



Jurisprudência da Sexta Turma

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL
N. 436.306 — CE (2002/0063758-6)

Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa

Agravante: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

Procuradores: Mona Lisa Duarte Abdo Aziz Ismail e outros

Agravada: Maria Uchôa dos Santos

Advogados: Deise de Oliveira Lasheras e outros

EMENTA

Previdenciário. Agravo regimental. Declaração de ex-patrão contemporânea aos fatos narrados e Guia de Recolhimento de Contribuição Sindical — GRCS. Início de prova material. Agravo regimental a que se nega provimento.

1. A declaração de ex-patrão, contemporânea aos fatos narrados, bem como a Guia de Recolhimento da Contribuição Sindical — GRCS, expedida pelo Ministério do Trabalho, e o comprovante de pagamento de ITR em nome do empregador constituem início de prova material que, juntamente com a prova testemunhal produzida nos autos, bastam à comprovação da atividade rurícola, para fins previdenciários. Precedentes.

2. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

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

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

Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Relator

DJ de 28.02.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa: É agravo regimental tirado de decisão monocrática que houve por bem negar provimento ao recurso especial interposto

pelo Instituto Nacional do Seguro Social — INSS, ao fundamento de que a declaração de ex-patrão, contemporânea à época que se pretende averbar, bem como a Guia de Recolhimento da Contribuição Sindical — GRCS, expedida pelo Ministério do Trabalho, constituem início de prova material que, juntamente com a prova testemunhal produzida nos autos, bastam à comprovação da atividade rural, para fins previdenciários.

Aduz o agravante que a declaração firmada pelo ex-empregador não é contemporânea ao período que pretende averbar a parte autora, equivalendo a mero testemunho reduzido a termo, assim como as Guias de Recolhimento de Contribuição Sindical dos anos de 1995 e 1996 foram recolhidas às vésperas do ajuizamento da ação.

É o relatório.

VOTO

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

É entendimento consolidado nesta Corte que a declaração de ex-patrão, firmada em 12.03.1996, dando conta que a autora é trabalhadora rural na forma da lei desde o ano de 1960 a 1996 (fl. 14), portanto, contemporânea aos fatos narrados, bem como a Guia de Recolhimento da Contribuição Sindical — GRCS, expedida pelo Ministério do Trabalho, e o comprovante de pagamento de ITR em nome do empregador (ex-patrão; fl. 13) constituem início de prova material que, corroborados pela prova testemunhal produzida nos autos, tornam-se aptos a comprovar a atividade rural exercida pela autora, para fins previdenciários. Confira-se:

Previdenciário. Recurso especial. Aposentadoria por idade. Rural. Guia de Recolhimento do Ministério do Trabalho. Qualificação de agricultora. Fé pública. Comprovante de pagamento de ITR em nome do empregador da autora. Declarações do empregador e do Sindicato dos Trabalhadores Rurais. Início de prova material configurado.

1. A comprovação da atividade laborativa do rural deve-se dar com o início de prova material, que pode ser constituído por dados de registro civil, documentos públicos e declarações de sindicatos de trabalhadores rurais ou de ex-patrões, corroborados por provas testemunhais.

2. Presente nos autos uma Guia de Recolhimento de Contribuição Sindical (GRCS) emitida pelo Ministério do Trabalho, documento que goza de fé pública, onde consta a qualificação da autora como lavradora.

3. O comprovante de pagamento de ITR em nome do dono da propriedade onde a Autora exerceu a atividade rural constitui início razoável de prova material e, corroborado pelas declarações do empregador e do Sindicato dos Trabalhadores Rurais, comprovam a atividade da Autora como rurícola, para fins previdenciários, pelo período legalmente exigido. Precedentes do STJ.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. (REsp n. 616.226/CE; Quinta Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ de 02.08.2004)

Previdenciário. Processual Civil. Trabalhador rural. Aposentadoria por idade. Prova da atividade rurícola. Início razoável de prova documental. Súmula n. 149-STJ. Benefício previdenciário. **Reformatio in pejus**. Inocorrência. Juros moratórios. Época de fluência. Súmula n. 204-STJ.

— A jurisprudência da egrégia Terceira Seção consolidou o entendimento que deu origem à Súmula n. 149 desta Corte, no sentido de que, para fins de obtenção de aposentadoria previdenciária por idade, deve o trabalhador rural provar sua atividade no campo por meio de, pelo menos, início razoável de prova documental, sendo suficientes as anotações na Guia de Declaração da Contribuição Sindical.

— Se a citação válida constitui em mora o devedor, em sede de ação de cobrança os juros moratórios incidem a partir desse ato processual, **ex vi** do art. 219 do Código de Processo Civil.

