



Jurisprudência da Sexta Turma

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL
N. 412.111 — RS (2002/0013455-4)

Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa

Agravante: Adão Francisco Schwab Gasparovic

Advogados: Daisson Silva Portanova e outros

Agravado: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

Procuradores: Mariângela Dias Bandeira e outros

EMENTA

Conversão de benefício previdenciário em URV. Não importa usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal admitir recurso especial fundado em alegação de violação ao artigo 20 da Lei n. 8.880/1994. Análise da questão sob o enfoque infraconstitucional. Questão pacificada neste Superior Tribunal de Justiça. O reajuste do benefício de janeiro de 1994 já incorporou as antecipações de 10% dos meses de novembro e dezembro de 1993. Os resíduos de 10% do IRSM de janeiro e fevereiro de 1994 não são devidos, pois a Lei n. 8.880/1994 revogou a Lei n. 8.700/1993, antes que se completasse o período aquisitivo, a saber, o primeiro quadrimestre do ano. Ausência de direito adquirido. Impossibilidade de análise de alegada violação a preceitos constitucionais em recurso especial, mesmo que com o escopo de prequestionamento, sob pena de invasão da competência do Supremo Tribunal Federal. Agravo interno não 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, negar provimento ao agravo regimental. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Nilson Naves, Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti e Paulo Medina. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Brasília (DF), 22 de junho de 2004 (data do julgamento).

Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Relator

RELATÓRIO

Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa: Trata-se de agravo interno tirado de decisão monocrática que, com fundamento no artigo 557 do Código de Processo Civil, deu provimento a recurso especial interposto pelo INSS.

A decisão ora agravada estabeleceu que, no reajuste de benefício previdenciário, não cabe a inclusão do resíduo de 10% do IRSM de janeiro de 1994 e do IRSM de fevereiro de 1994 (39,67%), antes da sua conversão em URV em 1ª de março de 1994.

Aduzem os agravantes, em suma, que o recurso especial não merece ser admitido, uma vez que o acórdão recorrido cuida de matéria constitucional, já que fundamentado na inconstitucionalidade do artigo 20 da Lei n. 8.880/1994, em relação ao qual o recorrente alega negativa de vigência.

É o relatório.

VOTO

Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa (Relator): 1. Não assiste razão aos agravantes.

Preliminarmente, cumpre ressaltar que, após o Supremo Tribunal Federal ter declarado a constitucionalidade da expressão “nominal” constante do artigo 20 da Lei n. 8.880/1994 (RE n. 313.382; Relator Ministro Maurício Corrêa; DJ 08.11.2002), a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, até então divergente, firmou-se no sentido de que não usurpa a competência da Suprema Corte admitir recurso especial interposto com alegação de negativa de vigência àquele dispositivo legal.

Com efeito, uma vez proclamada a constitucionalidade do artigo 20 da Lei n. 8.880/1994, o debate, em recurso especial, sobre a sua violação, ou não, pode ser analisado sob o enfoque infraconstitucional, sem invasão da competência constitucional do Supremo Tribunal Federal.

Neste sentido, mister colacionar acórdãos que corroboram o entendimento supra-esposado:

“Previdenciário. Embargos de divergência. Benefício em manutenção. Conversão em URV. Violação reflexa. Constituição. Recurso especial. Cabimento.

1. O Supremo Tribunal Federal concluiu que a declaração de inconstitucionalidade da expressão “nominal”, constante do art. 20, inciso I, da Lei n. 8.880/1994, em aresto proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região

não ofendeu diretamente a Constituição Federal. Disse, pelo contrário, que se trata de ofensa reflexa e indireta, devendo a questão ser dirimida sob enfoque infraconstitucional.

2. Tema apreciado pela Corte **a quo**, também, sob o prisma da legislação ordinária.

3. Óbice ao conhecimento do recurso especial afastado.

4. Embargos de divergência acolhidos”. (REsp n. 396.032. Terceira Seção. Relatora Ministra Laurita Vaz. DJ de 04.08.2003)

(...)

“Recurso especial. Exame de dispositivo infraconstitucional. Agravo regimental. Alegação de infringência tão-somente de matéria constitucional. Inocorrência.

1. A declaração de inconstitucionalidade da expressão “nominal” do art. 20, I, da Lei n. 8.880/1994, contida no acórdão na AIAC n. 97.04.32540-1/RS, do TRF/4ª Região, não contém infringência direta de norma constitucional. Precedentes do colendo Supremo Tribunal Federal.

2. Em caso de violação de norma infraconstitucional é adequada a interposição de recurso especial, incorrendo **in casu** o duplo fundamento a ensejar a sustação do especial.

3. Agravo regimental improvido”. (AgRg no REsp n. 381.485. Sexta Turma. Relator Ministro Fernando Gonçalves. DJ de 04.08.2003)

(...)

“Processual Civil e Previdenciário. Conversão em URV. Recurso especial fundado nas alíneas **a** e **c**. Agravo regimental. Alegação de maltrato apenas de matéria constitucional e duplo fundamento afastados. AIAC n. 97.04.32540-1/RS.

I - Consoante reiterada jurisprudência do colendo Supremo Tribunal Federal, inexistente infringência direta de norma constitucional, na declaração de inconstitucionalidade da expressão ‘nominal’ do art. 20, inciso I, da Lei n. 8.880/1994, segundo o acórdão na AIAC n. 97.04.32540-1/RS, do TRF/4ª Região.

II - Conseqüentemente, mostra-se adequada a impetração de recurso especial, sem causa de sua sustação em face do recurso extraordinário impetrado e admitido, porquanto não se trata de duplo fundamento.

III - Caso, ademais, em que o recurso especial está fincado também em dissídio jurisprudencial com acórdão do Superior Tribunal de Justiça.

IV - Agravo regimental desprovido”. (AgRg no REsp n. 353.683. Quinta Turma. Relator Ministro Gilson Dipp. DJ de 22.04.2002)

2. Quanto à alegação de que o dispositivo legal tido por violado não teria sido prequestionado no acórdão recorrido, não logra perspectiva de êxito a pretensão dos agravantes.

Em verdade, consoante se constata dos autos, a questão federal foi debatida pelo Tribunal de origem e sobre ela foi emitido juízo de valor, não faltando, pois, ao recurso especial o requisito do prequestionamento.

3. Ultrapassada essa premissa e presentes os demais requisitos de admissibilidade do recurso especial, verifica-se que, também no mérito, a decisão ora agravada está em consonância com o entendimento pacífico deste Sodalício e do Pretório excelso sobre a conversão dos benefícios beneficiários em URV, em razão da Lei n. 8.880/1994.

As antecipações de 10% referentes aos meses de novembro e dezembro de 1993 já foram incorporadas no reajuste do benefício de janeiro de 1994.

O resíduo de 10% do IRSM de janeiro de 1994, por sua vez, não foi incorporado em razão da superveniência de nova legislação antes que se completasse o primeiro quadrimestre do ano, o que ocorreria em maio de 1994. De fato, a Medida Provisória n. 434, de 27.02.1994 — posteriormente convertida na Lei n. 8.880/1994 — revogou a Lei n. 8.700/1993, excluindo o IRSM como índice de reajuste, não havendo, portanto, direito adquirido em relação ao reajuste do benefício.

Ademais, como a antecipação de março de 1994 é indevida, tendo em vista a revogação da Lei n. 8.700/1993 pela Lei n. 8.880/1994, que instituiu a URV, tampouco há direito adquirido ao resíduo de 10% do IRSM de fevereiro de 1994.

Imperioso trazer a lume o entendimento consolidado na jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça:

“Agravo regimental. Recurso especial. Previdenciário. Variação integral do IRSM. Índice de 10%. Lei n. 8.880/1994. URV. Novembro e dezembro de 1993. Janeiro e fevereiro de 1994.

1. O resíduo de 10% da variação do IRSM dos meses de novembro e dezembro de 1993 foi devidamente incorporado ao reajuste operado no mês de janeiro de 1994, data-base do reajustamento do quadrimestre.

2. Não há direito adquirido ao resíduo de 10% do IRSM de janeiro de 1994 decorrente da antecipação de fevereiro do mesmo ano, por força da revogação da Lei n. 8.700/1993 pela Lei n. 8.880/1994, que ocorreu antes do aperfeiçoamento do primeiro quadrimestre do ano, condição temporal da sua incorporação ao reajuste do benefício.

3. Quanto ao resíduo de 10% do IRSM do mês de fevereiro, igualmente, não há falar em direito adquirido, por indevida a antecipação do mês de março de 1994, que lhe daria causa, revogada que foi a Lei n. 8.700/1993 pela Lei n. 8.880/1994, que instituiu a URV, a partir de 1ª de março de 1994.

4. Agravo regimental provido”. (AgRg no REsp n. 371.938. Sexta Turma. Relator Ministro Hamilton Carvalhido. DJ de 06.10.2003)

No mesmo sentido: EREsp n. 395.405. Terceira Seção. Relator Ministro Hamilton Carvalhido. DJ de 17.03.2003; EREsp n. 208.484. Terceira Seção. Relator Ministro Edson Vidigal. DJ de 12.03.2001; EREsp n. 207.128. Terceira Seção. Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca. DJ de 29.05.2000.

4. de outra sorte, no que se refere ao pedido dos agravantes para que se analise alegada violação a dispositivos e princípios constitucionais, de igual forma não merece prosperar a irresignação recursal.

Em verdade, é cediço que, em razão da dicotomia estabelecida pela Constituição Federal de 1988, não cabe examinar, em recurso especial, alegação de contrariedade a dispositivos constitucionais, nem mesmo com o escopo de prequestionamento para ulterior interposição de recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal.

Seguindo este desate, oportuno transcrever julgado desta Corte em hipótese idêntica à dos autos:

“Recurso especial. Agravo regimental. Matéria constitucional. Prequestionamento. Impossibilidade. Competência do STF.

1. Não é possível, em sede de agravo regimental, em recurso especial, apreciar violação a artigos da Constituição, porquanto o prequestionamento de matéria essencialmente constitucional, por esta Corte, importaria em usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. Assim, deve ser prestigiada a decisão agravada, que se mantém por seus próprios fundamentos.

3. Agravo regimental improvido”. (AgRg no REsp n. 420.847. Sexta Turma. Relator Ministro Fernando Gonçalves. DJ 04.08.2003)

5. A devolutividade do recurso especial, conquanto restrita, envolve também, na medida em que proposta à luz do artigo 20 da Lei n. 8.880/1994, o tema concernente à conversão em URV, que não se prejudica pela eventual aplicação do FAS pelo Tribunal de origem.

6. Dessa forma, a decisão agravada se mantém por seus próprios e jurídicos fundamentos, além dos acrescidos, não propiciando nenhum retoque.

7. Diante do exposto, nego provimento ao agravo interno.

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL
N. 545.305 — RS (2003/0087297-2)**

Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa

Agravante: Ênio Rubens Vargas

Advogados: Teresinha Flores Matos e outro

Agravado: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

Procuradores: Carlos dos Santos Doyle e outros

EMENTA

Agravo regimental em recurso especial. Previdenciário. Reajuste de benefício. Aplicação do FAS de fevereiro/1994 ao mês de maio/1994. Aplicação dos índices legais. Preservação do valor real do benefício.

1. Não há direito adquirido à aplicação do índice FAS de fevereiro de 1994 em maio de 1994, face sua revogação pela Lei n. 8.880/1994.

2. O reajustamento dos benefícios previdenciários deve obedecer, a partir de 1^a de maio de 1996, à variação acumulada do IGP-DI. Nos anos posteriores, até o mês de junho de 2000, deve obedecer aos critérios estabelecidos pelo Poder Executivo, por meio de medidas provisórias, que foram convertidas em leis.

3. Não há que se falar em ausência de preservação do valor real do benefício, por força do entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a aplicação dos índices legais pelo INSS, para o reajustamento dos benefícios previdenciários, não constitui ofensa às garantias de irredutibilidade do valor do benefício e preservação de seu valor real.

4. Agravo interno não provido.

ACÓRDÃO

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

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

Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Relator

DJ de 16.08.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa: É agravo interno, tirado de decisão monocrática que, com fundamento do artigo 577, do Código de Processo Civil, não conheceu do recurso especial interposto pelo beneficiário.

A decisão ora agravada estabeleceu, inicialmente, que não houve violação ao artigo 535 do CPC, posto que os fundamentos sobre os quais se assenta o acórdão recorrido não dão margem a obscuridades, dúvidas ou contradição. Quanto ao restante, dispôs que o reajuste dos benefícios previdenciários deve obedecer aos critérios definidos pela Lei n. 8.213/1991, com as alterações trazidas pelas Leis ns. 8.542/1992, 8.700/1993, 8.880/1994 e 9.711/1998, vez que o constituinte delegou ao legislador ordinário a incumbência de fixar os critérios de alteração dos benefícios.

Em preliminar, sustenta a agravante que, de matéria controvertida, não cabe a aplicação do artigo 557 do CPC. Quanto ao mérito, aduz, em suma, que o recurso merece ser provido, vez que a aplicação do FAS de fevereiro/1994, com o abatimento da antecipação de 30,25% a partir de 1ª de maio de 1994, bem como dos índices integrais definidos em Lei (IPC-r, INPC e IGP-DI), a partir do mês de maio de 1995, nos reajustamentos de 05.1996, 06.1997, 06.1998, 06.1999 e 06.2000 é o modo de preservar o valor real do benefício desde a data de sua concessão.

Por fim, pugna pela manifestação do Ministério Público.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa (Relator): 2. Não assiste razão ao agravante.

Preliminarmente, quadra ressaltar que a jurisprudência desta Corte Superior encontra-se harmônica no sentido de que o reajuste dos benefícios previdenciários deve obedecer aos critérios definidos na Lei n. 8.213/1991, com as alterações introduzidas pelas Leis ns. 8.542/1992, 8.700/1993, 8.880/1994 e 9.711/1998, sem que isso resulte em qualquer afronta ao disposto no § 4º do artigo 201 da Constituição Federal, que assegura a manutenção do valor real dos benefícios previdenciários. Com efeito, afasto a preliminar suscitada pela agravante.

3. Com relação ao pedido de intervenção do Ministério Público, o mesmo não se justifica em face da carência de interesse público relevante a ensejar sua manifestação, nos termos do disposto no artigo 82, inciso III, do CPC.

Nesse sentido, confira-se acórdão que corrobora o entendimento acima esposado:

“Previdenciário. Contribuições. Município. Legalidade da exigência. Ministério Público. Intervenção.

1. Só há obrigatoriedade de intervenção do Ministério Público, fora das situações enumeradas pelo art. 82 do CPC, quando for manifesto o interesse público.

2. Litígio tributário (contribuições previdenciárias) entre Município *versus* INSS. Desnecessidade de intervenção do Ministério Público.

3. Inexistência de cerceamento de defesa quando a causa é julgada no estado em que se encontra o processo e não há mais necessidade de provas.

4. É devida pelo Município contribuição previdenciária ao INSS sobre remunerações pagas a servidores que não têm previdência privada municipal.

5. Interpretação do art. 13 da Lei n. 8.212/1991.

6. Recurso especial conhecido, porém, improvido” (REsp n. 507.386/SC, Relator Ministro José Delgado, *in* DJ de 13.10.2003).

4. Quanto à alegação de que a aplicação do FAS de fevereiro de 1994, que corresponde à inflação do mês de janeiro de 1994, com o abatimento da antecipação de 30,25% a partir de 1^a de maio de 1994, não logra perspectiva de êxito a pretensão do agravante.

A Lei n. n. 8.213/1991, em seu artigo 41, assim estabeleceu a forma de reajustamento do valor dos benefícios previdenciários:

“Art 41. O reajustamento dos valores de benefício obedecerá às seguintes normas:

I - é assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real da data de sua concessão;

II - os valores dos benefícios em manutenção serão reajustados, de acordo com suas respectivas datas de início, com base na variação integral do INPC, calculado pelo IBGE, nas mesmas épocas em que o salário mínimo for alterado, pelo índice da cesta básica ou substituto eventual”.

Com o advento das Leis ns. 8.542/1992 e 8.700/1993, foram estabelecidos, sucessivamente, novos critérios de reajuste quadrimestral — IRSM a partir de janeiro de 1993 e FAS, a partir de janeiro de 1994 — revogando, assim, o inciso II do

artigo 41 da Lei n. 8.213/1991. Em 27.02.1994 foi editada a Medida Provisória n. 434, posteriormente convertida na Lei n. 8.880/1994, determinando a conversão dos benefícios previdenciários em URV — Unidade Real de Valor, a partir de 1^a de março de 1994, senão vejamos:

“Art. 20. Os benefícios mantidos pela Previdência Social são convertidos em URV em 1^a de março de 1994, observado o seguinte:

I - dividindo-se o valor nominal, vigente nos meses de novembro e dezembro de 1993 e janeiro e fevereiro de 1994, pelo valor em Cruzeiros Reais do equivalente em URV do último dia desses meses, respectivamente, de acordo com o Anexo I desta lei;

II - extraindo-se a média aritmética dos valores resultantes do inciso anterior”.

Quadra assinalar que, tanto o artigo 9^o da Lei n. 8.542/1992, que estabeleceu o reajustamento quadrimestral dos benefícios previdenciários pelo IRSM, como a Lei n. 8.700/1993, que estabeleceu o reajuste quadrimestral pelo FAS, foram expressamente revogadas pela Lei n. 8.880/1994. Dessa forma, a partir de 1^a de março de 1994 não mais subsiste o critério de reajustamento quadrimestral dos benefícios pelo FAS, mera expectativa de direito do agravante, visto que apenas configurar-se-ia como direito adquirido em maio de 1994, período em que completar-se-iam os quatros meses.

Não logra êxito, assim, a pretensão do agravante.

5. No tocante à alegação do agravante de que a aplicação dos índices integrais definidos em lei (IPC-r, INPC e IGP-DI), a partir do mês de maio de 1995, nos reajustamentos de 05.1996, 06.1997, 06.1998, 06.1999 e 06.2000 é o modo de preservar o valor real do benefício desde a data de sua concessão, a mesma não merece agasalho.

A Lei n. 8.880/1994 estabeleceu novo critério de reajustamento dos benefícios previdenciários, a partir de 1996, qual seja, pelo índice IPC-r, nos termos do preceituado em seu artigo 29:

“Art. 29. O salário mínimo, os benefícios mantidos pela Previdência Social e os valores expressos em cruzeiros pelas Leis ns. 8.212 e 8.213, ambas de 1991, serão reajustados, a partir de 1996, inclusive, pela variação acumulada do IPC-r, nos doze meses imediatamente anteriores, nos meses de maio de cada ano”.

Em 29.04.1996, foi estabelecido pela Medida Provisória n. 1.415, convertida na Lei n. 9.711/1998, novo critério de reajuste dos benefícios, a partir de 1^a de maio de 1996, dessa vez pelo IGP-DI, senão vejamos:

“Art. 7^o Os benefícios mantidos pela Previdência Social serão reajustados, em 1^o de maio de 1996, pela variação acumulada do Índice Geral de Preços — Disponibilidade interna — IGP-DI, apurado pela Fundação Getúlio Vargas, nos doze meses imediatamente anteriores”.

Nesse sentido, reajustamento dos benefícios previdenciários deve obedecer, a partir de 1^o de maio de 1996, à variação acumulada do IGP-DI. Nos anos posteriores, até o mês de junho de 2000, deve obedecer aos critérios estabelecidos pelo Poder Executivo, por meio de medidas provisórias, que foram convertidas em leis.

Assegura o artigo 201, § 4^o, da Constituição Federal, o reajustamento dos benefícios previdenciários, a fim de que lhes seja preservado, em caráter permanente, o valor real, em conformidade com os critérios definidos em lei. Destarte, houve a delegação, pelo poder constituinte, da tarefa de fixação dos critérios para o reajustamento dos benefícios ao legislador infraconstitucional.

Assim, não há que se falar em ausência de preservação do valor real do benefício, por força do entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a aplicação dos índices legais pelo INSS, para o reajustamento dos benefícios previdenciários, não constitui ofensa às garantias de irredutibilidade do valor do benefício e preservação de seu valor real:

“Previdenciário: reajuste inicial de benefício concedido nos termos do art. 202, **caput**, da Constituição Federal: constitucionalidade do disposto no art. 41, II, da Lei n. 8.213/1991. Ao determinar que os valores dos benefícios em manutenção serão reajustados, de acordo com as suas respectivas datas, com base na variação integral do INPC, o art. 41, II, da Lei n. 8.213/1991 (posteriormente revogado pela Lei n. 8.542/1992), não infringiu o disposto nos arts. 194, IV, e 201, 2^a, CF, que asseguram, respectivamente, a irredutibilidade do valor dos benefícios e a preservação do seu valor real: se na fixação da renda mensal inicial já se leva em conta o valor atualizado da média dos trinta e seis últimos salários de contribuição (CF, art. 202, **caput**), não há justificativa para que se continue a aplicar o critério previsto na Súmula n. 260 do extinto Tribunal Federal de Recursos (no primeiro reajuste do benefício previdenciário, deve-se aplicar o índice integral do aumento verificado, independentemente do mês de concessão)” (RE n. 231.395/RS, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, **in** DJ de 18.09.1998).

6. Dessa forma, a decisão agravada se mantém por seus próprios e jurídicos fundamentos, além dos acrescidos, não propiciando nenhum retoque.

7. Diante do exposto, nego provimento ao agravo interno.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS
N. 9.466 — SP (1999/0043381-5)

Relator: Ministro Fontes de Alencar
Embargante: Ministério Público Federal
Embargado: Márcio Shey Hattori (Preso)
Advogado: Paulo Roberto da Silva Passos

EMENTA

Embargos de declaração em **habeas corpus**.
— Embargos do Ministério Público Federal acolhidos.
— Ordem denegada.

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, após o voto-vista do Sr. Ministro Paulo Gallotti, acompanhando o voto do Sr. Ministro-Relator, no que foi seguido pelos Srs. Ministros Hamilton Carvalhido e Paulo Medina, por unanimidade, acolher os embargos de declaração para denegar a ordem de **habeas corpus**. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti e Paulo Medina. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Brasília (DF), 05 de agosto de 2003 (data do julgamento).

Ministro Fontes de Alencar, Relator

DJ de 17.11.2003

EXPOSIÇÃO

O Sr. Ministro Fontes de Alencar: Trata-se de embargos de declaração ao acórdão de fls. 36/48, assim ementado:

“**HC** — Constitucional — Penal — Crime hediondo (Lei n. 8.072/1990) — Penas alternativas (Lei n. 9.714/1998) — A Lei n. 9.714/1998, encerrando modernas recomendações criminológicas, autoriza aplicar penas alternativas nas condenações até quatro anos, com isso, coloca-se (ou recoloca-se) na

sociedade, o condenado para, paulatinamente, reeducar-se para a convivência. Incide também nos casos de condenação por crime hediondo, ou a ele equiparados. Tanto assim, a lei, literalmente, exclui as infrações não contempladas: pena superior a quatro anos e o crime cometido com violência ou grave ameaça à pessoa.

A pena aplicada, como o cumprimento, diminui dia a dia. A Lei de Execução Penal estatui no art. 113: “No caso de evadir-se o condenado ou de revogar-se o livramento condicional, a prescrição é regulada pelo tempo que resta da pena”. Desse modo, o resgate diário, quando reduzir a condenação a quatro anos, enseja, reunidas também as condições subjetivas, aplicar pena alternativa. O réu é condenado a x , mas está condenado a $x-y$. Modificada a situação jurídica, altera-se a situação inicial” — (fl. 48).

Consta do acórdão que a Turma, por maioria, vencido o Ministro Carvalhido,

“concedeu a ordem de **habeas corpus** a fim de ordenar a baixa dos autos à instância **a quo** para exame da situação em face da Lei n. 9.714/1998, que alterou as disposições do Código Penal e introduziu as penas restritivas de direito, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram os Srs. Ministro Fernando Gonçalves e Vicente Leal. Ausente, por motivo de licença, o Sr. Ministro William Patterson” — (fl. 48).

