



Jurisprudência da Sexta Turma

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE
INSTRUMENTO N. 629.459 — PR (2004/0134870-2)**

Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa

Agravante: Marcelo Moacir Borelli (preso)

Advogado: Mauro Viotto

Agravado: Ministério Público do Estado do Paraná

EMENTA

Agravo regimental no recurso especial. Penal. Protocolo integrado. Inaplicabilidade neste Tribunal Superior.

1. Não se aplica o sistema de “protocolo integrado” aos recursos dirigidos a esta Corte Superior de Justiça. Incidência da Súmula n. 256-STJ.
2. Precedente da Corte Especial.
3. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. 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 e Paulo Gallotti. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Paulo Medina. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 03 de maio de 2005 (data do julgamento).

Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Relator

DJ de 16.05.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa: Cuida-se de agravo regimental contra decisão monocrática que, reconhecendo a incidência do Enunciado da Súmula n. 256 desta Corte, considerou que o sistema de protocolo integrado não se aplica aos recursos dirigidos ao Superior Tribunal de Justiça, razão porque não conheceu do recurso (fls. 155/156).

Inconformado, recorre o agravante pretendendo seja a questão submetida à Corte Especial.

É o breve relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa (Relator): O recurso não merece prosperar.

Não obstante o empenho do agravante, mantenho o entendimento adotado na decisão agravada, na qual considerei a intempestividade do agravo de instrumento.

Verificou-se que o acórdão recorrido foi publicado em 20 de outubro de 2003, sendo que o recurso especial foi interposto em 27 do mesmo mês, através do sistema de protocolo integrado, não havendo qualquer comprovação da data de entrada do recurso no Tribunal de Alçada daquele Estado, o que inviabiliza a aferição da tempestividade recursal.

É entendimento pacífico nesta Corte Superior no sentido da impossibilidade de aplicação do sistema de protocolo integrado aos recursos dirigidos a esta Instância Extraordinária, incidindo a incidência da Súmula n. 256 do STJ, **litteris**:

“O sistema de ‘protocolo integrado’ não se aplica aos recursos dirigidos ao Superior Tribunal de Justiça.”

Nesse sentido, os precedentes:

“Questão de Ordem no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 496.403/SP. Subsistência da Súmula n. 256 do STJ.

— Pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, na assentada do dia 19 de maio de 2004, foi firmado entendimento no sentido da prevalência e manutenção da Súmula n. 256, com reserva do ‘protocolo integrado’ às instâncias ordinárias.” (Questão de Ordem no AgRg n. 496.403/SP Corte Especial, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJ de 09.08.2004)

Dessa forma, a data que deve ser considerada para aferir a tempestividade do recurso especial é a data em que ele foi protocolizado no Tribunal de origem.

Ante o exposto, *nego provimento* ao agravo regimental.

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO
ESPECIAL N. 115.515 — SP (1996/0076599-5)**

Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa

Embargante: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

Procuradora: Patrícia Medeiros Viana

Embargado: Agnaldo Gomes Boletti

Advogado: Antônio Possidônio Sampaio

EMENTA

Processo Civil. Previdenciário. Recurso especial. Embargos de declaração. Omissão constatada. Benefício acidentário concedido somente em sede de recurso especial. Estipulação das bases do benefício e disposições acessórias. Embargos acolhidos. Sem efeito modificativo.

1. Impõe-se o reconhecimento de omissão no v. acórdão embargado, pois, não obstante o benefício acidentário ter sido concedido somente por intermédio do apelo especial, os seus parâmetros e disposições acessórias não foram fixados no julgado.

2. Estabelecimento da base de cálculo do benefício, data de início, juros de mora, correção monetária, custas e honorários advocatícios.

3. Embargos de declaração acolhidos, sem efeito modificativo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, acolher os embargos de declaração, sem efeitos modificativos. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Nilson Naves e Paulo Gallotti. Ausentes, justificadamente, o Sr. Ministro Paulo Medina e, ocasionalmente, o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 03 de maio de 2005 (data do julgamento).

Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa: Trata-se de rejuízo dos embargos aclaratórios (fls. 174 a 179), por determinação da Corte Especial deste Sodalício, proferida em sede de embargos de divergência, que ordenou a realização de novo juízo.

Os embargos declaratórios foram interpostos pelo Instituto Nacional do Seguro Social — INSS, em face do v. acórdão proferido pela egrégia Sexta Turma, lavrado pelo Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, ementado nestes termos:

“REsp — Acidente do trabalho — Hipoacusia — Redução da capacidade laborativa — A redução da capacidade laborativa do acidentado, exigindo-lhe maior esforço no desempenho do trabalho, é relevante. Ainda que afetada em grau mínimo não exclui, por si só, concessão do benefício previdenciário.”

Sustenta o embargante que o v. acórdão turmário apresenta omissões, vez que, não se pronunciou acerca da impossibilidade de reexame do conjunto probatório em sede de recurso especial, Súmula n. 07 deste Pretório, bem como, quanto à necessidade da diminuição auditiva estar conjugada com a perda da capacidade laborativa, sendo, ainda, imprescindível o nexu causal entre a doença e o trabalho. Em outro ponto, como a condenação foi imposta somente nesta Corte, requer o embargante a fixação dos limites do benefício acidentário concedido, a estipulação do **dies a quo** e determinação dos honorários advocatícios.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa (Relator): 1. Com parcial razão o embargante.

Primeiramente, a concessão do benefício acidentário não importou em desrespeito à Súmula n. 07 deste Pretório, vez que, o reexame do conjunto probatório é diverso da mera valoração da prova já constituída. **In casu**, o v. acórdão embargado apenas revalorou a prova produzida nos autos, sem contudo reexaminá-la.

O v. acórdão estadual combatido não concedeu o benefício acidentário somente por entender que a comprovada disacusia em grau mínimo não é passível de indenização (fl. 142). Portando, dissentindo do posicionamento consubstanciado na Súmula n. 44 deste Sodalício, aplicada corretamente à espécie pelo v. acórdão embargado (fls. 170 e 172).

Ademais, vale referir, apenas a título de esclarecimento, o entendimento remansoso neste Sodalício, concernente à possibilidade de concessão do benefício

acidentário indeferido apenas porque a disacusia constatada foi em grau mínimo, em estrita obediência à Súmula n. 44 desta Casa. Precedentes: EREsp n. 162.695/SP DJ de 26.03.2001; REsp n. 399.916/SP, DJ de 04.10.2004; AgRg no REsp n. 431.274/SP, DJ de 21.10.2002.

2. Entretanto, o v. acórdão embargado apresenta omissões relevantes. O benefício de auxílio-acidente somente foi concedido ao autor nesta instância especial, logo, o v. acórdão embargado, que deferiu o pedido autoral, deveria ter especificado as bases para a sua concessão e demais disposições acessórias.

Dessa forma, passa-se a expurgar as lacunas apontadas, na esteira do reiterado posicionamento deste Pretório.

O auxílio-acidente deverá ser calculado na base de 40% (quarenta por cento) do salário de benefício até a entrada em vigor da Lei n. 9.032/1995 em 28 de abril de 1995, após esta data, na ordem de 50% (cinquenta por cento) do salário de benefício, em atendimento ao alterado § 1º do art. 86 da Lei n. 8.213/1991. Precedentes: EREsp n. 335.065/SC, DJ de 03.02.2003 e REsp n. 243.388/SP, DJ de 13.09.2004.

O termo inicial do benefício acidentário deverá ser a data em que ele foi requerido administrativamente e negado, em atendimento aos arts. 18, inciso II, da Lei n. 6.367/1976 e 23 da Lei n. 8.213/1991 e conforme a iterativa jurisprudência deste Sodalício: EREsp n. 351.291/SP, DJ de 11.10.2004 e REsp n. 376.858/MG, DJ de 24.06.2002.

A correção monetária deverá ser apurada na forma da Lei n. 6.899/1981, segundo a Súmula n. 148 desta Casa. Os juros de mora são fixados em 1% (um por cento) ao mês e deverão incidir a partir da citação válida, a teor da Súmula n. 204 desta Corte.

Os honorários advocatícios são devidos na ordem de 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, consoante o art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, e deverão incidir sobre as parcelas vencidas até a prolação da sentença, de acordo com o Enunciado n. 111 desta Corte. Em se tratando de ação acidentária proposta na Justiça Comum Estadual, a autarquia previdenciária não está isenta do recolhimento de custas e emolumentos, em atendimento ao Verbete n. 178 desta Casa.

3. Do exposto, acolho os embargos de declaração, para sanar as omissões constatadas, esclarecendo os limites da condenação e suas disposições acessórias, nos termos da fundamentação supra.

4. É como voto.

HABEAS CORPUS N. 32.586 — MG (2003/0231831-0)

Relator: Ministro Paulo Medina

Impetrante: Sidney F. Safe Silveira

Impetrada: Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Paciente: Marco Túlio Fadel Andrade (preso)

Sustentação oral: Lúcio Adolfo, pelo paciente e Irene Coifman Branchtein, Subprocuradora-Geral da República

EMENTA

Penal e Processual. Tortura. Autoria imputada a agente público. Crime especial impróprio. Inquérito policial. Ausência. Peças de informação oferecidas ao Ministério Público. Provas. Apresentação. Denúncia. Possibilidade.

É atribuição do Ministério Público, enquanto titular privativo da ação penal pública incondicionada, sem prejuízo de suas funções institucionais, coadjuvar a polícia judiciária no impulsionar o inquérito policial, quando indispensável (art. 26, inciso IV, da Lei n. 8.625/1993 e art. 7º, inciso II, da Lei Complementar n. 75/1993).

O inquérito policial não constitui peça essencial e imprescindível à propositura da ação penal.

Qualquer do povo pode provocar a ação do Ministério Público, fornecendo-lhe elementos indicativos de materialidade, autoria e de convicção, para fins de instauração da ação penal pública (arts. 27 e 46, § 1º, do CPP).

Pode o Ministério Público oferecer denúncia com base em peças de informações fornecidas, inclusive, por qualquer pessoa do povo, uma vez convencido da existência dos requisitos necessários à propositura da ação (arts. 5º, § 3º, 27, 41 e 46, § 1º, do CPP).

O crime de tortura constitui delito especial impróprio, inafiançável e insuscetível de deferir o favor processual previsto no art. 514 do Código de Processo Penal.

Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por una-

nimidade, denegar a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido e Paulo Gallotti votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Brasília (DF), 16 de março de 2004 (data do julgamento).

Ministro Paulo Medina, Relator

DJ de 30.08.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Medina: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário interposto em favor de Marco Túlio Fadel Andrade, contra acórdão da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, prolatado nos autos do HC n. 402.363-0/000.

Narra o impetrante que o Ministério Público de Igarapé iniciou investigação denominada inquérito para fins penais objetivando averiguar a prática em tese, pelo paciente, de delitos tipificados na Lei n. 9.455/1997.

Afirma que, a partir de uma ocorrência de latrocínio consumado, Marco Túlio foi transformado em torturador, por haver apontado à justiça os autores (alguns menores) do crime.

Reporta que, oferecida e recebida a denúncia em 07 de outubro de 2003 tendo como suporte as investigações unilateralmente produzidas, dirigidas, subscritas e presididas pela Promotora de Justiça de Igarapé, foi decretada a prisão preventiva, atendendo a representação do *Parquet*.

Aduz que a Corte Estadual, por maioria, confirmou o recebimento da denúncia, contra voto-vencido que o anulou e determinou o cumprimento do disposto no art. 514 do CPP.

Colaciona precedentes, inclusive do Supremo Tribunal Federal (RE n. 233.072-4 e ROHC n. 81.326-7/DF) para argüir a nulidade de inquérito penal conduzido por membro do Ministério Público.

Asserta que o texto constitucional (art. 129, VIII, e art. 144, § 1º, I, e § 4º), além dos dispositivos da Lei Complementar n. 75/1993 (art. 7º, II, e art. 38) deixa óbvio que o Ministério Público não pode senão requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial (inclusive militar), podendo acompanhá-los.

Requer a concessão da ordem, para que seja anulada a ação penal à qual responde o paciente, perante a Comarca de Igarapé — MG.

O Ministério Público Federal propende à denegação da ordem, sob os seguintes argumentos:

1. não há antinomia na promoção de procedimento investigatório pelo Ministério Público, quando este visa apurar fatos reputados delituosos, cuja autoria é atribuída a integrante da organização policial, uma vez que o controle externo da atividade policial é exercido pelo Ministério Público para a apuração, inclusive, de crimes em que são envolvidos os próprios policiais.

2. o inquérito policial não é essencial ao oferecimento da denúncia, dele podendo prescindir a acusação caso, evidentemente, disponha de dados suficientes e necessários à caracterização da materialidade e autoria da infração penal.

3. o crime de tortura constitui delito comum inafiançável, que não se insere no rol de crimes funcionais típicos, razão por que não se aplica o disposto no art. 514 do Código de Processo Penal.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Medina (Relator): Sr. Presidente, a impetração fundamenta-se, exclusivamente, em arguição de nulidade da ação penal, quando ajuizada com supedâneo único em inquérito policial instaurado pelo Ministério Público.

Tive oportunidade de expender juízo a respeito em ocasião recente, quando relatei o Recurso Especial n. 494.320/RJ, submetido a julgamento nesta Turma no dia 02 de março passado.

Registro que o tema está sob a apreciação de V. Ex^a., mediante pedido de vista dos autos.

A questão diz respeito à repartição constitucional de atribuições, no que pertine ao exercício das funções da polícia judiciária e do Ministério Público.

Afirmo convencimento contrário à possibilidade de vir o órgão ministerial, **sponte propria**, instaurar e conduzir inquérito com vistas a dar azo à persecução criminal, por compreender que tal atribuição está reservada à polícia judiciária, a teor do que dispõe o art. 144 da Constituição Federal.

Com efeito, dispõe a Carta Política que:

1. à Polícia Federal incumbe apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, bem como nos casos de

infrações que repercutam no âmbito interestadual ou internacional, bem como prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes, além de exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras e, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União (art. 144, § 1º, CRFB);

2. à Polícia Rodoviária Federal cabe exercer o patrulhamento ostensivo das rodovias federais (art. 144, § 2º, CRFB);

3. a Polícia Ferroviária Federal deve exercer o patrulhamento ostensivo das ferrovias federais (art. 144, § 3º, CRFB);

4. às Polícias Cíveis incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares (art. 144, § 4º, CRFB);

5. as polícias militares devem exercer a polícia ostensiva e preservar a ordem pública e, ao Corpo de Bombeiros, incumbe executar atividades de defesa civil (art. 144, § 5º, CRFB).

Quanto ao Ministério Público da União, dispõe a Constituição Federal que suas funções institucionais, dentre outras, são:

1. promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

2. zelar pelo respeito aos direitos assegurados pela Constituição;

3. 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;

4. expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, *na forma de lei complementar respectiva*;

5. exercer o controle externo da atividade policial;

6. *requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial*, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

7. exercer outras funções, *desde que compatíveis com sua finalidade*.

Como o texto evidencia, as atribuições da polícia judiciária e do Ministério Público não são excludentes, até porque não se fundem nem se confundem.

Às polícias Civil e Federal cabe investigar para apurar infrações penais e, ao *Parquet*, incumbe exercer, sobretudo, o direito de ação penal pública incondicionada.

São funções complementares, que interagem harmonicamente.

No ordenamento jurídico infraconstitucional, dispõe a Lei Complementar n. 75/1993, em seus arts. 6^a e 7^a, que ao Ministério Público da União compete, em especial, quanto à sua atuação processual:

1. promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;
2. impetrar **habeas corpus** e mandado de segurança;
3. promover o inquérito civil e a ação civil pública;
4. promover outras ações, quando difusos os interesses a serem protegidos e, bem assim, quando necessárias ao exercício de suas funções institucionais, em defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis;
5. representar ao órgão competente para quebra de sigilo, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.
6. instaurar inquérito civil e outros procedimentos administrativos correlatos;
7. requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial e de inquérito policial militar, podendo acompanhá-los e *apresentar* provas;
8. requisitar à autoridade competente a instauração de procedimentos administrativos, ressalvados os de natureza disciplinar, podendo acompanhá-los e *produzir* provas;

Importa ressaltar que pode o Ministério Público da União, no procedimento administrativo, produzir provas, enquanto que, no inquérito policial, sua atuação cinge-se a apresentar provas.

No campo de atuação do Ministério Público Estadual, confere a Lei n. 8.625/1993, em seu art. 26, incisos IV e V, as seguintes atribuições:

- III - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;
- IV - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial e de inquérito policial militar, observado o disposto no art. 129, inciso VIII, da Constituição Federal, *podendo acompanhá-los*;
- V - *praticar atos administrativos executórios, de caráter preparatório*;

Como ressaltei no voto condutor do REsp n. 494.320/RJ (2002/0163917-2), há clara separação das possibilidades de atuação ministerial, tendo em vista o objetivo das investigações.

Tratando-se de instauração de inquéritos, sindicâncias e diligências civis, incidem o inciso I e suas alíneas, mas, se o procedimento investigativo possuir natureza criminal, incide o inciso IV.

O texto da Lei Orgânica do Ministério Público não o autoriza instaurar inquérito policial, posto que lhe confere tão-somente a faculdade de *requisitar* diligências investigatórias e a instauração do inquérito à autoridade policial.

A norma preserva a atribuição da polícia judiciária, a quem cabe apurar a prática de infrações penais e, ao mesmo tempo, integra as ações de ambas as instituições, na medida em que ressalva ao *Parquet* a faculdade de acompanhar a polícia civil no desenvolvimento das investigações e apresentar provas.

Não pode ser de outro modo, porque a interpretação sistemática do dispositivo em comento e dos arts. 129, incisos I e VIII, e art. 144, § 4º, da Magna Carta, conduzem, de um lado, à afirmação da atribuição da polícia civil para a apuração de infrações penais, ressalvada a competência da União — casos em que atuam as polícias federais — e, de outra parte, demarca o agir do Ministério Público, reservando-lhe a capacidade de instaurar o inquérito civil.

Portanto, independentemente da denominação formal do procedimento investigatório, sempre que o seu objetivo for a colheita de elementos para justificar a pretensão acusatória em âmbito criminal, o inquérito — quando indispensável — deverá ser instaurado pela polícia judiciária, ainda que a requerimento e acompanhado pelo Ministério Público.

Coerente com o texto constitucional, pode o *Parquet* coadjuvar a atuação da polícia judiciária, mas não substituí-la, posto que esta não é função institucional do Ministério Público.

Situações há em que o *Parquet* não pode prescindir do inquérito policial.

O mais das vezes, em função da necessidade de produzir investigação e prova complexa, notadamente quanto à autoria, de vez que a materialidade, via de regra, máxime nos crimes de resultado naturalístico é, não raro, mais fácil de aferir.

Esta a tarefa da polícia judiciária, no que pertine à apuração das infrações penais, contidas em seu mister.

Quando o inquérito policial é indispensável, apenas este procedimento deverá ter curso, sob iniciativa e condução da polícia judiciária, ainda que acompanhado pelo Promotor de Justiça.

Este, no limite de suas funções, pode requisitar informações e diligências, acompanhá-las e, mais que isto, apresentar provas para instruir o procedimento inquisitorial.

Não há, pois, que conviverem, simultaneamente, dois procedimentos investigatórios, posto que, como afirmei antes, a simultaneidade de procedimentos — inquérito policial e investigação ministerial — traduz, em face do caráter acessório

e subsidiário da atuação do *Parquet* no inquérito, contrariedade aos textos legais (constitucionais e infraconstitucionais), além de configurar, eventualmente, à vista da autonomia dos agentes, dispersão de esforços, em prejuízo da apuração.

Este, Sr. Presidente, também é o entendimento de V. Ex^a. e, por conseguinte, desta Turma, expresso, **verbi gratia**, no REsp n. 402.419/RO, **in verbis**:

“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.”

Penso que, demarcadas as atribuições do Ministério Público, bem como os seus limites, cabe examinar o que interessa e é pertinente para o julgamento deste **habeas corpus**.

Aqui, o caso é distinto.

Não se cuida de duas investigações paralelas, uma levada a cabo pela Polícia Civil, outra dirigida pelo *Parquet*.

Não há duplicidade de procedimentos.

