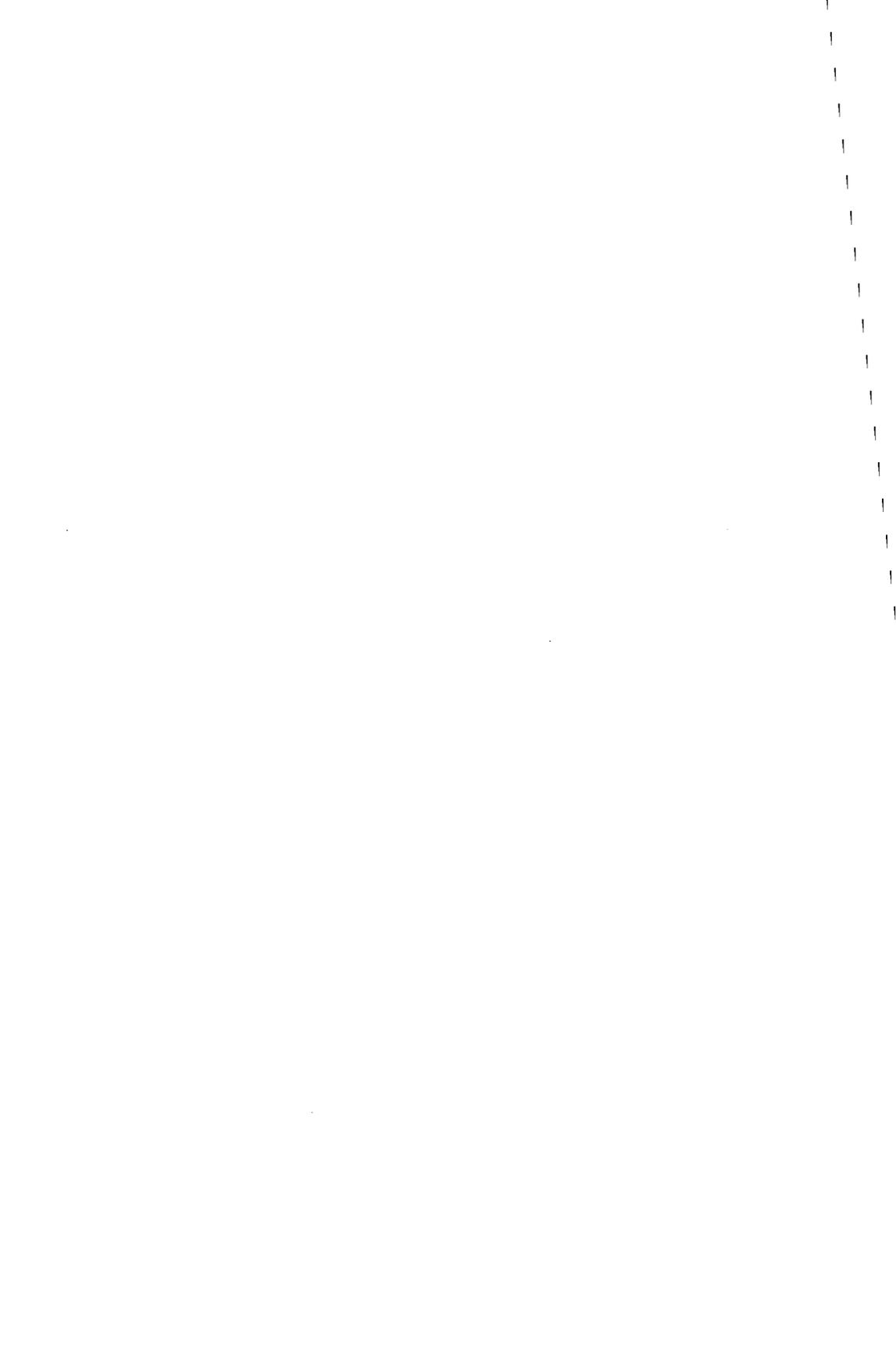


Jurisprudência da Sexta Turma



**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO
N. 636.940 — PE (2004/0151696-0)**

Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa

Agravante: Município do Recife

Procuradores: Gustavo Santos Barbosa e outros

Agravada: Suzete Franco da Silva

Advogado: João Baptista da Silva Araújo

EMENTA

Agravo regimental no agravo de instrumento. Data do protocolo da petição de recurso especial ilegível. Impossibilidade de comprovação ulterior. Agravo improvido.

1. A correta formação do agravo de instrumento é ônus do agravante, sob pena de não-conhecimento.

2. Se a máquina de protocolo ou a fotocopadora do Tribunal de origem, por má qualidade, não permitirem a leitura do carimbo do protocolo, cumpre ao agravante providenciar certidão atestando a data em que a petição do recurso especial foi protocolizada na Corte **a quo**.

3. O recurso especial está sujeito ao duplo juízo de admissibilidade, de modo que o exame dos requisitos de admissibilidade realizado pelo tribunal **a quo** não vincula este Superior Tribunal de Justiça, a quem compete processar e julgar o especial, cabendo-lhe, por conseguinte, o juízo definitivo de admissibilidade.

4. Não se admite, na instância especial, a juntada tardia de peças obrigatórias para a formação do agravo de instrumento, nem a conversão do julgamento em diligência ou abertura de prazo para sanar eventual irregularidade. De fato, com a interposição do recurso, ocorre a preclusão consumativa, não sendo possível suprir eventual irregularidade posteriormente.

5. Precedentes.

6. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

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

midade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Nilson Naves, Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti e Paulo Medina. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 15 de fevereiro de 2005 (data do julgamento).

Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Relator

DJ de 07.03.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa: Cuida-se de agravo regimental interposto em face de decisão que não conheceu de agravo de instrumento, em razão da impossibilidade de se aferir a tempestividade do recurso especial, ante a ilegitimidade da data do carimbo do protocolo.

Aduz o agravante, em suma, que a) apresentou todas as peças obrigatórias para a formação do instrumento do agravo, alegando, para tanto, que não é previsto em lei o requisito da prova da tempestividade do recurso especial ou do protocolo legível; b) é impossível ao Superior Tribunal de Justiça não conhecer de agravo de instrumento pela ausência da prova da tempestividade do recurso especial, se o Tribunal de origem o inadmitiu por outros motivos; c) as exigências não contidas em lei constituem apego ao formalismo inútil.

É o breve relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa (Relator): 1. Não assiste razão ao agravante.

De início, cumpre salientar que é firme o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça de que a correta formação do agravo de instrumento é ônus do agravante, sob pena de não-conhecimento.

Com efeito, a tempestividade do recurso especial é imprescindível ao julgamento do agravo de instrumento, tendo em vista que este recurso visa justamente comprovar a presença dos requisitos de admissibilidade daquele. Assim, sendo a tempestividade um dos requisitos de admissibilidade do recurso especial, a possibilidade de sua aferição apresenta-se indispensável ao conhecimento do agravo de instrumento.

De igual forma, a possibilidade de conversão do agravo de instrumento em recurso especial, nos termos do artigo 544, § 3º, do Código de Processo Civil,

requer estejam presentes todas as peças necessárias ao julgamento, cabendo ao agravante a formação completa do instrumento.

Ademais, se a máquina de protocolo ou a fotocopadora do Tribunal de origem, por má qualidade, não permitirem a leitura do carimbo do protocolo, cumpre ao agravante providenciar certidão atestando a data em que a petição do recurso especial foi protocolizada na Corte **a quo**.

A propósito, insta asseverar que o recurso especial está sujeito ao duplo juízo de admissibilidade, de modo que o exame dos requisitos de admissibilidade realizado pelo Tribunal **a quo** não vincula este Superior Tribunal de Justiça, a quem compete processar e julgar o especial, cabendo-lhe, por conseguinte, o juízo definitivo de admissibilidade. Impende trazer a lume a preleção de **Nelson Nery Junior**:

“A competência para o juízo de admissibilidade dos recursos é do órgão **ad quem**. Ao Tribunal destinatário cabe, portanto, o exame definitivo sobre a admissibilidade do recurso. Ocorre que, para facilitar os trâmites procedimentais, em atendimento ao princípio da economia processual, o juízo de admissibilidade é normalmente diferido ao juízo **a quo** para, num primeiro momento, decidir provisoriamente sobre a admissibilidade do recurso. De qualquer sorte, essa decisão do juízo **a quo** poderá ser modificada pelo Tribunal, a quem compete, definitivamente, proferir o juízo de admissibilidade recursal, não se lhe podendo retirar essa competência”. (**Nery Junior, Nelson**. “Teoria Geral dos Recursos”. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 255)

Há de se ter sob mira, por oportuno, que a doutrina e a jurisprudência são uníssonas em não admitir, na instância especial, a juntada tardia de peças obrigatórias para a formação do agravo de instrumento, nem a conversão do julgamento em diligência ou abertura de prazo para sanar eventual irregularidade. De fato, com a interposição do recurso, ocorre a preclusão consumativa, não sendo possível suprir eventual irregularidade posteriormente.

Nessa linha, vale colacionar o entendimento de **Bernardo Pimentel Souza**:

“Por fim, não é demais lembrar que compete ao agravante apresentar de uma só vez todas as fotocópias necessárias à formação do instrumento do agravo. Como regra, qualquer irregularidade conduz à prolação de juízo negativo de admissibilidade pelo Ministro designado Relator. Realmente, o § 1º do artigo 544 esclarece que a incompleta formação do instrumento conduz ao imediato “não-conhecimento” do agravo. Nem há permissão de conversão do julgamento em diligência para correção do defeito. Além do mais, o sistema recursal cível é norteado pelo princípio da consumação. Daí a impossibilidade de o agravante

juntar peça obrigatória ou necessária após a interposição do agravo de instrumento. Não bastasse o instituto da preclusão consumativa, também o da preclusão temporal proíbe a apresentação da peça ausente com a interposição de posterior agravo interno”. (Pimentel Souza, Bernardo. “Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória”. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 453)

Nesse sentido, proclama a jurisprudência:

“Processual Civil. Agravo. Falta da certidão de intimação do acórdão dos embargos. Fundamentação inatacada. Súmula n. 182-STJ. Recurso especial. Carimbo de protocolo ilegível. Tempestividade. Aferição impossível. Juntada de peça. Impossibilidade. Agravo regimental desprovido.

I - Se o carimbo de protocolo de recebimento do recurso especial não permite a aferição da tempestividade, cabe ao interessado obter certidão sanando o vício ainda na instância **a quo**, antes da subida do recurso. Não o fazendo, torna-se impossível o conhecimento do agravo.

II - A vigilância na formação do instrumento é dever da parte, sendo irrelevante a alegação de que a intempestividade não foi decretada pelo Tribunal de origem. No STJ, novo juízo de admissibilidade é exercido.

III - Não é possível a juntada em sede regimental, uma vez que já operou a preclusão consumativa no ato da interposição do recurso.

IV - Agravo regimental a que se nega provimento.” (AgRg no Ag n. 593.380, Quarta Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJ de 13.12.2004)

“Processual Civil. Agravo regimental. Inexistência nos autos de protocolo de recebimento ou certidão atestando a data da interposição do recurso especial. Impossibilidade de verificação da tempestividade. Correta instrução do instrumento. Ônus do agravante.

1. Constitui peça obrigatória, na formação do instrumento do agravo, a data de protocolização do recurso especial, a fim de que se demonstre a tempestividade do recurso especial. Aplicação da Súmula n. 639 do STF.

2. Compete ao Agravante a correta formação do instrumento.

3. A aferição da tempestividade no juízo de admissibilidade do recurso especial pela instância **a quo** não vincula este Superior Tribunal de Justiça.

4. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no Ag n. 602.908, Quinta Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ de 13.12.2004)

“Processual Civil. Agravo de instrumento. Recurso especial. Protocolo ilegível. Deficiência na formação do instrumento. Ônus. Agravante. Regular

formação. Juntada extemporânea de documento. Impossibilidade. Preclusão consumativa. Agravo interno desprovido.

I - **In casu**, no presente instrumento encontra-se ilegível a data do protocolo do recurso especial obstaculizado, impossibilitando, assim, a aferição da tempestividade do mesmo.

II - A regular formação do instrumento, cabe ressaltar, é ônus exclusivo do agravante.

III - Conforme cediça jurisprudência, o momento adequado para a perfeita formação do instrumento ocorre quando da sua interposição. A juntada de peça, em sede de agravo interno, não produz o efeito de suprir a irregularidade decorrente da não-adoção dessa providência no tempo oportuno. Incidência da preclusão consumativa.

IV - Agravo interno desprovido.” (AgRg no Ag n. 618.817, Quinta Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 29.11.2004)

2. Diante do exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 24.974 — MG (2002/0135873-8)

Relator: Ministro Paulo Gallotti

Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais

Advogada: Francis de Oliveira Rabelo Coutinho — Defensora Pública

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Paciente: Márcio Alves Correia

EMENTA

Habeas corpus. Réu condenado por tráfico de entorpecentes. Conversão de pena restritiva de direitos em privativa de liberdade sem a prévia designação de audiência do sentenciado. Impossibilidade. Ordem concedida.

1. Em consonância com o que dispõe o artigo 44, § 4º, do Código Penal, e em obediência ao princípio constitucional da ampla defesa, não pode o Juiz das Execuções determinar a conversão automática de pena restritiva de direitos em privativa de liberdade sem a prévia ouvida do

sentenciado, quando lhe será dada a oportunidade de justificar o descumprimento das medidas impostas.

2. **Habeas corpus** concedido para, anulando a decisão de conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, determinar que o Juízo das Execuções designe audiência prévia para a oitiva do paciente.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 18 de fevereiro de 2003 (data do julgamento).

Ministro Paulo Gallotti, Relator

DJ de 05.04.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Cuida-se de **habeas corpus** impetrado pela Dr^a. Francis de Oliveira Rabelo Coutinho, Defensora Pública, em favor de Márcio Alves Correia contra acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

O paciente foi condenado pela prática de tráfico de entorpecentes a 3 anos de reclusão, no regime integralmente fechado, pena substituída por prestação de serviços à comunidade e multa. O magistrado de primeiro grau, invocando o não-cumprimento das obrigações impostas ao condenado, determinou a conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, sustentando a impetração a ilegalidade desse provimento à falta de audiência prévia do paciente.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator): Tem razão a impetrante.

Assim dispõe o artigo 44, § 4^o, primeira parte, do Código Penal:

“A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta.”

Ora, o magistrado antes de proceder à dita conversão deve estar convencido de que o descumprimento das obrigações estabelecidas como pena restritiva de direitos não se operou por circunstâncias alheias à vontade do apenado, mas sim injustificadamente, isto é, sem motivo razoável.

Assim, para verificação dessa circunstância, faz-se necessário, em obediência ao princípio da ampla defesa, que se dê oportunidade ao condenado de justificar seu comportamento, sem o que é manifesto o constrangimento decorrente da prematura conversão.

Há precedentes:

A - “Processual Penal. Recurso ordinário de **habeas corpus**. Condenação à pena restritiva de direitos. Descumprimento. Conversão da pena restritiva em privativa de liberdade. Ausência de oitiva do condenado para possível justificação. Necessidade. Descabimento do mandado de prisão.

I - Convertida a pena restritiva de direitos em privativa de liberdade sem a prévia oitiva do condenado, e sendo expedido mandado de prisão, restou configurado o constrangimento ilegal.

II - Reconhecida pelo Tribunal **a quo** a ilegalidade da decisão que converteu a pena restritiva de direitos em privativa de liberdade sem a oitiva do condenado, não há que se manter o mandado de prisão expedido contra o paciente até que este tenha oportunidade de ser ouvido.

Recurso ordinário de **habeas corpus** provido para que o mandado de prisão expedido contra o paciente seja cassado.”

(RHC n. 11.822/MG, Relator o Ministro Felix Fischer, DJ de 04.02.2002)

B - “Prestação de serviços. Conversão. Pena privativa de liberdade. Necessidade. Ampla defesa prévia. Descabimento. Exame. Provas. **Habeas corpus**.

I - É necessário possibilitar a ampla defesa ao condenado antes de converter a pena de prestação de serviços em privativa de liberdade.

II - Não cabe exame de provas em sede de **habeas corpus**.

III - Recurso conhecido e improvido.”

(RHC n. 5.579/SC, Relator o Ministro Fernando Gonçalves, DJ de 23.09.1996)

Na hipótese em exame, verifica-se que não houve a audiência prévia do sentenciado, tendo o Juízo das Execuções, a requerimento do Ministério Público, de-

terminando de pronto a conversão (fl. 19), não levando em conta o pedido da defesa de designação de audiência para a oitiva do paciente.

Diante do exposto, concedo o **habeas corpus** para, anulando a decisão de conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, determinar que o Juízo das Execuções designe audiência prévia de ouvida do paciente.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 26.895 — RJ (2003/0018357-0)

Relator: Ministro Paulo Gallotti

impetrantes: Ana Maria Mauro — Defensora Pública e outro

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

Paciente: Ronaldo Lisboa (preso)

EMENTA

Habeas corpus. Tráfico de drogas. Fixação da pena-base. Mau antecedente. Inexistência.

Comprovada documentalmente a inexistência de mau antecedente considerado como negativo para a exacerbação da pena-base, impõe-se a concessão da ordem de **habeas corpus**, com decote da majoração dele decorrente.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 09 de março de 2004 (data do Julgamento).

Ministro Paulo Gallotti, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: A Defensora Pública Ana Maria Mauro e o Estagiário de Direito Sylvio de Barros Imbassahy impetram **habeas corpus** em favor de Ronaldo Lisboa, condenado pelos crimes definidos nos arts. 10, § 3º, da Lei n. 9.437/1997, e 12 e 14 da Lei n. 6.368/1976, desafiando acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro assim ementado:

“Tráfico. Associação. Porte de armas. Concurso material.

Os crimes previstos nos artigos 12 e 14 da Lei n. 6.368/1976 são autônomos, justificando o concurso material.

A redução pela menoridade é discricionária, pois o Código Penal não estipula o quantitativo a ser observado.

A constitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, e sua não-revogação pelo art. 1º, §, 7º, da Lei n. 9.455/1997 são questões hoje despiciendas, frente à jurisprudência harmônica de nossa Corte Maior.

Sucumbência impõe condenação em custas, ante a norma do art. 804 do CPP

Provimento parcial do apelo ministerial e desprovimento dos defensivos.” (fls. 77/78)

Alegam os impetrantes existir erro na dosimetria da pena-base imposta ao paciente, pela prática do crime de tráfico de entorpecentes, pois teria sido considerado como antecedente negativo ação penal na qual foi absolvido.

A Subprocuradoria Geral da República opina pela concessão do **habeas corpus**.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: A ordem realmente deve ser concedida.

Ao fixar a pena-base relativamente ao paciente, o Juiz sentenciante, no tocante ao delito do artigo 12 da Lei n. 6.368/1976, fls. 35/36, destes autos, assentou:

“Em relação ao tráfico, reitera-se o que dissemos em relação ao acusado Jerônimo (item 1.2), no que tange ao tipo e quantidade de droga apreendida. Cabe considerar também, à luz do art. 59, os antecedentes do acusado.

Ronaldo conta em sua folha de antecedentes criminais, à fl. 296, com uma condenação por tentativa do roubo transitada em julgado. Não há notícia do cumprimento ou não da pena, nem mesmo de reabilitação, pelo que, observando a data do trânsito em 20.05.1992, e a possibilidade de se ter

afastada a reincidência, valoro a anotação como mau antecedente, exacerbando a pena-base.”

Mencionada folha de antecedentes foi trazida a este processo, fl. 93, sendo possível verificar que se trata da fl. 296 da ação penal de que se cuida, dela constando expressamente que o paciente foi absolvido e não condenado por tentativa de roubo, ressaltando daí o equívoco que levou ao aumento de seis meses da pena-base, revelando-se manifesto, como observado no parecer do Ministério Público Federal, o constrangimento ilegal a que ele se encontra submetido.

O Tribunal de origem, no entanto, manteve a fixação da pena-base, para o tráfico, em 4 anos de reclusão, observando:

“Prosseguindo, combatem os apelantes as penas-base fixadas, sustentando que, sendo primários e de bons antecedentes, as mesmas deveriam ter sido estabelecidas no mínimo legal. Ressaltam que o MM. Juiz sentenciante equivocadamente atribuiu a Ronaldo a reincidência (na verdade valorada como mau antecedente), pois sua FAC revela que o mesmo foi absolvido do crime de roubo tentado (fl. 96).

Realmente, a FAC do apelante Ronaldo demonstra que o mesmo foi absolvido da citada imputação, sendo, assim, os dois recorrentes primários. Contudo, a primariedade e os bons antecedentes não impõem a fixação da pena-base no mínimo legal, devendo ser levadas também em consideração as demais circunstâncias judiciais, previstas no art. 59 do Código Penal, entre elas as circunstâncias e conseqüências dos crimes, que são totalmente desfavoráveis aos apelantes, justificando a fixação das penas-base no patamar estabelecido na sentença recorrida.” (fl. 88).

Ora, sem específico recurso da acusação, não poderia o acórdão modificar a pena-base adotada pela sentença, já que reconheceu o equívoco em que ela incorreu, não se mostrando razoável que tivesse procurado corrigi-lo com a afirmação de que as circunstâncias e conseqüências do crime eram desfavoráveis ao paciente.

Diante deste quadro, não havendo dúvida que o acréscimo de seis meses da pena-base fixada para o paciente, no que diz com o tráfico de entorpecentes, resultou de circunstância inexistente, impõe-se seu afastamento da sanção imposta.