O Ministério Público Federal, o embargante, diz apontar no aresto “ponto duvidoso ou contraditório”, e que, no caso, o

“pleito é, tão-somente, a liberdade do paciente, pelo fato de a custódia, decorrente da prisão em flagrante por crime hediondo — tráfico de drogas — não ser necessária” (fl. 50).

E acresce:

“A exordial fala em falta de fundamentação (fl. 06) para manter a prisão do paciente, impropriedade da custódia (fl. 05) e ‘não importa a gravidade do crime’” — fl. 05.

E, no final (fl. 08), pede “o deferimento da ordem **habeas corpus**, invocada o que deve ocorrer *liminarmente*, posto que o dito constrangimento ilegal, que se alonga, no tempo e que tem trazido incomensurável prejuízo ao seu direito de ir e vir, há de cessar de plano, ou se assim não for entendido, que após o processamento do feito, no mérito, se lhe reconheça cabível a pretensão, expedindo-se em seu favor, alvará de soltura.” (**Sic** — grifo do original)

Ouvido o Ministério Público Federal (fls. 28/32), optou ele pelo indeferimento do *writ*, citando julgados, onde a questão fundamental é: “Sendo o réu

condenado por crime hediondo, a fundamentação que se exige é para soltá-lo, proporcionando-lhe apelar em liberdade, não para mantê-lo custodiado.”

Entretanto, o r. acórdão guerreado, ao decidir a querela deferiu a ordem, pelo voto do ilustre Relator, então Ministro Vicente Cernicchiaro, a “fim de serem analisadas as condições subjetivas para incidência dos dispositivos da Lei n. 9.714/1998” (fl. 41), ou seja, para garantir ao paciente a possibilidade de sua pena ser substituída pela restritiva de direitos, porquanto foi condenado a 3 anos de reclusão.

Houve voto divergente do ilustre Ministro Hamilton Carvalhido, que denegou o *writ* por entender que o parágrafo 2º artigo 2º da Lei n. 8.072/1990 só tem incidência relativamente aos réus que respondem em liberdade ao processo, e porque a Lei n. 9.714/1998 “nenhuma repercussão revocatória teve sobre a Lei dos Crimes Hediondos, por isso que estabeleceu normas próprias da parte geral do Código Penal, que disciplina, ele mesmo, a sua relação com a legislação especial...”. — Fl. 45.

Ora, vê-se que foi pedido *uma coisa, o dedicado e apaixonado Relator, na oportunidade, decidiu outra* e o r. voto divergente aflorou a questão sobre o ângulo solicitado, apesar de vencido.

Há, assim, dúvida e contradição, **data venia**.

Não foi pedido o benefício da Lei n. 9.714/1998, mas liberdade provisória, no intuito de o paciente aguardar o resultado de sua apelação em liberdade. E a ordem foi deferida para “ordenar a baixa dos autos à instância **a quo** para exame da situação em face da Lei n. 9.714/1998, que alterou as disposições do Código Penal e introduziu as penas restritivas de direito.” — Fl. 48 — (fls. 51/52).

Em virtude da aposentadoria do Relator originário, o feito me foi atribuído (fl. 54).

VOTO

O Sr. Ministro Fontes de Alencar (Relator): Do relatório apresentado pelo primitivo Relator transponho:

Habeas corpus, substitutivo de recurso ordinário, impetrado por Paulo Roberto da Silva Passos em favor de Márcio Shey Hattori, inconformado com v. acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo denegatório de **habeas corpus** onde se pretende a concessão ao paciente do direito de apelar em liberdade, apesar de haver sido condenado à pena de três anos de reclusão e cinquenta dias-multa, como incurso no art. 12, **caput** da Lei n.

6.368/1976, posto não possuir a sentença qualquer fundamentação quanto ao direito ora pleiteado.

O v. acórdão encontra-se assim fundamentado:

“Nessas condições, como o paciente já se encontrava preso, em decorrência de flagrante, por ocasião da sentença condenatória, não lhe assiste o direito de recorrer em liberdade, inexistindo, por conseguinte, qualquer ilegalidade na sua manutenção custodiado, a despeito da ausência de fundamentação adequada da autoridade impetrada ao denegar-lhe esse direito e de ser ele primário, de bons antecedentes e benquistado, assim como possuir residência fixa e profissão definida. Não seria a omissão do Juiz que iria fazer nascer um direito que o paciente não tem.” (Fls. 16/17) — (fl. 36).

E em seu voto consignou o eminente magistrado:

“Tome-se como constitucional a lei dos crimes hediondos que impõe cumprimento em regime inteiramente fechado. Leve-se em conta, também para argumentar, que a Lei de Tortura, integrante do mesmo contexto jurídico, não haja repercutido, mantendo intacta a orientação combatida pelos Direitos Humanos e regras modernas de execução penal. Assim, foi proclamado pelo excelso Supremo Tribunal Federal, cujas decisões devem ser cumpridas e respeitadas.

Há, no entanto, importante aspecto — infraconstitucional. Sem afetar aquele comando, é de significativo relevo.

A pena aplicada, com o resgate, renova-se, diminui, enfatize-se, dia a dia. E mais. A malsinada Lei dos Crimes Hediondos (ninguém assume a paternidade no Executivo); tanto assim, em conferências e congressos se menciona o *ghost legislador*.

O Direito é sistema. As normas se harmonizam, integram-se. Não se admite contradição lógica.

O draconiano dispositivo do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, **verbis**: ‘A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado’ e amenizado pelo comando do art. 5º, autorizando o livramento condicional. Evidente, aquela regra não é absoluta. Se assim o é (no mesmo texto), pela referida unidade jurídica, lógica também poderá sê-lo por outra norma de igual, ou superior hierarquia.

A Lei n. 9.714/1998, encerrando modernas recomendações criminológicas, impulsionada pelo caótico sistema penitenciário brasileiro, autoriza apli-

car penas alternativas nas condenações até quatro anos: com isso, coloca-se (ou recoloca-se) na sociedade, o condenado para, paulatinamente, reeducar-se para a convivência.

Nesse contexto, essa lei incide também nos casos de condenação por crime hediondo, ou a ele equiparados. Aqui, cumpre distinguir duas hipóteses, relativamente à pena aplicada: a) superior a quatro anos; b) igual, ou inferior a quatro anos.

O primeiro caso, como a pena, após o início do cumprimento, diminui dia a dia, quando se tornar não superior a quatro anos, ganha o tratamento da segunda hipótese. Assim, insista-se, sem desconsiderar a decisão da Suprema Corte, posta em nível constitucional, no plano infraconstitucional, dar-se-á a progressão de regime pelo resgate diário da pena, afetando o máximo (diminui, insista-se, diariamente). Em se tornando inferior a quatro anos, poderá, o condenado, reunidas as condições subjetivas, com a superveniência da Lei n. 9.714/1998, passar a receber o tratamento geral.

A determinação de 'regime inteiramente fechado' é de — lei ordinária. Em consequência — lei ordinária — pode dispor diferentemente. Assim o fez (perdoem a insistência) a Lei n. 9.455/1997. Esta, por seu turno, é ampla. Leia-se o art. 1^o, § 7^o: 'O condenado por crime previsto nesta lei, salvo a hipótese do § 2^o, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado'. A restrição não pode ir além do que está posto. Em consequência, todas as infrações que não estejam contidas na ressalva ensejam a aplicação das penas alternativas. Vale dizer, também os — crimes hediondos. Com efeito, a Lei n. 9.714/1998 só faz restrição, além do requisito temporal, ao crime 'cometido com violência ou grave ameaça à pessoa'. (Art. 1^o)

Hoje, a execução penal deixou de ser mera — vingança, retribuição. Ganhou finalidade de interesse social, ou seja, inculcar, no condenado, disciplina de comportamento.

O paciente foi condenado a 3 anos de reclusão, além de pena patrimonial (fl. 14).

Em sendo assim, frente à prisão cautelar, prevalece a condenação penal. Se esta, como no caso **sub judice**, autoriza a progressão, evidente não prevalece mais o rigor inicial.

Concedo a ordem a fim de serem analisadas as condições subjetivas para incidência dos dispositivos da Lei n. 9.714/1998" — (Fls. 39/41).

Da simples leitura da exposição do caso apresentado pelo Relator primeiro e do voto que proferiu, constata-se a dessintonia, a dissimetria mesmo, entre os termos da causa.

Pretendeu o impetrante que ao paciente fosse dado apelar em liberdade; concedeu-se a ordem

“a fim de serem analisadas as condições subjetivas para incidência dos dispositivos da Lei n. 9.714/1998” (fl. 41).

Ademais, a circunstância de inexistir trânsito em julgado da condenação, conduzia em razão da lógica sentencial, à impossibilidade do que decidido restou.

Posto isso, acolho os embargos declaratórios, e o faço para denegar a ordem, por bem receber os fundamentos da primeira manifestação do Ministério Público Federal (fls. 30/32), e considerar também as razões do voto, então vencido, do Ministro Hamilton Carvalhido.

VOTO-VISTA

O Senhor Ministro Paulo Gallotti: Cuida-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Márcio Shey Hattori, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Colhe-se do processado que o paciente, preso em flagrante, foi condenado, em primeiro grau, pela prática do crime previsto no art. 12 da Lei n. 6.368/1976, à pena de 03 anos de reclusão, a ser cumprida integralmente em regime fechado, não se permitindo que recorresse em liberdade.

Diante disso, manejou-se **habeas corpus** perante o Tribunal de origem, restando a ordem denegada.

Daí o presente *writ*, impetrado perante o Supremo Tribunal Federal, cujos autos foram remetidos a esta Corte em face do disposto no art. 105, I, **c**, da Constituição Federal.

Sustenta-se, em síntese, o direito do paciente apelar em liberdade, notadamente por ser primário, possuir bons antecedentes, residência fixa e emprego definido. Alega-se, ainda, que o Juiz de Direito não apontou os motivos que o levaram a manter a custódia, bem como ter havido ofensa ao princípio constitucional da presunção de inocência.

O Subprocurador-Geral da República manifestou-se pela denegação da ordem.

O Relator originário, Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, concedeu a ordem, para que, baixados os autos à origem, fossem examinadas as condições subjetivas do paciente para a concessão dos benefícios previstos na Lei n. 9.714/1998, sendo acompanhado pelos Ministros Fernando Gonçalves e Vicente Leal.

O Ministro Hamilton Carvalhido divergiu do Relator por entender que o § 2º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 só incide quando o réu responde em liberdade ao processo e que a Lei n. 9.714/1998 não se aplica aos crimes de tóxicos.

O acórdão tem a seguinte ementa:

“**HC** — Constitucional — Penal — Crime hediondo (Lei n. 8.072/1990) — Penas Alternativas (Lei n. 9.714/1998) — A Lei n. 9.714/1998, encerrando modernas recomendações criminológicas, autoriza aplicar penas alternativas nas condenações até quatro anos; com isso, coloca-se (ou recoloca-se) na sociedade o condenado para, paulatinamente, reeducar-se para a convivência. Incide também nos casos de condenação por crime hediondo, ou a ele equiparados. Tanto assim, a lei, literalmente, exclui as infrações não contempladas: pena superior a quatro anos e o crime cometido com violência ou grave ameaça à pessoa.

A pena aplicada, com o cumprimento, diminui dia a dia. A Lei de Execução Penal estatui no art. 113: ‘No caso de evadir-se o condenado ou de revogar-se o livramento condicional, a prescrição é regulada pelo tempo que resta da pena’. Desse modo, o resgate diário, quando reduzir a condenação a quatro anos, enseja, reunidas também as condições subjetivas, aplicar pena alternativa. O réu é condenado a x, mas está condenado a x-y. Modificada a situação jurídica, altera-se a situação inicial.” (Fl. 48)

Inconformado, o Ministério Público opôs embargos de declaração, alegando haver contradição no julgado, visto que foi pleiteado na exordial apenas o direito de o paciente responder solto ao julgamento da apelação, não se reportando a peça inicial à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Em virtude da aposentadoria do Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, os autos foram redistribuídos ao Ministro Fontes de Alencar, que acolheu os embargos declaratórios para denegar a ordem, adotando os fundamentos do parecer do Ministério Público, bem como as razões do voto, então vencido, do Ministro Hamilton Carvalhido.

Para melhor exame da matéria, pedi vista dos autos.

Cabem embargos de declaração quando o acórdão for omissivo, ambíguo, contraditório ou obscuro, a teor do contido no art. 619 do CPP

Os autos revelam que o acórdão embargado se encontra dissociado da impetração, já que não se pronunciou especificamente sobre o direito do paciente aguardar solto o julgamento da apelação.

Diante disso, acompanho o voto do Ministro-Relator, para acolher os embargos declaratórios, em face do alegado vício, denegando a ordem impetrada, nos termos do parecer do Ministério Público Federal, fls. 28/32, bem como do voto do Ministro Hamilton Carvalhido, fls. 44/45, cujos fundamentos adoto por refletir a jurisprudência da Corte.

A propósito, veja-se:

“**Habeas corpus**. Tráfico ilícito de entorpecente. Apelo em liberdade. Réu preso em flagrante e que nessa condição permaneceu durante todo o processo. Ordem denegada.

1. O réu condenado por crime hediondo, de tortura, terrorismo, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, que responde ao processo preso cautelarmente, em razão de flagrante delito, não tem direito ao apelo em liberdade, eis que o inciso II do artigo 2º da Lei n. 8.072/1990, dando cumprimento à Constituição da República (artigo 5º, inciso XLIII), vedou-lhe a liberdade provisória, com ou sem fiança, e o artigo 393, inciso I, do Código de Processo Penal, faz da sua prisão um efeito necessário da sentença condenatória.

2. Em casos tais, a prisão do réu condenado decorre de imperativa determinação legal e constitucional, fazendo-se despendiendia toda e qualquer motivação a respeito da necessidade da custódia, que ainda é de natureza cautelar e de necessidade presumida de forma absoluta pela lei.

3. Daí, por lógica razão de ser o Direito um sistema, suprimiu a lei processual penal ao recurso de apelação o efeito suspensivo (Código de Processo Penal, artigo 597).

4. Ordem denegada.” (HC n. 25.372/MG, Relator o Ministro Hamilton Carvalhido, DJ de 14.04.2003)

Observe, por fim, que a apelação interposta pelo paciente foi julgada em 20.02.2001, sendo o respectivo acórdão publicado em 22.02.2001, conforme se vê pela ficha de acompanhamento processual extraída do site do Tribunal de origem, cuja cópia determino se junte aos autos.

É o voto.

VOTO

Sr. Ministro Paulo Medina (Relator): Acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator, acolhendo os embargos de declaração para denegar a ordem de **habeas corpus** por receber os fundamentos da primeira manifestação do Ministério Público e por considerar as razões do voto-vencido do Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

HABEAS CORPUS N. 22.672 — PR (2002/0063973-5)

Relator: Ministro Fontes de Alencar

Impetrante: Joamir Casagrande

Impetrado: Tribunal de Alçada do Estado do Paraná

Paciente: Marco Aurélio de Campos

Sustentação oral: Dr. Joamir Casagrande, pelo paciente.

EMENTA

Habeas corpus.

— Crimes contra os costumes. Legitimidade do Ministério Público para a propositura da ação penal, quando efetuada a correspondente representação e caracterizada precária condição da mãe da ofendida.

— Concurso material.

— Pedido denegado.

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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar o **habeas corpus**. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti e Paulo Medina. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Brasília (DF), 21 de agosto de 2003 (data do julgamento).

Ministro Fontes de Alencar, Relator

DJ de 17.11.2003

EXPOSIÇÃO

O Sr. Ministro Fontes de Alencar (Relator): Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Marco Aurélio de Campos, apontado como coator o Tribunal de Alçada do Estado do Paraná.

Esta Turma denegou a ordem, em julgamento realizado em 03 de outubro de 2002, sem adentrar o mérito da impetração, sob o fundamento de que “o **habeas corpus** não pode ser utilizado como mero sucedâneo de recurso especial, nem servir de revisão criminal de decisão de Tribunal de 2ª grau” (fls. 25/28).

Em sede de recurso ordinário, o Supremo Tribunal Federal determinou que, “afastados os óbices suscitados, prossiga esse Tribunal no julgamento do **habeas corpus**”, assim ementada essa decisão:

“**Habeas corpus**. Acórdão do Superior Tribunal de Justiça, que indeferiu medida análoga por não ser possível a utilização do *writ* como sucedâneo do recurso especial ou como meio de revisão criminal de decisão de Tribunal de segundo grau.

Fundamento que não se sustenta, porquanto a decisão de Tribunal que conhece da apelação, em sentido amplo, interposta pela defesa, substitui a sentença condenatória, tornando-se a referida Corte coatora para todos os efeitos, na medida em que houve a devolução plena da matéria relativa à ação penal.

Habeas corpus concedido em parte para determinar que, afastados os óbices suscitados, prossiga a Corte impetrada no julgamento do *writ*” (HC n. 82.561, Relator Ministro Ilmar Galvão, DJ de 30.05.2003).

Arguiu o impetrante na petição de fls. 2/16 “nulidade da decisão condenatória em face de ausência de representação da vítima — Ilegitimidade do Ministério Público”. A propósito argumenta:

“Ora, segundo consta da decisão monocrática, quanto à do Colegiado, percebe-se de forma clara que à exceção a regra geral consoante do artigo 225 do Código Penal fora mantida, razões que teriam legitimado o Ministério Público para figurar no pólo ativo da ação penal, mesmo havendo imposição legal de representação da vítima ou de comprovação de condições financeiras precárias em tais delitos.

No entanto, apesar de todo o desenvolvimento argumentativo utilizado em ambas as decisões, onde a primeira baseou-se no aspecto material e a segunda no cumprimento da exceção — prevista no parágrafo 1º, inciso I, do mencionado dispositivo, nota-se que a questão colocada a exame não é tão singela da forma como cingiu-se nos autos.

Mesmo que a ofendida ou sua genitora tivesse manifestado o interesse na representação contra o paciente, deveria estar cumprido o disposto no inciso e parágrafo acima citados, pois segundo informes a vítima não era pessoa pobre na acepção da palavra e nem desprovida de recursos inerentes ao processo, conforme já citou-se anteriormente consoante das declarações de fls. 12/13, 17 e verso, 115/117.

Importante ainda, salientar que tanto a vítima quanto sua genitora quando prestaram suas declarações perante a autoridade policial foram as-

sistidas por advogado, o qual seguramente informou da necessidade de representação, o que claramente contraria o aspecto de que não podia prover as despesas do processo com a pseudocontratação do profissional para aquele acompanhamento.

Portanto, não há que se falar que a ofendida fosse pessoa pobre, frente aos elementos coletados nos autos e portanto é parte ilegítima o Ministério Público para promover a ação penal, hipótese em que só se procede mediante queixa.

[...]

Ademais, é importante salientar no caso em exame de que o paciente por inúmeras vezes buscou diligências no sentido de apurar a ausência de provas de miserabilidade da vítima, pois desde a defesa preliminar apresentada logo em seguida ao seu interrogatório, ali postulou-se a comprovação de renda do genitor da vítima; de sua situação no País; de informações de empresas aéreas que mantêm vôos à capital da Argentina, pois origem daquele; de informações do Banco Itaú e Banestado acerca de contas correntes e demais aplicações existentes, bem como da Secretaria da Receita Federal a respeito da declaração de renda dos últimos dois anos da genitora da vítima (fls. 92/93), as quais foram todas indeferidas pelo Juízo monocrático.

O questionamento quanto ao estado de miserabilidade da vítima restou enfatizado por diversas vezes nos autos, conforme buscou o paciente através dos meios judiciais legais e não podendo tais diligências serem consideradas protelatórias como ficou consignada nos autos do processo-crime, pois seguramente se fossem deferidas àquelas, a visão da **questio** seria outra, que acoplada à situação de possuir a vítima conta de poupança junto ao Banco Itaú S/A., bem como de ser sua genitora funcionária pública estadual, ter contratado advogado quando dos fatos, certamente não haveria dúvida alguma de que a mesma não poderia beneficiar-se como foi do dispositivo legal consoante do artigo 225, § 1º, inciso I, e conseqüentemente o reconhecimento da ilegitimidade ativa do Ministério Público para o oferecimento da denúncia.

Não bastasse o visível cerceamento de defesa com as diligências requeridas e indeferidas pelo Juízo Monocrático, sob o pálio de serem consideradas protelatórias, nota-se no caso em vértice, que não se pode confundir o aspecto da ameaça com a da violência real, pois a alegada grave ameaça restou traduzida na peça vestibular acusatória, onde pede-se vênua para sua transcrição:

“Consta do incluso procedimento investigatório que em data de 20 de fevereiro de 1999, por volta das 13h30min, na Rua Cink Ferreira, bairro Jardim das Américas, nesta capital o denunciado Marco Aurélio de Campos, com o deliberado propósito de satisfazer a sua lascívia, dirigindo seu veículo marca Volkswagen sedan, cor branca, abordou a vítima Gizela Karina Dileo, de 15 anos de idade, dizendo que era um assalto e mediante grave ameaça de utilizar a arma que aparentava portar, obrigou-a entrar no referido veículo e rumou a local não identificado.”

Segundo a descrição consoante da denúncia, teria a vítima sofrido grave ameaça e não violência real, conforme restou apurado, e portanto inaplicável é o contido na Súmula n. 608 do STF, pois a ação penal tem natureza privada, hipótese em que se procede mediante queixa-crime, conforme o entendimento esboçado na Revista dos Tribunais vol. 676 p. 380 e Revista do Superior Tribunal de Justiça vol. 19 p. 352.

Ademais, é importante observar, que com novo ordenamento jurídico estabelecido na Lei n. 9.099/1995, assegura que diante da hipótese de violência real, haveria ameaça à vítima, a ação penal passou a depender de representação do ofendido, não podendo mais ser apurado através de ação penal incondicionada, como se vinha entendendo, devendo para tanto a Súmula n. 608 do STF, ser revista.

[...]

Constata-se pois que efetivamente o representante do Ministério Público tornou-se parte ilegítima para figurar no pólo ativo da ação penal instaurada contra o paciente, pois além de questionar-se o aspecto da miserabilidade da vítima, também não houve representação expressa, o que leva à nulidade no processo desde seu recebimento da exordial na forma preconizada nos arts. 563 e seguintes do Código de Processo Penal.

Depois de suscitar a decadência, — no caso como efeito “da nulidade pelo reconhecimento da ilegitimidade ativa do Ministério Público” — do direito de representação, argúi, mais, “nulidade de sentença no que tange ao delito de atentado ao pudor.”

No ponto, alega:

“Observa-se claramente, que o delito de atentado violento ao pudor fora praticado anteriormente ao de estupro, não sendo o mesmo destacado daquele, ao que tudo indica, se existiu a prática desse, a referida felação seria um meio de preparação ao delito específico de conjunção carnal mediante violên-

cia, pois conforme afirmou a ofendida em seu relato prestado quando dos fatos, e portanto impossível em hipótese alguma admitir-se o concurso de crimes conforme restou assentado na r. sentença, na qual assim restou laconicamente consignada:

“Por outro lado, os laudos periciais do IML, são claros. O laudo de exame de conjunção carnal, atesta que houve conjunção carnal mediante violência física recente e, que a examinada era virgem e, mesmo que houvessem algumas omissões ou defeitos, não teriam o condão de elidir a prova material”.

E acrescenta:

“Também no acórdão firmado pelo colegiado, ficou vago e sem fundamentação adequada o aspecto do concurso material, confirmando-se que a materialidade e autoria estavam caracterizadas e por isso o juízo condenatório deve ser mantido, porque coerente com o que se apurou em ambas as fases do procedimento.

[...]

É nula a sentença bem como o acórdão proferido nos Autos da Apelação Criminal n. 17.003-2-5 do Tribunal de Alçada do Estado do Paraná, pois não analisou de forma fundamentada o concurso material de crimes imputados ao paciente, o fazendo de forma simplista e relegando o próprio relato da ofendida, o que demonstra haver contrariado o dispositivo legal consoante do artigo 93, inciso IX, da Carta Magna.”

