condicional do processo, não pretendeu criar um direito subjetivo para o acusado ou ainda obrigar o membro do Ministério Público a não agir. Na verdade, as regras estabelecidas têm como objetivo precípua não permitir que o Promotor de Justiça extrapole o poder discricionário, propondo aquelas benesses nas hipóteses de infrações penais que não possam ser consideradas de menor potencial ofensivo.

A própria Constituição Federal distingue, claramente, para fins de instituição dos Juizados Especiais, as Justiças Estadual e Federal. Nossa Carta Política, originariamente, nem sequer admitia a transação penal ou o procedimento sumaríssimo na Justiça Federal (art. 98, **caput**), tanto que foi necessária a edição da Emenda Constitucional n. 22, de 18 de março de 1999, dispondo expressamente sobre a criação dos juizados no âmbito da Justiça Federal (cf. parágrafo único do art. 98).

Portanto, não há que se falar em quebra do princípio da isonomia, posto que se trata de situações distintas cujo tratamento foi distinto (antes da criação dos Juizados criminais no âmbito federal) e deve ser diverso.”

E o parecer foi acolhido pela Juíza:

“1. Acolho o parecer do Ministério Público cujos fundamentos adoto como razão de decidir.

2. Não bastasse, na audiência designada o requerente, acompanhado do ilustre profissional que subscreveu a petição de fls. 107/110, aceitou a proposta de suspensão condicional do processo, sem qualquer objeção, quando lhe era permitido discordar, entendendo que fazia jus à transação penal. Não o fez no momento oportuno, sua pretensão está irremediavelmente preclusa.

3. Posto isto, indefiro o pedido de fls. 107/110.”

3. Ao contrário do sustentado pelo Ministério Público do Estado, em primeiro lugar, não existem dois sistemas relativamente a infrações penais de menor potencial ofensivo, há um único sistema. Em segundo lugar, os requisitos da transação são aqueles estabelecidos em lei, a cujo exame há de dar atenção o órgão ministerial, dele não podendo escapar ao abrigo do poder discricionário. Por outro lado, o fundamento da preclusão, acrescentado pelo magistrado, não calha, não vindo, assim, em adequado modo, porquanto o que está em jogo é a liberdade de ir, ficar e vir.

A minha convicção, por isso, é a de que tem razão o Subprocurador-Geral Jair Brandão, **in verbis**:

“9. A ordem merece ser concedida.

10. **In casu**, pretende-se a transação penal no crime de uso/porte ilegal de entorpecente, cuja pena máxima é igual a dois anos, em face da Lei n. 10.259/2001.

11. Com efeito, a Lei n. 9.099/1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Comum Estadual, em seu art. 61, considera infração de menor potencial ofensivo as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano.

12. Por sua vez, a Lei n. 10.259/2001, que criou os Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal, assim dispõe em seu art. 2º, **caput** e parágrafo único, **verbis**:

‘Art. 2º Compete ao Juizado Especial Federal Criminal processar e julgar os feitos de competência da Justiça Federal relativos às infrações de menor potencial ofensivo.

Parágrafo único. *Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta lei, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa*. (Sem grifos no original).

13. Tem se consagrado o entendimento de que o parágrafo único do art. 2º da Lei n. 10.259/2001 derogou o art. 61 da Lei n. 9.099/1995, ou seja, o conceito de infração de menor potencial ofensivo foi alterado, ampliando o **quantum** da pena máxima, de um para dois anos, e demarcando a incidência em torno das condutas cuja pena privativa não esse limite (**sic**).

14. Ora, se ambas as leis emanam da mesma fonte normativa — legislações federais — não se pode admitir a instituição de dois sistemas distintos de juizados especiais. O simples fato de determinado crime estar inserido no âmbito de competência da Justiça Federal ou Estadual não é motivo bastante para que a lei confira tratamento diferenciado.

15. Dessarte, uma vez preenchidos os requisitos estabelecidos na lei — art. 79, § 2^a, incisos I, II e III, Lei n. 9.099/1995 — a obtenção da transação, com todas as vantagens dela decorrentes, constitui direito subjetivo do autor da infração. O fato de o legislador dar ao Ministério Público a iniciativa da proposta não altera a natureza do instituto.

16. Nesse sentido, esclarecem **Weber Martins Batista** e **Luiz Fux**, in Juizados Especiais Cíveis e Criminais e Suspensão Condicional do Processo Penal', Forense, 1999, p. 321: 'A lei, por argumento a contrário, estabelece os pressupostos que devem ser satisfeitos para que o autor do fato obtenha as vantagens do instituto. Presentes todos eles, nasce para o mesmo um direito subjetivo à obtenção da transação'.

17. Em caso idêntico ao que ora se examina, esse Superior Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso — RHC n. 14.168-SP (2003/0038704-5) — determinando a remessa dos autos ao Ministério Público para que procedesse à análise dos requisitos necessários ao oferecimento da proposta de transação penal ao paciente, valendo destacar os seguintes trechos do r. julgado: ...”

4. Dessa sorte, voto pela concessão da ordem de **habeas corpus**, determinando que o caso seja examinado à luz do art. 76 e §§ da Lei n. 9.099, de 1995; caso contrário, que os autos sejam encaminhados ao Procurador-Geral de Justiça.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: Senhor Presidente, **habeas corpus** contra a Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que não conheceu do pedido impetrado em favor de Alex Sandro Mataruco de Godoy, denunciado pela prática do crime tipificado no art. 16 da Lei n. 6.368/1976 (uso de entorpecente), em que se alegava constrangimento ilegal decorrente da não-aplicação ao paciente do instituto da transação penal.

Sustenta-se que a Lei n. 10.259/2001 ampliou o rol dos crimes de menor potencial ofensivo, de modo que, sob pena de violação ao princípio da isonomia, deve ter incidência nos Juizados Especiais Estaduais.

Alega-se, nesse passo, que o paciente preenche todos os requisitos legais para ser beneficiário da transação penal (art. 76 da Lei n. 9.099/1995), a saber: pena detentiva não superior a 2 anos; não ter sido beneficiado anteriormente pela aplicação de pena restritiva ou multa; e os antecedentes, a conduta social e a sua personalidade, os motivos e as circunstâncias indicarem ser suficiente a adoção da medida em questão.

Afirma-se, de outro lado, que, preenchidos os requisitos legais, impõe-se a realização da transação penal, cuja falta, exatamente diante de sua natureza jurídica de condição de procedibilidade, impede o recebimento da denúncia.

Pugna-se, ao final, pela concessão da ordem para que seja decretada a nulidade do despacho de recebimento da denúncia e de todos os atos subseqüentes, inclusive da audiência de suspensão condicional do processo, designando-se, nesse passo, audiência para a realização da proposta de transação penal ao paciente.

O Ministério Público Federal veio pela concessão da ordem.

O Ministro Nilson Naves, Relator, concedeu a ordem de **habeas corpus**, determinando que o caso seja examinado à luz do art. 76 e §§, da Lei n. 9.099, de 1995; caso contrário, que os autos sejam encaminhados ao Procurador-Geral de Justiça.

Pedi vista para melhor examinar a espécie.

Conforme declinado no voto do Relator, a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça sufragou o entendimento de que a Lei n. 10.259/2001, com força revocatória, ajustada à Constituição da República, redefiniu as infrações penais de pequeno potencial ofensivo, identificando-as, em natureza, com os delitos a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, derogando, neste sentido, o art. 61 da Lei n. 9.099/1995.

A propósito, e por todos, o seguinte precedente:

“Penal. Processual Penal. **Habeas corpus**. Art. 16 da Lei de Tóxicos. Infração de menor potencial lesivo. Transação penal. Lei n. 10.259/2001 e Lei n. 9.099/1995.

I - Com o advento da Lei n. 10.259/2001, que instituiu os Juizados Especiais Criminais na Justiça Federal, por meio de seu art. 2º, parágrafo único, ampliou-se o rol dos delitos de menor potencial ofensivo, por via da elevação da pena máxima abstratamente cominada ao delito.

II - Desse modo, devem ser considerados delitos de menor potencial ofensivo, para efeito do art. 61 da Lei n. 9.099/1995, aqueles a que a lei comine, no máximo, pena detentiva não superior a dois anos, ou multa, sem exceção.

Ordem concedida. (HC n. 25.195-SP, Relator Ministro Felix Fischer, **in** DJ de 30.06.2003).

In casu, o delito é o tipificado no art. 16 da Lei n. 6.368/1976, que prevê pena de detenção de 6 meses a 2 anos, compreendido, portanto, pelo conceito legal de menor potencial ofensivo, o que, por certo, viabiliza o oferecimento da transação penal ao paciente, e exclui, exatamente por se cuidar de aplicação de lei penal mais benéfica, a alegação de preclusão diante da assunção do **sursis** processual.

Nesse sentido:

“Processual Penal. Recurso ordinário constitucional. Art. 16 da Lei n. 6.368/1976. Crime de menor potencial ofensivo. Suspensão do processo com base no art. 89 da Lei n. 9.099/1995. Superveniência da Lei n. 10.259/2001. Pleito da defesa direcionado ao oferecimento da proposta de transação penal. Derrogação do art. 61 da Lei n. 9.099/1995.

Sendo a transação penal instituto que se afigura mais benéfico ao réu, não pode o Juiz substituí-la pela suspensão condicional do processo.

Recurso provido para permitir ao réu o direito de ver proposta a transação penal em substituição à suspensão condicional do processo.” (RHC n. 15.489-SP Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, **in** DJ de 17.05.2004)

“Recurso ordinário em **habeas corpus**. Penal e Processual Penal. Uso de entorpecente. Art. 16 da Lei n. 6.368/1976. Infração de menor potencial ofensivo. Art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 10.259/2001. Transação penal. Possibilidade. Lei posterior mais benéfica. Retroação.

1. O parágrafo único do art. 2º da Lei n. 10.259/2001 ampliou a definição de crimes de menor potencial ofensivo, porquanto, além de ausentes as exceções elencadas no art. 61 da Lei n. 9.099/1995, foi alterado o limite da pena máxima abstratamente cominada para 02 (dois) anos, sem distinção entre crimes da competência da Justiça Estadual ou Federal. Precedentes do STJ.

2. Tendo-se em conta que o delito imputado ao ora Paciente é o capitulado no art. 16 da Lei n. 6.368/1976, cuja pena é de detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos e pagamento de multa, tido, pois, como de menor potencial ofensivo, há de se abrir a possibilidade de, consoante o art. 76 da Lei n. 9.099/1995, ser-lhe oferecido o benefício da transação penal, apesar de já existir a concordância do Paciente com a proposta de suspensão do processo.

3. É que, na presente hipótese, estando o ora paciente se submetendo ao período de prova do **sursis** processual, torna-se mais benéfico o instituto da transação, devendo, assim, a lei posterior mais benéfica retroagir, sob pena de ofensa ao art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal.

4. Recurso provido.” (RHC n. 14.857-SP Relatora Ministra Laurita Vaz, **in** DJ de 13.10.2003)

Pelo exposto, e por não se cuidar de direito subjetivo do réu (cf. REsp n. 628.294-SP **in** DJ de 18.10.2004), acompanho o Relator para, concedendo a ordem de **habeas corpus**, determinar que se oportunize ao paciente a possibilidade de transação

penal, sendo eventual discordância entre o Promotor de Justiça e o Juiz **a quo** solucionada à luz do art. 28 do Código de Processo Penal.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 37.101-PR (2004/0104657-8)

Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa

Impetrante: Udo Leto Lino

Advogado: Daniel Gilberto Lemos Pereira

Impetrado: Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

Paciente: Udo Leto Lino

EMENTA

Habeas corpus. Processual Penal. Crime do homicídio qualificado (art. 121, § 2º, IV, do CP). Réu submetido a dois julgamentos pelo Tribunal do Júri, ambos anulados. **Reformatio in pejus** indireta. Possibilidade. Soberania do júri popular.

1. O princípio da **ne reformatio in pejus** indireta — isto é, a imposição de pena mais grave, após a decretação de nulidade da sentença, em apelo exclusivo da defesa —, não tem aplicação nos julgamentos realizados pelo Tribunal do Júri, eis que, em face da soberania dos veredictos, pode o Conselho de Sentença proferir decisão que agrave a situação do réu (precedentes do STF e STJ);

2. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem de **habeas corpus**. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Nilson Naves, Paulo Gallotti e Paulo Medina. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Hamilton Carvalho. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 19 de maio de 2005 (data do julgamento).

Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa: Cuida-se de **habeas corpus**, substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, impetrado em favor de Udo Leto Lino, contra decisão do Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

O réu foi pronunciado em 12 de maio de 1992, restando condenado a seis anos de reclusão pelo Tribunal do Júri, em julgamento realizado em 27 de novembro de 1992, que, posteriormente, veio a ser declarado nulo pelo Tribunal Estadual, em razão de recurso interposto apenas da defesa.

Realizou-se, então, novo julgamento, que, igualmente, veio a ser declarado nulo, agora por consequência de recurso exclusivo da acusação.

Argumenta a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado, pois já se passaram mais de doze anos do trânsito em julgado da sentença de pronúncia, ocorrido em 12 de maio de 1992, sem que da decisão tenha havido qualquer recurso da acusação, impossibilitando-se, dessarte, o agravamento da pena imposta no primeiro julgamento (seis anos de reclusão).

Liminar indeferida (fls. 57/58-STJ); informações prestadas (fls. 61/122-STJ).

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 126/134-STJ), em parecer assim ementado:

“**Habeas corpus**. Crime do homicídio qualificado (art. 121, § 2º, IV, do CP). Sentença de pronúncia. Réu submetido a 02 julgamentos populares, tendo sido condenado, no primeiro, a 06 anos de reclusão e absolvido, no segundo. Veredictos anulados à conta, respectivamente, de recursos da defesa e da acusação. Terceiro julgamento ainda não realizado. Pleito de trancamento da ação penal, sob a alegativa de extinção da punibilidade do crime, por ocorrência da prescrição. Argumento de que eventual pena a ser aplicada ao réu não poderá ser superior a 06 anos, em razão da proibição da **ne reformatio in pejus** indireta. Descabimento. Inaplicabilidade de tal vedação, de índole legal, às decisões do júri. Princípio da soberania dos veredictos decorrentes de preceito constitucional. Sentença de pronúncia transitada em julgado em 22.05.1992. Não havendo sido fixada, até agora, sanção concreta ao acusado, o prazo prescricional deve ser calculado pelo máximo da pena privativa de liberdade abstratamente cominada ao delito. Causa extintiva da punibilidade inócurrenente. Constrangimento ilegal não caracterizado. Parecer pelo conhecimento e pela denegação da ordem.”

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa (Relator): 1. Pretende a impetração ver reconhecida a prescrição da pretensão punitiva estatal, eis que já decorridos mais de doze anos da primeira condenação imposta, cuja pena foi fixada em seis anos de reclusão. Alega a impossibilidade de agravamento da reprimenda imposta, dado o recurso exclusivo da defesa, que levou a nulidade do julgamento.

A tese, contudo, não merece prosperar.

2. Tourinho Filho, lecionando sobre o princípio da **ne reformatio in pejus** indireta — isto é, a imposição de pena mais grave, após a decretação de nulidade da sentença, em apelo exclusivo da defesa —, afirma que “em face da soberania dos veredictos, pode o Conselho de Sentença proferir decisão que agrave a situação do réu”. Esclarece, ainda, o autor:

“Contudo, se no novo júri o Conselho de Sentença mantiver o entendimento anterior, não poderá o Juiz-Presidente agravar a pena. Aí, sem, se ele pudesse fazê-lo haveria uma **reformatio in pejus** indireta. Se no julgamento anterior o Júri admitiu, apenas, o homicídio simples, sem qualquer agravante, e o Juiz lhe impôs a pena de seis anos, no segundo julgamento, sendo a decisão absolutamente idêntica, nada justifica possa o Presidente do Tribunal do Júri agravar-lhe a pena, sob a alegação de que o Júri é soberano. Soberana é a decisão dos jurados e não a pena aplicada pelo Juiz-Presidente.” (“Código de Processo Penal Comentado”. Vol. 2. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 361).

Assim, também, **Mirabete** (“Código de Processo Penal Interpretado”. 8ª edição. São Paulo: Atlas, 2001, pp. 1.335/1.336); **Grinover, Gomes Filho e Fernandes** (“Recursos no Processo Penal”. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, pp. 46/48); **Rangel** (“Direito Processual Penal”. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 531); **Magalhães Noronha** (“Curso de Direito Processual Penal”. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 375, pela possibilidade da **reformatio in pejus** indireta em qualquer situação).

Em sentido contrário: **Guilherme de Souza Nucci** (“Código de Processo Penal Comentado”. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 913).

3. Este Superior Tribunal de Justiça também vem decidindo, como a maioria da doutrina acima citada, que o princípio encontra limites na soberania, constitucionalmente estabelecida, dos julgamentos realizados pelo Tribunal do Júri. Observe-se:

“Penal. **Habeas corpus**. Art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal. Sentença condenatória anulada. Prescrição da pretensão punitiva. **Reformatio in pejus**. Nova sentença proferida. Prescrição.

I - A sentença penal condenatória anulada não interrompe a prescrição. (Precedentes do STJ e do STF)

II - Ressalvadas as situações excepcionais como a referente à soberania do Tribunal do Júri, quanto aos veredictos, em regra, a pena estabelecida, e não impugnada pela acusação, não pode ser majorada se a sentença vem a ser anulada. (Precedentes)

III - Tendo sido o paciente condenado a seis anos e oito meses de reclusão, e sendo o intervalo de tempo entre o recebimento da denúncia e a r. sentença superior a doze anos, deve ser declarada, com fundamento nos arts. 109, III, e 110, § 1º, ambos do Código Penal, a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva.

Ordem concedida.” (HC n. 30.535-PR, Quinta Turma, Relator Ministro Felix Fischer, **v.u.**, DJ de 09.02.2004)

Assim, também, nos julgados: HC n. 9.381-DE, Quinta Turma (DJ de 03.11.1999); RHC n. 8.195-RJ, Quinta Turma (DJ de 10.05.1999); EREsp n. 37.786-SP, Terceira Seção (DJ de 04.08.1997).

Também essa tem sido a orientação adotada pelo Supremo Tribunal Federal (HC n. 73.367-MG, Primeira Turma, Relator Ministro Celso de Mello, **v.u.**, DJ de 29.06.2001).

4. Dessarte, forte na argumentação acima trazida e seguindo a linha majoritária de nossa doutrina e jurisprudência, denego a ordem pretendida.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 38.169-MS (2004/0128282-0)

Relator: Ministro Nilson Naves

Impetrante: Jader Roberto de Freitas — Procuradoria da Assistência Judiciária

Impetrada: Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul

Paciente: Luiz Antônio da Silva (preso)

EMENTA

Pena privativa de liberdade (sentido e limites). Estupro/atentado violento ao pudor (formas qualificadas). Presunção de violência (vítima menor). Aumento especial de pena da Lei n. 8.072 (não-incidência).

1. O vezo da criminalização ou do aumento das penas tendente a prevenir o crime é um mal; certamente, não é um bem; não se previne criminalidade aumentando a pena correspondente ao tipo legal de crime, digamos, a mínima de um para dois ou três anos, a máxima, de quatro para cinco ou seis anos.

2. As penas devem visar à reeducação do condenado. A história da humanidade teve, tem e terá compromisso com a reeducação e com a reinserção social do condenado. Se fosse doutro modo, a pena estatal estaria fadada ao insucesso.

3. Disposição eminentemente proibitiva e eminentemente excepcional, a lei dos crimes hediondos é de interpretação (ou exegese) estrita. Quando nela há referência aos crimes contra os costumes, o melhor dos entendimentos é o de que essa referência está endereçada aos casos em que há lesão corporal ou morte (Lei n. 8.072/1990, art. 9º; Código Penal, art. 223 e seu parágrafo único). Nas hipóteses da presunção de violência (Código Penal, art. 224), o aumento de pena implicaria **bis in idem**.

4. Tal como impetrada, a ordem de **habeas corpus** foi denegada pela Turma, no entanto foi expedida de ofício.

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, denegar o **habeas corpus**, porém concedendo a ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti e Hélio Quaglia Barbosa votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Paulo Medina. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 17 de março de 2005 (data do julgamento).