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais ofereceu denúncia contra o paciente e outros 5 (cinco) indivíduos em 03.10.2003 (fls. 45/56), *com base em informações fornecidas por integrante do Conselho Tutelar local e por pessoas do povo, inclusive vítimas e testemunhas*, das quais sobressaiu a prática, em tese, de delitos tipificados no art. 1^o da Lei n. 9.455/1997 e, ainda, no art. 299 do Código Penal.

Tais peças de informação dão notícias sobre a suposta prática de tortura, exercida pelo paciente, na qualidade de Delegado de Polícia, ao proceder investigações criminais, *dentre as quais inquérito policial* para apurar o assassinato de Osmar Alves Ferreira de Almeida, objeto do BOPM n. 3.924, em apuração na Delegacia de Polícia Civil de São Joaquim de Bicas — MG, dirigida pelo paciente (fls. 58 e 101/104 e 124/125).

O fato, de intrincados liames probatórios, conduziriam à participação do paciente no delito, conforme declarações prestadas ao Promotor de Justiça por Eronilza Ferreira da Silva (fl. 138).

No curso das apurações, o paciente teria submetido Fabrício da Cunha Galhardo, testemunha do homicídio, a intensos constrangimentos físicos e psicológicos, mediante espancamento e asfixia mecânica, com objetivo de obter declarações que atribuíssem a Flávio de Souza Lopes a autoria do crime (fls. 90, 92 e 103).

Também em caso de latrocínio, ocorrido em 17 de agosto de 2003, teria o paciente esbofeteadado e batido em testemunhas adolescentes, impondo-lhes tortura (fls. 94/95).

Além disso, enquanto delegado, teria seqüestrado dois menores para, mediante prática de tortura, forçá-los a delatar quem estivera a praticar roubos e tráfico de entorpecentes na Cidade.

Nova denúncia foi oferecida contra o paciente no dia 17.10.2003, imputando-lhe a conduta tipificada no art. 344 do Código Penal e art. 232 da Lei n. 8.069/1990, c.c. os arts. 29 e 69 do Código Penal (fl. 87).

A situação é de excepcional relevância, de modo que deve ser ponderada **cum grano salis**.

Conquanto pudesse o *Parquet*, caso entendesse necessário, requisitar a instauração de inquérito policial para investigar a noticiada prática de tortura, certamente o mesmo não poderia ser conduzido na Comarca de Igarapé, posto que o titular da delegacia local, juntamente com seus auxiliares e detetives, eram o alvo das investigações.

Diante do relevo da questão, circunstanciada por situação excepcional, de inequívocas implicações institucionais, a envolver agente público — na função de delegado de polícia judiciária — em suposta prática de delitos atentatórios à dignidade e aos direitos humanos, sobretudo contra menores adolescentes, não há como impedir ao Ministério Público cumprir o seu mister, como titular da ação penal pública incondicionada.

Recolho, neste particular, o seguinte precedente da Primeira Seção deste Tribunal Superior, assim ementado:

“Processual Civil. Mandado de segurança requerido pelo Ministério Público objetivando liberar informações existentes em órgãos do Ministério da Aeronáutica. Inexistência de motivação que afete a segurança do Estado. Prevalência do interesse público relevante. Deferimento da segurança.

— A competência do Ministério Público no concernente à requisição de informações e documentos de quaisquer órgãos da Administração, independentemente de hierarquia, advém de sede constitucional e visa ao interesse público que se sobrepõe a qualquer outro (a fim de que possíveis fatos constitutivos de crimes sejam apurados), pondo-lhe, a Lei Maior, à disposição, instrumentos eficazes para o exercício das atribuições constitucionalmente conferidas.

— Em sendo a ação penal pública de iniciativa exclusiva do Ministério Público, e se a Constituição lhe confere o poder de expedir notificações e de requisitar informações e documentos (Constituição Federal, arts. 127 e 129), resulta, daí, que as suas atividades se revestem de interesse público relevante — oponível a qualquer outro — que deve ser cuidado com previdência, eis que a outorga desse poder constitui reflexo de suas prerrogativas institucionais. A ocultação e o não-fornecimento de informações e documentos é conduta impeditiva da ação ministerial e, conseqüentemente, da justiça, se erigindo em abuso de poder.

— **Omissis.**

— Já existindo inquérito instaurado em torno do fato, com o acompanhamento do Parquet, torna-se evidente o interesse público na ultimação dessas investigações cujo fito é o de desvendar a existência de possíveis crimes. o sigilo, **in casu**, não pode ser oponível à ação do Ministério Público, visto como o inquérito policial está se desenvolvendo sob absoluta reserva (CPC, art. 20), inexistindo temor sob possíveis desvirtuamentos das informações e documentos requisitados.

— É entendimento assente na doutrina que o Ministério Público, em face da legislação vigente, tem acesso até mesmo às informações sob sigilo, não sendo lícito a qualquer autoridade opor-lhe tal exceção.

— Segurança concedida. Decisão unânime.

(MS n. 5.370/DF, Relator o Ministro Demócrito Reinaldo, DJ de 15.12.1997, p. 66.185)

Recente aresto desta Sexta Turma, relatado pelo Sr. Ministro Hamilton Carvalhido, reforça minha compreensão sobre o tema, razão por que transcrevo, a seguir, a ementa do julgado, ressaltando, em grifo, aquilo em que convergimos e, de imediato, interessa ao feito:

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

[...]

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 art. 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 art. 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 (§ 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 emerge, entre outras disposições, do preceituado no § 4º do art. 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, art. 129, inciso VII).

6. Recurso especial provido.”

(REsp n. 402.419/RO, Relator o Ministro Hamilton Carvalhido, DJ de 15.12.2003, p. 413)

Com efeito.

É de suma importância o agir do Ministério Público em defesa da sociedade.

Sua função constitucional é distinta e sem dúvida, muito mais ampla, posto que abrange extenso rol de ações, desde a defesa da sociedade, da ordem jurídica, do meio ambiente, dos interesses das comunidades indígenas, dos direitos coletivos e difusos, até os direitos individuais indisponíveis.

Sem falar em sua imprescindível intervenção **custos legis**.

Contudo, não lhe compete apurar infrações penais.

Bem por isso, o inquérito policial não é peça indispensável à propositura da ação, se e quando o Ministério Público dispõe de elementos de convicção suficientes para dar início à persecução criminal.

In casu, entendeu o *Parquet*, a seu exclusivo juízo, por dispensá-lo.

Diante dos elementos de convicção sobre materialidade e autoria, houve por bem ao titular da ação penal ajuizá-la diretamente.

Dispõe o art. 5º, § 3º, do Código de Processo Penal, que qualquer pessoa que tenha conhecimento da prática de infração penal em que caiba ação pública, poderá comunicá-la à autoridade policial, para fins de instauração de inquérito.

Do mesmo modo, qualquer do povo pode provocar a ação do Ministério Público, fornecendo-lhe elementos indicativos de materialidade, autoria e de convicção, para fins de instauração da ação penal pública, casos em que o prazo para o oferecimento da denúncia terá por termo inicial a data do recebimento de tais informes (arts. 27 e 46, § 1º, do CPP).

Esta é, efetivamente, a situação descrita nos autos.

Lado outro, não prospera a alegação de ofensa ao disposto no art. 514 do Código de Processo Penal, uma vez que o crime de tortura, objeto da ação penal, constitui delito comum inafiançável e, por conseguinte, não dá azo à faculdade processual.

A propósito, confira-se:

“Penal e Processual Penal. Recurso especial. Fuga de pessoa presa e majorada (art. 351, §§ 3º e 4º do Código Penal). Defesa preliminar. Delito especial impróprio. Precedentes.

1. A resposta preliminar, de que trata o art. 514 do Código de Processo Penal, diz respeito aos crimes praticados por funcionário contra a Administração Pública em geral, que não são outros que não os tipificados nos arts. 312 a 326 do Código Penal.

2. Recurso improvido.”

(REsp n. 287.734/SP, Relator o Ministro Hamilton Carvalhido, DJ de 19.12.2003, p. 629)

“Penal e Processual Penal. Recurso especial. Fuga de pessoa presa e majorada (art. 351, §§ 3º e 4º, do CP). Defesa preliminar. Inquérito. Prejuízo. Delito especial impróprio. Precedentes.

I - A providência prevista no art. 514 do CPP diz com os delitos funcionais próprios em que a condição de funcionário é elementar do tipo (delito

especial próprio) não tendo aplicação quando se trata de delito funcional impróprio (delito especial impróprio) no qual a condição de funcionário atua como majorante ou qualificadora (v.g. arts. 150, § 2º, 151, § 3º, e 295 do CP).

II - A defesa preliminar é despicienda quando a exordial acusatória está supedaneada em inquérito policial. Além do mais, a eventual omissão só ganha relevância jurídica se evidenciar prejuízo para o réu (art. 563 do CPP).

Recurso não conhecido.”

(REsp n. 271.937/SP, Relator o Ministro Félix Fischer, DJ de 20.05.2002, p. 174)

Em relevante hipótese de crime de tortura, provas testemunhais suficientes para, a critério do titular da ação penal, ensejar a persecução criminal, foram legalmente oferecidas e apresentadas pelo Ministério Público.

A ação ministerial foi legalmente desencadeada, à vista de informações fornecidas por integrante do Conselho Tutelar da Comarca de Igarapé e, bem assim, de depoimentos prestados diretamente aos Promotores de Justiça por vítimas e testemunhas das supostas infrações.

Deste modo, afirmada a legalidade da iniciativa do *Parquet* ao propor a ação penal, não há qualquer nulidade a sanar.

Posto isso, denego a ordem.

HABEAS CORPUS N. 32.918 — MG (2003/0239308-8)

Relator: Ministro Paulo Medina

Impetrante: Nestor Paulo Guimarães

Advogado: Milton Fernandes da Costa Val

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Paciente: Nestor Paulo Guimarães (preso)

EMENTA

Processo Penal. Pena. Execução. Regime de cumprimento. Semi-aberto. Prisão domiciliar. Requisitos. Art. 117 da Lei n. 7.210/1984.

Admite-se prisão domiciliar, em princípio, quando se tratar de réu inserido no regime prisional aberto, **ex vi** art. 117 da Lei de Execução Penal.

Em regime de exceção, concede-se prisão domiciliar a réu portador de doença grave, que comprova a impossibilidade de assistência médica adequada no estabelecimento penal em que está recolhido.

Não havendo prova pré-constituída de que o paciente depende de tratamento médico especial, que não pode ser prestado no estabelecimento prisional, a ordem não pode ser concedida.

Ordem denegada.

ACÓRDÃO

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

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

Ministro Paulo Medina, Relator

DJ de 15.03.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Medina: Milton Fernandes da Costa Val — OAB/MG 41.666 impetra **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário em favor de Nestor Paulo Guimarães, maior de 65 anos, contra acórdão da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (fls. 20/23).

O paciente foi condenado a cumprir 6 (seis) anos de reclusão em regime fechado, porque incurso na sanção do art. 214, c.c. o art. 224, alínea **a**, do Código Penal (fl. 26).

Por decisão do Tribunal Mineiro, em sede de apelação, a sentença foi parcialmente reformada, para fixar o regime semi-aberto.

Está a cumprir a pena na cadeia pública de Matias Barbosa — MG.

Porque teria 75 (setenta e cinco) anos de idade e sofre de cardiopatia e hipertensão, requereu ao juiz da execução a concessão de prisão domiciliar, o que foi indeferido.

Contra esta decisão, impetrou **habeas corpus**, denegado pelo TJMG, sob o entendimento de que das decisões do Juízo de Execução cabe agravo e, bem assim,

porque se admite a prisão domiciliar apenas nas hipóteses previstas no art. 117 da Lei n. 7.210/1984 (fl. 22).

Alega o impetrante que o acórdão traduz constrangimento ilegal, porque “à vista do princípio da economia processual”, o **habeas corpus** impetrado perante o Tribunal de Justiça deveria ter sido recebido como agravo em execução.

Sustenta que o STJ, em casos similares, tem admitido a concessão de regime prisional domiciliar, quando o cumprimento da pena em local desapropriado assim o recomendar.

Afirma que “a transferência do recorrente para outro sistema prisional próprio (o que é uma confissão de inadequação do cumprimento da pena na Comarca), indica claramente a inoportuna e escandalosa intenção do Juízo da Execução em retirar o recorrente da proximidade de sua família, o que fere o princípio da ressocialização do preso” (fl. 9).

Requer a concessão da ordem, para que o paciente cumpra a reprimenda em regime domiciliar ou, alternativamente, que seja deferida a prisão domiciliar até que seja feita a transferência para o regime prisional adequado.

O Ministério Público Federal propende à denegação da ordem, por entender ausentes as hipóteses autorizadoras, insertas no art. 117 da LEP

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Medina (Relator): Sr. Presidente, a Corte ordinária, ao denegar a ordem de **habeas corpus**, assim formou seu convencimento:

“A postulação, tal como foi posta, não merece ser deferida.

A uma, porque as decisões do Juízo da Execução, mormente as envolvendo regime de cumprimento da pena, desafiam recurso de agravo e não **habeas corpus**.

A duas, porque o paciente não se enquadra em qualquer das hipóteses previstas no art. 117 da LEP, o que torna inviável a sua pretensão de transferência para o regime domiciliar, como muito bem explicado pela digna autoridade apontada como coatora nas suas informações de fls. 43/45.

A prisão domiciliar só pode ser deferida a condenado que esteja em regime aberto, assim mesmo nas hipóteses restritas ao art. 117 da LEP (Grifei)

[...]

Por fim, conforme bem asseverou o magistrado primevo, ‘O cumprimento da pena em regime semi-aberto deve ser a teor do art. 36 do Código Penal,

com requisição de vaga junto ao sistema prisional próprio, o que está sendo providenciado, agora, depois da prisão do impetrante. Não há, assim constrangimento ilegal”.

Determina o art. 117 da Lei de Execuções penais que o recolhimento do apenado em residência particular aplica-se apenas a quem cumpre a reprimenda em regime aberto, desde que seja maior de 70 (setenta) anos ou esteja, comprovadamente, acometido de doença grave.

Esta tem sido a reiterada orientação do STJ, razão por que destaco os seguintes precedentes:

“Processual Penal. Recurso ordinário de **habeas corpus**. Atentado violento ao pudor. Crime hediondo. Paciente octogenário. Prisão domiciliar.

A prisão domiciliar, em princípio, só é admitida quando cabível o regime prisional aberto, a teor do art. 117 da Lei n. 7.210/1984.

Não restando provado de plano que o réu depende de tratamento médico ou assistência familiar que não possam ser prestados na prisão em que se encontra, a ordem não pode ser concedida.

Recurso desprovido.”

(RHC n. 14.211/RN, Relator o Ministro Paulo Medina, DJ de 09.06.2003, p. 305)

“Processual Penal. Recurso ordinário de **habeas corpus**. Roubo qualificado. Doença grave. Aids. Prisão domiciliar.

I - A prisão domiciliar, em princípio, só é admitida quando se tratar de réu inserido no regime prisional aberto, **ex vi** art. 117 da Lei de Execução Penal.

II - Excepcionalmente, concede-se a prisão domiciliar ao réu portador de doença grave que, no regime fechado, demonstra a impossibilidade da aplicação da devida assistência médica no estabelecimento penal em que se encontra recolhido.

III - Não restando provado de plano que o réu depende de tratamento médico que não pode ser prestado no estabelecimento prisional, a ordem não pode ser concedida.

Recurso desprovido.”

RHC n. 10.961/MG, Relator o Ministro Félix Fischer, DJ de 13.08.2001, p. 176)

Registra o Juiz de 1ª instância que “(...) determinou se expedisse o mandado de prisão, o que foi realmente feito em data de 27.11.1991. O impetrante empreen-

deu reiteradas fugas e se homiziou, tentando ludibriar a Justiça e, finalmente, foi preso, encontrando-se, atualmente cumprindo pena na Cadeia Pública de Matias Barbosa” (fl. 26, grifos no original).

Ao paciente foi concedido pela Corte ordinária cumprir a pena em regime semi-aberto; além disso, não há prova pré-constituída de que seja maior de 70 (setenta) anos e, bem assim, quanto às suas condições de saúde.

Posto isso, denego a ordem.

HABEAS CORPUS N. 33.710 — PE (2004/0018595-0)

Relator: Ministro Paulo Medina

Impetrantes: Bóris Trindade e outro

Impetrada: Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região

Paciente: Xu Chang Quan (preso)

EMENTA

Processo Penal. **Habeas corpus**. Prisão preventiva. Indícios de autoria. Pressuposto. Inexistência. Análise do conjunto fático-probatório. Impossibilidade em sede de *writ*. Suficiência de meros indícios. Legalidade. Ausência dos fundamentos. Declaração de responsabilidade firmada por representante diplomático. Passaportes apreendidos. Ausência do **periculum libertatis**. Não elisão. Existência concreta calcada nas condições pessoais do paciente. Ordem denegada.

1. A via estreita do **habeas corpus** não comporta análise de mérito do processo de conhecimento, mormente quando necessário o exame aprofundado do material probatório;

2. Para afirmar a existência do indício de autoria — um dos pressupostos para decretação da segregação preventiva — é bastante que o magistrado verifique a potencialidade da participação no fato criminoso que se apura, o que não se confunde com averiguação minuciosa dos fatos, reservada à sentença;

3. O **periculum libertatis** é evidenciado quando verificável, **prima facie**, — tendo em vista as condições pessoais do Paciente — a probabilidade concreta de empreender-se fuga, frustrando a aplicação da lei penal;

4. A gravidade do crime, a imediatidade da prolação da sentença, a condição de estrangeiro do paciente e a ausência de ligação com o Brasil, demonstram a existência do motivo ensejador da custódia provisória, obrigando o magistrado a decretá-la;

5. A declaração de autoridade diplomática responsabilizando-se pela permanência do paciente em solo brasileiro e a apreensão de seus passaportes não elidem, por si sós, o **periculum libertatis**, sobretudo quando inexistem vínculos sólidos a prender o Paciente no território brasileiro;

6. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 13 de abril de 2004 (data do julgamento).

Ministro Paulo Medina, Relator

DJ de 10.05.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Medina: Trata-se de **habeas corpus**, substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, contra acórdão denegatório, em sede de *writ*, prolatado pela Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da Quinta Região.

Relatam os Impetrantes que o paciente Xu Chang Quan fora denunciado no Juízo da 13ª Vara Federal da Seção Judiciária de Pernambuco,

“por acusação de co-autoria de tentativa (branca) de homicídio por omissão relevante (art. 121, § 2º, inciso III, c.c. o art. 14, inciso II, do CPB) contra três africanos que viajaram clandestinamente do Porto de Conacry, na República da Guiné, ao Recife, a bordo do Navio Tu King, do qual o paciente é comandante, fato ocorrido em 12.11.2003” (fl. 03).

Sustentam que a segregação cautelar do Paciente constitui constrangimento ilegal, eis que inexistentes o pressuposto — indício suficiente de autoria — e os

fundamentos — risco à instrução criminal e à aplicação da lei penal — para sua decretação.

Através de alegações envolvendo o conjunto probatório, aduzem que o Paciente sequer tinha conhecimento da presença dos africanos clandestinos na embarcação que comandava, pelo que não pode ser a ele imputada a conduta dolosa omissiva e, por conseqüência, lhe imposto o encarceramento provisório pela inexistência do indício de autoria.

Alegam, por outro lado, que a fase instrutória do processo está findada, e, assim, não subsiste o motivo utilizado no decreto prisional consubstanciado na conveniência da instrução criminal.

Colacionaram declaração firmada pelo Conselheiro e Cônsul-Geral da Embaixada da República Popular da China no sentido de ser a Embaixada Chinesa inteiramente responsável pela sua presença no distrito da culpa — no local determinado pelo Judiciário —, até decisão final do processo penal, caso concedida a liberdade ao Paciente.

Assim, sustentam os Impetrantes que desaparece o motivo residente na hipótese de o Paciente furtar-se à aplicação da lei penal, no qual se baseou o juízo monocrático para decretar a segregação cautelar.

Lado outro, argumentam que não tem o Paciente o condão de se ausentar do País, visto que entregou a autoridade brasileira seus passaportes chinês e marítimo, sendo que, para conseguir outros novos, deverá reportar-se à Embaixada Chinesa, que não os expediria, mormente após a declaração apresentada.