E requer:

“Seja afinal concedida a presente ordem de **habeas corpus**. No sentido de ser reconhecida a nulidade do processo **ab initio** em face à ilegitimidade do Ministério Público para figurar no pólo ativo da ação penal diante do delito perpetrado exigir representação da ofendida. Bem como a inexistência de estado de miserabilidade daquela. Onde as diligências requeridas foram indeferidas e conseqüentemente cerceando o direito a ampla defesa do paciente. Ou senão o reconhecimento da — inexistência de concurso material entre o delito de estupro e atentado violento ao pudor. Com a nulidade da sentença quanto ao alegado concurso ali estabelecido e conseqüentemente determinado o recolhimento do mandado de prisão expedido pelo juízo processante que determinou o cumprimento do v. acórdão.”

O Ministério Público atuante nesta Corte manifestou-se às fls. 20/23, assim ementado seu Parecer:

“**Habeas corpus**. Apelação. Estupro e atentado violento ao pudor. Ação penal. Legitimidade.

— A questão sobre as condições econômicas da vítima e de sua representante exige dilação probatória, vedada na via eleita. Além disso, existem nos autos atestado de pobreza da vítima e expressa representação criminal contra Paciente, de forma que atendidos os requisitos previstos no art. 225 para o Ministério Público propor a ação penal.

— Se o crime foi praticado com violência real, o Ministério Público tem legitimidade para a propositura da ação, **ex vi** da Súmula n. 608 do STF, que não foi afastada pela Lei n. 9.099/1995.

A matéria pertinente à absorção do atentado violento ao pudor pelo estupro não foi objeto de análise pela instância de origem, o que impede seu conhecimento.

Parecer pela denegação da ordem”.

VOTO

O Sr. Ministro Fontes de Alencar (Relator): O paciente fora condenado pelo Juízo de 1ª grau como incurso nas sanções dos arts. 213 e 214 do Código Penal como está na sentença de fls. 176/187 do Apenso I:

“somadas as penas pelo concurso material de infrações, encartado no art. 69 do Código Penal, encontramos a pena total e definitiva de 17 (dezesete) anos e 06 (seis) meses de reclusão”.

Da apelação interposta pelo sentenciado resultou o acórdão de fls. 268/277 do mesmo apenso, aresto que recebeu a seguinte ementa:

“Apelação criminal — Estupro e atentado violento ao pudor em concurso material — Arts. 213 e 214, c.c. art. 226, inciso III, todos do Código Penal — Sentença condenatória — Recurso — Preliminares — Nulidade processual — Violação dos princípios do devido processo legal e da ampla defesa — Inocorrência — Nulidade absoluta — Prazo decadencial para representação — Art. 38, do Código de Processo Penal — Obediência — Ilegitimidade ativa do Ministério Público — Art. 225, § 2º, inciso I, do Código Penal — Não-configuração — Nulidades repelidas — Mérito — Pleito absolutório — Autoria e materialidade comprovadas — Manutenção do decreto condenatório — Penas-base exacerbadas — Redução, de ofício — Regime prisional — Alteração, de ofício, para inicialmente fechado.

Sendo as diligências requeridas pela defesa, inteiramente alheias ao deslinde das ações antijurídicas noticiadas pela denúncia, não havia mes-

mo, como Magistrado de primeiro grau deferi-las, sendo certo que a ele cabe, livremente, decidir quanto à relevância ou não dos pedidos formulados pelas partes.

O art. 38 do Código de Processo Penal disciplina o prazo de 06 (seis) meses contados da data em que se vier a saber quem é o autor do crime para o exercício do direito de representação. No caso em espécie, a representação foi ofertada pela mãe da vítima, na mesma data da ocorrência do fato delituoso, portanto, em tempo hábil para a propositura da denúncia pelo representante do Ministério Público.

A ação penal foi proposta com amparo no art. 225, § 2º, inciso I, do Código Penal, eis que a mãe da ofendida compareceu à Delegacia de Polícia e manifestou sua vontade de processar criminalmente o acusado, fazendo prova, também, da sua precária condição financeira.

Nos crimes contra os costumes, quase sempre praticados sem a presença de testemunhas, as declarações da ofendida têm valor probante, máxime quando encontram apoio em outros elementos de prova existentes nos autos.

Quando as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal analisadas pelo Juízo monocrático são em sua maioria favoráveis ao acusado, não existe motivo para a fixação das penas-base muito acima do mínimo legal, devendo estas, então, ser reduzidas, de ofício.

Na espécie, não tendo resultado lesão corporal de natureza grave ou morte, não se tratam de delitos hediondos, o que implica, por consequência, na alteração, de ofício, do regime integralmente fechado, oportunizando desta feita a possibilidade de progressão de regimes.

Recurso improvido”.

No aspecto visto, não merece reparo o acórdão atacado.

Quanto ao concurso material, na sentença escreveu o Juiz de Direito:

“...ficaram devidamente comprovados os delitos praticados pelo acusado, insertos nos artigos 213 e 214, c.c. o art. 226, inciso III, todos do Código Penal, em concurso material, pois o denunciado depois de estuprar a vítima, veio a manter com ela sexo oral...” (fl. 184).

Observe que ao apelar, conquanto tenha pleiteado fosse a sentença “reformada em sua totalidade” (fl. 224) porfiou o apelante sua absolvição. A aludida peça recursal não fez alusão ao concurso material (fls. 222/232). De sua vez, o Tribunal paraense manteve a decisão do Juiz de Direito, com estes dizeres:

“Diante do exposto, o decreto condenatório esboçado na sentença hostilizada deve ser mantido, reduzindo-se, de ofício, somente as penas-base para 06 (seis) anos de reclusão para cada crime, a pena de 07 (sete) anos e 06 (seis) meses, que, pelo concurso material (art. 69, do Código Penal), devem ser somadas, restando, então, a pena definitiva de 15 (quinze) anos de reclusão”.

Tenho que em sede de **habeas corpus** não é possível reexaminar-se o instante da prática do ato libidinoso diverso da conjunção carnal, — que o juiz dissera ter ocorrido após o estupro, — para considerá-lo sob o conceito de **preludia coiti**.

Acerca da argüição de ilegitimidade do Ministério Público para promover a ação penal, eis o que se acha no acórdão do Tribunal de origem:

“Com efeito, a mãe da ofendida compareceu à Delegacia de Polícia (fl. 12) e manifestou sua vontade de processar criminalmente o acusado, reafirmado à fl. 49, bem como, a sua precária condição financeira restou atestada à fl. 51. Assim é que a ação penal foi proposta com amparo no art. 225, § 2º, inciso I, do Código Penal.

O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou a este respeito:

‘Para que o Ministério Público se torne parte legítima para intentar a **persecutio criminis**, basta que neste sentido se manifeste pessoa de qualquer forma responsável pelo menor ou a de ligado por laços de parentesco, ou com quem tenha a menor dependência econômica’ (STF — RHC — Relator Amaral Santos — RTJ 61/343)” — (fl. 273 — Apenso I).

A respeito da decadência suscitada (fl. 11), assim expressou-se a Corte local:

“Também não ocorreu na espécie, incidência da decadência, uma vez que o art. 38 do Código de Processo Penal disciplina o prazo de 06 (seis) meses contado da data em que se vier a saber quem é o autor do crime para o exercício do direito de representação. No caso em espécie, a representação foi ofertada na mesma data da ocorrência do fato criminoso pela mãe da vítima. Portanto, em tempo hábil para o devido processamento pelo representante do Ministério Público” — (**ibidem**).

O Ministério Público, por seu representante, disse da sem razão do recorrente. Registro suas palavras: “a discussão sobre a condição financeira da vítima e sua representante exigiria incursão probatória, vedada nesta via”; ao que acrescentou: “Ainda que assim não fosse, ao contrário do que diz o Impetrante, houve violência real, conforme a denúncia de fl. 2, ...” (fl. 21).

Demais disso, a jurisprudência desta Corte é no sentido de que afastada aquela hipótese de libidiniosidade, surge o concurso material de crimes, tal como no caso dos autos.

Dessarte, denego a ordem.

HABEAS CORPUS N. 28.760 — SP (2003/0095772-4)

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido

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

Advogado: Alberto Zacharias Toron

Impetrado: Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região

Paciente: Antônio Carlos da Veiga

Sustentação oral: Dr. Alberto Zacharias Toron, pelo paciente

EMENTA

Habeas corpus. Direito Penal. Sonegação de papel de valor probatório. Atipicidade. Trancamento de inquérito policial. Impossibilidade.

1. O trancamento de inquérito policial, por força mesmo da sua função, que é investigatória, e da sua natureza administrativa, é medida excepcional, só autorizada quando há certeza da inexistência do fato-crime ou da sua atipicidade.

2. Ordem concedida parcialmente.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 09 de setembro de 2003 (data do julgamento).

Ministro Hamilton Carvalhido, Presidente e Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: **Habeas corpus** contra a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região que, denegando *writ* impetrado em favor de Antônio Carlos da Veiga, advogado, determinou o prosseguimento do inquérito policial que apura a prática do delito tipificado no artigo 356 do Código Penal.

Alega o impetrante constrangimento ilegal, em razão da falta de justa causa para a instauração do procedimento investigatório, dès que a conduta do paciente é manifestamente atípica, pois “(...) I - a determinação para devolução dos documentos era manifestamente ilegal, II - o paciente quando intimado a devolvê-los não mais estava na posse dos mesmos e, III - como os documentos entregues ao paciente foram declarados pelo egrégio TRF como provas ilícitas, não podem ser considerados de valor probatório circunstância exigida pelo artigo 356 do Código Penal para configurar delito (...)” (fl. 12).

Aduz, mais, que o bem jurídico tutelado pela norma do artigo 356 do Código Penal, qual seja, administração e interesse da Justiça, sequer foi lesado, por isso, pugna pelo “(...) reconhecimento da atipicidade da conduta e o trancamento do inquérito policial (...)” (fl. 12).

Informações prestadas às fls. 80/92.

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

“(...)

Impetração substitutiva de recurso ordinário constitucional contra decisão do egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que não conheceu de **habeas corpus** ali manejado. Argüição de falta de justa causa. Procedência. Existência de excludente de antijuridicidade (pressuposto do crime). Parecer pelo trancamento do inquérito policial.” (Fl. 94)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Senhores Ministros, **habeas corpus** contra a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região que, denegando *writ* impetrado em favor de Antônio Carlos da Veiga, advogado, determinou o prosseguimento do inquérito policial que apura a prática do delito tipificado no artigo 356 do Código Penal.

Alega o impetrante constrangimento ilegal, em razão da falta de justa causa

para a instauração do procedimento investigatório, dès que a conduta do paciente é manifestamente atípica, pois “(...) I - a determinação para devolução dos documentos era manifestamente ilegal, II - o paciente quando intimado a devolvê-los não mais estava na posse dos mesmos e, III - como os documentos entregues ao paciente foram declarados pelo egrégio TRF como provas ilícitas, não podem ser considerados de valor probatório circunstância exigida pelo artigo 356 do Código Penal para configurar delito (...)” (fl. 12).

Aduz, mais, que o bem jurídico tutelado pela norma do artigo 356 do Código Penal, qual seja, administração e interesse da Justiça, sequer foi lesado, por isso, pugna pelo “(...) reconhecimento da atipicidade da conduta e o trancamento do inquérito policial (...)” (fl. 12).

Este, o fato delituoso, na letra do voto condutor do acórdão impugnado:

“(...)

Observe, inicialmente, que os documentos objeto da suposta infração penal foram restituídos ao procurador por determinação do Relator do Mandado de Segurança n. 2000.03.00018679-8, da Primeira Seção desta Corte, conforme ofício datado de 09.02.2001 (fl. 29), após acórdão que concedeu a ordem para restabelecer os sigilos bancário e fiscal de diversas empresas e pessoas físicas, sendo que o paciente recebeu todos os documentos em 23 de fevereiro de 2001 (fl. 32) na qualidade de ‘representante’ daqueles que haviam se insurgido contra a quebra do sigilo.

Sucedede que o Ministério Público Federal interpôs recurso especial contra a referida decisão proferida pela Primeira Seção deste Tribunal, e a fim de garantir a eficácia do provimento buscado em grau de recurso requereu e o juízo deferiu a intimação pessoal do advogado Antônio Carlos da Veiga, para que zelasse pela conservação dos documentos a ele restituídos, pois caso fosse reformado o acórdão os tais documentos deveriam retornar aos autos de onde foram desentranhados (fls. 33/34).

A MM^a. Juíza da 1^a Vara Federal de Guaratinguetá despachou em 11.06.2001 determinando ao paciente que restituísse os documentos referentes às empresas e pessoas físicas das quais *não era* advogado, por havê-los retirado *sem ter poderes para tanto*, assinalando prazo de 15 (quinze) dias para a devolução ou para a juntada de procuração ‘com que estaria regularizando a representação das mesmas’ (fl. 40).

O Dr. Antônio Carlos da Veiga respondeu que recebera todos os documentos ‘sem restrições’, os quais não ficaram em seu poder, e que nem conhecia as

empresas e pessoas físicas que não lhes haviam outorgado originalmente procuração (fls. 41/42).

Em consequência e por não ter o advogado restituído aos autos os documentos que retirara além daqueles para os quais achava-se autorizado por procuração dentro do prazo estabelecido, foi determinada a instauração do Inquérito Policial, nos termos do art. 5º, inciso II, do Código de Processo Penal (fl. 43).” (Fls. 83/84)

Ao que se tem, o fundamento da impetração está na atipicidade da conduta do paciente, em face da ordem para a devolução dos documentos ser manifestamente ilegal, e no fato de que esses documentos já não estavam na sua posse, quando intimado a devolvê-los, além de se constituírem em prova ilícita e não ter havido violação qualquer do bem jurídico tutelado.

É cediço que o trancamento de inquérito policial, por força de sua função investigatória e da sua natureza administrativa, é medida de exceção que somente é cabível quando a atipicidade dos fatos ou a sua inexistência mesmo se mostram na luz da evidência, **primus ictus oculi**.

A propósito e por todos, os seguintes precedentes jurisprudenciais:

“Processo Penal — Jogos de azar — Trancamento de inquérito policial — Ausência de justa causa — Inocorrência.

— Como tenho ressaltado, seguindo a orientação desta Corte, o trancamento de procedimento investigatório por ausência de justa causa somente é possível quando desponta evidente a inexistência de elementos informativos da prática do ilícito penal, hipótese inócurrenente.

— Recurso desprovido.” (RHC n. 10.634/SP, Relator Ministro Jorge Scartezini, **in** DJ de 04.08.2003).

“Processual Penal e Penal. **Habeas corpus**. Crime de sonegação. Discussão em procedimento administrativo. Término. Condição de procedibilidade da **persecutio criminis**. Esferas penal e administrativa independentes e diversas. Incompetência da norma estadual. Ordem denegada.

Afigura-se incorreto pensar que o simples andamento administrativo paralisa o Estado-Administração quanto à possibilidade de investigar a possível existência de crime e suas circunstâncias; as esferas penal e administrativa são totalmente independentes. Ademais, o trancamento de ação penal ou de inquérito policial, mediante o *writ*, é hipótese excepcional que somente se justifica quando demonstrado inequivocamente que o fato apontado não constitui crime ou inexistiu, ou quando ausente qualquer elemento indiciário da

participação do indiciado ou denunciado nos fatos apurados, ou, ainda, quando se acha extinta a punibilidade.

Tocante ao argumento preconizado em torno da aplicação do Regulamento de ICMS, de que a norma criou uma condição de procedibilidade, não há como preponderar, haja vista a incompetência da legislatura estadual para dispor de tema de processo penal. Somente à União caberia tal desiderato, após discussão pelo Congresso Nacional.

Ordem denegada.” (HC n. 21.130/SP, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, in DJ de 17.02.2003).

Tem-se, **in casu**, que o paciente efetivamente recebeu também documentos referentes a empresas e pessoas físicas das quais não era advogado, não havendo, assim, ilegalidade na providência judicial, dirigida à restituição desses elementos de prova ao feito processual.

Demais, não se provou a entrega dos documentos questionados aos representados pelo paciente.

Dada as condições em que foi feita a devolução dos documentos, que já não mais se encontrariam em poder do paciente, é de se reconhecer faltar base para a sua indicição, não sendo caso, contudo, de se trancar o inquérito policial, eis que persiste a posse indevida de documentos próprios de feito judicial.

Pelo exposto, concedo parcialmente a ordem, para excluir a indicição do paciente, sem prejuízo do prosseguimento do inquérito policial.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 35.896 — DF (2004/0077282-0)

Relator: Ministro Nilson Naves

Impetrante: Defensoria Pública do Distrito Federal

Advogados: Oslí Barreto Camilo — Defensor Público e outro

Impetrada: Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios

Paciente: Celma Nunes da Silva

EMENTA

Pena-base (cálculo). Lesão corporal gravíssima (deformidade permanente). Apelação (efeito devolutivo). **Habeas corpus** (cabimento).

1. No cálculo da pena-base, o juiz há de dar atenção unicamente ao critério do art. 59 do Código Penal.

2. Qualificando a lesão corporal, a deformidade permanente não poderia (e não pode) ingressar no processo mental da primeira fase da fixação da pena.

3. Em caso em que a apelação devolve ao Tribunal de segundo grau todo o conhecimento de causa, é lícito ao Superior Tribunal pronunciarse sobre a aplicação da pena, embora o juízo de apelação não o tenha feito expressamente.

4. **Habeas corpus** conhecido e deferido.

ACÓRDÃO

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

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

Ministro Nilson Naves, Relator

DJ de 16.08.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: A Defensoria Pública requer **habeas corpus** a favor de Celma Nunes da Silva, alegando que a *periculosidade* e a *deformidade permanente* não “poderiam ter sido utilizadas para fixar a pena-base no dobro do mínimo legal”.

Denunciada por lesão corporal de natureza grave (Código Penal, art. 129, § 2º, IV), Celma foi condenada a 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão em regime semi-aberto, inicialmente. A sentença foi mantida pelo acórdão.

Eis os fatos consoante a denúncia, de 1999:

“No dia 24 de agosto do ano em curso, por volta das 8h20min, no interior da Creche Recanto Feliz, localizada na Chácara n. 02, Quadra 102, Recanto das Emas — DF, a denunciada **Celma Nunes da Silva**, agindo dolosamente

te, ofendeu a integridade corporal da vítima **Eliane José da Rocha de Sousa**, provocando-lhe as lesões corporais de natureza gravíssima que foram descritas no Laudo de Exame de Lesões Corporais de fls. 17/19.

Apurou-se que a denunciada é mãe da menor, Ana Raquel, cuja infante, é interna da creche Recanto Feliz, onde a vítima Eliane trabalha como auxiliar educacional. No dia dos fatos, a vítima, ao receber a menor acima, com o corpo sujo e as vestes 'mijadas', chamou a atenção da denunciada, a qual alegou que a criança teria se sujado no percurso da residência até a Creche, momento em que a denunciada foi comunicar o ocorrido à Secretaria, enquanto a vítima dava banho na criança.

De volta ao local, a denunciada, quis retirar a menor dos braços da vítima, a qual não permitiu, haja vista estar dando banho na criança. Ato contínuo, a denunciada passou a agredir a vítima desferindo-lhe sucessivos tapas, puxões de cabelos, além de uma certa mordida em seu nariz, extirpando parte do mesmo que veio a cair no chão.

De imediato, a vítima foi levada ao Hospital onde foi socorrida e onde, posteriormente, tentou-se fazer um reimplante do pedaço de nariz, entretanto, sem sucesso, motivo pelo qual a vítima ficara com defeito estético naquela parte do corpo, apresentando, assim, deformidade permanente.”

O parecer tem esta ementa:

“**Habeas corpus** originário. Lesão corporal de natureza grave. Pena-base fixada além do mínimo legal. Fundamentação.

A questão atinente à dosimetria da pena não foi objeto de apreciação pelo acórdão combatido; assim, para evitar supressão de instância, de bom alvitre que o Superior Tribunal de Justiça declinasse de sua competência para conhecer da súplica, encaminhando os autos ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios para seu exame.

Se ultrapassada tal preliminar, penso que o caso é de concessão parcial da ordem.

Com efeito. ‘A própria gravidade do delito e as demais circunstâncias a ela relativas não podem ser consideradas para aumentar a pena-base, sob pena de **bis in idem**, pois já se encontram ínsitas à própria tipificação penal.’ Precedentes.

No caso, a Magistrada exasperou a reprimenda após considerar a deformidade permanente sofrida pela vítima, salientando as graves conseqüências da prática delituosa, sendo que tal circunstância está descrita no inciso IV, § 2º

do art. 129 do Código Penal, integrando o tipo de lesão corporal de natureza grave, pelo que a fundamentação procedida, neste aspecto, mostra-se deficiente.

Parecer pelo não-conhecimento do *writ* e, se conhecido, pela concessão parcial da ordem, devendo ser anulada a sentença monocrática apenas quanto à dosimetria da reprimenda, a fim de que outra seja proferida com nova e motivada fixação da pena-base, excluindo-se de sua majoração aspectos ínsitos ao tipo penal.”

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): Primeiramente, a questão de fundo. Quando da fixação da pena-base, a sentença valorou, de um lado, a periculosidade; de outro, a grave deformidade. Disse a Juíza, nestas passagens, que: (I) “na análise da personalidade da ré, exsurge a certeza de ser portadora de periculosidade, na medida em que revelou extrema insensibilidade quando do cometimento de crime de tamanha gravidade”; (II) “saliente-se as graves conseqüências da agressão à vítima, uma jovem mulher de 26 (vinte e seis) anos de idade que será obrigada a conviver durante toda a vida com uma grave deformidade na face, além dos prováveis efeitos psicológicos e, por isso, não visíveis, que o fato lhe tenha acarretado”. E concluiu S. Ex^a. nessa etapa: “Atento a essas diretrizes, fixo-lhe a pena base em 04 (quatro) anos de reclusão.”

Visto que, no caso, a deformidade permanente foi a qualificadora da lesão corporal, por isso a ré se houve como incurso na pena de reclusão prescrita no aludido art. 129, § 2^o, não poderia tal ponto (ou o que tem a ver com ele), em razão disso, servir de elemento para a fixação da pena-base. Em outras palavras, a resultante deformidade não poderia, ao mesmo tempo, qualificar o crime (§ 2^o) e integrar as circunstâncias judiciais (art. 59). Não poderia, como não pode. Daí que, nesse aspecto (quanto ao outro ponto, qual seja, a periculosidade, falta razão à paciente), parece-me incensurável o parecer da Subprocuradora-Geral Zélia Oliveira Gomes, nestes termos:

“Quanto à consideração da deformidade permanente, para efeito de exacerbação da pena-base, penso que a irresignação merece prosperar.

É que, apesar de existir certa discricionariedade na dosimetria da pena, relativamente à exasperação da pena-base, tem-se como indispensável a sua fundamentação, com base em dados concretos, em eventuais circunstâncias desfavoráveis do art. 59 do Código Penal.”

2. Acontece, no entanto, que há uma preliminar, assim descrita pela Subprocuradoria-Geral:

“A questão atinente à dosimetria da pena, em relação à paciente, não foi objeto de apreciação pelo acórdão combatido, mesmo porque se limitou a Defesa, em sede de apelação, a pedir a absolvição da ré por insuficiência de provas, e, alternativamente, a desclassificação do delito para a forma privilegiada ou para a modalidade culposa.

Assim, para evitar supressão de instância, de bom alvitre que o Superior Tribunal de Justiça declinasse de sua competência para conhecer da súplica, encaminhando os autos ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios para seu exame.

Caso assim não entenda, considerando que o recurso de apelação, nas hipóteses que não sejam de condenação pelo Tribunal do Júri, devolve ao Tribunal o conhecimento de toda a matéria decidida na sentença, pelo que poderia a Corte apreciar a questão relacionada com a dosimetria da pena, tornando-se, desse modo, autoridade coatora ao manter na íntegra a decisão apelada e opte por apreciar o mérito, penso ser o caso de concessão parcial da ordem.”

3. Ora, se a apelante, quando se dirigiu ao Tribunal de Justiça, apelando da sentença, pediu fosse absolvida (que se julgasse improcedente a ação penal foi o que ela pediu), ou, ao menos, como ela ainda pedia, que se desclassificasse a imputação, quero crer que, no caso, a apelação estava devolvendo todo o conhecimento do processo; ora, a quem podia o mais, haveria de poder o menos.