Assim, concedo a ordem para, quanto ao crime do artigo 12 da Lei n. 6.368/1976, fixar a pena-base de Ronaldo Lisboa, na ação penal já mencionada, em 3 anos e 6 meses de reclusão, mantidos no mais a sentença e o acórdão.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 27.702 — GO (2003/0049776-9)

Relator: Ministro Paulo Gallotti

Impetrante: Pedro Paulo Guerra de Medeiros

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

Paciente: Gustavo de Moraes Tavares

EMENTA

Habeas corpus. Processo Penal. Juizado Especial. Lei n. 9.099/1995. Citação. Réu não encontrado. Remessa dos autos à Justiça Comum. Possibilidade. Citação editalícia.

1. Não sendo encontrado o autor do fato delituoso, após efetuadas diversas diligências, os respectivos elementos de prova remetidos ao Juizado Especial devem ser encaminhados à Justiça Criminal Comum, nos termos do parágrafo único do artigo 66 da Lei n. 9.099/1995.

2. A citação por edital é perfeitamente válida, se esgotados todos os meios para a citação pessoal do réu.

3. **Habeas corpus** denegado.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 19 de dezembro de 2003 (data do julgamento).

Ministro Paulo Gallotti, Relator

DJ de 05.04.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: O Dr. Pedro Paulo Guerra de Medeiros impetra **habeas corpus** em favor de Gustavo de Moraes Tavares, denunciado como incur-

so no art. 129 do Código Penal, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de Goiás que denegou o *writ* ali manejado, dispondo o respectivo resumo:

“Ementa: **Habeas Corpus**. Crime de menor potencial ofensivo. Recebimento da denúncia. Nulidade da citação editalícia.

1. Dispõe expressamente o artigo 66 da Lei n. 9.099/1995 que, não encontrado o acusado para ser citado e não comparecendo à audiência preliminar no Juizado Especial Criminal, serão os autos remetidos à Justiça Comum para que se receba a denúncia e determine-se a citação por edital.

2. É legítima a citação editalícia, nos termos do artigo 361 do Código de Processo Penal, desde que não se obteve êxito em localizar o acusado em nenhum de seus prováveis endereços, ainda que esgotados todos os meios para a efetivação do chamamento pessoal.

Ordem denegada.” (Fl. 158)

Daí o presente **habeas corpus**, no qual o impetrante requer a nulidade do processo a que foi submetido o paciente, desde a citação editalícia, alegando que não teriam sido esgotados todos os meios para se obter a citação pessoal, não obstante as informações constantes dos autos. Alternativamente, postula a invalidação do feito, a partir do recebimento da denúncia, em razão de não ter sido observado o disposto no art. 89 da Lei n. 9.099/1995, apesar de presentes os requisitos objetivos para a concessão do benefício da suspensão do processo.

Prestadas as informações de estilo, os autos foram remetidos ao Ministério Público Federal, que proferiu parecer no sentido de se denegar a ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator): Não há como abrigar a irresignação.

Não há qualquer constrangimento a ser aqui sanado, por terem sido encaminhados, pelo Juizado Especial, à Justiça Criminal Comum os elementos de prova relativos à prática de lesão corporal de natureza leve, se restaram infrutíferas as diligências efetuadas para citar o autor do fato, tanto em Goiânia como em Anápolis, nos exatos termos do parágrafo único do artigo 66 da Lei n. 9.099/1995, **in verbis**:

“Art. 66. (...).

Parágrafo único. Não encontrado o acusado para ser citado, o Juiz encaminhará as peças existentes ao Juízo comum para adoção do procedimento previsto em lei.”

Nesse sentido:

“Processual Penal. Juizado Especial Criminal. Citação pessoal. Impossibilidade. Esquiva da ré. Remessa dos autos ao juízo comum. Art. 66, parágrafo único, da Lei n. 9.099/1995. Constrangimento ilegal. Inexistência.

1. Se a ré esquiva-se em receber a citação pessoal, não resta outra alternativa ao magistrado senão remeter o feito ao juízo comum, nos exatos termos do parágrafo único do art. 66 do CPP (**sic**). Contra esta decisão, se cabe recurso, certamente não terá efeito suspensivo, razão pela qual inexistente constrangimento ilegal na efetiva remessa, de pronto, dos autos que, no juízo destinatário, deve seguir seu rito normal.

2. Ordem denegada.”

(HC n. 9.416/PR, Relator o Ministro Fernando Gonçalves, DJ de 06.09.1999)

Ademais, a citação por edital é perfeitamente válida, se esgotados todos os meios para a citação pessoal do réu, como no caso, em que ele foi procurado nas duas cidades em que possui residência, conforme se extrai das certidões juntadas às fls. 55 e 123.

Veja-se:

“Criminal. RHC. Estupro. Devolução de prazo para apelar. Nulidade da intimação por edital. Inocorrência. Meios possíveis esgotados. Réu em lugar incerto e não sabido. Apelação em liberdade. Pedido prejudicado. Recurso desprovido.

Não se acolhe alegação de nulidade da citação por edital, se foram esgotados todos os meios à disposição do juízo, que determinou a realização de diligências para a localização do paciente com base nos endereços constantes dos autos, a fim de promover a citação por mandado.

Pertence ao acusado o ônus da devida comunicação de mudança de endereço nos autos de cada feito a que responde.

Pedido de aguardar em liberdade o julgamento de recurso de apelação prejudicado, em função do não-reconhecimento da nulidade apontada.

Recurso desprovido.”

(RHC n. 15.108/SP, Relator o Ministro **Gilson Dipp**, DJ de 25.02.2004)

Nessa linha o parecer da Subprocuradoria Geral da República, **verbis**, no que interessa:

“5. Segundo os autos a audiência preliminar onde seria apresentada a proposta de suspensão do processo não fora realizada, em face de não ter sido encontrado o paciente, conforme certidões dos Oficiais de Justiça, em face das diligências procedidas, nas Comarcas de Goiânia — GO e Anápolis — GO, respectivamente, **verbis**:

‘Certifico e dou fé que em cumprimento ao presente mandado anexo, diligenciando nesta Capital, dirigi-me à Rua 09, n. 545, Setor Oeste, e aí sendo, no dia 02.03.2001, às 12h30min deixei de proceder à intimação do Sr. Gustavo de Moraes Tavares pelo fato de o mesmo não se encontrar presente no momento, segundo fui informado pela Sr^a. Maria Elizabete de Moraes Tavares (mãe), a qual disse ainda que o filho *reside atualmente na Cidade de Anápolis — GO*, onde o mesmo cursa a Faculdade. Sendo assim, para constar, lavrei a presente certidão. Goiânia 02 de março de 2001. (Fl. 55)

Certifico e dou fé que, em cumprimento ao presente mandado, em diligências nesta Comarca, dirigi-me ao endereço acima especificado, e aí sendo deixei de citar e intimar o acusado, em virtude de não encontrá-lo em sua residência, pois fui informado pela síndica do prédio a Sr^a. Ivone, que o mesmo está participando de um Congresso (**sic**) na Cidade de Goiânia, *onde também reside*, e que em Anápolis ele vem só para a Faculdade onde estuda, e a Sr^a. Ivone não soube dizer quando ele voltará, assim sendo, devolvo o mandado na Central por ter esgotado o prazo para cumprimento. Obs.: O acusado está em Goiânia há mais de uma semana, segundo informação da síndica. Anápolis, 1^a de outubro de 2002. (Fl. 123)

6. Verifica-se que, mesmo admitida a hipótese do duplo domicílio, foram realizadas diligências para encontrar o acusado, tanto no endereço que forneceu, como no que resultou dos esforços para localizá-lo, impondo-se, desse modo, a remessa dos autos para o Juízo comum, perante o qual se deu lugar a citação por edital, já que, para tanto, estavam presentes os pressupostos do art. 361 do CPP

7. Desse modo, não há falar em nulidade, pois a não-localização do acusado para ser citado enseja a **declinatoria fori** para a Justiça Comum (art. 66 da Lei n. 9.099/1995), embora a competência **ratione materiae** fosse, inicialmente, do Juizado Especial, como tem entendido esse egrégio Tribunal:

‘Lei dos juizados especiais. Citação pessoal. Paciente não encontrado citação por edital — procedimento do CPP — O impetrante pretende seja anulada toda a ação penal, desde o recebimento da denúncia, por inobservância do rito especial de procedimento previsto na lei dos Juizados Especiais. No caso, o réu não foi encontrado para a intimação da audiência preliminar. Na falta de sua localização para citação pessoal, o procedimento passa a ser o do Código de Processo Penal (art. 66, parágrafo único, da Lei n. 9.099/1995). A lei dos juizados especiais criminais pressupõe a presença do autor do fato. Sem essa presença, a aplicação da lei perde seu sentido e finalidade. — Destarte, inexistente a nulidade apontada.

(STJ, Quinta Turma; Recurso de Habeas Corpus n. 9.860/SP; Rel. Min. Jorge Scartezini, DJ de 20.08.2001; p. 489).’

8. **In casu**, esgotados os meios de encontrar o paciente para a audiência preliminar, foram os autos remetidos à Justiça Comum, onde se procedeu regularmente à citação por edital, sem comprometimento da possibilidade de suspensão do processo.” (fls. 181/182)

Diante do exposto, denego a ordem.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 31.411 — PR (2003/0194886-9)

Relator: Ministro Paulo Medina

Impetrante: Wagner de Oliveira Barros

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

Paciente: Marcos Aparecido da Silva

EMENTA

Penal e Processual. Homicídio. Prisão preventiva. Decretação e revogação. Fundamentação. Ausência.

A prisão preventiva é medida excepcional de cautela processual, cabível quando presentes, objetiva e concretamente, suas hipóteses autorizadoras (art. 312, do CPP).

Carece de fundamentação concreta e objetiva a decisão que assenta genericamente na gravidade da infração para presumir periculosidade e evasão, sem indicar, de modo concreto, os motivos da custódia.

Não atenta contra a instrução criminal nem procura elidir a eventual aplicação da lei penal quem comparece espontaneamente ao interrogatório, mesmo ciente da expedição, contra si, de mandado de prisão preventiva.

Expressões subjetivas de temor, suscitado em razão de percepção íntima da testemunha, extraída de sua acepção particular em face do comportamento do suposto autor do delito, sem justificação objetiva, não traduzem ameaça idônea, bastante para autorizar a segregação cautelar.

Ordem concedida, para revogar a prisão preventiva de Aguinaldo Campos Soares, Marcos Aparecido da Silva e Sandi Fernandes Moraes, se por outro motivo não estiverem presos, mediante compromisso, expresso em termo apropriado, de comparecerem a todos os atos processuais.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 26 de maio de 2004 (data do julgamento).

Ministro Paulo Medina, Relator

DJ de 1º.07.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Medina: Trata-se de dois **habeas corpus** impetrados em favor de Aguinaldo Campos Soares, Marcos Aparecido da Silva e Sandi Fernandes Moraes, contra acórdãos da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (Autos ns. 135.910-2, fls. 70/74 e 136.031-0, fls. 160/164).

No dia 18 de julho de 2002, nas dependências do Centro Social Urbano de Tamarana — PR, faleceu Josemar Muniz, que momentos antes estivera na companhia de Aguinaldo, Marcos Aparecido e Sandi Fernandes Moraes.

Instaurou-se inquérito policial para apurar hipótese de homicídio, conquanto cogitem os envolvidos de morte acidental, à custa da prática de “roleta russa” (fls. 39/40).

Referem declaração médica que entendem sugestiva desta conclusão (fl. 104).

Em 31 de julho de 2002 o Juiz da 5ª Vara Criminal de Londrina decretou a prisão temporária dos acusados por 30 dias (fl. 41, HC n. 31.411/PR).

Após determinar sua prisão temporária por trinta dias, em atenção à representação do Ministério Público, o Magistrado decretou-lhes a prisão preventiva em 30 de agosto de 2002, para garantir a ordem pública, por conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal.

O *Parquet* ofereceu denúncia contra os três em 06 de setembro seguinte, imputando-lhes a conduta tipificada no art. 121, § 2º, inciso I, do Código Penal.

Sandi Fernandes Moraes foi denunciado também por receptação e porte ilegal da arma utilizada naquele sinistro, porque havida por furto.

Aguinaldo e Sandi foram interrogados em 20 de setembro de 2002, enquanto que Marcos Aparecido, ora paciente, foi interrogado em 02 de outubro seguinte.

Após cada interrogatório, o Juiz da causa determinou a soltura de todos os denunciados (fls. 42 — HC n. 31.411/PR e 48/49 — HC n. 31.412/PR).

Contra estas decisões, o Ministério Público interpôs recurso em sentido estrito, providos pela Corte Estadual.

Daí o ajuizamento destes dois **habeas corpus**, cujo apensamento determinei, para propiciar julgamento unificado, de vez que se cuida do mesmo fato, com os mesmos supostos agentes, em que são comuns o pedido e a causa de pedir.

Alega o impetrante que não há indícios de autoria suficientes para embasar a prisão preventiva, porque a vítima não foi assassinada, visto que, ao praticar “roleta russa”, acabou por ferir-se fatalmente (fl. 14).

Sustenta inexistente o **animus necandi**, comprovado pelo socorro que o paciente e demais denunciados prestaram a Josemar.

Afirma ausentes os requisitos para a custódia cautelar, porque o paciente não está a comprometer a ordem pública, pois tem endereço fixo, vida social harmônica, é primário, está sob tratamento médico e sua liberdade não representa risco, pois não se contrapõe “a qualquer chamado ou medida que vise esclarecer o ocorrido”.

Argúi que não há perigo para a instrução criminal porque “os elementos de prova da materialidade já foram recolhidos e nada autoriza afirmar que o paciente

pretende interferir na marcha processual, quer para destruir as provas, quer para intimidar testemunhas” (fls. 26/27).

Assevera que o paciente entregou-se livre e espontaneamente à autoridade policial, compareceu em Juízo para ser interrogado e não está comprovado seu intuito de evadir, porquanto pretende exercer seu direito de defesa (fl. 25).

Infere que “não se pode confundir a figura do imputado com a figura do acusado nem, tampouco esquecer que o fato se deu quando presentes outros três personagens, incluindo o vitimado” (fl. 28).

Requer, liminarmente a revogação da decisão que decretou seu recolhimento preventivo ao cárcere.

Indeferi o pedido liminar (fls. 139/140).

Determinei a reunião dos processos, para ensejar unidade de julgamento (art. 79 do CPP).

Opina o Ministério Público Federal pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Medina (Relator): Trata-se, com efeito, de evento fatal, do qual resultou a morte de Josemar Muniz, em circunstâncias até então veladas, que deverão, contudo, ser esclarecidas no curso da ação penal.

O que se discute é a necessidade da custódia cautelar, determinada pela Corte Estadual, nos seguintes termos, quanto a Marcos Aparecido (fls. 163/164 — HC n. 31.411/PR):

“Ora, no caso, verifica-se que após motivação bastante a emprestar apoio para a prisão preventiva do acusado (fls. 103/104) o Dr. Juiz **a quo** culminou revogando-a no despacho de equivocada concessão da liberdade provisória, atendendo reclamo oral do defensor do Réu em audiência (fls. 137), onde argumentou simplesmente o seguinte: *‘Diante do interrogatório do Réu acima nominado, e do requerimento feito pela defesa, determino que seja expedido Alvará de Soltura em nome do acusado Marcos Aparecido da Silva, se por ‘al não estiver preso’, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, e sob pena de revogação do benefício concedido ao mesmo.’*

Daí a não se conhecer exatamente as razões da mudança de rumo tão significativa, inclusive na implicância do cancelamento do que havia argumentado para sustento da preventiva, particularmente na referência com a periculosidade do agente ...

Da omissão, evidentemente, impossível ao recorrente combater o que somente poderia imaginar em termos de fundamentação; então, com prejuízo do exame do mérito, a conclusão para a acolhida da preliminar a efeito de pronunciar a invalidade do despacho exarado, restabelecendo-se a prisão do recorrido.”

Com relação aos co-réus Aguinaldo e Sandi, adotando o parecer do Ministério Público, decidiu aquela Corte (fls. 75/78 (HC n. 31.412/PR):

“Na matéria de fundo, como igualmente bem destacado pelo representante do *Parquet* em segundo grau, Dr. João Gualberto Fonseca Caldas, a segregação cautelar dos recorridos é de rigor.

[...]

De fato, se nota que os ora recorridos são acusados de delitos de extrema gravidade, um deles classificado como hediondo, indicando que acabaram por infundir sentimento de intranqüilidade na pequena comunidade local.

Mesmo a primariedade e bons antecedentes ostentada pelos recorridos não obsta a segregação cautelar...

[...]

Destarte, a conclusão pelo provimento do recurso para cassar a decisão objurgada, restabelecendo-se então a prisão preventiva daqueles dois acusados.”

Como se vê de ambos arestos, foi restabelecida a prisão preventiva, à custa da gravidade do crime, de intranqüilidade da urbe e à falta de fundamentação para sua revogação.

Não obstante, a prisão preventiva é medida excepcional de cautela processual, cabível quando presentes, objetiva e concretamente, suas hipóteses autorizadoras.

Os acusados compareceram espontaneamente ao interrogatório, mesmo sabedores da expedição de mandado de prisão preventiva, razão pela qual foram postos em liberdade, em juízo de retratação, pelo mesmo Juiz que lhes coarctara a liberdade.

Penso que a decisão concessiva de liberdade, ainda que não conte com fundamentação exteriorizada, pondera — porque o Juiz é criterioso, responsável e merece crédito — que tal comportamento indica, de forma clara, que não estão determinados a comprometer a ordem pública ou obstruir a instrução criminal e, na medida em que se sujeitam à prisão, demonstram estar conformes à eventual aplicação da lei penal.

De outra parte, o decreto prisional, revogado pelo próprio Magistrado, também carece de fundamentação concreta e objetiva, pois assenta genericamente na gravidade da infração para presumir periculosidade e evasão, além de referir, sem identificar seus autores, ameaças que teriam sido feitas pelos acusados contra testemunhas oculares.

Tais ameaças — que não foram analisadas pelo Tribunal —, conforme consigna o *Parquet* na petição recursal, teriam sido noticiadas por Mário Muniz, pai da vítima, Paulo Francisco Nunes e Marcelo de Figueiredo.

Os relatos, todavia, não são idôneos, para o fim de autorizar a custódia antecipada.

Mário Muniz, pai da vítima, afirma apenas que (fl. 64):

“... as pessoas suspeitas de matarem o seu filho estão andando livremente na cidade e aquelas que ligaram para a residência do declarante têm medo de prestar depoimento porque os assassinos estão soltos...”

Paulo Francisco, por sua vez, afirmou (fl. 64):

“... o depoente e Marcelo viram eles com a vítima segundos antes desta morrer, e por isso fazem questão de olhar o depoente e Marcelo com olhares ameaçadores, como procurando fazer com que o depoente e seu colega não comentassem o que viram naquela noite...”

Marcelo, a seu turno, declarou (fl. 65):

“... que Naldão, Sandi e Marcos estão olhando ele e Paulo de forma estranha e o depoente está com medo de ser morto [...] viram eles com a vítima em frente ao predinho do Chanan, local onde Josemar foi morto, e por isso esses três olham de forma ameaçadora para o depoente e Paulo, com objetivo de intimidá-los...”

A meu sentir, não passam de expressões subjetivas de temor, objetivamente injustificado, suscitado tão-somente em razão de percepção íntima de cada um, extraída de sua acepção particular acerca do olhar dos acusados, que foi reputado ameaçador.

A percepção subjetiva, enquanto único fundamento da ameaça, não é bastante sequer para configurar o crime, quanto mais para autorizar a prisão preventiva de alguém que, concretamente, nada fez para coagir testemunhas.

Alberto Silva Franco, apropriadamente consigna:

“Mas a sensibilidade do sujeito passivo à ameaça não é dado por critério subjetivo e sim objetivo. Deve ter-se em vista não o ameaçado, mas a generali-

dade, a normalidade dos homens, pois os valentes ou intrépidos e os pulsilânicos ou poltrões são extremos, entre os quais se coloca o homem comum ou normal. Mesmo em Códigos diversos do nosso, como o suíço, não faltam vozes que chamam a atenção para este ponto: *ainda que a vítima pretenda ter sido alarmada ou atemorizada, o juiz não deverá condenar; senão quando houver ameaça grave, isto é, promessa de um mal de certa gravidade objetiva.*”

(**Alberto Silva Franco et al.**, “Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial”, Vol. 1, Tomo II, 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, p. 2.296)

Para além disso, nada há nos autos que aponte qualquer ação empreendida pelos pacientes, no sentido de, efetiva e objetivamente, justificar sua prisão cautelar.

Sem embasamento concreto, descabe a prisão preventiva.

A propósito, recolho os seguintes precedentes desta Turma:

“**Habeas corpus.** Processual Penal. Concussão e quadrilha ou bando. Inobservância do artigo 514 do Código de Processo Penal. Irrelevância. Instauração de inquérito policial e concurso material de delitos. Prisão preventiva. Fundamentação insuficiente. Ordem concedida.

Omissis.

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

5. Tal fundamentação, para mais, deve ser deduzida em relação necessária com as questões de direito e de fato postas na pretensão e na sua resistência, dentro dos limites do pedido, não se confundindo, de modo algum, com a simples reprodução de expressões ou termos legais, postos em relação, não raramente, com fatos e juízos abstratos, inidôneos à incidência da norma invocada.

6. A prisão preventiva, embora não conflitante com o ordenamento constitucional, não pode decorrer de juízos abstratos e considerações infundadas, de modo que a própria lei processual, em seu artigo 312, definiu com exatidão os requisitos e pressupostos para a sua imposição.

7. A condição profissional do acusado não pode repercutir na privação do seu direito de responder solto a eventuais processos criminais, mormente quando fundada em meras presunções de reiteração delituosa.

8. *Ameaças no curso do processo, quer contra testemunhas, quer contra a própria autoridade policial, somente justificam a custódia cautelar, como garantia da instrução criminal, quando acompanhadas de indícios mínimos de sua existência.*

9. Ordem concedida para revogar a custódia do paciente.”

(HC n. 20.887/SP, Relator o Ministro Hamilton Carvalhido, DJ de 10.03.2003, p. 526)

“**Habeas corpus**. Prisão preventiva. Crime contra o Sistema Financeiro Nacional e a ordem tributária nacional. Conveniência da instrução criminal. Atemorização de testemunhas.