Requereram, **in limine litis**, a revogação da prisão preventiva e a expedição de alvará de soltura. O pedido foi indeferido, tendo em vista não só a ausência do acórdão impugnado, mas também porque configurava providência satisfativa.

Requereram os Impetrantes a reconsideração da decisão indeferitória do pedido liminar, trazendo aos autos o inteiro teor do acórdão guerreado.

Mantive a decisão denegatória por seus próprios fundamentos.

O Ministério Público Federal é pela denegação da ordem, conforme ementado:

“Penal. **Habeas corpus**. Alegação de desnecessidade da prisão, pois encerrada a instrução criminal e insubsistente receio de fuga do paciente.

1. O paciente foi denunciado, na qualidade de comandante de navio chinês, por acusação de co-autoria em tentativa de homicídio por omissão contra três africanos que viajavam clandestinamente em sua embarcação.

2. Alega a desnecessidade de sua custódia cautelar, pois ausentes indícios de autoria, bem como pelo encerramento da instrução criminal e por não haver receio de que o paciente venha a fugir do Brasil.

3. A falta de justa causa não restou demonstrada de plano, sendo inviável, em sede de **habeas corpus**, proceder a exame valorativo do conjunto fático-probatório.

4. Encontrando-se a ação penal em fase de alegações, de fato não subsiste a necessidade da prisão fundada na conveniência da instrução criminal.

5. Declaração prestada pela embaixada chinesa, supostamente garantindo a permanência do paciente em solo brasileiro, não tem efeito jurídico de assegurar que não haverá fuga nem de que, fugindo o paciente, retornará ao País.

6. Parecer pela denegação da ordem.”

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Medina (Relator): No contexto do ideário do Estado Democrático de Direito emerge a compreensão de que alguém só pode ser levado à prisão após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, ainda assim, quando a lei veda a concessão de benefícios que o escusa da reprimenda de enclausuramento.

Contudo, há casos especiais em que a segregação prévia à condenação se faz absolutamente necessária, com o específico escopo de acautelar acontecimentos futuros que podem redundar em sérios prejuízos processuais ou para pessoas envolvidas no fato que se apura, seja no inquérito, seja no procedimento judicial-criminal.

É uma medida indesejável, mas, algumas vezes imprescindível. Para **Mirabete**, a prisão preventiva é

“Considerada um mal necessário, uma fatal necessidade, uma dolorosa necessidade social perante a qual todos devem se inclinar, justifica-se a prisão por ter como objetivo a garantia da ordem pública, a preservação da instrução criminal e a fiel execução da pena. Mas como ato de coação processual e, portanto, medida extrema de exceção, só se justifica em situações específicas, em casos especiais onde a segregação preventiva, embora um mal, seja indispensável.” (**Mirabete, Julio Fabbrini**. “Processo Penal”. São Paulo: Atlas, 2000, p. 384)

Não fica, porém, ao arbítrio do magistrado a determinação da custódia cautelar. Há prescrições legais que o vinculam, evitando abusos na utilização do instituto processual.

Assim, para a decretação da prisão preventiva, devem co-existir dois fundamentos, quais sejam, a prova inequívoca de materialidade e indícios suficientes de autoria do delito.

In casu, a materialidade sequer é discutida, sobretudo porque as provas trazidas aos autos demonstram, indubitavelmente, a existência de tentativa de homicídio qualificado.

Não requer investigação minuciosa do conjunto probatório para concluir que, efetivamente, três africanos — que viajavam na qualidade de clandestinos — foram espancados por tripulantes do navio Tu King e atirados ao mar, em local distante da costa brasileira e só não vieram a falecer por asfixia (afogamento), por ter sido prestado eficaz socorro às vítimas.

Resta saber se há indícios suficientes de autoria com relação ao Paciente.

Não é possível, pela apertada via do **habeas corpus**, analisar o mérito da **questio** para determinar se o paciente praticou ou não conduta penalmente relevante, especialmente quando necessário o exame aprofundado do material probatório e, ainda mais, por não ser esse o desiderato deste *writ*.

Contudo, há que se partir da idéia que se trata de pessoa que exerce a função de comandante da embarcação, o que equivale a dizer que nenhuma conduta de relevo é praticada por seus subalternos sem sua ordem, anuência ou conhecimento.

Assim, entendo correta a imputação feita na exordial acusatória, a qual remete o tema aos denominados delitos comissivos por omissão. Vale dizer, até decisão final que pode absolver ou condenar o Paciente, há indícios que — se não participou como mandante — tinha ciência da conduta criminosa praticada pelos tripulantes do navio, incidindo, portanto, o art. 13, § 2º, CP.

O que caracteriza essa espécie delitiva

“é exatamente a transgressão do dever jurídico de evitar o resultado, a que estava obrigado. Trata-se de delito especial, pois tão-somente aquele que, estando numa posição de garante do bem jurídico, não evita o resultado típico, podendo fazê-lo, é autor. Essa posição de garantidor — elemento da autoria — decorre do estreito vínculo existente entre o omitente e o bem jurídico protegido.

Em nível de tipicidade, faz-se mister a concorrência de uma situação típica; da não-realização de uma ação evitadora do resultado; da capacidade

concreta de ação (conhecimento da situação típica e do modo de evitar o resultado/possibilidade real de fazê-lo); da posição de garantidor do bem jurídico; da identidade entre a omissão e a ação, conforme o conteúdo do injusto.” (**Prado, Luiz Regis**. “Comentários ao Código Penal”. São Paulo: RT, 2002, p. 77)

Por ora, vejo que todos os requisitos estão satisfeitos, de forma a autorizar a afirmação que existem indícios suficientes de autoria, pois, **prima facie**, há regulação do fato pela alínea **a** do dispositivo em comento, já que abarcado o dever derivado de regulamentação legal da profissão do Paciente, responsabilizando-se por todos aqueles que se encontram na nave que comanda, inclusive clandestinos.

Os combativos Impetrantes trouxeram alegações baseadas em detida e meticulosa investigação do material probatório para demonstrar que inexistem os indícios de autoria. Todavia, é cediço na jurisprudência desta Corte que é impróprio eleger o *writ* como meio de análise de provas processuais:

“Criminal. HC conhecido como substitutivo de recurso ordinário. Tráfico de entorpecentes. Atipicidade da conduta e flagrante preparado. Impropriedade do *writ* para aprofundado exame de provas. Lei n. 10.409/2002. Interrogatório. Nulidade. Não-configuração. Liberdade provisória. Necessidade da custódia demonstrada. Gravidade do delito. Cloreto de etila. Substância considerada entorpecente. Recurso parcialmente conhecido e desprovido.

(...)

II - O **habeas corpus** constitui-se em meio impróprio para a análise de alegações que exijam o exame do conjunto fático-probatório — como a sustentada atipicidade da conduta e de flagrante preparado — tendo em vista a incabível dilação que se faria necessária. (...)” (HC n. 26.086/SP; 2002/0174876-1. Fonte DJ de 22.09.2003 p. 347. Relator Ministro Gilson Dipp. Data da decisão: 24.06.2003)

“**Habeas corpus**. Homicídio duplamente qualificado. Insuficiência de provas. Reexame do conjunto probatório. Impossibilidade.

1. A pretensão de puro e simples reexame de prova, à moda de segunda revisão criminal, é de todo incabível na via angusta do **habeas corpus**.

2. Ordem denegada.” (HC n. 20.128/SP; 2001/0198774-8. Fonte DJ de 19.12.2002 p. 441. Relator Ministro Hamilton Carvalhido. Data da decisão: 06.06.2002)

Por outro lado, os indícios de autoria devem ser verificáveis superficial e não pormenorizadamente, pois pressuporia verdadeira antecipação do mérito, o que

afrontaria os constitucionais princípios do estado de inocência e do devido processo legal.

Waldir Sznick leciona que a expressão indício

“está a indicar elemento leve, uma prova fraca; são sinais mas por serem meras indicações requer-se que os indícios seja suficientes (...)” (**Sznick, Waldir**. Liberdade, “Prisão Cautelar e Temporária”. São Paulo: Leud, 1994, p. 441)

O art. 239, CPP, define o que é indício, **verbis**:

“Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.”

Segundo **Mirabete**,

“Nos termos da lei, a premissa menor ou fato indiciário, é uma circunstância conhecida e provada. Cite-se, como exemplo: Tício foi encontrado junto ao cadáver, com a arma homicida e objetos da vítima. A premissa maior é um princípio de razão ou regra de experiência que no exemplo é a de todo aquele que é encontrado logo após o crime, junto ao cadáver, com a arma assassina e os objetos da vítima, é, provavelmente, o autor do crime. A conclusão, que é a comparação entre a premissa maior e a premissa menor, por indução (ou dedução) é a de que Tício é provavelmente o autor do crime.” (**Mirabete**, ob. cit., p. 317)

Transpondo o mesmo raciocínio para o caso vertente tem-se que a premissa menor reside no fato de o Paciente ser o comandante do navio onde se deu a conduta criminosa.

A premissa maior consubstancia-se na regra advinda da natureza da profissão do Paciente de que todas as atividades de relevo, exercidas dentro do navio de que é comandante, não são praticadas por seus subalternos sem sua ordem, anuência ou conhecimento.

Logo, a conclusão é a de que há indícios de ser o Paciente autor dos delitos a ele imputados, pois, provavelmente, determinou ou sabia dos crimes praticados a bordo da embarcação, o que não pressupõe, que fique claro, qualquer juízo de mérito ou prejulgamento.

Destarte, existentes os dois pressupostos ensejadores da medida.

Além desses, faz-se necessária a presença de um dos motivos ou fundamentos elencados, taxativamente, no art. 312, CPP, para a decretação da prisão preventiva.

É certo que o magistrado e o Tribunal recorrido enxergaram que a liberdade do paciente gerava perigo à instrução criminal e à aplicação da lei penal, o que autorizava a segregação prévia.

Consta, porém, que a instrução está finda e, desaparecendo o motivo, deve a constrição cautelar ser relaxada.

Entretanto, é mister analisar detalhadamente o fundamento do decreto prisional consistente na probabilidade de frustração de aplicação da lei penal, caso colocado o Paciente em liberdade.

Firmou-se entendimento neste Tribunal no sentido de não se admitir a prisão preventiva calcada, tão-somente, na gravidade do crime:

“**Habeas corpus.** Processual Penal. Prisão cautelar. Crimes de homicídio qualificado consumado e tentado. Sentença de pronúncia que adota como fundamento os motivos exarados no decreto de prisão preventiva. Ausência de fundamentação legal. Alegação genérica do clamor público e conveniência da instrução criminal. Precedentes do STF e do STJ.

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

2. O clamor público, dissociado de qualquer outro elemento concreto e individualizado, não tem, por si só, o condão de justificar a prisão cautelar. Precedentes do STJ.

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

4. Ordem concedida, em consonância com o parecer ministerial, para revogar a prisão cautelar decretada em desfavor dos pacientes, sem prejuízo de nova decretação de custódia cautelar devidamente motivada.” (HC n. 31.499/PB; 2003/0197584-2. Fonte: DJ de 16.02.2004, p. 283. Relatora Ministra Laurita Vaz. Data da decisão: 18.12.2003)

Não é o que ocorre, todavia, no caso em questão.

Há diversos aspectos, processuais e pessoais, a serem observados e que autorizam a manutenção da segregação cautelar do paciente.

O crime foi de extrema gravidade, causando repugnância ao mais vil dos homicidas, pois cometido sem qualquer motivo plausível e de forma fria e cruel.

Seres humanos — saídos de região miserável do Globo em busca de uma vida digna — foram espancados e atirados ao mar para morrerem afogados, rememorando os tristes fatos do Brasil-Colônia, quando negros eram jogados no oceano para fugir à fiscalização inglesa que combatia o tráfico de escravos.

Além disso, a instrução do processo de conhecimento findou-se e a prolação da sentença está prestes a ocorrer. A Súmula n. 52 desta Corte determina que

“Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo.”

Tais aspectos de ordem material e processual aliados às condições pessoais do paciente permitem concluir que, em liberdade, provavelmente, o paciente empreenderá fuga, visto ser estrangeiro, sem qualquer vínculo concreto com o solo brasileiro.

Em outras palavras, a pedra de toque da argumentação reside na inexistência de ligação sólida entre o Paciente e o distrito da culpa.

É voz uníssona nos pretórios que se deve decretar o encarceramento provisório quando

“o réu não reside no distrito da culpa morando em outro (normalmente fora do Estado e longe — Mato Grosso, Amazônia...). (...)”

É o caso daquele que não tem residência fixa — os vadios, mendicantes, artistas de circo — que hoje estão em um lugar e amanhã em outro, não existindo nada que os ligue ao distrito da culpa.” (Sznick, ob. cit., p. 444).

Assim já se pronunciou esta Corte:

“**Habeas corpus** — Processual Penal — Homicídio qualificado — Crime hediondo — Lei n. 8.072/1990 — Liberdade provisória — Réu que reside fora do distrito da culpa — Impossibilidade — Flagrante — Alegação de inocência — Inviabilidade de exame.

— A liberdade provisória não pode ser concedida nas hipóteses em que se impõe a decretação de prisão preventiva, máxime quando se destina a assegurar o regular andamento da instrução criminal, porquanto o paciente reside fora do distrito da culpa.

— Primariedade, bons antecedentes e residência fixa, por si sós, não são suficientes para garantir eventual direito subjetivo à liberdade provisória.

— Por outro lado, a via do **habeas corpus** não comporta o exame de alegação genérica de inocência, por demandar profundo exame de provas.

— Ordem denegada.” (HC n. 25.074/MG; 2002/0139678-0. Fonte: DJ de 18.08.2003, p. 218. Relator Ministro Jorge Scartezini. Data da decisão: 15.04.2003)

Foi acostada aos autos declaração firmada pelo Conselheiro e Cônsul-Geral da Embaixada da República Popular da China no sentido de ser a Embaixada Chinesa inteiramente responsável pela presença do Paciente no distrito da culpa.

Entendo, todavia, não obstante a retidão moral e honra irretorquível da Autoridade Diplomática signatária, que não está assegurada a presença do Paciente no distrito da culpa, pois não tem o condão de afastar suas condições pessoais autorizantes da medida extrema. Repiso, sua condição de estrangeiro e a total inexistência de vínculos com o País.

Ainda que alegue que o Paciente teve seus passaportes apreendidos por autoridade brasileira, tal fato não obstará a fuga, como demonstra diversas experiências vividas pelo Judiciário pátrio.

Há que ressaltar, ainda, que no caso de condenação — na hipótese de fuga, estando o Paciente em seu país de origem — não haverá possibilidade de extradição, pois, pela princípio da reciprocidade (art. 76, Lei n. 6.815/1980), a China não enviaria um seu cidadão para cumprir pena no Brasil.

Assim, entendo presentes os fundamentos e concretizado o motivo a ensejar a custódia provisória.

Posto isso, denego a ordem.

HABEAS CORPUS N. 35.704 — SC (2004/0072402-2)

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido

Impetrante: Daisy Cristine Neitzke Heuer

Impetrada: Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

Paciente: Nadir Balansin

EMENTA

Habeas corpus. Direito Processual Penal. Razões de apelação de segundo grau. Ausência. Nulidade. Caracterização.

1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é firme em que as razões de recurso substanciam, à luz da nova ordem constitucional, ato essencial do processo, indispensável ao efetivo exercício da ampla defesa, assegurada na Constituição da República (art. 5º, inciso IV).

2. Não ofertadas as razões de recurso pelo patrono constituído, devidamente intimado para tanto, é obrigatório oportunizar ao réu, por intimação, a sua substituição, tanto quanto, permanecendo indiferente, que se lhe nomeie defensor dativo, pena de nulidade do processo.

3. Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. 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 Paulo Gallotti, Paulo Medina, Hélio Quaglia Barbosa e Nilson Naves votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 10 de agosto de 2004 (data do julgamento).

Ministro Hamilton Carvalhido, Relator

DJ de 25.10.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: **Habeas corpus** contra a Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina que, improvido o apelo interposto por Nadir Balansin, preservou-lhe a pena de 6 anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime semi-aberto, pela prática dos delitos tipificados nos arts. 228, §§ 1º e 3º, e 230, § 1º, todos do Código Penal, em acórdão assim ementado:

“Apelação criminal. Requerimento, pela advogada constituída, da faculdade de arrazoar no Tribunal (CPP, art. 600, § 4º). Término do prazo sem a apresentação das razões recursais, fato que não obsta o conhecimento do apelo.

Posse ilegal de arma de fogo. Aplicação de pena de um ano a tal crime, com trânsito em julgado para o Ministério Público. Lapsos superior a quatro anos entre as datas do recebimento da denúncia e da publicação da sentença. Prescrição retroativa da pretensão punitiva do Estado. Extinção da punibilidade declarada de ofício.

Favorecimento da prostituição e rufianismo. Agente que induzia mulheres, incluindo menores, para trabalhar em seu estabelecimento, que tinha uma churrascaria como fachada, mas se tratava, na realidade, de casa de prostituição. Com a atuação das vítimas, auferia lucro, tanto nos produtos vendidos como nos programas sexuais por elas realizados. Autoria e materialidade comprovadas. Delitos perfeitamente tipificados. Concurso material pertinente. Condenação mantida. Recurso desprovido.” (Fl. 18)

Embargos de declaração opostos e rejeitados. (Fl. 87)

O paciente foi preso em flagrante delito e, após, posto em liberdade por força de concessão de **habeas corpus**, impetrado perante o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, restando condenado nas seguintes penas: a) 3 anos de reclusão, por infração ao art. 288, §§ 1ª e 3ª, do Código Penal; b) 3 anos de reclusão, pela prática do delito tipificado no art. 230, § 1ª, do Código Penal; c) 1 ano de detenção, por incurso no delito do tipo do art. 10 da Lei n. 9.437/1997, concedendo-lhe o direito de apelar em liberdade.

Dessa decisão, a defesa apelou, deixando transcorrer **in albis** o prazo para apresentação das razões recursais.

A Corte de Justiça Estadual negou provimento ao recurso, declarando, no entanto, extinta a punibilidade, em razão da prescrição, do crime de porte ilegal de arma de fogo.

Daí, a presente impetração fundada na nulidade do acórdão impugnado, porquanto realizado o julgamento do apelo sem as razões recursais do réu e “(...) sem que os autos baixassem para intimação do paciente para que constituísse outro defensor, sob pena de nomeação de defensor dativo, tendo-se assim, mantido uma condenação à revelia de qualquer defesa (...)”.

Aduz a impetrante que é indispensável a intimação do réu, em casos tais, para nomeação de defensor dativo e apresentação de razões recursais, pena de cerceamento de defesa.

Sustenta, ainda, que “(...) o entendimento deste Tribunal é que a matéria objeto do presente *writ*, comporta *nulidade absoluta*, podendo, inclusive, ser reconhecida de ofício na medida em que o prejuízo é evidente, principalmente no caso do paciente, onde a condenação de primeiro grau restou confirmada”. (Fl. 12)

Pugna, ao final, pela anulação do acórdão, para que “abrindo-se vista à defesa constituída, esta apresente as respectivas razões recursais, e após os trâmites legais, seja o paciente submetido a novo julgamento.” (Fl. 15)

A liminar foi deferida (fls. 95/97) e as informações dispensadas, por devidamente instruída a inicial.

O Ministério Público Federal é pela concessão da ordem (fls. 101/110).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Senhor Presidente, **habeas corpus** contra a Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina que, improvendo o apelo interposto por Nadir Balansin, preservou-lhe a pena de 6 anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime semi-aberto, pela prática dos delitos tipificados nos arts. 228, §§ 1^o e 3^o, e 230, § 1^o, todos do Código Penal, em acórdão assim ementado:

“Apelação criminal. Requerimento, pela advogada constituída, da faculdade de arrazoar no Tribunal (CPP, art. 600, § 4^o). Término do prazo sem a apresentação das razões recursais, fato que não obsta o conhecimento do apelo.

Posse ilegal de arma de fogo. Aplicação de pena de um ano a tal crime, com trânsito em julgado para o Ministério Público. Lapso superior a quatro anos entre as datas do recebimento da denúncia e da publicação da sentença. Prescrição retroativa da pretensão punitiva do Estado. Extinção da punibilidade declarada de ofício.