4. Conheço do **habeas corpus** e o defiro para (de acordo com a opinião do Ministério Público Federal), “mantida a condenação, anular a sentença, tão-somente quanto à dosimetria da reprimenda, a fim de que outra seja proferida com nova e motivada fixação da pena-base, excluindo-se de sua majoração aspectos ínsitos ao tipo penal, como a referência à deformidade permanente”.

**RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS
N. 13.402 — SP (2002/0125612-8)**

Relator: Ministro Paulo Gallotti

Recorrentes: Maurício Zanoide de Moraes e outro

Advogados: Maurício Zanoide de Moraes e outro

Recorrido: Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo

Paciente: Rogério Sanches Schunck

EMENTA

Recurso ordinário em **habeas corpus**. Homicídio e lesões corporais culposos cometidos na direção de veículo automotor. Concurso formal. Artigo 291, parágrafo único, do Código de Trânsito Brasileiro. Impossibilidade. Artigo 77, inciso II, c.c. o artigo 79, ambos do Código de Processo Penal.

1. Sendo o réu acusado dos crimes de homicídio e lesões corporais culposos, em concurso formal, não há como, pela regra do artigo 77, inciso II, c.c. o artigo 79, ambos do Código de Processo Penal, ser oferecida a transação penal, muito embora o disposto no artigo 291, parágrafo único, da Lei n. 9.503/1997.

2. Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 06 de abril de 2004 (data do julgamento).

Ministro Paulo Gallotti, Relator

DJ de 21.06.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Cuida-se de recurso ordinário em **habeas corpus** ajuizado por Rogério Sanches Schunck, denunciado pela prática, em tese, dos delitos definidos nos arts. 302 e 303 da Lei n. 9.503/1997, c.c. o art. 70 do Código Penal, contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo que denegou o *writ* ali formulado.

Sustenta-se, em essência, ser nulo o processo a partir da denúncia, inclusive, visto que a peça acusatória foi recebida sem possibilitar ao recorrente a aplicação do instituto da transação penal, disciplinado no artigo 76 da Lei n. 9.099/1995, afirmando-se, em resumo, que a existência de concurso formal não impede a concessão do benefício.

A Subprocuradoria-Geral da Republica manifestou-se às fls. 152/157 pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator): O recurso não merece provimento.

Adoto, como razão de decidir, o parecer da Subprocuradoria Geral da República, do Dr. Antônio Augusto César, assim lavrado, no que interessa:

“De início, cumpre observar que o recurso é tempestivo, pois o v. acórdão aqui atacado foi publicado no DJE em 1ª de agosto de 2002 (fl. 132) e a petição protocolada no dia 08 de agosto de 2002 (fl. 134). Todavia, conquanto ainda não o fosse, em respeito ao princípio da eventualidade e, principalmente, admitindo-se a possibilidade de concessão da ordem de ofício, no caso de se constatar a real existência de coação ilegal contra o paciente, a apreciação de mérito torna-se imperiosa. Quanto ao mérito, insta destacar que o inconformismo dos recorrentes reside na ausência de proposta de transação penal por parte do Douto Promotor de Justiça que ofereceu denúncia contra o paciente, o qual, em velocidade excessiva e com desrespeito ao sinal do semáforo, colidiu o veículo que conduzia contra outro, causando a morte de uma criança de 6 anos de idade e lesões corporais em três outras pessoas que estavam dentro do mesmo automóvel onde se encontrava a vítima fatal. Com efeito, o artigo 291 do Código Nacional de Trânsito, Lei n. 9.503/1997, ao dispor sobre o crime de lesão corporal decorrente de direção de veículo automotor, permite a aplicação do artigo 76 da Lei n. 9.099/1995.

Confira-se, a propósito:

“Art. 291. Aos crimes cometidos na direção de veículos automotores, previstos neste Código, aplicam-se as normas gerais do Código Penal e do Código de Processo Penal, se este Capítulo não dispuser de modo diverso, bem como a Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, no que couber.

Parágrafo único. Aplicam-se aos crimes de trânsito de lesão corporal culposa, de embriaguez ao volante, e de participação em competição não autorizada o disposto nos arts. 74, 76 e 88 da Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995.”

Por sua vez, dispõe o artigo 76 da Lei n. 9.099/1995:

“Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação

penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata da pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.”

Em síntese, é possível, em se tratando de crime tipificado no Código Brasileiro de Trânsito, a proposta de aplicação de pena restritiva de direitos, independentemente da pena máxima cominada para a infração cometida, seja esta pena considerada individualmente ou resultado do concurso de delitos, pois o artigo 291 do Código de Trânsito Brasileiro não estipula qualquer limite do **quantum** da penalidade para que haja a possibilidade de incidência do artigo 74 da Lei n. 9.099/1995. Neste ponto específico, há total consonância entre as razões expostas na peça recursal e a legislação aplicável à espécie. Agora, para melhor compreensão da controvérsia estabelecida nestes autos, reproduzo novamente a norma contida no artigo 291, parágrafo único:

Parágrafo único. *Aplicam-se aos crimes de trânsito de lesão corporal culposa, de embriaguez ao volante, e de participação em competição não autorizada o disposto nos arts. 74, 76 e 88 da Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995.*” (Destaquei)

Observe-se que a previsão de possibilidade de aplicação do artigo 74 da Lei n. 9.099/1995 refere-se, tão-somente, aos crimes de trânsito de lesão corporal culposa, embriaguez ao volante e de participação em competição não autorizada. Determinada essa circunstância, cumpro-me, neste momento, destacar que, na hipótese dos autos, o paciente foi denunciado pela prática de uma única conduta com dois resultados típicos: homicídio culposo (art. 302) e lesão corporal culposa (art. 303), ambos do Código de Trânsito Brasileiro.

Resta, portanto, configurado o concurso formal descrito no artigo 70 do Código Penal.

Deixo de lado, por irrelevância à conclusão aqui sugerida, o caráter facultativo do exercício da oferta de transação por parte do titular da ação penal, nos termos do artigo 76 da Lei n. 9.099/1995.

Prosseguindo, aqui, como já se assinalou, a possibilidade de transação não abrange a hipótese de homicídio culposo (art. 302 do CTB) e a continência no concurso de crimes é regra imposta pelo artigo 77, inciso II, do Código de Processo Penal, o que implica, necessariamente, a unidade de processamento e julgamento do feito, nos termos do artigo 79 do mesmo diploma legal, pois, aos crimes cometidos na direção de veículos automotores, aplicam-se as normas do Código de Processo Penal, desde que não haja previsão contrária.

Assim sendo, a presença do resultado homicídio culposo advindo da mesma conduta do denunciado que causou as lesões corporais impede a cisão processual — e conseqüentemente a proposta de transação —, conforme requerida pelos recorrentes — sob pena de afronta aos artigos 77 e 79 do Código de Processo Penal.

Como supedâneo deste meu posicionamento, utilizo a argumentação de que se o próprio Código de Trânsito Brasileiro excluiu a possibilidade de transação quando ocorrer o homicídio culposo, com muito mais razão deve afastá-la se presente um resultado mais lesivo do que o próprio homicídio culposo advindo da mesma ação. Ou seja, o agente não pode se beneficiar do instituto quando sua conduta causar maior dano.” (Fls. 155/157)

Quanto à notícia trazida pelo recorrente (fls. 168/170), que menciona apreciação, no Supremo Tribunal Federal, do HC n. 83.163/SP, que poderia modificar o entendimento sobre a aplicação do **sursis** processual no que se refere aos crimes cometidos em concurso formal, material ou em continuidade delitiva, note-se que, a par do julgamento ainda não ter sido concluído, conforme se extrai do *site* da Corte Suprema, se trata de situação diversa.

Conforme restou expresso, a transação se mostra inviável pela impossibilidade de se cindir a ação penal, que apura dois delitos — homicídio culposo e lesão corporal culposa —, inexistindo previsão de concessão do aludido benefício legal para o crime de homicídio culposo.

Nesse sentido:

“**Habeas corpus.** Crimes de homicídio e de lesão corporal culposos em concurso formal (acidente de trânsito). Alegação de cabimento de aplicação da Lei n. 9.099/1995 no caso de concurso formal: transação penal (Art. 76), para os crimes de lesões corporais, e suspensão condicional do processo (Art. 89), para os crimes de homicídio. 1. No julgamento do **HC** n. 77.242/SP no Plenário, ficou decidido que os benefícios previstos na Lei n. 9.099, de 25.09.1995, como a transação penal (artigo 76) e a suspensão condicional do processo (artigo 89), também são aplicáveis no caso de concurso formal de crimes, suprindo-se a lacuna da lei mediante aplicação analógica das disposições pertinentes à fiança, por ser o instituto que mais se aproxima destes casos, ficando afastada a incidência, para o mesmo fim, das normas que dispõem sobre a prescrição. Em conseqüência, ficou superado o entendimento da Turma no **HC** n. 76.717/RS. 2. A competência para processar e julgar os dois crimes de lesões corporais culposas, em concurso formal heterogêneo com três homicídios culposos, é determinada pela continência, fato que im-

porta na unidade de processo e julgamento (artigos 77, II, e 79 do CPP). Impossibilidade de cisão do processo, que implica inviabilidade de transação penal (artigo 76 da Lei n. 9.099/1995), para os crimes de lesões corporais, porque escapa do alcance do artigo 61 da mesma Lei, que estabelece como crime de menor potencial ofensivo aquele com pena máxima cominada de um ano. 3. Não cabe a suspensão condicional do processo, ou **sursis** processual (artigo 89 da Lei n. 9.099), no caso de concurso formal de crimes, quando a pena mínima cominada ao crime mais grave, acrescida do aumento mínimo, exceder a um ano. 4. **Habeas corpus** conhecido, mas indeferido, cassando-se a liminar concedida.” (HC n. 78.876/MG, Relator o Ministro Maurício Côrrea, DJ de 30.03.1999)

Diante do exposto, nego provimento ao presente recurso.

É como voto.

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS N. 16.135 — AM (2004/0075783-8)

Relator: Ministro Nilson Naves

Recorrentes: Luiz Garcia Hermida e outros

Advogados: José Leite Saraiva Filho e outro

Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas

Pacientes: Luiz Garcia Hermida, Roberto Sá Dâmaso, Luiz Carlos de Andrade Ribeiro, José Ernesto da Silva Gonzalez

Sustentação oral: José Saraiva, pelo paciente, Cláudia Sampaio Marques, Subprocuradora-Geral da República

EMENTA

Crime de várias pessoas (societário). Condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Denúncia. Individualização das condutas. Argüição de inépcia (procedência).

1. Em casos dessa espécie, não se admite denúncia que dela não conste descrição das diversas condutas.

2. Caso em que, por faltar descrição de elementos de convicção que a ampare, a denúncia não reúne, em torno de si, as exigências legais, estando, portanto, formalmente inepta.

3. Recurso ordinário provido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 24 de junho de 2004 (data do julgamento).

Ministro Nilson Naves, Relator

DJ de 23.08.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: A denúncia se fundou em lei sobre o meio ambiente. Foram os ora pacientes (recorrentes) denunciados como incurso na Lei n. 9.605, de 1998, arts. 54, § 2º, II (o de causar poluição), e 68 (o de deixar de cumprir obrigação). O que se pretendeu, na inicial do **habeas corpus**, expressamente, foi o trancamento da ação penal, ou por falta de justa causa, ou por inépcia da denúncia. Foi alegado o seguinte, em conclusão: “De tudo o que foi exposto resulta indiscutível que a denúncia ofertada contra os Pacientes deveria ter sido rejeitada, por serem eles parte ilegítima para figurar no pólo passivo da demanda (CPP, art. 43, III, primeira parte), na medida em que não praticaram qualquer conduta passível de reprimenda penal.”

O Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas negou a ordem requerida em acórdão com esta ementa:

“Direito Processual Penal. **Habeas corpus** interposto para trancamento de ação penal por inépcia da inicial — Denegado. **Habeas corpus**. Crime Societário. Denúncia inepta. Falta de descrição individualizada das condutas. Inexistência de ilegalidade.

Admite-se, em crimes societários, a narrativa genérica dos fatos, sem descrição da conduta específica de cada um dos denunciados, já que via de regra só a instrução pode definir quem concorreu, quem participou ou quem ficou alheio à ação ilícita. Tal tolerância se impõe nos crimes societários visto que nem sempre o Ministério Público está habilitado para, desde logo, individualizar culpas. Precedentes do STF Ordem denegada. (STF — **HC** n. 74.641 — Segunda Turma, Relator Ministro Francisco Rezek, DJ de 02.05.1997).”

Nas razões endereçadas ao Superior Tribunal, os recorrentes (são quatro), a par de contestarem os fundamentos do acórdão local, insistem na razão inicial de pedir, isto é, o trancamento da ação penal. O parecer é da Dra. Áurea Maria, com esta ementa: “Se é possível ao denunciado o exercício da ampla defesa; se pode o Denunciado excluir sua responsabilidade pela não-relação com os fatos, não seria adequado o trancamento da Ação Penal que se impõe em hipóteses restritas (CPP — art. 43). Em HC vige o princípio **in dubio pro societate**, vigendo o princípio **in dubio pro reo** para absolver ou condenar.”

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): Segundo a parecerista — valendo-se de precedentes jurisprudenciais, inclusive e principalmente do Superior Tribunal —, em crimes societários, ou em crimes de autoria coletiva, é admissível a denúncia sem que dela se exija pormenorizada descrição das diversas condutas. Em assim sendo, eis a denúncia, fotocopiada às fls 18/20:

“O Ministério Público do Estado do Amazonas, por meio dos Promotores de Justiça infra-assinados, com atribuições junto à Promotoria de Justiça Especializada na Defesa do Meio Ambiente e Patrimônio Histórico — Prodemaph, localizada no Conjunto dos Secretários, Rua Celetira II, n. 07 — Casa da Cidadania, vem oferecer denúncia contra:

1) Conef Amazonas — Entrepósitos Frigoríficos Ltda, pessoa jurídica de direito privado, estabelecida, nesta cidade, na rodovia BR 319 — Km 05 — Ceasa — Distrito Industrial, CGC n. 05.429.709/0001-20;

2) Luiz Garcia Hermida, brasileiro, casado, Economista, RG n. 1.019.279-SSP/BA, CIC n. 211.608.305-25, residente e domiciliado na cidade de Salvador/BA, podendo ser encontrado no endereço da primeira denunciada por ser seu Gerente Delegado;

3) Roberto de Sá Dâmaso, brasileiro, casado, economista, RG n. 1.132.794-SSP/BA, CPF n. 094.029.695-000, residente e domiciliado na cidade de Salvador/BA, podendo ser encontrado no endereço da primeira denunciada por ser seu Gerente Delegado;

4) Luiz Carlos de Andrade Ribeiro, brasileiro, separado judicialmente, economista, RG n. 358.226-SSP/DF, CIC n.046.489.007-15, residente e domiciliado na cidade de Salvador/BA, podendo ser encontrado no endereço da primeira denunciada por ser seu Gerente Delegado;

5) José Ernesto Silva Gonzalez, brasileiro, separado judicialmente, administrador de empresas, RG n. 1.262.960-06 SSP/BA, CIC n. 220.196.265-00, residente e domiciliado na cidade de Salvador/BA, podendo ser encontrado no endereço da primeira denunciada por ser seu Gerente Delegado.

Pelas razões de fato e de direito a seguir aduzidas:

Consta do incluso *Procedimento Administrativo n. 268/00/18ª*, instaurado tendo por supedâneo a matéria publicada no jornal 'A Crítica' edição do dia 21 de outubro de 2000, que, por volta das 20h30min, do dia 19 de outubro do ano pretérito, foram os moradores do bairro Mauzinho surpreendidos por um forte odor que exalava das dependências da primeira denunciada, o que os obrigou a abandonar seus lares, por orientação do Corpo dos Bombeiros, em face da irritação de suas vias respiratórias e início de um processo de intoxicação.

Em 20 de outubro de 2000, motivada pelas reclamações dos moradores da área vizinha, o Instituto de Proteção Ambiental do Estado do Amazonas — Ipaam realizou uma vistoria técnica no local, constatando ocorrência de poluição atmosférica gerada pelo vazamento de aproximadamente 20 kg de gás amônia (NH₃), utilizado para resfriamento do sistema de conservação de produtos perecíveis da Conef. Da fiscalização precitada resultou o relatório técnico de fls. 11 a 13, que informa, ainda, que a denunciada embora estivesse isenta da licença ambiental, tinha o dever de comunicar o acidente ao mencionado órgão estadual, o que não o fez, sendo, então, lavrado o Auto de Infração n. 135/2000 — GEFM.

Em 26 de janeiro de 2001, houve novo vazamento de gás amônia na denunciada, Conef, motivando assim a realização de nova vistoria pelo Ipaam, resultando no Relatório Técnico de Fiscalização de fls. 14 a 17, através do qual ficou constatada a ocorrência do dano ambiental causado pelo vazamento de gás tipo amônia, o qual, segundo informações prestadas pelos responsáveis pelo empreendimento, ocorreu em virtude da tubulação da serpentina do sistema de refrigeração ter se rompido devido à pressão exercida no mesmo, fazendo com que o gás fosse lançado no meio ambiente por várias horas. Novamente os moradores do local apresentaram um quadro de intoxicação (náuseas, vômitos, dores de cabeça, etc) e tiveram que ser retirados para outro sítio.

Ante o exposto, estão os denunciados *incursos nas penas do artigo 54, § 2º, inciso II, e do art. 68, ambos da Lei n. 9.605/1998, combinado*

com os arts. 29 e 69 do Código Penal Brasileiro, pelo que requer-se, uma vez recebida e autuada esta, sejam os réus citados para interrogatório, sob pena de revelia, enfim, para se verem processados até final julgamento e condenação, na forma da lei, ouvindo-se, oportunamente, as pessoas do rol abaixo para em juízo informar sob o fato crime ambiental em tela.”

Quanto às pessoas físicas ou naturais, exatamente aquelas que aqui são pacientes e recorrentes, a denúncia ficou aquém daquilo que dela se espera (de seus indispensáveis requisitos), bem aquém, a meu sentir, porquanto, naquela exposição narrativa e demonstrativa que das denúncias se requer (parte formal), a presente denúncia não revelou qual fora a participação dessas pessoas no fato por ela indicado. Não há, em seu corpo, uma só palavra referente à maneira como essas pessoas praticaram a ação, ou se se omitiram, se e quando dessas pessoas se requeria o dever de agir.

Disse o acórdão o seguinte: “Os pacientes são gerentes delegados da empresa, e embora a inicial não lhes tenha indicado a responsabilidade objetiva, todos são passíveis de responder pelo dano causado ao bem jurídico meio ambiente, já que, juridicamente são os agentes que conduzem a prestação de serviço da empresa à sociedade. Se são responsáveis pelas boas ações, devem responder pelas más ações da empresa. É um imperativo universal.”

Parece-me pouco. Ainda que o não fosse, quem abre a ação penal é o Ministério Público, e a inicia através da denúncia, e a denúncia formalmente há de conter isso e aquilo ao ver da lei processual; no caso em comento, a denúncia, porém, é falha, porque foi omissa, totalmente omissa.

É certo que, em casos dessa espécie, existe forte entendimento segundo o qual a denúncia não precisa individualizar a conduta de cada agente ativo. Sucede que existe também o entendimento de que o denunciante, entretanto, tem o dever, mesmo em casos desse porte, de fornecer exposição, ou apresentar proposta de acusação, apresentá-la de tal modo que permita ao denunciado defender-se. Dentro de tal moldura, quero crer que, em apoio desta última posição, podem vir a pêlo, provenientes desta Turma, o RHC n. 8.389, de 1999, da relatoria do Ministro Fernando Gonçalves, e o REsp n. 175.548, de 2001, da relatoria do Ministro Hamilton Carvalhido.

Em razão de me encontrar diante de denúncia inepta, dou provimento ao recurso ordinário para conceder a ordem de **habeas corpus**. Certamente que outra denúncia poderá ser oferecida, uma vez preenchidas as exigências de lei.

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS
N. 16.153 — SP (2004/0066431-6)

Relator: Ministro Nilson Naves

Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo

Recorrido: Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo

Paciente: Márcio Souza e Silva Dutra

EMENTA

Habeas corpus quando coator membro do Ministério Público estadual. Competência.

1. É do Tribunal de Justiça a competência para processar e julgar, originariamente, tais **habeas corpus**, conforme a Constituição, art. 96, III (confirmam-se, também, os arts. 105, I, **c**, e 108, I, **a**).

2. Precedentes do STJ.

3. Recurso ordinário provido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 17 de junho de 2004 (data do julgamento).

Ministro Nilson Naves, Relator

DJ de 16.08.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: O **habeas corpus** foi impetrado por advogados contra ato da 1ª Promotora de Justiça da Comarca de Itapira, Estado de São Paulo, consistente, segundo o acórdão que da impetração não conheceu, na requisição por essa autoridade “formulada, no sentido da instauração de inquérito policial tendente à apuração de crime de desobediência, em tese, praticado pelo paciente e outro,

no que tange à ordem judicial de interdição da Cadeia Pública de Itapira que não teria sido cumprida”.

O Tribunal de Alçada Criminal determinou a ida dos autos “à comarca de origem para julgamento”. A seu ver, “compete originariamente ao Juízo de Primeira Instância controlar a legalidade de ato coativo praticado por Promotor de Justiça”.

Foi o Ministério Público do Estado, por intermédio do Procurador de Justiça Antonio Visconti, que ingressou com embargos de declaração, dos quais o Tribunal não conheceu pela sua intempestividade, e com recurso ordinário, a respeito do qual disse o seguinte o Presidente Renato Nalini, em resumo:

“1. Processe-se, observado que no meu entendimento o presente reclamo interposto pelo Ministério Público é intempestivo.

Com efeito, considerando que os embargos declaratórios tidos como intempestivos não têm o condão de interromper o lapso recursal, os autos foram recebidos na Procuradoria Geral de Justiça em 11 de setembro de 2003 (fls. 114/115), entretanto o recurso aludido somente foi protocolado em 26 de setembro de 2003 (fl. 144), ou seja, depois do prazo de cinco dias estabelecido no artigo 30 da Lei n. 8.038/1990.

Revela notar, ainda, que o prazo para o ajuizamento do recurso ordinário não pode ser contado da aposição do ‘ciente’ pelo Digno Procurador de Justiça oficiante (fls. 111) que, desta forma, teria ao seu arbítrio o início da fluência do prazo recursal, ferindo-se o princípio da igualdade das partes. Em precedente do Colendo Supremo Tribunal Federal já ficou assentado que...

Também não discrepa desse entendimento o Colendo Superior Tribunal de Justiça...

Todavia, ciente das dificuldades operacionais da Procuradoria Geral de Justiça, tendo presente o interesse da Sociedade na efetividade da persecução penal e, finalmente, sabedor de que a jurisprudência sobre o termo inicial da fluência do prazo recursal, em casos como o presente, não está pacificada, deixo a questão para ser apreciada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça.

2. Após, subam os autos àquele Sodalício, observadas as cautelas de estilo.”

O Ministério Público Federal opinou no sentido de se conceder em parte a ordem, em parecer com esta ementa:

“A locução *quando denegatória da ordem*, prevista no art. 105, II, **a e b**, do *Texto Magno*, tem sentido amplo, compreendendo tanto as decisões que

indeferem o pedido, apreciando o mérito da causa, como aquelas que, sem julgamento do mérito, operam a extinção do processo, a exemplo do reconhecimento da incompetência, sendo, em tais hipóteses, cabível o recurso ordinário, que pode ser interposto pelo Ministério Público como **custos legis**. Como a Constituição da República, em seu art. 96, III, confere competência aos Tribunais de Justiça para julgar os membros do Ministério Público nos crimes comuns e de responsabilidade, também àquelas Cortes compete julgar **habeas corpus** contra atos destas autoridades.

Parecer pelo provimento do recurso, concedendo-se parcialmente a ordem para determinar a remessa dos autos ao Tribunal de Justiça para julgar o mérito do **habeas corpus**.”