1. *A atemorização de testemunhas para justificar a prisão preventiva com base na conveniência da instrução criminal, segundo o entendimento pretoriano, deve ter por base ‘dados sólidos’ e não meras conjecturas.*

2. Carece, nestas circunstâncias, de fundamentação o decreto de prisão que não traz demonstração objetiva de que a conduta do paciente é apta a ensejar o seu afastamento do convívio social, mesmo porque na fase do inquérito, a prova oral já foi devidamente ministrada, sem que as testemunhas, segundo consta, por ele intimidadas, se omitissem em prestar informações reputadas necessárias ao esclarecimento do busílis.

3. Estas testemunhas, por outro lado, em outras esferas, litigam contra o paciente e os fatos em apuração se relacionam mais com a prova documental, sendo a testemunhal de caráter meramente ancilar.

4. Ordem concedida.”

(HC n. 13.921/CE, Relator o Ministro Fernando Gonçalves, DJ de 23.04.2001, p. 187)

O Supremo Tribunal Federal não discrepa deste orientar, como se vê do seguinte julgado, a seguir transcrito:

“Ementa:

I - Recurso ordinário de **habeas corpus** (ou **habeas corpus** originário que o substitua): liberdade de fundamentação. Não se impondo o requisito do prequestionamento — peculiar aos recursos extraordinário e especial — ao recurso de denegação de **habeas corpus** — que é ordinário (CF, arts. 102, II, **a** e 105, II, **a** — nem, **a fortiori**, à impe-

tração originária que a substitua, uma vez mantida a identidade do pedido, é lícito ao recorrente ou impetrante aditar novos argumentos à fundamentação originária.

II - Prisão preventiva: fundamentação inadequada. Não constituem fundamentos idôneos, por si sós, à prisão preventiva: a) o chamado clamor popular provocado pelo fato atribuído ao réu, mormente quando confundido, como é freqüente, com a sua repercussão nos veículos de comunicação de massa; b) a consideração de que, interrogado, o acusado não haja demonstrado ‘interesse em colaborar com a Justiça’; ao indiciado não cabe o ônus de cooperar de qualquer modo com a apuração dos fatos que o possam incriminar — que é todo dos organismos estatais da repressão penal; c) *a afirmação a ser o acusado capaz de interferir nas provas e influir em testemunhas, quando despida de qualquer base empírica*; d) o subtrair-se o acusado, escondendo-se, ao cumprimento de decreto anterior de prisão processual.”

(HC n. 79.781/SP, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 09.06.2000, p. 22)

O exame dos autos demonstra que inexistem motivos de cautela processual suficientes para autorizar a prisão preventiva dos pacientes.

São réus primários, de bons antecedentes, com residência fixa e ocupação lícita, que se apresentaram espontaneamente à autoridade judicial, ainda que cientistas da expedição, em seu desfavor, de mandado de prisão.

Se tais condições não são capazes de impedir a prisão preventiva, não podem, desmotivadamente, ser desprezadas como írritas.

Porque oportuno, destaco o seguinte precedente deste Tribunal:

“Processual Penal. Prisão preventiva. Motivação. Necessidade. Pessoa e crime.

A crueldade de um crime não constitui, por si só, motivo para decretar-se a prisão preventiva de quem é primário, tem bons antecedentes, profissão definida exercida regularmente na Comarca, e que se apresentou de livre vontade à autoridade policial.

Quem está em julgamento é a pessoa humana e não o delito.

A motivação do ato deve ter em conta fatos concretos atribuíveis ao réu que autorizem a constrição, sendo insuficiente repetir os termos legais.

Há necessidade de se demonstrar de forma concreta, por exemplo, que a ordem pública ou a instrução criminal ficarão comprometidas permanecendo o réu livre.

(RHC n. 4.696/PR, Relator o Ministro Jesus Costa Lima, DJ de 28.08.1995, p. 26.644)

No confronto entre decisões antagônicas, ambas carentes de fundamentação, há de prevalecer, por coerência jurídica, aquela que, à luz da presunção constitucional de não-culpabilidade, prestigia a liberdade, posto que regra sadia de convivência social, condizente com o Estado Democrático de Direito.

Posto isso, *concedo* a ordem para revogar a prisão preventiva de Aguinaldo Campos Soares, Marcos Aparecido da Silva e Sandi Fernandes Moraes, se por outro motivo não estiverem presos, mediante compromisso, expresso em termo apropriado, de comparecerem a todos os atos processuais.

HABEAS CORPUS N. 31.614 — SP (2003/0201384-0)

Relator: Ministro Paulo Medina

Impetrante: José Osmando Feitoza

Impetrada: Segunda Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Edson Rocha Gabriel (preso)

EMENTA

Penal. Estupro simples. Crime hediondo configurado. Regime prisional. Progressão. Impossibilidade.

O estupro e o atentado violento ao pudor ainda que praticados na forma simples, seja com violência real ou presumida, configuram crimes hediondos.

Na espécie, a prática delituosa esteve amparada por ameaça e violência reais, traduzidas no emprego de faca, sob promessa de morte, visando constringer a vítima.

A Lei n. 9.455/1997 dispõe exclusivamente sobre crimes de tortura, sendo descabida estender seus efeitos aos demais delitos previstos na Lei n. 8.072/1990, em relação aos quais é mantida a vedação à progressão de regime prisional.

Precedentes desta Corte e do STF

Ordem denegada.

ACÓRDÃO

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

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: Trata-se de **habeas corpus** em causa própria, com pedido liminar, contra acórdão da Segunda Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, prolatado nos autos da Apelação Criminal n. 299.972-3/3 (Processo n. 487/1998 — 2ª Vara Criminal de Taubaté — SP).

O paciente foi condenado a cumprir 11 anos e 8 meses de reclusão em regime integral fechado, por infração ao artigo 213, c.c. o art. 224, alínea **a** e 226, incisos II e III, na forma do artigo 71, todos do Código Penal.

Alega o impetrante/paciente constrangimento ilegal que advém da imposição do regime prisional integralmente fechado, por entender que não se cuida, na espécie, de crime hediondo, uma vez que “não houve lesão grave, nem morte” (fl. 7).

Afirma ter havido violência presumida e não real.

Requer, liminarmente, a concessão da ordem, para que cumpra a reprimenda corporal em regime inicial fechado.

O Segundo Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, atendendo a pedido de informações, fez juntar cópias das principais peças do processo (fls. 28/75).

O Ministério Público Federal propende à denegação da ordem, ante a impossibilidade, em crime hediondo, de progressão de regime prisional (fls. 77/79).

Prestadas as informações, opina o Ministério Público Federal pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Medina (Relator): o paciente foi condenado como incurso nas penas do artigo 213, c.c. o art. 224, alínea **a** e 226, incisos II e III na forma do art. 71 (por reiteradas vezes), todos do Código Penal, porque (fl. 35):

“... de diversas feitas, agindo em condições de tempo, lugar e maneira de execução semelhantes, em diferentes horários, em interstício iniciado no ano de 1994 e que se prolongou até recentemente, no interior da residência sita na Avenida Anastácia n. 22, Jardim Gurilândia, nesta Cidade e Comarca, constrangeu, mediante violência ficta, a menor Priscila Tatiane de Jesus Oliveira, sua enteada e registrada como filha, então menor de quatorze anos de idade, à conjunção carnal.”

A questão posta em causa diz respeito à equiparação estupro simples como crime hediondo, a teor do art. 1º da Lei n. 8.072/1990, para efeito de progressão do regime prisional, também a teor do que dispõe a Lei n. 9.455/1997.

O texto legal supracitado traduz a compreensão de que os crimes de estupro e atentado violento ao pudor constituem crimes hediondos quando deles resulta lesão corporal de natureza grave ou morte, conforme dispõe o artigo 224, **caput**, e parágrafo único do Código Penal.

Entretanto, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 81.288/SC, em que foi Relator o Ministro Maurício Corrêa, decidiu que o estupro e o atentado violento ao pudor, tanto em suas formas simples quanto qualificadas, configuram crime hediondo, alcançados pela Lei n. 8.072/1990, aplicando-se-lhes, por conseguinte, regime fechado integral de cumprimento da pena.

Recolho, neste particular, os seguintes julgados:

“Ementa: **habeas corpus**. Penal. Processual Penal. Estupro e atentado violento ao pudor. Crimes hediondos.

O Plenário deste Tribunal decidiu que os crimes capitulados nos arts. 213 e 214 do CP são hediondos, independente da natureza das lesões corporais deles decorrentes. (HC n. 81.288, Redator para o acórdão Ministro Velloso). Inviável, portanto, a desclassificação. **Habeas** indeferido.”

HC n. 81.891/SP, Relator o Ministro Nelson Jobim, DJ de 21.06.2002)

“Recurso ordinário em **habeas corpus**. Atentado violento ao pudor. Violência presumida. Crime hediondo. Regime prisional integralmente fechado.

O Plenário desta Corte, ao julgar o HC n. 81.288, Rel. p/o acórdão o Ministro Carlos Velloso (Sessão de 17.12.2001), firmou o entendimento de que

o estupro e o atentado violento ao pudor, mesmo nas suas formas básicas, em que não há lesão corporal de natureza grave ou morte, constituem crimes hediondos, nos termos do art. 1º, incisos V e VI da Lei n. 8.072/1990. O cumprimento da respectiva pena, assim, deve se dar no regime integralmente fechado, sem direito à progressão. Recurso ordinário improvido.”

(RHC n. 82.098/PR, Relatora a Min. Ellen Gracie, DJ de 29.11.2002)

Do mesmo modo vem decidindo esta Corte, como se pode ver dos seguintes precedentes, **in verbis**:

“**Habeas corpus.** Estupro e atentado violento ao pudor. Forma simples. Violência real ou presumida. Crimes hediondos. Progressão de regime prisional. Incabimento. Ordem denegada.

1. A jurisprudência dos Tribunais Superiores firmou-se no entendimento de que a natureza hedionda comunica-se a todas as formas de estupro e atentado violento ao pudor, e não apenas às suas formas qualificadas (artigo 1º, incisos V e VI, da Lei n. 8.072/1990).

2. Ordem denegada.”

(HC n. 25.635/SP, Relator o Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 17.03.2003)

“Execução penal — Estupro e atentado violento ao pudor — Crime hediondo — Progressão de regime prisional — Impossibilidade.

— Nos delitos previstos na Lei de Crimes Hediondos — aqui inseridos o estupro e atentado violento ao pudor — o regime de cumprimento de pena é o fechado, vedada a progressão.

— Precedentes.

— Ordem denegada.”

(HC n. 24.568/SP, Relator o Min. Jorge Scartezini, DJ de 24.03.2003)

De outra parte, a Lei n. 9.455/1977 dispõe unicamente sobre crimes de tortura, de sorte que seus efeitos não alcança os delitos capitulados como hediondos, a teor da Lei n. 8.072/1990.

A propósito, confira-se:

“Criminal. RHC. Tráfico de entorpecentes. Execução. Progressão. Regime integralmente fechado. Lei n. 8.072/1990. Vedação legal à progressão. Lei n. 9.455/1997. Exclusividade dos crimes de tortura. Recurso desprovido.

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

A Lei n. 9.455/1997 refere-se exclusivamente aos crimes de tortura, sendo descabida a sua extensão aos demais delitos previstos na Lei n. 8.072/1990, em relação aos quais é mantida a vedação à progressão de regime prisional. Precedentes.

Recurso desprovido.”

Portanto, não se visualiza a alegada coação ilegal, suscetível de correção por **habeas corpus**.

Posto isso, *denego* a ordem.

HABEAS CORPUS N. 31.692 — PE (2003/0204632-9)

Relator: Ministro Paulo Medina

Impetrantes: Fernando José Alves de Souza e outro

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

Paciente: Pedro Ricardo de Araújo (preso)

EMENTA

Penal e Processual. Homicídio. Prisão preventiva. Requisitos. Fundamentação. Gravidade do crime. Crime hediondo. Clamor público. Periculosidade.

As decisões judiciais serão fundamentadas, sob pena de nulidade art. 93, IX, CRFB).

A prisão preventiva é medida excepcional de cautela, cabível apenas quando comprovados objetiva e concretamente, com motivação atual, seus requisitos autorizadores.

A gravidade do delito e a periculosidade do agente, ainda que em hipótese de crime hediondo, se consideradas de modo genérico e presumidas de maneira divorciada de fundamentação fática objetiva e atual, não são capazes de, **per se**, autorizar a custódia cautelar.

O clamor público, inerente ao repúdio que a sociedade confere à prática criminosa, não é bastante, por si só, de fazer presente o **periculum libertatis** e de justificar a prisão preventiva.

Precedentes.

Ordem concedida.

ACÓRDÃO

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

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

Ministro Paulo Medina, Relator

DJ de 03.05.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Medina: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário com pedido liminar, contra acórdão denegatório da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, assim ementado (fl. 141):

“Ementa: Penal/Processual Penal — **Habeas Corpus** — Homicídio qualificado — Prisão preventiva — Falta de fundamentação — Não-ocorrência — Ordem denegada — Unânime.

Prisão preventiva. Motivação convincente. Revogação parcial. Não há ilegalidade no despacho do juiz que, com base em elementos dos autos, revoga o decreto constritivo em relação a réu, cuja participação no fato, dito criminoso, é duvidosa, e mantém a medida coercitiva contra acusado sobre quem pesa a autoria do delito.”

Por fato ocorrido na madrugada do dia 06 de maio de 2002, o paciente, juntamente com outros quatro indivíduos, foi denunciado, em 20 de setembro de 2002, ao Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Garanhuns — PE, como incurso na sanção do artigo 121, § 2º, incisos II e IV, com a agravante do artigo 61, c.c. o art. 29, todos do Código Penal.

Consta dos autos que, naquele dia 06 de maio o paciente, durante o desenrolar de uma festa carnavalesca — produzida por si e pelo denunciado Luciano José Souto Almeida — em meio a um tumulto, seguido de espancamento, terá atirado em Ricardo Alexandre Barros Dantas, o qual veio a falecer no hospital para onde foi levado.

Todos os denunciados prestaram depoimento no dia 27 de junho de 2002 (fls. 53/65), ocasião em que o paciente negou a imputação que lhe fizera o *Parquet*.

O relatório da autoridade policial, confeccionado em 04 de julho de 2002, concluiu pela participação dos denunciados e de Wellington Batista Lins no delicto sem, contudo, representar por sua prisão preventiva (fls. 66/78).

O magistrado recebeu a denúncia em 24 de setembro de 2002 e, atendendo à representação do Ministério Público (102/103), decretou a prisão preventiva dos denunciados em face da periculosidade demonstrada pelo criminoso (fl. 104).

Em 06 de outubro de 2002 o Juiz da causa marcou o interrogatório dos acusados para o dia 21 de março de 2003 (fl. 87), data em que todos os denunciados foram ouvidos, mediante precatória, pelo Juízo da 4ª Vara Criminal de Recife (fls. 89/98).

Carta precatória de 10 de abril de 2003 deprecou a intimação dos réus para a audição das testemunhas, marcada para o dia 17 de junho de 2003.

Em 30 de maio de 2003 o Juízo da 1ª Vara do Júri da Comarca de Recife encaminhou ao Delegado de Polícia Civil da Capital, para cumprimento, os mandados de prisão preventiva (fl. 100).

Pedido de revogação da prisão preventiva (fls. 109/115), seguido de manifestação do Ministério Público (fls. 117/118v.) foi indeferido em 16 de junho de 2003 (fls. 119/121).

Novo interrogatório dos réus foi marcado em 05 de agosto, para realizar-se em 14 de agosto de 2003 (fl. 107).

As testemunhas foram inquiridas em 21 de agosto de 2003 (fls. 122/134)

Narra o impetrante que requereu **habeas corpus** perante a Corte Estadual, pleiteando a revogação da prisão preventiva, alegando que o decreto carece de fundamentação.

Alega que ninguém reconheceu os acusados em três oportunidades distintas e que a decisão que resultou na decretação da custódia cautelar não ostenta suporte fático-jurídico para legitimar a segregação.

Afirma que a ordem pública não está conturbada e inexistente qualquer temor de que a instrução criminal poderá sofrer transtornos porque as diligências da fase inquisitorial realizaram-se na mais absoluta normalidade.

Assevera que, ao contrário, o paciente colaborou com a justiça, inclusive apresentando-se espontaneamente em juízo para o primeiro interrogatório, mesmo sabendo da existência de mandado de prisão (fl. 10).

Reporta que o paciente somente foi recolhido por ocasião de seu segundo interrogatório, para o qual compareceu voluntariamente, até porque é cidadão primário, que tem família constituída e profissão definida (fl. 8).

Inferre ausentes os requisitos da custódia cautelar e, ainda, que a decisão, mantida pela autoridade impetrada, carece de fundamentação, tal qual exige o art. 93, inciso IX, da CRFB.

Argúi que, à exceção do paciente, todos os demais acusados estão soltos e, por serem idênticas as situações fático-jurídicas, invoca o princípio da isonomia para, na forma do art. 580 do CPP, concluir adequada a extensão do benefício da liberdade provisória ao paciente.

Requer, liminarmente, a revogação da prisão preventiva, com imediata expedição de alvará de soltura.

Porque satisfativo, indeferi o pedido liminar (fls. 147/148).

O Ministério Público Federal propende à denegação da ordem, sob o argumento de que “a gravidade do delito e a periculosidade do agente podem ser suficientes para motivar a segregação provisória como garantia da ordem pública” (fls. 150/153).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Medina (Relator): Sr. Presidente, Sr. Ministro Paulo Gallotti, o crime imputado ao paciente ocorreu em 06 de maio de 2002.

A denúncia foi recebida em setembro, após haverem os denunciados comparecido à delegacia em junho, para prestar depoimento.

Naquela ocasião, decidiu o Juiz decretar a prisão preventiva de todos os acusados, nos seguintes termos (fl. 105):

“Ao crime imputado aos acusados é cominada pena de reclusão de doze a trinta anos, o que, em princípio, consoante o teor do art. 313 do Código de Processo Penal, recomenda a decretação da prisão preventiva, quando houver

prova da existência do crime e indício suficiente de autoria, além do que tal delito é insusceptível de fiança e liberdade provisória pelo **quantum** da pena e pelo **modus operandi**.

No caso, a materialidade está devidamente comprovada pelo Auto de Exame Tanatoscópico e os indícios de autoria, já conforme mencionado, estão presentes.

A jurisprudência é farta em decisões no sentido de que a prisão preventiva pode ser decretada em face da periculosidade demonstrada pelo criminoso, o que é o caso dos presentes autos, onde as circunstâncias demonstram frieza e perversidade dos executores do nefasto crime, pessoas que deveriam levar tranqüilidade aos foliões e que se utilizavam da função que exerciam para massacrar um jovem que apenas transitava em um bloco carnavalesco.

[...]

Ressalte-se que a ordem pública está lesionada, necessitando, urgente, de medidas de proteção que levem segurança à sociedade como um todo, o que vem levando a jurisprudência a ter como recomendável a custódia preventiva:

[...]

Oportuno lembrar que o art. 2º da Lei n. 8.072/1990 prescreve serem os crimes hediondos insusceptíveis de fiança e liberdade provisória.

Do exposto, verificam-se presentes o **periculum in mora** e o **fumus boni iuris**, elementos ensejadores da decretação da custódia cautelar.”

Ao indeferir o pedido de revogação da prisão preventiva, assim expendeu o Magistrado seu convencimento (fl. 120):

“A vítima não se encontrava sozinha, estando no momento fatal acompanhada de seus amigos, e terceiros viram os supostos acusados momentos depois do disparo.

Dos acusados, os quatro primeiros foram reconhecidos na Delegacia de Polícia, apenas o acusado Ivan Martiniano de Oliveira, não foi.

Este crime em apuração teve uma imensa repercussão nesta comunidade, chegando a cogitar o fim deste evento, fato debatido na imprensa local e na Câmara de Vereadores.

Apesar do comparecimento dos acusados ao interrogatório ocorrido na cidade de Recife — PE, entendo que os elementos que basearam a decisão da decretação da prisão preventiva persistem em relação aos quatro primeiros acusados. (Grifei)

Assim, indefiro o pedido da defesa e mantenho a decisão de fls. 161/163 em relação aos acusados Shirleno Francisco de Souza, Pedro Ricardo de Araújo e Luiz Wilker do Nascimento.”

A questão foi submetida ao Tribunal de Justiça pernambucano que, por sua Primeira Câmara Criminal, estribado na decisão de primeiro grau, denegou a ordem ali impetrada, com o seguinte convencimento (fls. 137/138):

“No ato do recebimento da denúncia, a Juíza processante decretou a prisão preventiva de todos os acusados, fls. 62/64, despacho datado de 24.09.2002.

Em 16.06.2003, atendendo pleito da defesa, o Juiz Márcio Bastos Sá Barreto, em exercício cumulativo, revogou a preventiva dos acusados Luciano José Souto Almeida e Ivan Martiniano de Oliveira, mantendo-a quanto aos pacientes, despacho de fls. 94/96.

Pelo Ofício n. 748/2003, de 15.08.2003, fl. 136, informa o Juízo coator que o paciente Pedro Ricardo de Araújo, então em liberdade, foi recolhido ao Presídio de Pesqueira e que revogou a preventiva do paciente Luiz Wilker do Nascimento.

Alegam os impetrantes falta de fundamentação da preventiva.

A preventiva foi decretada a requerimento do Ministério Público, fls. 60/61, expressando a autoridade impetrada, em redação razoável, as razões da conveniência e necessidade da custódia cautelar. Tenho, por válido, o despacho.

[...]