— Recurso especial parcialmente conhecido e nesta extensão provido. (REsp n. 230.879/CE, Sexta Turma, Relator Ministro Vicente Leal, DJ de 06.12.1999)

2. Do exposto, nego provimento ao agravo regimental.

3. É como voto.”

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO
AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 421.626 — SP (2001/0159344-4)**

Relator: Ministro Nilson Naves

Embargante: Estado de São Paulo

Procuradores: Andréa Metne Arnaut e outros

Embargados: Bassime José de Oliveira e outros

Advogados: José Geraldo Velloce e outro

EMENTA

Embargos de declaração (cabimento). Caráter protelatório (sanção). Partes e procuradores (deveres). Multa (solidariedade).

1. Os embargos de declaração destinam-se a suprir omissão, a aclarar obscuridade, ou a corrigir contradição; não ocorrendo tais hipóteses, os embargos ficam sem cabimento, evidentemente.

2. Quando de todo sem cabimento os embargos, donde a conclusão de que pretendem retardar se faça, de uma vez por todas, a coisa julgada, ou que não seja ela cumprida a bom tempo e a boa hora (modalidade, tempo, lugar etc.), os embargos têm caráter protelatório; nesse caso, o embargante está sujeito à sanção processual.

3. É lícito que a sanção alcance não só a parte (o litigante), mas também o seu procurador, uma vez que a ambos compete proceder com lealdade e boa-fé.

4. Embargos rejeitados; declarados, porém, manifestamente protelatórios, a Turma decidiu condenar o embargante (o Estado) e o seu procurador (o Procurador do Estado) a, solidariamente, pagarem aos embargados a multa de 1% sobre o valor da causa.

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, rejeitar os embargos de declaração e impor multa nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti, Paulo Medina e Hélio Quaglia Barbosa votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

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

Ministro Nilson Naves, Relator

DJ de 07.03.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: Trata-se de embargos de declaração do Estado de São Paulo em petição subscrita pela Procuradora Andrea Arnaut. Vejamo-la:

“Ao negar provimento ao agravo fazendário, especificamente no que tange à aplicação do art. 730 do CPC, esta colenda Turma invocou como fun-

damento a jurisprudência pacificada no âmbito dessa egrégia Corte Superior, negando-se a pronunciar-se sobre o direito superveniente, por entendê-lo não incidente no presente caso.

No entanto, apesar de improvido o agravo apresentado, necessária se faz a manifestação sobre tal direito superveniente — art. 100 e parágrafos da Magna Carta, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 37, a qual revela que a desnecessidade de nova citação colide com o sentido jurídico do 'precatório' referido pelo indigitado dispositivo constitucional.

O fato é que o 'precatório' resulta de um procedimento, que se inicia exatamente com o mandado de citação para os fins do art. 730 do CPC. Esse e outros documentos que acompanham o ofício requisitório, performam o título 'precatório'.

Tratando-se de produto de tal procedimento 'documentado', todas as fases devem ser observadas, pena de resultar vício decorrente da inobservância da forma legal prescrita.

Assim, sem mandado de citação, sem sentença de eventuais embargos apresentados, sem ofício requisitório, ou, enfim, à falta de qualquer das fases, estaremos defronte à situação impeditiva da formação de precatório válido.

Exatamente por tal razão, quando o Constituinte entendeu não devesse ser o caso de citação, proibiu a expedição de precatório complementar, pois, como se disse: sem citação não haverá a formação de precatório válido.

É o que se deduz da leitura do mencionado **jus superveniens** constitucional, introduzido pela Emenda n. 37, que introduz o § 4º ao art. 100, vedando a expedição de precatório complementar apenas para os créditos de pequeno valor. Aí sim, o pagamento deverá ser imediato e incabível a citação.

No entanto, sendo necessária a expedição do precatório, todas as fases necessárias à sua formação deverão ser atendidas, e inclusive a citação (até em homenagem ao primado da coerência do ordenamento jurídico, já que atendidos estariam os precitados arts. 5º, § 1º, da Lei n. 101/2000; e 43 e 67 da Lei n. 4.320/1964).

Releve-se que a **causa petendi** ora devolvida (posterior à interposição do recurso especial, já que a Emenda Constitucional n. 37 ainda não existia em dezembro de 2000) é suficiente à admissão e ao provimento do recurso fazendário, vez que traduz, a toda evidência, violação direta ao texto constitucional.