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): O Ministério Público Federal atuou pelas mãos da Subprocuradora-Geral Zélia Oliveira Gomes. S. Ex^a., após sustentar o cabimento do recurso ordinário e se insurgir contra o que originalmente se disse de sua intempestividade, opinou da seguinte maneira:

“Quando se trata de ato atribuído a membro do Ministério Público, a Constituição da República apenas prevê, de forma expressa, a competência do Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, **c**, c.c. **a**), em relação àqueles que oficiem perante tribunais e, de forma implícita, a do Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, **i** c.c. **b**), em se tratando de ato do Procurador-Geral da República, quando afirma que compete a este Pretório julgar **habeas corpus**, quando coator for autoridade cujos atos estejam sujeitos diretamente à sua jurisdição.

Em relação aos atos de coação atribuídos a membros do Ministério Público que atuam em primeira instância, a Constituição da República silencia a respeito da competência para julgamento de **habeas corpus**.

Todavia, já está pacificado no excelso Pretório que como da decisão de **habeas corpus**, por vezes, resulta reconhecimento de abuso de poder ou de autoridade, que pode configurar infração penal, o mesmo órgão judiciário competente para o processo e julgamento do crime comum eventualmente praticado pela autoridade impetrada é que deve julgar a ação mandamental.

Como a Constituição da República, em seu art. 96, III, confere competência aos Tribunais de Justiça para julgar os membros do Ministério Público nos

crimes comuns e de responsabilidade, também àquelas Cortes compete julgar **habeas corpus** contra atos destas autoridades.

A jurisprudência dos Tribunais Superiores, nesse ponto, é pacífica.

Do Supremo Tribunal Federal:

RE n. 285.569/SP

Relator: Ministro Morelra Alves

Publicação: DJ de 16.03.2001, p. 102. Ement. Vol. 02023-07

p. 1.435

Julgamento: 18.12.2000 — Primeira Turma

Ementa

Recurso extraordinário. Competência para processar e julgar **habeas corpus** impetrado contra ato de membro do Ministério Público Federal. — Ambas as Turmas desta Corte (assim, nos RREE 141.209 e 187.725) têm entendido que, em se tratando de **habeas corpus** contra ato de Promotor da Justiça Estadual, a competência para julgá-lo é do Tribunal de Justiça por ser este competente para seu julgamento quando acusado de crime comum ou de responsabilidade. O fundamento dessa jurisprudência — como salientado pelo eminente Ministro Néri da Silveira no RE n. 187.725 — ‘foi sempre o de que da decisão do **habeas corpus** pode resultar afirmação de prática de ilegalidade ou de abuso de poder pela autoridade’ e isso porque ‘ao se conceder o **habeas corpus**, se se reconhecer, expressamente, que a autoridade praticou ilegalidade, abuso de poder, em linha de princípio, poderá configurar-se algum crime comum. Dessa maneira, a mesma autoridade que julgar o **habeas corpus** será a competente para o processo e julgamento do crime comum, eventualmente, praticado pela autoridade impetrada’. — No caso, em se tratando, como se trata, de **habeas corpus** contra membro do Ministério Público Federal que atua junto a Juízo de primeiro grau, e tendo em vista que, em virtude do disposto no artigo 108, I, **a**, da Constituição, compete aos Tribunais Regionais Federais processar e julgar originariamente esses membros, a esses Tribunais compete, também, por aplicação do mesmo fundamento, julgar os **habeas corpus** impetrados contra essas autoridades. Recurso extraordinário conhecido e provido.

Do Superior Tribunal de Justiça:

RHC n. 11.242/MG (2001/0040155-4)

Fonte: DJ de 04.02.2002, p. 546

Relator: Ministro Paulo Gallotti — Sexta Turma

Ementa:

Processo Penal. Recurso ordinário. Competência do Tribunal de Justiça e não do Tribunal de Alçada para conhecer de **habeas corpus** impetrado contra ato de Promotor de Justiça, no caso oferecimento de denúncia que se pretende não seja recebida, mesmo se tratando de delitos apenados com detenção. Artigo 96, III, da Constituição Federal.

1. Compete ao Tribunal de Justiça, e não ao Tribunal de Alçada, como resultante do que se contém no art. 96, III, da Carta Magna, processar e julgar **habeas corpus** em que se sustenta ser inepta a denúncia oferecida contra o paciente, cujo recebimento se procura evitar, mesmo que se trate de crime cuja pena é de detenção.

2. Precedentes.

REsp n. 166.764/SP (1998/0016924-5)

Fonte: DJ de 04.09.2000, p. 201

Relator: Ministro Fernando Gonçalves — Sexta Turma

Ementa:

Penal. Recurso especial. **Habeas corpus**. Autoridade coatora. Promotor de justiça. Competência. Tribunal de Justiça.

1. Dispõe o art. 74, IV, da Constituição do Estado de São Paulo, combinado com o art. 96, II, da Constituição Federal, competir ao Tribunal de Justiça processar e julgar **habeas corpus**, quando a autoridade coatora for Promotor de Justiça. Precedentes.

2. Recurso conhecido e provido. REsp n. 79.112/SP (1995/0057766-6)

Fonte: DJ de 07.04.1997, p. 11.140; RSTJ vol. 94, p. 335

Relator: Ministro Felix Fischer — Quinta Turma

Ementa:

Processual Penal. **Habeas corpus**. Coação ilegal imputada a membro do Ministério Público.

Competência para julgar o pedido. Recurso.

1. Se a Constituição Estadual prevê a competência do Tribunal de Justiça para julgar os membros do Ministério Público tanto nos crimes comuns como nos de responsabilidade, também caberá a esta Corte o julgamento de **habeas corpus** no qual o Promotor de Justiça Estadual figure como autoridade coatora.

2. Recurso conhecido e provido

REsp n. 73.078/SP (1995/0043352-4)

Fonte: DJ de 24.03.1997, p. 9.069

Relator: Ministro Vicente Leal — Sexta Turma

Ementa: Constitucional. Processual Penal. **Habeas corpus**. Coação emanada de Promotor de Justiça. Competência. CPP, art. 650, CF.

— O STF já decidiu que a Constituição do Estado de São Paulo, ao estabelecer no seu art. 74, IV, que ao Tribunal de Justiça compete processar e julgar originariamente **habeas corpus** quando a coação emana de Promotor de Justiça, guarda sintonia com o art. 96, III, da Carga Magna (RE n. 141.209/SP, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, **in** RTJ 140/683).

— As regras de competência originária dos tribunais, fixadas **ratione personae** e **ratione muneris**, não estabelecem rol exaustivo, mas prevêem um mínimo a ser observado pelo ordenamento local, que não merece censura ao dispor sobre novas hipóteses, em especial se guarda harmonia com o Direito Federal.

— Recurso especial conhecido e provido.

Tanto não bastasse, verifica-se que o art. 125, § 1º, da Lei Magna, confere à Constituição dos Estados a definição da competência de seus Tribunais de Justiça, desde que respeitada a já prevista no Texto Fundamental.

Assim, a Constituição do Estado pode atribuir ao Tribunal de Justiça competência para julgar **habeas corpus** contra ato de membro do Ministério Público, salvo se este officie perante Tribunal, hipótese em que a competência é do Superior Tribunal de Justiça.

No caso, segundo ressaltado nas razões, a Constituição do Estado de São Paulo prevê, em seu art. 74, IV, que compete privativamente ao Tribunal, através de seus órgãos, processar e julgar, originariamente, os **habeas corpus**, nos processos cujos recursos forem de sua competência *ou quando o coator ou paciente for autoridade diretamente sujeita à sua jurisdição*, o que é o caso do

Promotor de Justiça, pois segundo o art. 96, III, da Lei Maior, aos Tribunais de Justiça compete julgar os membros do Ministério Público, nos crimes comuns e de responsabilidade.

Assim, por disposição da própria Constituição do Estado, compete ao Tribunal de Justiça julgar **habeas corpus** contra ato de Promotor de Justiça.

Diante disso, com base na consagrada jurisprudência dos Tribunais Superiores, não merece acolhida a decisão do Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo que, ao declinar de sua competência para julgamento do **mandamus**, determinou a remessa dos autos ao Juízo de Primeiro Grau, pelo que deve ser parcialmente reformada para determinar a remessa ao Tribunal de Justiça para apreciar a súplica, decidindo-a como entender de direito.”

Sr. Presidente, podendo eu, podendo nós, em **habeas corpus**, expedir de ofício a ordem, não vou me ater à questão referente à intempestividade, por se me afigurar, perdoem-me, desperdício de tempo.

Acolho o parecer na parte em que acima o transcrevi. Como se viu, há precedentes do Superior Tribunal acerca da matéria. Com efeito, a competência na área estadual há de ser extraída do inciso III do art. 96, semelhantemente, na área federal, da alínea **a**, inciso I, do art. 108, ambos da Constituição. Confira-se, ainda, a alínea **c**, inciso I, do art. 105, relativamente à competência do Superior Tribunal para processar e julgar o **habeas corpus** quando qualquer das pessoas mencionadas na alínea **a** — dentre as quais, membros de Ministério Público — estiver na condição de coator ou de paciente.

Dou provimento ao recurso para que os autos sejam encaminhados ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

RECURSO ESPECIAL N. 146.483 — PR (1997/0061277-5)

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido

Recorrente: Ministério Público do Estado do Paraná

Recorrido: Município de Pitanga

Advogados: Luiz Carlos da Rocha e outro

EMENTA

Recurso especial. Direito Processual Civil. Suspensão de execução de liminar. Lei n. 8.437/1992.

Ação civil pública. Extinção de fundo de previdência municipal. Direito individual homogêneo disponível. Ministério Público.

Ilegitimidade.

1. “Compete ao Presidente do Tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.” (Artigo 4º da Lei n. 8.437/1992).

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

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

4. O Ministério Público não possui legitimidade para ajuizar ação civil pública visando à suspensão da eficácia de Lei Municipal que extinguiu fundo municipal de previdência de servidores, eis que o alegado direito, embora homogêneo, é de natureza individual e disponível.

5. Precedentes.

6. 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 o voto do Sr. Ministro-Relator, no que foi seguido pelo Sr. Ministro Paulo Medina, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Paulo Gallotti e Paulo Medina votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Brasília (DF), 05 de fevereiro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Hamilton Carvalhido, Presidente e Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: Recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Paraná, com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, contra acórdão do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, assim ementado:

“Agravo regimental interposto contra decisão que suspendeu a execução de liminar concedida em ação cautelar inominada. Funcionários públicos municipais. Recolhimento de contribuição para o Fundo Municipal de Previdência. Interesses ou direitos individuais homogêneos. Ilegitimidade do Ministério Público para defendê-los. Recurso improvido.

O Ministério Público só tem legitimidade para promover ação civil pública na defesa de interesses difusos ou coletivos, sendo-lhe vedado valer-se desse instrumento para defender direitos individuais de grupo determinado.” (fl. 156).

Sustenta o recorrente que a ação civil pública se presta à defesa de direitos individuais homogêneos, que integram os interesses coletivos, eis que “dentro da sistemática inaugurada pelo Código de Defesa do Consumidor, concomitantemente transposta para a Lei de Ação Civil Pública, a legitimidade ativa **ad causam** do Ministério Público, como um dos co-legitimados previstos no artigo 5º da Lei n. 7.347/1985, estende-se, conseqüentemente, também àqueles casos em que se questione quaisquer interesses coletivos (...)” (fls. 176/177).

Além da divergência jurisprudencial, a violação dos artigos 81 e 82 da Lei n. 8.078/1990 funda a insurgência especial.

Recurso tempestivo (fl. 192), respondido (fl. 203) e admitido (fls. 221/226).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Senhores Ministros, recurso especial interposto contra acórdão que, negando provimento ao agravo regimental interposto pelo Ministério Público, manteve sentença monocrática que deferira pedido de suspensão de execução de medida liminar em **decisum** assim fundamentado:

“(...)”

Nos termos do art. 4º da Lei n. 8.437/1992, que dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público, é possível a suspensão da execução da sentença ‘...em caso de manifesto interesse público ou de *flagran-*

te ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.’

Na hipótese em análise, conforme asseverado na decisão recorrida, ‘... É por demais verosímil a afirmação de que não se trata, no caso, de pretensão buscando tutela jurisdicional de interesse difuso ou coletivo. Deveras, o assunto diz respeito, concreta e especificamente, aos servidores públicos, ativos e inativos, do Município de Pitanga, já que a Lei Municipal atacada extinguiu o Fundo Municipal de Previdência Social, que tem a ver unicamente com aqueles servidores. Só que essa é situação que se amolda perfeitamente entre os casos de *‘interesses ou direitos individuais homogêneos’* a que se refere o parágrafo único do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor. E sendo assim, como o interesse direto e imediato é de certas e determinadas pessoas, fica afastada, ao menos em princípio, a possibilidade de a defesa desse segmento específico ser desenvolvida pelo Ministério Público, pela via de ação civil pública.’

(...)” (fl. 158).

Com efeito, é da letra do artigo 4º da Lei n. 8.437/1992, que “dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público e dá outras providências”:

“Art. 4º Compete ao Presidente do Tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

§ 1º Aplica-se o disposto neste artigo à sentença proferida em processo de ação cautelar inominada, no processo de ação popular e na ação civil pública, enquanto não transitada em julgado.”

Ao que se tem, cabível a concessão de efeito suspensivo à execução de medida liminar “*em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.*” (Nossos os grifos).

Nesse passo, necessário o deslinde da questão suscitada, referente à ilegitimidade ativa do Ministério Público para o ajuizamento da ação civil pública.

Esta, a letra dos artigos 1º e 21 da Lei n. 7.347/1985, que “disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências, **verbis**:

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

I - ao meio ambiente;

II - ao consumidor;

III - à ordem urbanística;

IV - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

V - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

VI - por infração da ordem econômica e da economia popular;

VII - à ordem urbanística.

Parágrafo único. Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço — FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.’

‘Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.’

e esta, a dos artigos 81 e 82 da Lei n. 8.078/1990, tidos por violados, **verbis**:

“Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: (Redação dada pela Lei n. 9.008, de 21.03.1995)

I - o Ministério Público;

II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;

III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta, indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;

IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.”

Destarte, a ação civil pública é o instrumento processual destinado à defesa do meio ambiente, do consumidor, da ordem urbanística, de bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e, finalmente, de quaisquer interesses transindividuais difusos e coletivos, e dos interesses individuais homogêneos disponíveis, quando oriundos de relação de consumo.

A propósito do tema, veja-se a doutrina:

“A ação civil pública, disciplinada pela Lei n. 7.347, de 24.07.1985, é o instrumento processual adequado para reprimir ou impedir danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e por infrações da ordem econômica (art. 1^o), protegendo, assim, os interesses difusos da sociedade. Não se presta a amparar direitos individuais, nem se destina à reparação de prejuízos causados a particulares pela conduta, comissiva ou omissiva do réu.

Na realidade, a ação civil pública surgiu com o seu campo de aplicação restrito tanto quanto aos setores de sua incidência como em relação aos interesses que podiam ser defendidos mediante a utilização do novo instrumento processual. A legislação posterior — especialmente o Código de Defesa do Consumidor — ampliou ambas as áreas, permitindo que a ação civil pública viesse a abranger os interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos, nos casos dos três primeiros incisos do art. 1^o (proteção ao meio ambiente, ao consumidor e ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico), e tão-somente *aos interesse difusos ou coletivos, nos demais casos.*” (Hely Lopes Meirelles, in “Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, **Habeas Data**, Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental”. 24^a ed., Malheiros, 2002, p. 158).

E, acerca da legitimidade do Ministério Público para a propositura da ação civil pública, assim dispôs a Constituição Federal:

“Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, *incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.*”

“Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;”

Atribuiu, assim, a Constituição Federal, importante função institucional ao Ministério Público, conferindo-lhe legitimidade para a propositura de ação civil pública em defesa de interesses transindividuais difusos e coletivos.

Não é outra a disciplina da Lei Complementar n. 75/1993, que “*dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União*”, senão vejamos:

“Art. 6^ª Compete ao Ministério Público da União:

(...)

VII - promover o inquérito civil e ação civil pública para:

a) a proteção dos direitos constitucionais;

b) a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

c) a proteção dos interesses individuais indisponíveis, difusos e coletivos, relativos às comunidades indígenas, à família, à criança, ao adolescente, ao idoso, às minorias étnicas e ao consumidor;

d) outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos;”

Ao que se tem, a ação civil pública não se presta à proteção de direitos individuais disponíveis, salvo quando homogêneos e oriundos de relação de consumo.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

“Ação civil pública. Matéria tributária. Ministério Público. Ilegitimidade ativa.

Não tem o Ministério Público legitimidade ativa, para promover ação civil pública em matéria tributária, assumindo a defesa dos interesses do contribuinte, já que o beneficiário, em última análise, não seria o consumidor.

Consumidor e contribuinte não se equivalem, estando o Ministério Público expressamente autorizado a promover a defesa dos direitos do consumidor.” (REsp n. 115.500/PR, Relator Ministro Hélio Mosimann, **in** DJ de 03.08.1998).

“Processual Civil e Tributário — Ação civil pública — Contribuição para o custeio do regime previdenciário dos servidores públicos federais — Lei n. 9.783/1999 — Ministério Público — Ilegitimidade ativa **ad causam** — Existência de direitos individuais homogêneos e divisíveis — Precedentes.

O Ministério Público não tem legitimidade para propor ação civil pública visando impedir a cobrança de tributos, não somente por se tratarem de direitos individuais homogêneos, identificáveis e divisíveis, mas porque o contribuinte não se equipara a consumidor, consoante a firme orientação jurisprudencial desta colenda Corte.

Agravo regimental improvido.” (AgRg no REsp n. 333.016/PR, Relator Ministro Paulo Medina, **in** DJ de 18.03.2002)

“Ação civil pública — Direitos individuais disponíveis — ICMS — Ilegitimidade do Ministério Público.

A legitimidade do Ministério Público é para cuidar de interesses sociais difusos ou coletivos e não para patrocinar direitos individuais privados e disponíveis.

O Ministério Público não tem legitimidade para promover a ação civil pública na defesa de contribuintes, que não são considerados consumidores.

Recurso provido.” (REsp n. 248.281/SP, Relator Ministro Garcia Vieira, **in** DJ de 29.05.2000)

Posto isso, é de se considerar, na espécie, a natureza do interesse jurídico ora postulado.

In casu, a ação civil pública foi ajuizada pelo Ministério Público visando à “(...) suspensão da eficácia da Lei Municipal n. 702/1995 e seus consentâneos (Decreto n. 149/1995), vedando ao Município de Pitanga a disposição dos recursos oriundos do Fundo de Previdência criado pela Lei Municipal n. 565/1992, que terá a sua eficácia restaurada (...)” (fl. 36).

Ocorre que é firme a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o direito ao regime de previdência é de natureza disponível, senão vejamos:

“Previdenciário e Processual Civil. Benefício previdenciário. Renúncia. Falta de intimação da União para funcionar como litisconsorte necessário. Preliminar de nulidade do feito afastada. Alínea **c**. Ausência do cotejo analí-

co. Art. 255/RISTJ. Aplicação da Súmula n. 182/STJ. Intuito procrastinatório. Aplicação de multa. Agravo interno desprovido.

I - A aposentadoria é direito patrimonial disponível. Portanto, passível de renúncia. Precedentes.

(...)” (AgRg no REsp n. 497.683/PE, Relator Ministro Gilson Dipp, **in** DJ de 04.08.2003).

E, em se cuidando de direito individual homogêneo disponível, obviamente não oriundo de relação de consumo, resulta indubitável o incabimento da ação civil pública, como, aliás, é da letra do parágrafo único do artigo 1º da Lei n. 7.347/1985, que mais uma vez se transcreve:

“Parágrafo único. Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço — FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.”

Não há falar, assim, em violação dos artigos 81 e 82 da Lei n. 8.078/1990, que não têm incidência na espécie.

Incabível a medida processual eleita, conseqüentemente, tem-se a ilegitimidade ativa do Ministério Público **ad causam**, como se extrai da jurisprudência já assente nesta Corte Superior:

“Ação civil pública. Revisão de benefício previdenciário. Interesses individuais disponíveis. Ausência de relação de consumo entre a instituição previdenciária e o beneficiário, que não pode ser considerado consumidor. Ministério Público. Ilegitimidade.

I - O Ministério Público Federal não possui legitimidade para propor ação civil pública visando à revisão da renda mensal inicial de benefício previdenciário. Tratando-se de direitos individuais disponíveis, os titulares podem deles dispor.

II - (...)

III - Recurso conhecido e provido.” (REsp n. 423.098/SC, Relator Ministro Gilson Dipp, **in** DJ de 14.10.2002 — nossos os grifos)

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

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

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

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

— Recurso conhecido e provido.” (REsp n. 370.957/SC, Relator Ministro Jorge Scartezzini, **in** DJ 15.04.2002 — nossos os grifos)

“Previdenciário e Processual Civil. Ação civil pública. Ministério Público Federal. Ilegitimidade.

Ação revisional de benefícios. Ausência de relação de consumo. Distinção entre direito disponível e indisponível.

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

II - Não obstante, tratando-se de *interesses individuais*, cada um **de per si**, cujos titulares não podem ser enquadrados na definição de consumidores, tampouco sua relação com o instituto previdenciário considerada relação de consumo, é inviável a defesa de tais direitos por intermédio da ação civil pública. Precedentes.

III - O benefício previdenciário traduz direito disponível. Refere-se à espécie de direito subjetivo, ou seja, *pode ser abdicado pelo respectivo titular*,

contrapondo-se ao direito indisponível, que é insuscetível de disposição ou transação por parte do seu detentor. Precedentes.

IV - O vínculo jurídico entre a instituição previdenciária e os beneficiários do regime de Previdência Social *não induz relações de consumo. Os beneficiários não se equiparam a consumidores.* Desta forma, não há que se aplicar a hipótese do artigo 81, III do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, pois o mesmo trata dos *direitos individuais homogêneos*, sendo que a presente situação retrata *direitos individuais não homogêneos*.

V - Ademais, vale acrescentar que o ramo do Direito Previdenciário, cuja característica essencial é o aspecto contributivo, guarda profunda correlação com o Direito Tributário. Sob este enfoque, o Pretório excelso, em recente julgado, sacramentou raciocínio no sentido do Ministério Público não possuir legitimidade para propor ação civil pública objetivando a redução ou restituição de tributo, porque *a relação jurídica tributária não retrata relação de consumo*.

VI - Em conclusão, não há que se confundir ou transmutar o vínculo jurídico existente entre a Autarquia Previdenciária e os seus beneficiários, com outras relações inerentes e típicas de consumo, pois a natureza e particularidades de uma não se confundem com a da outra.

VII - Recurso conhecido e provido.” (REsp n. 369.822/PR, Relator Ministro Gilson Dipp, *in* DJ de 22.04.2003 — nossos os grifos).

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

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

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

III- Agravo desprovido.” (AgRg no REsp n. 404.656/RS, Relator Ministro Gilson Dipp, **in** DJ de 10.02.2003).

“Ação civil pública. Interesses individuais disponíveis. Ilegitimidade do Ministério Público Federal.

O Ministério Público Federal não possui legitimidade para propor ação civil pública visando à manutenção de aposentadorias e pensões de servidores públicos da Universidade Federal da Paraíba. Tratando-se de direitos individuais disponíveis, os titulares podem deles dispor. Inexistência de violação à Lei Complementar n. 75/1993 e à Lei n. 7.347/1985.

Recurso especial desprovido.” (REsp n. 143.215/PB, Relator Ministro Gilson Dipp, **in** DJ de 07.12.1998).

“Processo Civil — Previdenciário — Recurso especial — Ação civil pública — Concessão de aposentadoria especial, sem a observância do limite de idade — Ausência de direitos indisponíveis — Dissídio pretoriano não comprovado — Ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal — Inexistência de violação aos arts. 21, da Lei n. 7.347/1985, 6ª, VII, **d**, da LC n. 75/1993 e 81 e 82, da Lei n. 8.078/1990.

— Divergência jurisprudencial não comprovada, a teor dos arts. 105, III, **c**, da Constituição Federal c.c. 255 e parágrafos, do RISTJ.