Em resumo, a preventiva está em vigor, apenas, contra os réus Shirleno Francisco de Souza e Pedro Ricardo de Araújo, ambos presos, sobre os quais, na ótica dos juízes de primeiro grau que despacharam no processo, incide a autoria do fato, dito criminoso, pelo menos até o momento.

Posto isso, nego a ordem para manter a prisão preventiva de Shirleno Francisco de Souza e Pedro Ricardo de Araújo, declarando prejudicado o pedido em relação ao paciente Luiz Wilker do Nascimento.”

Tenho que a Câmara Criminal coatora, ao declarar válido o despacho monocrático, sem expender as considerações requeridas pelo impetrante, atinentes à ausência de fundamentação daquele despacho, não entregou prestação jurisdicional adequada.

De outra parte, o decreto de prisão preventiva, proferido em uma única oportunidade com relação a todos os co-réus, não refere nenhum ato ou fato concreto

pelo qual todos os denunciados estariam a conturbar a ordem pública, comprometer a instrução criminal ou, enfim, elidir a aplicação da lei penal.

O desenvolver do processo demonstra efetivamente o contrário, posto que nenhuma notícia há sobre nova infração eventualmente praticada pelos denunciados, os quais prestaram depoimento perante a autoridade policial e compareceram ao interrogatório em duas oportunidades sucessivas, quando já havia sido determinada sua custódia cautelar.

O juízo expandido sobre a gravidade do homicídio é correto, posto que a vida é o bem maior que, juntamente com a liberdade, é assegurado pelo direito pátrio.

Entretanto, não justifica inferir periculosidade sem a necessária motivação, fundamentada objetiva e concretamente, para fins de coarctar a liberdade do cidadão.

Neste sentido, confira-se:

“Processo Penal — Prisão preventiva — Homicídio — Gravidade do delito — Fundamentação — Argumentação genérica.

— A prisão preventiva, consoante uníssona doutrina e jurisprudência, deve ser calcada em sua extrema necessidade, fazendo-se mister, além da materialidade e indícios de autoria, a presença concreta de circunstâncias que a recomendem, lastreada nas hipóteses previstas no art. 312 do CPP. Destarte, a gravidade do delito, considerada isoladamente, não enseja o decreto constritivo antecipado.

— Precedentes do STJ e STF.

— Recurso provido para revogar a prisão preventiva decretada acerca destes fatos, ressalvada a necessidade de decretação de sua custódia por motivo superveniente.”

(RHC n. 14.496/CE, Relator o Ministro Jorge Scartezzini, DJ de 19.12.2003, p. 499)

Nem mesmo o disposto no art. 2º da Lei n. 8.072/1990, autoriza, em qualquer caso, a prisão processual obrigatória, como reiteradamente tem sido a orientação deste Tribunal.

A propósito, destaco o seguinte precedente:

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 constritiva.

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.”

(RHC n. 14.496/CE, Relatora a Ministra Laurita Vaz, DJ de 19.12.2003, p. 499)

Do mesmo modo, tem sido reiterada a orientação deste Tribunal Superior acerca da insuficiência do clamor público para autorizar a prisão preventiva, de vez que, tomado isoladamente não é capaz de infletir no **status libertatis**.

Colaciono, no particular, o seguinte precedente:

“**Habeas corpus**. Prisão preventiva. Clamor público.

O clamor público, no sentido de a comunidade revoltar-se contra o acusado, retratando indignação popular, no mais das vezes, isoladamente, não autoriza a prisão preventiva, porque não se confunde com a ordem pública, cujo resguardo legal tem por finalidade impedir a prática de novos delitos.

Precedentes do STJ e STF

Ordem concedida.”

(HC n. 26.668/BA, Relator o Ministro Fernando Gonçalves, DJ de 25.02.2003, p. 384)

Por fim, no que pertine à alegada periculosidade do autor do delito, há que se ponderar tratar-se de fato isolado que, por si só, não conduz à ilação de que esteja presente, na espécie, o **periculum libertatis**, o que se comprova pelo natural curso da instrução criminal.

Ressalto, neste ponto, o seguinte julgado, de minha relatoria:

Habeas corpus. Direito Processual Penal. Prisão preventiva. Requisitos. Artigo 312 do Código de Processo Penal.

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

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

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

Ordem concedida.”

(HC n. 29.098/PB, Relator o Ministro Paulo Medina, DJ de 03.11.2003, p. 353)

Na espécie, para além da gravidade do homicídio e do aventado clamor que o fato suscitou na comunidade de Garanhuns, não indicam a decisão de primeira instância e o acórdão impugnado, fatos ou circunstâncias concretas e objetivas pelos quais o paciente estaria a comprometer a ordem pública, obstar a instrução criminal ou furtar-se da aplicação da lei penal.

Noticiam os autos que todos os demais co-réus foram postos em liberdade e a prisão do paciente, efetivada mais de um ano depois do fato, após regular instrução criminal, para a qual colaborou, não logra amparo no disposto no artigo 312 do CPP

Posto isso, *concedo* a ordem.

HABEAS CORPUS N. 35.648 — SP (2004/0071026-1)

Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa

Impetrantes: Sandy Pedro da Silva e outro

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Marcos Aurélio de Araújo

EMENTA

Habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. Crime de responsabilidade de ex-prefeito. Desvio de verbas públicas e fraude em licitação. Convênio firmado entre o Ministério da Saúde e o Município. Participação da União na compra de equipamento hospitalar para o SUS. Fiscalização do TCU. Competência da Justiça Federal. Súmula n. 208 do STJ. Nulidade configurada.

1. O Enunciado n. 208 da súmula desta Corte Superior determina que “compete à Justiça Federal processar e julgar Prefeito Municipal por desvio de verba sujeita à prestação de contas perante órgão federal”;

2. As verbas para compra do equipamento possuíam origens diversas: uma grande parte pertencente à União e o restante à Municipalidade; a União tinha o dever de supervisionar execução do convênio; o Município tinha o dever de prestar contas; na hipótese de não-execução do convênio, deveriam os recursos repassados ser reembolsados à União;

3. Não houve incorporação ao patrimônio do Municípios da verba destinada à compra do equipamento especificado, fato que, aliado à necessária prestação de contas perante órgão da União Federal, determina ser a Justiça Federal a competente para processar e julgar o feito;

4. Ordem parcialmente concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem de **habeas corpus**. 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), 15 de março de 2005 (data do julgamento).

Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Relator

DJ de 04.04.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa: Cuida-se de **habeas corpus**, substitutivo de recurso ordinário, impetrado em favor de Marcos Aurélio Araújo, contra

decisão da Décima Quinta Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo.

Narra a impetração que o paciente foi denunciado como incurso nas sanções do artigo 1º, inciso III, e § 2º, do Decreto-Lei n. 201/1967 e artigo 96, inciso III, da Lei n. 8.666/1993.

O Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Piraju proferiu decisão afirmando sua incompetência para o processamento e julgamento do feito, determinando sua remessa ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Nos autos da Ação Penal Originária n. 432.635.3/4, a Segunda Vice-Presidência daquela Corte, declinando de sua competência, remeteu os autos ao juízo de origem, ante a declaração, pelo órgão especial, da inconstitucionalidade do § 1º do artigo 84 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei n. 10.628/2002.

Pugnou, então, o paciente, ver reconhecida a incompetência do juiz singular para processar e julgar a causa; a exceção foi rejeitada (fls. 124/127-STJ).

Houve a impetração de **habeas corpus** perante o Tribunal de Justiça paulista, para que fosse declarada a incompetência da Justiça Estadual para o processamento e julgamento do feito, com a conseqüente nulidade da ação penal instaurada. A Décima Quinta Câmara do TACrim/SP não conhecendo da ordem, determinou o seu envio a esta Corte de Justiça (fls. 155/162-SP).

Informações prestadas (fls. 178/220-STJ); o Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem (fls. 223/228-STJ).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa (Relator): 1. Com razão o representante ministerial.

2. Diz o Enunciado n. 208 da Súmula desta Corte Superior que “compete à Justiça Federal processar e julgar Prefeito Municipal por desvio de verba sujeita à prestação de contas perante órgão federal.”

Os precedentes que levaram ao enunciado são claros o bastante para o deslinde da **questio** que ora se apresenta. Observe-se:

“Esta Corte tem entendido pela competência da Justiça Comum Estadual para processar e julgar ação penal, em que se discute o desvio de verbas federais destinadas a Município, mediante convênio, por integrar o patrimônio da Municipalidade.

Entretanto, na hipótese dos autos o ex-prefeito estava obrigado a prestar contas perante o Ministério da Agricultura, razão pela qual resta configurado o interesse da União a ser resguardado.” (CC n. 18.517/SP, Terceira Seção, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 26.05.1997, grifei).

“Com efeito, verba transferida pela União Federal a Município, incorpora-se ao patrimônio deste. Caso seja ilicitamente aplicada, o prejuízo é do Município.

Em conseqüência, a competência para processar e julgar eventual ação criminal relativa a crime que teve como objeto material aquela verba é do Tribunal de Justiça.

O Supremo Tribunal Federal, no entanto, estabelece distinção e conclui ser da competência da Justiça Federal quando o Município deve prestar contas ao Tribunal de Contas da União sobre o emprego daquela verba.” (CC n. 14.061-7/RS, Terceira Seção, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ de 12.05.1997, grifei).

3. Não se olvida que esta Corte, **a contrario sensu**, também elaborou enunciado determinando ser competente a Justiça Comum Estadual para processar e julgar prefeito por desvio de verba transferida e incorporada ao patrimônio municipal.

A competência, em síntese, será determinada, pois, pela incorporação ou não da verba ao patrimônio municipal, isto é, a verba repassada, ainda que federal, deverá ser reunida ao restante da verba municipal, sem que haja qualquer vinculação em relação à sua utilização ou, ainda, que não haja específica prestação de contas em relação ao montante repassado, perante órgão federal.

4. Após essas rápidas considerações, percebo, no caso **sub examine**, que o convênio firmado entre a União Federal, por meio do Ministério da Saúde, e a Prefeitura Municipal de Timburi — SP (Convênio n. 163/2000, cuja cópia se encontra às pp. 21/28-STJ) tem por objeto “dar apoio financeiro para equipamento para Unidade de Saúde do SUS — Timburi — SP visando ao fornecimento do Sistema Único de Saúde — SUS.”

Ressalto, inicialmente, que o valor dos recursos financeiros envolvidos atingiu a cifra de R\$ 48.000,00, dos quais R\$ 40.000,00 foram repassados pela União.

Destaco, ainda, que o concedente, nos termos da cláusula segunda do convênio firmado, deveria *acompanhar, supervisionar, coordenar, fiscalizar e prestar assistência técnica na execução deste convênio, diretamente ou através de seus órgãos e entidades, além de analisar e aprovar as prestações de contas dos seus próprios recursos alocados ao convênio.*

Em relação ao conveniente, a mesma cláusula segunda determinava uma série de obrigações, dentre as quais a de *aplicar os recursos do concedente exclusivamente na consecução do objeto pactuado, prestar contas dos recursos alocados pela União e dos rendimentos das aplicações financeiras, apresentar ao concedente relatórios da execução do convênio e restituir o valor transferido, com acréscimos legais, quando não for executado o objeto da avença, na falta de prestação de contas no prazo estabelecido ou quando os recursos forem utilizados em finalidade diversa.*

5. Algumas conclusões merecem realce: a) as verbas para compra do equipamento possuíam origens diversas: uma grande parte pertencente à União e o restante à Municipalidade; b) a União tinha o dever de supervisionar execução do convênio; c) o Município tinha o dever de prestar contas; por fim, mas não menos importante, d) na hipótese de não-execução do convênio, deveriam os recursos repassados ser reembolsados à União.

Portanto, deduz-se que não houve incorporação ao patrimônio do Município da verba destinada à compra do equipamento especificado, fato que, aliado à necessária prestação de contas perante órgão da União Federal, determina ser a Justiça Federal a competente para processar e julgar o feito.

Assim, também, o representante ministerial, **verbis**:

“Na espécie, os autos referem-se à investigação da malversação de verbas públicas provenientes de Convênio firmado entre o Ministério da Saúde e o Município de Timburi, visando à aquisição de equipamento hospitalar para o fortalecimento do Sistema Único de Saúde — SUS, mediante expresso compromisso de prestação de contas, na forma exigida pelo Tribunal de Contas da União.

Sendo assim, vislumbra-se que a competência para o julgamento do pleito é da Justiça Federal da 3ª Região, porquanto o que se busca é apurar possível desvio de verbas públicas federais, sujeitas à fiscalização de órgãos federais e à prestação de contas ao TCU, sobressaindo efetivo interesse da União Federal em controlar o emprego de recursos federais repassados por força de convênio para a prestação de serviços de saúde.” (Fl. 226/STJ)

6. Dessarte, forte nas razões acima apresentadas, *concedo parcialmente a ordem para determinar a competência da Justiça Federal para o processamento e julgamento do feito, com a respectiva remessa dos autos, devendo a autoridade federal competente determinar a ratificação dos atos decisórios já praticados ou declarar-lhes a nulidade.*

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 36.182 — SP (2004/0083539-0)

Relator: Ministro Nilson Naves

Impetrante: Ana Luiza Zimmermann Lopes Simões — Procuradoria da Assistência Judiciária

Impetrada: Décima Quarta Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo

Paciente: Anderson Luiz Ribeiro Matos (preso)

EMENTA

Roubo. Figura qualificada (emprego de arma). Apreensão da arma (não-ocorrência). Prova do emprego e da eficácia da arma (ausência). Ônus da prova (acusação). Regime de cumprimento da pena. **Habeas corpus** concedido.

1. Se a arma não foi apreendida, a palavra da vítima, por mais respeitada que seja, não é suficiente para se ter, exclusivamente com base nela, por caracterizada a qualificadora prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal (posição do Relator vencida).

2. A qualificadora supõe a apreensão, até porque é recomendável seja a arma submetida à perícia. A arma há de ter eficácia, e, a esse respeito, o ônus da prova não é da defesa, e sim da acusação (posição do Relator vencida).

3. Segundo os votos vencedores, “é dispensável a apreensão da arma de fogo, se existem elementos outros, aptos a comprovar a efetiva utilização daquele instrumento” (HC n. 13.983, DJ de 20.11.2000).

4. A gravidade do crime não justifica por si só a adoção de regime mais gravoso. Precedentes do STJ.

5. O condenado não-reincidente cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos deverá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

6. Ordem de **habeas corpus** concedida em parte (vencido o Relator quanto à qualificadora).

ACÓRDÃO

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

decisão proferida na sessão do dia 18.11.2004 e prosseguindo o julgamento após o voto-vista do Sr. Ministro Hamilton Carvalhido, que concedeu parcialmente a ordem de **habeas corpus**, e os votos dos Srs. Ministros Paulo Gallotti e Hélio Quaglia Barbosa no mesmo sentido, por unanimidade, conceder em parte a ordem de **habeas corpus** nos termos do voto do Sr. Ministro Hamilton Carvalhido. 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), 16 de dezembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Nilson Naves, Relator

DJ de 21.03.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: Foi o **habeas corpus** requerido pela Procuradoria Geral do Estado de São Paulo em favor de Anderson Luiz Ribeiro Matos. Apontou estes fatos:

“O Paciente foi processado pela Justiça Pública, perante a 7ª Vara Criminal do Foro Central da Comarca da Capital, nos autos do Processo n. 050.02.094534-5, Controle n. 15/2003, por infração ao artigo 157, parágrafo 2º, inciso I, do Código Penal (doc. 01/02).

Ao final, foi condenado às penas de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão em regime inicialmente fechado, e ao pagamento de 13 (treze) dias-multa (doc. 03/08).

Inconformado com a decisão, o paciente apelou almejando a absolvição e, em caso de ser mantida a condenação, pleiteou o afastamento da qualificadora pelo uso de arma, bem como o regime inicial fosse modificado para o semi-aberto.

O egrégio Tribunal de Alçada Criminal, por venerando acórdão proferido pela Décima Quarta Câmara, nos autos da Apelação n. 1.414.313/6, à unanimidade de votos, negaram provimento ao apelo, mantendo inalterada a r. sentença recorrida (doc. 09/15).”

Pede o seguinte:

“... aguardando o conhecimento e seguimento deste petitório, com o conseqüente acolhimento do pedido, para o fim de ver concedida a ordem de **habeas corpus**, que tem por escopo a outorga do regime prisional semi-

aberto para desconto inicial da pena privativa de liberdade e o afastamento da causa especial de aumento de pena prevista no inciso I, parágrafo 2º, do artigo 157, do Código Penal.”

O parecer é pela denegação da ordem, com esta ementa:

“— Muito embora a gravidade do delito, por si só, não justifique a imposição de regime mais gravoso, é razoável a imposição do mesmo quando as circunstâncias judiciais não forem favoráveis ao paciente.

— Não se afigura imprescindível a apreensão da arma de fogo para fins de caracterização da causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2º, I, do CP, se devidamente comprovado a ocorrência da majorante.

— Pela denegação da ordem.”

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): De acordo com as notícias da sentença e do acórdão, a violência foi exercida com emprego de arma. Alega, no entanto, a Procuradoria Geral do Estado “que a arma supostamente utilizada para a prática do crime em apreço não foi apreendida para que fosse submetida a exame pericial e se constatasse sua eficácia, bem como seu potencial lesivo”.

Disse a sentença que a qualificadora decorre “da prova até aqui analisada, consubstanciada precipuamente na valiosa palavra da vítima”. Disse mais que a prova da ineficácia da arma é ônus do réu, “não tendo ele feito prova em tal sentido”.

Por seu turno, o acórdão enfatizou o seguinte: (I) “a apreensão da arma não é indispensável ao reconhecimento da qualificadora prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do CP, que se demonstra também por outros meios de prova, já que a razão de ser da causa especial de aumento reside na intimidação da vítima, não na eficácia do instrumento”; (II) “na espécie, a vítima referiu-se, desde o primeiro momento (fls. 08, 11, 58), ao emprego de arma pelo assaltante, não havendo motivo para duvidar de sua palavra”; e (III) “para afastar a incidência da qualificadora reconhecida, cumpria à defesa fazer prova da suposta ineficiência da arma empregada, pois partiu dela a alegação”.

2. De minha parte, confesso que tenho dificuldade em dar por conhecida a qualificadora em causa. De um lado, porque arma alguma foi apreendida, parecendo-me de pouca prova ou de prova jamais tão valiosa assim a palavra da vítima, simplesmente. Simplesmente e simplesmente, porque aos autos não veio, concre-

tamente, outra prova. Além disso, não sei como se pode reconhecer o emprego de algo de que não se tem notícia. A mim se me afigura que a qualificadora supõe a apreensão da arma. De outro lado, o ônus da prova não é da defesa, e sim da acusação. Em sua dialética, o processo penal supõe seja do Ministério Público o ônus de toda prova de sua proposta de acusação, aí figurando o ônus de provar a qualificadora — no presente caso, o emprego de arma e, ao que eu entendo, a sua eficácia. Ora, arma sem eficácia não é arma, seria como um canivete ao qual faltassem a lâmina movediça e o cabo. As coisas são o que são, sob pena de abstração da sua realidade. Quando vagamos, a realidade não nos acompanha, e isso não é bom para a dogmática penal. Arma há de ser eficaz; caso contrário, de arma não se cuida.

Dou razão, portanto, à impetrante.

3. Abonado depois pelo acórdão, o regime prisional fechado, que se estabeleceu em primeiro grau, foi justificado pelo Juiz de Direito em sua sentença, referindo-se ao réu, “por apresentar-se como a resposta mais adequada à sua conduta, em função da gravidade do crime, marcado pelo emprego de arma de fogo, a revelar sua periculosidade”.

Há precedentes do Superior Tribunal — e a parecerista não deixou de reconhecer esse aspecto, como se viu do pronunciamento do Ministério Público — segundo os quais o regime mais gravoso não se justifica pela gravidade do delito. Ora, no caso em comento, a pena de reclusão foi a mínima, isto é, 4 (quatro) anos, isso em atenção ao disposto no art. 59, tanto que o magistrado disse o seguinte: “Por conseguinte, o acusado é primário e, embora registre processos em andamento por crimes de roubo, não se pode dizê-lo possuidor de maus antecedentes (fls. 64, 65, 67), na esteira do melhor entendimento jurisprudencial (JTACrimSP 34/493, 39/194, 78/14, 84/421; RT 418/286, 690/390; 754/652 etc.), aliás consentâneo com o postula (**sic**) constitucional da presunção de inocência. E agiu com dolo normal”. De mais a mais, estou repelindo a qualificadora.

Portanto, nesse ponto, também assiste razão à impetrante. E mais: o regime há de ser o aberto. Confirmam-se o § 2º, letra **c**, e o § 3º, ambos do art. 33 do Código Penal.

Ementei o HC n. 36.112 (DJ de 16.08.2004, sessão de 25.06.2004) desta maneira:

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

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

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

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

4. Precedentes do STJ.

5. **Habeas corpus** deferido.”

4. Voto pela concessão da ordem de **habeas corpus** a fim de, primeiro, ter por não-configurada a qualificadora do emprego de arma; segundo, estabelecer o regime aberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: Senhor Presidente, **habeas corpus** contra a Décima Quarta Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo que, improvando o apelo interposto por Anderson Luiz Ribeiro Matos, preservou-lhe a condenação, pela prática do delito tipificado no artigo 157, parágrafo 2º, inciso I, do Código Penal, às penas de 5 anos e 4 meses de reclusão, e 13 dias-multa.

Alega-se que a “(...) arma supostamente utilizada para a prática do crime em apreço não foi apreendida para que fosse submetida a exame pericial e se constataste sua eficácia, bem como seu potencial lesivo.” (Fl. 4)

Sustenta-se, de outro lado, ausência de fundamentação para a fixação do regime fechado como inicial para o cumprimento da pena reclusiva, com base apenas na gravidade abstrata do crime de roubo.