Acrescente-se, por derradeiro, que a imprescindibilidade dos presentes embargos evidencia-se através das Súmulas ns. 282 e 356 do Pretório excelso,

cuja interpretação culmina com a Súmula n. 98 desse colendo Superior Tribunal de Justiça, assim também demonstrada a atenção ao primado da eventualidade (para que não se opere a preclusão quanto ao **jus superveniens**).

E por todo o exposto, o Estado de São Paulo aguarda o provimento dos presentes embargos de declaração, a fim de que haja o pronunciamento sobre o ponto supra-indicado.”

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): São improcedentes os embargos. Não há, no acórdão embargado, omissão a ser suprida, nem obscuridade a ser aclarada, nem contradição a ser corrigida. Trata-se de embargos manifestamente protelatórios.

Quando do julgamento do agravo de instrumento, o então Relator, Ministro Vicente Leal, disse o seguinte:

“No recurso especial, fulcrado nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, pugna o Estado de São Paulo pela reforma do julgado, alegando violação ao disposto no art. 3º do Decreto-Lei n. 4.597/1942 e nos arts. 14, 18, 183, 527, III, 535, 730 do CPC, bem como dissídio jurisprudencial. Sustenta, em síntese, ter ocorrido a prescrição intercorrente, em razão de a parte agravada não ter agitado o processo por quase quatro anos.

Tenho que o presente recurso, tempestivo e devidamente instruído, não merece prosperar.

Ressalte, por primeiro, que pela análise dos fundamentos lançados no apelo nobre, verifica-se que o acórdão recorrido não emitiu pronunciamento exegético sobre os referidos dispositivos legais, os quais não foram sequer mencionados no corpo do aresto vergastado. Carece, pois, a irresignação do indispensável prequestionamento da questão federal. **In casu**, incidem as Súmulas ns. 282 e 356 do STF, como óbices ao processamento do recurso especial

Ademais, é certo que a prescrição intercorrente não pode ser reconhecida frente à paralisação causada por ato que a parte a aproveita. Verificada a insuficiência dos depósitos, não houve a quitação da obrigação atribuída ao agravante. Quando a causa da inação for fato da própria Administração, burocracia administrativa, não pode esta beneficiar-se da própria inércia.

Tal postura encontra-se em plena consonância com a jurisprudência desta Corte, no sentido de que inócorre a prescrição intercorrente quando esta não for causada pela inércia dos autores.

Cite-se, a propósito, o seguinte precedente, **verbis**:

‘Administrativo. Servidor público. Agente de Polícia Federal. Ato punitivo. Ação declaratória de nulidade. Prescrição intercorrente. Não observância aos princípios da ampla defesa e do contraditório. Lei n. 4.878/1965.

1. Não se opera a prescrição intercorrente quando o autor não deu causa à paralisação do feito.

2. **Omissis.**

3. **Omissis.**

4. Recurso não conhecido.’

(STJ — Relator Ministro Edson Vidigal — REsp n. 174.357/GO — DJ de 10.05.1999).

Não fosse o óbice apontado, é de se reconhecer que o disposto no art. 730 do CPC, que determina a citação da Fazenda Pública, somente é aplicável no início da execução para pagamento de quantia certa, e, não, para liquidações posteriores, conseqüentes de atualização de cálculos. Precedentes: (REsp n. 380.124/MG, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ de 11.11.2002; REsp n. 354.357/RS, Julgado em 26.09.2002).

Isto posto, nego provimento ao agravo.”

S. Ex^a. já havia dado ao agravante a resposta necessária e suficiente ao questionamento feito. No entanto foi interposto agravo regimental, e os autos foram a mim atribuídos em 29.04.2004. Proferi o seguinte voto:

“Ambas as questões foram corretamente afastadas na origem e no Superior Tribunal; aqui, quando do julgamento pessoal do agravo contra o ato de não-admissão do recurso especial. A prescrição não se verificou, evidentemente. A propósito do precatório complementar, entre tantos e tantos pronunciamentos desta Casa, confira-se, por todos, o REsp n. 354.357, Ministro Gomes de Barros, cujo julgamento se deu na Corte Especial (DJ de 26.05.2003). Eis sua ementa:

‘I - O incidente de atualização de valores, visando à expedição de precatório complementar, por não constituir novo processo de execução, dispensa a citação prevista no art. 730 do CPC e o procedimento traçado

neste dispositivo. Basta simples intimação do devedor, para conhecimento dos novos cálculos.

II - Se o Estado não concordar com os cálculos complementares, pode manejar agravo.⁷

Relativamente ao § 4º do art. 100 da Constituição, primeiro, trata-se de norma cujo reexame é inviável em sede especial; segundo, evidentemente dele não cuidou o acórdão de origem (Súmulas ns. 282 e 356-STF); terceiro, o seu conteúdo não vem ao caso, visto que ele, ao contrário do assunto tratado nestes autos, refere-se, em decorrência do disposto no § 3º, ao fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução.