— A concessão ou não de aposentadoria especial, em razão do limite de idade, não é direito indisponível, mas, ao contrário, disponível, porquanto requer a provocação da parte interessada, uma vez que, sem este ato, a máquina estatal sequer será instada a se manifestar acerca do interesse do particular. Outrossim, os beneficiários da Previdência Social que pleiteiam referida aposentadoria, não estão enquadrados na definição de consumidor, de que trata o art. 2º, e seu parágrafo único, da Lei n. 8.078/1990, tornando-se inaplicável, à espécie, os arts. 81 e 82, do citado diploma legal, bem como os arts. 21 da Lei n. 7.347/1995 e 6ª, VII, **d**, da Lei Complementar n. 75/1993. Violação inexistente. — Ilegitimidade do Ministério Público Federal para o caso em exame reconhecida, por tratar-se de direitos individuais disponíveis.

— Precedentes (REsps ns. 114.908/SP, 144.030/GO, entre outros).

— Recurso conhecido somente pela alínea **a** e, neste aspecto, desprovido.” (REsp n. 143.092/PE, Relator Ministro Jorge Scartezini, **in** DJ de 18.06.2001).

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Cuida-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público Federal, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná que, em sede de suspensão de execução de liminar, afirmou não ser o Ministério Público parte legítima para ajuizar ação civil pública em defesa de direitos individuais de servidores públicos municipais.

O recorrente alega, além de divergência jurisprudencial, violação dos artigos 81 e 82 da Lei n. 8.078/1990.

O Relator, Ministro Hamilton Carvalhido, invocando precedentes da Corte, nega provimento ao recurso ao entendimento de que, cuidando-se de direito individual homogêneo, não oriundo de relação de consumo, não tem cabimento o ajuizamento de ação civil pública.

Para melhor exame, pedi vista dos autos.

Conforme observou o Ministro Hamilton Carvalhido, tem prevalecido no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que, “tratando-se de interesses individuais, cujos titulares não podem ser enquadrados na definição de consumidores, tampouco sua relação com o instituto previdenciário considerada relação de consumo, é inviável a defesa de tais direitos por intermédio da ação civil pública” (REsp n. 419.187/PR, Relator p/ o acórdão o Ministro Gilson Dipp, DJ de 08.09.2003).

Confira-se, ainda:

“Processual Civil e Previdenciário. Ação civil pública. Revisão de benefício previdenciário. Direitos individuais disponíveis. Ausência de relação de consumo entre o INSS e o segurado. Ministério Público Federal. Ilegitimidade ativa **ad causam**.

I - Trata-se de ação civil pública objetivando, no âmbito da Circunscrição Judiciária de Francisco Beltrão — PR, a condenação da autarquia previdenciária ao recálculo da renda mensal inicial de todos os benefícios de prestação continuada da Previdência Social concedidos entre o advento da Lei n. 6.423/1977 e a promulgação da Constituição Federal, com base no disposto na Súmula n. 02 do TRF da 4ª Região, em razão da correção dos benefícios previdenciários concedidos anteriormente à CF/1988 por índices não oficiais, com a conseqüente implantação das diferenças nos benefícios previdenciários, corrigidas monetariamente, com reflexo em todas as demais verbas devidas.

II - A **questio** trazida à baila diz respeito a direito que, conquanto pleiteado por um grupo de pessoas, não atinge a coletividade como um todo,

não obstante apresentar aspecto de interesse social. Sendo assim, por se tratar de direito individual disponível, evidencia-se a nexeqüibilidade da defesa de tais direitos por intermédio da ação civil pública. Destarte, as relações jurídicas existentes entre a autarquia previdenciária e os segurados do regime de Previdência Social não caracterizam relações de consumo, sendo inaplicável, **in casu**, o disposto no art. 81, III, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Precedentes.

Recurso conhecido e provido.”

(REsp n. 506.457/PR, Relator o Ministro Felix Fischer, DJ de 03.11.2003)

Referida orientação também foi adotada por esta Sexta Turma no julgamento do REsp n. 546.011/SC, julgado em 16.12.2003 (acórdão pendente de publicação).

Ante o exposto, acompanho o Relator para negar provimento ao recurso.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 302.350 — SP (2001/0010420-7)

Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa

Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo

Recorrido: Milton Antônio Portes

Advogado: João Luís Faustini Lopes — Defensor Público

EMENTA

Penal. Recurso especial. Admissibilidade. Intempestividade. Ministério Público. Contagem de prazo. Férias forenses. Aplicação do artigo 798 do Código de Processo Penal.

1. O membro do Ministério Público possui prerrogativa de que o prazo para a interposição de recurso comece a fluir a partir de sua intimação pessoal (LC n. 75/1993, art. 18, II, **h**, e Lei n. 8.625/1993, art. 41, IV).

2. O entendimento de que só corre o prazo recursal quando o integrante do Ministério Público, de acordo com a conveniência própria, lance no processo a ciência, não se coaduna com a paridade de armas que deve ser observada no trato da acusação e da defesa (Precedentes do STF, **HC** n. 83.255/SP, Relator Ministro Maurício Corrêa).

3. O prazo para a interposição dos recursos, em matéria criminal, é contínuo e peremptório, conforme a regra fulcrada no artigo 798 do CPP, não se interrompendo ou suspendendo nas férias, domingos ou feriados.

4. Recurso não conhecido, pois intempestivo.

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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do 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), 17 de agosto de 2004 (data do julgamento).

Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Relator

DJ de 06.09.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa: Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, com fulcro no artigo 105, inciso III, alínea **c**, da Constituição Federal, em face de acórdão proferido pela egrégia Décima Sexta Câmara do Tribunal de Justiça daquele Estado que, por maioria de votos, deu parcial provimento ao recurso defensivo para, reconhecendo a tentativa, reduzir a pena fixada a Milton Antônio Portes para 3 (três) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, mantido o regime inicial fechado, pela prática do delito previsto no artigo 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal.

Sustenta-se no presente recurso haver divergência jurisprudencial entre o acórdão recorrido e acórdãos dessa egrégia Corte Superior de Justiça e do Pretório excelso quanto à prescindibilidade da posse tranqüila da **res furtiva** para a consumação do delito de roubo.

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 170/172, opinando pelo provimento do recurso, forte no entendimento desse egrégio Superior Tribunal de Justiça no sentido de que não se exige para a consumação do delito de roubo a posse tranqüila da **res furtiva** (fls. 170/172).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa (Relator): 1. Preliminarmente, é de se verificar se todos os requisitos de admissibilidade do presente recurso estão presentes. A dúvida surge com relação à tempestividade.

2. O membro do Ministério Público possui a prerrogativa de que o prazo para a interposição de recurso comece a fluir a partir de sua intimação pessoal, de acordo com o disposto no artigo 18, inciso II, alínea **h** da Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993 e artigo 41, inciso IV, da Lei n. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993.

Inicialmente a Terceira Seção dessa colenda Corte Superior de Justiça inclinava-se no sentido de que o lapso temporal teria início quando, *inequivocadamente*, o representante do *Parquet* recebia os autos com vista, ou seja, no momento da aposição de seu “ciente”.

Ocorre que, o Pretório excelso, no julgamento do **habeas corpus** n. 83.255/SP, escorreamente, entendeu que a contagem dos prazos para o Ministério Público inicia-se na data da entrega dos autos com vista na secretaria administrativa da instituição, e não da aposição do ciente. Transcreve-se excerto do voto condutor do referido acórdão de lavra do Sr. Ministro Marco Aurélio, **verbis**:

“[...] Descabe tratamento desigual, assentando-se que os processos, após a entrada no setor próprio do Ministério Público, podem permanecer na prateleira aguardando que o titular da ação penal delibere, quando melhor lhe aprouver, sobre a fixação do termo inicial do prazo para desincumbir-se de certo ônus processual. Significa afirmar que só corre o prazo recursal quando, de acordo com a conveniência própria, o integrante do Ministério Público lance no processo a ciência. Esse entendimento não se coaduna com a ordem natural das coisas, com a natureza do prazo recursal, com a paridade de armas que deve ser observada no trato da acusação e da defesa. Assentado o direito de o próprio titular da ação penal dispor do prazo — e a isso equivale a definição do termo inicial, fator que retarda a marcha do processo —, ter-se-á de caminhar no mesmo sentido no tocante à Defensoria Pública, à pessoa ou ao órgão que atue no papel a si reservado, e, por que não dizer, relativamente à defesa de uma maneira geral. [...]”

Esse entendimento passou a ser adotado pela egrégia Sexta Turma dessa Corte Superior, conforme se verifica da transcrição das seguintes ementas:

“Recurso especial. Direito Processual Penal. Intimação. Ministério Público. Prazo recursal. Embargos de declaração não conhecidos pelo Tribunal **a quo** por intempestividade.

O Ministério Público possui a prerrogativa legal de receber a intimação pessoal em qualquer processo e em qualquer grau de jurisdição. O prazo recursal do Ministério Público inicia-se com a intimação pessoal de seu representante, consubstanciada com a entrega dos autos com vista (Lei n. 8.625, art. 41, IV), e não com a aposição do seu ciente, o que lhe conferiria posição privilegiada de absoluto controle dos prazos processuais, afrontando os princípios do devido processo legal e da igualdade das partes.

Recurso especial improvido.”

(REsp n. 343.747/DF. Sexta Turma. Relator Ministro Paulo Medina. DJ de 31.05.2004);

“Recurso especial. Apelação. Ministério Público. Prazo. **Dies a quo**. Intimação pessoal. Ciência. Recurso provido.

1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é firme em que a intimação do Ministério Público é pessoal, o que exclui toda e qualquer forma de presunção da sua ocorrência, não havendo como afirmá-la, **ad exemplum**, pela simples presença física dos autos no gabinete do membro da instituição ministerial, dever que é do Poder Judiciário proceder-lhe à intimação na forma da lei processual vigente, sem o que, em espécie tal, há de se tê-la feita só e quando é lançado o ciente do órgão acusatório.

2. Tal hipótese em nada se identifica com aquela outra em que a instituição do Ministério Público, excluindo toda possibilidade de intimação pessoal do membro do *Parquet* e assumindo o ônus da remessa imediata, cria serviço administrativo com atribuição exclusiva de recebimento, cadastramento e remessa de feitos a seus membros, caso em que se tem como realizada a intimação no momento em que o serviço administrativo da instituição faz a entrega dos autos ao seu integrante com atribuição, fixada pelo ato de documentação respectivo (carimbo de remessa), observado o prazo assinado pelo artigo 798 do Código de Processo Penal, tempo próprio do trâmite administrativo do feito.

3. Esta, a nossa compreensão, porque fundamentalmente não se pode deferir o controle do prazo a qualquer das partes, compreensão essa que, contudo, não foi sufragada pela Terceira Seção, que, assim, decidiu:

“Criminal. Embargos de divergência. Interposição de recurso especial. Prazo contado a partir da aposição do ciente pelo representante do *Parquet*. Embargos acolhidos.

O prazo para a interposição de recurso ministerial tem início na data da aposição do ciente pelo representante do *Parquet* e, não, do

ingresso dos autos na Procuradoria de Justiça. Embargos acolhidos.” (EDcl no REsp n. 259.682/SP, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, Relator p/ o acórdão Ministro Gilson Dipp, **in** DJ de 13.10.2003).

4. Recurso especial provido.”

(REsp n. 341.379/DF. Sexta Turma. Relator Ministro Hamilton Carvalhido. DJ de 15.12.2003).

3. Por fim, destaque-se o recente julgamento proferido pela Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça, que nos autos do REsp n. 628.621, da relatoria do eminente Ministro Carlos Alberto Menezes Direito (Informativo n. 216 do STJ), conclui, de igual forma, que o prazo recursal do Ministério Público começa a fluir da data em que os autos deram entrada no protocolo administrativo daquele órgão.

4. Por outra volta, tem-se presente que o entendimento que predomina nessa egrégia Corte Superior é o de que o recesso forense, em matéria criminal, não suspende ou interrompe a contagem dos prazos processuais, conforme o disposto no artigo 798 do Código de Processo Penal. Nesse sentido são os seguintes precedentes:

“Recurso especial. Processual Penal. Embargos infringentes intempestivos. Prazo. Férias forenses. Aplicação do art. 798 do CPP, sem interferência do disposto no art. 68 da Loman.

1. A despeito de ter havido inicialmente alguma vacilação na jurisprudência, e bastante controvérsia, ainda hoje, na doutrina, o entendimento predominante nesta Corte aponta no sentido de que a regra insculpida no art. 798 do CPP subsiste, isto é, os prazos para a interposição de recursos criminais são fatais: contínuos e peremptórios, não sendo interrompidos ou suspensos por férias, domingos ou feriados, ressalvadas as excepcionalidades previstas no próprio dispositivo legal em comento, ou, ainda, obviamente, no caso de o respectivo Tribunal, no período de recesso, não ter disponível o serviço de protocolo geral.

2. Nesse contexto, mostra-se escorregia a decisão recorrida ao declarar a intempestividade dos embargos infringentes, opostos após o transcurso do decêndio legal, considerando o disposto no art. 798 do CPP.

3. Recurso especial não conhecido.”

(REsp n. 511.100/PR. Quinta Turma. Relatora Ministra Laurita Vaz. DJ de 10.05.2004);

“Criminal. Agravo regimental em agravo de instrumento. Reconsideração. Intempestividade do recurso especial. Fluência do prazo durante as férias forenses. Agravo desprovido.

Evidenciado que o mérito do recurso de agravo de instrumento versava sobre a tempestividade do recurso especial, ao qual foi negado seguimento, deve-se reconsiderar a decisão, para conhecer do agravo quanto a esse aspecto.

As férias forenses não suspendem a contagem do prazo recursal em matéria penal — que é contínuo e peremptório, não se interrompendo nas férias, domingos e feriados.

Intempestivo o REsp, não há como prosperar o agravo de instrumento.

Agravo regimental desprovido.”

(AgRg no Ag n. 421.569/PR. Quinta Turma. Relator Ministro Gilson Dipp. DJ de 16.09.2002).

5. No caso vertente, o ingresso dos autos na secretaria administrativa da instituição deu-se em 07 de julho de 2000 (sexta-feira), conforme consta de fl. 132, iniciando-se o prazo a correr no dia 10 do mesmo mês e ano. O prazo para a interposição de recurso especial é de 15 (quinze) dias, a teor do disposto no artigo 26 da Lei n. 8.038/1990. Dessarte, o último dia para a interposição do recurso seria o dia 24 de julho do mesmo ano. Considerando-se que o recurso foi interposto em data de 04 de agosto (fl. 136), tenho-no por intempestivo.

6. Ante o exposto, *não conheço* do recurso especial porque intempestivo.

RECURSO ESPECIAL N. 354.424 — PE (2001/0117258-4)

Relator: Ministro Fontes de Alencar

Recorrente: Lucy Tavares Gonçalves

Advogado: Mário Peres Costa

Recorrente: União

Recorrida: Wilma Lúcia Correia

Advogada: Selene Wanderley Emerenciano

EMENTA

Administrativo. Pensão por morte. Militar.

— Súmula n. 07 do Superior Tribunal de Justiça.

— Falta de prequestionamento.

— Comprovadas a convivência comum e a dependência econômica, a falta de designação da companheira como beneficiária não obsta a concessão da pensão.

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, não conhecer dos recursos. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti e Paulo Medina. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Brasília (DF), 14 de outubro de 2003 (data do julgamento).

Ministro Fontes de Alencar, Relator

DJ de 17.11.2003

EXPOSIÇÃO

O Sr. Ministro Fontes de Alencar (Relator): Lucy Tavares Gonçalves e a União Federal interpuseram recursos especiais com fundamento no artigo 105, III, alínea **a**, da Constituição Federal, contra acórdão prolatado pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, desta forma sumariada a deliberação:

“Administrativo. Militar. Pensão por morte. Rateio entre a esposa e a companheira.

— A Carta Magna/1988, no seu art. 226, § 3º, reconhece a união estável entre o homem e a mulher.

— Havendo comprovação da convivência estável e da dependência econômica do militar com a companheira, é legítima a divisão da pensão em concurso com a litisconsorte.

— Inexistindo designação da dependência na organização militar, o termo inicial do benefício deve ser a partir da citação válida da União Federal.

— Apelação da litisconsorte e remessa oficial parcialmente providas. Apelação da União Federal improvida” (fl. 236).

A recorrente Lucy Tavares Gonçalves alega violação ao artigo 50, § 3º, alíneas **h** e **i** da Lei n. 6.880/1980, aduzindo que o mencionado dispositivo legal exige justificação judicial e declaração do dependente na organização militar competen-

te, como requisitos para a concessão de pensão ao dependente do militar. Aduz também que a recorrida mantinha com o militar falecido um envolvimento amoroso que não configurava união estável, não tendo direito ao recebimento de pensão.

A União Federal alega violação aos artigos 78 da Lei n. 5.774/1971 e 50, § 3º, alíneas **h** e **i**, da Lei n. 6.880/1980 sob o fundamento de que a legislação exige justificação judicial para comprovação da dependência econômica e expressa declaração na organização militar para a concessão de pensão por morte à companheira. Aduz também contrariedade ao artigo 77 da Lei n. 5.774/1971, proveniente da alteração da ordem de prioridade para deferimento da pensão. Por fim, sustenta a inexistência da união estável, asseverando que o relacionamento entre a recorrida e o militar falecido deu-se simultaneamente com o vínculo matrimonial anteriormente celebrado.

VOTO

O Sr. Ministro Fontes de Alencar (Relator): Cuida-se de recursos especiais visando reformar acórdão que manteve sentença determinando à União Federal o pagamento de pensão por morte à companheira, em meação com a viúva do militar falecido, sob o entendimento de que a falta de designação da companheira como beneficiária do servidor militar não obsta a concessão da pensão, quando comprovada a convivência comum e a dependência econômica.

Esta Corte Superior tem entendido que a falta de designação da companheira como dependente não representa óbice à concessão do benefício, caso haja a comprovação da união estável por outros meios, como se verifica dos seguintes precedentes:

“Administrativo. Servidor. Pensão por morte. Companheira de militar falecido. Prova da convivência e da dependência econômica. Reapreciação do quadro fático probatório. Súmula n. 07, do STJ. Designação de companheira como dependente. Desnecessidade.

— A análise da alegação de que a convivência conjugal entre o ex-militar e a recorrida não teria sido devidamente comprovada requer a reapreciação do quadro fático probatório delineado nas instâncias ordinárias, o que é vedado em sede de recurso especial, a teor do óbice contido na Súmula n. 07, do STJ.

— Provada a união estável entre o servidor e sua companheira, a esta assegura-se o direito à pensão por morte daquele, independentemente de designação expressa, que pode ser suprida pela demonstração de vida em comum.

— Precedentes deste Tribunal.

— Recurso especial não conhecido” (REsp n. 477.590/PE, Relator Ministro Vicente Leal, DJ de 07.04.2003).

“Administrativo. Servidor público militar. Companheira. Pensão.

— A falta de designação da companheira como dependente não obsta a concessão da pensão de militar. Precedentes.

Recurso não conhecido” (REsp n. 228.379/RS, Relator Ministro Felix Fischer, DJ 28.02.2000).

Além disso, a exigência da justificação judicial, pelo artigo 50 da Lei n. 6.880/1980, tem aplicação unicamente na esfera administrativa, visando propiciar um mínimo de prova para a concessão da pensão na via administrativa. Sua falta não inviabiliza a prova da convivência por outros elementos de convicção.

Quanto à questão da configuração da união estável, o acórdão recorrido reconheceu a existência de relacionamento estável e duradouro e a dependência econômica, não podendo haver a reapreciação do conjunto fático-probatório em sede de recurso especial, a teor da Súmula n. 07 desta Corte Superior.

Finalmente, no que tange à alegação de quebra da ordem de beneficiários, não foi apreciada no acórdão recorrido, configurada a falta de prequestionamento da matéria.

Posto isso, dos recursos não conheço.

RECURSO ESPECIAL N. 402.419 — RO (2001/0191236-6)

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido

Recorrente: Ministério Público do Estado de Rondônia

Recorrido: Manuel Segundo Lopez Munõz

Advogados: Edmundo Santiago Chagas Junior e outro

EMENTA

Recurso especial. Lesão corporal seguida de morte. Desclassificação. Homicídio culposo. Estrito cumprimento do dever legal. Artigo 284 do Código de Processo Penal. Norma de exceção. Poder investigatório do Ministério Público.

1. O artigo 284 do Código de Processo Penal é norma de exceção, enquanto permissiva de emprego de força contra preso, que não admite, por força de sua natureza, interpretação extensiva, somente se permitindo, à luz do direito vigente, o emprego de força, no caso de resistência à prisão ou de tentativa de fuga do preso, hipótese esta que em nada se identifica com aquela de quem, sem haver sido alcançado pela autoridade ou seu agente, põe-se a fugir.

2. Não há falar em estrito cumprimento do dever legal, precisamente porque a lei proíbe à autoridade, aos seus agentes e a quem quer que seja desfechar tiros de revólver ou pistola contra pessoas em fuga, mais ainda contra quem, devida ou indevidamente, sequer havia sido preso efetivamente.

3. O resultado morte, transcendendo embora o **animus laedendi** do agente, era plenamente previsível, pela natureza da arma, pelo local do corpo da vítima alvejado e pelas circunstâncias do fato, havendo o recorrido, em boa verdade, tangenciado o dolo eventual.

4. Ao direito penal se comete a função de preservar a existência mesma da sociedade, indispensável à realização do homem como pessoa, seu valor supremo.

Há de ser mínimo e subsidiário.

O respeito aos bens jurídicos protegidos pela norma penal é, primariamente, interesse de toda a coletividade, sendo manifesta a legitimidade do Poder do Estado para a imposição da resposta penal, cuja efetividade atende a uma necessidade social.

Daí por que a ação penal é pública e atribuída ao Ministério Público, como uma de suas causas de existência. Deve a autoridade policial agir de ofício. Qualquer do povo pode prender em flagrante. É dever de toda e qualquer autoridade comunicar o crime de que tenha ciência no exercício de suas funções. Dispõe significativamente o artigo 144 da Constituição da República que “A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio.”

Não é, portanto, da índole do Direito Penal a feudalização da investigação criminal na Polícia e a sua exclusão do Ministério Público.

Tal poder investigatório, independentemente de regra expressa específica, é manifestação da própria natureza do Direito Penal, da qual

não se pode dissociar a da instituição do Ministério Público, titular da ação penal pública, a quem foi instrumentalmente ordenada a Polícia na apuração das infrações penais, ambos sob o controle externo do Poder Judiciário, em obséquio do interesse social e da proteção dos direitos da pessoa humana.

Em nossa compreensão, é esse o sistema de direito vigente.

Diversamente do que se tem procurado sustentar, como resulta da letra de seu artigo 144, a Constituição da República não fez da investigação criminal uma função exclusiva da Polícia, restringindo-se, como se restringiu, tão-somente a fazer exclusivo da Polícia Federal o exercício da função de polícia judiciária da União (parágrafo 1º, inciso IV).

Essa função de polícia judiciária — qual seja, a de auxiliar do Poder Judiciário —, não se identifica com a função investigatória, qual seja, a de apurar infrações penais, bem distinguidas no verbo constitucional, como exsurge, entre outras disposições, do preceituado no parágrafo 4º do artigo 144 da Constituição Federal, **verbis**:

“§ 4º às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.”

Tal norma constitucional, por fim, define, é certo, as funções das polícias civis, mas sem estabelecer qualquer cláusula de exclusividade.

O poder investigatório que, pelo exposto, se deve reconhecer, por igual, próprio do Ministério Público é, à luz da disciplina constitucional, da espécie excepcional, fundada na exigência absoluta de demonstrado interesse público ou social.

O exercício desse poder investigatório não é, por óbvio, estranho ao Direito, subordinando-se, à falta de norma legal particular, no que couber, analogicamente, ao Código de Processo Penal, sobretudo na perspectiva da proteção dos direitos fundamentais e da satisfação do interesse social, que impedem a reprodução simultânea de investigações, reclamam o ajuizamento tempestivo dos feitos inquisitoriais e determinam a obrigatoria oitiva do indiciado autor do crime e a observância das normas legais relativas ao impedimento, à suspeição e à prova e sua produção.