Ministro Nilson Naves, Relator

DJ 16.05.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: Condenando o réu a 21 (vinte e um) anos de reclusão em regime fechado pelos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, a sentença aplicou-lhe a pena nos seguintes termos:

“Considerando-se o disposto no art. 59 do Código Penal, a culpabilidade evidente do réu, a conduta e personalidade voltadas ao delito, a falta de motivos, as circunstâncias e conseqüências do crime (as vítimas eram crianças e tiveram na conduta do réu desvio de personalidade), fixo a pena-base da seguinte forma:

1. Para o delito de estupro com violência presumida fixo a pena-base em 06 (seis) anos de reclusão. Não militam atenuantes. Em razão da reincidência, agravo a pena em 01 (hum) ano de reclusão. Não militam causas de diminuição. Tendo-se em vista o art. 9º da Lei n. 8.072/1990, aumento a pena na metade, restando a pena definitiva a ser cumprida de 10 (dez) anos e 06 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida em regime fechado, por se tratar de crime hediondo.

2. Para o atentado violento ao pudor com violência presumida, fixo a pena-base em 06 (seis) anos de reclusão, não militam atenuantes. Em razão da reincidência, agravo a pena em 01 (hum) ano de reclusão. Não militam causas de diminuição. Tendo-se em vista o art. 9º da Lei n. 8.072/1990, aumento a pena na metade, restando a pena definitiva a ser cumprida de 10 (dez) anos e 06 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida em regime fechado, por se tratar de crime hediondo.

Tendo-se em vista o disposto na primeira parte do art. 69 do Código Penal, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade, somando vinte e um anos de reclusão, cumpridos em regime fechado, por força do disposto na Lei n. 8.072/1990.”

Ao paciente foi negado **habeas corpus** por acórdão de 08.06.2004, assim ementado:

“A jurisprudência já firmou entendimento de que o art. 225, § 1º, I, e § 2º, do Código Penal não deve ser interpretado com excessiva rigidez e não se exige, assim, termo formal para representação, bastando a demonstração inequívoca do interesse do ofendido. Da mesma forma, quanto à prova da miserabilidade da vítima ou de seus pais, a qual pode ser demonstrada por outras formas diversas do atestado de pobreza, inclusive pela notoriedade dos fatos.”

Em seu favor, a Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário pede agora ao Superior Tribunal ordem de **habeas corpus**, alegando o seguinte em resumo:

“Infere-se dos autos da ação penal que esta foi iniciada em razão de denúncia feita junto ao Conselho Tutelar da Criança e do Adolescente de Paranaíba, o qual encaminhou o Ofício n. 39/1994 (doc. 5) ao MM. Juiz da Infância e da Juventude da Comarca. Recebido o expediente, o Magistrado encaminhou-o ao

Promotor de Justiça responsável, que oficiou ao Delegado de Polícia requisitando a instauração de inquérito policial (doc. 4). O procedimento inquisitório foi instaurado, bem como foi iniciada e concluída a ação penal respectiva, porém, não houve representação dos representantes legais da vítima, nem a nomeação de Curador Especial, nos termos do art. 33 do CPP.

(...)

Portanto, decidiu o Tribunal **a quo** que a comunicação do Conselho Tutelar serve como representação, vez que substituiu a avó das vítimas ao representar o fato ao Ministério Público.

Data venia, este entendimento carece de amparo legal, eis que ofende as disposições dos arts. 24 e 33 do Código de Processo Penal e, por conseguinte, viola a garantia do devido processo legal, conforme será demonstrado adiante. Se havia inércia da representante legal dos ofendidos, ou conflito de interesses entre estes, deveria ter sido nomeado Curador Especial pelo Juiz da causa, nos termos do art. 33, que é norma de ordem pública e, assim, de observância obrigatória. E isso definitivamente não foi feito. Agora, se tenta emprestar legalidade à ação penal, através do ofício expedido pelo Conselho Tutelar, porém, não se pode admitir este entendimento, vez que desprovido de amparo legal.

Relevante destacar que desde sua prisão preventiva no aludido feito em 13.01.1995 (doc. 15), o paciente encontra-se cumprindo a pena que lhe foi imposta, sendo certo que atualmente está encarcerado no Estabelecimento Penal de Paranaíba, onde cumpre sua reprimenda no regime fechado perante o r. Juízo de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Paranaíba — MS, nos autos da Carta de Guia n. 018.02.004651-8, a qual foi extraída do processo-crime supramencionado.

(...)

... os representantes legais das vítimas não foram ouvidos em nenhum momento processual, bem como não praticaram nenhum ato neste, vez que não são provocadores do procedimento, nem foram ouvidos, nem chamados, em nenhum momento.

Quanto à avó dos menores, Sr^a. Maria Aparecida Ventura da Silva, inquirida somente na fase policial (doc. 12), pessoa que tinha as crianças e adolescentes sob os seus cuidados, esta não representou contra quem quer que seja, nem foi convidada ou orientada a fazê-lo...”

Em suma, sustenta a impetrante que, no caso, há nulidade e que se trata de nulidade absoluta, de argüição, portanto, a qualquer momento. Alega também que há violação do devido processo legal e pede, ao final, a concessão da ordem a fim de que o paciente seja posto em liberdade.

O Ministério Público Federal, pela palavra do Subprocurador-Geral Moacir Mendes, é pela denegação da ordem. Eis a ementa do parecer:

“Por não permitir o exame aprofundado e amplo do material cognitivo existente nos autos da ação penal, não se presta a augusta via do **mandamus** para transformar condenação em absolvição, pleito que encontra melhor deslinde em revisão criminal, para cujo julgamento falece competência ao Superior Tribunal de Justiça, salvo em relação aos seus próprios julgados.

Não se vislumbra a alegada ilegitimidade ativa para a propositura da ação penal, tendo em vista que o Ministério Público não agiu por iniciativa própria, mas provocado pelo justificado pedido de socorro da vítima, através do Conselho Tutelar, criado justamente para proteger menores em situação de risco e desassistidos pela família, hipótese dos autos, visto que a avó das vítimas, com quem viviam, manteve-se inerte.

Parecer pela denegação da ordem.”

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): Está correto o parecer do Ministério Público Federal ao opinar pela denegação da ordem, vejamo-lo nestas passagens:

“No caso, o acórdão está suficientemente fundamentado quanto aos motivos pelos quais — suficiência da prova — o julgador se convenceu de que o paciente tanto cometera os crimes de estupro e atentado violento ao pudor contra a menor Elenir e Jéferson, respectivamente, amparado em depoimentos dos ofendidos e de testemunhos de seus familiares, além de outros indícios, conclusões que não podem ser afastadas sem reexame profundo do material cognitivo nos autos.

A esse respeito é de se conferir os seguintes excertos do voto condutor do julgamento, a fim de se ter como resolvida a questão sobre a qual se vem debatendo o Paciente para ver declarada a nulidade do processo, a saber:

(...)

O certo é que a sentença e acórdão constataram a coesão dos depoimentos, tanto em Juízo como na fase inquisitorial, não vislumbrando qualquer disposição dos ofendidos ou das testemunhas em incriminar gratuitamente o acusado.

Vê-se, por conseguinte, que há prova da existência do crime e da autoria.

Resta claro que o que pretende o impetrante, sem dissimulação, é que o Superior Tribunal de Justiça reveja todo o processo com a amplitude conferida ao recurso de apelação, o que não se afigura pertinente, encontrando seu pleito melhor guarida na revisão criminal, para cuja apreciação, todavia, esse augusto Pretório não tem competência.

Quanto à ilegitimidade do Ministério Público, não tem razão o impetrante.

É que a representação de que cuida o art. 225, § 2º, do Código Penal, não depende de qualquer formalidade específica, bastando a simples manifestação da vítima ou de seu representante legal de que deseja ver apurado o fato, o que se satisfaz com o comparecimento espontâneo perante a autoridade policial ou o Ministério Público para relatar o acontecido, solicitando providências.

O estado de pobreza, por seu turno, pode ser deduzido pela própria atividade laborativa da vítima ou de seu representante legal, a evidenciar que não tem condições de arcar com as despesas de um processo, caso, por exemplo, do servente, do empregado doméstico, do zelador, do aposentado pela Previdência etc.

É certo que a vítima, por ser menor de idade, não tinha capacidade para representar.

Todavia, se não tinha ninguém por ela — consta que sua avó é uma senhora de 71 anos, analfabeta, sem mínimas condições de adotar qualquer providência, tanto que se manteve inerte diante dos acontecimentos, sendo desconhecido o paradeiro do genitor das vítimas —, não se poderia exigir o rigor do atendimento das formalidades, havendo de se conferir validade a sua iniciativa de comparecer ao Conselho Tutelar e pedir providências.

(...)

Vê-se, portanto, que o Ministério Público não agiu por iniciativa própria, mas provocado pelo justificado pedido de socorro da menor, através do Conselho Tutelar, criado justamente para proteger menores em situações de risco e desassistidos pela família.”

Sucedee, entretanto, que, no caso, foi indevidamente aplicado o disposto no art. 9º da Lei n. 8.072/1990 diante, creio eu, do que escrevi para o REsp n. 661.365 (sessão de 18.11.2004), cuja ementa foi esta:

“Pena privativa de liberdade (sentido e limites). Estupro/atentado violento ao pudor (formas qualificadas). Presunção de violência (vítima menor). Aumento especial de pena da Lei n. 8.072 (não-incidência).

1. O vezo da criminalização ou do aumento das penas tendente a prevenir o crime é um mal; certamente, não é um bem; não se previne criminalidade aumentando a pena correspondente ao tipo legal de crime, digamos, a mínima de um para dois ou três anos, a máxima, de quatro para cinco ou seis anos.

2. As penas devem visar à reeducação do condenado. A história da humanidade teve, tem e terá compromisso com a reeducação e com a reinserção social do condenado. Se fosse doutro modo, a pena estatal estaria fadada ao insucesso.

3. Disposição eminentemente proibitiva e eminentemente excepcional, a lei dos crimes hediondos é de interpretação (ou exegese) estrita. Quando nela há referência aos crimes contra os costumes, o melhor dos entendimentos é o de que essa referência está endereçada aos casos em que há lesão corporal ou morte (Lei n. 8.072/1990, art. 9º; Código Penal, art. 223 e seu parágrafo único). Nas hipóteses da presunção de violência (Código Penal, art. 224), o aumento de pena implicaria **bis in idem**.

4. Recurso especial do qual se conheceu pelo dissídio jurisprudencial, porém ao qual se negou provimento.”

Tanto para o estupro como para o atentado violento ao pudor, a sentença se valeu da pena-base de 6 (seis) anos, mais 1 (um) ano pela reincidência, acrescida de metade em conformidade acordo com o previsto no indigitado art. 9º, daí, ao final, os 21 (vinte e um) anos privativos de liberdade. Todavia, ao ver da jurisprudência por mim indicada, impõe-se seja retirado, num e noutra crime, o acréscimo da metade.

Tal como foi impetrada, denego a ordem, acolhendo, no particular, o parecer ministerial. Só que a concedo de ofício para, revendo o cálculo da pena, fixá-la, definitivamente, em 14 (quatorze) anos de reclusão. Em outras palavras, fica cancelado o acréscimo previsto no art. 9º da Lei n. 8.072/1990 em relação a ambos os crimes.

HABEAS CORPUS N. 38.349-SP (2004/0131925-3)

Relator: Ministro Nilson Naves

Impetrante: Wilson Vitalino Ribeiro Júnior

Advogada: Gislane Mendes Lousada

Impetrado: Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo

Paciente: Wilson Vitalino Ribeiro Júnior (preso)

EMENTA

Pena privativa de liberdade (cumprimento). Regime (fechado/aberto). Sentença (motivação).

1. É lícito ao juiz estabelecer regime mais rigoroso, contanto que o faça motivadamente.

2. Se é caso de regime menos rigoroso, a resolução judicial por regime mais rigoroso há de também acontecer fundada em circunstâncias judiciais.

3. No caso de dúvida, a dúvida se resolve, como sempre se resolveu, a favor da liberdade.

4. **Habeas corpus** deferido, estabelecendo-se o regime aberto.

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 e Hélio Quaglia Barbosa votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Paulo Medina. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 17 de março de 2005 (data do julgamento).

Ministro Nilson Naves, Relator

DJ 16.05.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: Em 09.12.2004, foram a mim prestadas as seguintes informações:

“Alega o impetrante, em síntese, estar o paciente sofrendo constrangimento ilegal, visto ter esta Casa denegado **habeas corpus**, onde pleiteava a progressão de regime prisional ou fixação do regime aberto para cumprimento da reprimenda.

Aduz, ainda, a demora no julgamento de pedido de progressão de regime feito junto ao Juízo das Execuções, devido ao movimento paredista dos serventúrios do Poder Judiciário de Estado (Ação Penal n. 1.551/2003, da Vigésima Oitava Vara Criminal da Comarca de São Paulo).

Por fatos ocorridos em 18 de dezembro de 2003, foi o paciente preso em flagrante delito e denunciado como incurso no art. 180, **caput**, do Código Penal (doc. n. 1).

Recebida a denúncia e superadas as fases processuais sobreveio sentença que o condenou, nos termos da denúncia, a 01 ano e 06 meses de reclusão, em regime fechado, mais 15 dias-multa (doc. n. 2).

Intimado da sentença condenatória, o paciente renunciou ao direito de recorrer, interpondo a defesa apelação. O magistrado, entendendo que deveria prevalecer a vontade do acusado, não recebeu o recurso (doc. n. 3).

Inconformada, a defesa ingressou com recurso em sentido estrito, que se encontra nesta Casa em fase de autuação. Observa-se dos autos que em 16 de junho de 2004, foi expedida guia de recolhimento provisória (doc. n. 4).

Informe, ainda, que a defesa também impetrou nesta Casa em favor do paciente o **Habeas Corpus** n. 492.298/1, de argumentos semelhantes aos do presente *writ*. A Décima Segunda Câmara, à unanimidade, conheceu em parte da impetração e, na parte conhecida, denegou a ordem. O aresto se encontra em fase de publicação (doc. n. 5).

Anoto, por derradeiro, que em contato com a Vara de Execuções Criminais de São Paulo, o Gabinete da Presidência obteve a informação com o servidor Gilson, de que aos 28 de agosto de 2004, ingressou o paciente com pedido de progressão ao regime aberto, o qual se encontra em fase de processamento.”

O parecer foi contrário à concessão da ordem: “**habeas corpus** não é recurso adequado para conceder progressão de regime, especialmente se ensejar a análise de requisitos subjetivos para sua concessão.”

Em 07.03.2005, foi certificado pelo Coordenador da Sexta Turma o seguinte:

“Certifico, em cumprimento à determinação de V. Ex^a., que em contato com a Vara de Execuções Criminais de São Paulo, através do servidor Sérgio Ferreira, matrícula 810.420, fui informado que na data de 28 de fevereiro de

2005 o paciente Wilson Vitalino Ribeiro Júnior teve indeferido pelo MM. Juiz daquela Vara, seu pedido de progressão para o regime aberto e de livramento condicional.”

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): São palavras da sentença: (I) “o réu apresenta antecedentes criminais (fls. 65/66, 88 e 90), respondendo a processos-crime em andamento (fls. 88 e 90), o que forja o conceito de antecedentes criminais”; (II) “é de admitir que ele talvez não tenha péssimos antecedentes, mas o Juiz pode considerar os antecedentes dele, porque o art. 59 se refere a antecedentes, a personalidade”; (III) “se assim não se entender, o réu deve ser considerado como indivíduo de má conduta social, motivo pelo qual merece pena-base exasperada, 1 (um) e 6 (seis) meses de reclusão, regime fechado, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal”.

De sua parte, disse o então Tribunal de Alçada Criminal, quando do julgamento do **habeas corpus**, o seguinte: “O que se está dizendo é que o fato, a pena e o regime de seu cumprimento não podem ser apreciados isoladamente, porque entre eles há um evidente e indispensável encadeamento. Em outras palavras, não basta o réu satisfazer os requisitos objetivos para a concessão de regime menos gravoso de cumprimento de pena. É preciso que a análise do fato permita qualificar sua ação de forma mais ou menos severa, com a finalidade de restringir mais ou menos sua liberdade. E isso só pode ser feito, a meu aviso e respeitados os sempre cultos pronunciamentos contrários, no processo ordinário.”

De minha parte, entendo, em primeiro lugar, que a questão lá e cá suscitada é de conhecimento por meio do **habeas corpus**. Não é de boa índole a restrição do seu emprego, uma vez que, dada a sua ótima natureza, o **habeas corpus**, instrumento a favor da liberdade, há de receber exegese de amplo emprego, diria, de irrestrita utilização. Em segundo lugar, também entendo que a opção judicial por regime mais rigoroso quando o agente faz jus a regime menos gravoso há de ser satisfatoriamente fundamentada. Não foi o que aconteceu com a sentença que tenho em mão. Afora a insuficiente fundamentação por ela apresentada, teve a sentença dificuldades com as circunstâncias previstas no art. 59: afinal, para o sentenciante, qual a circunstância judicial que determinou a pena-base acima do mínimo? E o cumprimento da pena em regime fechado? Foram os antecedentes ou foi a conduta social? Há controvérsia e há dúvida, e a dúvida e a controvérsia sempre se resolveram e se resolvem a favor do réu.

Voto pela concessão da ordem a fim que a pena resultante do Processo n. 1.551/2003 (28ª Vara Criminal) seja cumprida no regime aberto.

HABEAS CORPUS N. 39.749-SP (2004/0165708-9)

Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa

Impetrante: Lucimário Oliveira Néri

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Lucimário Oliveira Neri (preso)

EMENTA

Processual Penal. **Habeas corpus**. Demora na distribuição de revisão criminal. Excesso injustificado. Constrangimento ilegal.

1. O excesso de prazo para o julgamento de revisão criminal, se injustificado, configura ilegal constrangimento a ser corrigido em sede de **habeas corpus**.

2. Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, 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**. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Nilson Naves, Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti e Paulo Medina. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 02 de junho de 2005 (data do julgamento).

Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Relator

DJ 27.06.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa: Cuida-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Lucimário Oliveira Néri, contra a omissão atribuída ao Tribunal de

Justiça do Estado de São Paulo, em processar e julgar pedido de revisão criminal interposto pelo paciente.

Condenado a vinte anos de reclusão, pela prática da conduta descrita no art. 157, § 3º, **in fine**, do Código Penal, em regime integralmente fechado, ingressou, em 16 de fevereiro de 2002, com pedido revisional na Corte Estadual, estando os autos já com parecer do órgão ministerial e ainda aguardando distribuição.

Informações prestadas (fls. 13/35); o Ministério Público Federal opina pela concessão da ordem (fls. 37/43), em parecer assim ementado:

“**Habeas corpus**. Alegação de excessiva demora na distribuição e apreciação de pedido revisional ajuizado há mais de 03 anos. Constrangimento ilegal configurado. Excesso de prazo que enseja ilegalidade a ser coarctada pela via do remédio heróico. Princípios da eficiência e da celeridade, ambos de porte constitucional. Emendas Constitucionais n. 19 e 45. Jurisprudência do STJ. Parecer pelo conhecimento e pela concessão da ordem.”

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa (Relator): 1. Razão assiste à impetração.

2. Decidiu o poder constituinte derivado acrescer ao rol de direitos e garantias fundamentais, diante de um quadro preocupante relativamente ao Judiciário nacional, o direito a uma razoável duração do processo, garantindo os meios necessários à celeridade de sua tramitação, seja no âmbito judicial, seja no administrativo (Constituição Federal, arts. 5º, inciso LXXVIII, e 93, XV).

Nesse sentido, esta Corte de Justiça há muito vem entendendo que o excesso de prazo no julgamento de ações de impugnação e recursos interpostos, quando injustificado, configura ilegal constrangimento suscetível de correção por meio de **habeas corpus**.

Assim, os seguintes precedentes:

“Processual Penal. **Habeas corpus**. Demora na distribuição de revisão criminal. Excesso injustificado. Constrangimento ilegal.

1. O excesso de prazo para o julgamento de revisão criminal, se injustificado, configura ilegal constrangimento a ser corrigido em sede de **habeas corpus**.

2. Ordem concedida.” (HC n. 37.255-SP, Sexta Turma, de minha relatoria, **v.u.**, DJ de 21.03.2005);

“Processual Penal. **Habeas corpus**. Demora no julgamento da revisão criminal que sequer foi distribuída. Demora injustificada de quase dois anos. Constrangimento ilegal.

I - O excesso de prazo no julgamento de revisão criminal, quando injustificado, consubstancia-se em constrangimento ilegal sanável via **habeas corpus** (precedentes).