O Ministério Público Federal veio pela denegação da ordem.

O Ministro Nilson Naves, Relator, concedeu a ordem de **habeas corpus** para afastar a causa de aumento relativa à arma de fogo e modificar o regime prisional, fixando-se o semi-aberto como inicial do seu cumprimento.

Pedi vista para melhor examinar a questão da causa de aumento de pena, acompanhando o Relator, desde logo, no que se refere à modificação do regime prisional, por ressentir-se o **decisum** de fundamentação a ensejar a fixação do regime mais gravoso.

Tenho entendido que o poder vulnerante da arma de fogo informa a razão de ser da causa de aumento de pena em exame, a nosso ver, na dupla perspectiva da integridade física e da liberdade da vítima.

De qualquer modo, quando se queira insular a majorante da pena na sua dimensão puramente objetiva, ainda assim a apreensão da arma só será indispensável para o juízo positivo do aumento da resposta penal, se alegar a parte que à arma utilizada faltava potencialidade ofensiva, que lhe é essencial e presumível **juris tantum**, não se prestando a questão a debate abstrato, porque é matéria de prova e, certamente, o seu ônus não incumbe à acusação pública, mas, sim, a quem faz a alegação.

Gize-se, em acréscimo, que a causa especial de aumento de pena tipificada na lei penal é a de emprego de arma e, não, emprego de arma apreendida.

Confiram-se, nesse sentido, os seguintes precedentes:

“Penal e Processual. Roubo. Arma de fogo. Emprego. Apreensão. Pena. Causa de aumento. Incidência. Matéria probatória.

Diante de prova robusta do emprego de arma de fogo potencialmente lesiva, aferida mediante livre convencimento fundamentado, descabe exigir sua apreensão, para fins de incidência da causa especial de aumento, prevista no inciso I do art. 157, § 2º, do Código Penal. Desborda do **habeas corpus** o deslinde de questões que não se resolvem sem dilação probatória, porque incabível em ação constitucional de rito célere, marcada por cognição sumária e indene ao contraditório. Ordem denegada.” (HC n. 30.896/SP Relator Ministro Paulo Medina, **in** DJ de 25.10.2004)

“Penal. Roubo. Emprego de arma de fogo. Apreensão. Inexistência. Caracterização da causa especial de aumento.

1. Para a caracterização da causa especial de aumento do § 2º, inciso I, do art. 157 do CP, é dispensável a apreensão da arma de fogo, se existem elementos outros, aptos a comprovar a efetiva utilização daquele instrumento. Precedentes desta Corte.

2. Ordem denegada.” (HC n. 13.983/SP Relator Ministro Fernando Gonçalves, **in** DJ de 20.11.2000)

“EDcl no HC. Omissão. Falta de apreciação de dois pontos da impetração. Acolhimento. Emprego de arma. Apreensão prescindível. Circunstância anotada por outros dados. Coexistência de mais de uma qualificadora. Percentual acima do mínimo. Conjugação com a personalidade do agente. Critério coerente. Mantida a denegação da ordem.

Restando omissis o acórdão quanto a dois pontos da impetração, devem ser os aclaratórios acolhidos para o fim de apreciá-los.

Segundo a orientação firme desta Corte, a circunstância de aumento por uso de arma de fogo independe da apreensão do instrumento, situação que pode ser averiguada por outros dados de prova constantes do processo.

A coexistência de mais de uma circunstância especial de aumento da pena, por si só, não autoriza o acréscimo acima do patamar de 1/3, porém, se ocorrem motivos afins, tais como, a periculosidade do réu e seus maus antecedentes, a exasperação de 3/8 afigura-se coerente frente aos critérios legais.

Embargos acolhidos sem efeito modificativo.” (EDcl no HC n. 30.463/SP, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, **in** DJ de 02.08.2004 — nossos os grifos).

“**Habeas corpus**. Penal. Roubo qualificado. Emprego de arma de fogo. Não-apreensão da arma. Dispensabilidade para a caracterização da causa especial de aumento, quando provada a sua utilização por outros meios.

1. É dispensável a apreensão da arma de fogo para a caracterização da causa especial de aumento, prevista no § 2^a, inciso I, do art. 157 do Código Penal, quando existentes outros meios aptos a comprovar a sua efetiva utilização no crime, o que ocorreu **in casu** com o depoimento da vítima. Precedentes do STJ.

2. Ordem denegada.” (HC n. 28.294/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, **in** DJ de 05.04.2004)

Pelo exposto, concedo parcialmente a ordem para estabelecer o regime semi-aberto como inicial do cumprimento da pena reclusiva do paciente, divergindo do Relator na parte em que afastou a incidência da causa de aumento de pena descrita no inciso I do parágrafo 2^a do artigo 157 do Código Penal.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 37.857 — RS (2004/0119887-0)

Relator: Ministro Nilson Naves

Impetrantes: Fernanda Trajano de Cristo e outros

Impetrada: Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado Rio Grande do Sul

Paciente: Luis Fernando da Silva Soares Júnior (preso)

EMENTA

Substâncias entorpecentes (Leis ns. 6.368/1976 e 8.072/1990). Associação (art. 14). Pena privativa de liberdade (aplicação). Regime de cumprimento (progressão).

1. No caso da norma penal primária do art. 14 da Lei n. 6.368/1976, a relativa sanção (norma secundária) não é a que lá se encontra prevista, e sim a que prevista se acha no art. 8º da Lei n. 8.072/1990.

2. Em tal caso, também a pena privativa de liberdade há de ser executada em forma progressiva (Lei n. 7.210/1984, art. 112), isto é, a ele não se aplica o que tristemente se lê no tão citado § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072, de modo que, na espécie, o regime, *inicialmente*, será o fechado.

3. Precedentes do Superior Tribunal.

4. **Habeas corpus** deferido em parte.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem de **habeas corpus** com extensão aos co-réus, 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 a Drª. Fernanda Trajano de Cristo, pelo paciente.

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

Ministro Nilson Naves, Relator

DJ de 07.03.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: O **habeas corpus** indica coação proveniente da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que estatuiu o seguinte quando do julgamento das apelações (da acusação e da defesa), ao ver da ementa escrita para o acórdão:

“A denúncia, atendendo ao disposto do art. 41 do CPP especificou a conduta de cada um dos réus, que agiam em conjunção de vontades e comunhão de esforços.

O tráfico restou sobejamente demonstrado por intermédio da apreensão da substância tóxica e documentos, precedida de investigação policial, escuta telefônica, autorizada judicialmente, oportunizando a prova da ligação havida entre os réus para o cometimento do delito.

Dosimetria da pena.

A fixação da pena-base acima do mínimo legal deveu-se à reconhecida maior reprovabilidade social.

Associação (delito do art. 14 da Lei n. 6.368/1976).

Comprovada através dos contatos telefônicos e demais elementos dos autos, configurando reunião permanente relativamente a três dos réus.

Associação (art. 18, inciso III, da Lei n. 6.368/1976).

A reunião, no que concerne a um dos réus, ficou no campo da ocasionalidade. No entanto, a pena deve ser aumentada de metade, haja vista a reunião, ainda que ocasional, ter sido junto a uma organização preestabelecida e estruturada.

Atenuante da confissão espontânea.

A atenuante da confissão espontânea deve ser afastada, não podendo ser realizada parcialmente, apenas quanto à posse da substância tóxica. A associação restou comprovada no decorrer da instrução processual.

Regime de cumprimento de pena.

Integralmente fechado (art. 2º, § 1º, Lei n. 8.072/1990), não afastando a concessão de benefícios no decorrer do cumprimento da pena, como livramento condicional e serviço externo.

Substituição da pena privativa de liberdade. Inaplicabilidade.

Inaplicabilidade da Lei n. 9.714/1998, que modificou o Código Penal quanto à substituição da pena restritiva de liberdade para restritivas de direito, porque se trata de delito punido com maior severidade, tendo em vista a característica de hediondez do delito praticado.

Preliminar rejeitada.

Apelos defensivos desprovidos.

Apelo ministerial parcialmente provido.”

As impetrantes formularam estes pedidos em favor do paciente (a ação penal foi instaurada contra quatro pessoas):

“a) se declare nula a pena imposta acima do máximo legal no que tange ao artigo 14 da Lei n. 6.368/1976, procedendo-se nova dosimetria da pena, observando-se o **quantum** estabelecido no artigo 8º da Lei n. 8.072/1990 (de 03 a 06 anos);

b) se determine o regime inicialmente fechado para o cumprimento da pena imposta pelo delito previsto no artigo 14 da Lei n. 6.368/1976 (associação para o tráfico);

c) se reconheça a ilegalidade operada em sede de apelação com a fixação do regime integralmente fechado para os delitos tipificados nos artigos 12 e 14 da Lei n. 6.368/1976, tendo em vista afronta à coisa julgada material e ao princípio constitucional do **ne reformatio in pejus**, determinando-se o regime inicial de cumprimento de pena pelos aludidos delitos como sendo o inicial fechado.”

Foi parecerista, em nome do Ministério Público Federal, o Subprocurador-Geral Mendes Sousa, cuja opinião foi pela concessão em parte da ordem. Eis a ementa do parecer:

“A Lei n. 8.072/1990, em seu art. 2º, apenas equiparou a hediondo o crime de tráfico ilícito de entorpecentes, previsto no art. 12 da Lei n. 6.368/1976, sendo defeso ao julgador dar interpretação extensiva ao dispositivo para abranger o tipo penal descrito no art. 14 da Lei Antitóxicos, notadamente por ser mais gravoso ao réu (precedentes do STF e do STJ).

Segundo tem entendido o Supremo Tribunal Federal, cuja orientação vem sendo seguida por esse Colegiado, o art. 14 da Lei n. 6.368/1976 deve ser aplicado em conjugação com o art. 8º da Lei n. 8.072/1990, servindo, o primeiro, para definir o tipo penal e, o segundo, para fixação da pena.

Não procede a alegação de **reformatio in pejus** da sentença pelo v. acórdão recorrido relativamente ao cumprimento da pena, quando determinou expressamente o regime integral fechado, mesmo porque, não produziu qualquer alteração no édito condenatório, de vez que este, no seu bojo, concluiu por determinar aos quatro réus ‘... cumprir a totalidade dessas penas em regime fechado, regime assim estabelecido com base no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990’.

Parecer pela concessão parcial da ordem para fixar o regime inicial fechado em relação ao crime previsto no art. 14 da Lei n. 6.368/1976, bem assim, fazer retornar os autos ao Juízo de primeiro grau para adequar a pena para o crime de associação para o tráfico ilícito de entorpecente, ao que dispõe

o artigo 8^o da Lei n. 8.072/1990, se não entender essa colenda Turma por fazê-lo, estendendo a decisão aos demais co-réus.”

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): Inicia-se o parecer com o exame do pedido sob a letra **b**, indo-se, após, aos dois outros nestes termos:

“No mérito, assiste razão, em parte, aos impetrantes, porquanto o art. 2^o da Lei n. 8.072/1990, ao elencar os crimes equiparados aos hediondos, não faz qualquer alusão à associação para a traficância, crime autônomo previsto no art. 14 da Lei n. 6.368/1976, referindo-se apenas, no que respeita à Lei Antitóxicos, ao tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins.

Assim, em atenção ao princípio da reserva legal em matéria penal, não pode o intérprete alargar a incidência da norma em prejuízo para o réu.

Reiterada tem sido a jurisprudência dessa augusta Corte neste sentido, conforme julgados adiante transcritos:

(...)

Com razão, ainda, os Impetrantes quanto ao equívoco da Corte Estadual que confirmou a pena imposta ao paciente pelo cometimento do delito previsto no artigo 14 da Lei n. 6.368/1976, sem a observância dos limites estabelecidos no artigo 8^o da Lei n. 8.072/1990, cuja pena máxima não poderia ter ultrapassado os 06 (seis) anos de reclusão, tendo a fixação da pena, na hipótese dos autos, alcançado o patamar dos 09 (nove) anos de reclusão, ferindo a legislação vigente.

É que, segundo tem entendido o Supremo Tribunal Federal, cuja orientação vem sendo seguida por esse Colegiado, o art. 14 da Lei n. 6.368/1976 deve ser aplicado em conjugação com o art. 8^o da Lei n. 8.072/1990, servindo, o primeiro, para definir o tipo penal e, o segundo, para fixação da pena.

(...)

Não procede, todavia, a alegação de **reformatio in pejus** da sentença pelo v. acórdão recorrido relativamente ao cumprimento da pena, quando determinou expressamente o regime integral fechado, mesmo porque, não produziu qualquer alteração na sentença condenatória, de vez que esta, no seu bojo, concluiu por determinar aos quatro réus ‘... cumprir a totalidade dessas penas em regime fechado, regime assim estabelecido com base no art. 2^o, § 1^o, da Lei n. 8072/1990...

(...)

Em razão do exposto, opina-se pela concessão parcial da ordem para reformar, em parte, o acórdão e, conseqüentemente, a sentença condenatória, apenas para fixar o regime inicial fechado em relação ao crime previsto no art. 14, da Lei n. 6.368/1976, de modo a permitir a progressão, bem assim, fazer retornar os autos ao Juízo de primeiro grau, para adequar a pena para o crime de associação para o tráfico ilícito de entorpecente, ao que dispõe o artigo 8º da Lei n. 8.072/1990, se não entender essa colenda Turma por fazê-lo, estendendo a decisão aos demais co-réus.”

Estou de acordo com o parecerista. De fato, não procede a alegação de que teria havido, da parte do acórdão, reforma para pior, porquanto, no indigitado aspecto, a sentença por si só já fora bastante clara ao estabelecer o regime fechado, e o estabeleceu de forma integral, ei-la em tal momento: “... todos os quatro réus devendo cumprir a totalidade dessas penas em regime fechado, regime assim estabelecido com base no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990...”. Bem ou mal, eis aí o aspecto da sentença de que estamos cuidando. Para uns, não se trata de boa opção; para outros, até de má; a mim a opção não agrada, mas isso não é agora objeto de cogitações, estamos a cogitar da **reformatio in pejus**. Sucede que, nesse ponto, bem ou mal, repita-se, a sentença, ao aludir ao referido § 1º, estabeleceu que a pena “será cumprida integralmente em regime fechado”.

Procede, no entanto, quanto ao mais, o pedido formulado pelas impetrantes. Sentenciou-se assim, e assim foi confirmado pelo acórdão:

“Na ausência de outras circunstâncias modificadoras, ficam todos os quatro réus, cada qual, condenado pelo crime do art. 12 da Lei de Tóxicos a uma pena de nove anos de reclusão, e ficam os réus Luís Fernando (de apelido ‘Júnior’), Gustavo e Isaura, cada qual, condenados pelo crime do art. 14 da Lei de Tóxicos a outra pena de nove anos de reclusão, penas essas a serem cumpridas em concurso material na forma do art. 69 do Código Penal. Nesses termos, ficam os réus Luís Fernando (de apelido ‘Júnior’), Gustavo e Isaura, cada qual, condenados a um total de dezoito (18) anos de reclusão, e fica o réu Wagner condenado a uma única pena total de doze (12) anos de reclusão.”

Como se vê, foram os réus também sentenciados pelo crime previsto no art. 14, e o foram a 9 (nove) anos de reclusão, o que então fez crer que, a propósito, elegeu-se a reclusão da Lei n. 6.368, de 3 (três) a 10 (dez) anos, sucedendo, todavia, ao ver da jurisprudência, que, no caso de associação para o tráfico de entorpecentes, a pena (ou as penas) não é a indicada originalmente, mas a do art. 8º da Lei n. 8.072: “Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código

Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo.” Nesse ponto, por conseguinte, a fixação da pena há de ser alterada.

De mais a mais, dúvida não existe quanto a que é admissível a progressão respeitante ao art. 14. É da nossa jurisprudência: (I) “a regra proibitiva da progressão de regime prisional, prevista no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, refere-se tão-somente ao tráfico de entorpecentes (art. 12 da Lei n. 6.368/1976), não alcançando, portanto, o delito de associação, tipificado no art. 14 da Lei de Tóxicos” (RHC-15.443, Ministro José Arnaldo, DJ de 12.04.2004); (II) “o crime de associação para fins de tráfico de entorpecente é delito autônomo, não sendo equiparado para os efeitos da lei a crime hediondo, podendo, por isso, aplicar-se àquele a progressão de regime e a substituição da pena. Precedentes jurisprudenciais” (HC n. 26.257, Ministro Paulo Medina, DJ de 02.06.2003).

Em conclusão, deixo de logo estabelecido que, quanto ao art. 14 da Lei n. 6.368, o regime de cumprimento da pena privativa de liberdade inicialmente é o fechado (autorizando, por isso, a progressão) e determino que, na origem, a pena (ou as penas), também em referência ao mesmo art. 14, seja ajustada ao que reza o art. 8º da Lei n. 8.072. É para esse fim que estou concedendo a ordem, estendendo-a aos co-réus.

HABEAS CORPUS N. 38.047 — RJ (2004/0125331-0)

Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa

Impetrante: Isabella Maria de Paula Borba — Defensora Pública

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

Paciente: B. D. P. (internado)

EMENTA

Habeas corpus. Estatuto da Criança e do Adolescente. Ato infra-
cional análogo ao tráfico de entorpecentes. Medida de semiliberdade.
Atividades externas. Visitas familiares. Controle judicial. Possibilidade.
Ausência do laudo definitivo de exame da substância apreendida. Mate-
rialidade delitiva não comprovada. Ordem parcialmente concedida.

1. O disposto no art. 120 da Lei n. 8.069/1990 não afasta o controle e a fiscalização, pelo Magistrado de primeiro grau, das atividades externas realizadas pelo menor, quando sujeito à medida de semiliberdade.

2. Evadindo-se o menor do estabelecimento em que cumpria medida socioeducativa de semiliberdade, resta prejudicado o **habeas corpus** que impugnava a imposição de restrições às suas atividades externas.

3. É indispensável a juntada aos autos do laudo toxicológico definitivo, a fim de se comprovar a materialidade de infração equiparada ao tráfico ilícito de entorpecentes.

4. Ordem parcialmente concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem de **habeas corpus**. 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), 15 de março de 2005 (data do julgamento).

Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Relator

DJ de 11.04.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa: Cuida-se de **habeas corpus**, substitutivo de recurso ordinário, com pedido de liminar, impetrado em favor de B. D. P., contra acórdão proferido pela Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Narra o impetrante que o paciente foi representado pela prática de ato infracional análogo ao tipo penal descrito no art. 12 da Lei n. 6.368/1976; após permanecer internado provisoriamente por trinta dias, foi aplicada medida sócio-educativa de semiliberdade, sem que tivesse sido juntado aos autos o laudo definitivo da substância apreendida. Ao aplicar a medida, o magistrado de primeiro grau restringiu as saídas do menor nos finais de semana.

Irresignado, impetrou **habeas corpus** perante o Tribunal **a quo**, que dene-gou a ordem pretendida.

No presente *writ*, pretende-se o reconhecimento de inexistência de prova de materialidade delitiva, extinguindo-se a medida sócio-educativa aplicada; subsidiariamente, pugna-se pela declaração de nulidade da sentença na parte que restringiu as saídas do paciente nos finais de semana.

Informações prestadas (fls. 46/53-STJ); o Ministério Público Federal opinou pela concessão parcial da ordem (fls. 55/63-STJ).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa (Relator): 1. Com razão o *Parquet* Federal.

2. Os autos noticiam que foi imposta ao paciente medida sócio-educativa de semiliberdade, pelo cometimento de ato infracional análogo ao delito descrito no art. 12 da Lei n. 6.368/1976. Todavia, na fixação da medida, o magistrado de primeiro grau estabeleceu restrições às saídas do menor para visita familiar, nos finais de semana. Assim se pronunciou o julgador monocrático (fls. 48/49-STJ):

“(...) A visita à família será progressiva e condicionada ao bom comportamento do adolescente, tolerando-se a sua concessão por dois dias de cada vez, até o máximo de 14 (quatorze) dias por trimestre.”

Negado pelo Tribunal **a quo** o remédio heróico impetrado em face da sobredita decisão, a defesa se insurge, no presente *writ*, sustentando que a restrição imposta fere o art. 120 do Estatuto da Criança e do Adolescente, **in verbis**:

“O regime de semiliberdade pode ser determinado desde o início, ou como forma de transição para o meio aberto, possibilitada a realização de atividades externas, independentemente de autorização judicial.”

Ocorre que o Juiz menorista, ao impor restrições às saídas do menor, durante o cumprimento da medida socioeducativa aplicada, não contrariou o disposto no artigo acima transcrito, porquanto afirmou, expressamente, a possibilidade de visitas à família, condicionadas, todavia, ao bom comportamento do menor e à forma progressiva, de modo que não se pode falar, a esse respeito, em constrangimento ilegal a ser reparado pelo **mandamus**.

A norma sob comento, ao dispor sobre a possibilidade de realização de atividades externas, “independente de autorização judicial”, como bem disse a ilustre Subprocuradora-Geral da República (fls. 55/63):

“... não retira do Juiz da Vara da Infância e da Juventude o poder de controlar a realização, pelo adolescente infrator, de atividades externas. É que a medida sócio-educativa tem por finalidade precípua a reinserção do menor ao

convívio social; assim, entendendo necessário, o Magistrado deve controlar e fiscalizar essa reinserção buscando que seja ela efetiva.”

Assim, a fixação de restrições às visitas familiares, condicionadas ao bom comportamento do adolescente, não contraria o Estatuto da Criança e do Adolescente, uma vez que ao Magistrado de primeira instância cabe o controle e a fiscalização da medida sócio-educativa, adequando-a às peculiaridades do menor, bem como do ato infracional por ele praticado, para que, devidamente reabilitado, possa, de forma progressiva, ser reinserido no convívio social.