5. Em figurando autoridade policial ou seu agente como sujeito ativo do delito, levado a cabo a pretexto de cumprimento de dever legal,

é óbvia a legitimidade do Ministério Público, na dupla perspectiva da proteção dos direitos fundamentais e da satisfação do interesse social, que mais se potencializam à luz do seu dever-poder de “*exercer o controle externo da atividade policial*” (Constituição da República, artigo 129, inciso VII).

6. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Paulo Gallotti, Paulo Medina e Fontes de Alencar votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Brasília (DF), 21 de outubro de 2003 (data do julgamento).

Ministro Hamilton Carvalhido, Presidente e Relator

DJ de 15.12.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: Recurso especial interposto pelo Ministério Público contra acórdão do Órgão Pleno do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, assim ementado:

“Erro de tipo. Excesso não-intencional.

Configura-se erro de tipo se o excesso não-intencional deriva de erro sobre os pressupostos fáticos da causa de justificação. Se inescusável, exsurge o excesso na ação.

Excludente de ilicitude. Estrito cumprimento do dever legal. Ocorrência inicial com descaracterização posterior.

A ordem do policial para o transeunte parar porque imaginara que se tratava de um fugitivo e em seguida atira para cima com o intuito de impedir a fuga, são atos configurativos de exclusão da ilicitude, na modalidade de estrito cumprimento do dever legal, mas sem exorbitar-se, pena de responder pelo ilícito.

Lesão corporal seguida de morte. Vítima atingida por projétil de arma

de fogo. Óbito ocorrido dias após a internação. **Causa mortis:** gangrena gasosa. Nexo de causalidade.

Vindo a vítima a falecer de gangrena gasosa dias após ter sido baleada na perna, não descaracteriza o nexo da causalidade, visto que sem a ação delituosa do réu em feri-la esta veio a óbito. As complicações patológicas notadas após o internamento não redundam em causa superveniente relativamente independente.

Lesão corporal seguida de morte. Réu policial no cumprimento do dever legal. Culpa consciente. Crime preterdoloso.

Desclassificação para culposo.

Pratica delito culposo o agente que viola dever legal de policial, ao proceder abordagem daquele que pensou fosse um fugitivo da polícia, sem recorrer a outro meio menos lesivo que não o disparo de arma de fogo contra a perna da vítima, evidenciando, destarte, a negligência, bem como imprudência (abordar, atirar e ferir), núcleos caracterizadores da culpa **stricto sensu**, ainda porque o agente jamais queria o resultado morte.” (fls. 991/992).

Divergência jurisprudencial e negativa de vigência aos artigos 18, 19, 20, parágrafo 1º, 23, inciso III, e 129, parágrafo 3º, todos do Código Penal, fundam a insurgência especial (Constituição da República, artigo 105, inciso III, alíneas **a** e **c**).

Pugna o *Parquet* recorrente no sentido de que “(...) esse colendo Tribunal conheça o presente recurso dando-lhe provimento sendo a decisão do Tribunal Pleno local reformada para que a condenação seja proferida de acordo com os fatos, ou seja, artigo 129, § 3º, do Código Penal Brasileiro, aplicando-se plenamente os efeitos da condenação, especialmente a perda da função pública.” (fl.1.055).

Recurso tempestivo (fl. 1.029), respondido (fls. 1.136/1.159) e admitido na origem (fls. 1.177/1.179).

O Ministério Público Federal veio pelo provimento do recurso, em parecer assim sumariado:

“Dois recursos especiais: Um do MP/RO, com fulcro na alínea **a** e **c**, e outro do réu, com fundamento na alínea **a**. Inadmissão deste que fica pendente do julgamento do agravo de instrumento. Lesão corporal seguida de morte desclassificada para homicídio culposo. Ocorrência de negativa de vigência aos arts. 129, § 3º, 19, 21, parágrafo único, e 92, inciso I, todos do CP, bem como interpretação divergente aos arts. 18, 19, 20, § 1º e 23, inciso III, todos do CP, daquela dada por outros tribunais do País.

1. A valoração acerca do acervo probatório evidencia que houve ofensa, com o acórdão recorrido, ao art. 129, § 3º, do CP, devendo, portanto, o réu responder por lesão corporal, qualificada com o resultado morte, eis que — a pretexto de recapturar furtivos delinqüentes e sem empregar a diligência ordinária que lhe era exigida, desferir dois tiros em direção da vítima, um dos quais lhe atingiu a perna, vindo o mesmo a falecer 5 dias após de gangrena gasosa causada pelo ferimento, conforme bem descreve o laudo de exame tanatoscópico e exame de exumação —, foi reconhecido pelo Tribunal local o liame entre o fato denunciado e seu resultado, ou seja, comprovação de ter a morte decorrida direta ou indiretamente da lesão, requisito necessário para a configuração do referido tipo. Esta é, portanto, a correta qualificação jurídica de fatos assentados no julgamento — e não o reexame destes.

2. Pelo conhecimento do recurso pela alínea **a** e provimento pela alínea **c**, restabelecendo-se a decisão monocrática e o v. acórdão proferido na apelação criminal, porquanto a decisão nos embargos infringentes macula o art. 129, § 3º, c.c. o art. 61,II, **g**, c.c. o art. 92, todos do CP, impondo-se ao réu, também a perda do cargo.” (Fls. 1.193/1.194)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Senhores Ministros, recurso especial interposto pelo Ministério Público contra acórdão do Órgão Pleno do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, assim ementado:

“Erro de tipo. Excesso não-intencional.

Configura-se erro de tipo se o excesso não-intencional deriva de erro sobre os pressupostos fáticos da causa de justificação. Se inescusável, exsurge o excesso na ação.

Excludente de ilicitude. Estrito cumprimento do dever legal. Ocorrência inicial com descaracterização posterior.

A ordem do policial para o transeunte parar porque imaginara que se tratava de um furtivo e em seguida atira para cima com o intuito de impedir a fuga, são atos configurativos de exclusão da ilicitude, na modalidade de estrito cumprimento do dever legal, mas sem exorbitar-se, pena de responder pelo ilícito.

Lesão corporal seguida de morte. Vítima atingida por projétil de arma de fogo. Óbito ocorrido dias após a internação. **Causa mortis:** gangrena gasosa. Nexa de causalidade.

Vindo a vítima a falecer de gangrena gasosa dias após ter sido baleada na perna, não descaracteriza o nexo da causalidade, visto que sem a ação delituosa do réu em feri-la esta veio a óbito. As complicações patológicas notadas após o internamento não redundam em causa superveniente relativamente independente.

Lesão corporal seguida de morte. Réu policial no cumprimento do dever legal. Culpa consciente. Crime preterdoloso. Desclassificação para culposo.

Pratica delito culposo o agente que viola dever legal de policial, ao proceder abordagem daquele que pensou fosse um fugitivo da polícia, sem recorrer a outro meio menos lesivo que não o disparo de arma de fogo contra a perna da vítima, evidenciando, destarte, a negligência, bem como imprudência (abordar, atirar e ferir), núcleos caracterizadores da culpa **stricto sensu**, ainda porque o agente jamais queria o resultado morte.” (fls. 991/992).

Divergência jurisprudencial e negativa de vigência aos artigos 18, 19, 20, parágrafo 1º, 23, inciso III, e 129, parágrafo 3º, todos do Código Penal, fundam a insurgência especial (Constituição da República, artigo 105, inciso III, alíneas **a** e **c**).

Estas, as razões da sentença condenatória, no que importa à espécie:

“(…)

Os médicos Elifaz, Maria Odete Noel Bispo e Luiz Accioly bem como o enfermeiro Edinaldo ouvidos na instrução, afirmaram que a avítima morreu de gangrena gasosa, o que foi confirmado pela prova técnica, esclarecendo que sempre que há ferimento com fratura exposta como no caso dos autos, há riscos de infecção, pois o *ferimento é uma porta de entrada para que o agente infectante penetre no organismo*. (Fls. 479, 481, 484, 533, 537)

Temos que a vítima foi perseguida e alvejada pelo réu sem que para isso desse motivo. O ferimento recebido levou a vítima a óbito, e as circunstâncias indicam que o réu não pretendia aquele resultado. A conduta no entanto foi praticada, trata-se de conduta típica, o resultado ocorreu, o resultado ocorreu evidenciando o nexo entre ambos.

(…)

Despiciendo tratado doutrinário a respeito da matéria pois não há qualquer dúvida que o réu atingiu a vítima efetuando disparo de arma de fogo em sua direção, é notório que em decorrência do ferimento a vítima foi internada para tratamento e incontestável o fato de ter ocorrido o óbito da vítima em razão do ferimento através do qual agentes infectantes penetraram no corpo da vítima e provocaram a incontida gangrena gasosa.

(...)

Quanto ao nexo causal, que é o elo de ligação (material, natural) entre a conduta e o resultado naturalístico, no caso dos autos, tal é evidente, pois mesmo tendo a contaminação gangrena gasosa ocorrido posteriormente, causa superveniente, como bem assinalado pelo ilustre Promotor de Justiça, 'o resultado morte se encontrava na mesma linha de desdobramento físico em relação à conduta anterior e, além de estar a mesma linha de desdobramento físico e em condição de homogeneidade com a mesma, indiscutivelmente o réu tinha como prever o evento morte'.

A superveniência de causa relativamente independente, segundo a norma do artigo 13, § 1^o do CP, só exclui a imputação quando por si só, produz o resultado. Ora, em nenhum momento podemos dissociar a conduta praticada pelo réu do evento morte. A ação foi necessária para a produção do evento, ainda que auxiliada por outras forças, permanecendo indiscutivelmente íntegro o nexo causal.

(...)

Todos os elementos descritos no tipo penal estão presentes amoldando-se a conduta do acusado à infração descrita e tipificada na denúncia, acrescida da circunstância legal que agrava a pena, inserida no art. 61, II, g do Código Penal, descrita implicitamente na exordial acusatória. A conduta praticada era proibida e não se justifica mesmo que a vítima fosse um dos fuggitivos e o réu estivesse cumprindo ordem de prisão.

(...)

Quanto ao estrito cumprimento do dever legal, somente se admite como excludente da antijuridicidade se não for verificada a exorbitância, o excesso do limite permissivo, observado de forma racional e adequada ao poder do agente. A vítima não resistiu a qualquer ordem de prisão mesmo porque não estava a praticar nenhum delito naquele momento, e se tivesse resistido, mesmo assim não justificaria a exorbitância. Pelo contrário temendo ser agredida, a vítima procurou afastar-se do local, (ao ouvir o primeiro disparo que o acusado disse ter efetuado para cima), tanto assim que o segundo disparo efetuado pelo réu o atingiu por trás, ferindo a face posterior da coxa direita ficando claro, evidente sem qualquer sombra de dúvida que a vítima saía do local apressadamente, mas, sem resistência, que justificasse o meio coercitivo extremo.

(...)

O réu não tinha respaldo para agir daquela forma, o seu dever legal foi descumprido, pois demonstrando precipitação e falta de preparo, resolveu dominar uma pessoa humilde indefesa, disparando contra ela, quando não oferecia nenhum perigo para o réu.

(...)

Reconheço a agravante do art. 61, II, **g**, do Código Penal, implicitamente inserida na denúncia e comprovada na instrução, e em conseqüência aumento a pena-base em 1 (um) ano. Assim sendo, fica o acusado condenado à pena de 6 (seis) anos de reclusão, que deverá ser cumprida em regime semi-aberto.

Nos termos do artigo 92, I, **b**, do Código Penal, que trata dos efeitos extrapenais específicos da condenação nos casos ali mencionados, tendo o acusado sido condenado à pena superior a 4 anos, decreto a perda do cargo de Delegado de Polícia do Estado de Rondônia.

(...)” (fls. 706/710).

E estes, os fundamentos do acórdão impugnado:

“(...)

Manoel S. L. Munoz foi condenado à pena de 6 (seis) anos de reclusão por infração ao art. 129, § 3^a c.c. o art. 61, II, **g**, do CP

Recorreu objetivando absolvição, atacando a prova produzida, tachando-a de, no mínimo, suspeita, alegando serem as testemunhas amigas ou parentes da vítima. Também afirma que atuou em conduta única de estrito cumprimento do dever legal e dentre outras teses chega a defender a desclassificação para o homicídio culposo, acrescentando, por último, que seja reconhecida a existência de erro vencível na legítima defesa putativa, como causa de diminuição de pena.

O fato também com brevidade: no dia do evento havia ocorrido uma fuga de presos na 5^a DP e o embargante em trabalho de captura de fugitivos deparou-se com a vítima caminhando em via pública em atitudes suspeitas, quando o embargante, pensando tratar-se de um deles, procurou detê-lo, falando para que parasse, e quando se identificou como policial a vítima empreendeu fuga, momento em que o agente atirou para cima e não obtendo êxito efetuou um disparo na perna, vindo esta a cair ao solo.

(...)

O laudo tanatoscópico demonstra que a infecção atingiu o membro inferior e a parte dos pulmões, ou seja, partindo do abdômen o quadro infeccioso subiu e desceu, atingindo os tecidos vizinhos.

(...)

O que me preocupa é saber: a) se realmente o embargante agiu com culpa ou com dolo; b) se teve realmente o **animus** de matar; c) se a pena aplicada foi justa, merecida, inclusive a perda da função pública; d) se não seria mais consentâneo a desclassificação para homicídio culposo.

(...)

Está claro que o agente praticou delito culposo, conforme a narrativa dos fatos, pois violou dever legal de policial, ao proceder a abordagem daquele que pensou fosse um fugitivo da justiça. Presente, portanto, a negligência (abordagem) e imprudência (atirar e ferir), núcleos caracterizadores da culpa **stricto sensu**, conquanto resta comprovado que o agente não queria nem tolerava o resultado morte.

O embargante foi negligente em sua conduta? A resposta é positiva, pois não recorreu a outro meio menos lesivo, que não o disparo de arma de fogo contra a perna da vítima, como meio de detê-la. Conduta certamente desproporcional, considerando que uma carreira atrás da vítima poderia ser suficiente para alcançá-la e detê-la, na imaginação de que na empreitada o embargante poderia estar seguro de não sofrer nenhum ataque.

E a imprudência se confirmou? Sim, verificado quando disparou tiro contra a perna da vítima com uma arma potente, não observando o dever de cautela e sujeitando-a a lesão, quando era previsível o advento do resultado morte.

Agindo como agiu, o acusado violou seu dever profissional, sem dolo, mas, emergindo em seu comportamento a chamada culpa consciente, pois, não querendo o resultado morte, apesar da previsibilidade a se exigir do homem médio, atirou para ferir a perna da vítima e evitar sua fuga, na confiança de nenhum outro resultado mais grave pudesse ocorrer.

Infelizmente a vítima veio a falecer cinco dias após os fatos.

(...)

Ainda enfrentando a **vexata quaestio**, está evidenciada a chamada culpa consciente no homicídio culposo, segundo a qual ‘tanto vale não ter consciência da anormalidade da própria conduta, quanto estar consciente dela, mas confiando, sinceramente, em que o resultado lesivo não sobrevirá.’

Embora prevendo o que pudesse vir a acontecer, o agente repudiou essa possibilidade acreditando que o resultado morte não aconteceria, tanto que atirou na perna e não em outro local, portanto, é incontestável que a conduta

praticada não foi causa eficiente para produzir o resultado mais grave (morte), pois sequer gerou perigo de vida à vítima, conforme laudo de exame de corpo de delito.

(...)

Assim, reafirmo, é como assentou o voto divergente. E mais, sigo a sua conclusão sem discrepância.

Em face do exposto, sou pela desclassificação do crime preterdoloso para culposo, embasado no art. 23, parágrafo único, parte final c.c. o art. 20, § 1º, 2ª parte, tendo como condizente a conduta do embargante no tipo legal descrito no art. 121, § 3º, do Código Penal, bem como quanto à incidência da causa de aumento de pena do § 4º do mesmo art. 121, que prescreve o aumento de um terço da pena se o crime resulta inobservância de regra técnica de profissão, sabido que o embargante é delegado de polícia e o estrito cumprimento do dever legal está ligado aos fatos, e na mesma esteira do voto divergente da apelação também entendo que a pena deve ser fixada no mínimo legal, devendo a pena-base ser de 1 (um) ano, acrescendo-se a terça parte, a condenação é de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de detenção.

Considerando que o embargante preenche os requisitos objetivos e subjetivos do art. 77 do Código citado, concedo-lhe o benefício legal do **sursis**, no mínimo legal de 2 (dois) anos, o que dispensa motivação, ficando, destarte, suspensa a execução da pena privativa de liberdade por esse período. No mais, excluo o efeito da condenação — perda do cargo —, reconhecido quando da aplicação do art. 92 do Código Penal.

É o meu voto.

(...)” (fls. 1.007/1.011).

Está o *Parquet* recorrente em que, **verbis**:

“(…)

O presente recurso especial, **data venia**, merece ser conhecido e provido, uma vez que *não demanda o reexame do conjunto fático-probatório*, mas da análise, tão-somente, de questão de direito, conforme a seguir será demonstrado. Ademais, houve manifesta ofensa aos artigos 129, § 3º, 18, 19, 20, § 1º e 23, inciso III, todos do Código Penal.

(...)

Reconheceu o Tribunal **a quo** o nexó de causalidade entre a lesão e o evento morte, conforme se verifica pela leitura do v. acórdão, portanto não há o que se discutir a respeito do liame entre o fato denunciado e seu resultado.

Entretanto, entendeu que ao invés de lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º, do Código Penal), conforme constante na denúncia, da sentença e do acórdão da Câmara Criminal, o tipo foi o de homicídio culposo por estrito cumprimento do dever legal e excesso inescusável por erro de tipo (art. 121, § 3º, c.c. o art. 20, 1º, 2ª parte e artigo 23, III, e parágrafo único, todos do Código Penal).

Eis o paradoxo desta decisão. Além de dar interpretação oposta aos fatos, ainda conjugou e conciliou o tipo culposo com a excludente de ilicitude do estrito cumprimento do dever legal, acrescentando-lhe o excesso culposo.

Pretende, destarte, com o presente recurso *a correta qualificação jurídica dos fatos e não o reexame destes, pois que existe manifesta diferença entre reexaminar a prova dos fatos (vedado no REsp e RE) e qualificar juridicamente os fatos (permitido no REsp e no RE) (...)*

A interpretação dada aos fatos contraria julgados já existentes em nossos tribunais, *uma vez que os policiais (civis ou militares) não têm autorização para atirar em vítimas desarmadas e pelas costas, (...)*

A ação incriminada não se coaduna com o conceito do estrito cumprimento do dever legal, (...)

Não se deve olvidar que dever legal é aquele que decorre da lei entendida em sentido amplo de regra de conduta obrigatória emanada de autoridade legítima na forma da Constituição. O dever legal pode constar de norma penal ou extrapenal e o agente para beneficiar-se dessa circunstância deve manter-se nos limites que *a lei determina para o exercício desse dever.*

Outrossim, há ainda *a necessidade de comprovação do elemento subjetivo necessária para a tipificação do estrito cumprimento do dever legal. (...)*

A tese acatada pelo Pleno do Tribunal de Justiça de Rondônia, não pode ser agasalhada, pois quem age limitando-se a cumprir um dever que lhe é imposto por lei penal ou extrapenal, e procede sem abusos, no cumprimento desse dever, não ingressa no campo da ilicitude penal. Ocorre, que no caso em comento, o que se verificou foi uma *conduta dolosa de abuso do direito ou excesso de poder.*

Ainda que estivesse autorizado a usar a força e com isso deter o transeunte suspeito que não acatou a ordem de parar, o uso dessa força deveria ser na medida do necessário, cujo excesso penetra no domínio do ilícito punível. Agiu, pois com manifesto excesso doloso.

(...)

O recorrido não cumpria nenhum ordem superior e o tiro desfechado atingindo o transeunte suspeito, revelou-se excessivo, desnecessário e incompatível com a realidade daquele momento.

Ainda mais se levado em consideração que sequer havia iniciado a pretensa missão policial de recaptura de presos.

Há que se ressaltar que os demais policiais vinham com uma viatura logo atrás para apanhar o Delegado (ora recorrido) em sua casa (havia para lá se dirigido para deixar seu veículo particular), e, assim, com possibilidade de, com um pouco mais de astúcia e competência, abordarem e desfazerem o eventual mal-entendido em relação ao suspeito, com êxito, sem a necessidade de qualquer disparo.

Ora, é de mediana clareza que para se efetuar um disparo com uma pistola automática calibre 380, deverá haver realmente necessidade do uso de arma de tal magnitude e poder de destruição. O perigo deve ser concreto, objetivamente considerado ante as circunstâncias. *E o recorrido se preparou para tanto quando logrou aprovação no concurso público para Delegado de Polícia.* Não é plausível que não tivesse a possibilidade de conhecer e ter consciência das conseqüências de tal conduta. Agiu, pois, *com plena consciência, quando lhe era exigível, naquelas circunstâncias, tivesse agido de outra forma.*

(...)

Há que se destacar a existência de fato semelhante anteriormente ocorrido com o mesmo recorrido, conforme se depreende das cópias da ação penal (em anexo), em que acabou falecendo a vítima Miguel Arcanjo de Souza Moraes. Portanto, havia condições de perceber a ilicitude de sua conduta.

Outrossim, não há se conceber que o recorrido, por erro quanto às circunstâncias, tivesse imaginado se encontrar diante de uma situação que justificasse sua conduta, pois com o *menor esforço de sua inteligência e a experiência e vivência hauridas nos anos em que atuou como Delegado, atendendo todos os tipos de casos, com vários inquéritos policiais instaurados, haveria de agir com mais cautela e prudência, realizando, no mínimo, uma pequena averiguação anterior. Atuou, portanto, com total consciência da ilicitude.*

(...)

Ainda que se admita a existência de erro, que no presente caso é totalmente inverossímil, mesmo assim permaneceria o crime, pois evidente o excesso doloso (dolo indireto), pois que plenamente evitável o pretenso 'engano'. *O recorrido teria, num primeiro momento, se enganado quanto à pessoa da*

vítima, incidindo, assim, eventualmente em erro evitável, mas, após, ao não ter sido obedecido na ‘ordem de parada’, agiu com evidente excesso doloso, ‘seja como for, der no que der’ vou detê-lo para averiguações. Nesse sentido, dirigiu a sua vontade para o evento, ferir a vítima e pará-la para poder averiguar de quem se tratava. Ora, resta claramente comprovado o excesso doloso.

(...)

Por outro lado, há uma incompatibilidade entre a excludente da ilicitude prevista no artigo 23, III, do Código Penal (estrito cumprimento do dever legal) se a ação do agente, no caso, a autoridade policial, venha a ser reconhecida como forma de agir culposa **strito sensu**.

(...)

Concluímos, então, que diz-se crime doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo; culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia; preterdoloso ou preterintencional é o crime cujo resultado total é mais grave do que o pretendido pelo agente. Há uma conjugação de dolo (no antecedente) e culpa no (subseqüente): o agente quer um **minus** e produz um **majus**.

Esse último é o caso dos autos. Inegavelmente, o agente, com a intenção de obstar a fuga da vítima, a qual, em um primeiro momento julgava ser um fugitivo da justiça, e, essa ao não parando ao seu comando, em um segundo momento, excedeu-se dolosamente (dolo indireto ou eventual em relação ao erro), desferiu um tiro que veio atingir-lhe a perna na parte posterior.

(...)

O acórdão recorrido divergiu da decisão prolatada pela egrégia Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, que enfrentou idêntica matéria. Para melhor confrontação, o recorrente transcreve o acórdão na íntegra e destaca os trechos que configuram o dissídio e em seguida menciona as circunstâncias que assemelham os casos.

(...)

Assim, impensável a caracterização da excludente putativa, em face do erro eventualmente reconhecido, quando sequer haveria o estrito cumprimento do dever legal efetivo.

(...)

Por fim, o Tribunal **a quo**, ainda deixou de aplicar o artigo 92, I, **a**, do Código Penal o qual determina que são efeitos da condenação quando a pena aplicada for igual ou superior a um ano, nos crimes praticados por abuso de

poder ou violação de dever legal para a Administração Pública, a perda da função pública.