Favorecimento da prostituição e rufianismo. Agente que induzia mulheres, incluindo menores, para trabalhar em seu estabelecimento, que tinha uma churrascaria como fachada, mas se tratava, na realidade, de casa de prostituição. Com a atuação das vítimas, auferia lucro, tanto nos produtos vendidos como nos programas sexuais por elas realizados. Autoria e materialidade comprovadas. Delitos perfeitamente tipificados. Concurso material pertinente. Condenação mantida. Recurso desprovido.” (Fl. 18)

Embargos de declaração opostos e rejeitados. (Fl. 87)

O paciente foi preso em flagrante delito e, após, posto em liberdade por força de concessão de **habeas corpus**, impetrado perante o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, restando condenado nas seguintes penas: a) 3 anos de reclusão, por infração ao art. 288, §§ 1^o e 3^o, do Código Penal; b) 3 anos de reclusão, pela prática do delito tipificado no art. 230, § 1^o, do Código Penal; c) 1 ano de detenção, por incurso no delito do tipo do art. 10 da Lei n. 9.437/1997, concedendo-lhe o direito de apelar em liberdade.

Dessa decisão, a defesa apelou, deixando transcorrer **in albis** o prazo para apresentação das razões recursais.

A Corte de Justiça Estadual negou provimento ao recurso, declarando, no entanto, extinta a punibilidade, em razão da prescrição, do crime de porte ilegal de arma de fogo.

Daí, a presente impetração fundada na nulidade do acórdão impugnado, porquanto realizado o julgamento do apelo sem as razões recursais do réu e “(...) sem que os autos baixassem para intimação do paciente para que constituísse outro defensor, sob pena de nomeação de defensor dativo, tendo-se assim, mantido uma condenação à revelia de qualquer defesa (...)”.

Aduz a impetrante que é indispensável a intimação do réu, em casos tais, para nomeação de defensor dativo e apresentação de razões recursais, pena de cerceamento de defesa.

Sustenta, ainda, que “(...) o entendimento deste Tribunal é que a matéria objeto do presente *writ*, comporta *nulidade absoluta*, podendo, inclusive, ser reconhecida de ofício na medida em que o prejuízo é evidente, principalmente no caso do paciente, onde a condenação de primeiro grau restou confirmada”. (Fl. 12)

A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é firme em que as razões de apelação substanciam, à luz da nova ordem constitucional, ato essencial do processo e indispensável ao efetivo exercício da ampla defesa, assim assegurada na Constituição da República (art. 5º, inciso IV):

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

In casu, ao que se tem dos autos, a advogada constituída manifestou-se pelo ofertamento das razões recursais na superior instância, deixando, todavia, embora devidamente intimada, fluir, **in albis**, o prazo deferido (Código de Processo Penal, art. 601).

Em hipóteses tais, doutrina e jurisprudência são firmes em que, não sendo apresentadas as razões de apelação pelo patrono constituído, seja o réu intimado para substituí-lo ou, havendo indiferença do acusado, lhe seja, para tal ato, nomeado defensor dativo.

Nesse sentido, confira-se trecho do voto proferido pelo Ministro Felix Fischer, no REsp n. 125.680/RS, **in** DJ de 13.10.1998, **verbis**:

“(...)

A doutrina hodierna converge, em boa parte, no sentido de entender que, na inércia do defensor para a apresentação de razões, deve o réu ser intimado para substituí-lo ou então, havendo indiferença deste, deve o juiz nomear defensor dativo. A aplicação literal, fora do contexto geral do ordenamento jurídico, de que dispõe o *art. 601 do CPP*, seria uma ofensa ao princípio da

ampla defesa. Faltaria, assim, ao recurso, *elemento essencial*, lógica e juridicamente *indispensável*. O magistrado não pode querer ser julgador e defensor simultaneamente. Se fosse possível aceitar esta situação híbrida, o juiz poderia, **ad argumentandum**, exercer, então todas as funções em juízo, sendo, daí, prescindíveis tanto o promotor de Justiça como o advogado. Reconhecendo o **error in procedendo** tem-se: a) **Fernando da Costa Tourinho Filho**, in “Código de Processo Penal Comentado”, vol. 2, pp. 329/330, 3ª ed. Saraiva, 1998; b) **Ada Pellegrini Grinover** & outros, in “Recursos no Processo Penal”, p. 150, 1996, RT; c) **Ada Pellegrini Grinover** & outros, in “As Nulidades no Processo Penal”, pp. 195 e 198, 5ª ed., RT; d) **Fernando Capez**, in “Curso de Processo Penal”, p. 368, 1997, Saraiva; e) **J. F. Mirabete**, in “Processo Penal”, p. 639, 7ª ed., 1997, Ed. Atlas S/A.

A **quaestio**, aqui, não guarda semelhança com aquela da exigência, ou não, de recorrer por parte do defensor. No caso, ele apelou, só que deixou de cumprir com a sua função. Com a sua inércia, houve prejuízo evidente e até reconhecido, de certa maneira, no v. acórdão vergastado. Sob outro prisma, se as regras processuais do CPP fossem similares às do CPC, o defensor, na interposição, já teria motivado a súplica. Assim, numa interpretação *histórico-evolutiva* não é de se aceitar, hoje em dia, a aplicação literal do disposto no art. 601 do CPP, que cerceando o direito do réu, se apresenta fora do contexto processual penal, quer constitucional quer infraconstitucional.

Na douda *Sexta Turma* desta Corte tem-se como precedente v. julgado no *REsp n. 88.194/GO* (Relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ de 09.06.1997, p. 25.574).

Em tema de *contra-razões*, o *Pretório excelso* reconheceu o **error in procedendo** no HC n. 73.807/SC (Relator Ministro Sydney Sanches, DJ de 31.05.1996, p. 18.803).

O processo deve ser, pois, anulado a partir das razões recursais, para que o réu, intimado, indique outro defensor ou, no silêncio, lhe seja nomeado defensor dativo.

(...)”

Pelo exposto, concedo a ordem para, anulando parcialmente o acórdão estadual, preservada a punibilidade declarada extinta, garantir ao réu o direito de constituir novo advogado para a apresentação das razões de apelação ou, havendo indiferença, ser-lhe, nomeado defensor dativo.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 36.614 — MS (2004/0094810-0)

Relator: Ministro Nilson Naves

Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul

Procuradora: Eny Cleyde de M. Sartori Nogueira — Defensora Pública

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

Paciente: Severino Ferreira da Silva (preso)

EMENTA

Pena-base (cálculo). Homicídio qualificado (Código Penal, art. 121, § 2º, IV). **Habeas corpus** (correção da pena).

1. No cálculo da pena-base, o juiz há de dar toda atenção às circunstâncias estabelecidas pelo art. 59 do Código Penal. Unicamente a elas, é o que a melhor técnica recomenda.

2. Quando a circunstância por si só já qualifica o crime, não pode ela ingressar no processo mental da primeira fase de fixação da pena. **Non bis in idem**.

3. Penalmente, circunstância judicial não se confunde com circunstância atinente ao modo como ocorre a prática do homicídio. Quando uma se confunde com a outra, de modo que não seja possível distingui-las, prevalece a qualificadora, jamais as duas.

4. Havendo excesso de pena-base na sentença, é admissível a sua correção no julgamento da ação de **habeas corpus**.

5. Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo o julgamento após o voto-vista do Sr. Ministro Paulo Medina, que acompanhou a Relatoria, e o voto do Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa no mesmo sentido, por unanimidade, conceder a ordem de **habeas corpus** nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti, Paulo Medina e Hélio Quaglia Barbosa votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 03 de fevereiro de 2005 (data do julgamento).

Ministro Nilson Naves, Relator

DJ de 09.05.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: A Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul impetra ao Superior Tribunal que reduza a pena-base imposta a Severino Ferreira da Silva. Eis o pedido em resumo: (I) “o paciente pretende no presente remédio heróico, debater tão-somente a pena-base fixada ao crime de homicídio, ante a motivação que a fundamentou”; (II) “determinar a redução da pena-base imposta a um patamar justo, posto que a exasperação operada restou desproporcional à fundamentação legal que a justificou”.

Veja-se o que estabeleceu a sentença do presidente do Tribunal do Júri da Comarca de Pedro Gomes:

“Assim, o réu foi considerado culpado pelo crime de homicídio qualificado (art. 121, § 2º, IV do CP), pelo crime de ocultação de cadáver (art. 211 do CP) e vilipêndio a cadáver (art. 212 do CP).

(...)

Quanto às circunstâncias judiciais previstas pelo art. 59 do Código Penal, primeira fase da dosagem da pena:

Para análise de tais circunstâncias judiciais, tomo como parâmetro legal a pena mínima fixada na legislação.

A culpabilidade do réu deve ser considerada negativa, tendo em vista que o mesmo praticou o crime fazendo uso de arma de terceiros, esquematizou previamente o alibi a ser usado, assumindo o risco de incriminar terceiros; os antecedentes criminais são bons, sua vida pregressa não registra incursões policiais; sua conduta social é boa, posto que é pessoa trabalhadora e segundo a prova carreada não consta qualquer fato prejudicial a conduta social do réu; sua personalidade é um dado impreciso, portanto considero neutra esta circunstância; que o motivo deve ser considerado normal para o tipo penal, o réu queria tirar a vida da vítima; as circunstâncias foram prejudiciais tendo em vista que o réu agiu durante a noite, em local afastado da cidade dificultando a existência de testemunhas; que as conseqüências são normais ao tipo penal; que o comportamento da vítima também foi normal para o crime sob análise.

Assim, bem ponderadas e sopesadas estas circunstâncias, fixo a pena-base para o réu, em 16 (dezesseis) anos de reclusão.

Na segunda fase da individualização da pena, não está presente qualquer circunstância agravante ou atenuante da pena anteriormente fixada, de forma que mantenho a pena-base anteriormente fixada.

Quanto à terceira fase da individualização da pena, não existem causas especiais ou gerais de aumento ou diminuição da pena.

Então, fixo como pena definitiva ao réu Severino Ferreira da Silva, pela prática de homicídio qualificado, a sanção penal de 16 (dezesseis) anos de reclusão.”

À apelação o Tribunal de Justiça do Estado negou provimento, conforme se vê da ementa do acórdão:

“Se não houve manifestação sobre a alegada ausência do quesito no momento oportuno, logo após sua elaboração na sessão de julgamento, torna-se preclusa a matéria.

Não se conhece da prejudicial de cerceamento de defesa pelo indeferimento do pedido de desaforamento, mormente quando a matéria já foi analisada por ocasião do julgamento de pedido de desaforamento formulado pelo recorrente.

(...)

Verificando-se do conjunto probatório elementos suficientes para embasamento da decisão do corpo de jurados, não há falar em decisão contrária às provas dos autos.

Valendo-se o recorrente da desprevenção da vítima para perpetrar o crime, justo é o reconhecimento da qualificadora prevista no inciso IV, § 2º, do art. 121 do Código Penal.

A pena fixada acima do mínimo devidamente fundamentada, consideradas as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, deve ser mantida.

Nos crimes hediondos, o regime de cumprimento de pena estabelecido é o integralmente fechado.”

O parecer do Subprocurador-Geral Arx Tourinho foi pela concessão da ordem, nestes termos:

“8. Efetivamente as circunstâncias judiciais foram dosadas em excesso, considerando que conduta social, antecedentes, personalidade, motivo, foram avaliadas positivamente em favor do paciente.

9. Explicitando o fato de haver aumento de 04 anos sobre o mínimo, o acórdão levou em linha de consideração ‘as circunstâncias em que o fato acabou vindo à tona’ e ‘as conseqüências’ do delito.

10. Seguramente, a exasperação não corresponde à realidade, diante da própria análise das circunstâncias judiciais.

11. A dosimetria penal não pode ultrapassar os limites da proporcionalidade, o que ocorre no caso **sub judice**.

12. A fixação de 04 anos de exacerbação, referente a duas circunstâncias judiciais, que não se mostram com grau de importância, parece demasiada.

13. É da jurisprudência:

‘Criminal — HC — Homicídio qualificado — Dosimetria — Exacerbação da pena-base. Fundamentação vaga. Omissão quanto às circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal. Inobservância do sistema trifásico. Ordem concedida. Não obstante reconhecer-se a existência de certa discricionariedade na dosimetria da pena, relativamente à exasperação da pena-base, tem-se como indispensável a sua fundamentação, com base em dados concretos e em eventuais circunstâncias desfavoráveis do art. 59 do Código Penal. Hipótese em que o douto Julgador de 1ª grau afirmou que a pena-base não poderia ser fixada no mínimo legal, limitando-se a referir que as circunstâncias e conseqüências do crime teriam sido graves pois ‘a vítima foi atingida por vários disparos de arma de fogo, na cabeça e pelas costas, estando desarmada’. Aspecto inerente ao tipo penal qualificado do delito de homicídio. Magistrado sentenciante que não procedeu à fixação de **quantum** correspondente à pena-base, destacando o reconhecimento de duas qualificadoras pelo Conselho de Sentença e estabelecendo, por fim, a pena de reclusão definitiva. Vaga e insuficientemente fundamentada a fixação da pena-base pelo douto Julgador monocrático, diante de circunstâncias judiciais favoráveis ao réu, bem como do desrespeito ao método trifásico de aplicação da pena, verifica-se a parcial nulidade da sentença. Deve ser anulada a sentença monocrática, tão-somente quanto à dosimetria da reprimenda, a fim de que outra seja proferida com nova e motivada fixação da reprimenda, em observância ao sistema trifásico, mantida a condenação do paciente. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator.’

(STJ — HC n. 28.145 — RJ — Quinta Turma — Relator Ministro Gilson Dipp — DJ de 06.10.2003 — p. 293)

Do exposto, é de ser concedido o *writ*, objetivando abrandar o excesso.”

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): De fato, quanto às circunstâncias tendentes à fixação da pena-base (Código Penal, arts. 59 e 68), o juiz levou em consideração, na sentença confirmada pelo Tribunal de Justiça, a *culpabilidade*, “tendo em vista que o mesmo praticou o crime fazendo uso de arma de terceiros, esquematizou previamente o álibi a ser usado, assumindo o risco de incriminar terceiros”; e as *circunstâncias do crime*, que, ao ver do magistrado, “foram prejudiciais tendo em vista que o réu agiu durante a noite, em local afastado da cidade dificultando a existência de testemunhas”.

Alega a impetrante, *primeiro*, que as circunstâncias do crime, nos termos em que valoradas pela sentença à vista do disposto no art. 59, confundem-se com os modos a que se refere a qualificadora do homicídio prevista no inciso IV do § 2º do art. 121 do Código Penal; *segundo*, que “a majoração em quatro anos é exasperação desmedida, desnecessária e não encontra respaldo na fundamentação apresentada, portanto, desproporcional”.

Tal o jeito como foram negativamente valoradas as aludidas circunstâncias, elas aqui se misturaram e se confundiram com a qualificadora do homicídio, visto que, segundo a sentença, o réu agiu à noite, em local afastado, dificultando a existência de testemunha. Tais destaques, feitos pelo sentenciante, refletiram, isto sim, os modos que legalmente qualificam a prática do homicídio — traição, emboscada, dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido. Certamente que, quando a circunstância qualifica o crime, é-lhe vedado o destino de circunstância judicial, e vice-versa. Quando se confundem, há de prevalecer a qualificadora, unicamente. Ementei o HC n. 35.896 desta forma, num caso de lesão corporal gravíssima: “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 ingressar no processo mental da primeira fase da fixação da pena.”

Acolhendo, portanto, o parecer do Ministério Público Federal, em vez de propor à Turma que anule a sentença na parte atinente à fixação da pena, proponho ajustá-la ao reconhecimento da restante circunstância judicial negativa, uma única, qual seja, a culpabilidade do agente, atento ao mais que ficou estabelecido na sentença. Proponho, então, que seja diminuído de 04 (quatro) anos — o quantitativo estabelecido pelo presidente do Tribunal do Júri da Comarca de Pedro Gomes — para 1 (um) ano o acréscimo à pena mínima legalmente prevista.

Ante o exposto, concedo a ordem de **habeas corpus**, reduzindo, desde logo, de 16 (dezesseis) para 13 (treze) anos de reclusão, a pena definitiva pelo crime de homicídio qualificado.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Paulo Medina: Examinei atentamente a análise e a fundamentação das circunstâncias judiciais realizadas tanto pelo Magistrado de 1ª instância quanto pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, e o meu voto é no mesmo sentido do ilustre Ministro-Relator, pois acredito que o patamar de 13 (treze) anos de reclusão é o mais adequado ao paciente, sob a égide, principalmente, dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 16.904 — MT (2003/0149195-5)

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido

Recorrente: Valdson Varjão

Advogado: Ivo Matias

T. origem: Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso

Impetrados: Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso e Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso

Recorrido: Estado do Mato Grosso

Procuradores: Alessandro Jacaranda Jove e outros

Sustentação oral: Ivo Matias, pelo recorrente

EMENTA

Recurso ordinário em mandado de segurança. Processual Civil. Impedimento. Desembargador que participou do processo administrativo disciplinar.

1. O art. 134 do Código de Processo Civil impede que o juiz funcione, no mesmo processo, contencioso ou voluntário, decidindo-lhe as questões de fundo e de forma, em graus diversos da jurisdição.

2. A natureza administrativa do denominado processo voluntário determina que a interpretação da regra do impedimento alcance a instância administrativa, de modo a excluir do julgamento jurisdicional o juiz que haja participado da decisão administrativa.

3. É impedido de julgar o mandado de segurança o Desembargador que decidiu, na instância administrativa, a questão que serve de objeto à ação mandamental.

4. Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Paulo Medina acompanhando a Relatoria, no que foi seguido pelo Sr. Ministro Nilson Naves, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Paulo Gallotti, Paulo Medina e Nilson Naves votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, nesta assentada, o Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 28 de setembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Hamilton Carvalhido, Relator

DJ de 29.11.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: Recurso ordinário interposto por Valdon Varjão, contra acórdão do Tribunal Pleno do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso, que denegou o mandado de segurança impetrado contra ato do Presidente do Tribunal de Justiça e do Conselho da Magistratura, que o aposentou compulsoriamente do cargo de Tabelião do Cartório de Registro de Imóveis do 1º Ofício da Comarca de Barro do Garças — MT, assim ementado:

“Aposentadoria compulsória — Tabelião do Cartório do Registro de Imóveis de Barra do Garças — Aposentadoria por idade (70 anos) — Conselho da Magistratura — Segurança impetrada e denegada por maioria de votos.

Os titulares das serventias de notas e registro estão sujeitos à aposentadoria compulsória prevista no art. 40, II, da Constituição Federal sendo considerados servidores públicos **latu sensu**.” (Fl. 352)

Sustenta, preliminarmente, a nulidade dos votos dos Desembargadores Orlando de Almeida Perri, Munir Feguri e Manoel Ornelas de Almeida e, ainda, do Desembargador Antônio Bittar Filho, no exercício da presidência.

Aduz o recorrente que os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, desvinculados da função pública.

Argumenta, outrossim, que a Lei n. 8.935/1994 fixou taxativamente as hipóteses concernentes à extinção da delegação, inexistindo a figura da aposentadoria compulsória.

Invocando precedentes do Supremo Tribunal Federal, alega, ainda, que, com o advento da Emenda Constitucional n. 20/1998, restou certo que a aposentadoria compulsória por idade só se aplica aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, não sendo os notários e registradores titulares de cargo efetivo e, sim, profissionais a quem foram delegados o exercício da atividade notarial e de registro, nos termos do art. 3º da Lei n. 8.935/1994.

Recurso tempestivo (fl. 450), respondido (fl. 515) e recebido (fls. 510/511).

O parecer do Ministério Público Federal é pelo improvimento do recurso, em parecer assim sumariado:

“Constitucional e Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança individual. Servidor público. Titular de cartório. Aposentadoria compulsória. Art. 40, II, da Constituição Federal. Precedentes.