II - Na espécie, o ora impetrante interpôs revisão criminal em 19.02.2002 e, desde 25.06.2002, aguarda distribuição. Flagrante, portanto, o constrangimento ilegal.

Ordem concedida para que o egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo julgue a Revisão Criminal n. 379.725.3/0-00.” (HC n. 33.884-SP, Quinta Turma, Relator Ministro Felix Fischer, DJ de 07.06.2004)

3. Verifica-se, **in casu**, que o impetrante ajuizou revisão criminal em 16 de fevereiro de 2002; encaminhados os autos ao *Parquet*, retornaram ao Tribunal de Justiça paulista, aguardando distribuição, desde 04 de junho de 2002.

Nas informações prestadas, a autoridade apontada como coatora se limita a informar que “o feito se encontra em fase de distribuição” (fl. 14), não apresentando qualquer justificativa para a demora.

4. Diante do exposto, incontestável o constrangimento ilegal que se impõe ao paciente, razão pela qual concedo a ordem, determinando ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que proceda imediata distribuição e processamento da Revisão Criminal n. 375.819.3/0.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 40.236-RJ (2004/0175176-9)

Relator: Ministro Paulo Gallotti

Impetrante: Iracema Vaz Ramos Leal — Defensora Pública

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

Paciente: Marcelo Lopes da Silva

EMENTA

Habeas corpus. Processo Penal. Art. 16 da Lei n. 6.368/1976. Crime de menor potencial ofensivo. Lei n. 10.259/2001. Competência dos juizados especiais criminais. Precedentes do STJ. Ordem concedida.

1. Esta Corte firmou compreensão de que o conceito de crime de menor potencial ofensivo foi ampliado pela Lei n. 10.259/2001, que instituiu os Juizados Especiais Federais, passando a compreender os delitos cuja pena máxima não seja superior a dois anos, alcançando o disposto no art. 61 da Lei n. 9.099/1995.

2. Por não constar do novo diploma legal qualquer exceção, há de se processar perante os juizados especiais, se for o caso, a apuração dos delitos com expressa previsão de rito especial, como aqui ocorre, pois o paciente está acusado da prática do crime previsto no art. 16 da Lei n. 6.368/1976.

3. **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, Hélio Quaglia Barbosa e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília (DF), 18 de agosto de 2005 (data do julgamento).

Ministro Paulo Gallotti, Presidente e Relator

DJ 19.09.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Cuida-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Marcelo Lopes da Silva, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que, apreciando conflito ali suscitado, declarou a competência do Juízo de Direito da 27ª Vara Criminal da Capital para apreciar e julgar a ação penal em que o paciente está acusado da prática do delito previsto no art. 16 da Lei de Tóxicos.

Busca a impetração a cassação do acórdão, com a conseqüente anulação de todos os atos praticados, já que a Lei n. 10.259/2001 revogou o art. 61 da Lei n. 9.099/1995, estabelecendo a competência dos juizados especiais criminais para o julgamento da infração apontada.

Indeferida a liminar, o Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator): O **habeas corpus**, realmente, deve ser concedido.

Esta Corte firmou compreensão de que o conceito de crime de menor potencial ofensivo foi ampliado pela Lei n. 10.259/2001, que instituiu os Juizados Especiais Federais, passando a compreender os delitos cuja pena máxima não seja superior a dois anos, alcançando o disposto no art. 61 da Lei n. 9.099/1995.

Por não constar do novo diploma legal qualquer exceção, há de se processar perante os juizados especiais, se for o caso, a apuração dos delitos com expressa previsão de rito especial, exatamente como aqui ocorre, pois se imputa ao paciente a prática do crime do art. 16 da Lei n. 6.368/1976, fato ocorrido em 07 de agosto de 2002, quando já em vigor a nova regência normativa.

Vejam-se os precedentes:

A - “**Habeas corpus**. Processual Penal. Art. 16 da Lei n. 6.368/1976. Rito especial. Irrelevância. Crime de menor potencial ofensivo. Lei n. 10.259/2001. Competência. Juizados especiais criminais. Constrangimento ilegal. Precedentes do STJ.

1. A Lei n. 10.259/2001, ao estabelecer o limite de dois anos para a pena máxima cominada, deu nova definição às infrações de menor potencial ofensivo, em observância ao princípio da isonomia, independentemente de possuírem procedimento especial.

2. À época dos fatos, e, portanto, mesmo antes do oferecimento da denúncia, já estava em vigor a nova lei processual. Assim, a sentença foi prolatada por juiz absolutamente incompetente em razão da matéria.

4. *Writ* concedido para, cassando o acórdão vergastado, anular a decisão proferida pelo Juízo incompetente e determinar o encaminhamento dos autos ao Juizado Especial, oportunizando ao Ministério Público a manifestação acerca da transação penal.”

(HC n. 34.271-DF, Relatora a Ministra Laurita Vaz, DJ de 13.12.2004)

B - “Recurso especial. Conflito de competência. Juizado especial criminal. Crime de menor potencial ofensivo. Art. 61 da Lei n. 9.099/1995. Art. 2º da Lei n. 10.259/2001. Procedimento específico. Derrogação. Não-provimento.

O art. 2º da Lei n. 10.259/2001 derogou o art. 61 da Lei n. 9.099/1995, alterando o conceito de crime de menor potencial ofensivo para aqueles delitos em que a pena máxima, **in abstracto**, não seja superior a dois anos.

Da mesma sorte, também restou derogada a última parte do disposto no art. 61 da Lei n. 9.099/1995 — excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial — de modo que não há mais restrições para que os delitos que se submetam ao procedimento específico sejam julgados pelos Juizados Especiais Criminais. Recurso não conhecido.”

(REsp n. 521.085-RS, Relator o Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ de 10.11.2003)

C - “Criminal. REsp. Infração de menor potencial ofensivo. Lei dos juizados especiais federais. Alteração do limite de pena máxima. Uso de entorpecentes. Competência dos juizados especiais criminais ainda que o delito posua rito especial. Modificação da interpretação dada ao art. 61 da Lei n. 9.099/1995. Recurso provido.

I - Com o advento da Lei n. 10.259/2001 — que instituiu os juizados especiais cíveis e criminais no âmbito da Justiça Federal — foi fixada nova definição de delitos de menor potencial ofensivo, cujo rol foi ampliado devido à alteração para dois anos do limite de pena máxima.

II - Em aplicação ao princípio constitucional da isonomia, houve derrogação tácita do art. 61 da Lei n. 9.099/1995.

III - Não tendo a nova lei feito qualquer ressalva acerca dos delitos submetidos a procedimentos especiais, todas as infrações cuja pena máxima não exceda a dois anos, inclusive as de rito especial, passaram a integrar o rol dos delitos de menor potencial ofensivo, cuja competência é dos Juizados Especiais.

IV - O julgamento do delito de posse de droga para uso próprio (art. 16 da Lei n. 6.368/1976) deve ser realizado perante o Juizado Especial Criminal.

V - Recurso provido.”

(REsp n. 520.369-MG, Relator o Ministro Gilson Dipp, DJ de 20.10.2003)

Diante do exposto, concedo o **habeas corpus** para anular a ação penal de que aqui se trata desde o recebimento da denúncia, inclusive, devendo os autos ser remetidos ao Décimo Juizado Especial Criminal da Comarca da Capital.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 43.223-MA (2005/0059543-8)

Relator: Ministro Paulo Gallotti

Impetrante: Armando Serejo

Impetrada: Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão

Paciente: Paulo Roberto Santos Sales (preso)

EMENTA

Habeas corpus. Estupro e atentado violento ao pudor. Prisão preventiva. Não-demonstração dos requisitos que a autorizam. Ordem concedida.

1. A gravidade do delito, por si só, não autoriza recolhimento antecipado de quem é réu de ação penal, medida que, por seu rigor, só pode ser imposta diante da demonstração da absoluta necessidade de sua adoção.

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, Hélio Quaglia Barbosa e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília (DF), 18 de agosto de 2005 (data do julgamento).

Ministro Paulo Gallotti, Presidente e Relator

DJ 19.09.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Cuida-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Paulo Roberto Santos Sales, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Maranhão que denegou o *writ* ali deduzido.

O paciente foi preso preventivamente e denunciado como incurso nos arts. 213 e 214, ambos combinados com o art. 224, alínea **a**, do Código Penal, e no art. 244-A do

Estatuto da Criança e do Adolescente, buscando a impetração que ele responda ao processo em liberdade, pois não estariam presentes os requisitos que autorizam a custódia cautelar, bem como porque “tem bons antecedentes, profissão definida e lícita (médico), com residência fixa e determinada no distrito da culpa, conforme faz prova a certidão de antecedentes criminais e certidão de antecedentes éticos do Conselho Regional de Medicina do Maranhão”.

Deferida a liminar, o Ministério Público opinou pela concessão da ordem.
É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator): Tenho que a ordem deve ser concedida.
Ao decretar a custódia cautelar, disse o magistrado, no que interessa:

“**In casu**, prescreve o art. 312 da Lei Instrumental Penal, **verbis**:

‘Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes da autoria.’

Em uma análise percuente da norma inculpada no artigo supramencionado, constata-se que o termo ‘poderá’ não confere obrigatoriedade ao Juiz para decretá-la, como na legislação pretérita; entretanto, é uma faculdade do magistrado que pode fazê-lo se presente qualquer dos seus pressupostos. O que, aliás, convenhamos, está patenteado no caso **sub examen**, haja vista que o denunciado praticou o delito demonstrando alto índice de periculosidade e circunstância desabonadora ao convívio salutar no seio da sociedade ludovicense.

Tão-só por esse fundamento, evidentemente, já estaria resguardada a legalidade do decreto preventivo.

Entretanto, fato dessa natureza não pode e não deve ser analisado, para o fim em tela, academicamente, mas sim, tendo em vista a real situação que lhe advém, tem, sem dúvida alguma, contundente reflexo no meio social, o qual se desagrega quando se defronta com atitudes de tal violência e dando à população, quando o autor responde solto ao processo, a falta ou talvez irreal idéia de impunidade e descrédito da Justiça.

Como se verifica, o instituto da prisão preventiva, consagrado no art. 311 da Lei Instrumental Penal, está subordinado, segundo o art. 312 do mesmo **Codex**, a dois pressupostos: prova da existência do crime e indícios suficientes

de autoria, e endereçado a três objetivos: garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal e segurança da aplicação da lei penal.

Os pressupostos de prova da existência do crime e indícios suficientes de sua autoria são inatacáveis.

Portanto, a segregação faz-se mister para evitar-se uma possível fuga do distrito da culpa, para não estorvar a tramitação normal do feito, conquanto não seja este magistrado nenhum futurólogo.

(...)

Por fim, tem-se o caso **sub examem** que a custódia cautelar do acriminado Paulo Roberto Santos Sales, calcada na ordem pública, conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal, tem como escopo os fatos expendidos e a credibilidade da Justiça, ante a conduta do indigitado.” (Fls. 48/51)

A prisão cautelar, é sabido, de caráter processual, só se justifica, em confronto com o princípio da presunção de inocência, diante da evidente necessidade de sua imposição, que deve ser objetivamente demonstrada.

Constata-se facilmente, pela leitura do aludido decreto, que o magistrado não apontou qualquer circunstância específica do caso em exame que justifique a necessidade da segregação do paciente, fazendo apenas referência genérica aos requisitos autorizadores da custódia cautelar do art. 312 do CPP.

A gravidade dos delitos imputados ao paciente, que é inegável, por si só, não autoriza o recolhimento antecipado de quem é réu de ação penal, medida que, por sua gravidade, só pode ser imposta diante da demonstração da absoluta necessidade de sua adoção, o que, como visto, não ocorre na hipótese, notadamente em se tratando de réu primário e sem antecedentes negativos, com residência fixa e exercendo a profissão de médico.

Confiram-se os precedentes:

A - “Criminal. RHC. Homicídio qualificado. Pronúncia. Manutenção da prisão preventiva. Ausência de concreta fundamentação. Necessidade da prisão não demonstrada. Apresentação espontânea perante a autoridade policial. Condições pessoais favoráveis. Paciente que possui situação peculiar a ser considerada. Recurso provido.

I - Exige-se concreta motivação para o decreto de prisão preventiva, com base em fatos que efetivamente justifiquem a excepcionalidade da medida, atendendo-se aos termos do art. 312 do CPP e da jurisprudência dominante.

II - A mera alusão genérica à existência de indícios de materialidade e autoria do delito, à gravidade do crime que demonstraria a periculosidade do agente não são suficientes para a manutenção da custódia excepcional.

III - Se o decreto de prisão cautelar se mostra carente de fundamentação quanto à necessidade da custódia, não há como subsistir a medida.

IV - Não obstante o fato de o réu ter se apresentado espontaneamente à autoridade policial não ser suficiente para garantir eventual direito subjetivo à liberdade provisória, tal aspecto não pode deixar de ser considerado na hipótese dos autos.

V - Condições pessoais favoráveis, mesmo não sendo garantidoras de eventual direito à liberdade provisória, devem ser devidamente valoradas, quando não demonstrada a presença de requisitos que justifiquem a medida constritiva excepcional.

VI - Recurso provido a fim de revogar a prisão cautelar efetivada contra o paciente, determinando-se a imediata expedição de alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não estiver preso, mediante condições a serem estabelecidas pelo Julgador de 1º grau, sem prejuízo de que venha a ser decretada novamente a custódia, com base em fundamentação concreta.”

(RHC n. 15.765-SP Relator o Ministro Gilson Dipp, DJ de 02.08.2004)

B - “**Habeas corpus**. Processual Penal. Prisão cautelar. Crimes de tráfico, preparação de substância entorpecente e de associação permanente. Édito constritivo carente de fundamentação legal. Alegação genérica da necessidade da custódia em razão da conveniência da instrução criminal e da aplicação da lei penal. Precedentes do STF e do STJ.

1. Sendo a prisão cautelar uma medida extrema e excepcional, que implica em sacrifício à liberdade individual, é imprescindível, em razão do princípio constitucional da inocência presumida, a demonstração dos elementos objetivos, indicativos dos motivos concretos autorizadores da medida constritiva.

2. A alegação judicial genérica da necessidade da custódia processual pela conveniência da instrução criminal e da aplicação da lei penal, dissociada de qualquer outro elemento concreto e individualizado, não tem, **per se**, o condão de justificar a prisão cautelar. Precedentes do STJ.

3. Segundo reiterado posicionamento dos Tribunais Superiores, não obstante a paciente ter sido denunciada por crime hediondo, faz-se imprescindível, para a manutenção da segregação cautelar, a justificativa cabal de sua imposição, a teor do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal. Precedentes do STF e do STJ.

4. Ordem concedida para revogar a prisão cautelar decretada em desfavor da paciente, sem prejuízo de nova decretação de custódia cautelar devidamente motivada.”

(HC n. 34.900-MS, Relatora a Ministra Laurita Vaz, DJ de 02.08.2004)

C - “**Habeas corpus**. Direito Processual Penal. Prisão preventiva. Requisitos. Art. 312 do Código de Processo Penal.

A prisão preventiva, espécie do gênero prisão cautelar, é medida excepcional, dada a relevância do princípio constitucional da presunção de inocência, devendo ser decretada tão-somente nos estritos termos do art. 312 do Código de Processo Penal.

O risco à garantia da ordem pública, da instrução criminal e da aplicação da lei penal deve estar amparado em elementos concretos e objetivos, não atendendo às exigências legal e constitucional a prisão preventiva embasada em repercussão e clamor sociais e no temor abstrato das testemunhas em sofrer retaliações.

Impõe-se a revogação da prisão preventiva tendo em vista a inexistência dos requisitos autorizadores previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, relevando, ainda, em favor dos pacientes, a primariedade, os bons antecedentes, a residência fixa e a ocupação lícita.

Ordem concedida.”

(HC n. 29.098-PB, Relator o Ministro Paulo Medina, DJ de 03.11.2003)

Diante do exposto, concedo a ordem de **habeas corpus** para revogar a prisão preventiva do paciente.

É como voto.

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA
N. 14.624-RS (2002/0043309-8)**

Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa

Recorrente: Maria Lenice Pinheiro Bertoni

Advogados: Telmo Candiota da Rosa Filho e outro

T. origem: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

Impetrado: Secretário de Administração e dos Recursos Humanos do Estado do Rio Grande do Sul

Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul

Procuradores: Paulo Roberto Thomsen Zietlow e outros

EMENTA

Recurso ordinário em mandado de segurança. Aposentadoria. Renúncia. Possibilidade. Contagem do tempo de serviço. Recurso provido.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem reiteradamente se firmado no sentido de que é plenamente possível a renúncia de benefício previdenciário, no caso, a aposentadoria, por ser este um direito patrimonial disponível.

2. O tempo de serviço que foi utilizado para a concessão da aposentadoria pode ser novamente contado e aproveitado para fins de concessão de uma posterior aposentadoria, num outro cargo ou regime previdenciário.

3. Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Nilson Naves, Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti e Paulo Medina. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 30 de junho de 2005 (data do julgamento)

Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Relator

DJ 15.08.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa: Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança, fulcrado no art. 105, II, **b**, da Constituição Federal, interposto por Maria Lenice Pinheiro Bertoni, em face de acórdão proferido pelo egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o qual denegou o *writ*, nos termos da seguinte ementa:

“Administrativo. Servidor público. Aposentadoria. Renúncia. Impossibilidade.

1. No direito privado, a regra é a renunciabilidade dos direitos, enquanto no direito público a regra é a irrenunciabilidade (**José Paulo Cavalcanti**). E ainda que se trate de direito patrimonial e privado, existindo sujeito passivo determinado a renúncia dependerá do seu assentimento. De resto, a aposentadoria não extingue o vínculo estatutário, mas apenas o enfraquece, e no seu âmbito não há

lugar para manifestações de vontade senão nos casos antecipadamente previstos em lei. Logo, o servidor só pode renunciar à aposentadoria, e, conseqüentemente, recuperar seu tempo de contribuição para uso alhures, se houver explícita disposição legal prevendo tal renúncia. Não é possível, ademais, com a renúncia à aposentadoria burlar a vedação da acumulação de vencimentos e proventos (art. 37, XVI, da CF/1988).

2. Mandado de segurança denegado.” (Fl. 79)

Aduz a recorrente que “a renúncia não restaura integralmente o vínculo, mas leva a se transferir o tempo de serviço para nova aposentadoria em outro cargo, e no caso, em outra esfera da Federação” (fl. 92). Afirma, ademais, que “não é verdade que o servidor deveria se exonerar do primeiro cargo, uma vez que um cargo de magistério estadual é acumulável com outro de natureza técnica, como no caso presente” (fls. 92/93).

O Ministério Público opinou pelo improvimento do recurso (fls. 102/105 e 109). É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa (Relator): 1. O pleito recursal merece ser provido.

Sumariando os autos, verifica-se que a recorrente pretende renunciar a aposentadoria de que goza no cargo de professora estadual, publicada no DOU de 08 de julho de 1991, para o fim de obter certidão de tempo de serviço.

A recorrente é servidora do quadro permanente de pessoal do Tribunal Regional Federal da 4ª Região desde 07 de dezembro de 1994. Pretende com a renúncia da aposentadoria a averbação daquele tempo de serviço junto ao Tribunal no qual trabalha, para fins de posterior pedido de aposentadoria com proventos mais benéficos.

A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento de que é possível a renúncia de benefício previdenciário, no caso, a aposentadoria, por ser este um direito patrimonial disponível.

Corroborando o entendimento supra, quadra transcrever, ementa tirada de julgado desta Casa:

“Recurso em mandado de segurança. Administrativo. Servidor estadual. Aposentadoria. Renúncia. Nomeação para outro cargo por concurso público. Possibilidade.

A aposentadoria é direito patrimonial disponível, sujeita à renúncia, possibilitando à recorrente a contagem do respectivo tempo de serviço e o exercício em outro cargo público para o qual prestou concurso público.

Precedentes.

Recurso provido.” (ROMS n. 17.874-MG, Quinta Turma, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, 21.02.2005)

Outros precedentes: REsp n. 692.628-DF, Sexta Turma, Relator Ministro Nilson Naves, DJ de 17.05.2005; AgRg no REsp n. 497.683-PE, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ de 04.08.2003; REsp n. 606.821-CE, Relator Ministro Gilson Dipp, 18.02.2004.