3. De outra parte, impende sublinhar que, segundo informações prestadas pela autoridade tida como coatora, o paciente, desde 20 de outubro de 2002, encontra-se evadido, já que, em visita familiar, não mais retornou ao estabelecimento onde cumpria a medida, o que elide o objeto da presente ordem, tornando-a prejudicada.

Caso análogo à espécie dos autos já foi apreciado por esta Sexta Turma, quando do julgamento do HC n. 24.263/RJ, da relatoria do Ministro Hamilton Carvalhido, restando assim ementado:

“**Habeas corpus**. Estatuto da Criança e do Adolescente. Medida de semiliberdade. Restrição às atividades externas. Evasão do menor. *Writ* prejudicado.

1. Conquanto o artigo 120 da Lei n. 8.069/1990 dispense autorização do juiz para a realização de atividades externas pelo menor sujeito à medida sócio-educativa de semiliberdade, tal não implica a exoneração do magistrado do seu dever legal de presidir o bom cumprimento do comando da sentença, adequando a medida sócio-educativa às peculiaridades do menor e ao próprio ato infracional por ele perpetrado (precedentes da Corte).

2. A evasão do menor do estabelecimento em que cumpria medida socio-educativa de semiliberdade torna prejudicado o **habeas corpus** que impugnava a imposição de restrições às suas atividades externas.

3. *Writ* prejudicado.” (HC n. 24.263/RJ; Sexta Turma; Rel. Min. Hamilton Carvalhido; DJ de 22.04.2003)

4. Já no que toca à ilegalidade da aplicação de medida sócio-educativa, sem que houvesse sido juntado o laudo toxicológico definitivo, tenho que merece prosperar a argumentação do impetrante. Impõe-se a transcrição do seguinte excerto do voto proferido pelo Relator do acórdão proferido na instância anterior (fl. 52-STJ):

“Logo, de acordo com essa finalidade ressocializadora da Justiça da Infância e da Juventude, determinadas formalidades, tal como a presença de um laudo toxicológico definitivo, passam a ser desnecessárias caso haja provas

suficiente (**sic**) da ocorrência do ato infracional e, sobretudo, da necessidade em se impor determinada medida para a recuperação do menor.”

5. Ocorre que, se tratando de imposição de medida sócio-educativa a menor que responde pela prática de ato infracional equiparado ao tráfico de entorpecente, é imprescindível a juntada aos autos do laudo toxicológico definitivo da substância apreendida, sob pena de não restar provada a materialidade delitiva.

Para a lavratura do auto de apreensão em flagrante, bem como para o oferecimento de representação em face do menor, basta o laudo de constatação preliminar (art. 22, § 1º, da Lei n. 6.368/1976; art. 28, § 1º, da Lei n. 10.409/2002).

Na hipótese em exame, constatado o laudo prévio se tratar de substância entorpecente, o adolescente foi preso, e permaneceu internado provisoriamente durante a instrução processual.

Contudo, ao impor ao paciente a medida sócio-educativa de semiliberdade, o julgador menorista o fez sem que tivesse sido juntado aos autos o laudo de exame toxicológico definitivo da substância apreendida, ofuscando, assim o princípio da ampla defesa.

Não é possível, pois, a prolação do decreto condenatório ou a aplicação de medida restritiva à liberdade do adolescente, sem que haja prova suficiente da ocorrência do ato infracional, representada pela juntada aos autos do laudo definitivo, a teor do disposto na Lei de Tóxicos. Destaco a respeito o seguinte precedente desta Corte:

Habeas corpus. Estatuto da Criança e do Adolescente. Regime de semiliberdade. Visita a familiares. Limitação. Ausência de laudo definitivo

I - O direito do paciente em visitar seus familiares pode ser limitado à forma progressiva e condicionado ao comportamento do menor, não configurando tal restrição em constrangimento ilegal.

(Precedentes).

II - É indispensável a juntada aos autos do laudo toxicológico definitivo, a fim de se comprovar a materialidade de infração equiparada ao tráfico ilícito de entorpecentes. (Precedentes)

Ordem parcialmente concedida. (HC n. 35.259/RJ, Quinta Turma, Rel. Ministro Felix Fischer, DJ de 06.12.2004)

Habeas corpus. Estatuto da Criança e do Adolescente. Ato infracional análogo ao tráfico ilícito de entorpecentes. Confissão. Homologação da desistência de produção de outras provas. Cerceamento do direito de defesa confi-

gurado. Direito indisponível. Ausência de laudo toxicológico definitivo. Materialidade delitiva não comprovada. Precedentes do STF e do STJ.

1. O Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento de que o direito de defesa, consagrado no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, é irrenunciável, ou seja, as partes litigantes não podem dele dispor.

2. O respeito aos princípios do *due process of law* e da ampla defesa interessa também ao Estado, representado na figura do Ministério Público, na busca do esclarecimento dos fatos e da verdade real. Assim, o juízo menorista, ao homologar a desistência das partes de produzirem provas durante a realização da audiência de instrução, feriu diametralmente o direito constitucional da ampla defesa assegurado ao paciente.

3. É absoluta a nulidade consistente na prolação de sentença condenatória sem a juntada do laudo toxicológico definitivo, do que dispõe o art. 25 da Lei n. 6.368/1976.

4. Precedentes do STF e do STJ.

5. Ordem concedida para determinar a anulação do **decisum** que julgou procedente a representação ministerial oferecida contra o paciente, a fim de que seja procedida a prévia instrução probatória, devendo, por fim, o menor aguardar em liberdade assistida o desfecho do processo. (HC n. 36.238/RJ, Quinta Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ de 16.09.2004)

Desta última decisão, transcrevo o seguinte trecho das razões expostas em seu voto condutor:

“Com efeito, o *laudo de constatação ou provisório* é suficiente apenas para a lavratura do auto de prisão em flagrante e da oferta de denúncia (art. 20, § 1º, da Lei n. 6.368/1976 e art. 28, § 1º, da Lei n. 10.409/2002) que, entretanto, *não supre a ausência do laudo definitivo* (art. 25 da Lei n. 6.368/1976 e art. 31, § 1º, da Lei n. 10.409/2002) — *cuja ausência gera nulidade absoluta*, pois que afeta o interesse público e diz respeito à própria prestação jurisdicional.” (Grifos no original)

6. Dessarte, forte nas razões acima expendidas, *concedo parcialmente* a ordem para, anulando a sentença que acolheu a pretensão ministerial, que seja procedida a prévia instrução probatória, devendo, por fim, o paciente aguardar em liberdade assistida o desfecho do processo, ficando, no mais, *prejudicado* o presente writ.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 369.253 — DF (2001/0134661-6)

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido

Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

Recorrido: José Campos de Oliveira

Advogados: Eugênio Coleho Ribeiro e outros

EMENTA

Recurso especial. Sentença de pronúncia. Juízo de admissibilidade da acusação perante o Tribunal do Júri. Exclusão de qualificadora. Provisamento.

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

2. Tal fundamentação, para mais, deve ser deduzida em relação necessária com as questões de direito e de fato postas na pretensão e na sua resistência, dentro dos limites do pedido, não se confundindo, de modo algum, com a simples reprodução de expressões ou termos legais, postos em relação não raramente com fatos e juízos abstratos, inidôneos à incidência da norma invocada.

3. A motivação da pronúncia é condição de sua validade e, não, vício que lhe suprima a eficácia, limitando-a, contudo, em intensão e extensão, a sua natureza específica de juízo de admissibilidade da acusação perante o Tribunal do Júri. É que, versando sobre o mesmo fato-crime e sobre o mesmo homem-autor, nos processos do júri, o **judicium accusationis** tem por objeto a admissibilidade da acusação perante o Tribunal Popular e o **judicium causae** o julgamento dessa acusação por esse Tribunal Popular, do que resulta caracterizar o excesso judicial na pronúncia, usurpação da competência do Tribunal do Júri, a quem compete, constitucionalmente, julgar os crimes dolosos contra a vida (Constituição da República, artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea **d**).” (HC n. 18.267/PA, da minha relatoria, **in** DJ de 23.06.2003)

2. Em imergindo o Tribunal **a quo** no conjunto da prova, para sufragar tese favorável ao réu, em detrimento da acusação pública e de

sua prova, decidindo a imputação da qualificadora do homicídio, questão própria do mérito da causa, ultrapassa os limites do **judicium accusationis** e o exclui, nesse tanto, do julgamento pelo Tribunal do Júri, seu juiz natural.

3. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

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

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

Ministro Hamilton Carvalhido, Presidente e Relator

DJ de 15.12.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: Recurso especial interposto pelo Ministério Público contra acórdãos da Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, assim ementados:

“Recurso em sentido estrito. Homicídio. Tentativa (artigo 121, **caput**, c.c. o artigo 14, inciso II, todos do Código Penal). Preliminar. Assistência judiciária. Juízo de suspeita. Denúncia. Aditamento. Mérito. Pronúncia. Juízo de suspeita. Denúncia. Aditamento. Qualificadora. Descrição. Ausência. Exclusão.

Tratando-se de réu patrocinado pela Assistência Judiciária, diante do princípio da ampla defesa, conhece-se do recurso. Mérito. Como cedoço, sendo a pronúncia um juízo fundado de suspeitas, de natureza processual, basta ao Magistrado estar convicto da presença de indícios de autoria e materialidade, indicando não só o tipo penal a que subsume o fato, como as circunstâncias qualificadoras do crime. Necessário também, a descrição do crime com todas as suas circunstâncias na peça acusatória ou no aditamento. **In casu**, embora aditada a denúncia para inclusão da qualificadora, não restando a mesma presente implícita ou explicitamente, não há como pronunciar o réu nela incurso. *Rejeitada a preliminar e provido o recurso. Maioria.*” (Fl. 185)

“Recurso em sentido estrito. Homicídio. Tentativa (artigo 121, **caput**, c.c. o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal). Embargos de declaração. Aditamento à denúncia. Qualificadora. Descrição. Ausência. Exclusão. Desclassificação. Omissão. Obscuridade. Contradição. Inexistência. Reforma do acórdão. Rejeição.

Não se infere do aditamento à denúncia, a descrição da qualificadora do recurso utilizado pelo agente impossibilitando a defesa da vítima (artigo 121, § 2º, inciso IV, do Código Penal). Nestes termos, é devida a sua exclusão e, conseqüentemente, a desclassificação para tentativa de homicídio simples. Não estando presente implícita ou explicitamente da acusação a qualificadora, não há como pronunciar o réu nela incurso. Inexistindo omissão, obscuridade ou contradição no acórdão atacado, rejeitam-se os embargos de declaração interpostos com finalidade de reforma do acórdão. *Rejeitados os embargos. Unânime.*” (Fl. 204)

Violação dos artigos 74, parágrafo 1º, e 408, ambos do Código de Processo Penal, e 121, parágrafo 2º, inciso IV, do Código Penal, funda a insurgência especial (Constituição da República, artigo 105, inciso III, alínea a).

Pugna o *Parquet* recorrente no sentido de que “(...) seja o recurso especial conhecido e provido, restabelecendo-se a pronúncia pela tentativa de homicídio qualificado.” (Fl. 223)

Recurso tempestivo (fl. 211), não respondido (fl. 225) e admitido na origem (fls. 226/227).

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

“Recurso especial. Penal. Recurso em sentido estrito. Pronúncia. Aditamento da denúncia. Inclusão. Qualificadora.

— Conforme reiterada jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, as qualificadoras só podem ser excluídas da sentença de pronúncia quando absolutamente improcedentes.

— Precedentes do STJ.

— Pelo provimento do recurso especial.” (Fl. 233)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Senhores Ministros, recurso especial interposto pelo Ministério Público contra acórdãos da Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, assim ementados:

“Recurso em sentido estrito. Homicídio. Tentativa (artigo 121, **caput**, c.c. o artigo 14, inciso II, todos do Código Penal). Preliminar. Assistência judiciária. Juízo de suspeita. Denúncia. Aditamento. Mérito. Pronúncia. Juízo de suspeita. Denúncia. Aditamento. Qualificadora. Descrição. Ausência. Exclusão.

Tratando-se de réu patrocinado pela Assistência Judiciária, diante do princípio da ampla defesa, conhece-se do recurso. Mérito. Como cediço, sendo a pronúncia um juízo fundado de suspeitas, de natureza processual, basta ao Magistrado estar convicto da presença de indícios de autoria e materialidade, indicando não só o tipo penal a que subsume o fato, como as circunstâncias qualificadoras do crime. Necessário também, a descrição do crime com todas as suas circunstâncias na peça acusatória ou no aditamento. **In casu**, embora aditada a denúncia para inclusão da qualificadora, não restando a mesma presente implícita ou explicitamente, não há como pronunciar o réu nela incurso. *Rejeitada a preliminar e provido o recurso. Maioria.*” (Fl. 185)

“Recurso em sentido estrito. Homicídio. Tentativa (artigo 121, **caput**, c.c. o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal). Embargos de declaração. Aditamento à denúncia. Qualificadora. Descrição. Ausência. Exclusão. Desclassificação. Omissão. Obscuridade. Contradição. Inexistência. Reforma do acórdão. Rejeição.

Não se infere do aditamento à denúncia, a descrição da qualificadora do recurso utilizado pelo agente impossibilitando a defesa da vítima (artigo 121, § 2º, inciso IV, do Código Penal). Nestes termos, é devida a sua exclusão e, conseqüentemente, a desclassificação para tentativa de homicídio simples. Não estando presente implícita ou explicitamente da acusação a qualificadora, não há como pronunciar o réu nela incurso. Inexistindo omissão, obscuridade ou contradição no acórdão atacado, rejeitam-se os embargos de declaração interpostos com finalidade de reforma do acórdão. *Rejeitados os embargos. Unânime.*” (Fl. 204)

Violação dos artigos 74, parágrafo 1º, e 408, ambos do Código de Processo Penal, e 121, parágrafo 2º, inciso IV, do Código Penal, funda a insurgência especial (Constituição da República, artigo 105, inciso III, alínea a).

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

“(…)

Há muito sedimentou-se a jurisprudência desse egrégio Superior Tribunal de Justiça no sentido de que não compete ao juízo de pronúncia excluir

qualificadora senão nas hipóteses — remotíssimas, conforme ocioso demonstrar — em que manifestamente inexistissem os fatos enquadráveis, em tese, no tipo legal.

Assim é porque, na fase processual cogitada, a atividade do magistrado deve limitar-se à verificação de materialidade e indícios de autoria.

(...)

A egrégia Corte Superior, aliás, não admite sequer que a justiça togada, na pronúncia, discuta, debata, enfim, valorize a prova em ordem a excluir a qualificadora.

Por isso mesmo, sistematicamente, o STJ vem acolhendo os recursos interpostos pelo MPDFT em que o Tribunal local valorou a prova dos autos para proceder à exclusão, invadindo a competência do Tribunal Popular.

(...)

O v. acórdão recorrido, consoante registra com todas as letras o douto voto condutor — apenas e somente, decidiu, **a priori**, que a narrativa posta no aditamento não tipificava, em tese, a cogitada qualificadora.

A mera leitura do aditamento, todavia, demonstra a subsunção dos fatos narrados à norma inscrita no art. 121, § 2º, inciso IV, do Código Penal.

(...)

O aditamento contém, à evidência, os elementos necessários para a tipificação da qualificadora, uma vez imputar ao réu utilizar-se de recurso que impossibilitou a defesa da vítima, porquanto atirou de surpresa, em momento em que o ofendido desempenhava função laborativa na companhia daquele, não podendo jamais presumir a agressão, a tiros, notadamente em face da amizade que mantinha com o seu agressor.

A qualificadora do crime, pois, está descrita em todas as suas circunstâncias, as quais, **ictu oculi**, como não se pode negar enquadram no art. 121, § 2º, inciso IV, do Código Penal.

(...)” (Fls. 216/222).

Daí por que pugna, ao final, no sentido de que “(...) seja o recurso especial conhecido e provido, restabelecendo-se a pronúncia pela tentativa de homicídio qualificado.” (Fl. 223)

A toda evidência, a fundamentação das decisões do Poder Judiciário, tal como resulta da letra do inciso IX do artigo 93 da Constituição da República, é condição absoluta de sua validade e, portanto, pressuposto da sua eficácia, substanciando-se

na definição suficiente dos fatos e do direito que a sustentam, de modo a certificar a realização da hipótese de incidência da norma e os efeitos dela resultantes.

Tal fundamentação, para mais, deve ser deduzida em relação necessária com as questões de direito e de fato postas na pretensão e na sua resistência, dentro dos limites do pedido, não se confundindo, de modo algum, com a simples reprodução de expressões ou termos legais, postos em relação não raramente com fatos e juízos abstratos, inidôneos à incidência da norma invocada.

Não é outra a Lei Federal vigente, nos próprios do processo penal do júri, dispondo, como dispõe, o artigo 408 do Código de Processo Penal que, “se o juiz se convencer da existência do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor, pronunciará-lo-á *dando os motivos do seu convencimento.*” (Nossos os grifos)

A motivação da pronúncia, ao que se tem, é condição de sua validade e, não, vício que lhe suprima a eficácia, limitando-a, contudo, em intensão e extensão, a sua natureza específica de juízo de admissibilidade da acusação perante o Tribunal do Júri.

É que, versando sobre o mesmo fato-crime e sobre o mesmo homem-autor, nos processos do júri, o **judicium accusationis** tem por objeto a admissibilidade da acusação perante o Tribunal Popular e o **judicium causae** o julgamento dessa acusação por esse Tribunal Popular, do que resulta caracterizar o excesso judicial na pronúncia, usurpação da competência do Tribunal do Júri, a quem compete, constitucionalmente, julgar os crimes dolosos contra a vida (Constituição da República, artigo 5^o, inciso XXXVIII, alínea **d**).

A observância, portanto, dos limites da pronúncia pelo magistrado, enquanto juízo de admissibilidade da acusação perante o Tribunal do Júri, é também condição de sua validade, valendo invocar, a propósito, o magistério de **José Frederico Marques** (in, “Elementos de Direito Processual Penal”, volume III, pp. 199/200, 1^a edição, Forense, Rio, 1962):

“(…)

Para declarar admissível ou inadmissível a acusação, o juiz examina questões pertinentes ao mérito da causa, como sejam, a prova do crime e indícios da autoria. Isso, porém, não importa em transmudar-se decisão apenas processual em decisão de mérito, pois que o juiz não decide, após esse exame de questões de mérito, sobre a procedência ou improcedência da pretensão punitiva deduzida na acusação, e sim a respeito da admissibilidade desta.

(…)

O magistrado que prolata a sentença de pronúncia deve exarar a sua decisão em termos sóbrios e comedidos, a fim de não exercer qualquer influência no ânimo dos jurados. É aconselhável, por outro lado, que dê a entender, sempre que surja controvérsia a propósito de elementares do crime, que sua decisão, acolhendo circunstância contrária ao réu ou repelindo as que lhe sejam favoráveis, foi inspirada no desejo de deixar aos jurados o veredito definitivo sobre a questão, a fim de não subtrair do Júri o julgamento do litígio em todos os seus aspectos.”

Isso estabelecido, extrai-se das razões do juízo de pronúncia:

“(…)

Neste caso, a materialidade do crime de tentativa de homicídio está devida e indubitavelmente comprovada pelo laudo de exame de corpo de delito.

A autoria imputada ao acusado restou suficientemente indiciada, considerando que as provas carreadas para os autos, especialmente a confissão do mesmo em sedes administrativa e judicial a confirmaram.

Enfim, tanto a materialidade quanto a autoria tornaram-se suficientemente indicadas. A relevância maior da questão, portanto, gira em torno da qualificadora prevista no artigo 121, § 2º, inciso IV, do Código Penal.

(…)

Sendo assim, a qualificadora imputada ao acusado merece ser apreciada pelo Conselho de Sentença, pois extrai-se dos autos que a vítima foi atingida de inopino, sem possibilidade de reação, bem como pela própria dinâmica dos fatos, sendo certo que a prova produzida não autoriza seja ela afastada nesta fase processual, pelo que a acolho, remetendo-a ao Júri, para que dela conheça e sobre ela decida.

(…)

Por todo o exposto, acolho a denúncia e, com fulcro no disposto no artigo 408, **caput**, do Código de Processo Penal, pronuncio José Campos de Oliveira, por violação ao tipo do artigo 121, § 2º, inciso IV, c.c. o artigo 14, inciso II, do Código Penal, para o fim de submetê-lo a julgamento pelo Tribunal do Júri, Juízo natural, por imperativo constitucional, para julgamento dos crimes dolosos contra a vida.” (Fls. 155/156 — nossos os grifos)

Por outro lado, lê-se no acórdão impugnado:

“(…)

Assiste razão ao recorrente, senão vejamos.

Como cediço, a sentença de pronúncia é um juízo fundado de suspeitas, onde o magistrado não analisa com profundidade a prova dos autos, tão-somente resta convicto da presença de indícios de autoria e materialidade, classificando o delito, indicando não só o tipo penal a que subsume o fato, mas também as circunstâncias qualificadoras do crime.

É curial também a necessidade da descrição, na peça acusatória, ou aditamento, do crime com todas as suas circunstâncias.

In casu, embora tenha o Ministério Público procedido corretamente ao oferecer o aditamento, não se infere deste a descrição da qualificadora almejada, abstendo-se de narrar em que consistiu o recurso utilizado pelo agente dificultante da defesa da vítima.

Não estando presente implícita ou explicitamente da acusação a qualificadora, não há como pronunciar o réu nela incurso.

Ademais, extrai-se do conjunto probatório coligido que houve desavenças anteriores entre o recorrente e a vítima, de forma a excluir a possibilidade de considerar eventual amizade como meio utilizado para diminuir-lhe a possibilidade de defesa.

Não apontou, assim, o nobre magistrado, os indícios em que se louvou para pronunciar-lo como incurso nas penas do artigo 121, § 2º, inciso IV, c.c. o artigo 14, inciso II, do Código Penal.