— ‘Os titulares de serventia de notas e registros são servidores públicos, aplicando-se-lhes o dispositivo constitucional relativo à aposentadoria compulsória aos setenta anos de idade. (CF, art. 40, II), Precedentes’. (Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 2002/0118523-8)

Parecer pelo não provimento do recurso.” (Fl. 545)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Senhor Presidente, sustenta o recorrente a nulidade dos votos do Desembargador Orlando de Almeida Perri, por haver participado do ato administrativo que aposentou compulsoriamente o recorrente como membro do Conselho da Magistratura e por não ter estado presente na sessão de julgamento em que fora relatado o processo; do Desembargador Munir Feguri por haver participado do ato administrativo que aposentou compulsoriamente o recorrente como Presidente do Conselho da Magistratura, do Desembargador Manoel Ornelas de Almeida por haver modificado seu voto após a proclamação do resultado no sentido da procedência do pedido e do Desembargador Antônio Bittar Filho, no exercício da presidência porque, acolhendo a manifestação tardia

e, em face da alteração do voto do Desembargador Manoel Ornelas de Almeida, anunciou a existência de empate, proferindo voto de desempate pela denegação da ordem e anunciando, pela segunda vez, o resultado do julgamento, em sentido contrário.

Diga-se, de início, que incorre nulidade em razão de não estar presente na sessão anterior o Desembargador Orlando de Almeida Perri, eis que o Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado autoriza o Desembargador a proferir voto se se afirmar em condições para tanto, podendo, ainda, pedir vista dos autos, senão vejamos:

“Art. 95. Não participarão do julgamento os Desembargadores que não tenham ouvido o relatório ou assistido aos debates, *salvo quando, não tendo havido sustentação oral, se derem por esclarecidos, ou afirmarem estar em condições de votar.*”

Art. 96. Ao Desembargador que não estiver habilitado a proferir imediatamente o seu voto, é facultado pedido de vista pelo prazo de uma sessão, mesmo em matéria administrativa.”

No que concerne à alegada nulidade, relativamente ao argumento de que o Desembargador Manoel Ornelas de Almeida teria modificado seu voto após a proclamação do resultado, é de se ter em conta a letra do § 1º do art. 99 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso:

“Art. 99. Terminada a votação, o Presidente anunciará o resultado do julgamento, que deve conter a conclusão dos votos-vencedores e mencionar os votos vencidos e o submeterá à aprovação dos Desembargadores.

§ 1º Até antes de aprovado o resultado pode o Desembargador alterar o seu voto.”

Em este, o teor da informação prestada pela Diretora do Departamento de Apoio ao Julgamento, relativamente à questão:

“Excelentíssimo Senhor Desembargador Donato Fortunato Ojeda:

Em resposta ao despacho exarado à fl. 389-TJ, informo a Vossa Excelência que, revendo as anotações taquigráficas, bem como a degravação de fita, constatei que, realmente após o voto proferido pelo emittente Desembargador Munir Feguri, acompanhando o voto do Desembargador Mariano Alonso Ribeiro Travassos, o Excelentíssimo Senhor Presidente da Sessão — Desembargador A. Bitar Filho — proferiu a leitura da decisão do julgamento nos seguintes termos:

‘Por maioria de votos, foi concedida a ordem impetrada.’
(Conforme assentamentos taquigráficos).

Esclareço a Vossa Excelência, que após a leitura da decisão, o douto Desembargador Manoel Ornellas de Almeida pediu a palavra para proferir voto retificação, conforme se vê à fl. 350-TJ dos autos do Mandado de Segurança Individual — Classe II — 11 — n. 2.649 — Capital.

Informo, outrossim, que somente a decisão definitiva deve constar do acórdão.” (Fl. 391)

Ao que se tem, **in casu**, não há falar em nulidade em razão de retificação de voto após a proclamação do resultado do julgamento, uma vez que o Presidente da Seção, em boa verdade, apenas “proferiu a leitura da decisão do julgamento”, submetendo-a à aprovação dos Desembargadores, oportunidade em que o Desembargador Manoel Ornellas de Almeida pediu a palavra para proferir voto-retificação, o que, em lugar de contrariar o dispositivo regimental transcrito, dá-lhe efetivo cumprimento.

Entretanto, no referente à nulidade dos votos dos Desembargadores Orlando de Almeida Perri e Munir Feguri, por haverem participado do ato do Conselho da Magistratura que aposentou compulsoriamente o recorrente, é de se ter em conta a letra do art. 134 do Código de Processo Civil, **verbis**:

“Art. 134. É defeso ao juiz exercer as suas funções no processo contencioso ou voluntário:

I - de que for parte;

II - em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como órgão do Ministério Público, ou prestou depoimento como testemunha;

III - que conheceu em primeiro grau de jurisdição, tendo-lhe proferido sentença ou decisão;

IV - quando nele estiver postulando, como advogado da parte, o seu cônjuge ou qualquer parente seu, consanguíneo ou afim, em linha reta; ou na linha colateral até o segundo grau;

V - quando cônjuge, parente, consanguíneo ou afim, de alguma das partes, em linha reta ou, na colateral, até o terceiro grau;

VI - quando for órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica, parte na causa.

Parágrafo único. No caso do n. IV, o impedimento só se verifica quando o advogado já estava exercendo o patrocínio da causa; é, porém, vedado ao advogado pleitear no processo, a fim de criar o impedimento do juiz.”

Ao que se tem, as hipóteses insertas no art. 134 do Código de Processo Civil referem-se às atuações anteriores do magistrado em sede de processos judiciais.

Ocorre, todavia, que esta egrégia Sexta Turma, por ocasião do julgamento do RHC n. 4.591/MG, da lavra do eminente Ministro Adhemar Maciel, teve oportunidade de examinar questão semelhante, dando-lhe solução diversa.

Esta, com efeito, a ementa do julgado:

“Constitucional. Processual Penal. Ação penal pública e ação penal privada intentadas por promotor de justiça, pela suposta prática de crime de ameaça, difamação e injúria. Suspeição de magistrado que já se pronunciara sobre o fato, em processo administrativo instaurado contra a paciente (serventária). Recurso parcialmente provido.

I - A Constituição Federal tem como um dos primados dos direitos fundamentais do homem e do cidadão o julgamento imparcial e a ampla defesa.

II - É inegável que quem participou de processo administrativo, colhendo provas e decidindo, está moral, legal e psicologicamente comprometido para uma decisão judicial descompromissada.

III - Recurso provido parcialmente, com o afastamento do juiz dos processos criminais.” (in DJ de 25.09.1995)

E estes, os fundamentos da decisão:

“(…)

Primeiramente, a Constituição Federal tem como um dos primados dos direitos fundamentais do homem e do cidadão o julgamento imparcial e a ampla defesa. O art. 252 do CPP não pode, à evidência, ser lido **ad litteram**. Dispõe ele:

‘O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que:

I - ... **omissis** ...

(…)

III - tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão’.

IV - ... **omissis** ...’

Sob o aspecto puramente ontológico, tanto o juiz que funcionou em procedimento e julgou judicialmente, como o sobrejuiz que atuou em segundo grau, se acham de igual modo impedidos de julgar pela segunda vez. O que se quer é evitar idéias preconcebidas. É inegável que quem participou de procedimento administrativo, colhendo provas e decidindo, está moral, legal e psico-

logicamente comprometido para uma decisão judicial. Nesse caso, não se poderia falar em julgamento imparcial. Por outro lado, a palavra ‘instância’, como se sabe, pode oferecer conotação maior do que ‘grau de jurisdição’. Significa ‘conhecimento’. O que se quer evitar, repito, é que o julgador judicial já tenha ‘conhecido’ antes a mesma matéria de fundo. (...)”

Com efeito, o art. 134 do Código de Processo Civil impede que o juiz funcione, no mesmo processo, contencioso ou voluntário, decidindo-lhe as questões de fundo e de forma, em graus diversos da jurisdição.

Decerto, a atuação anterior do magistrado não se refere apenas ao grau de jurisdição, mas, também, às suas diferentes espécies, entre as quais a administrativa e a judicial.

É que a natureza administrativa do denominado processo voluntário determina que a interpretação da regra do impedimento alcance a instância administrativa, de modo a excluir do julgamento jurisdicional o juiz que haja participado da decisão administrativa.

Tal orientação, para mais, obsta que se desvirtue a autonomia entre as esferas administrativa e judicial.

Tem-se, assim, que o impedimento determinado pela letra do art. 134 do Código de Processo Civil, obsta que o magistrado, já tendo examinado a questão de mérito objeto de julgamento, venha a sobre ela emitir novo juízo de valor. Evita-se, pois, o prejulgamento da questão, o preconceito, a idéia preconcebida.

E, na espécie, o julgamento da ação judicial por Desembargadores que, anteriormente, participaram do processo administrativo que culminou com a aposentadoria compulsória do impetrante poderia, **in tесе**, evidenciar ausência da necessária isenção na solução do litígio.

Do exposto, resulta que é impedido de julgar o mandado de segurança o Desembargador que decidiu, na instância administrativa, a questão que serve de objeto à ação mandamental.

Não foi outro o sentido do acórdão proferido no REsp n. 255.457/MG, da minha relatoria, senão vejamos:

“Recurso especial. Processual Penal. Impedimento. Magistrado que exerce jurisdição em processo criminal já tendo se manifestado, anteriormente, na esfera administrativa. Art. 252, inciso III, do Código de Processo Penal.

1. É defeso o julgamento de ação penal por magistrado que, anteriormente, participa de processo administrativo, propondo e obtendo, inclusive, a pena de demissão do servidor (Código de Processo Penal, art. 253, inciso III).

Tal orientação, para mais, obsta que se desvirtue a autonomia entre as esferas administrativa e judicial.

2. O termo 'instância' a que alude o art. 252, inciso III, do Código de Processo Penal, não está apenas por grau de jurisdição, mas, também, por suas diferentes espécies, entre as quais a administrativa e a judicial.

3. Recurso conhecido e provido para, declarando o impedimento do magistrado excepto, determinar seu afastamento dos autos da ação penal, decretando a nulidade de todos os atos com carga decisória e de produção de prova." (in DJ de 24.06.2002)

Pelo exposto, provejo o recurso para, acolhendo parcialmente a preliminar levantada, declarar a nulidade do julgamento e determinar a sua renovação.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Paulo Medina: Sr. Presidente, o argumento trazido pelo Sr. Ministro-Relator afigura-se insuperável, portanto, acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator, dando provimento ao recurso.

RECURSO ESPECIAL N. 492.785 — RO (2002/0159502-7)

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido

Recorrente: Augusto Jerônimo da Silva

Advogados: Edmundo Santiago Chagas Junior e outro

Recorrido: Ministério Público do Estado de Rondônia

EMENTA

Recurso especial. Penal e Processual Penal. Júri. Irregularidade na quesitação. Argüição a destempo. Ausência de prejuízo. Nulidade sanada. Coexistência da qualificadora do motivo fútil e da atenuante da violenta emoção. Possibilidade. Recurso improvido.

1. Em tema de nulidade processual, o vigente Código de Processo Penal acolheu o princípio *pas de nullité sans grief*, do qual resulta que a declaração da nulidade do feito requisita argüição oportuna e prova de demonstração do prejuízo decorrente.

2. As nulidades do julgamento em plenário do Júri devem ser argüidas logo depois de ocorrerem, sob pena de preclusão (Código de Processo Penal, art. 571, inciso VIII).

3. É possível o reconhecimento da qualificadora do *motivo fútil* e da atenuante da *violenta emoção*. Precedentes.

4. Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, com ressalva do Sr. Ministro Nilson Naves, relativamente à hipótese “melhor ajustar-se ao não-conhecimento.” Os Srs. Ministros Paulo Gallotti, Paulo Medina e Nilson Naves votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Brasília (DF), 15 de junho de 2004 (data do julgamento).

Ministro Hamilton Carvalhido, Presidente e Relator

DJ de 25.10.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Recurso especial interposto por Augusto Jerônimo da Silva contra acórdãos da Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, assim ementados:

“Júri. Tentativa de homicídio qualificado. Legítima defesa putativa. Decisão contrária à prova dos autos.

Não demonstrando nos autos a satisfação dos pressupostos legais para a legítima defesa putativa, ou de terceiros, acertada a decisão popular que a desacatou, máxime quando demonstra ter agido o réu no momento em que a vítima deixava despreocupadamente o local, sendo atingida pelas costas.” (Fl. 353)

“Júri. Falta de quesito genérico sobre atenuante. Quesito específico reconhecido pelos jurados e considerado na fixação da pena. Ausência de nulidade.

A falta de quesitação genérica sobre a existência de atenuantes não gera nulidade do julgamento do Júri quando os jurados, em respostas positivas a

quesitos específicos, reconhecem a existência de determinadas circunstâncias atenuantes, e estas são consideradas pelo juiz para a diminuição da pena-base.” (Fl. 372)

Negativa de vigência aos arts. 484, incisos III e IV, e 564, incisos III, alínea **k**, e IV, e parágrafo único, todos do Código de Processo Penal, funda a insurgência especial (Constituição da República, art. 105, inciso III, alínea **a**).

Pugna o recorrente no sentido de que “(...) seja recebido e admitido o presente recurso especial, para ao final, acolhendo-se as razões acima expendidas, declarar-se a violação dos dispositivos de Lei Federal multicitados nos itens n. III e IV, decretando-se a nulidade absoluta do julgamento ocorrido perante o egrégio Tribunal do Júri, determinando seja o recorrente submetido a novo julgamento, nos exatos termos da doutrina e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, retromencionadas.” (Fls. 400/401)

Recurso tempestivo (fl. 378), respondido (fls. 406/408) e admitido na origem (fls. 405/407).

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

“Recurso especial. Penal. Tentativa de homicídio. Júri popular. Coexistência da qualificadora do motivo fútil e agravante da violenta emoção. Falta de quesitação genérica acerca da atenuante. Inexistência de nulidade.

1. A formulação de quesito genérico somente é necessária quando a defesa não alega expressamente a existência de atenuante a favor do réu, o que não ocorreu no presente caso.

2. Sendo a redação do quesito formulada de forma clara e objetiva, de forma a propiciar o entendimento pelos jurados, não há que se alegar a nulidade do julgamento, mormente quando, ante a explicação do significado dos quesitos pelo juiz, não há nenhum requerimento por parte dos jurados ou impugnação por parte da defesa. Precedentes.

3. A ausência da formulação de quesito genérico sobre a existência de atenuante não acarretou nenhum prejuízo ao recorrente, porquanto a atenuante da violenta emoção foi reconhecida pelos jurados em seu favor, tendo sido considerada pelo juiz no momento da fixação da pena. Não havendo prejuízo à defesa, eventual inobservância de regra na formulação dos quesitos não leva à nulidade do julgamento.

4. A circunstância qualificativa do ‘motivo fútil’ pode (...) coexistir perfeitamente com a atenuante da violenta emoção. Não vai contra a experiência

da vida cotidiana o deparar-se alguém com indivíduos portadores de uma sensibilidade à flor da pele, que se deixam inflamar por razões verdadeiramente insignificantes (...). E se, no impulso, cometerem o crime, podem concomitantemente, estar agindo por motivo fútil.’

5. Pelo improvimento do recurso especial.” (Fl. 413)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Senhores Ministros, recurso especial interposto por Augusto Jerônimo da Silva contra acórdãos da Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, assim ementados:

“Júri. Tentativa de homicídio qualificado. Legítima defesa putativa. Decisão contrária à prova dos autos.

Não demonstrando nos autos a satisfação dos pressupostos legais para a legítima defesa putativa, ou de terceiros, acertada a decisão popular que a desacatou, máxime quando demonstra ter agido o réu no momento em que a vítima deixava despreocupadamente o local, sendo atingida pelas costas.” (Fl. 353)

“Júri. Falta de quesito genérico sobre atenuante. Quesito específico reconhecido pelos jurados e considerado na fixação da pena. Ausência de nulidade.

A falta de quesitação genérica sobre a existência de atenuantes não gera nulidade do julgamento do Júri quando os jurados, em respostas positivas a quesitos específicos, reconhecem a existência de determinadas circunstâncias atenuantes, e estas são consideradas pelo juiz para a diminuição da pena-base.” (Fl. 372)

Negativa de vigência aos arts. 484, incisos III e IV, e 564, incisos III, alínea **k**, e IV, e parágrafo único, todos do Código de Processo Penal, funda a insurgência especial (Constituição da República, art. 105, inciso III, alínea **a**).

São estes os fundamentos do acórdão recorrido, no que importa à espécie:

“(…)

O apelante, em suas razões de recurso, não nega a autoria do delito, restringindo a matéria recursal à alegação de legítima defesa putativa, contido aborda preliminar de nulidade.

Neste tópico, argumenta ter ocorrido contradição na resposta dos quesitos de n. 26 e o de n. 28. O primeiro refere-se à futilidade do ato, e o segundo, à violenta emoção.

Entretanto, como bem disse o Ministério Público em suas contra-razões, não se trata aqui da causa especial de aumento de pena, e sim da atenuante da violenta emoção prevista no art. 65, III, do CP (...)

Na fixação da pena, o nobre magistrado **a quo** também considerou a atenuante da violenta emoção para a redução da pena.

(...)

Assim sendo, por não configurar contradição na resposta dos senhores jurados, rejeito a preliminar argüida.

(...)” (fls. 355/356).

Lê-se, ainda, no acórdão proferido em sede de embargos de declaração:

“(...)

Os embargos são tempestivos e preenchem os requisitos de admissibilidade, por pretender-se, com eles, expurgar do acórdão ponto omissis em tese.

Reexaminando as razões do apelo embargante, verifico que, de fato, foi ventilada, no mesmo tópico da primeira preliminar, a alegada nulidade decorrente da ausência de quesito genérico da atenuante.

Essa questão não foi efetivamente enfrentada pelo acórdão embargado, impondo-se, por isso, o suprimento dessa omissão.

O embargante reclama da falta de quesito genérico sobre a existência de circunstâncias atenuantes. Argumenta que, ao formular diretamente o quesito específico da atenuante de violenta emoção, o juiz **a quo** surpreendeu os jurados, causando-lhes perplexidade.

Em verdade, o questionário apresentado aos jurados não registra quesito genérico da atenuante (fl. 280). Nele constam apenas dois quesitos específicos: um referente à atenuante de violenta emoção após injusta provocação da vítima; e outro da confissão espontânea. Em resposta ao primeiro (violenta emoção), os jurados acolheram por 04 (quatro) votos a 03 (três); quanto ao segundo (confissão espontânea), responderam positivamente por 06 (seis) votos a 01 (um).

Vê-se, portanto, que, embora não tenha havido quesito genérico da atenuante, os jurados foram indagados sobre dois quesitos específicos e reconheceram duas circunstâncias atenuantes. E essas causas atenuantes influíram na dosimetria, reduzindo a pena-base em 02 (dois) anos.

A questão é saber se, diante desse contexto, a simples falta de quesito genérico sobre atenuantes causa ou não a nulidade do julgamento.

Sabe-se que o quesito genérico da atenuante é considerado obrigatório, cuja falta provoca nulidade absoluta. Porém, tanto a doutrina como a jurisprudência, atentas ao princípio da instrumentalidade da forma, têm mitigado a sanção dessa irregularidade.

Assim é que inexistente nulidade pela simples falta de quesito genérico sobre atenuantes, se os jurados responderam favorável a quesitos específicos, e o juiz considerou-os na dosimetria da pena. (...)

Outro aspecto que aqui deve ser considerado é o fato de a defesa não reclamar em Plenário de nenhuma irregularidade do questionário (fl. 289), só o fazendo nas razões do recurso.

Nesse caso, a norma do art. 479 do CPP é clara no sentido de que eventual irregularidade deve ser reclamada em Plenário. A omissão da parte sana eventual irregularidade no questionário, consoante tem orientado jurisprudência corrente do STF e do STJ (STF: RT 616/410; STJ: RT 749/631).

Em face do exposto, sou pelo provimento dos embargos para declarar no acórdão embargado que, no caso, não ocorreu nulidade do julgamento do Júri.

(...)” (fls. 373/375).

Estes, os dispositivos do Código de Processo Penal apontados pelo recorrente como violados:

“Art. 484. Os quesitos serão formulados com observância das seguintes regras:

(...)

III - se o réu apresentar, na sua defesa, ou alegar, nos debates, qualquer fato ou circunstância que por lei isente de pena ou exclua o crime, ou o desclassifique, o juiz formulará os quesitos correspondentes, imediatamente depois dos relativos ao fato principal, inclusive os relativos ao excesso doloso ou culposo quando reconhecida qualquer excluyente de ilicitude;

IV - se for alegada a existência de causa que determine aumento de pena em quantidade fixa ou dentro de determinados limites, ou de causa que determine ou faculte diminuição de pena, nas mesmas condições, o juiz formulará os quesitos correspondentes a cada uma das causas alegadas;”

“Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:

(...)