Sobre o tema, vale citar na doutrina pátria o ensinamento do autor **Hamilton Antônio Coelho**, in “Revista de Previdência Social”, São Paulo, ano XXIII, n. 228, novembro, 1999, **in verbis**:

“[...] O Professor e Juiz de Direito João Batista Damasceno, reconhecendo o direito à desaposentação, dá-nos a seguinte e incontrastável conclusão: ‘Se a aposentadoria é renunciável ante a indevida acumulação, não há fundamento jurídico para seu indeferimento quando se tratar de liberalidade do aposentado. Assim, não há se negar o reconhecimento à renúncia à aposentadoria apresentada voluntária ou necessariamente, bem como a certificação de tal ocorrência e do tempo de serviço prestado pelo aposentado’.

[...]

Não vejo nenhuma incompatibilidade entre um ato que visa à aposentadoria e outro que objetiva o seu desfazimento, ou seja, a desaposentação do titular do benefício. O ato administrativo aposentadoria é constitutivo positivo de direito para o aposentado; já o de desaposentação é desconstitutivo negativo, consubstanciado em desobrigar a Administração Pública de continuar no custeio de um benefício previdenciário. Logo, a desaposentação libera o Estado de um compromisso pecuniário.

Assim, a manifestada vontade de desfazimento do ato de jubilação pelo titular do benefício impõe à Administração o seu pronto deferimento, sob pena de abuso de poder, posição intolerável num Estado Democrático de Direito.

Além do mais, o que se consegue através da desaposentação não é o retorno da situação anterior do inativo, mas apenas a contagem do tempo de serviço vinculado à antiga aposentadoria para fins de averbação em outra atividade profissional ou mesmo para dar suporte a uma nova e mais benéfica jubilação. Por isso, insurgir-se contra esse direito de renúncia do cidadão aposentado, sob o argumento de que a nova inativação será mais onerosa para o Poder Público



é, no mínimo, perpetrar hermenêutica jurídica sem nenhum compromisso com os princípios fundamentais da República, inculpidos pelo nosso legislador maior no 1º artigo da Lei Básica Federal de 1988, tais como: a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho do aposentado.”

Ademais, observa-se da leitura dos autos quer a recorrente não almeja a acumulação de benefícios previdenciários, almeja apenas a renúncia de sua aposentadoria, para posteriormente mudar o regime estatutário ao qual está vinculada. Razão pela qual este Tribunal entende que sendo a aposentadoria um direito patrimonial disponível, a interessada pode escolher qual o sistema que melhor lhe assiste.

2. Diante do exposto, dou provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 281.405-RO (2000/0102372-1)

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido

Recorrente: Lucilene Veloso Oyola Garcia

Recorrente: Ruth Paulina de Jesus Holanda

Advogado: Orestes Muniz Filho

Recorrido: Ministério Público do Estado de Rondônia

EMENTA

Recurso especial. Penal. Falsidade ideológica. Art. 299 do Código Penal. Divergência jurisprudencial não demonstrada. Mera transcrição de ementas. Não-conhecimento pela alínea **c**. Análise de dispositivos constitucionais em sede de recurso especial. Impossibilidade. Suficiência da prova. Súmula n. 07-STJ. Confissão espontânea. Reconhecimento. Inviabilidade. Artigos 155 do CPP e 364 do CPC. Súmulas ns. 282-STF e 211-STJ. Ausência de prequestionamento. Prova devidamente analisada pela Corte Estadual. Consideração de processos criminais em andamento. Fixação da pena-base. Maus antecedentes. Impossibilidade. Súmula n. 283-STF

1. Por força legal, a divergência jurisprudencial, autorizativa do recurso especial interposto, com fundamento na alínea **c** do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, requisita comprovação e demonstração, esta, em qualquer caso, com a transcrição dos trechos dos acórdãos que configurem o

dissídio, mencionando-se as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, não se oferecendo, como bastante, a simples transcrição de ementas ou votos.

2. A lei estabelece pressupostos ou requisitos para a admissibilidade do recurso e, portanto, cabe à parte formulá-lo em estrito cumprimento à lei, não se constituindo tais exigências em formalismo exacerbado.

3. A apreciação de violação de dispositivos constitucionais é matéria estranha ao âmbito de cabimento do recurso especial (arts. 102, inciso III, e 105, inciso III, da Constituição Federal).

4. A aferição da suficiência das provas existentes no processo, para fins de fundamentar a condenação, implica, necessariamente, o reexame do acervo fático-probatório dos autos, vedado pela letra do Enunciado n. 07 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça (“A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”).

5. Somente se aplica a atenuante do art. 65, inciso III, alínea **d**, do Código Penal, quando realizada de forma espontânea, não se confundindo com a confissão voluntária que sofre intervenção de fatores externos. Precedentes.

6. A letra do acórdão afasta a pretendida violação dos arts. 155 do Código de Processo Penal e 364 do Código de Processo Civil, pois, para além de reconhecer os vícios formais que contaminam a prova, arredou também a sua eficácia probatória, deixando certo que não houve recusa qualquer de prova, mas sim, o seu adequado exame na formação da convicção do julgador.

7. “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.” (Súmula do STF, Enunciado n. 282).

8. “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal **a quo**.” (Súmula do STJ, Enunciado n. 211).

9. Esta Corte Federal Superior e o excelso Supremo Tribunal Federal firmaram já entendimento no sentido da impossibilidade de se considerar como maus antecedentes, quando da fixação da pena-base, o fato de o réu responder a outros processos criminais.

10. “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).

11. Recurso especial não conhecido.

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, não conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Paulo Gallotti, Hélio Quaglia Barbosa e Nilson Naves votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Paulo Medina. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 21 de setembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Hamilton Carvalhido, Relator

DJ 13.12.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: Recurso especial interposto por Lucilene Veloso Oyola Garcia e Ruth Paulina de Jesus Holanda contra acórdão da Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, assim ementado:

“Falsidade ideológica. Servidores de Ciretran. Emissão irregular de protocolos. Conteúdo falso. Dolo específico. Configuração.

Comprovado nos autos que os réus, na qualidade de servidores de Ciretran, emitiram protocolos autorizando o trânsito de veículos sem a existência de processo para regularização da documentação ou transferência do veículo, ou seja, documento frio, com a declarada intenção de beneficiar terceiros, por interesses pessoais ou políticos, inafastável a configuração do delito de falsidade ideológica, uma vez que evidenciado o dolo específico, consistente na intenção deliberada de alterar a realidade dos fatos.” (Fl. 333)

Opostos embargos de declaração, foram estes rejeitados.

Divergência jurisprudencial quanto ao art. 299 do Código Penal e negativa de vigência aos arts. 5º, incisos IV e LVII, da Constituição Federal, 155 do Código de Processo Penal, 364 do Código de Processo Civil, e 65, inciso III, alínea **d**, do Código Penal, fundam a insurgência (Constituição da República, art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**).

Pugnans as recorrentes, ao final, no sentido de que “(...) seja o presente recurso especial conhecido para lhe dar integral provimento, reformando totalmente o r. acórdão de fls., para absolver as Recorrentes, mantendo-se a v. sentença de primeiro grau.” (Fl. 386)

Recurso tempestivo (fl. 376), respondido (fls. 407/420) e admitido (fls. 421/422).

O Ministério Público Federal, em parecer de lavra do Exm^o. Sr. Procurador-Geral da República Cláudio Lemos Fonteles, veio pelo não-conhecimento do recurso, **verbis**:

“(…)

2. O pleito não cabe tenha conhecimento.

3. A matéria alusiva aos arts. 155, CPP e 364 do CP Civ. não foi prequestionada, nem em sede de embargos de declaração ajuizados, como se pode ver da decisão às fls. 368/370.

4. Quanto ao texto jurisprudencial trazido à demonstração do dissídio — fl. 382 — a tal não se presta.

(…)

7. Quanto à fixação da pena, ponderado é o voto do ilustre Relator, Desembargador Antônio Cândido, na rejeição dos embargos a propósito, **verbis**:

‘Ressalte-se, de qualquer modo, que, à época do julgamento, não existia nos autos informação de absolvição das embargantes, como ainda não há notícia de que tenha havido ou não recurso da acusação naquele processo.

Admissível, em tese, que, sendo verdadeiro esse fato novo trazido aos autos, poderia, eventualmente, haver repercussão no acórdão em relação ao reconhecimento de maus antecedentes, e deveriam estes ser desconsiderados. Não se pode, entretanto, falar em omissão do julgado, uma vez que a informação somente veio aos autos após o julgamento exatamente por negligência da defesa, pois a sentença em questão é datada de março/1999.

Tal circunstância, porém, não traz nenhum reflexo na punição imposta, já que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal não apenas em face dos antecedentes ou fatos sociais desabonadores, mas também das conseqüências ou repercussão do crime, que se mostraram acentuadas, devendo, portanto, a punição permanecer no patamar estabelecido no acórdão.’ (Fl. 370), (grifamos)

8. Com efeito, ao prover o apelo e assentar conclusão condenatória, essa Magistrado fixou a sanção-base em 6 (seis) meses acima do mínimo, também porque, **verbis**:

‘As conseqüências dos crimes também são acentuadas, ante o descrédito gerado em relação ao órgão público a que estavam vinculados, inclusive com a decretação de intervenção para sanear-se as irregularidades.

Assim, fixo a pena-base em 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão.’ (fl. 330 (grifamos)).

9. Pelo não-conhecimento do recurso.” (Fl. 443)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Senhor Presidente, trata-se de recurso especial interposto por Lucilene Veloso Oyola Garcia e Ruth Paulina de Jesus Holanda contra acórdão da Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, assim ementado:

“Falsidade ideológica. Servidores de Ciretran. Emissão irregular de protocolos. Conteúdo falso. Dolo específico. Configuração.

Comprovado nos autos que os réus, na qualidade de servidores de Ciretran, emitiram protocolos autorizando o trânsito de veículos sem a existência de processo para regularização da documentação ou transferência do veículo, ou seja, documento frio, com a declarada intenção de beneficiar terceiros, por interesses pessoais ou políticos, inafastável a configuração do delito de falsidade ideológica, uma vez que evidenciado o dolo específico, consistente na intenção deliberada de alterar a realidade dos fatos.” (Fl. 333)

Opostos embargos de declaração, foram estes rejeitados.

Divergência jurisprudencial quanto ao art. 299 do Código Penal e negativa de vigência aos arts. 5º, incisos IV e LVII, da Constituição Federal, 155 do Código de Processo Penal, 364 do Código de Processo Civil, e 65, inciso III, alínea **d**, do Código Penal, fundam a insurgência (Constituição da República, art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**).

São estes os fundamentos do acórdão recorrido:

“(…)

O processo apura atos praticados pelos denunciados, na qualidade de servidores da Ciretran de Pimenta Bueno. Segundo a denúncia, os réus emitiram e renovavam a validade de protocolos, autorizando o trânsito de veículos sem o Certificado de Registro (CRV), mesmo inexistindo cadastro do veículo naquela Ciretran ou qualquer procedimento de transferência. Os documentos emitidos (protocolos) eram, portanto, materialmente verdadeiros, mas ideologicamente falsos.

A Magistrada **a quo**, ao fundamento de que o procedimento de emitir protocolo autorizando provisoriamente o trânsito de veículos era praxe naquela

localidade, absolveu os réus por ausência de dolo específico, e desta decisão recorre o Ministério Público.

Da análise dos autos desponta a necessidade de reforma da decisão combatida.

Os autos revelam, sem sombra de dúvidas, o especial fim de agir dos agentes, consoante inserirem declaração falsa em documento materialmente verdadeiro, visando possibilitar ao portador transitar com o veículo sem o recolhimento dos impostos devidos ou apresentando outra condição de irregularidade. Os réus tinham a plena consciência da irregularidade da emissão dos documentos.

A prova a esse respeito é farta.

O próprio réu Pedro Muniz, interrogado em Juízo, à fl. 93, confessa o fato e explicita o motivo. Vejamos:

‘(...) Com relação aos fatos narrados na denúncia tenho a esclarecer que o veículo era de seu irmão, João Muniz de Almeida, mas este veículo não pertencia mais à frota de Santa Luzia, tendo em vista que a Ciretran daquela Cidade (Santa Luzia), havia emitido prontuário do veículo, documento este que automaticamente dá baixa no registro daquela Cidade; Que o depoente trouxe do carro para Pimenta Bueno, estando o documento do carro vencido; Que em razão de problemas financeiros de seu irmão o mesmo não pode providenciar a regulamentação da documentação do veículo, em razão de que o depoente prorrogou o prazo do protocolo.’ **(Sic)**

Lucilene Veloso Oyola Garcia, às fls. 98/99, quando de seu interrogatório em Juízo, diz:

‘(...) Que realmente emitii os protocolos de registro acostados às fls. 6, 7 e 9, mesmo sabendo os veículos mencionados eram emplacados em outras circunscrição de trânsito; ... Que não é comum expedir protocolo sem data, como consta à fl. 7, mas a interroganda atribui tal fato ao excesso de serviço, uma vez que em razão do volume de trabalho possivelmente tenha esquecido de colocar data no protocolo; ... Que não sabe dizer porque razão o protocolo não era expedido na Ciretran de origem dos veículos, uma vez que o interessado havia dado entrada do processo naquele órgão e a expedição de protocolo é coisa simples, feita na hora da entrada do processo.’ **(Sic)**

Da mesma forma, a acusada Ruth Paulina de Jesus Holanda afirma à fl. 100:

‘(...) Que efetivamente emitiu os protocolos constante às fls. 8 e 10; ... Que em relação aos veículos, cujas placas pertenciam a outra circunscrição de trânsito, a interroganda tem a esclarecer que o processo administrativo para regularização da documentação, tramitava na Ciretran de origem, mas por ordem do acusado Pedro e da acusada Lucilene, a interroganda emitia protocolos na Ciretran desta Cidade, autorizando os proprietários dos veículos a trafegavam com eles; A emissão de protocolo da Ciretran nesta cidade era irregular, uma vez que o processo tramitava em outra Ciretran, mas os acusados Pedro e Lucilene as quebravam galhos de alguns despachantes emitindo e determinando que a interroganda emitisse protocolos nesta Cidade referentes a processos de outras Ciretranas; ... Que em relação ao protocolo referente à placa PD 262 a interroganda tem a esclarecer que assinou o mesmo achando que se tratava de veículo pertencente à frota de Pimenta Bueno, mas posteriormente descobriu que havia três veículos usando a mesma placa; Ao procurar a documentação referente ao veículo, foi informada pelo proprietário, que a motocicleta era de outra localidade, e na realidade não estava renovando a documentação, mas sim transferindo para esta cidade; ... Que quando foram detectadas as irregularidades na Ciretran local, a interroganda ficou surpresa e passou a se sentir usada pelos dois outros acusados, que eram os responsáveis por toda a documentação; Que o problema só foi detectado porque os proprietários dos veículos constataram que os despachantes não haviam dado entrada na documentação referente aos veículos nas Ciretranas de origem dos mesmos; Que a maioria dos documentos com problemas eram de clientes do despachante Aderci Rosa Garcia, que é marido da acusada Lucilene Veloso Oyola Garcia.’ (Sic)

Carmem Lúcia Rosita, à fl. 129, também corrobora a versão acusatória, ao narrar:

‘(...) Que a depoente era proprietária do veículo Saveiro placa AD n. 0299 de Santa Luzia e conviveu maritalmente, por aproximadamente cinco anos com João Muniz, irmão do réu Pedro Muniz, na época diretor da Ciretran local; que conhece as rés, informando que elas trabalhavam na Ciretran; que Ruth morou próximo da casa da depoente, sempre se relacionava com a mesma; que, com relação aos fatos descritos na denúncia, tem a dizer que, na época dos fatos, tinha um veículo Saveiro, por não por quanto tempo João e Pedro resolveram proceder a transferência do documento do veículo para Pimenta Bueno, uma vez que o carro estava registrado em Santa Luzia; que eles entregaram o protocolo

para a depoente, assim como a placa, como se o veículo estivesse cadastrado em Pimenta Bueno; que a depoente trafegava normalmente com o veículo, utilizando-se dos documentos, entregues por Pedro; que após a separação da depoente, resolveu vender o carro e quando foi pagar os tributos de praxe, teve ciência de que a documentação do carro não condizia com a realidade; que havia uma comissão e inspeção na Ciretran, que, somente após disso é que a depoente ficou sabendo que havia irregularidades na transferência de seu veículo.'

Por fim, Nilson da Silva Mendanha, nomeado interventor daquela Ciretran, afirma à fl. 152:

'(...) Eu procedi as investigações que culminaram com esta denúncia; eu observei que as autorizações provisórias de trânsito representada pelo documento chamado protocolo de registro não correspondiam a veículos licenciados nesta Cidade e nem mesmo a veículos em vias de transferências; o que de fato aconteceu é que os documentos foram expedidos para dar cobertura a veículos em situação irregular; os documentos acostados por cópia às 20 e seguinte são efetivamente os documentos que eu encontrei no Detran da Cidade de Pimenta Bueno, materialmente corretos mas ideologicamente falsos; ... nessa época havia uma instrução administrativa para que se expedisse protocolo de registro com prazo de 15 dias, na Capital do Estado, e de 30 dias no interior, na hipótese de regularização do veículo em Pimenta Bueno, ou seja, no caso de transferência de outra Cidade para Pimenta Bueno, estaria correta a expedição do protocolo mas não é esse o caso desses autos; o que de fato aconteceu é que esses documentos foram expedidos em cima do nada, uma vez que não se tratava de transferência ou qualquer outro caso legal de expedição do documento protocolo.'

A alegação de que a emissão de protocolos e a renovação dos mesmos era praxe no Estado de Rondônia não pode constituir em justificativa para a absolvição. É inegável que a emissão de protocolos autorizando provisoriamente o trânsito do veículo enquanto se aguarda a emissão do documento hábil (CRV) é válida, afinal o usuário não pode ser punido pela ineficiência da máquina estatal que, via de regra, não cumpre os prazos legais para emissão dos documentos.

Ocorre, no entanto, que esses protocolos precisam ter lastro em processo administrativo já instaurado para a transferência ou renovação da licença, circunstâncias em que se exige um procedimento mínimo de averiguação da regularidade da situação do veículo. Esse é o espírito da Resolução n. 782 de 29.06.1994 da Contran, que autoriza a emissão de tais protocolos.

Tais documentos não podem ser emitidos em cima do nada, como disse a testemunha Nilson Mendanha, especialmente quando os veículos não pertencem à frota cadastrada na Ciretran que o emitiu, como é a maioria dos casos dos autos. Não podem ser emitidos para quebrar galhos por amizade ou interesse político, possibilitando que veículos transitem indefinidamente sem os recolhimentos de impostos, com as constantes renovações, ou mesmo que veículos sem condições de segurança para uso ou até mesmo roubados transitem livremente.

Ao emitir o documento público (protocolo) sem nenhum lastro em processo de transferência ou renovação, portanto com informação falsa, com a finalidade de beneficiar terceiros, e estando cientes da irregularidade de seus comportamentos, os réus incidiram em falsidade ideológica, prevista no art. 299 do Código Penal, sendo imperativo a condenação. Demonstrado, também, que os acusados praticaram o ilícito valendo-se dos cargos públicos que ocupavam, deve incidir sobre a punição aplicada à causa de aumento de pena prevista no parágrafo único do mesmo dispositivo legal.

Não nos parece, porém, que a repetição da prática dos delitos constitua concurso material (art. 69 do CP), mas sim, crime continuado (art. 71 do CP), uma vez que, inegavelmente, os delitos são da mesma espécie e foram praticados em condições de tempo, lugar e maneira de execução que evidenciam a continuação.

Voto, portanto, pela reforma da decisão a quo e conseqüente condenação dos réus como incurso nas penas do art. 299, parágrafo único, Código Penal, sendo as rés Lucilene e Ruth em continuidade delitiva, na forma do art. 71 do mesmo Codex.

Passo a individualizar a pena.

Pedro Muniz De Almeida:

(...)