No caso presente, mesmo que considerássemos correta a condenação dada, incorreta foi a não-aplicação de um dos efeitos da sentença que é justamente a perda do cargo, uma vez que a pena aplicada foi de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de detenção.

(...)” (fls. 1.025/1.053).

Pugna, ao final, no sentido de que “(...) esse Colendo Tribunal conheça o presente recurso dando-lhe provimento sendo a decisão do Tribunal Pleno local reformada para que a condenação seja proferida de acordo com os fatos, ou seja, artigo 129, § 3º, do Código Penal Brasileiro, aplicando-se plenamente os efeitos da condenação, especialmente a perda da função pública.” (Fl. 1.055)

A questão está em saber se age em estrito cumprimento de dever legal, o Delegado de Polícia que, suspeitando de um transeunte e vendo inatendida a sua ordem de que parasse, desfecha, primeiro, um tiro para o alto e, depois, outro na direção do fugitivo, atingindo-o na perna e causando-lhe, por fim, a morte, cerca de 5 dias após, em razão de gangrena gasosa causada pelo ferimento, como pericilamente determinado e reconhecido no **decisum** recorrido.

Esta, a letra do artigo 284 do Código de Processo Penal:

“Não será permitido o emprego de força, salvo o indispensável no caso de resistência ou de tentativa de fuga do preso.”

Trata-se, a nosso ver, de norma de exceção, enquanto permissiva de emprego de força contra preso, que não admite, por força de sua natureza, interpretação extensiva, somente se permitindo, à luz do direito vigente, o emprego de força, no caso de resistência à prisão ou de “tentativa de fuga do preso”, hipótese esta que em nada se identifica com aquela outra de quem, sem haver sido alcançado pela autoridade ou seu agente, põe-se a fugir.

É o que se recolhe do preciso pensar de **Basileu Garcia**, a propósito da norma inserta no artigo 284 do Código de Processo Penal:

“Nesse enunciado cabem situações diversas. Pode dar-se que a pessoa a ser presa se oponha passivamente ao ato da prisão, recusando-se a acompanhar o detentor, furtando-se a concorrer com atividade corpórea para a sua condução ao cárcere ou à presença da autoridade. *Pode dar-se que fuja, antes de ser atingida, hipótese que não coincide exatamente com a contida nas últimas palavras do artigo, onde se fala em tentativa de fuga do preso, isto é, do que já foi alcançado pelo detentor.* E pode acontecer que a resistência se ma-

nifeste por ação positiva, consistente em repulsa material, com ou sem a utilização de armas.” (In “Comentários ao Código de Processo Penal”, vol. III, ed. Forense, 1945, p. 19 — nossos os grifos).

Assim fixada a interpretação do dispositivo em causa, é de se invocar, a mais, também a propósito, o magistério de **Magalhães Noronha**:

“O emprego da força, no caso de tentativa de fuga, é legitimado pelo art. 23, III, do Código Penal — fato praticado em estrito cumprimento do dever legal. É mister, entretanto, atentar a que a lei se refere à força indispensável que, no caso concreto, deve ser aferida. A fuga, sem violência à pessoa, é desobediência, como é o fato de a pessoa deitar-se no solo para não ser conduzida. *Em tais hipóteses, a força empregada se situa entre limites bastante estreitos, compreendendo-se as vias de fato ou mesmo as lesões corporais leve, nunca, porém, o emprego de arma ocasionando ferimentos graves ou morte.* Não se compreende que, fugindo um batedor de carteiras de suas mãos, o oficial de justiça o abata a tiros de revólver. Tratando-se de desobediência, claro que a força empregada há de se pautar pela conduta não agressiva do capturado.” (In “Curso de Direito Processual Penal”, Ed. Saraiva, 1998, p. 203 — nossos os grifos).

Tem-se, assim, que a conduta do recorrido — efetuando disparos, com uma pistola calibre 380, contra a vítima, de modo a atingi-la com um deles na coxa direita, que lhe causou fratura no fêmur e, depois, a morte, por embolia gasosa produzida pelo ferimento, tudo porque julgara, erroneamente, tratar-se de um dos evadidos da 5ª Delegacia de Polícia local, que inatendeu a sua voz de prisão e pôs-se a fugir —, em nada se identifica com o estrito cumprimento do dever legal, precisamente porque a lei proíbe à autoridade, aos seus agentes e a quem quer que seja desfechar tiros de revólver ou pistola contra pessoas em fuga, mais ainda contra quem, devida ou indevidamente, sequer havia sido preso efetivamente.

Tanto exclui, por óbvio, na espécie, o homicídio culposo, na exata medida que se não pode falar em ação culposa, à falta, **in casu**, de dever legal qualquer que tenha o recorrido intentado cumprir, impondo-se, pois, prestigiar a sentença, na afirmação da lesão corporal seguida de morte (“Código Penal”, artigo 129, parágrafo 3º).

É que o resultado morte, transcendendo embora o **animus laedendi** do agente, era plenamente previsível, pela natureza da arma, pelo local do corpo da vítima alvejado e pelas circunstâncias do fato, havendo o recorrido, em boa verdade, tangenciado o dolo eventual.

Quanto à questão prejudicial, como a denominou o recorrente e que consiste na notícia de entendimentos, no Supremo Tribunal Federal, de que o Ministério

Público não pode proceder a investigações criminais, por serem próprias, constitucionalmente, da Polícia, tenho firme convicção em contrário.

Ao Direito Penal se comete a função de preservar a existência mesma da sociedade, indispensável à realização do homem como pessoa, seu valor supremo.

Há de ser mínimo e subsidiário.

O respeito aos bens jurídicos protegidos pela norma penal é, primariamente, interesse de toda a coletividade, sendo manifesta a legitimidade do Poder do Estado para a imposição da resposta penal, cuja efetividade atende a uma necessidade social.

Daí por que a ação penal é pública e atribuída ao Ministério Público, como uma de suas causas de existência. Deve a autoridade policial agir de ofício. Qualquer do povo pode prender em flagrante. É dever de toda e qualquer autoridade comunicar o crime de que tenha ciência no exercício de suas funções. Dispõe significativamente o artigo 144 da Constituição da República que “A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio.”

Não é, portanto, da índole do Direito Penal a feudalização da investigação criminal na Polícia e a sua exclusão do Ministério Público.

Tal poder investigatório, independentemente de regra expressa específica, é manifestação da própria natureza do Direito Penal, da qual não se pode dissociar a da instituição do Ministério Público, titular da ação penal pública, a quem foi instrumentalmente ordenada a Polícia na apuração das infrações penais, ambos sob o controle externo do Poder Judiciário, em obséquio do interesse social e da proteção dos direitos da pessoa humana.

Em nossa compreensão, é esse o sistema de direito vigente.

Diversamente do que se tem procurado sustentar, como resulta da letra de seu artigo 144, a Constituição da República não fez da investigação criminal uma função exclusiva da Polícia, restringindo-se, como se restringiu, tão-somente a fazer exclusivo da Polícia Federal o exercício da função de polícia judiciária da União (parágrafo 1º, inciso IV).

Essa função de polícia judiciária — qual seja, a de auxiliar do Poder Judiciário —, não se identifica com a função investigatória, qual seja, a de apurar infrações penais, bem distinguidas no verbo constitucional, como exsurge, entre outras disposições, do preceituado no parágrafo 4º do artigo 144 da Constituição Federal, **verbis**:

“§ 4º às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.”

Tal norma constitucional, por fim, define, é certo, as funções das polícias civis, mas sem estabelecer *qualquer cláusula de exclusividade*.

O poder investigatório que, pelo exposto, se deve reconhecer, por igual, próprio do Ministério Público é, à luz da disciplina constitucional, da espécie excecional, fundada na exigência absoluta de demonstrado interesse público ou social.

O exercício desse poder investigatório não é, por óbvio, estranho ao Direito, subordinando-se, à falta de norma legal particular, no que couber, analogicamente, ao Código de Processo Penal, sobretudo na perspectiva da proteção dos direitos fundamentais e da satisfação do interesse social, que impedem a reprodução simultânea de investigações, reclamam o ajuizamento tempestivo dos feitos inquisitoriais e determinam a obrigatória oitiva do indiciado autor do crime e a observância das normas legais relativas ao impedimento, à suspeição e à prova e sua produção.

Em figurando autoridade policial ou seu agente como sujeito ativo do delito, levado a cabo a pretexto de cumprimento de dever legal, é óbvia a legitimidade do Ministério Público, na dupla perspectiva da proteção dos direitos fundamentais e da satisfação do interesse social, que mais se potencializam à luz do seu dever-poder de “*exercer o controle externo da atividade policial*” (Constituição da República, artigo 129, inciso VII).

Não é outro o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça, como se recolhe no seguinte precedente:

“Processual Penal. Inquérito policial. Dispensabilidade. Proposição de ação penal pública. Ministério Público. Investigação criminal. Possibilidade. Denúncia. Despacho de recebimento. Falta de fundamentação. Não-ocorrência. Inépcia. Inexistência. Crime em tese. Ação penal. Trancamento. Impossibilidade.

1. Esta Corte tem entendimento pacificado no sentido da dispensabilidade do inquérito policial para propositura de ação penal pública, podendo o *Parquet* realizar atos investigatórios para fins de eventual oferecimento de denúncia, principalmente quando os envolvidos são autoridades policiais, submetidos ao controle externo do órgão ministerial.

2. O despacho que recebe a denúncia não contém carga decisória, examinando apenas as condições da ação e a caracterização, em tese, de infração penal, prescindindo, por isso mesmo, de fundamentação, assim entendida aquela preconizada pelo art. 93, IX, da Constituição Federal.

3. Revestida a denúncia dos requisitos do art. 41, do CPP, tendo sido suficientemente descritos os fatos delituosos, ensejando ao paciente possa, amplamente, exercer o seu direito de defesa, fica afastada qualquer alegação de sua inépcia.

4. Recurso improvido.” (RHC n. 11.670/RS, Relator Ministro Fernando Gonçalves, **in** DJ 04.02.2002).

Pelo exposto, dou provimento ao recurso para, cassando o acórdão recorrido, restabelecer integralmente o **decisum** de primeiro grau que condenara o recorrido à pena privativa de liberdade de 6 anos de reclusão, como incurso nas sanções do artigo 129, parágrafo 3º, combinado com o art. 61, inciso II, alínea **g**, ambos do Código Penal, a ser cumprida em regime inicial semi-aberto, incluídamente no que se refere à perda do cargo.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 435.863 — CE (2002/0065346-3)

Relator: Ministro Paulo Gallotti

Recorrente: Estado do Ceará

Procuradores: João Regis Nogueira Matias e outros

Recorrido: Maria Alves Vieira e outros

Advogados: Paulo Teles da Silva e outros

EMENTA

Processo Civil. Administrativo. Servidor público. Pensão. Militar. Indenização de representação. Pedido de restabelecimento. Prescrição. Ocorrência.

— Versando o pedido inicial sobre restabelecimento de vantagem suprimida por lei estadual, a hipótese é de prescrição do próprio fundo de direito.

— Precedentes.

— Recurso provido.

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 taqui-

gráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Paulo Medina e Hamilton Carvalho votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalho.

Brasília (DF), 02 de março de 2004 (data do julgamento).

Ministro Paulo Gallotti, Relator

DJ de 31.05.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: O Estado do Ceará interpõe recurso especial, calcado na alínea **a** do permissivo constitucional, contra acórdão resumido na seguinte ementa:

“Administrativo. Pensão. Servidores policiais militares. Indenização de representação. Incorporação à pensão. Direito adquirido. Inexistência de prescrição.

Tratando-se de relação jurídica de trato sucessivo em que é devedora a Fazenda Pública, a prescrição atinge somente as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação. Incorporada a gratificação sob a égide da Lei n. 11.167/1986, não poderá a mesma ser suprimida em virtude da Lei n. 11.346/1987. Não se pode admitir que lei posterior retroaja para alcançar situação juridicamente definida em lei anterior, suprimindo ou alterando os efeitos já produzidos e consolidados para os servidores ou seus pensionistas, sob pena de malferir direito adquirido. Recurso conhecido e provido.” (Fl. 157)

O recorrente alega violação do artigo 1º do Decreto n. 20.910/1932, sustentando, em síntese, a ocorrência da prescrição do fundo de direito “em razão de a pretensão das recorridas implicar em alteração de uma situação jurídica cristalizada no ato da edição da Lei Estadual n. 11.346/1987.

Contra-razões às fls. 179/181.

Não admitido na origem, através da decisão de fl. 220, dei provimento ao agravo de instrumento e determinei sua conversão em recurso especial para melhor exame da matéria.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti(Relator): O inconformismo merece acolhimento.

Com efeito, versando o pedido inicial sobre revisão do ato instituidor da pensão, objetivando o restabelecimento do pagamento da verba de “indenização de representação”, suprimido pela edição da Lei n. 11.346/1987, a hipótese é de prescrição do próprio fundo de direito, cuidando a pretensão, como cuida, de alteração da própria situação funcional.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

A - “Processual Civil. Pensionistas de servidores militares do Estado do Ceará. Indenização de representação. Supressão. Lei de efeitos concretos. Restabelecimento. Prescrição. Ocorrência. Decreto n. 20.910/1932, art. 1^º.

1. Quando a ação busca configurar ou restabelecer uma situação jurídica, o prazo prescricional deve ser contado a partir do momento em que a parte teve ciência da violação de seu direito, de forma inequívoca, pela Administração; se, entretanto, a lei ou qualquer ato normativo, independentemente de manifestação do administrador, causar efeitos concretos sobre direitos já adquiridos pelos seus titulares, é a partir desse momento que corre o referido prazo.

2. Transcorrido o quinquênio legal entre a data da lei que suprimiu a verba pretendida e a propositura da ação, a prescrição atinge o próprio fundo de direito, e não apenas as prestações dele decorrentes.

3. Recurso conhecido e provido.”

(REsp n. 318.058/CE, Relator o Ministro **Edson Vidigal**, DJ de 13.08.2001).

B - Recurso Especial. Administrativo e Processual Civil. Policial Militar. Pensionistas. Vantagem intitulada ‘indenização de representação’. Extinção pela Lei n. 11.346/1987. Ação ajuizada em 1995. Prescrição do próprio fundo de direito.

Os respectivos pensionistas pretendem a integralidade do benefício, visando ao restabelecimento da supracitada vantagem, que foi extinta pela Lei n. 11.346/1987.

Prescrito está o próprio fundo de direito, uma vez que a ação somente foi intentada em abril/1995.

Precedentes.

Recurso provido para restabelecer a sentença monocrática.”

(REsp n. 208.292/CE, Relator o Ministro **José Arnaldo da Fonseca**, DJ de 08.11.1999)

In casu, a ação foi proposta em novembro de 1995, fora, portanto, do quinquênio posterior à data da lei que suprimiu a referida vantagem, de 1987.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para declarar a prescrição do próprio fundo de direito.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 621.290 — MG (2003/0235605-8)

Relator: Ministro Paulo Gallotti

Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

Procuradores: Isabela Guedes Dantas e outros

Recorrida: Deniry Rosa Lino

Advogado: João Jaciel Pereira

EMENTA

Previdenciário. Recurso especial. Aposentadoria rural. Prova material. Reclamatória trabalhista ajuizada no prazo prescricional.

1. A jurisprudência pacífica desta Corte é de que a sentença trabalhista pode ser considerada como início de prova material, sendo hábil para a determinação do tempo de serviço enunciado no artigo 55, § 3º, da Lei n. 8.213/1991, desde que fundada em elementos que evidenciem o exercício da atividade laborativa na função e períodos alegados na ação previdenciária, ainda que o INSS não tenha integrado a respectiva lide.

2. Havendo o acórdão recorrido ressaltado que a reclamatória trabalhista foi ajuizada dentro do prazo prescricional, resultando, inclusive, em condenação do empregador ao recolhimento das contribuições previdenciárias, não há óbice ao reconhecimento do tempo de serviço e à concessão do benefício previdenciário.

3. Recurso especial improvido.

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 taqui-

gráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Paulo Medina e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Brasília (DF), 04 de maio de 2004 (data do julgamento).

Ministro Paulo Gallotti, Relator

DJ de 31.05.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: O Instituto Nacional do Seguro Social — INSS interpõe recurso especial, calcado na alínea **a** do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal Federal da 1ª Região assim ementado:

“Previdenciário — Aposentadoria — Trabalhador rural — Arts. 142 e 143 da Lei n. 8.213/1991 — Tempo de serviço rural — CTPS — Acordo homologado pela Justiça do Trabalho — Prova material corroborada pela prova testemunhal — Carência — Presunção de recolhimento — Qualidade de segurado — Art. 14, II, da Lei n. 8.213/1991.

1. Comprovado o exercício de atividade rural, em período igual ao número de meses correspondentes à carência do benefício, conforme tabela progressiva do art. 142 da Lei n. 8.213/1991, e a idade mínima exigida (60 ou 55 anos, se homem ou mulher, respectivamente), devida a aposentadoria por idade, no valor de um salário mínimo, nos termos do art. 143 da Lei n. 8.213/1991.

2. Consoante entendimento jurisprudencial assente nesta egrégia Corte, a anotação na CTPS mediante determinação da Justiça do Trabalho, antes de alcançado o prazo prescricional de 2 (dois) anos, constitui prova material plena, para fins previdenciários (AC n. 93.01.27111-7/MG, Relator Juiz Carlos Fernando Mathias; AC n. 96.01.40848-7/MG, Relator Conv. Juiz Lourival Gonçalves de Oliveira).

3. Restou atendido o disposto no art. 55, § 3º, da Lei n. 8.213/1991, uma vez que presente início razoável de prova material, corroborada pela prova testemunhal.

4. Qualidade de segurado mantida, a teor do disposto no art. 15, II, da Lei n. 8.213/1991, considerando o exercício da atividade rurícola até o ano de 1996 e a idade de 55 anos completada em julho de 1997.

5. Nos termos do § 8º do art. 39 do antigo Decreto n. 612/1992 e do § 4º do art. 26 do vigente Decreto n. 3.048/1999, presumem-se recolhidas as contribuições do segurado empregado.

6. Apelação e remessa oficial improvidas.” (Fl. 88)

Opostos embargos de declaração, restaram rejeitados. (Fl. 98)

Alega o recorrente violação dos artigos 472 e 535, II, ambos do Código de Processo Civil, bem como do art. 55, § 3º, da Lei n. 8.213/1991, sustentando não existir nos autos início de prova material, além do que o período considerado pela sentença trabalhista e as respectivas anotações efetuadas na Carteira de Trabalho e Previdência Social da autora não se prestam ao reconhecimento do tempo de serviço pleiteado.

Aduz, ainda, que, por não ter o INSS integrado a lide, não pode ser atingido pelos efeitos subjetivos da coisa julgada decorrente da prolação da sentença trabalhista.

Não admitido na origem, através da decisão de fl. 112, dei provimento ao agravo de instrumento e determinei a subida do recurso especial para melhor exame da matéria.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator): Trata-se de demanda objetivando a concessão de aposentadoria rural, julgado procedente o pedido, decisão mantida no Tribunal de origem sob o entendimento de que o labor rural restou comprovado pela segurada mediante a apresentação da Carteira de Trabalho e Previdência Social — CTPS, da qual consta período de tempo de serviço reconhecido por decisão judicial proferida em reclamação trabalhista.

Irresignada, recorre a autarquia afirmando que a referida anotação não é apta à comprovação da atividade rural para fins previdenciários, dado que resultante de determinação proferida em lide da qual não figurou como parte.

A irresignação não merece acolhimento.

Registre-se, preliminarmente, que da análise dos autos extrai-se ter o Tribunal recorrido examinado e decidido, fundamentadamente, todas as questões postas ao seu crivo, não cabendo falar em negativa de prestação jurisdicional.

Quanto ao mérito, a jurisprudência pacífica desta Corte é de que a sentença trabalhista pode ser considerada como início de prova material, sendo hábil para a

determinação do tempo de serviço enunciado no artigo 55, § 3º, da Lei n. 8.213/1991, desde que fundada em elementos que evidenciem o exercício da atividade laborativa na função e períodos alegados na ação previdenciária, ainda que o INSS não tenha integrado a respectiva lide.

Nesse sentido:

A - “Recurso Especial. Previdenciário. Aposentadoria por tempo de serviço. Prequestionamento. Violação do artigo 535 do CPC. Inocorrência. Valoração de prova. Início de prova material. Inexistência.

1. (...)

2. (...)

3. ‘A comprovação do tempo de serviço para os efeitos desta lei, inclusive mediante justificação administrativa ou judicial, conforme o disposto no artigo 108, só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no Regulamento’. (Artigo 55, parágrafo 3º, da Lei n. 8.213/1991)

4. O início de prova material, de acordo com a interpretação sistemática da lei, é aquele feito mediante documentos que comprovem o exercício da atividade nos períodos a serem contados, devendo ser contemporâneos dos fatos a comprovar, indicando, ainda, o período e a função exercida pelo trabalhador.

5. Esta Corte Superior de Justiça registra precedentes no sentido de que a sentença trabalhista pode ser considerada como início de prova material, desde que fundada em provas que demonstrem o exercício da atividade laborativa na função e períodos alegados na ação previdenciária.

6. Inexistindo prova testemunhal ou documental a corroborar o tempo de serviço anotado na CTPS do segurado, seja na esfera trabalhista, seja na esfera ordinária, tal anotação na CTPS, porque fundada, em última análise, em declaração extemporânea prestada por empregador, não se constitui em início de prova material.

7. Recurso conhecido e provido”.

(REsp n. 478.327/AL, Relator o Ministro Hamilton Carvalhido, DJ de 10.03.2003)

B - “Processual e Previdenciário. Tempo de serviço. Comprovação. Início de prova material. Sentença trabalhista. Não-violação ao art. 472 do Código

de Processo Civil. Incidência do art. 55, § 3^o, da Lei n. 8.213/1991. Agravo desprovido.

I - A questão posta em debate restringe-se em saber se a sentença trabalhista constitui ou não início de prova material, pois as anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social — CTPS advieram por força desta sentença.

II - Neste contexto, mesmo o Instituto não tendo integrado a lide trabalhista, impõe-se considerar o resultado do julgamento proferido em sede de Justiça Trabalhista, já que se trata de uma verdadeira decisão judicial, não importando cuidar-se de homologatória de acordo, conforme alegado pelo Instituto. Portanto, não se caracteriza a ofensa ao artigo 472 do Código de Processo Civil. Ademais, se no bojo dos autos da reclamatória trabalhista, há elementos de comprovação, pode ser reconhecido o tempo de serviço.

III - A jurisprudência desta egrégia Corte vem reiteradamente decidindo no sentido de que a sentença trabalhista pode ser considerada como início de prova material, sendo apta a comprovar-se o tempo de serviço prescrito no artigo 55, § 3^o, da Lei n. 8.213/1991, desde que fundamentada em elementos que demonstrem o exercício da atividade laborativa na função e períodos alegados, ainda que o Instituto Previdenciário não tenha integrado a respectiva lide.

IV - Agravo interno desprovido.”

(AgRg no REsp n. 543.764/CE, Relator o Ministro **Gilson Dipp**, DJ de 02.02.2004)

Essa compreensão do tema visa coibir o manejo de ações trabalhistas exclusivamente para assegurar a obtenção de benefícios junto à Previdência Social após o transcurso do prazo para que sejam reclamados eventuais direitos.

Não é o caso dos autos, uma vez que o próprio acórdão recorrido ressaltou que a reclamatória foi ajuizada dentro do prazo prescricional, resultando, inclusive, em condenação do empregador ao recolhimento das contribuições previdenciárias, **verbis**:

“(…) Vale esclarecer que não obstante a autora ter completado 55 anos em julho de 1997 e a CTPS estar anotada até 30.09.1995 por força do acordo homologado na Justiça do Trabalho, não houve perda da qualidade de segurado porque a reclamatória trabalhista tinha como objeto, entre outros pedidos, o reconhecimento do exercício da atividade rural no período de 1988 a 1996 (fls. 40 e 41). E as testemunhas, entre elas o próprio empregador, confirmam o trabalho rural no período citado. (...)”