Posto isso, dou provimento ao recurso, fazendo excluir da capitulação posta no decreto de pronúncia a qualificadora do inciso IV, § 2º, do artigo 121 do Estatuto Repressivo.

É como voto.” (Fls. 187/188)

É esta, contudo, a letra do artigo 121, parágrafo 2º, inciso IV, do Código Penal:

“Art. 121. Matar alguém:

(...)

§ 2º Se o homicídio é cometido:

(...)

IV - à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido;

E estes, os termos do aditamento à denúncia:

“(…)”

No dia, hora e local mencionados na exordial acusatória, o acusado utilizou-se de recurso que impossibilitou a defesa da vítima, haja vista que, aproveitando-se da relação de amizade de vários anos mantida com aquela, surpreendeu-a, sacando do revólver e atirando sem maiores delongas, fato ocorrido em uma pausa da atividade que desenvolvia juntamente com a vítima, qual seja, transporte de caixas para o interior do veículo do acusado. Assim, está o acusado incurso nas penas do artigo 121, § 2º, inciso IV, c.c. artigo 14, inciso II, d, Código Penal, motivo pelo qual requer, após o recebimento do competente aditamento, seja aberta vista à defesa para os fins do disposto no parágrafo único do artigo 384 do Código de Processo Penal, aplicável analogicamente.” (Fl. 109 — nossos os grifos)

Não há, pois, se falar em vício na exposição da qualificadora inserta no aditamento à denúncia, mostrando-se, ao contrário, o aditamento plenamente ajustado ao estatuto de validade da denúncia, por isso que, como registrado na pronúncia “(...) a vítima foi atingida de inopino, sem possibilidade de reação, bem como pela própria dinâmica dos fatos, sendo certo que a prova produzida não autoriza seja ela afastada nesta fase processual, (...)” (fls. 155/156).

Demais, e é fundamental à espécie, quando aduz a Corte Estadual que extrai-se “(...) do conjunto probatório coligido ter havido desavenças anteriores entre o recorrente e a vítima, de forma a excluir a possibilidade de considerar eventual amizade como meio utilizado para diminuir-lhe a possibilidade de defesa (...)” (fl. 208), sufraga tese favorável ao réu e decide de mérito, ultrapassando os limites do **judicium accusationis** e excluindo, ainda que parcialmente, a causa do julgamento do Tribunal do Júri, seu juiz natural.

Tal manifesta violação dos limites do **judicium accusationis**, em caso de impronúncia, reforma parcial da pronúncia ou despronúncia, porque são decisões terminativas, caracteriza rematada violação do artigo 74, parágrafo 1º, do Código de Processo Penal, como é da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça:

“Criminal. HC. Homicídio qualificado. Pronúncia. Reconhecimento de qualificadora. Falta de fundamentação. Inocorrência. Nulidade do julgamento. Nulidade na formulação dos quesitos obrigatórios. Teses defensivas que não foram argüidas em Plenário. Falta de questionamento no momento oportuno. Preclusão. Erro na formulação do primeiro quesito. Supressão de instância. Não-conhecimento. Ordem parcialmente conhecida e denegada.

I - Não há qualquer ilegalidade na decisão monocrática de pronúncia, que expôs, nos exatos termos da lei, um mero juízo de admissibilidade da acusação.

II - As qualificadoras só podem ser excluídas quando, de forma incontroversa, mostrarem-se absolutamente improcedentes, sem qualquer apoio nos autos — o que não se vislumbra **in casu**, eis que o Magistrado singular ressaltou que as provas dos autos não autorizariam a sua exclusão, já que não seriam contrárias, sob pena de invadir a competência constitucional do emittente Conselho de Sentença.

III - Nova avaliação da questão não é permitida na via eleita, eis que ausente ilegalidade flagrante na sua conclusão.

IV - Se não foram sustentadas as teses de legítima defesa real e ausência de dolo de matar pelo patrono do acusado, não há que se falar em obrigatoriedade de formulação de quesito a esse respeito.

V - Tratando-se de nulidade relativa, eventual irregularidade na quesitação ao Tribunal do Júri deve ser argüida no momento oportuno, sob pena de restar convalidada.

VI - Não se conhece da alegação de erro na formulação do primeiro quesito, por ocasião do julgamento do Tribunal Popular, em função da indevida supressão de instância que restaria evidenciada.

VII - Tema levantado que não foi objeto de debate e decisão por parte do Tribunal **a quo**.

VIII - Ordem parcialmente conhecida e denegada.” (HC n. 21.590/RJ, Relator Ministro Gilson Dipp, **in** DJ de 29.09.2003 — nossos os grifos)

“**Habeas corpus**. Homicídio qualificado. Pronúncia. Nulidades não verificadas. Paciente que evade do local do fato. Preventiva a ser confirmada. Ordem denegada.

‘A exclusão de qualificadora imputada ao réu na denúncia somente pode ser feita pelo Juiz da pronúncia se manifestamente descabida, nunca se, para tanto, há necessidade de exame valorativo dos fatos, sob pena de usurpar competência do Tribunal do Júri. Ainda que não se dispense fundamentação da sentença de pronúncia quanto ao acolhimento das qualificadoras, deve o Juiz fazê-lo em linguagem comedida, de modo a não influenciar os Juizes leigos quando do julgamento, hipótese ocorrida no caso, pelo que incorrente a alegada nulidade por falta de motivação. Se o réu respondeu ao processo encarcerado, por força de prisão preventiva, a manutenção da custódia por ocasião da pronúncia não constitui constrangimento ilegal, tanto mais que o crime hediondo não admite liberdade provisória, além de ser o réu portador de maus antecedentes.’

Ordem denegada.” (HC n. 27.483/SP, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, **in** DJ de 08.09.2003)

“Processual Penal. Pronúncia. Homicídio. Qualificadora. Exclusão.

1. Não há falar em exclusão de qualificadoras pela sentença de pronúncia — exceto quando manifestamente improcedentes — que não se confunde com a de mérito, pois examina os indícios da autoria, a existência do fato e a materialidade do delito, caracterizando o juízo de probabilidade, observado o princípio **in dubio pro societatis**, enquanto aquela aplica o juízo de certeza, exigido à condenação.

2. Cabe ao Tribunal do Júri, diante dos elementos probatórios a serem produzidos, julgar o réu culpado ou inocente e declarar a incidência ou não das qualificadoras.

3. Recurso conhecido e provido.” (REsp n. 236.655/DF, Relator Ministro Fernando Gonçalves, **in** DJ de 07.10.2002)

“Processual Penal. Recurso especial. Homicídio qualificado e tentativa de homicídio qualificado. Pronúncia. Qualificadora.

Na fase da pronúncia, não se pode exigir, de forma alguma, prova plena ou ampla elucidação da qualificadora que, em verdade, se não for manifestamente improcedente, deve continuar integrando a **imputatio** (Precedentes).

Recurso provido.” (REsp n. 263.221/SP, Relator Ministro Felix Fischer, **in** DJ de 18.03.2002)

E, ainda, os seguintes precedentes do excelso Supremo Tribunal Federal:

“Penal. Processual Penal. **Habeas corpus**. “Pronúncia. Qualificadoras. Libelo. Nulidade.

I - Na sentença de pronúncia, as qualificadoras só devem ser afastadas quando manifestamente improcedentes.

II - Improcedência da alegação de nulidade do libelo acusatório, por estar em desconformidade com a pronúncia.

III - HC indeferido.” (HC n. 81.855/SP, Relator Ministro Carlos Velloso, **in** DJ de 30.05.2003)

“Direito Penal e Processual Penal. Imputação de homicídio qualificado pela surpresa. Pronúncia: fundamentação. Competência do Tribunal do Júri. Prova. Exame. **Habeas corpus**.

1. A qualificadora da surpresa foi considerada presente, tal como descrita na denúncia e no relatório na sentença, com discreta mas suficiente fundamentação.

2. Mais não se poderia exigir da Magistrada de 1^o grau, em se tratando de sentença de pronúncia, que simplesmente submete a questão ao Tribunal do Júri. Se tivesse aprofundado o exame da prova, quanto a ela, muito provavelmente seria tal aprofundamento impugnado no recurso em sentido estrito, a pretexto de exceder os limites de um mero juízo de admissibilidade da acusação, com influência na formação da convicção dos jurados.

3. Sendo assim, não é de se admitir de pronto a exclusão de tal qualificadora, nem de se concluir que, ao restabelecê-la, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento de recurso especial do Ministério Público, tenha exorbitado de suas funções ou incidido em constrangimento ilegal.

4. Até porque, não sendo manifesta a incorrência da qualificadora, não deve ela ser excluída do exame do Tribunal do Júri, Juiz natural da causa, segundo a jurisprudência desta Corte.

5. O Tribunal do Júri, sim, poderá excluí-la, se assim lhe parecer, diante da prova dos autos.

6. HC indeferido.” (HC n. 79.017/GO, Relator Ministro Sydney Sanches, in DJ de 1^o.10.1999)

Pelo exposto, dou provimento ao recurso para restabelecer a sentença de pronúncia, como prolatada.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 436.168 — DF (2002/0060478-1)

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido

Recorrente: União

Recorridos: Ruth Velho Lemos e outros

Advogado: José Gomes de Matos Filho

Sustentação oral: Amauri Serralvo, pelo recorrido

EMENTA

Recurso especial. Constitucional. Administrativo. Decreto-Lei n. 2.251/1985. Peritos e censores da Polícia Federal. Reposicionamento na carreira. Ausência de direito adquirido a regime jurídico. Inexistência de

decesso remuneratório. Consideração das promoções anteriores. Ausência de previsão legal. Aumento sob o fundamento de isonomia.

1. Pode a lei nova regular as relações jurídicas havidas entre os servidores públicos e a Administração, extinguindo, reduzindo ou criando vantagens, desde que observada, sempre, a garantia constitucional da irredutibilidade de vencimentos, não havendo falar em direito adquirido a regime jurídico.

2. O artigo 10 do Decreto-Lei n. 2.251/1985 limitou-se a estabelecer que os demais integrantes da Carreira Policial Federal, a saber, Escrivão de Polícia Federal, Agente de Polícia Federal e Papiloscopista Policial Federal, terão os mesmos direitos concedidos aos integrantes do Grupo Polícia Federal, composto pelos Delegados de Polícia Federal, Peritos Criminais Federais e Censores Federais, ao dispor que “ficam asseguradas a todos os ocupantes dos cargos da Carreira Policial Federal as gratificações, indenizações e vantagens atualmente concedidas aos integrantes do Grupo Polícia Federal (PF-500), aplicando-se as mesmas bases de cálculo e percentuais ou valores para a respectiva classe a que pertença o funcionário.”

3. Promoções anteriores, à falta de expressa previsão no Decreto-Lei n. 2.251/1985, em nada repercutem em reposicionamento decorrente de reestruturação subsequente de cargo, pena de concessão de aumento por isonomia, vedado no Enunciado n. 339 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

4. Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

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

Ministro Hamilton Carvalhido, Presidente e Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: Recurso especial interposto pela União, com fundamento no artigo 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição Federal, impugnando acórdão da Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, assim ementado:

“Constitucional — Administrativo — Perito criminal e técnico de censura — Progressões por mérito — Decreto-Lei n. 2.251/1985.

I - A jurisprudência predominante do TRF — 1ª Região tem assentado que:

1. O Decreto-Lei n. 2.251/1985 assegurou ao Perito Criminal e ao Técnico de Censura, do Grupo de Polícia Federal, os aumentos (progressões) obtidos anteriormente por mérito ou por antiguidade, na medida em que garantiu ‘...a todos os ocupantes dos cargos da carreira policial as gratificações, indenizações e vantagens atualmente concedidas aos integrantes do Grupo Polícia Federal’ (art. 10).

2. Inaplicável, no caso, a Súmula n. 339, do Supremo Tribunal Federal, eis que não se cuida de isonomia, mas de simples interpretação sistemática do contido no artigo 10 do Decreto-Lei n. 2.252/1985.

3. Inaplicável, também, na hipótese, a disposição contida no Artigo 169, parágrafo único, da Constituição Federal.

II - Apelo provido.” (Fl. 149)

A insurgência especial está fundada na violação do artigo 10 do Decreto-Lei n. 2.251/1985, **verbis**:

“Art. 10. Ficam asseguradas a todos os ocupantes dos cargos da Carreira Policial Federal as gratificações, indenizações e vantagens atualmente concedidas aos integrantes do Grupo Polícia Federal (PF-500), aplicando-se as mesmas bases de cálculo e percentuais ou valores para a respectiva classe a que pertença o funcionário.”

E o teria violado porque, segundo alega o recorrente:

“(…)

O dispositivo mencionado, não se cuidou, obviamente, de assegurar vantagens passadas, mas, tão-somente, de estender os direitos anteriormente outorgados aos integrantes das Categorias Funcionais do Grupo Policial Federal a todos os ocupantes de cargos da Carreira de Polícia Federal.

O que pretendem é algo, além, do diploma legal.

O DL n. 2.251/1985 ao elevar as referências iniciais das classes de Perito Criminal e Técnico de Censura, *não determinou*, ao contrário do Decreto n. 1732/1979, a aplicação dos aumentos por mérito, obtidos anteriormente, a partir da nova referência inicial.

Outrossim, não se destina, pois, a conceder-lhes vantagens passadas, com a aplicação de dispositivo de índole transitória que dizia respeito ao enquadramento dos delegados existentes na época em que foi elevada a referência inicial da respectiva carreira, isto em 1979.

(...)” (fls. 168/169).

Recurso tempestivo (fl. 165), respondido (fl. 179).

Recurso inadmitido na origem (fl. 193).

Agravo de instrumento provido (fls. 207/208 do apenso).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Senhores Ministros, pode a lei nova regular as relações jurídicas havidas entre os servidores públicos e a Administração, extingüindo, reduzindo ou criando vantagens, desde que observada, sempre, a garantia constitucional da irredutibilidade de vencimentos, não havendo falar em direito adquirido a regime jurídico, como é da boa doutrina e da jurisprudência dos nossos Tribunais, valendo invocar, a propósito, a jurisprudência do excelso Supremo Tribunal Federal e, nesta, o Recurso Extraordinário n. 178.802/RS, da lavra do eminente Ministro Maurício Corrêa, **verbis**:

“Recurso extraordinário. Administrativo. Funcionário. Gratificações. Superveniência do Regime Jurídico Único e plano de carreira para os servidores do Município. Incorporação das gratificações aos vencimentos e proventos. Redução dos proventos e existência de direito adquirido às gratificações vigentes ao tempo da aposentação. Alegações improcedentes.

1. Os proventos da inatividade são regulados pela norma vigente ao tempo da sua aposentadoria, *mas o servidor não tem direito adquirido aos critérios legais com base em que **quantum** foi estabelecido, nem a prevalência do regime jurídico então vigente, ainda mais quando, em obediência a preceito constitucional a esse superveniente, lei nova vem disciplinar o regime jurídico e o plano de carreira dos servidores, incorporando aos vencimentos e proventos as gratificações antes percebidas ‘em cascata’ ou ‘repique’, que não são permitidas pela nova ordem constitucional.*

2. Redução de proventos. Alegação improcedente, vez que aos valores desses foram incorporadas duas das três gratificações existentes no regime anterior, de modo a compensar as vantagens então percebidas. Inexistência de direito adquirido a receber gratificações previstas na norma vigente ao tempo da inativação, pois, em face do novo reenquadramento, haveria verdadeiro **bis in idem**.

3. Recurso extraordinário conhecido e provido.” (In DJ de 19.04.1996).
E, ainda:

“Servidor público.

A superveniência do novo regime, estabelecido pelas Leis Estaduais ns. 7.074 e 7.122, ambas de 1979, de natureza reestruturatória, afasta o alegado e reconhecido direito adquirido. Não há que falar em ofensa a direito incorporado ao patrimônio do servidor aposentado, que realmente não pode ser subtraído, quando a lei nova lhe assegura situação mais benéfica. Não é possível a soma de vantagens de dois regimes de remuneração.

O primitivo acha-se extinto e o novo, decorrente de reestruturação é mais benéfico ao servidor em atividade e ao próprio inativo.

Desse modo, não procede a acolhida ofensa ao princípio do direito adquirido (art. 153, § 3º). Outra ‘exegese’ conduziria, na espécie, a vulneração do art. 102, § 2º, da Constituição da República.

Recurso provido, julgando-se improcedente a ação.” (RE n. 103.911/PR, Relator Ministro Djaci Falcão, in DJ de 19.12.1984)

“Magistrado. *Gratificação incorporada aos vencimentos*. Não é vedado aos demais Poderes do Estado alterar os critérios para o cálculo dos vencimentos dos Juízes, desde que não haja redução dos mesmos. Recurso de mandado de segurança não provido.” (RMS n. 17.120/RJ, Relator Ministro Evandro Lins e Silva, in DJ de 22.05.1968)

“Funcionário. Gratificação de nível instituída pela Lei n. 8.209/1975 e extinta pela Lei n. 9.265/1981, ambas do Município de São Paulo. Alteração do quadro de ensino municipal. Inexistência de direito adquirido à gratificação incorporada. CF/69, art. 153, § 3º.

Se houve alteração no Quadro de Ensino Municipal, pela qual se extinguiu gratificação, mas se absorveu seu quantitativo ao novo padrão de vencimento, não há direito adquirido assegurado ao funcionário de integração da vantagem a seu patrimônio.

Recurso extraordinário conhecido e provido.” (RE n. 116.241/SE, Relator Ministro Ilmar Galvão, *in* DJ de 25.10.1991)

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

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

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

Recurso extraordinário conhecido e provido.” (RE n. 113.431/ES, Relator Ministro Moreira Alves, *in* DJ de 25.09.1987)

E também a deste Superior Tribunal de Justiça:

“Recurso em mandado de segurança. Administrativo. Professor aposentado. Reestruturação na carreira. Redução de coeficientes.

Com a reestruturação da carreira dos Profissionais da Educação do Estado do Mato Grosso do Sul e a aplicação da legislação que fixou o novo piso salarial para a respectiva categoria, não houve redução nos proventos do impetrante, ao contrário.

A jurisprudência é firme em dispor que não há direito adquirido a regime jurídico, e muito menos a percentuais de gratificações, quando tal não importe redução no montante da remuneração.

Recurso desprovido.” (RMS n. 13.978/MS, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, *in* DJ de 4.11.2002)

“RMS — Administrativo — Servidor público estadual — Extinção do órgão de lotação originária — Reestruturação do Estado — Desmembramento dos vencimentos — Lei Estadual n. 12.287/1994 — Ofensa aos princípios constitucionais da irredutibilidade de vencimentos e da isonomia não configurada — Inexistência de direito adquirido a regime jurídico — Precedentes.

I - Conforme cediça jurisprudência do Pretório excelso e desse colendo Tribunal, inexistente direito adquirido quanto a regime jurídico, ressalvada contudo, a manutenção das verbas remuneratórias anteriormente percebidas. Precedentes: REsp n. 209.681/RJ e RMS n. 10.467/PR.

II - Desta forma, comprovada a inexistência do decesso remuneratório, em face do desmembramento dos vencimentos introduzido pela Lei n. 12.287/1994, não há direito líquido e certo a ser amparado na via mandamental, pois não restaram malferidos os princípios constitucionais da irredutibilidade de vencimentos e da isonomia.

III - Recurso ordinário conhecido, mas desprovido.” (RMS n. 8.762/CE, Relator Ministro Gilson Dipp, **in** DJ de 4.06.2001 — nossos os grifos).

Posto isso, tem-se, na espécie, que os recorridos são ocupantes de cargos do Grupo Polícia Federal, composto pelos Peritos Criminais, pelos Técnicos de Censura e pelos Delegados de Polícia Federal, que, embora possuíssem o mesmo teto final na carreira, representado pela referência 25, tinham início em posicionamento diferenciado, eis que os Peritos Criminais e os Técnicos de Censura iniciavam sua carreira na referência 5, enquanto os Delegados de Polícia Federal já iniciavam sua carreira na referência 12.

Com a edição do Decreto-Lei n. 2.251/1985, de 26 de fevereiro de 1985, que “dispõe sobre a criação da Carreira Policial Federal e seus cargos, fixa os valores de seus vencimentos e dá outras providências”, a Carreira Polícia Federal restou reestruturada nos seguintes termos:

“Art. 1º Fica criada, no Quadro Permanente do Departamento de Polícia Federal, a Carreira Polícia Federal, composta de cargos de Delegado de Polícia Federal, Perito Criminal Federal, Censor Federal, Escrivão de Polícia Federal, Agente de Polícia Federal e Papiloscopista Policial Federal, conforme o Anexo I deste Decreto-Lei, com os encargos previstos na Constituição Federal e na legislação específica.”

E o aludido Anexo I instituiu como classe inicial do Grupo Polícia Federal, da Carreira Polícia Federal, o Padrão I da Segunda Classe, em correlação às antigas referências de 5 a 12, aglutinando-as todas num mesmo patamar.

A Segunda Classe restou assim disposta:

Referência	Padrão	Classe
16	V	Segunda
15	IV	
14	III	
13	II	
5 a 12	I	

Com isso, unificou-se o Grupo Polícia Federal, composto pelos Peritos Criminais, pelos Técnicos de Censura e pelos Delegados de Polícia Federal, tendo todos os cargos do Grupo início no Padrão I da Segunda Classe.

Entenderam, todavia, os Peritos Criminais e os Técnicos de Censura que dita aglutinação, a par de injusta, feriu seus direitos já adquiridos em face das promoções que haviam auferido antes da edição do Decreto-Lei n. 2.251/1985.

É que os Peritos e Censores já haviam sido beneficiados com diversas alterações no posicionamento de suas respectivas carreiras, com conseqüentes aumentos vencimentais, tendo a nova lei posicionado, indevidamente, no mesmo nível da carreira, servidores recém-empossados e servidores que já há tempos se dedicavam à função.