Lucilene Veloso Oyola Garcia: Esta ré também apresenta antecedentes de crime da mesma natureza (fl. 58), revelando, igualmente, que não se trata de caso isolado a prática deste delito. As conseqüências dos crimes também são acentuadas, ante o descrédito gerado em relação ao órgão público a que estavam vinculados, inclusive com a decretação de intervenção para sanear-se as irregularidades. Assim, fixo a pena-base em 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão. Não havendo circunstâncias agravantes ou atenuantes, aplica-se sobre a pena obtida, o aumento de 1/6 (um sexto) pelo fato de a acusada à época do crime ser funcionária pública e ter praticado o delito prevalecendo-se

do cargo (parágrafo único do art. 299 do CP), totalizando 1 (um) ano e 9 (nove) meses de reclusão. Majoro a pena, ainda, em 1/3 (um terço), em razão da continuidade delitiva, tendo por critério o número de crimes, no caso, cinco, tornando a pena definitiva em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

Ruth Paulina de Jesus Holanda: Da mesma forma que a acusada Lucilene, esta ré também apresenta antecedente de crime da mesma natureza (fl. 59), revelando, igualmente, que não se trata de caso isolado a prática deste delito. As conseqüências dos crimes também são acentuadas, ante o descrédito gerado em relação ao órgão público a que estavam vinculados, inclusive com a decretação de intervenção para sanear-se as irregularidades. Assim, fixo a pena-base em 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão. Não havendo circunstâncias agravantes ou atenuantes, aplica-se sobre a pena obtida, o aumento de 1/6 (um sexto) pelo fato de a acusada à época do crime ser funcionária pública e ter praticado o delito prevalecendo-se do cargo (parágrafo único do art. 299 do CP), totalizando 1 (um) ano e 9 (nove) meses de reclusão. Majoro a pena, ainda, em 1/4, em razão da continuidade delitiva, tendo por critério o número de crimes, no caso, cinco, tornando a pena definitiva em 2 (dois) anos, 2 (dois) meses e 7 (sete) dias de reclusão.

A pena de multa, para os três réus, dada a gravidade do delito e premissa da pena restritiva de liberdade, fica fixada pouco acima do mínimo legal, em 30 (trinta) dias-multa, com valor unitário no mínimo legal (art. 49, § 1º, do CP).

O regime para início de cumprimento da pena será o aberto (art. 33, § 2º, c, do CP).

Considerando, ainda, que as penas restritivas de liberdade superam o **quantum** de um ano e os delitos foram praticados com violação de dever para com a Administração Pública, demonstrando que os réus não apresentaram o preparo moral necessário para a vida pública, decreto a perda do cargo ou função pública exercidos pelos acusados, nos exatos termos do art. 92, I, a, do Código Penal. Para cumprimento da decisão, neste particular, oficie-se ao Detran, encaminhando-se cópia do presente acórdão.

Por fim, com supedâneo nos arts. 44 e 46 do CP, promovo a substituição da pena restritiva de liberdade de todos os réus por uma restritiva de direito, consistente na prestação de serviços a entidade assistencial pelo tempo de duração das respectivas penas, na forma e condições a serem estabelecidas pelo Juízo da Execução, mantida pena de multa já aplicada.

Oportunamente, inscreva-se o nome dos réus no rol dos culpados.



Custas pelos réus, proporcionalmente.

Concluindo, na forma delineada, provejo o recurso ministerial.

É como voto.” (Fls. 325/331)

E, ainda, do acórdão proferido em sede de embargos de declaração:

“(…)

O primeiro argumento expendido nos embargos é o de omissão do julgado, em razão de não se ter considerado na dosimetria da pena a confissão espontânea.

Destituída de fundamento tal alegação. Não se configurou a confissão espontânea. As embargantes restringiram-se a confessar o fato de terem emitido os protocolos, porém somente após iniciado o procedimento apuratório e ainda assim negaram a antijuridicidade de suas condutas, afirmando que atuaram dentro dos limites legais.

Para configuração da atenuante em questão é necessária a demonstração de efetivo arrependimento e que o agente procure espontaneamente a autoridade para a confissão. Não tem ela nenhum valor também quando se admite o fato, mas se nega sua antijuridicidade.

Não poderia, portanto, ser considerada na dosimetria da pena atenuante que não se configurou nos autos.

Por este aspecto, inexistente omissão no julgado.

O fundamento seguinte é o de existência de obscuridade no acórdão, uma vez que os protocolos se referiam a veículos cuja documentação fora regularizada, conforme documentos de fls. 75/78.

Existiria também dúvida na dosagem da pena, pois, tendo havido regularização, não poderia ser aplicada a continuidade.

Como ponto de partida na análise desse tópico é essencial se consignar que os documentos acostados às fls. 75/78 são cópias inautênticas de certificados de registro de veículos ou requerimento, sendo que o de fl. 76 se apresenta ilegível, nada se podendo extrair de seu conteúdo. Os demais, sendo fotocópias inautênticas, também nada comprovam.

Não obstante essas considerações, tais fotocópias, acaso verdadeiras, demonstram, tão-só, que, posteriormente, houve regularização de alguns veículos. Não atestam que, à época da emissão, os protocolos fossem revestidos de legalidade. Ao contrário, a regularização ocorrida meses depois, um deles (fl. 78), aproximadamente um ano após, apenas reforça os fundamentos da

condenação de que foram emitidos sem suporte. Apesar de o acórdão não se ter manifestado expressamente sobre tais documentos, não se pode falar em obscuridade, uma vez que, conforme já explanado, não desconstituem os fundamentos da condenação, apenas os reforçam.

Inexiste também dúvida quanto à aplicação da continuidade delitiva. Se as reproduções em questão não atestam a inexistência dos crimes, mas apenas os corroboram, nenhum reparo merece a decisão no tocante ao reconhecimento de crime continuado, com a aplicação do aumento tendo por base o número de crimes praticados, pois cada protocolo emitido com conteúdo ideologicamente falso equivale a um crime.

Outro fundamento é o de omissão pelo fato de o acórdão ter considerado os antecedentes das embargantes para a fixação da pena-base quando estas haviam sido absolvidas e extinta a punibilidade. Juntam cópia inautêntica da sentença com a finalidade de atestar a absolvição, documento que **a priori** sequer poderia ser considerado, em razão da insegurança que decorre de sua autenticidade.

Ressalte-se, de qualquer modo, que, à época do julgamento, não existia nos autos informação de absolvição das embargantes, como ainda não há notícia de que tenha havido ou não recurso da acusação naquele processo.

Admissível, em tese, que, sendo verdadeiro esse fato novo trazido aos autos, poderia, eventualmente, haver repercussão no acórdão em relação ao reconhecimento de maus antecedentes, e deveriam estes ser desconsiderados. Não se pode, entretanto, falar em omissão do julgado, uma vez que a informação somente veio aos autos após o julgamento exatamente por negligência da defesa, pois a sentença em questão é datada de março/1999.

Tal circunstância, porém, não traz nenhum reflexo na punição imposta, já que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal não apenas em face dos antecedentes ou fatos sociais desabonadores, mas também das conseqüências ou repercussão do crime, que se mostraram acentuadas, devendo, portanto, a punição permanecer no patamar estabelecido no acórdão.

Por fim, resta a alegação de obscuridade no trecho do acórdão que decretou a perda do cargo ou função pública.

Afirmam as embargantes que tendo agido de acordo com as instruções normativas não poderia ser imposta tal punição.

Como se vê, a pretensão é de debater-se novamente os fundamentos da condenação, objetivo também almejado nos outros tópicos em que se alega obscuridade ou dúvida. Os embargos de declaração não se prestam a essa

finalidade, devendo os interessados manifestarem seu inconformismo com a condenação utilizando-se dos recursos próprios, observando seus requisitos extrínsecos e intrínsecos.

Assim, não existindo no acórdão embargado nenhuma omissão, obscuridade ou dúvida a ser suprida, não conheço do recurso.

É como voto.” (Fls. 368/370)

E estes, os dispositivos apontados pelas recorrentes aos quais se teria negado vigência e dado interpretação divergente:

Constituição Federal

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

(...)

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;”

Código de Processo Penal

“Art. 155. No juízo penal, somente quanto ao estado das pessoas, serão observadas as restrições à prova estabelecidas na lei civil.”

Código de Processo Civil

“Art. 366. Quando a lei exigir, como da substância do ato, o instrumento público, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta.”

Código Penal

“Art. 65. São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

(...)

III - ter o agente:

(...)

d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;”

“Art. 299. Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante:

Pena — Reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa, se o documento é particular.

Parágrafo único. Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, ou se a falsificação ou alteração é de assentamento de registro civil, aumenta-se a pena de sexta parte.”

Estão as recorrentes, por sua vez, em que, **verbis**:

“(…)

As recorrentes não inseriram declarações falsas em documento, tendo em vista que os documentos de fls. 75/78, comprovam que os protocolos de registro por elas assinados, foram emitidos perante os documentos dos veículos entregues na Ciretran e que posteriormente foram devidamente regularizados, demonstrando assim inexistir qualquer falsidade ideológica.

O egrégio Tribunal de Justiça ao não acatar os documentos de fls. 75/78, rejeitando-os como prova, negou vigência ao art. 155 do Código de Processo Penal, (...)

E ao art. 364 do Código de Processo Civil, (...)

Assim, os fatos constantes dos documentos de fls. 75/78, são prova cabal da conduta das Recorrentes, e a sua rejeição, contraria o art. 5º, LV, da Constituição Federal, uma vez que tais documentos são os meios pelos quais se prova que não foram inseridas declarações falsas nos protocolos.

Está comprovada a negativa de vigência dos arts. 155 do Código de Processo Penal e 364 do Código de Processo Civil.

3. Decidiu o v. acórdão de fls., que ‘... os réus incidiram em falsidade ideológica, prevista no art. 299 do Código Penal, ...’

(...)

Consoante se vê, para o cometimento do tipo previsto no art. 299 do CP, necessário se faria inserir declaração falsa, no documento da Ciretran.

(...)

Poderia parecer que isto é matéria de fato, no entanto assim não é. No caso presente, declaração falsa, seria o caso de que não existisse, na Ciretran,

qualquer documento relativo ao veículo, e isso os documentos de fls. 75/78, comprovam que não existiu.

Portanto, o art. 299 do Código Penal, é claro ao exigir, para configuração do delito, a existência da inserção de falsa declaração.

4. Por outro lado, decidiu o egrégio Tribunal de Justiça que o fato de ser praxe no Estado de Rondônia, não poderia constituir em justificativa.

Na verdade, ao decidir pela ausência de justificativa, o egrégio Tribunal de Justiça, deu à Lei Federal, interpretação divergente da que lhe atribuiu o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, a respeito do art. 299 do Código Penal.

(...)

Está demonstrada a divergência jurisprudencial.

5. O egrégio Tribunal de Justiça, negou vigência ao art. 65 da Lei Penal, (...)

Ocorre que o r. acórdão de fls., ao dosar a pena, não levou em consideração a atenuante do art. 65 do Código Penal. Ao não estabelecer e nem levar em conta a atenuante do referido dispositivo legal, o r. acórdão de fls., negou vigência ao mesmo, uma vez que não exige todos aqueles pressupostos constantes do acórdão.

6. O r. acórdão de fls., registra que a Ré apresenta antecedentes criminais, conforme consta à fl. 330, onde o r. acórdão decide que a Ré apresenta antecedentes e cita como informação a certidão de fl. 58 dos autos.

A referida certidão de fl. 58 dá conta de que tramita na Justiça outro processo-crime contra as Recorrentes.

Ocorre que naquele Processo n. 00997.1158-8, quando da sessão de julgamento por esta egrégia Corte (02.03.2000), já estava extinta a punibilidade, que foi declarada pela MMª. Juíza de Direito da Vara Criminal da Comarca de Pimenta Bueno-RO, onde tramitou o processo, documento em anexo, e assim não se pode falar em maus antecedentes, pois sequer tinha sido julgada a ação e a mesma foi extinta.

Assim não se poderia ter sido exacerbada a pena, sob o fundamento de maus antecedentes, (...)

7. Por outro lado, o fato de a embargante responder a um processo, não quer dizer que seja um mau elemento. Se se considerar mau elemento quem responde a um processo, está sendo negado vigência ao art. 5º, LVII, da Constituição Federal.

(...)

Na verdade, as Recorrentes são primárias e de bons antecedentes, (...)

Está demonstrado que o r. acórdão de fls., merece ser reformado, pois deu á Lei Federal interpretação divergente da que lhe atribuiu outro Tribunal, além de negar vigência a dispositivo de lei.

(...)” (fls. 380/385).

Daí por que pugnam as recorrentes, ao final, no sentido de que “(...) seja o presente recurso especial conhecido para lhe dar integral provimento, reformando totalmente o r. acórdão de fls., para absolver as Recorrentes, mantendo-se a v. sentença de primeiro grau.” (Fl. 386)

De início, inviável o conhecimento da insurgência com fundamento na alínea **c** do permissivo constitucional.

É que, por força legal, a divergência jurisprudencial, autorizativa do recurso especial interposto, com fundamento na alínea **c** do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, requisita comprovação e demonstração, esta, em qualquer caso, com a transcrição dos trechos dos acórdãos que configurem o dissídio, mencionando-se as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, não se oferecendo, como bastante, a simples transcrição de ementas ou votos.

In casu, a divergência jurisprudencial não foi demonstrada de acordo com a lei processual e o Regimento Interno deste Superior Tribunal de Justiça, eis que o recorrente não cuidou de trazer trechos dos acórdãos tidos como paradigmas para confronto analítico, limitando-se a elencar ementas, restringindo-se, assim, à afirmação de que há divergência jurisprudencial, que, como dito, efetivamente não comprovou como lhe incumbia, inviabilizando assim o seguimento do recurso.

Com efeito, a lei estabelece pressupostos ou requisitos para a admissibilidade do recurso e, portanto, cabe à parte formulá-lo em estrito cumprimento à lei, não se constituindo tais exigências em formalismo exacerbado.

Este, o entendimento sufragado no âmbito desta Corte Superior de Justiça, valendo, a propósito, conferir os seguintes precedentes da egrégia Corte Especial:

“Agravo regimental contra decisão que negou seguimento a embargos de divergência. Ausência de demonstração analítica do dissídio invocado. Omissão alegada quanto à não-apreciação de aresto paradigma que deve ser afastada. Manutenção do **decisum** agravado.

1. A divergência jurisprudencial invocada deve ser demonstrada nos moldes da orientação preconizada pelo art. 266, § 1º, em harmonia com o art.

255 e §§, todos do RISTJ, visto que estes exigem o cotejo analítico das teses dissidentes, não se aperfeiçoando pela simples transcrição de ementas semelhantes à hipótese dos autos.

2. Inocorrência de omissão quanto à análise do REsp n. 3.346-0-PR, apresentado para confronto, eis que foi explicitamente referido pelo Relator.

3. Agravo regimental improvido.” (AgRg no EREsp n. 147.833-DF, Relator Ministro José Delgado, Corte Especial, *in* DJ de 17.12.1999)

“Processual Civil. Embargos de divergência. Dissidência incomprovada. Ausência de prequestionamento.

1. Simples transcrição de ementas é insuficiente à comprovação da divergência, que impõe a demonstração analítica da diversidade de entendimento.

2. O acórdão regional não apreciou a questão à luz dos dispositivos legais apontados pela embargante, impossibilitando o confronto das teses enfrentadas nos julgados cujas matérias fático-jurídicas não se assemelham.

3. Embargos de divergência não conhecidos.” (EREsp n. 88.558-PE, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, *in* DJ de 13.12.1999)

Note-se, outrossim, que a apreciação de violação de dispositivos constitucionais, especialmente no que se refere à apontada violação aos incisos LV e LVII do art. 5º da Constituição da República, é matéria estranha ao âmbito de cabimento do recurso especial (arts. 102, inciso III, e 105, inciso III, da Constituição Federal).

No que se refere à pretendida absolvição, também inviável o conhecimento da insurgência.

Ao que se tem, decidiu a Corte Estadual pela suficiência das provas a ensejar a condenação das réis, afirmando expressamente que “(...) Os autos revelam, sem sombra de dúvidas, o especial fim de agir dos agentes, consoante inserirem declaração falsa em documento materialmente verdadeiro, visando possibilitar ao portador transitar com o veículo sem o recolhimento dos impostos devidos ou apresentando outra condição de irregularidade. Os réus tinham a plena consciência da irregularidade da emissão dos documentos. A prova a esse respeito é farta.”

Estão as recorrentes, por sua vez, em que “(...) As recorrentes não inseriram declarações falsas em documento, tendo em vista que os documentos de fls. 75/78, comprovam que os protocolos de registro por elas assinados, foram emitidos perante os documentos dos veículos entregues na Ciretran e que posteriormente foram devidamente regularizados, demonstrando assim inexistir qualquer falsidade ideológica.” Daí por que pugnam, ao final, no sentido de se “(...) absolver as Recorrentes, mantendo-se a v. sentença de primeiro grau.”

Ocorre que a aferição da suficiência das provas existentes no processo, para fins de fundamentar a condenação, implica, necessariamente, o reexame do acervo fático-probatório dos autos, vedado pela letra do Enunciado n. 07 da súmula deste Superior Tribunal de Justiça, **verbis**:

“A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.”
A propósito, os seguintes precedentes jurisprudenciais:

“Criminal. REsp. Tráfico de entorpecentes. Insuficiência de provas para a condenação. Absolvição. Não-conhecimento. Incidência da Súmula n. 07-STJ. Regime integralmente fechado de cumprimento de pena. Lei n. 8.072/1990. Vedação legal à progressão. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Lei n. 9.714/1998. Impossibilidade. Recurso parcialmente conhecido e desprovido.

I - Não se conhece de recurso especial fundado em ofensa a dispositivo constitucional, que é matéria própria de recurso extraordinário, conforme dispõe o art. 102, III, **a**, da Carta Magna.

II - Mostra-se inviável o conhecimento de argumento acerca da insuficiência de provas para a condenação do réu, ante o inevitável reexame do conjunto fático-probatório dos autos que se faria necessário. Incidência da Súmula n. 07-STJ.

III - As condenações por tráfico ilícito de entorpecentes, delito elencado como hediondo pela Lei n. 8.072/1990, devem ser cumpridas em regime integralmente fechado, vedada a progressão.

IV - A substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, trazida ao Código Penal pela Lei n. 9.714/1998, é incompatível e inaplicável ao crime de tráfico de entorpecentes, tendo em vista a vedação imposta pela Lei n. 8.072/1990.

V - Recurso parcialmente conhecido e desprovido, nos termos do voto do Relator.” (REsp n. 509.078-MG, Relator Ministro Gilson Dipp, **in** DJ de 29.09.2003 — nossos os grifos)

“Recurso especial. Tráfico de entorpecentes. Decisão absolutória. Ausência de provas do fato. Artigo 386, inciso II, do Código de Processo Penal. Prova material. Inadmissível o conhecimento do recurso. Súmula n. 07 do Superior Tribunal de Justiça.

I - ‘Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: (...)

II - não haver prova da existência do fato;’ (**in** Código de Processo Penal).

2. A pretensão recursal, tal como posta, enseja a valoração material da prova, vedada em sede de recurso especial, nos termos do enunciado da Súmula n. 07 desta Corte, **verbis**: 'A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.'

3. Recurso especial não conhecido." (REsp n. 178.896-GO, da minha Relatoria, **in** DJ de 13.08.2001)

No que respeita ao reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, também improcede a pretensão.

In casu, da simples análise do decreto condenatório, extrai-se que "(...) Não se configurou a confissão espontânea. As embargantes restringiram-se a confessar o fato de terem emitido os protocolos, porém somente após iniciado o procedimento apuratório e ainda assim negaram a antijuridicidade de suas condutas, afirmando que atuaram dentro dos limites legais."

Afirmou, ainda, a Corte Estadual que "(...) Para configuração da atenuante em questão é necessária a demonstração de efetivo arrependimento e que o agente procure espontaneamente a autoridade para a confissão. Não tem ela nenhum valor também quando se admite o fato, mas se nega sua antijuridicidade."

Note-se, assim, que a Corte local afirmou, expressamente, não incidir a atenuante da confissão espontânea, vez que, no caso concreto, incorreu "(...) a demonstração de efetivo arrependimento (...)", bem como porque "(...) não tem ela nenhum valor (...) quando se admite o fato, mas se nega sua antijuridicidade."

Trata-se de fundamentos alternativos, bastante cada qual para sustentar o **decisum** impugnado, que, todavia, permanecem estranhos à motivação do apelo excepcional.

Incide, assim, na espécie, o Enunciado n. 283 da súmula do Supremo Tribunal Federal, **verbis**:

"É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles."

Neste sentido:

"Processual Penal. Recurso especial. Crime contra os costumes. Legitimidade do *Parquet*.