III - por falta das fórmulas ou dos termos seguintes:

(...)

k) os quesitos e as respectivas respostas;

(...)

IV - por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato.

Parágrafo único. Ocorrerá ainda a nulidade, por deficiência dos quesitos ou das suas respostas, e contradição entre estas.

E o acórdão os teria violado porque, **verbis**:

“(...)

7. O recurso ora interposto visa à reforma de decisão de última instância, oriunda de Tribunal Estadual, violadora de dispositivos de Lei Federal (incisos III e IV do parágrafo único do art. 484 c.c. o art. 564, III, letra **k** e parágrafo único do inciso IV do art. 564, todos do Código de Processo Penal). A primeira violação diz respeito à ausência de quesito obrigatório. A segunda, relacionada à contradição entre os quesitos de n. 26 (vinte e seis) e 28 (vinte e oito) e suas respectivas respostas;

(...)

11. Conforme dito linhas acima, o apelante restou condenado por homicídio qualificado (surpresa e motivo fútil) em sua forma tentada (vide r. sentença de fls. 282/286).

(...)

21. Efetivamente, não há explicação jurídica plausível a fim de indicar, **in casu**, qual o verdadeiro motivo determinante do crime: a violenta emoção pela ameaça de morte feita pela vítima ao acusado ou a insignificância pela preferência de lugar em fila de posto de combustível;

(...)

24. Dessarte, merece ser reformado o v. acórdão profligado, a fim de se declarar a nulidade da decisão de primeira instância e ordenar que o recorrente seja submetido a novo julgamento pelo egrégio Tribunal do Júri, onde certamente prevalecerá a tese do homicídio privilegiado — caminho fático já apontado pelos senhores jurados, só que reconhecendo a violenta emoção em quesito impertinente, incompatível com a qualificadora da futilidade, deven-

do ser aquele primeiro situado antes desse último a fim de estancar tão grave prejuízo ao recorrente.

(...)

25.1 **Data máxima venia**, a nulidade ocorrida pela ausência de quesito obrigatório acerca da indagação genérica de existência de circunstâncias atenuantes em favor do réu, no caso dos autos, deixa de ser simples nulidade relativa, pois causa graves prejuízos ao recorrente que não podem ser apagados por mera preclusão temporal, nem tampouco se enquadram nas hipóteses dos julgados colacionados no v. acórdão;

26. É que a segunda nulidade pela ausência de quesitação genérica acerca da existência de atenuantes está intimamente ligada com a primeira, relativa à incongruência e contradição nas respostas dos jurados ante a perplexidade que foram levados;

27. A ausência do indispensável quesito genérico só fez levar à mente dos senhores Jurados, maior confusão e perplexidade, pois mesmo sem terem reconhecido a 'existência de atenuantes a favor do réu' (genérica), por falta de quesito nesse sentido (art. 484, parágrafo único, inciso III do CPP) foram levados de súbito a responderem acerca de autêntica circunstância subjetiva privilegiadora (violenta emoção), absolutamente incompatível com o sentimento de futilidade há poucos instantes confirmado pelo mesmo Conselho de Sentença;

(...)

28.2 Veja eminente Relator, que os mencionados incisos 'III e IV' contêm mandamento no sentido de se formularem dois quesitos indagando: 1^ª) sobre a *existência* de atenuante e 2^ª) qual a atenuante cabível se afirmada pelo júri sua existência. Sem essa fórmula, os jurados foram inegavelmente levados à *perplexidade*, pois não sabiam se tal quesito (28^ª) era atinente ao homicídio privilegiado ou mesmo à atenuante, vez que em momento imediatamente anterior tinham reconhecido o homicídio qualificado pela surpresa (vide quesito 27^ª) e pela futilidade (vide quesito 26^ª). (...)

30. Dessarte, os senhores jurados efetivamente não sabiam o que estavam votando quando lhes foi perguntado se o réu agiu sob violenta emoção: homicídio privilegiado ou simples atenuante? Certamente passou pela mente de cada um deles a lembrança de que, há poucos instantes, tinham afirmado que o motivo do crime fora banal (fútil). Então, logo em seguida, teriam que responder que o motivo não era mais aquele insignificante (fútil), mas sim outro decorrente de violenta emoção. Perplexidade;

(...)

36. Eis o imperativo contido na Súmula n. 156 do Supremo Tribunal Federal, que assim penaliza a nulidade processual insanável:

Súmula n. 156. ‘*É absoluta a nulidade do julgamento pelo Júri, por falta de quesito obrigatório.*’

(...)” (fls. 382/400).

De início, quanto à pretendida nulidade do julgamento em razão da ausência de formulação de quesito genérico de atenuante, não merece prosperar o recurso.

É que em tema de nulidades processuais, o nosso Código de Processo Penal acolheu o princípio *pas de nullité sans grief*, do qual se deduz que somente há de se declarar a nulidade do feito, quando, além de alegada **oportuno tempore**, comprovado o efetivo prejuízo dela decorrente.

Veja-se, a propósito, a letra da Exposição de Motivos do referido Diploma Legal:

“O projeto não deixa respiradouro para o frívolo curialismo, que se compraz em espiolhar nulidades. É consagrado o princípio geral de que nenhuma nulidade ocorre se não há prejuízo para a acusação ou a defesa.

Não será declarada a nulidade de nenhum ato processual, quando este não haja influído concretamente na decisão da causa ou na apuração da verdade substancial. Somente em casos excepcionais é declarada insanável a nulidade.”

E, ainda, as lições de **Fernando da Costa Tourinho Filho**:

“O artigo em exame repete o princípio francês do *pas de nullité sans grief* (não há nulidade sem prejuízo). Na verdade, para que o ato possa ser declarado nulo é preciso que haja, entre a sua imperfeição e o prejuízo às partes, um nexó efetivo e concreto. Se, a despeito de imperfeito, ele atingiu o seu fim, sem causar prejuízo, não se poderá falar em nulidade. a não ser quando o ato acoimado de nulo foi essencial ou estrutural, pois, nesse caso, o prejuízo é presumido.” (in “Código de Processo Penal Comentado”, 8ª ed., 2004, Ed. Saraiva, p. 253).

Neste mesmo sentido, a jurisprudência pacífica desta Corte Federal Superior:

“**Habeas corpus.** Ação penal originária. Afastamento de Prefeito. Legalidade. Direito de ir e vir. Inexistência de afronta. Via eleita. Descabimento. Verba repassada pela União e incorporada pelo Município. Competência. Justiça Estadual.

I - Foge ao âmbito do **habeas corpus** a discussão acerca do afastamento de Prefeito municipal do cargo, decretado em processo criminal, quando as supostas ilegalidades apontadas não atingiram, ainda que de maneira reflexa, o direito de ir e vir do paciente. (Precedentes).

II - A verba repassada pela União Federal ao Município, mediante convênio, incorpora-se ao patrimônio municipal, razão pela qual o foro competente para processar e julgar Prefeito acusado de desvio de tais verbas é a Justiça estadual. (Precedentes).

III - *Documentação consistente em comunicação da atual Prefeita ao membro do Parquet local, o qual não teve vista o paciente, mas que não se demonstrou qualquer prejuízo, não gera nulidade, haja vista que em nosso sistema processual adotou-se o princípio *pas de nullité sans grief*, não se declarando a nulidade do feito quando não restar devidamente comprovado o efetivo prejuízo dela decorrente (art. 563 do CPP).*

Habeas corpus parcialmente conhecido e, nesta parte, denegado.” (HC n. 32.754/PI, Relator Ministro Félix Fischer, **in** DJ de 17.05.2004 — nossos os grifos).

“**Habeas corpus** — Processual Penal — Lesão corporal de natureza grave — Nulidade — Falta de argüição no momento oportuno — Preclusão — Prejuízo não demonstrado.

— Como tenho afirmado em diversas oportunidades, em matéria processual penal prevalece o princípio *pas de nullité sans grief*, pelo qual não se declara nulidade sem a efetiva ocorrência de prejuízo, ou, ainda, quando o ato processual não houver influído na apuração da verdade substancial, ou na decisão da causa, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal.

— Ordem denegada.” (HC n. 31.132/RS, Relator Ministro Jorge Scartezzini, **in** DJ de 03.05.2004).

“Recurso especial. Estatuto da Criança e do Adolescente. Ato infracional. Nulidade. Ausência. Indemonstração de prejuízo.

1. Indemonstrado o prejuízo, não há falar em declaração de nulidade, à luz do princípio *pas de nullité sans grief*, que rege a matéria, dentro no sistema de direito positivo vigente.

2. Recurso não conhecido.” (REsp n. 142.619/RS, da minha Relatoria, **in** DJ de 18.08.2003)

“Penal e Processual. Roubo circunstanciado. Alegações finais. Defesa técnica. Insuficiência. Nulidade.

Não é insuficiente e nem mesmo deficiente a peça relativa às alegações finais que, conquanto objetiva e concisa, pugna pela desclassificação do delito, pela concessão de **sursis** e, ainda, pela modificação do regime prisional.

Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa (art. 563 do CPP).

Ordem denegada.” (HC n. 33.985/SP, Relator Ministro Paulo Medina, **in** DJ de 03.05.2004)

In casu, note-se não ter a Defesa argüido em plenário a nulidade ocorrente que, à falta de impugnação oportuna, deve-se ter por sanada, na letra mesma do art. 571, inciso VIII, do Código de Processo Penal:

“Art. 571. As nulidades deverão ser argüidas:

(...)

VIII - as do julgamento em plenário, em audiência ou em sessão do Tribunal, logo depois de ocorrerem.”

Neste sentido, os seguintes precedentes:

“**Habeas corpus**. Processual Penal. Nulidade. Tráfico ilícito de entorpecentes. Exame de dependência toxicológica. Ausência de intimação da defesa para oferecimento de quesitos. Preclusão.

1. A ausência de intimação, para o oferecimento de quesitos, não importa em nulidade do feito, mormente quando a defesa, intimada da realização da perícia, nada requer, permanecendo silente.

2. De qualquer modo, quando se admitisse a nulidade do feito por falta de intimação da defesa para o oferecimento de quesitos, seria de natureza relativa, a reclamar, para a sua declaração, além da argüição oportuna, a demonstração do prejuízo resultante.

3. Ordem denegada.” (HC n. 19.784/GO, da minha Relatoria, **in** DJ de 19.12.2002)

“**Habeas corpus**. Tribunal do Júri. Quesitos. Alegação de deficiência quanto às teses da defesa. Inocorrência. Nulidade não suscitada oportunamente.

Nulidades porventura permitidas no julgamento pelo Tribunal do Júri devem ser levantadas de imediato, sob pena de ver a discussão precluída nas fases subsequentes.

In casu, se a defesa entendia pela insuficiência dos quesitos em relação às teses cogitadas, então os questionasse no momento oportuno, ou seja, no instante da sua formulação e promoção ao Conselho de Sentença, fato incor-

rente pela constatação inegável de consentimento das perguntas pelo defensor, conforme consignado na ata de julgamento.

Ordem denegada.” (HC n. 29.333/MG, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, **in** DJ de 29.03.2004)

“Processual Penal. **Habeas corpus**. Art. 121, § 2º, II e IV, do Código Penal. Vício na quesitação.

I - A ausência de protesto no momento oportuno, quanto aos quesitos formulados, como regra, acarretam preclusão. (Precedentes).

II - A circunstância qualificadora constante do art. 121, § 2º, IV, elenca, em caso típico de interpretação analógica, uma série de hipóteses fungíveis entre si, razão pela qual o protesto acerca da apontada irregularidade, no tempo oportuno, seria indispensável, o que não ocorreu na hipótese dos autos.

Writ denegado.” (HC n. 24.498/SP, Relator Ministro Félix Fischer, **in** DJ de 19.04.2004).

“**Habeas corpus**. Processual Penal. Crime de homicídio qualificado. Tribunal do Júri. Quesitação complexa e controversa. Nulidades. Inocorrência. Preclusão. Necessidade de argüição em plenário. Precedentes do STJ.

1. **In casu**, a quesitação relativa às qualificadoras, apresentada em plenário, não enseja nenhuma resposta dúbia ou controversa, ao contrário, extrai claramente o veredicto manifestado pelos jurados populares, em perfeita consonância com o disposto no art. 484 do CPP

2. Tratando-se de nulidade de natureza relativa, eventual irregularidade na formulação de quesitos, no procedimento do Tribunal do Júri deve ser argüida no momento oportuno, ou seja, após a leitura e explicitação pelo Juiz-Presidente, sob pena de reclusão. Precedente do STJ.

3. Writ denegado.” (HC n. 30.267/ES, Relatora Ministro Laurita Vaz, **in** DJ de 08.03.2004).

De qualquer modo, inobstante a ausência de quesitação acerca de atenuante genérica, levou o magistrado de primeiro grau em consideração, ao proferir o decreto condenatório, as atenuantes específicas da *confissão espontânea* e da *violenta emoção*, não havendo falar, à evidência, em prejuízo qualquer daí advindo, **verbis**:

“(…)

Na data de hoje, o réu foi submetido a julgamento pelo egrégio Tribunal de Júri, havendo os Senhores Jurados reconhecido, por unanimidade de votos, a autoria e a materialidade.

Por unanimidade o Conselho de Sentença reconheceu que o acusado agiu com a vontade consciente de matar e somente não conseguiu o resultado morte por circunstância alheia a sua vontade, emergindo a figura do homicídio tentado.

(...)

Em resumo, pela votação acima, deve o acusado ser condenado pelo crime de homicídio tentado duplamente qualificado, com o reconhecimento das atenuantes citadas.

Em face do exposto, fiel à soberania do egrégio Tribunal do Júri, julgo procedente o libelo e, em consequência, condeno Augusto Geronimo da Silva, já qualificado nos autos, como incurso no art. 121, § 2º, II (fútil) e IV (surpresa), c.c. o art. 14, II, ambos do Código Penal.

Passo a dosar-lhe a pena.

(...)

Assim, atento às circunstâncias descritas acima e às diretrizes traçadas no art. 59 do Código Penal e tomando por conta o crime consumado, fixo a pena-base em quinze (15) anos de reclusão.

B. Atenuantes e agravantes.

Ante o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea e da violenta emoção (art. 65, III, **c, in fine**, e **d**, CP), reduzo a pena imposta em dois (02) anos. Nesta fase intermediária, a pena repousa em treze (13) anos de reclusão.

(...)” (fls. 282/284).

Da mesma forma, improcede a alegada nulidade do julgamento em razão do reconhecimento na sentença condenatória da qualificadora do *motivo fútil* e da atenuante da *violenta emoção*, cuja coexistência é perfeitamente admitida por esta Corte Federal Superior, ao que se extrai dos seguintes precedentes, **verbis**:

“Processual Penal. **Habeas corpus**. Homicídio qualificado (motivo fútil e impossibilidade de defesa da vítima) com atenuante (violenta emoção). Possibilidade de coexistência. Inexistência, no caso concreto, de simultaneidade entre a provocação e a reação.

Ordem denegada.” (HC n. 3.082/ES, Relator Ministro Adhemar Maciel, **in** DJ de 05.08.1996)

“Juri. Quesitos. Contradição.

Reconhecimento da circunstância qualificativa do motivo fútil (art. 121, § 2º, II, do CP) e, ao mesmo tempo, da circunstância atenuante da influência de violenta emoção (art. 65, III, **c, in fine**).

A qualificadora do ‘motivo fútil’ pode coexistir com a atenuante da influência de violenta emoção. Não vai contra a experiência cotidiana o deparar-se com indivíduos portadores de uma sensibilidade à flor da pele que, por razões insignificantes, são impelidos à prática de crimes, quando provocados.

Não se deve confundir a circunstância atenuante em foco (‘sob influência de violenta emoção’) com a causa de diminuição de pena do art. 121, § 1º (‘sob o domínio de violenta emoção’). Só esta última apresenta real incompatibilidade com a qualificadora do modo fútil.

Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 21.396/RS, Relator Ministro Assis Toledo, **in** DJ de 05.10.1992)

E, ainda, do excelso Supremo Tribunal Federal:

“**Habeas corpus**. Competência da Justiça Comum para julgar réu processado como incurso no art. 121, § 2º, inciso II, c.c. o art. 14, inciso II do Código Penal. Não caracterizado crime de natureza militar, definido no art. 9º, inciso II, letra **a**, do CPM, de vez que não há vinculação com a atividade ou condição de militar de modo a atingir a administração militar.

Por outro lado, não procede a argüição de quesitos conflitantes votados pelo Júri.

*Não há incompatibilidade entre a circunstância qualificadora — motivo fútil (art. 121, § 2º, inciso II do CP) e a atenuante comum — ter o agente cometido o crime sob influência de violenta emoção, provocado por ato injusto da vítima (art. 65, III, **c, in fine**, do CP).*

Não se trata aqui de figura ‘sob o domínio de violenta emoção’, que caracteriza a figura do homicídio privilegiado.

Finalmente, quanto a existência de simultâneos processos criminais, a matéria escapa à competência originária do Supremo Tribunal Federal.

Pedido conhecido em parte e indeferido.” (HC n. 65.638/RJ, Relator Ministro Djaci Falcão, **in** DJ de 29.04.1988)

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 705.456 — PR (2004/0143720-9)

Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa

Recorrente: Ministério Público Federal

Recorrido: Benito Simonetti

Advogados: Emerson Luiz Laurenti e outros

EMENTA

Recurso especial. Penal e Processo Penal. Prescrição da pretensão punitiva. Art. 115 do Código Penal. Interpretação teleológica. Idade do réu na data do acórdão. Precedentes. Recurso não provido.

1. “No caso de irreduzível dúvida entre o espírito e as palavras da lei, é força acolher, em direito penal, irrestritamente, o princípio do **in dubio pro reo** (isto é, o mesmo critério de solução nos casos de prova dúbia no processo penal). Desde que não seja possível descobrir-se a **voluntas legis**, deve guiar-se o intérprete pela conhecida máxima: **favorabilia sunt amplianda, odiosa restringenda**. O que vale dizer: a lei penal deve ser interpretada restritivamente quando prejudicial ao réu, e extensivamente no caso contrário.” (Nelson Hungria, in “Comentário ao Código Penal”, volume I, Ed. Forense, 1958, p. 86)

2. A interpretação lógica ou teleológica, consistente na indagação da real intenção da norma inserta na lei, reclama o entendimento do termo sentença do art. 115 do CP em seu sentido lato.

3. Contando, o réu, com mais de 70 anos na data do acórdão que ratifica ou retifica a sentença, deve incidir a norma inserta no art. 115 do CP para efeitos de prazo prescricional.

4. Precedentes.

5. Recurso não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. 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. 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), 14 de junho de 2005 (data do julgamento).

Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Relator

DJ de 1ª.07.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa: Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público Federal, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, contra acórdão do egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que, nos autos da apelação defensiva, reconheceu a prescrição da pretensão punitiva em relação ao réu Benito Simonetti, condenado, em primeira instância, a 02 anos e 08 meses de reclusão, pela prática de apropriação indébita previdenciária em continuidade delitiva (18 vezes).

Alega, o recorrente, violação do art. 115 do CP, pois o réu completou 70 anos de idade após a sentença, antes, porém, da decisão recursal, bem como aponta divergência do acórdão objurgado com precedentes deste STJ. Pugna pelo afastamento da prescrição.

Contra-razões apresentadas (fls. 395/408).

Admissibilidade positiva na origem (fl. 410).

O Ministério Público Federal opina pelo não-conhecimento do recurso (fls. 416/421).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa (Relator): 1. Matéria devidamente pré-examinada pelo Tribunal **a quo**, afastando o óbice da Súmula n. 282 do STF. O recorrente realizou, também, satisfatoriamente o cotejo entre os acórdãos com o confronto analítico dos julgados, utilizando como paradigmas acórdãos do STJ, razão pela qual a admissibilidade é positiva.