Ajuizaram, assim, ação ordinária, alegando, para tanto, que, quando da alteração no posicionamento inicial do cargo de Delegado da Polícia Federal, realizado por força do Decreto-Lei n. 1.732, de 20 de dezembro de 1979, foram consideradas as promoções anteriormente concedidas, respeitando o posicionamento anterior de cada um na carreira. Concluem, assim, que agora possuem o mesmo direito que, segundo sustentam, estaria assegurado no artigo 10 do Decreto-Lei n. 2.251/1985:

“Art. 10. Ficam asseguradas a todos os ocupantes dos cargos da Carreira Policial Federal as gratificações, indenizações e vantagens atualmente concedidas aos integrantes do Grupo Polícia Federal (PF-500), aplicando-se as mesmas bases de cálculo e percentuais ou valores para a respectiva classe a que pertença o funcionário.”

Ocorre, entretanto, que, a despeito de se haver concedido o pretendido reposicionamento no REsp n. 136.225/DF, o artigo 10 do Decreto-Lei n. 2.251/1985 não possui o elastério interpretativo que pretendem os servidores e que lhe conferiu o Tribunal **a quo**.

Com efeito, o dispositivo invocado limita-se a estabelecer que os demais integrantes da Carreira Policial Federal, a saber, Escrivão de Polícia Federal, Agente de Polícia Federal e Papiloscopista Policial Federal, terão os mesmos direitos concedidos aos integrantes do Grupo Polícia Federal, composto pelos Delegados de Polícia Federal, Peritos Criminais Federais e Censores Federais. Nada mais.

Ininvocável, portanto, na espécie, o artigo 10 do Decreto-Lei n. 2.251/1985, visando à obtenção de reposicionamentos outros na carreira, diversos do especificado no Anexo I daquele diploma legal, inexistindo, na espécie, violação a direito dos recorrentes, por indubitado que inexistente direito adquirido a regime jurídico, máxime em se considerando que, **in casu**, não ocorreu decesso remuneratório.

Nesse sentido:

“Constitucional. Administrativo. Funcionário público. Carreira de Assistente Social. Lei n. 7.341/1985. Reposicionamento. Direito. Inexistência.

— O regime jurídico estatutário não tem natureza contratual, em razão do que inexistente direito à imutabilidade de situação funcional, sendo lícito à Administração proceder a reestruturação orgânica de seus quadros funcionais, respeitado o princípio constitucional da irredutibilidade de vencimentos.

— A Lei n. 7.341/1985, que ampliou a estrutura ao quadro de Assistente Social, não promoveu qualquer tipo de transformação ou reclassificação de cargos na escala funcional, preservando as mesmas referências existentes anteriormente, o que não autoriza o reposicionamento dos servidores no último nível funcional criado.

— Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 196.748/RJ, Relator Ministro Vicente Leal, *in* DJ de 05.04.1999)

“Constitucional. Administrativo. Funcionários públicos ativos. Auditores fiscais do Estado do Ceará. Lei n. 12.582/1996. Reclassificação funcional. Possibilidade. Princípio da irredutibilidade de vencimentos. Observância.

— A ordem constitucional confere à Administração Pública poder discricionário para promover a reestruturação orgânica de seus quadros funcionais, com a modificação dos níveis de referências das carreiras para realizar correções setoriais, desde que respeitado o princípio constitucional da irredutibilidade de vencimentos.

— A Lei n. 12.582/1996, conquanto tenha alterado a nomenclatura, as classes e as referências do Grupo TAF, de modo a promover uma reclassificação de cargos na escala funcional, não acarretou qualquer decréscimo remuneratório para os servidores em atividade que, em razão disso, não têm direito adquirido em permanecer na última referência do novo modelo.

— Recurso ordinário desprovido.” (ROMS n. 9.341/CE, Relator Ministro Vicente Leal, *in* DJ de 18.12.2000)

Gize-se, por outro lado, que, diversamente do reposicionamento ora questionado, efetuado pelo Decreto-Lei n. 2.251/1985, no reposicionamento outrora deferido aos Delegados, por força do Decreto-Lei n. 1.732/1979, cuidou a norma, ela mesma, de resguardar expressamente as promoções já conquistadas antes da modificação na carreira, como é da letra do seu artigo 4º, alínea **b**, **verbis**:

“Art. 4º O Anexo IV dos Decretos-Leis ns. 1.525, de 28 de fevereiro de 1977, e 1.660, de 24 de janeiro de 1979, fica alterado na forma do correspondente anexo deste decreto-lei.

a) a supressão e o deslocamento de referência não implicam que os servidores nela posicionados mudem de classe, sendo-lhes atribuída a referência inicial estabelecida no reescalonamento, excetuado o caso previsto no artigo 3º desde decreto-lei;

b) *nas hipóteses do art. 3º e da alínea anterior, os aumentos por mérito obtidos pelo servidor, até a data da vigência deste decreto-lei, na categoria funcional a que pertença, serão aplicados desde a referência inicial em que ficar posicionado;*” (nossos os grifos).

E, inexistindo, **in casu**, disposição legal semelhante, aplicável à espécie, o deferimento da pretensão, nos moldes antes efetuados relativamente aos Delegados, resultaria em concessão de aumento pelo Poder Judiciário, sob o fundamento de isonomia, vedado pelo Enunciado n. 339 da súmula do Supremo Tribunal Federal, **verbis**:

“Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia.”

Nesse sentido:

“Recurso em mandado de segurança. Administrativo. Oficiais de gabinete do TJDF. Função comissionada. Reenquadramento. Equiparação com o STF. Impossibilidade. Aumento de remuneração. Vedação da Súmula n. 339-STF. Lei n. 9.607/1998. Restrição ao quadro de pessoal do STF. Precedente.

A providência requerida implica verdadeiro reenquadramento e conseqüente aumento de vencimentos dos respectivos cargos, sendo inviável em sede mandamental e, ainda, em razão da vedação da Súmula n. 339-STF.

A Lei n. 9.607/1998, que teria procedido ao enquadramento da FC-06 para os ocupantes de cargo de Oficial de Gabinete do Supremo Tribunal Federal, aplica-se tão-somente no âmbito daquela Corte, não podendo ser estendida a outros Tribunais.

Precedente (RMS n. 11.721/DF, Rel. Min. Vicente Leal).

Recurso desprovido.” (RMS n. 11.989/DF, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, **in** DJ de 27.05.2002)

Pelo exposto, dou provimento ao recurso, restabelecendo a sentença de 1º grau.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 447.447 — PR (2002/0087804-4)

Relator: Ministro Hamilton Carvalho
Recorrente: José do Carmo Silveira Júnior
Recorrido: Ministério Público Federal

EMENTA

Recurso especial. Processual Penal. Capacidade postulatória. Apresentação de razões recursais pelo próprio réu. Impossibilidade. Não-conhecimento. **Habeas corpus** concedido de ofício.

1. É fora de dúvida que o artigo 577 do Código de Processo Penal legitima o próprio réu à interposição do recurso, por petição ou termo nos autos, sendo irrecusável que, no caso da pretensão de autodefesa, é imperativa a nomeação de defensor à parte ré, para que se cumpra o direito de defesa ampla, assegurado na Constituição da República.

2. Manifestando o réu inequívoca intenção em recorrer do decreto condenatório, e deixando o defensor constituído transcorrer **in albis** o prazo recursal, é de se entender, **in casu**, por renunciado o mandato que lhe fora outorgado, até porque o recurso especial subsequente também vem firmado pelo próprio recorrente, impondo-se a nomeação de defensor ao réu para apresentação das razões de apelação e eventuais recursos outros.

3. Recurso especial não conhecido. Ordem de **habeas corpus** concedida de ofício.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 26 de maio de 2004 (data do julgamento).

Ministro Hamilton Carvalho, Presidente e Relator

RELATÓRIO

Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: Recurso especial interposto por José do Carmo Silveira Júnior contra acórdão da Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado:

“Falsificação. Carteira funcional.

1. O oferecimento da denúncia fora do prazo legal não acarreta a decadência, caracterizando apenas irregularidade.

2. A substituição da fotografia em documento público caracteriza o crime previsto no art. 297 do CP, no caso, de competência federal para que a identidade funcional do servidor federal está em causa

Apelação desprovida.” (Fl. 416)

Divergência jurisprudencial e negativa de vigência aos artigos 386, incisos I, III, IV, V e VI, do Código de Processo Penal, e 297 do Código Penal, fundam a insurgência especial (Constituição da República, artigo 105, inciso III, alíneas **a** e **c**).

Pugna o recorrente, ao final, no sentido de que “(...) o presente recurso especial seja reconhecido e provido, para o fim de ser ‘cassado’ o v. acórdão em tela, admitindo, preliminarmente, a divergência da Lei Federal argüida na preliminar, como aplicação da mais pura e límpida justiça, e, no mérito, reconhecendo a negativa à vigência de Lei Federal, qual seja, do disposto no artigo 386, incisos I, III, IV, V e VI, do Código de Processo Penal, com o objetivo de absolver o recorrente das imputações que lhe foram atribuídas na exordial.” (Fls. 444/445)

Recurso tempestivo (fl. 425), respondido (fls. 473/479) e admitido (fls. 481/482).

O Ministério Público Federal veio pelo não-conhecimento do recurso, em parecer sumariado da seguinte forma:

“Recurso especial. Crime de falsificação de documento público. Temas não prequestionados e incidência do teor da Súmula n. 7 do STJ. Parecer pelo não-conhecimento do recurso.” (Fl. 490)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Senhores Ministros, o presente recurso não comporta conhecimento.

É que esta Corte Federal Superior firmou já entendimento no sentido de que, afora casos excepcionais, não tem a própria parte capacidade postulatória, sendo-

lhe vedado o oferecimento de razões recursais, ato processual privativo de profissional técnico habilitado.

A propósito, anote-se, por todos, o seguinte precedente:

“Criminal. Recurso especial. Interposição pelo próprio réu. Ausência de capacidade postulatória.

1. O próprio acusado (excluída a hipótese daquele inscrito nos termos da Lei n. 8.906, de 04 de julho de 1994) não possui capacidade postulatória para interpor recurso especial, cujo manejo, por sua complexidade, reclama específicos conhecimentos técnico-jurídicos.

2. Não há, em conseqüência, ato representativo de ilegal constrangimento na solicitação pela autoridade judicante à Procuradoria de Assistência Judiciária no sentido da indicação de procurador para estudo do caso, mas, pelo contrário, dá-se efetividade ao princípio constitucional consagrado pela letra do art. 5º, LV.

3. Ordem denegada.” (HC n. 7.795/SP Relator Ministro Fernando Gonçalves, in DJ de 30.11.1998)

De qualquer modo, esta a letra dos artigos 577 e 578 do Código de Processo Penal:

“Art. 577. O recurso poderá ser interposto pelo Ministério Público, ou pelo querelante, ou pelo réu, seu procurador ou seu defensor.

Parágrafo único. Não se admitirá, entretanto, recurso da parte que não tiver interesse na reforma ou modificação da decisão.”

“Art. 578. O recurso será interposto por petição ou por termo nos autos, assinado pelo recorrente ou por seu representante.

§ 1º Não sabendo ou não podendo o réu assinar o nome, o termo será assinado por alguém, a seu rogo, na presença de duas testemunhas.

§ 2º A petição de interposição de recurso, com o despacho do juiz, será, até o dia seguinte ao último do prazo, entregue ao escrivão, que certificará no termo da juntada a data da entrega.

§ 3º Interposto por termo o recurso, o escrivão, sob pena de suspensão por 10 (dez) a 30 (trinta) dias, fará conclusos os autos ao juiz, até o dia seguinte ao último do prazo.”

É fora de dúvida que o artigo 577 do Código de Processo Penal legitima o próprio réu à *interposição* do recurso, por petição ou termo nos autos, parecendo-nos irrecusável que, no caso da pretensão de autodefesa, é imperativa a nomeação de

defensor à parte ré, para que se cumpra o direito de defesa ampla, assegurado na Constituição da República, **verbis**:

“Art. 5º (...)

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

In casu, manifestando o réu inequívoca intenção em recorrer do decreto condenatório, e deixando o defensor constituído transcorrer **in albis** o prazo recursal, é de se entender, **in casu**, por renunciado o mandato que lhe fora outorgado, até porque o recurso especial subsequente também vem firmado pelo próprio recorrente, impondo-se a nomeação de defensor ao réu para apresentação das razões de apelação e eventuais recursos outros.

Nesse sentido:

“**Habeas corpus**. Direito Processual Penal. Recurso em sentido estrito. Capacidade postulatória do réu. Nomeação de defensor.

1. A parte, ela mesma, pode interpor recursos em sede penal, sendo dever do Estado-Juiz a nomeação de defensor, em obséquio ao direito da ampla defesa assegurado na Constituição da República.

2. Ordem denegada e **habeas corpus** concedido de ofício.” (HC n. 17.991/MG, da minha relatoria, **in** DJ de 19.12.2002)

Pelo exposto, não conheço do recurso. Concedo, no entanto, ordem de **habeas corpus**, de ofício, para cassar o acórdão recorrido, determinando a remessa dos autos à Defensoria Pública local para apresentação das razões de apelação e eventuais interposições de recursos outros.

É o voto.

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS N. 16.082 — SP (2004/0060951-5)

Relator: Ministro Nilson Naves

Recorrente: Elias Serafim dos Reis

Advogado: Elias Serafim dos Reis

Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Valdinei dos Santos Ramos (preso)

EMENTA

Prisão em flagrante. Liberdade provisória. Fundamentação (falta).

1. Toda medida cautelar que afete pessoa haverá de conter os seus motivos, por exemplo, a prisão preventiva haverá de ser sempre fundamentada, quando decretada e quando denegada (Código de Processo Penal, art. 315).

2. Sendo lícito ao juiz, no caso de prisão em flagrante, conceder ao réu liberdade provisória (Código de Processo Penal, art. 310, parágrafo único), o seu ato, seja ele qual for, não prescindirá de fundamentação.

3. Tratando-se de ato (negativo) sem suficiente fundamentação, é de se reconhecer, daí, que o paciente sofre a coação ensejadora do **habeas corpus**.

4. Recurso ordinário provido e ordem concedida, deferindo-se ao recorrente a liberdade provisória (Código de Processo Penal, art. 310).

ACÓRDÃO

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

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

Ministro Nilson Naves, Relator

DJ de 21.03.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: Trata-se de denúncia de 16.12.03, apresentada ao Juiz de Caçapava, no Estado de São Paulo, por homicídios simples, consumado um e tentado o outro, e por porte de arma de fogo. A prisão foi em flagrante.

Discute-se, neste **habeas corpus**, em grau de recurso, a liberdade provisória, e a ordem foi denegada pelo Tribunal de Justiça nestes termos:

“Não obstante careça de fundamentação a decisão que obstou o **status libertatis** do ora paciente, ainda assim sua custódia cautelar é, ao menos por ora, de ser preservada.

Preso em flagrante, acabou autuado em ato formal e materialmente em ordem e sua conduta, embriagado efetuou disparos contra as vítimas matando uma delas, não recomenda que se lhe defira, agora, no limiar da ação penal, a liberdade provisória, não obstante seus favoráveis atributos pessoais.

Melhor, portanto, a prevalência da situação **a quo**, já que a primariedade e os bons antecedentes, isoladamente, não justificam a obtenção do benefício aqui almejado.

Ante o exposto, denego a ordem.”

Sustenta e pede o recorrente o seguinte:

“... o réu, é primário na exata etimologia do termo (vide certidão de folha 06) possuindo domicílio certo e profissão definida, circunstâncias que depõem contra a permanência da custódia cautelar, a qual vem recebendo o enérgico repúdio dos Tribunais Superiores, porquanto, importa e sempre no cumprimento antecipado da pena, (isto, na hipótese de remanescer condenado o réu), violando-se aqui o princípio da inocência, com sede constitucional, por força do artigo 5º, LVII.

Nesse norte imperioso assoma a transcrição de jurisprudência, a qual guarda pertinência figadal a hipótese **in** exame.

(...)

Espera o recorrente que essa augusta Corte dê provimento ao recurso, para lhe conceder *liminarmente* o direito de responder o processo em liberdade, e ao fim, postula pela ratificação da ordem deferida em liminar, e ou pela sua concessão, expedindo-se o competente alvará de soltura em seu favor, decorrência direta da procedência da ação penal constitucional de **habeas corpus** liberatório impetrada.”

Neste Tribunal, o parecer é pelo não-provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): O acórdão foi expresso quanto à falta de fundamentação da decisão de primeiro grau. Vejamo-la, palavra por palavra: “Conduta atribuída ao réu é atentória à ordem e tranqüilidade públicas, mostran-

do-se imprescindível a manutenção de sua prisão cautelar, razão pela qual indefiro o requerimento de liberdade provisória.”

Tal circunstância foi percebida pelo Subprocurador-Geral Souza Meira, conquanto o parecer seja pelo não-provimento do recurso. Confira-se nestas passagens:

“10. **In casu**, ao indeferir o pedido de liberdade provisória, verificando a prova da materialidade do crime e os indícios suficientes de autoria, entendeu o MM. Juiz de primeiro grau ser necessária a medida para resguardar a ordem pública.

11. Por sua vez, o acórdão recorrido manteve a decisão monocrática, entendendo-a desafiada de ilegalidade, destacando, ainda, que a conduta do réu *‘não recomenda que se lhe defira, agora, no limiar da ação penal, a liberdade provisória, não obstante seus favoráveis atributos pessoais’*.

12. Embora concisas, as decisões justificam suficientemente a custódia cautelar, como forma de garantia da ordem pública, em consonância com os requisitos legais previstos no Código de Processo Penal.

13. Assim sendo, se demonstrada a necessidade da segregação provisória do paciente, em harmonia com a lei penal adjetiva, inexistiu constrangimento ilegal a ser sanado via remédio heróico.”

A mim me parece imprescindível a fundamentação. Vejam que o art. 315, ao versar acerca da prisão preventiva, requer que o despacho (ou a decisão) que a decreta seja “sempre fundamentado”. Há de ter idênticas razões o procedimento a que se refere o parágrafo único do art. 310. Em suma, a medida cautelar que afete pessoa há de conter os seus motivos, devendo o juiz apresentá-los. Dele não se requer que seja tão extenso (isto é, que escreva muito, que cite fulano ou beltrano etc.), o que não pode, porém, é o magistrado ficar aquém das exigências normais.

No caso, a impressão que me ficou foi a da falta de fundamentação; aliás, o próprio acórdão recorrido não deixou de deitar os olhos em tal aspecto, aspecto relevante, a meu ver, que me leva a reconhecer o constrangimento ilegal, daí que, dando provimento ao recurso, concedo a ordem para deferir ao recorrente a liberdade provisória, “... mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação” (Código de Processo Penal, art. 310).

VOTO VENCIDO (EM PARTE)

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Presidente): Senhores Ministros, estou a divergir, em parte do ilustre Ministro-Relator, para dar provimento ao recurso em **habeas corpus**, mas em menor extensão.

É que a inafiançabilidade do delito é expressão legal, no sistema normativo processual penal em vigor, de custódia cautelar de necessidade presumida **juris tantum**, cuja desconstituição admitida reclama prova efetiva da desnecessidade da medida, a demonstrar seguras a ordem pública, a instrução criminal e a aplicação da lei penal, sendo desenganadamente do réu o ônus de sua produção (Código de Processo Penal, artigos 310, parágrafo único, 323 e 324).

Trata-se de hipótese legal diversa daqueloutra do artigo 594 do Código de Processo Penal, em que, em se cuidando de primário e de bons antecedentes, a necessidade da custódia do réu deve emergir dos elementos existentes nos autos e ser demonstrada pelo Juiz.

Daí por que a liberdade provisória, no caso de prisão em flagrante, está subordinada à certeza da inoccorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva (Código de Processo Penal, artigo 310, **caput**, e parágrafo único), decorrente dos elementos existentes nos autos ou de prova da parte onerada.

In casu, tem-se que o **decisum** que indeferiu o pedido de liberdade provisória do paciente, para além de desfundamentado, não se ajusta ao regime legal que o preside, **verbis**:

“Conduta atribuída ao réu é atentatória à ordem e a tranqüilidade públicas, mostrando-se imprescindível a manutenção de sua prisão cautelar, razão pela qual indefiro o requerimento de liberdade provisória.” (Fl. 92- verso)

Isso posto, estabelecido, divergindo do ilustre Ministro-Relator, dou provimento ao recurso em **habeas corpus**, mas em menor extensão, para determinar que o Juiz aprecie, na forma da lei e da Constituição da República, motivada e adequadamente o pedido.

É o voto.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator): Senhor Presidente, tenho, há muito tempo, o mesmo entendimento do Ministro Nilson Naves com relação ao art. 310 do Código de Processo Penal. Penso que o seu parágrafo único está a exigir que a prisão seja devidamente motivada. Não há prisão que anteceda a sentença condenatória transitada em julgado que não tenha caráter cautelar, e, assim, há de mostrar-se a sua necessidade.

A divergência que há entre a posição de V. Ex^a., a minha e a do Ministro-Relator, é que V. Ex^a. entende que deveríamos, não conceder a ordem, mas determinar que o Juiz faça a devida avaliação da situação. Mas o Juiz deveria tê-la feito por ocasião do exame do flagrante. Portanto, em não o fazendo, com a devida vênua de V. Ex^a., a prisão é ilegal, porque não há motivação que a justifique, não obstante formalmente perfeito o respectivo auto.

O Tribunal de Justiça indica a precariedade da decisão então atacada, não podendo supri-la por se tratar de recurso da defesa.

De qualquer maneira, Senhor Presidente, respeito profundamente o entendimento de V. Ex^a., por sua autoridade. Por isso, peço vênua a V. Ex^a. para acompanhar o voto do Ministro-Relator, dando provimento ao recurso em **habeas corpus**.