Não se conhece do recurso especial quando o v. acórdão recorrido apresenta fundamento suficiente não impugnado (Súmula n. 283-STF). Recurso não conhecido." (REsp n. 299.096-GO, Relator Ministro Felix Fischer, **in** DJ de 1ª.09.2003)

“Recursos especiais. Processo Penal. Recurso do assistente da acusação com objeto idêntico ao do *Parquet* Estadual. Não-conhecimento, por ausente a supletividade que lhe é inerente. Homicídio qualificado. Exclusão de qualificadora na sentença de pronúncia. Fundamento não impugnado. Súmula n. 283 do Supremo Tribunal Federal. Limites do **judicium accusationis**. Violação. Ocorrência.

1. É também de natureza supletiva a impugnação recursal extraordinária do assistente de acusação, somente admissível quando não haja impugnação do Estado ou, em havendo, não sejam idênticas às questões federais suscitadas.

2. *‘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).*

3. A motivação da pronúncia, ao que se tem, é condição de sua validade e, não, vício que lhe suprima a eficácia, limitando-a, contudo, em intensão e extensão, a sua natureza específica de juízo de admissibilidade da acusação perante o Tribunal do Júri. É que, versando sobre o mesmo fato-crime e sobre o mesmo homem-autor, nos processos do júri, o **judicium accusationis** tem por objeto a admissibilidade da acusação perante o Tribunal Popular e o **judicium causae** o julgamento dessa acusação por esse Tribunal Popular, do que resulta caracterizar o excesso judicial na pronúncia, usurpação da competência do Tribunal do Júri, a quem compete, constitucionalmente, julgar os crimes dolosos contra a vida (Constituição da República, art. 5º, inciso XXXVIII, alínea **d**). A observância, portanto, dos limites da pronúncia pelo magistrado, enquanto juízo de admissibilidade da acusação perante o Tribunal do Júri, é elemento da condição de validade da pronúncia que se substancia na sua motivação.

4. A violação manifesta do **judicium accusationis**, em caso de impronúncia ou despronúncia, porque são decisões terminativas, caracteriza rematada violação dos arts. 74, § 1º, e 408 do Código de Processo Penal.

5. Recurso especial do assistente de acusação não conhecido. Recurso especial do Ministério Público do Estado do Pará conhecido parcialmente e provido.” (REsp n. 240.403-PA, da minha relatoria, **in** DJ de 19.05.2003 — nossos os grifos)

Anote-se, ainda, o entendimento de respeitável doutrina:

“Daí não é viável a admissão de tais recursos quando o julgado recorrido, para chegar à conclusão que motiva a impugnação, tenha por base vários

fundamentos e um deles fique irrecorrido, como sinaliza a Súmula n. 283 do STF: (...) Nessa situação, haverá falta de interesse em recorrer, diante da absoluta inutilidade do recurso, uma vez que, mesmo aderindo à tese jurídica sustentada pelo recorrente, não poderão o STF ou o STJ dar à causa solução diversa, porquanto uma das premissas da conclusão não podia ser conhecida na via extraordinária ou especial.” (**Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance, in** “Recursos no Processo Penal”, ed. Revista dos Tribunais, 2001, pp. 285/286).

De qualquer modo, ainda que superado o óbice da Súmula n. 283 do excelso Supremo Tribunal Federal, melhor sorte não assistiria as recorrentes.

É que, ao que se tem, o **decisum** condenatório não aplicou a referida atenuante, eis que, por certo, incabível a sua incidência ao caso em exame.

Com efeito, somente se aplica a atenuante do art. 65, inciso III, alínea **d**, do Código Penal, quando realizada de forma espontânea, não se confundindo com a confissão voluntária que sofre intervenção de fatores externos.

A propósito, leciona **Damásio E. de Jesus**:

“A simples confissão da prática de um crime não atenua a pena. Assim, quando o indiciado ou acusado confessa a autoria do crime à autoridade policial ou judiciária, não incide a atenuação pela mera conduta objetiva. O que importa é o ‘motivo’ da confissão, como, por exemplo, o arrependimento sincero, demonstrando merecer pena menor, com fundamento na lealdade processual”. (**In** “Código Penal Anotado”, ed. Saraiva, 1997, p. 188).

No mesmo sentido, o entendimento do percuente Professor **Guilherme de Souza Nucci**:

“Confessar, no âmbito do processo penal, é admitir contra si por quem seja suspeito ou acusado de um crime, tendo pleno discernimento, voluntária, expressa e pessoalmente, diante da autoridade competente, em ato solene e público, reduzido a termo, a prática de algum fato criminoso”. “A confissão, para valer como meio de prova, precisa ser voluntária, ou seja, livremente praticada, sem qualquer coação. Entretanto, para servir de atenuante, deve ser ainda espontânea, vale dizer, sinceramente desejada, de acordo com o íntimo do agente.” (**In** “O Valor da Confissão como Meio de Prova no Processo Penal”, p. 76, e “Código Penal Comentado”, ed. Revista dos Tribunais, 2003, p. 285, respectivamente).

E, ainda, o magistério de **Julio Fabbrini Mirabete**:

“A pena é atenuada quando o agente confessa espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime. Beneficia-se o autor do ilícito como estímulo à verdade processual, não se exigindo, como na lei anterior, que o ilícito seja de autoria ignorada ou imputada a outrem. Não basta, porém, a simples confissão para que se configure a atenuante; exige-se que ela seja espontânea, de iniciativa do autor do crime, e que seja completa e movida por um motivo moral, altruístico, demonstrando arrependimento.” (In “Código Penal Interpretado”, ed. Atlas, 1999, p. 372).

Da mesma forma, os seguintes precedentes jurisprudenciais desta Corte Federal Superior:

“**Habeas corpus**. Roubo. Dosimetria da pena. ‘Confissão espontânea’. Continuidade delitiva. Aplicação de percentual acima do mínimo legal sem motivação.

A pena-base, relativamente aos dois delitos praticados, foi fixada um pouco acima do mínimo legal, e o **decisum**, apesar de sucinto, encontra-se devidamente fundamentado nesse ponto.

A confissão considerada atenuante necessita de espontaneidade, o que é incompatível com a prisão em flagrante do paciente.

Em princípio, a existência de duas infrações, em continuidade delitiva, como é o caso dos autos, significa o menor aumento, ou seja, o de um sexto, a menos que existam fortes razões a justificar a aplicação de percentual maior.

No presente caso, o julgador monocrático aplicou o percentual de 1/3 em razão da continuidade, não apresentando qualquer razão para tanto, o que não pode prevalecer, sob pena de grave ofensa ao princípio da motivação das decisões judiciais, previsto no art. 93, inciso IX, da Carta Política.

Ordem em parte concedida para reduzir o aumento da continuidade delitiva a 1/6 da pena.” (HC n. 27.337-MS, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, in DJ de 04.08.2003 — nossos os grifos)

“Penal e Processo Penal — Tráfico e associação para o tráfico de entorpecentes — Dosimetria — Ausência de ilegalidade na fixação da pena — Confissão espontânea — Inocorrência — Réu preso em flagrante delito.

— Depreende-se da leitura da r. sentença condenatória que, ao fixar a pena-base pouco acima do mínimo legal, a magistrada considerou, expressamente, a culpabilidade do agente, os motivos do crime, bem como suas consequências para a sociedade. Constata-se, pois, que as circunstâncias do art. 59 do Código Penal não eram totalmente favoráveis ao paciente.

— De outro lado, o Código Penal, ao prever a necessidade de se avaliar e mensurar a culpabilidade do agente, concedeu ao aplicador da lei discricionariedade suficiente para que diferenciem situações de maior ou menor lesão do bem jurídico tutelado. Assim sendo, a grande quantidade de droga pode e deve ser utilizada na dosimetria. Precedentes.

— *Por fim, improcede, também, a alegação de que não foi reconhecida a atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, d, do Código Penal). De fato, a confissão considerada atenuante necessita de espontaneidade, o que não ocorreu no presente caso, haja vista ter sido o paciente surpreendido em flagrante delito, em condição de inegável autoria.*

— Ordem denegada.” (HC n. 22.560-MS, Relator Ministro Jorge Scartezini, **in** DJ de 17.03.2003 — nossos os grifos)

“**Habeas corpus**. Estelionato tentado. Dosimetria. Atenuante de confissão espontânea. Não-incidência. Individualização das penas.

1. Afora casos excepcionais de caracterizadas ilegalidades ou abuso de poder, fazem-se estranhos ao âmbito estreito e, pois, ao cabimento do **habeas corpus**, os pedidos de modificação ou de reexame do juízo de individualização da sanção penal, na sua quantidade e no estabelecimento do regime inicial do cumprimento da pena de prisão, enquanto requisitam a análise aprofundada dos elementos dos autos, referentes ao fato criminoso, às suas circunstâncias, às suas conseqüências, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade e aos motivos do agente, bem como ao comportamento da vítima.

2. É no motivo e, não, na sua voluntariedade que se afere a espontaneidade que faz da confissão circunstância atenuante da pena (Código Penal, art. 65, inciso III, alínea **d**).

3. A individualização da pena é imperativo legal, nada importando a consideração comum, no caso de pluralidade de réus, de circunstância judicial, principalmente quando se demonstra o efetivo prejuízo resultante.

4. Ordem denegada.” (HC n. 16.115-MG, da minha relatoria, **in** DJ de 17.09.2001)

E, ainda, do excelso Supremo Tribunal Federal:

“**Habeas corpus**. Crimes de falsificação de documento público e receptação e contravenção de porte de arma. Alegações de que as penas foram aplicadas acima do mínimo legal sem fundamentação, não considerando a primariedade, os antecedentes, a confissão espontânea e a menoridade.

1. É despidendo o questionamento de insuficiência de fundamentação da sentença, quanto à dosagem da pena, se ela foi integrada pelas decisões que se seguiram nos sucessivos níveis da instância ordinária: apelação e embargos infringentes.

2. O réu menor de 21 anos à época da prática do crime não tem direito objetivo à pena mínima, mas, tão-somente, à circunstância atenuante genérica de aplicação obrigatória (CP, art. 65, I). Não cabe em **habeas corpus**, tendo em vista o seu rito especial e sumário, o reexame da quantidade de pena aplicada, quando dentro dos limites legais e devidamente fundamentada. Igualmente, não cabe reexaminar o regime inicial de cumprimento da pena fixado, quando devidamente fundamentado e, ainda, dentro dos parâmetros legais (CP, art. 33, § 2º, **b**).

3. A confissão, por si só, não é circunstância atenuante, cabendo considerar os seus motivos, de forma a permitir correta avaliação do arrependimento sincero, da lealdade processual etc. Precedente.

4. **Habeas corpus** conhecido, mas indeferido.” (HC n. 76.938-RJ, Relator Ministro Maurício Corrêa, **in** DJ de 12.06.1998 — nossos os grifos)

“Processual Penal. Penal. Regime da pena: fixação pelo 2º grau. Confissão. Atenuante.

I - A sentença omitiu-se na fixação do regime da pena, omissão sanada, entretanto, pelo Tribunal.

II - O simples fato objetivo da confissão do crime não implica atenuação da pena. Importa perquirir o motivo da confissão.

III - HC indeferido.” (HC n. 69.048-RJ, Relator Ministro Carlos Velloso, **in** DJ de 22.05.1992 — nossos os grifos)

Daí por que agiu com acerto, a nosso ver, o Tribunal local, não havendo se falar em incidência da atenuante da confissão na individualização das penas, por afastada a espontaneidade.

Passo seguinte, no que concerne à violação dos arts. 155 do Código de Processo Penal e 364 do Código de Processo Civil, não há como se conhecer da insurgência.

É que, ao que se tem dos autos, realizando-se o cotejo entre a norma contida nos referidos artigos e os fundamentos do acórdão recorrido, verifica-se que os aludidos dispositivos legais, efetivamente, não foram apreciados pelo Tribunal **a quo**, quer explicitamente, quer implicitamente.

À vista disso, inarredável a ausência do indispensável prequestionamento, o que inviabiliza o conhecimento da insurgência especial, a teor do que dispõem as Súmulas ns. 282 do Supremo Tribunal Federal e 211 desta Corte Federal Superior, **verbis**:

“É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.”

“Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal **a quo**.”

De qualquer modo, note-se que a letra do acórdão afasta a pretendida violação, enquanto, para além dos vícios formais que a contaminam, arreda a sua eficácia probatória na espécie, deixando certo que não houve recusa qualquer de prova, mas sim, o seu adequado exame na formação da convicção do julgador.

Por fim, com relação à fixação da pena-base acima do mínimo legal, em razão dos maus antecedentes das rés, também inviável o acolhimento da pretensão.

Esta Corte Federal Superior e o excelso Supremo Tribunal Federal firmaram já entendimento no sentido da impossibilidade de se considerar como maus antecedentes, quando da fixação da pena-base, o fato de o réu responder a outros processos criminais.

Neste sentido:

“Penal. **Habeas corpus**. Art. 155, § 4º, I, II e IV, do Código Penal. Inquérito policial. Consideração como maus antecedentes. Impossibilidade. Conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos. Art. 44 do CP e Lei n. 9.714/1998.

I - Inquéritos e processos em andamento não podem ser considerados, como maus antecedentes, para fins de exarcebação da pena-base. (Precedentes desta Corte e do Pretório excelso).

II - A atenuante do art. 65, I, do Código Penal não pode ser fundamento para fixar a resposta penal aquém do mínimo legal (Enunciado n. 231 da súmula do STJ).

III - Encontrado-se, **in casu**, preenchidos os requisitos constantes do art. 44 do Código Penal, deve ser garantida ao paciente a substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos.

Writ concedido.” (HC n. 25.122-SP, Relator Ministro Félix Fischer, **in** DJ de 19.12.2003)

“REsp. Penal. Maus antecedentes. Processos e inquéritos em curso. Violação. Presunção da inocência. Pena. Fixação. Critérios. Art. 59, CP Súmula n. 07-STJ.

1. Importa em violação ao princípio constitucional da presunção de inocência a consideração de inquéritos e processos em andamento como maus antecedentes, de molde a exacerbar a pena. Precedentes.

2. A aferição dos critérios de fixação da pena-base no mínimo legal, sob a consideração não apenas da falta de antecedentes criminais, mas de outras circunstâncias do art. 59 do Código Penal, é intento que encontra óbice na Súmula n. 07 do Superior Tribunal de Justiça, por reclamar investigação probatória.

3. Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 327.745-SE, Relator Ministro Fernando Gonçalves, **in** DJ de 07.04.2003)

“**Habeas corpus** — Injustificada exacerbação da pena com base na mera existência de inquéritos ou de processos penais ainda em curso — Ausência de condenação penal irrecorrível — Princípio constitucional da não-culpabilidade (CF, art. 5º, LVII) — Pedido deferido, em parte.

O princípio constitucional da não-culpabilidade, inscrito no art. 5º, LVII, da Carta Política não permite que se formule, contra o réu, juízo negativo de maus antecedentes, fundado na mera instauração de inquéritos policiais em andamento, ou na existência de processos penais em curso, ou, até mesmo, na ocorrência de condenações criminais ainda sujeitas a recurso, revelando-se arbitrária a exacerbação da pena, quando apoiada em situações processuais indefinidas, pois somente títulos penais condenatórios, revestidos da autoridade da coisa julgada, podem legitimar tratamento jurídico desfavorável ao sentenciado. Doutrina. Precedentes.” (HC n. 79.966-SP, Relator Ministro Marco Aurélio, **in** DJ de 29.08.2003)

Ocorre que, ao fixar a pena-base, levou a Corte Estadual em consideração outras circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal, ao que se extrai do acórdão impugnado, **verbis**:

“(…)

Lucilene Veloso Oyola Garcia: *Esta ré também apresenta antecedentes de crime da mesma natureza* (fl. 58), revelando, igualmente, que não se trata de caso isolado a prática deste delito. *As conseqüências dos crimes também são acentuadas*, ante o descrédito gerado em relação ao órgão público a que estavam vinculados, *inclusive com a decretação de intervenção para sanear-se as irregularidades*. Assim, fixo a pena-base em 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão. Não havendo circunstâncias agravantes ou atenuantes, aplica-se sobre a pena obtida, o aumento de 1/6 (um sexto) pelo fato de a acusada à época do crime ser funcionária pública e ter praticado o delito prevalecendo-se

do cargo (parágrafo único do art. 299 do CP), totalizando 1 (um) ano e 9 (nove) meses de reclusão. Majoro a pena, ainda, em 1/3 (um terço), em razão da continuidade delitiva, tendo por critério o número de crimes, no caso, cinco, tornando a pena definitiva em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

Ruth Paulina de Jesus Holanda: *Da mesma forma que a acusada Lucilene, esta ré também apresenta antecedente de crime da mesma natureza* (fl. 59), revelando, igualmente, que não se trata de caso isolado a prática deste delito. *As conseqüências dos crimes também são acentuadas*, ante o descrédito gerado em relação ao órgão público a que estavam vinculados, *inclusive com a decretação de intervenção para sanear-se as irregularidades*. Assim, fixo a pena-base em 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão. Não havendo circunstâncias agravantes ou atenuantes, aplica-se sobre a pena obtida, o aumento de 1/6 (um sexto) pelo fato de a acusada à época do crime ser funcionária pública e ter praticado o delito prevalecendo-se do cargo (parágrafo único do art. 299 do CP), totalizando 1 (um) ano e 9 (nove) meses de reclusão. Majoro a pena, ainda, em 1/4, em razão da continuidade delitiva, tendo por critério o número de crimes, no caso, cinco, tornando a pena definitiva em 2 (dois) anos, 2 (dois) meses e 7 (sete) dias de reclusão.

E, ainda, do voto proferido em sede de embargos declaratórios:

“(…)

Tal circunstância, porém, não traz nenhum reflexo na punição imposta, já que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal não apenas em face dos antecedentes ou fatos sociais desabonadores, mas também das conseqüências ou repercussão do crime, que se mostraram acentuadas, devendo, portanto, a punição permanecer no patamar estabelecido no acórdão.

(…)” (fl. 370).

Assim, ao que se extrai dos autos, é bem certo que, para além de afirmar a existência de maus antecedentes, fundou-se, também, o acórdão recorrido nas graves conseqüências do crime perpetrado para elevar a pena-base acima do mínimo legal, invocando, para tanto, a necessidade de intervenção no órgão estadual para sanar as irregularidades cometidas.

Estão as recorrentes, por sua vez, em que “(...) não se poderia ter sido exacerbada a pena, sob o fundamento de maus antecedentes, (...). Afirmam, outrossim, que “(...) o fato de a Embargante responder a um processo, não quer dizer que seja um mau elemento.”

Tem-se, assim, que as recorrentes não impugnaram todos os fundamentos do acórdão recorrido, o que faz incidir na espécie, mais uma vez, o Enunciado n. 283 da súmula do excelso Supremo Tribunal Federal, **verbis**:

“É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.”

Pelo exposto, não conheço do recurso especial.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 647.875-SC (2004/0042292-5)

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido

Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

Procuradores: Tatiana Veloso Medeiros e outros

Recorrido: Pedro José Vanderlinde

Advogados: Osmar de Oliveira e outro

EMENTA

Recurso especial. Processual Civil. Violação do art. 535 do CPC. Inexistência de omissão. Divergência. Ausência de identidade fática. Previdenciário. Cômputo do tempo de serviço prestado em atividade rural para fins de aposentadoria urbana por tempo de serviço no mesmo regime de previdência. Contribuição relativamente ao período de atividade rural. Desnecessidade. Cumprimento do período de carência durante o tempo de serviço urbano. Não-incidência de hipótese de contagem recíproca.

1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é firme no entendimento de que deve a parte vincular a interposição do recurso especial à violação do art. 535 do Código de Processo Civil, quando, mesmo após a oposição de embargos declaratórios, o Tribunal **a quo** persiste em não decidir questões que lhe foram submetidas a julgamento, por força do princípio **tantum devolutum quantum appellatum** ou, ainda, quando persista desconhecendo obscuridade ou contradição argüidas como existentes no **decisum**.

2. Em havendo o acórdão recorrido decidido que “(...) a atividade rural exercida em regime de economia familiar, em período anterior à

Lei n. 8.213/1991, gera o aproveitamento para fins de aposentadoria por tempo de serviço no Regime Geral da Previdência Social, independentemente do recolhimento de contribuições”, inexistente, a toda evidência, no particular, qualquer omissão acerca dos arts. 55, §§ 1º e 2º e 96, inciso IV, da Lei n. 8.213/1991.