2. **Nelson Hungria** já ensinava:

“No caso de irreduzível dúvida entre o espírito e as palavras da lei, é força acolher, em Direito Penal, irrestritamente, o princípio do **in dubio pro reo** (isto é, o mesmo critério de solução nos casos de prova dúbia no processo penal). Desde que não seja possível descobrir-se a **voluntas legis**, deve guiar-se o intérprete pela conhecida máxima: **favorabilia sunt amplianda, odiosa restringenda**. O que vale dizer: a lei penal deve ser interpretada

restritivamente quando prejudicial ao réu, e extensivamente no caso contrário.” (in “Comentário ao Código Penal”, volume I, Ed. Forense, 1958, p. 86)

3. Diz o art. 115 do CP:

“Art. 115. São reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 anos, ou, na data da sentença, maior de 70 anos.”

4. A interpretação lógica ou teleológica, consistente na indagação da real intenção da norma inserta na lei, reclama o entendimento do termo “sentença” do art. 115 do CP em seu sentido lato.

Estando o réu com mais de 70 anos na data da sentença ou do eventual acórdão que a retifica ou ratifica, necessário se mostra, por imposição legal, o reconhecimento do prazo prescricional pela metade, à luz do art. 115 do CP

Em que pese haver entendimentos diversos, inclusive em Tribunais Superiores, ainda que de pouca monta, aponto precedentes expressivos deste STJ, e não poucos, que corroboram meu posicionamento:

“**Habeas corpus.** Penal. Processo Penal. Prazo prescricional. Art. 115 do CP. Termo **a quo**. Idade do agente. Tempo da sentença e/ou acórdão. Ordem concedida.

1. O vocábulo ‘sentença’, para efeito de contagem do tempo prescricional, de que cuida o art. 115 do CP, deve ser entendido na sua forma mais ampla, de modo a considerar-se a idade do agente, maior de 70 anos, na data da sentença ou do acórdão, que a confirma ou substitui.

2. Ordem concedida.” (HC n. 26.355/RJ, Sexta Turma, Relator p/ o acórdão Ministro Hamilton Carvalhido, DJ de 09.12.2003)

“Penal e Processo Penal. Recurso especial (...) art. 115 do CP. Prescrição reconhecida. Recurso prejudicado.

I - Nos termos do art. 115 do CP, são reduzidos pela metade os prazos prescricionais quando o réu era, na data da sentença, maior de 70 anos.

II - A expressão ‘sentença’, elencada no art. 115 do CP, deve ser interpretada em sentido lato, abrangendo acórdão (precedentes). (...) Recurso prejudicado.” (REsp n. 679.922/MG, Quinta Turma, Relator Ministro Felix Fischer, DJ de 07.03.2005)

No mesmo sentido, o STF:

“Prescrição — Idade do agente — Definição temporal. Enquanto o menoridade é perquirida em face da data em que cometido o crime, a idade

avançada o é relativamente ao último provimento judicial. O vocábulo ‘sentença’ empregado no art. 115 do CP tem sentido amplo. (...)” (Ext n. 591/IT, Plenário, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ de 22.09.1995)

5. Pelo exposto, *nego provimento* ao presente recurso.

É como voto.

**RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS
N. 16.181 — RJ (2004/0079620-8)**

Relator: Ministro Nilson Naves

Recorrente: Carlos Henrique Bocayuva Carvalho

Advogados: Marco Enrico Slerca e outros

Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Paciente: Carlos Henrique Bocayuva Carvalho

EMENTA

Falência. Inquérito judicial (conclusão). Denúncia (inépcia). Recebimento (fundamentação).

1. Técnica, lógica e processualmente, o inquérito judicial representa mais que o inquérito policial.

2. Se, porém, trata-se de excesso de prazos — caso em que os prazos de lei foram ultrapassados sem que se possa debitar tal fato exclusivamente ao funcionamento do Judiciário —, é lícito entender (como na origem se entendeu) que a defesa há de ser apresentada noutro momento, “caso o Ministério Público ofereça denúncia”.

3. Precedida pelo inquérito judicial, é de rigor que a denúncia, nele se apoiando, não crie dificuldades para a defesa, visto que as condutas puníveis encontram-se descritas em tal inquérito.

4. O Superior Tribunal não conhece de alegação não tratada pelo acórdão recorrido. De mais a mais, quando do recebimento da denúncia, a fundamentação pode ser sintética.

5. Recurso ordinário improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar 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 Paulo Gallotti. Sustentou oralmente o Dr. Luciano Bandeira, pelo recorrente.

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

Ministro Nilson Naves, Relator

DJ de 09.05.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: Impetrado **habeas corpus** em favor de Carlos Henrique Bocayuva Carvalho, sob as alegações, em suma, de falta de oportunidade para contrariar as acusações do inquérito judicial e de inépcia da denúncia, a Juíza da 5ª Vara Criminal da Comarca do Rio de Janeiro prestou ao Tribunal de Justiça as seguintes informações em 05.08.2003:

“O paciente, na qualidade de sócio-gerente da empresa Ultralar Comércio e Indústria Ltda, foi denunciado em 15.04.2003, juntamente com Luiz Carlos Torres, Marcelo Bisoni, Paulo dos Santos (que teve decretada extinta a punibilidade por força do art. 107, I, do CP), Carlos Alberto Marques Velho e Gilberto da Hora, pelo Promotor de Justiça com atribuição junto à 6ª Curadoria de Massas Falidas, como incurso nos arts. 186, inciso II, e 188, incisos VI e VII do Decreto-Lei n. 7.661/1945 na forma do art. 69 do Código Penal, em face da decretação da falência da empresa acima referida, o que ocorreu em 08.05.2000, tendo o processo tramitado pelo Juízo da 6ª Vara Empresarial que recebeu a denúncia em 16.04.2003, determinando a distribuição dos autos a uma das Varas Criminais da Capital.

A ação penal foi distribuída a este Juízo em 27.05.2003, tendo sido designada a data de 26.06.2003 para o interrogatório dos acusados. Contudo, o ato não pode ser realizado em face da não-localização dos denunciados nos endereços constantes dos autos, determinando este Juízo a expedição dos ofícios de praxe, para localizá-los, estando aguardando as respostas dos referidos expedientes.

Peço vênia para dizer a V. Ex^a. que por certo, o MM. Juiz que recebeu a denúncia observou os requisitos do art. 41 do CPP e as alegações trazidas no

remédio heróico, dizem respeito ao **meritum causae** que, *s.m.j*, não são discutidas na via estreita do **habeas corpus**.”

A ordem foi denegada, e, para o acórdão, da relatoria do Desembargador Vieira Macabu, foi escrita esta ementa:

“**Habeas corpus**. Indeferimento de oitiva de testemunhas não caracteriza cerceamento de defesa quando tem objetivo meramente procrastinatório. Coação ilegal que restou indemonstrada. Trancamento da ação penal. Pretensão incabível. Os fatos descritos na denúncia atendem ao disposto no art. 41 do Diploma Processual Penal. Existência de justa causa a ensejar a apuração dos fatos atribuídos ao paciente. Indícios caracterizadores da tipicidade da conduta. A estreita via do remédio heróico não permite dilação probatória nem um aprofundado exame dos elementos existentes no processo. Trancamento da ação penal. Impossibilidade. Exame de mérito. Matéria que refoge aos limites do *writ*. Inexistência de constrangimento ilegal de que tratam os arts. 5º, LXVIII, da CF/1988, e 647, do Diploma Processual Penal. Denegação da ordem.”

Daí este recurso ordinário, no qual foi formulado o seguinte pedido:

“Porque a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça impeça que, em casos que tais, a denúncia deixe de descrever, com os rigores do art. 41 do Código de Processo Penal, a conduta imputada a cada um dos réus (Recurso de **Habeas Corpus** n. 8.143/MG, Relator o Ministro Fernando Gonçalves), até para que se evite a responsabilidade penal por fato de outrem, confia o recorrente em que a ordem de **habeas corpus** será concedida, reformado o acórdão aqui alvejado, mesmo porque a decisão de recebimento da denúncia não se encontra fundamentada, com o conseqüente trancamento do processo da ação penal, até porque *não se garantiu, no inquérito judicial, o exercício do princípio do contraditório* (cf. HC n. 8.222, Relator designado o Ministro Sepúlveda Pertence, Supremo Tribunal Federal).”

Em nome do Ministério Público Federal, pronunciou-se o Subprocurador-Geral Moacir Mendes nestes termos:

“Razão, contudo, não assiste ao recorrente, posto que já foram demonstrados nos autos, **quantum satis**, que as disposições do art. 103 da Lei de Falências foram cumpridas, haja vista que, passadas as 24 horas do vencimento do prazo para que os credores habilitassem os seus créditos, o Síndico apresentou em Cartório a sua exposição circunstanciada, acompanhada do Laudo do Perito encarregado do exame da escrituração da falida, na qual vem indicando os fatos que considerou como práticas criminosas e apontou os seus

responsáveis, com vistas à instauração de inquérito judicial, indicando que todas as disposições legais foram cumpridas, sinalizando para que seja mantida a v. decisão recorrida, negando-se, por via de consequência, viabilidade ao provimento do presente recurso. (fls. 2C/178 — Apenso 01)

Segundo se colhe dos autos, determinou o MM. Juiz as providências insertas no art. 106 da Lei Falimentar, relativamente a todos os indiciados, em data de 18.09.2001 (fl. 197 — Apenso 01).

Considerando a natureza meramente informativa do inquérito judicial e, por isso, dispensável a produção de prova oral, a MMª. Juíza da 6ª Vara Empresarial indeferiu o pleito em despacho assim fundamentado:

‘Inquérito judicial para apurar crime na falência de Ultralar Comércio e Indústria Ltda, decretada em 08.05.2000, cujo prazo prescricional se dará em 1ª.05.2003.

Devido à natureza meramente informativa do inquérito judicial, por se tratar nada mais nada menos, de simples apuração de fatos, *indefiro* a produção de prova oral, consistente na oitava de 08 (oito) testemunhas, algumas das quais residentes em outros Municípios e Estado, tendo em vista que a prova oral não se sobrepuja à força probatória documental.

A defesa deverá ser apresentada, à época própria, de acordo com o devido processo legal, caso o Ministério Público ofereça denúncia.

Ao Ministério Público (art. 108 da Lei de Falências).’ (Fl. 339 — Apenso).

Verifica-se que os prazos foram cumpridos, tendo em conta, como já anotado, que a exposição circunstanciada do Síndico foi juntada aos autos e despachada pela Juíza em 16 de maio de 2001 (fls. 2C/19) tendo, o paciente, apresentado serôdia manifestação sobre tal relatório, em 25 de junho de 2001, conforme se vê às fls. 180/190, ocasião em que negou o cometimento dos crimes e requereu a produção de provas, que foram indeferidas, pois consideradas impertinentes e inoportunas, segundo decisão de fl. 339. No mesmo despacho, determinou fossem os autos com vista ao Ministério Público que, entendendo presentes elementos de convicção capazes de amparar deflagração de lide penal, ofereceu denúncia contra o paciente (fls. 2/2A — Apenso 01).

Teve o acusado, portanto, oportunidade de defesa, não tendo sido seus argumentos suficientes para ilidir o juízo primeiro de admissibilidade da acusação.

O deferimento das provas requeridas pelo falido, em outra vertente, é faculdade conferida ao Magistrado, não importando em nulidade do inquérito judicial, que é mera peça informativa, não sujeita, por conseguinte, ao contraditório, o indeferimento da produção das provas, mormente se impertinentes, como fez ver o Juiz, de maneira fundamentada, quando do despacho de recebimento da denúncia.

Nesse sentido, o Colendo Supremo Tribunal Federal tem reiteradamente assim decidido:

‘O inquérito judicial, mero incidente do processo de falência, é inquisitório.

Não se exige a intimação do falido para os fins do art. 106 da Lei de Falências.

Despacho de recebimento da denúncia que, nos termos do § 2º do art. 109 da Lei de Falência, contém fundamentos suficientes.

Recurso ordinário improvido’ (RHC n. 60.030/PR, Segunda Turma, Relator, Sr. Ministro Djaci Falcão).

Ademais disso, a alegação de que não mais fazia parte da sociedade desde janeiro de 1999, quando se afastou para tratamento de saúde, vindo depois a sua saída formal do quadro societário, remanescendo os sócios *Paulo dos Santos e Carlos Roberto Marques Velho*, que assumiram o ativo e o passivo da sociedade, tanto que, segundo diz o Diretor-Superintendente da falida, *Paulo dos Santos*, em data de 18 de junho de 1999, ‘*comunicou a todos os setores da Ultralar que o Requerente já não participava de seu quadro societário*’ (fl. 181), não se mostra relevante para o desfecho da ação, se no período compreendido desde a fixação do termo legal da falência, o Paciente ainda integrava o quadro social, cabendo-lhe responder pelo quanto lhe competir nas ações delituosas em apuração, haja vista que o termo legal da falência foi fixado na sentença no 60º dia útil anterior ao protesto por falta de pagamento, restando estabelecido o período entre dezembro de 1996 a 08 de maio de 2000 como de interesse para o processo falimentar, interregno em que o paciente figurava como sócio da falida (fls. 17 e 213/216 — Apenso 01).

Observa-se, com isso, que a denúncia não deixou de atender os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, descritas que estão as condutas dos denunciados, não padecendo da inépcia levantada, argüição que deve ser afastada por descabida.

Sem procedência, também, a pretensão de trancamento da ação penal, com a reforma do acórdão recorrido, ao argumento da não permissão do

exercício do princípio do contraditório durante o inquérito judicial, isto porque, conforme já anotado, por ser peça de natureza meramente informativa, não se sujeita, portanto, ao contraditório.

Diante do exposto, opina o Ministério Público Federal pelo conhecimento e improvidamento do recurso.”

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): Decretando a falência da empresa Ultralar em 08.05.2000, o Juiz da 6ª Vara de Falências e Concordatas da Comarca do Rio de Janeiro, em sua sentença, fixou como termo legal de falência o “60º dia útil anterior ao protesto por falta de pagamento”, a saber, de acordo com o relatório do síndico, dia que caiu no mês de dezembro de 1996, quando, ainda de acordo com o relatório, o paciente era um dos sócios-gerentes da Ultralar, conforme a denúncia.

A questão relativa ao inquérito judicial de falência precede, é verdade, às demais questões, vejamo-la primeiramente. Nela o que se alega, em suma, é que o inquérito não foi concluído; eis as palavras do impetrante: (I) “o inquérito judicial, no caso vertente, deveria ter sido desenvolvido com os rigores do princípio do contraditório”; (II) “quer isso dizer que o falido dispõe da garantia de produzir, no inquérito judicial, as provas necessárias à sua defesa”.

Até que a colocação feita pelo impetrante atende ao meu gosto, mas o que encontrei na jurisprudência da Terceira Seção foi que eventuais defeitos do inquérito judicial não prejudicam a ação penal já intentada. **Verbi gratia**, o RHC n. 12.469 (DJ de 04.11.2002), em cuja ementa o Ministro Vicente Leal escreveu o seguinte: “Em tema de crime falimentar, o inquérito judicial é, como o inquérito policial comum, peça meramente informativa, cujos eventuais defeitos não substanciam nulidade capaz de invalidar a ação penal já instaurada.”

Também entendo que o inquérito judicial dos arts. 103 e seguintes da Lei de Falências, técnica, lógica e processualmente, representa mais que o inquérito policial dos arts. 4º e seguintes do Código de Processo Penal. Acontece, porém, que essas e outras reflexões penais formuladas e formuláveis por mim não se aplicam bem ao caso presente.

A falência foi declarada em 08.05.2000. Em 02.05.2001, o síndico apresentou, em cartório, a exposição a que alude o art. 103. Formados os autos do inquérito judicial, foi em 10.10.2001 (embora os prazos sejam outros ao ver dos arts. 106 e 107) que o ora paciente requereu prova testemunhal, juntando o rol das testemu-

nhas, em número de 08 (oito), e solicitando a designação da audiência para que fossem ouvidas na comarca do Rio de Janeiro 04 (quatro) delas, bem como a expedição de precatória para a audiência das restantes.

Dúvida não há quanto a que, àquela altura, os prazos assinados tinham sido excedidos, e de muito. Será que excedidos pelo juiz, ou pelo síndico, ou pelo Ministério Público, ou, por que não, pelos falidos? Mas não é bem isso que me leva à formação da minha convicção. Vejam que o mencionado requerimento data de 10.10.2001. Tal como foi ele apresentado e juntado aos autos do inquérito judicial, de igual modo nos autos ficou, e lá ficou sem provocação de quem quer que fosse, até que, em 20.02.2003, tendo agora vista dos autos, o síndico, em rápido pronunciamento, lembrou que se avizinhava a prescrição, que o Unibanco não respondia aos ofícios a ele encaminhados e que o requerimento não tivera ainda despacho. Foi então que, ouvido o Ministério Público, o magistrado decidiu assim:

“Inquérito judicial para apurar crime na falência de Ultralar Comércio e Indústria Ltda, decretada em 08.05.2000, cujo prazo prescricional se dará em 1^a.05.2003.

Devido à natureza meramente informativa do inquérito judicial, por se tratar nada mais, nada menos, de simples apuração de fatos, *indefiro* a produção de prova oral, consistente na oitiva de 08 (oito) testemunhas, algumas das quais residentes em outros Municípios e Estado, tendo em vista que a prova oral não se sobrepuja à força probatória documental.

A defesa deverá ser apresentada, à época própria, de acordo com o devido processo legal, caso o Ministério Público ofereça denúncia.”

Tal o contexto, o meu convencimento é o de que outra decisão não se impunha, isto é, outra conclusão é que se não impunha. Deixo de lado questões outras, algumas, como se viu, levantadas pelo próprio impetrante, algumas de minha própria autoria, isso porque elas não vêm ao caso, e não vêm porque aqui o caso tem configuração diversa: trata-se de excesso de prazos — os prazos legais (permitidos e normais) foram ultrapassados sem que se possa debitar tal fato exclusivamente ao funcionamento do Judiciário; com efeito, para que isso acontecesse, contribuiu o ora paciente.

2. “A denúncia, no presente caso,” — alega o recorrente — “deveria ter descrito a conduta de cada um dos sócios, não apenas para que fosse observado o princípio constitucional da ampla defesa, como também para evitar a responsabilidade penal pelo fato de outrem”. E mais: segundo ainda o recorrente, “a açodada denúncia, absolutamente inepta, foi na verdade oferecida sem que o inquérito judicial tivesse sido concluído”. Foi evocado o RHC n. 8.143, relatado, nesta Sexta Turma,

pelo Ministro Fernando Gonçalves, em que se reconheceu a inépcia de denúncia por crimes contra a ordem tributária. Eis algumas palavras da ementa do acórdão do evocado precedente: “... sem apontar um só fato capaz de fornecer indício — ainda que mínimo — acerca da atuação dos sócios.”

Não creio, todavia, haja semelhança entre os dois casos, salvo o aspecto de que se trata, num e noutro, de denúncias envolvendo mais de uma pessoa. Não creio mesmo, porque o caso de que estamos cuidando, fundado que é em crimes falimentares, distancia-se do caso evocado, fundado que foi o eventual paradigma em crimes contra a ordem tributária. Isso não induz, de minha parte, posição infensa a que a denúncia há de conter descrição das diversas condutas. Confira-se, por exemplo, a ementa que escrevi para o RHC n. 16.135 (DJ de 23.08.2004):

“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.”

O que eu quero deixar bem claro é que o atual caso é diverso dos demais. Ao menos, evidentemente, de acordo com a minha própria convicção. Indo, então, ao presente caso, vejamos o texto da denúncia, que foi apresentada com apoio em inquérito judicial formado a partir da exposição circunstanciada a que se refere o art. 103 da Lei de Falências:

“Em face de Carlos Henrique Bocayuva de Carvalho, Luiz Carlos Torres da Silva, Marcelo Bisoni, Paulo dos Santos, Carlos Alberto Marques Velho e Gilberto da Hora, qualificados às fls. 17/18 do incluso inquérito judicial, pela prática dos seguintes fatos delituosos:

Os denunciados eram sócios-gerentes da sociedade comercial Ultralar Comércio e Indústria Ltda, que teve sua falência decretada em 08 de maio de 2000, pelo r. Juízo da 6ª Vara Empresarial de Falências e Concordatas da Comarca da Capital.

Segundo informa o Síndico da Massa Falida, em sua exposição circunstanciada, baseada no laudo pericial realizado nos registros contábeis da falida em anexo (fls. 40/178), os denunciados promoveram despesas injustificáveis,

por sua natureza e vulto, em relação ao capital social, alteraram a escrituração contábil verdadeira, bem como omitiram lançamento que dela devia constar.