3. O recurso especial fundado na alínea c do inciso III do art. 105 da Constituição Federal requisita, em qualquer caso, tenham os acórdãos — recorrido e paradigma — conferido interpretação discrepante a dispositivo de Lei Federal sobre uma mesma base fática.

4. Durante o período em que estava em vigor o § 2º do art. 55 da Lei n. 8.213/1991 com redação dada pela Medida Provisória n. 1.523, de 11 de outubro de 1996, o tempo de atividade rural, anterior à edição da Lei n. 8.213/1991, somente podia ser computado para fins de concessão de aposentadoria por idade e dos benefícios de valor mínimo, e era vedado o aproveitamento desse tempo, sem a prova do recolhimento das respectivas contribuições, para efeito de carência, de contagem recíproca e de averbação de tempo de serviço.

5. Entretanto, em 10 de dezembro de 1997, quando a Medida Provisória n. 1.523 foi convertida na Lei n. 9.528/1997, a redação original do § 2º do art. 55 da Lei n. 8.213/1991 restou integralmente restabelecida, assegurando a contagem do tempo de serviço rural para fins de aposentadoria em atividade urbana, independentemente de contribuição relativamente àquele período, ao dispor que: “O tempo de serviço do segurado trabalhador rural, anterior à data de início de vigência desta lei, será computado *independentemente do recolhimento das contribuições a ele correspondentes*, exceto para efeito de carência, conforme dispuser o Regulamento.”

6. Assim, não mais há óbice legal ao *cômputo do tempo de serviço rural exercido anteriormente à edição da Lei n. 8.213/1991, independentemente do recolhimento das contribuições respectivas, para a obtenção de aposentadoria urbana por tempo de serviço, se durante o período de trabalho urbano é cumprida a carência exigida no art. 52 da Lei n. 8.213/1991.*

7. Por outro lado, da letra do art. 201, § 9º, da Constituição da República, tem-se que contagem recíproca é o direito à contagem de tempo de serviço prestado na atividade privada, rural ou urbana, para fins de concessão de aposentadoria no serviço público ou, vice-versa, *em face da mudança de regimes de previdência — geral e estatutário —, mediante prova da efetiva contribuição no regime previdenciário anterior.*

8. Deste modo, a soma do tempo de atividade rural, para fins de concessão de aposentadoria urbana por tempo de serviço, *no mesmo regime de previdência, não constitui hipótese de contagem recíproca*, o que afasta a exigência do recolhimento de contribuições relativamente ao período, inserta no art. 96, inciso IV, da Lei n. 8.213/1991.

9. 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, prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Paulo Gallotti acompanhando a relatoria, no que foi seguido pelo Sr. Ministro Nilson Naves, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Paulo Gallotti e Nilson Naves votaram com o Sr. Ministro-Relator. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Paulo Medina. Ausente, ocasionalmente, nesta assentada, o Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 28 de setembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Hamilton Carvalhido, Relator

DJ 17.12.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: Recurso especial interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social — INSS, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, impugnando acórdão da Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado:

“Previdenciário. Concessão de aposentadoria por tempo de serviço. Proporcional. Labor rural. Comprovação. Implementação dos requisitos legais. Carência e tempo de serviço. Reconhecimento. Correção monetária. Honorários advocatícios. Remessa oficial.

1. Havendo prova documental, suficiente à caracterização de início de prova material, corroborada por prova testemunhal, é de se considerar plenamente comprovado o exercício da atividade rural.

2. Preenchidos os requisitos de tempo de serviço e carência, é devida a aposentadoria por tempo de serviço proporcional, desde a data do requerimento administrativo.

3. A correção monetária deve ser calculada na forma prevista na Lei n. 6.899/1981, incidindo a partir da data em que deveria ter sido paga cada parcela, nos termos das Súmulas ns. 43 e 148 do STJ, pelos índices oficiais.

4. Os honorários advocatícios, a cargo do INSS, são devidos no percentual de 10% sobre o valor das parcelas vencidas até a data da prolação da sentença, excluídas as parcelas vincendas, a teor da Súmula n. 111-STJ e conforme entendimento pacificado na Seção Previdenciária deste TRE

5. Apelação do INSS e remessa oficial improvidas.” (Fl.160)

Opostos embargos de declaração, foram estes rejeitados, em acórdão assim sumariado:

“Processual Civil. Previdenciária. Embargos de declaração. Omissão. Inocorrência.

1. A natureza reparadora dos embargos de declaração permite a sua oposição contra sentença ou acórdão acoimado de obscuridade ou contradição, bem como nos casos de omissão do Juiz ou Tribunal.

2. O fato de o acórdão decidir contrariamente às pretensões do recorrente não possibilita o uso da via dos embargos declaratórios, pena de se lhes atribuir efeitos infringentes, hipótese que só é admitida excepcionalmente, como por exemplo para corrigir erro material.

3. Ademais, o Juiz, ao fundamentar a sua decisão, ‘apreciará os fundamentos jurídicos do pedido e da defesa, aos quais, entretanto, não estará adstrito, cabendo-lhe apontar a norma aplicável à espécie, conforme lhe ditar a convicção. Nisso consistirão os fundamentos de direito, do juízo lógico, premissa maior do silogismo final, do qual extrairá a decisão.’ (**Santos, Moacir Amaral**. ‘Comentários ao Código de Processo Civil’. S. Paulo: Forense, 1976, v. 4, p. 435).

4. Embargos de declaração improvidos.” (Fl. 171)

Alega o recorrente que o acórdão recorrido permaneceu omissos acerca da alegada necessidade de recolhimento das contribuições relativas ao tempo de serviço rural, no período anterior à edição da Lei n. 8.213/1991.

Sustenta que o § 2º do art. 55 da Lei n. 8.213/1991, com redação dada pela Medida Provisória n. 1.523, de 11 de outubro de 1996, veda o cômputo do tempo de serviço rural, sem a efetiva prova do recolhimento das contribuições previdenciárias, para fins de concessão de aposentadoria urbana por tempo de serviço.

Aduz, outrossim, que o tempo de serviço rural exercido anteriormente à edição da Lei n. 8.213/1991, durante o qual não foram recolhidas as contribuições, não pode ser considerado para fins de concessão de aposentadoria por tempo de

serviço, por se cuidar de hipótese de contagem recíproca, em que é necessário o recolhimento das contribuições.

Além da divergência jurisprudencial, a violação dos arts. 535, inciso II, do Código de Processo Civil, e 55, §§ 1^a e 2^a, e 96, inciso IV, da Lei n. 8.213/1991, funda a insurgência especial.

Recurso tempestivo (fl. 173), respondido (fl. 190/194) e admitido (fl. 196).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Senhor Presidente, dispõe o art. 535 do Código de Processo Civil:

“Art. 535. Cabem embargos de declaração quando:

I - houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição;

II - *for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou Tribunal.*”

(Nossos os grifos)

A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é firme no entendimento de que deve a parte vincular a interposição do recurso especial à violação do art. 535 do Código de Processo Civil, quando, mesmo após a oposição de embargos declaratórios, o Tribunal **a quo** persiste em não decidir questões que lhe foram submetidas a julgamento, por força do princípio **tantum devolutum quantum appellatum** ou, ainda, quando persista desconhecendo obscuridade ou contradição argüidas como existentes no **decisum**.

E, em estando configurada a violação do art. 535 do Código de Processo Civil, impõe-se a declaração de nulidade do acórdão que apreciou os embargos declaratórios, a fim de que os vícios no **decisum** sejam sanados.

Nesse sentido, vale conferir o seguinte precedente jurisprudencial:

“Processual Civil — Apelação — Julgamento — Omissão acerca de questionamento suscitado nas razões recursais. Embargos de declaração opostos com o objetivo de prequestionamento — Rejeição — Fundamento inconsistente — Violação ao art. 535 do CPC.

Suscitada, nas razões recursais da apelação, questão relevante para o deslinde da controvérsia, se não for examinada no respectivo julgamento, a omissão enseja a interposição de embargos declaratórios com o fito de prequestionamento. Se o Tribunal **a quo** persistir na omissão, ao fundamento

inconsistente de que não há necessidade de mencionar o dispositivo legal discutido, porque o preceito nele contido é estudado e analisado, configura-se violação ao art. 535 do CPC, justificando-se a nulidade do **decisum**.

Recurso provido.” (REsp n. 319.127-DF, Relator Ministro Garcia Vieira, **in** DJ de 27.08.2001)

In casu, recolhe-se dos autos que a questão relativa à alegada necessidade de recolhimento das contribuições relativas ao tempo de serviço rural, para fins de concessão de aposentadoria por tempo de serviço, restou decidida pelo Tribunal **a quo**, conforme se depreende do acórdão recorrido, no que interessa à espécie:

“(…)

Quanto às contribuições, o tempo de serviço do trabalhador rural recebe norma específica contida no art. 55, § 2^o, da Lei n. 8.213/1991, que estipula a anistia das contribuições previdenciárias pretéritas.

Com efeito, a limitação imposta pela Medida Provisória n. 1.523/1996 no que tange à contagem recíproca de tempo de serviço rural e urbano foi rejeitada pelo Congresso Nacional quando da edição da Lei n. 9.528/1997, permanecendo em vigor a redação original do § 2^o do art. 55 da Lei n. 8.213/1991, que resta como norma definidora do cômputo de tempo de serviço rural em regime de economia familiar.

Ademais, o egrégio Supremo Tribunal Federal já havia declarado a inconstitucionalidade da Medida Provisória n. 1.523/1996:

(…)

Assim, a atividade rural exercida em regime de economia familiar, em período anterior à Lei n. 8.213/1991, gera o aproveitamento para fins de aposentadoria por tempo de serviço no Regime Geral da Previdência Social, independentemente do recolhimento de contribuições. Sempre, porém, permanece necessário o cumprimento da carência, com o recolhimento do número mínimo de contribuições previdenciárias:

(…)” (fls. 154/155).

De tanto, resulta que inexistente, na espécie, qualquer violação do art. 535 do Código de Processo Civil, à falta de omissão a ser suprida pela interposição de embargos de declaração.

Posto isso, o conhecimento do recurso especial fundado na alínea **c** do inciso III do art. 105 da Constituição Federal requisita, em qualquer caso, tenham os acórdãos recorrido e paradigma conferido interpretação discrepante a dispositivo de Lei Federal sobre uma mesma base fática.

In casu, enquanto o acórdão recorrido decidiu ser desnecessário o recolhimento das contribuições relativamente ao período de atividade rural para fins de concessão de aposentadoria *urbana*, os acórdãos paradigmas versam acerca da necessidade do recolhimento das contribuições para fins de concessão de aposentadoria *rural* por tempo de serviço, para a qual nunca foram recolhidas contribuições, ou para fins de concessão de aposentadoria no *serviço público*, mediante contagem recíproca, inexistindo, nesse passo, identidade de bases fáticas entre os acórdãos recorrido e paradigmas, a inviabilizar o conhecimento da divergência jurisprudencial.

Nesse sentido:

“Sociedade por cotas de responsabilidade limitada. Alteração contratual. Exigência da unanimidade dos sócios. Recurso especial interposto pela divergência jurisprudencial.

— Distintas as bases fáticas enfocadas no julgado recorrido, de um lado, e dos arestos paradigmas, de outro, não se aperfeiçoa o conflito interpretativo.

Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 85.821-MG, Relator Ministro Barros Monteiro, **in** DJ de 11.03.2002).

Por outro lado, no referente à insurgência especial pelo permissivo constitucional da alínea **a**, merece admissibilidade o recurso, eis que a questão federal, que lhe dá fundamento, constituiu-se em matéria do acórdão impugnado e os dispositivos legais tidos como violados foram devidamente indicados no petítório de sua interposição.

E, nesse passo, a questão está em saber se, para a concessão de aposentadoria urbana por tempo de serviço, pelo Regime Geral de Previdência Social, com aproveitamento do tempo anterior de serviço rural, é necessário o recolhimento das contribuições referentes ao período de atividade rural que se pretende ver reconhecido.

É esta a letra do art. 55, § 2º, da Lei n. 8.213/1991, com redação dada pela Medida Provisória n. 1.523, de 11 de outubro de 1996, tido por violado, **verbis**:

“Art. 55. (...)

§ 2º O tempo de atividade rural anterior a novembro de 1991, dos segurados de que tratam a alínea **a** do inciso I ou do inciso IV do art. 11, bem como o tempo de atividade rural do segurado a que se refere o inciso VII do art. 11, serão computados exclusivamente para fins do benefício previsto no art. 143 desta Lei e dos benefícios de valor mínimo, *vedada sua utilização para efeito de carência, de contagem recíproca e de averbação de tempo de serviço de que tratam os arts. 94 a 99 desta lei, salvo se o segurado comprovar recolhimento das contribuições relativas ao respectivo período, feito em época própria.*” (Nossos os grifos).

E do artigo em referência:

“Art. 143. O trabalhador rural ora enquadrado como segurado obrigatório no Regime Geral de Previdência Social, na forma da alínea **a** do inciso I, ou do inciso IV ou VII do art. 11 desta lei, pode requerer aposentadoria por idade, no valor de um salário mínimo, durante quinze anos, contados a partir da data de vigência desta lei, desde que comprove o exercício de atividade rural, ainda que descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, em número de meses idêntico à carência do referido benefício.”

Da letra dos dispositivos transcritos, tem-se que o tempo de atividade rural, anterior à edição da Lei n. 8.213/1991, somente podia ser computado para fins de concessão de aposentadoria por idade e dos benefícios de valor mínimo, e era vedado o aproveitamento desse tempo, sem a prova do recolhimento das respectivas contribuições, para efeito de carência, de contagem recíproca e de averbação de tempo de serviço.

Igualmente, o Decreto n. 2.172, de 05 de março de 1997, Regulamento de Benefícios da Previdência Social vigente à época, assim dispôs sobre o tema:

“Art. 58. (...)

§ 3º O tempo de atividade rural anterior a novembro de 1991, de que trata o inciso X, dos segurados empregado, trabalhador autônomo e segurado especial, serão computados exclusivamente para fins de concessão do benefício de aposentadoria por idade, nos termos do art. 258, e dos benefícios de valor mínimo.

§ 4º É vedada, a partir de 14 de outubro de 1996, a utilização do disposto no parágrafo anterior para efeito de carência de que tratam os arts. 23 a 27, de contagem recíproca e de averbação de tempo de serviço de que tratam os arts. 178 a 191, salvo se o segurado comprovar o recolhimento das contribuições relativas ao respectivo período, feito em época própria.” (Nossos os grifos)

Tem-se, assim, pois, que o tempo de atividade rural somente podia ser utilizado para fins de concessão de aposentadoria por tempo de serviço em atividade urbana mediante o efetivo recolhimento das contribuições relativas ao período de ruralidade.

Nesse sentido:

“Previdenciário. Servidor público estadual. Aposentadoria estatutária. Tempo de serviço prestado na atividade rural. CF, § 2º, art. 202. Art. 55, § 2º, da Lei n. 8.213/1991. Medida Provisória n. 1.523/1996. Ausência de prova de contribuição.

— A regra da reciprocidade inscrita no § 2º do art. 202 da Carta da República, assegura, para fins de aposentadoria, a contagem recíproca do tempo de contribuição na Administração Pública e na atividade privada mediante um sistema de compensação financeira.

— A utilização do tempo de serviço prestado como trabalhador rural antes da entrada em vigor da Lei n. 8.213/1991, para fins de contagem recíproca, condiciona-se, segundo a letra do art. 55, § 2º, à comprovação do recolhimento das contribuições sociais do período de referência, como preconizado na redação que lhe foi conferida pela Medida Provisória n. 1.523/1996.

— Precedentes.

— Recurso ordinário desprovido.” (RMS n. 9.945-SC, Relator Ministro Vicente Leal, **in** DJ de 18.11.2002)

Ocorre, entretanto, que, em 10 de dezembro de 1997, quando a Medida Provisória n. 1.523 foi convertida na Lei n. 9.528/1997, a redação original do § 2º do art. 55 da Lei n. 8.213/1991 restou integralmente restabelecida, assegurando a contagem do tempo de serviço rural para fins de aposentadoria em atividade urbana, *independentemente de contribuição relativamente àquele período*, nos seguintes termos:

“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:

(...)

§ 2º O tempo de serviço do segurado trabalhador rural, anterior à data de início de vigência desta lei, *será computado independentemente do recolhimento das contribuições a ele correspondentes*, exceto para efeito de carência, conforme dispuser o Regulamento.” (Nossos os grifos)

Assim, não mais há óbice legal ao cômputo do tempo de serviço rural exercido anteriormente à edição da Lei n. 8.213/1991, independentemente do recolhimento das contribuições respectivas, para a obtenção de aposentadoria urbana por tempo de serviço, *se durante o período de trabalho urbano é cumprida a carência exigida no art. 52 da Lei n. 8.213/1991*, **verbis**:

“Art. 52. A aposentadoria por tempo de serviço será devida, *cumprida a carência exigida nesta lei*, ao segurado que completar 25 (vinte e cinco) anos de serviço, se do sexo feminino, ou 30 (trinta) anos, se do masculino.” (Nossos os grifos)

De tanto, resulta que, para fins de concessão de aposentadoria no mesmo regime de previdência, qual seja, o Regime Geral de Previdência Social, em se somando o tempo de serviço rural e urbano, não mais é exigível o recolhimento das contribuições relativamente ao tempo de serviço rural exercido anteriormente à vigência da Lei n. 8.213/1991, que se está a averbar, *desde que cumprida a carência durante o período de trabalho urbano.*

In casu, a questão não é a da concessão de aposentadoria por tempo de serviço a trabalhador rural, mas, sim, a do direito do trabalhador urbano ao cômputo do seu tempo de serviço como trabalhador rural, antes da vigência da Lei n. 8.213/1991, sem qualquer dispensa da carência, cumprida — ou a ser cumprida — durante o tempo de serviço como trabalhador urbano.

O direito à contagem, conversão e averbação de tempo de serviço é de natureza *subjetiva*, enquanto relativo à realização de fato continuado, constitutivo de requisito à aquisição de direitos subjetivos outros, estatutário ou previdenciário, não havendo razão legal ou doutrinária para identificar-lhe a norma legal de regência com aquela que esteja a vigor somente ao tempo da produção do direito à aposentadoria de que é instrumental.

Não há confundir o direito à contagem do tempo de serviço com o direito à concessão da aposentadoria por tempo de serviço, que tem, no seu suporte fático, o cumprimento da carência, em qualquer caso.

Na espécie, o recorrido *cumpriu o requisito da carência durante o tempo de atividade urbana* tendo em vista que, conforme os documentos de fls. 25/29 e o acórdão recorrido (fl. 157), o INSS reconheceu administrativamente 24 anos, 6 meses e 2 dias de trabalho urbano, nada impedindo, portanto, a pretendida soma no seu tempo de serviço, do período de rurícola anterior à edição da lei.

Nesse sentido, o seguinte precedente jurisprudencial:

“Agravos regimentais. Aposentadoria por tempo de serviço. Contagem recíproca. Soma do tempo de atividade rural ao tempo de serviço público. Contribuições. Art. 55, § 2º e art. 96, V, ambos da Lei n. 8.213/1991.

I - Estão em vigor o § 2º do art. 55 e o inciso V do art. 96 da Lei n. 8.213/1991, ambos em sua versão original, porque a Lei n. 9.528, de 1997, não aprovou a nova redação dada ao primeiro desses dispositivos pela Medida Provisória n. 1.523-13/1997, nem revogou o segundo. *Esses dois artigos da Lei n. 8.213/1991 asseguram o cômputo do tempo de serviço do segurado trabalhador rural, anterior à data de início de vigência desse diploma legal, independentemente do pagamento das contribuições a ele correspondentes.*

(...)” (AgRg no REsp n. 437.487-SC, Relator Ministro Gilson Dipp, **in** DJ de 07.10.2002)

Por outro lado, sustenta, ainda, o recorrente, que o tempo de serviço rural não pode ser considerado para fins de concessão de aposentadoria por tempo de serviço, por se cuidar de hipótese de contagem recíproca, para a qual é necessário o recolhimento das contribuições, à luz do que dispõe o art. 96, inciso IV, da Lei n. 8.213/1991, com redação também dada pela Medida Provisória n. 1.523, de 11 de outubro de 1996, **verbis**:

“Seção VII

Da contagem recíproca de tempo de serviço

(...)

Art. 96. O tempo de contribuição ou de serviço de que trata esta Seção será contado de acordo com a legislação pertinente, observadas as normas seguintes:

(...)

IV - o tempo de serviço anterior ou posterior à obrigatoriedade de filiação à Previdência Social só será contado mediante indenização da contribuição correspondente ao período respectivo, com acréscimo de juros moratórios de um por cento ao mês e multa de dez por cento.”

Com efeito, a Lei n. 8.213/1991, desde sua redação original, sempre exigiu a indenização das contribuições correspondentes ao período de atividade rural, acaso o segurado pretendesse o cômputo de tal período como de tempo de serviço para fins de contagem recíproca, em obediência ao disposto na Constituição Federal de 1988, que passou a assegurar o direito à contagem recíproca na norma contida no § 2º do seu art. 201, **verbis**:

“§ 2º Para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição *na Administração Pública e na atividade privada*, rural e urbana, hipótese em que os diversos regimes de previdência social se compensarão financeiramente, *segundo critérios estabelecidos em lei*.” (Nossos os grifos)

Entretanto, o excelso Supremo Tribunal Federal, interpretando o dispositivo constitucional supramencionado, por ocasião do julgamento do RE n. 148.510-SP, da relatoria do Ministro Marco Aurélio, assim decidiu:

“(…)

Realmente, não se pode assentar que o § 2º do art. 202 do Diploma Maior encerra, em si, a contagem recíproca do tempo de serviço na atividade



privada rural e urbana. *O que preceitua o citado parágrafo é a comunicação do tempo de contribuição na Administração Pública e na atividade privada, pouco importando que nessa junção e no tocante a esta última haja a dualidade do tempo de contribuição — rural e urbana.* O dispositivo constitucional disciplina, ao remeter à lei no que concerne à compensação financeira dos sistemas, a contagem recíproca do tempo de serviço público e privado, *não alcançando, em si, a junção das espécies deste último — rural e urbana.*

(...)” (in DJ de 04.08.1995 — nossos os grifos)

Esta, com efeito, a ementa do julgado:

“Aposentadoria — Tempo de serviço — Rural e urbana — Somatório. *A regra da reciprocidade prevista no § 2º do art. 202 da Constituição Federal é restrita ao tempo de contribuição na Administração Pública e na atividade privada. A referência às espécies rural e urbana informa a abrangência nesta última.* A seguridade social com a universalidade da cobertura e do atendimento, bem como a alcançar a uniformização e equivalência dos benefícios e serviços as populações urbanas e rurais resulta do teor do art. 194, submetendo-se tais princípios ao que previsto nos arts. 195, § 5º, e 59, os dois primeiros do corpo permanente da Lei Básica Federal e o último das Disposições Transitórias. A aposentadoria na atividade urbana mediante junção do tempo de serviço rural somente é devida a partir de 05 de abril de 1991, isto por força do disposto no art. 145 da Lei n. 8.213, de 1991, e na Lei n. 8.212/1991, no que implicaram a modificação, estritamente legal, do quadro decorrente da Consolidação das Leis da Previdência Social — Decreto n. 89.312, de 23 de janeiro de 1984.” (RE n. 148.510-SP, Relator Ministro Marco Aurélio, in DJ de 04.08.1995 — nossos os grifos)

Vejam-se, ainda, os fundamentos do acórdão proferido na ADIn n. 1.664/UF, da Relatoria do Ministro Octavio Gallotti, in DJ de 19.12.1997:

“(…) a Constituição de 1988 dividiu em dois campos o âmbito da chamada seguridade social, objeto do Capítulo II de seu Título VIII: o da previdência (Seção III, arts. 201 e 202) e o da assistência (Seção IV, arts. 203 e 204).

Traço distintivo desses dois institutos, é o caráter contributivo estabelecido, logo no **caput** do art. 201, em relação à previdência, ao passo que é expresso, o **caput** do art. 203, em determinar que será prestada a assistência ‘independentemente de contribuição para a seguridade social’.

(...)

Chego, então, ao exame das disposições impugnadas (nova redação dada ao § 2º do art. 55, ao item IV do art. 96 e ao art. 107), que erigiram

restrições ao cômputo do tempo de serviço do trabalhador rural, anterior à vigência da Lei n. 8.213/1991, só a partir da qual dele se passou a exigir a contribuição (sendo a fonte de custeio antes imputada ao Funrural).

Começo nesse ponto, por observar que a contagem instituída pelo § 2º do art. 202 da Constituição (e para a qual expressamente exige esta a compensação financeira e a contribuição) tem, como pólos da reciprocidade, de um lado, a Administração Pública, de outro, a atividade privada, aqui compreendidas tanto a rural como a urbana. Foi o que já ficou, aliás, muito bem esclarecido pela Segunda Turma do Supremo Tribunal, em acórdão de que foi Relator o eminente Ministro Marco Aurélio:

‘Aposentadoria — Tempo de serviço — Rural e Urbana — Somatório. A regra da reciprocidade prevista no § 2º do art. 202 da Constituição Federal é restrita ao tempo de contribuição na Administração Pública e na atividade privada. A referência às espécies rural e urbana informa a abrangência nesta última. A seguridade social com a universalidade da cobertura e do atendimento, bem como a alcançar a uniformização e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais resulta do teor do art. 194, submetendo-se tais princípios ao que previsto nos arts. 195, § 5º, e 59, os dois primeiros do corpo permanente da Lei Básica Federal e o último das Disposições Transitórias. A aposentadoria na atividade urbana mediante junção do tempo de serviço rural somente é devida a partir de 05 de abril de 1991, isto por força do disposto no art. 145 da Lei n. 8.213, de 1991, e na Lei n. 8.212/1991, no que implicaram a modificação, estritamente legal, do quadro decorrente da Consolidação das Leis da Previdência Social — Decreto n. 89.312, de 23 de janeiro de 1984.’ (RE n. 162.620 RTJ 158/243).

Dessas premissas, parece lícito extrair que, para a contagem recíproca corretamente dita, isto é, aquela que soma o tempo de serviço público ao de atividade privada, não pode ser dispensada a prova de contribuição, pouco importando — diante desse explícito requisito constitucional — que de, contribuir, houvesse sido, no passado, dispensada determinada categoria profissional, assim limitada, bem ou mal, quanto ao benefício de reciprocidade pela ressalva estatuída na própria Constituição.

O mesmo, entretanto, não sucede com a comunicação dos períodos — ambos de atividade privada — de trabalho urbano e rural, soma que, além de não se subordinar aos pressupostos expressos no citado § 2º do art. 202 (compensação financeira e contribuição), revela-se claramente vinculada aos princípios da uniformidade e da equivalência entre os benefícios às populações

urbanas e rurais, resultantes do mandamento constante do parágrafo único do art. 194 da Constituição:

‘Art. 194 ...

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

I - universalidade de cobertura e do atendimento;

II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais.

(...)

Resumindo o que foi até aqui enunciado, entendo ser juridicamente relevante a impugnação da proibição de acumular imposta pela nova redação do art. 48 da Lei de Benefício, bem como, em relação ao teor imprimido aos arts. 55, § 2º, 96, IV, e 107, o ataque à restrição ao cômputo do tempo de atividade rural, anterior à exigibilidade das contribuições, para fins de regime geral de previdência, justificando-se apenas e ao primeiro exame, a limitação à contagem recíproca referente ao tempo de serviço público. (...) (Nossos os grifos)

Vê-se, assim, que contagem recíproca é o direito à contagem de tempo de serviço prestado na atividade privada, rural ou urbana, para fins de concessão de aposentadoria no serviço público ou, vice-versa, *em face da mudança de regimes de previdência — geral e estatutário —*, não se confundindo, pois, com a hipótese em deslinde, em que o segurado *sempre prestou serviço na atividade privada e pretende a concessão de aposentadoria urbana no mesmo Regime de Previdência a que sempre foi vinculado*, ou seja, pelo Regime Geral de Previdência Social.

É dizer, a soma do tempo de atividade rural, para fins de concessão de aposentadoria urbana por tempo de serviço, *no mesmo regime de previdência*, não constitui hipótese de contagem recíproca, o que afasta a exigência do recolhimento de contribuições relativamente ao período, inserta no art. 96, inciso IV, da Lei n. 8.213/1991.

De todo o exposto resulta que, em se cuidando de hipótese em que o segurado pretende averbar tempo em que exerceu atividade rural, para fins de concessão de aposentadoria urbana por tempo de serviço, *no mesmo regime de previdência a que sempre foi vinculado*, não é exigível o recolhimento das contribuições relativamente ao tempo de serviço rural exercido anteriormente à entrada em vigor da Lei n. 8.213/1991, desde que cumprida a carência durante o tempo de atividade urbana.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Cuida-se de recurso especial interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social — INSS, calcado nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal Federal da 4ª Região, dizendo a questão de fundo sobre a possibilidade de cômputo do tempo de serviço rural anterior à Lei n. 8.213/1991, sem o recolhimento das respectivas contribuições, para fins de aposentadoria por tempo de serviço.

O Relator, Ministro Hamilton Carvalhido, negou provimento ao recurso do INSS ao argumento de que, na hipótese de averbação de tempo de atividade rural, para fins de concessão de aposentadoria urbana por tempo de serviço, no mesmo regime de previdência a que sempre foi vinculado, não é exigível o recolhimento das contribuições relativas ao tempo de serviço rural exercido anteriormente à entrada em vigor da Lei n. 8.213/1991, desde que cumprida a carência.

Para melhor exame, pedi vista dos autos.

De início, impõe-se esclarecer que não se trata de contagem recíproca, isto é, não se cuida de segurado que esteve vinculado a diferentes regimes e para obter benefício previdenciário deve recolher as contribuições devidas, mas, sim, de contagem de tempo de serviço rural e urbano prestado no Regime Geral de Previdência Social.

Assim, versa a controvérsia sobre a necessidade de recolhimento de contribuições previdenciárias referentes ao tempo de serviço rural para fins de aposentadoria urbana por tempo de serviço.

Dispõe a Lei n. 8.213/1991:

“Da aposentadoria por tempo de serviço

Art. 52. A aposentadoria por tempo de serviço será devida, cumprida a carência exigida nesta lei, ao segurado que completar 25 (vinte e cinco) anos de serviço, se do sexo feminino, ou 30 (trinta) anos, se do masculino.

Art. 55. (...)

§ 2º O tempo de serviço do segurado trabalhador rural, anterior à data de início de vigência desta lei, será computado independentemente do recolhimento das contribuições a ele correspondentes, exceto para efeito de carência, conforme dispuser o Regulamento.”

Extrai-se daí que a legislação previdenciária permite a contagem do tempo de serviço efetivamente prestado na atividade rural, antes da Lei n. 8.213/1991, sem o recolhimento das respectivas contribuições, para fins de obtenção de aposentadoria por tempo de serviço, exceto para efeito de carência.

Desse modo, para que o segurado faça jus à aposentadoria por tempo de serviço somando-se o período de atividade agrícola sem contribuição com o trabalho urbano, impõe-se que a carência tenha sido cumprida durante o tempo de serviço como trabalhador urbano, como na hipótese em exame.

Do exposto, acompanho o Relator para negar provimento ao recurso da autarquia.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 737.191-PI (2005/0044904-6)

Relator: Ministro Fernando Gonçalves

Recorrente: Nacional Gás Butano Distribuidora Ltda

Advogados: Antomar Gonçalves Filho e outros

Recorrido: Augusto César Alves Maia

Advogados: Cineas Veloso Neto e outros

Sustentação oral: Dr. João Rodrigues Neto

EMENTA

Processual Civil. Condenação em danos materiais e morais. Valores elevados. Necessidade de provas em audiência.

1. A condenação por danos materiais e morais, em valores elevados, com base em contrato de representação não escrito, nada obstante a exigência legal quanto à forma, reclama a produção de provas, afastando, no caso, o julgamento antecipado da lide, dada a necessidade de aferição dos aspectos relevantes da causa. A ausência e recusa de pronunciamento sobre o tema pelo Tribunal, debatido desde a contestação, reiterado na apelação e argüido nos embargos de declaração, no sentido de que não havendo contrato (formal) não há representação comercial, induz maltrato à letra do art. 535, I, do Código de Processo Civil.

2. Recurso especial conhecido em parte e, nesta extensão, provido, com retorno dos autos à origem para o devido suprimento.

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 em parte do recurso e, nessa parte, dar-lhe provimento. Os Ministros Aldir Passarinho Junior, Jorge Scartezzini, Barros Monteiro e Cesar Asfor Rocha votaram com o Ministro-Relator.

Brasília (DF), 03 de maio de 2005 (data de julgamento).

Ministro Fernando Gonçalves, Relator

DJ 23.05.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves: Por Augusto César Alves Maia, comerciante estabelecido em Matias Olímpio — Piauí — foi proposta ação contra Nacional Gás Butano Distribuidora Ltda, empresa sediada em Teresina — visando ao recebimento de indenização pela imotivada suspensão de fornecimento de gás.

O pedido foi acolhido, reconhecendo a r. sentença (fls. 90/94) o unilateral rompimento do contrato verbal acerca da concessão de serviço de distribuição de GLP pela empresa ré, fixada a indenização, por danos materiais e morais, em um importe de R\$ 1.080.000,00 (hum milhão e oitenta mil reais) e os devidos acréscimos.

O recurso de apelação tirado pela Nacional Gás Butano Distribuidora Ltda foi parcialmente provido pela Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí (fls. 184/187), mantendo-se o valor relativo aos danos morais R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais) e remetendo para execução de sentença a apuração devida quanto aos danos materiais, arbitrados em primeiro grau no importe de R\$ 780.000,00 (setecentos e oitenta mil reais).

O acórdão guarda a seguinte ementa:

“Danos morais e materiais. Provada a lesão sofrida por uma pessoa no seu patrimônio material ou imaterial, é possível a cumulação da responsabilidade pelo dano material e moral. Indemonstrado o valor dos danos materiais este deve ser apurado em execução da sentença.” (Fl. 184)

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados, ao fundamento de não haver no acórdão embargado omissão, contradição ou obscuridade, como se colhe da ementa de fl. 201, **verbis**:

“Embargos de declaração.

— Pretendido reexame do mérito da decisão, com pedido expresso para reforma do julgado — recurso incompatível.

— Embargos declaratórios rejeitados mercê da inexistência de omissão a justificar a retificação do acórdão embargado, mantida a conclusão do acórdão recursado.

— Decisão unânime.” (fl. 201)

No recurso especial, fundado nas letras **a** e **c** do permissivo constitucional, a Nacional Gás Butano Distribuidora Ltda assinala haver o julgado afrontado o art. 535 do Código de Processo Civil, na medida em que sentenciado o feito com o escudo no art. 330 deste diploma, quando a eventual relação contratual não se manifesta pela forma escrita, necessitando, portanto, pela sua própria natureza de dilação probatória para a devida apuração de responsabilidades. Pelo Tribunal, no entanto, não houve pronunciamento a respeito do reclamado cerceamento de defesa, inclusive no julgamento dos embargos.

Aduz ainda violação também aos arts. 330, I, do Código de Processo Civil, 5º, IV, da Constituição Federal, 26 e 31 da Lei n. 8.420/1992 e 159 do Código Civil de 1916, bem como divergência jurisprudencial quanto à aplicação do art. 330 do Código de Processo Civil e quanto ao valor do dano moral.

Foram oferecidas contra-razões, ascendendo os autos a esta Superior Instância em virtude de provimento de agravo.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves (Relator): Na dicção da r. sentença não pode a recorrente “esquivar-se da responsabilidade pelos prejuízos decorrentes da suspensão do fornecimento do gás de cozinha ao representante comercial (recorrido) nas cidades de Nossa Senhora dos Remédios, Porto e Matias Olímpio...” E mais adiante à fl. 93, expõe o julgado monocrático:

“No caso **sub examen**, pelos já ditos elementos probatórios colhidos, depreende-se a existência de contrato verbal celebrado entre a ré e o autor sobre concessão de serviços de distribuição de GLP consoante demonstrado nos documentos apresentados. Rompendo o avençado e, na tentativa de justificar sua deslealdade, a ré atribuiu ao autor a condição de simples cliente, e não representante comercial do seu produto, para conferir a um terceiro ou terceiros a concessão de tais serviços.”

Como já anteriormente consignado, na contestação, mais precisamente à fl. 53, pela empresa foram tirados embargos declaratórios, suscitando em resumo, que não havendo contrato, não há representação comercial, a teor da letra do

parágrafo único do art. 31 da Lei n. 8.420/1992. Estaria, no ponto, omissa a sentença. Os embargos, sem enfrentamento do busílis, foram rejeitados (fl. 103).

Houve, na apelação, reiteração da tese, questionando-se ainda o julgamento antecipado da lide, da seguinte forma (fl. 109):

“Tratando-se de contenda que envolve pedido de danos materiais, a instrução processual oportunizaria à apelante demonstrar, *por exemplo*, que não violou qualquer princípio de direito suscetível de provocar danos ao apelado, bem como, através de provas testemunhais e periciais, rebater os alegados danos materiais. O andar normal do feito ofereceria o ensejo da apelante a demonstrar, outrossim, que o autor jamais se negou a permanecer vendendo GLP ao recorrido, bem como que nunca lhe prometeu que o mercado dos Municípios de Matias Olímpio, Porto e Nossa Senhora dos Remédios lhe seriam cativos.

É inquestionável, portanto, que o julgamento prematuro da contenda em questão, ceifou da apelante o direito de defender-se amplamente, na forma determinada pelo inciso LV, art. 5º, da Constituição Federal, na medida em que não veio aos autos o depoimento pessoal do próprio autor, devidamente requerido, bem como das testemunhas que, no momento adequado, iria arrolar, as quais, certamente, desmistificariam, por completo, o fantasioso prejuízo sofrido pelo recorrido.”

Ao final foi pedida a anulação do processo por vulneração, dentre outros, do art. 330, I, do Código de Processo Civil (fl. 127).

O acórdão no exame do tema limita-se ao seguinte:

“Rejeita-se, por completo, a preliminar suscitada pelo apelante pertinente ao cerceamento de defesa, vez que o magistrado singular julgou antecipadamente a lide com escudo no art. 330 do CPC.

Da mesma forma rejeita-se a preliminar suscitada referente à negativa da prestação jurisdicional, haja vista que a sentença permeou de forma completa todos aspectos da lide proposta.” (Fl. 185)

Nos embargos novamente a matéria é agitada, quanto à omissão relativamente ao cerceamento de defesa e os efeitos decorrentes da relação contratual informal. Nada obstante, sem solução a controvérsia, como se colhe do acórdão de fl. 202.

Neste contexto, não há como fugir à tese de omissão do v. acórdão que deveria pronunciar-se sobre questões levantadas e reiteradas desde a contestação e não o fez. Com efeito, foi reconhecida a ausência de contrato escrito de representação comercial, detalhe constante do pedido inicial, inclusive, mas não houve apreciação do tema.

De outro lado, à falta de documentos comprobatórios do negócio, houve protesto da recorrente no sentido da audiência de testemunhas e depoimento pessoal do autor. No entanto, sobreveio o julgamento antecipado, sem plausível razão de direito, quando, na realidade, o entendimento pretoriano, como, aliás, demonstrado no especial, nestes casos, de condenação por danos materiais e morais, em valores elevados, faz-se necessária a produção de provas. E está no julgado trazido à colação (REsp n. 326.153-PI — Relator o Ministro Castro Filho):

“Em resumo, e para concluir, a condenação em somas tão elevadas, a título de dano moral e material, em julgamento antecipado da lide, contraria os mais comezinhos princípios do Direito Processual, no âmbito do contraditório. E, no meu modo de compreender, objetivamente, fere o art. 330, I, do Código de Processo Civil. É de se não descurar que o dispositivo em foco só autoriza o julgamento antecipado da lide se a questão, sendo de fato e de direito, não reclamar a produção de provas em audiência.” (Fl. 220)

Há, no caso, principalmente porque — legalmente — o contrato de representação é sempre formal (escrito), maltrato ao princípio do contraditório, dada a necessidade da dilação probatória para, na dicção do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira (REsp n. 7.004-AL) “aferição dos aspectos relevantes da causa”.

Assim, não suprida a omissão sobre tema de pronunciamiento obrigatório pelo Tribunal, tenho como afrontada a letra do art. 535, I, do Código de Processo Civil.

Conheço em parte do recurso e, nesta extensão, dou-lhe provimento, com retorno dos autos à origem para suprimento da mácula.