Com este procedimento, os denunciados impossibilitaram a apuração das causas da falência, impedindo a completa apreciação dos procedimentos dos administradores da sociedade falida.

Assim procedendo, os denunciados, com vontades livres e conscientes, praticaram as condutas tipificadas pelos arts. 186, inciso II; 188, incisos VI e VII, do Decreto-Lei n. 7.661/1945, na forma do art. 69 do Código Penal.

Isto posto, requer determine-se as suas citações, para, querendo e sob pena de revelia, apresentar defesa, seguindo a ação penal em seus regulares trâmites e sendo, ao final, julgada procedente a pretensão punitiva, com a condenação dos mesmos nas penas retro-invocadas.

Recebida a presente, requer este órgão ministerial a remessa dos autos para distribuição a uma das varas criminais da comarca da Capital, nos termos do art. 109, § 2º, da Lei de Falências.

Postula, por derradeiro, a intimação e/ou requisição das testemunhas abaixo arroladas, para prestarem depoimento sobre os fatos narrados.”

Como disse alhures, o inquérito judicial, técnica, lógica e processualmente, representa mais que o inquérito policial. Dessarte, precedida pelo inquérito judicial, é de rigor que a denúncia, em casos que tais, nele sempre se apóie, como aqui nele se fundou, ocorrendo a mim, na espécie em comento, que, então, não se criaram dificuldades à defesa dos denunciados, embora o denunciante deste caso pudesse ter sido mais explícito em sua exposição do fato criminoso, mas, repito, não se criaram dificuldades porque as indicadas condutas puníveis estão completamente expostas no inquérito judicial grampeado à denúncia.

A conclusão que tenho em mãos é a de que não carece a denúncia dos requisitos que lhe são próprios (Código de Processo Penal, art. 41), daí que não acolho a arguição de sua inépcia.

3. Por fim, alega o recorrente que “a decisão de recebimento da denúncia não está fundamentada”. Primeiro, de tal alegação não cuidou o acórdão recorrido. Segundo, não existe indicação, nas razões de recorrer, do texto do despacho (ou decisão) de recebimento da denúncia. Terceiro, consegui localizar tal texto, mesmo assim, parte dele, entre as folhas do apenso, e, dessa parte existente do texto, a impressão que me fica é a de que se trata de despacho (ou decisão) fundamentado; aliás, a fundamentação, em casos dessa natureza, pode ser sintética ao ver da jurisprudência.

4. Voto no sentido de negar provimento ao recurso ordinário.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Medina: Sr. Presidente, tenho procurado atuar com rigor no controle judicial sobre o oferecimento de denúncia. Assim, nos crimes societários ou crimes que a ele se assemelham, sempre estou a exigir a participação individualizada, específica, de cada imputado, na exordial.

Todavia, pela leitura da denúncia, observo que houve uma descrição objetiva dizendo que o paciente também praticara os atos genericamente relacionados aos demais. Tal explicitação da exordial faz-me adequar o pensamento de agora àquele que venho sustentando como orientação de julgar.

Posto isso, acompanho o voto do Sr. Ministro Nilson Naves, negando provimento ao recurso em **habeas corpus**.

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS N. 16.791 — SP (2004/0153117-8)

Relator: Ministro Nilson Naves

Recorrente: Rubens da Silva Dantas

Advogado: Arnaldo Nunes

Recorrido: Tribunal Regional Federal da 3ª Região

EMENTA

Crimes contra a ordem tributária (Lei n. 8.137/1990). Crédito tributário (exigência). Esfera administrativa (Lei n. 9.430/1996). Condição (objetiva de punibilidade).

1. A propósito da natureza e do conteúdo da norma inscrita no art. 83 da Lei n. 9.430, o prevalente entendimento é o de que a condição ali existente é condição objetiva de punibilidade.

2. Conseqüentemente, a ação penal pressupõe haja decisão final sobre a exigência do crédito tributário correspondente.

3. Precedentes da Sexta Turma do Superior Tribunal.

4. Ordem de **habeas corpus** expedida de ofício, ressalvada, porém, outra ação penal (se for o caso).

ACÓRDÃO

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

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

Ministro Nilson Naves, Relator

DJ de 21.03.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: Em caso de denúncia fundada no art. 1^º, I, da Lei n. 8.137, de 1990, c.c. o art. 71 do Código Penal, foi impetrado **habeas corpus** ao Tribunal Regional Federal da 3^ª Região em 15.08.2003, no qual se formulou este pedido:

“... requer seja concedida liminarmente, a suspensão da ação penal, até o julgamento do mérito deste *writ*.”

No mérito, tendo a denúncia sido oferecida com antes (**sic**) da decisão definitiva no âmbito administrativo e, ainda, com base em provas absolutamente ilegais, conforme demonstrado nas linhas acima, é que requer, após pedidas as informações à autoridade coatora e observados os trâmites legais, haja por bem mandar expedir, a favor do paciente retroqualificado, ordem para revogar a r. decisão de folha 94 que recebeu a denúncia e designou audiência de interrogatório, bem como trancar a Ação Penal n. 2002.61.25.002186-7, da 1^ª Vara Federal de Ourinhos, por falta de justa causa, haja vista, a utilização de prova ilícita, tudo na conformidade dos arts. 648, I, e do CPP c.c. o art. 5^º, X, XII e LVI da Constituição Federal, Lei n. 4.595/1964, e demais dispositivos, assim como os fundamentos doutrinários jurídicos acima narrados, por ser de direito e de justiça.”

Foram prestadas estas informações, em resumo:

“1. O paciente foi denunciado pelo Ministério Público Federal em 31 de outubro de 2002, nos Autos sob n. 2002.61.25.002186-7, como incurso nas sanções do art. 1^º, inciso I, da lei n. 8.137/1990, c.c. o art. 71 do Código Penal.

Apurou-se no inquérito policial que o acusado suprimiu tributo, omitindo informações das autoridades fazendárias, ao não apresentar a declaração de imposto de renda do exercício 1999 (ano calendário 1998).

2. Foi determinada a intimação do acusado para que apresentasse comprovante de quitação do débito, antes do recebimento da denúncia, com a finalidade de eventual aplicação do disposto no art. 34 da Lei n. 9.249/1995 c.c. o art. 83, parágrafo único da Lei n. 9.430/1996 (fls. 33 e 37/38).

O acusado foi intimado às fls. 37/38.

Às fls. 39/46 o acusado requereu fosse a denúncia rejeitada, alegando, em síntese, que o procedimento administrativo fiscal ainda se encontra em curso.

O representante do Ministério Público Federal às fls. 84/87, requereu o recebimento da denúncia e o prosseguimento do feito, sob os argumentos de que há justa causa para a persecução criminal, e que o encerramento da via administrativa não é pré-requisito para a propositura da ação penal.

À fl. 88 este Juízo determinou a expedição de ofício à Delegacia da Receita Federal em Marília — SP solicitando informação sobre o andamento de eventual recurso administrativo interposto por Rubens da Silva Dantas, em razão do crédito tributário objeto destes autos, conforme certidão de cumprimento do despacho da fl. 90.

O Ofício DRF/MRA/Gabinete n. 266, da Delegacia da Receita Federal em Marília, datado de 22.05.2003 (fl. 92) informa que os autos do Processo Fiscal n. 13830.000851/2001-11, Auto de Infração — IRPF, lavrado em face de Rubens da Silva Dantas, encontram-se na Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo, para julgamento de impugnação apresentada pelo contribuinte.

A denúncia às fls. 02/03, baseada em representação fiscal para fins penais e inquérito policial (fls. 04/25), foi recebida pelo r. da fl. 94 dos Autos sob n. 2002.61.25.002186-7, com data de 24.06.2003, determinando a citação do denunciado e notificação do Ministério Público Federal.”

Por maioria de votos, o Tribunal Regional denegou a ordem em 09.08.2004, trazendo o acórdão esta ementa:

“1. O término do procedimento administrativo não representa condição de procedibilidade da ação penal, assim como decisão administrativa alguma vincula o Poder Judiciário, porque há independência das instâncias. A jurisdição paira sobre os atos administrativos; deles não depende para realizar-se,

nem o juízo a eles se submete. Na verdade, no âmbito do sistema constitucional brasileiro, a ocorrência do crime de fraude tributária deve ser declarada, definitivamente, pelo Poder Judiciário. A simples leitura do art. 83 da Lei n. 9.430/1996 revela que a natureza da ação penal pública incondicionada não foi mudada pelo legislador. Ele estabelece apenas o momento em que a autoridade tributária deverá necessariamente comunicar o fato delituoso ao Ministério Público. O *Parquet* pode promovê-la independentemente da representação fiscal de que fala a lei, desde que possua elementos relativos suficientes da autoria e prática delitivas.

2. Quanto à aplicação do art. 34 da Lei n. 9.249/1995, o MM. Juízo **a quo**, antes de receber a denúncia, mandou intimar o paciente para que apresentasse, caso houvesse interesse, no prazo de trinta dias, o comprovante de quitação do débito, a fim de ocorrer a extinção da punibilidade. Assim, resta descabido o argumento de que foi retirado o direito do paciente de extinguir a punibilidade pelo pagamento antes do recebimento da denúncia.

3. O crime de sonegação fiscal é material, porquanto, no caso em tela, a não-apresentação da declaração anual de rendimentos foi o meio para atingir o resultado supressão do imposto de renda — pessoa física. Não é necessário o término do procedimento administrativo para se configurar o corpo de delito. Os extratos bancários, que serviram de supedâneo para o oferecimento da denúncia, demonstram os vestígios da prática delitiva, que podem ser livremente apreciados pelo magistrado. Ressalte-se que a materialidade será melhor aferida durante a instrução processual, inclusive pelas demais provas como a testemunhal e o interrogatório do acusado.

4. Não há como se aceitar a tese de que a legislação invocada foi aplicada retroativamente. A requisição de informações sobre movimentação financeira foi expedida já na vigência da LC n. 105/2001, do Decreto n. 3.724/2001 e da Lei n. 10.174/2001.

5. Na verdade, instituiu-se novo sistema de apuração e fiscalização de ilícitos tributários, devendo ter aplicação imediata, a teor do art. 144, § 1º, do Código Tributário Nacional. A proibição de retroação da lei, no âmbito penal, só diz respeito à legislação mais severa, tendo por objetivo impedir que o réu seja prejudicado com a aplicação de lei que, ao tempo da sua conduta, não a previa como crime. Essa vedação se refere à norma penal incriminadora, que tem o condão de afetar o direito material do acusado, o que não é a situação espelhada nos autos, eis que se trata de norma de procedimento administrativo-tributário.

6. Ordem denegada.”

O voto-vencido, do Relator, concedia a ordem pelo fundamento da prova ilícita. Veja-se:

“Diante das considerações acima expostas, conclui-se que os dados da movimentação bancária obtidos sem autorização judicial constituem prova ilícita. A ação penal está fundamentada basicamente nestas informações, as quais demonstram que o paciente movimentou grande soma em suas contas bancárias, mas deixou de apresentar a declaração de rendimentos anual relativa ao ano-base 1998, embora estivesse legalmente obrigado. Portanto, se não há outros indícios que dêem supedâneo à ação penal, deverá ser trancada.

Ante o exposto, voto para conceder a ordem e determinar o trancamento da ação penal.”

Na petição de encaminhamento dos autos ao Superior Tribunal (recurso em sentido estrito recebido como recurso ordinário em 13.10.2004), pede o recorrente o seguinte: “... que esse egrégio Tribunal acolha as razões recursais e dê provimento ao recurso para o fim de conceder a ordem a favor do paciente, determinando o trancamento da Ação Penal n. 2002.61.25.002186-7, da 1ª Vara Federal de Ourinhos, por falta de justa causa, haja vista, a utilização de prova ilícita, tudo na conformidade dos arts. 648, I, e do CPP, c.c. o art. 5º, X, XII e LVI da Constituição Federal, Lei n. 4.595/1964, e demais dispositivos, assim como os fundamentos doutrinários jurídicos acima narrados, por ser de direito e de justiça.”

O parecer foi subscrito pela Subprocuradora-Geral Deborah Macedo. Ei-lo resumidamente:

“A nosso ver, não lhe assiste razão em quaisquer das questões suscitadas.

A discussão administrativa que se segue à definição do crédito tributário não se apresenta como condição de procedibilidade da ação penal, tendo em conta a independência entre ambas as instâncias, positivamente afirmada. De resto, o crédito já se encontra constituído, apenas com a sua exigibilidade suspensa em face do recurso administrativo.

Tampouco se argumente com a Lei n. 9.430/1996.

Não cuida o art. 83 da Lei n. 9.430/1996, na verdade, de condição de procedibilidade da ação penal. Limita-se, simplesmente, a indicar o momento em que se dará a representação fiscal para fins penais no tocante aos crimes contra a ordem tributária. Não impede — e nem poderia — que o MP, ciente da prática de delito fiscal e convencido de que as provas disponíveis são suficientes, proponha, de imediato ação penal, por força mesmo do princípio de sua obrigatoriedade.

No entanto, caso se concluísse que o dispositivo veicula de fato condição de procedibilidade, a sua evidente inconstitucionalidade deveria ser de imediato proclamada. Isto porque, ao erigir como condição de procedibilidade o esgotamento da instância administrativa, o dispositivo conflita com o art. 129, I, da Constituição Federal, que atribui privativamente ao Ministério Público a promoção da ação penal pública. Sendo obrigatória a ação diante de fato penalmente relevante, e competindo ao MP o seu exercício, a exigência de prévio exaurimento da via administrativa subtrairia ao órgão acusatório a possibilidade de atuar em face de crime. Eventualmente, inclusive, a própria ação penal estaria em definitivo inviabilizada, pela demora na apreciação administrativa, com repercussão na prescrição da pretensão punitiva.

Esse é o entendimento que, historicamente, essa Corte Superior confere ao tema em discussão:

(...)

Não se desconhece, é bem verdade, precedentes recentes do STF, exigindo prévio exaurimento da via administrativa como condição de procedibilidade da ação penal. Todavia, não há como se outorgar a um precedente, ainda que da Suprema Corte, foros de definitividade que não possui. É que, não obstante a discussão seja de ordem exclusivamente jurídica, a interpretação das normas, porquanto afastado em definitivo o método lógico-dedutivo, pode variar, quer em razão dos fatos especialíssimos de cada processo e de sua respectiva valoração, quer em função dos câmbios operados nos contextos sociais que visam regular, quer, ainda, da permanente reelaboração que o julgador faz do direito em face de novas compreensões do mundo da vida.

E a reflexão dessa Corte acerca do tema consubstancia, no nosso sentir, o melhor entendimento a ser a ele conferido, não só em face dos fatos noticiados na denúncia, de especial gravidade, como por conferir à titularidade da ação penal a dimensão que efetivamente possui.

No que diz com a alegada impossibilidade de utilização de dados da CPMPF para a constituição de outros tributos, inclusive quando o fato gerador deu-se na vigência da Lei n. 9.311/1996 em sua versão originária, responde-a com elaborada argumentação precedente dessa Corte Superior, assim ementado, **verbis**:

(...)

De modo que opina o MPF pelo não-provimento do recurso.”

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): Relativamente ao art. 83 da Lei n. 9.430, de 1996, pronunciei-me no HC n. 31.205 (sessão de 02.09.2004) e, no voto escrito para a ocasião, disse que (seguem alguns tópicos do meu pronunciamento), entre duas ou três das indagações intelectuais que vêm sendo feitas a respeito da natureza e do conteúdo da norma em foco, referentemente a efeitos na área processual e na área penal, a saber, entre pressupostos processuais (condições de procedibilidade, condições de ação) e condições objetivas de punibilidade, parecem-me a mim mais que razoáveis as razões apresentadas tendentes a ter nessa norma exatamente uma condição de punibilidade do fato tributário.

Quem nem tanto simpatizava com as condições de punibilidade era **Fragoso**; predisse ele a tendência de elas desaparecerem ante a relevância atual da culpabilidade como princípio básico e fundamental de todo o moderno sistema punitivo. São elas, escreveu o saudoso jurista em 1980 (4ª ed., de suas sempre presentes “Lições de Direito Penal”), elementos constitutivos do crime; da ocorrência da condição, ainda escreveu, é que dependerá o decurso da prescrição. Como exemplo de condição de punibilidade, entre outros, **Fragoso** indicou a sentença declaratória de falência.

Semelhantemente ao que sói acontecer com os crimes falimentares — em que, em termos de condição, previamente se requer a sentença declaratória —, o mesmo há de acontecer com os crimes contra a ordem tributária — em que previamente também se requer decisão; na hipótese, requer-se decisão final na esfera administrativa, é isso o que diz e com todas as letras, nesse particular, o aludido art. 83: “... após proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente”. É, portanto, elementar do fato punível, e da sua verificação é que terá início o decurso da prescrição.

No e com o Tributário, o interesse maior do Estado é o de se prover de recursos financeiros para suas várias atividades, mesmo que, para esse fim, valha-se do Penal. Talvez por aí é que se explique a natureza da norma jurídica em questão e se explique o seu conteúdo, bem como o seu alcance, talvez por aí, enfim, é que se entenda, em casos dessa ordem, a política do legislador. Do alto de sua majestosa sabedoria e fina ironia, disse **Baleeiro** em julgado de referência à Súmula n. 560 (DJ de 03.01.1977): (I) “não temos o direito de passar atestado de inépcia ao legislador, cuja política penal não nos é dado rejeitar, mas apenas cumprir como nela se contém, ainda que de sua sabedoria discordemos como simples cidadãos”; (II) “não há lei mais grávida de paradoxos do que a penal, que pune delitos sem vítimas, como o fumo de maconha”.

Será que as palavras do imortal **Baleeiro** não são da espécie de palavras que provam em demasia? De minha parte, venho vendo, **cum grano salis**, as atuais políticas criminais oriundas dos dois outros Poderes da União. Ando comprando boa briga com a filosofia pátria concernente aos denominados crimes hediondos, pois faltam à lei que os instituiu sobretudo sensatez e coerência; trata-se de lei que vai de encontro aos eternos e judiciosos princípios do melhor bom senso, entre eles, o da igualdade de todos, o da individualização da pena, o da ressocialização do condenado.

É preciso notar que a independência das instâncias não é um dogma, ou seja, não é ponto tão fundamental e tão indiscutível da doutrina jurídica, haja vista a existência do fato e a sua autoria não serem mais discutidas no crime. Vou além: quando simultâneos são o ilícito penal e o ilícito administrativo, sempre me ocorreu, nessa hipótese, que a instância prevalente é a penal. Tratando-se de um mesmo pano de fundo, isto é, confundindo-se o fato em termos de ilicitude (ao mesmo tempo, ilícitos penal e administrativo), prevalece, a meu ver, a jurisdição penal. Em outras palavras, a instância não prevalente (a administrativa), nesse caso, há sempre de aguardar o pronunciamento da instância prevalente (a penal).

Na oportunidade do aludido HC n. 31.205, conclui assim: “Com essas rápidas observações, estou acompanhando a conclusão do voto do Ministro Medina. Respeitosamente, peço licença ao Ministro Carvalhido (Relator), para, diferentemente de sua douda posição, entender que este é o momento próprio para o conhecimento da questão atinente à condição de punibilidade. De igual modo, peço licença ao Ministro Gallotti. Vejam que me limitei a examinar apenas um dos fundamentos do **habeas corpus**. Também concedo a ordem, ressalvada outra ação penal, uma vez proferida a decisão final a que alude o art. 83.”

2. Nas razões do pedido de reforma do acórdão, o recorrente, como se viu, utilizou-se apenas do fundamento referente à prova ilícita. Deixou, de lado, ou sei lá se o desprezou de todo, o fundamento que foi por mim acolhido no HC n. 31.205. No precedente da sessão de 02.09.2004, havia ambos os fundamentos — prova ilícita e procedimento administrativo —, e o Relator acolheu os dois, eu acolhi o que tinha a ver com a condição de punibilidade (não se trata, veja-se, de condição de procedibilidade).

3. Em conclusão, nego provimento ao recurso ordinário. De ofício, no entanto, expeço a ordem de **habeas corpus** a fim de trancar a ação penal (se for o caso), semelhantemente ao voto que proferi no HC n. 31.205, ressalvada, porém, outra ação penal, uma vez proferida a decisão final a que alude o art. 83.