Outrossim, perquirir acerca do acerto na aplicação da pena de litigância de má-fé acarretaria o vedado reexame dos subsídios fático-probatórios nos quais o acórdão recorrido fundou, no particular, as próprias conclusões. Aplica-se a Súmula n. 07.

Nego provimento ao regimental.”

É óbvio que a questão relativa ao aludido § 4º, conquanto não o devesse (trata-se de norma constitucional), teve resposta, e suficiente resposta, é óbvio que teve. Veja-se, quanto a isso, o que consignou o acórdão do agravo regimental.

Voto pela rejeição dos embargos e, reputando-os protelatórios (visto que de todo sem cabimento e visto que opostos com o intuito de que não se cumpra a bom tempo e a boa hora o que foi imposto na sentença transitada em julgado), declaro-os manifestamente protelatórios, motivo por que condeno o Estado (embargante) e a Procuradora do Estado (signatária da petição dos embargos) a, solidariamente, pagarem aos embargados (autores da ação) a multa de 1% (um por cento) sobre o valor da causa (Código de Processo Civil, arts. 14, II e III, 17, VII, e 538, parágrafo único).

HABEAS CORPUS N. 25.429 — SP (2002/0152062-0)

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido

Impetrante: Sônia Maria Benfica Merthan

Advogada: Sônia Maria Benfica Merthan (em causa própria)

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

Paciente: Sônia Maria Benfica Merthan

EMENTA

Habeas corpus. Processual Penal. Homicídio qualificado. Execução da pena. Comutação. Decreto Presidencial n. 3.226/1999. Crime hediondo. Impossibilidade.

1. Em sendo a comutação de pena uma das espécies de indulto, tem-se como incabível a sua concessão aos crimes hediondos, na letra do art. 2º, inciso I, da Lei n. 8.072/1990.

2. É firme o entendimento do excelso Supremo Tribunal Federal no sentido de que não ofende ao princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa o decreto concessivo de comutação de pena que veda o benefício para os condenados por delitos que, com o advento da Lei n. 8.072/1990, foram classificados como hediondos ou a eles equiparados. Trata-se, pois, de ato discricionário do Presidente da República, cabendo a ele definir a extensão do benefício.

3. 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 Paulo Gallotti, Paulo Medina e Fontes de Alencar votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Brasília (DF), 11 de novembro de 2003 (data do julgamento).

Ministro Hamilton Carvalhido, Presidente e Relator

DJ de 15.12.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): **Habeas corpus** contra a Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, provendo o agravo em execução interposto pelo Ministério Público, cassou a decisão que concedia a comutação de pena a Sônia Maria Benfica Merthan, por se tratar de condenada por crime hediondo (art. 121, incisos I, III e IV, combinado com o art. 29, todos do Código Penal).

Alega a impetrante-paciente que o crime pelo qual foi condenada ocorreu em 1981, antes, portanto, do advento da Lei n. 8.072/1990, que o inseriu no rol do crimes hediondos, razão pela qual não se lhe pode negar o benefício do indulto.

Afirma que “(...) A lei nova não pode retroagir, pois recairia sobre situações consolidadas sob égide de lei anterior, gerando incertezas e inseguranças no mundo jurídico, desprezando o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, colocando-a acima de nossa Lei Maior.” (Fl. 4)

Pugna pela concessão da ordem para que, cassando-se o acórdão impugnado, seja restabelecida a decisão de 1ª grau.

As informações estão às fls. 16/17 dos autos.

O parecer do Ministério Público Federal é pela concessão da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Senhores Ministros, **habeas corpus** contra a Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, provendo o recurso de agravo em execução interposto pelo Ministério Público, cassou a decisão que concedia a comutação de pena a Sônia Maria Benfica Merthan, por se tratar de condenada por crime hediondo (art. 121, incisos I, III e IV, combinado com o art. 29, todos do Código Penal).

Alega a impetrante-paciente que o crime pelo qual foi condenada ocorreu em 1981, antes, portanto, do advento da Lei n. 8.072/1990 que o inseriu no rol do crimes hediondos, razão pela qual não se lhe pode negar o benefício do indulto.

Afirma que “(...) A lei nova não pode retroagir, pois recairia sobre situações consolidadas sob égide de lei anterior, gerando incertezas e inseguranças no mundo jurídico, desprezando o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, colocando-a acima de nossa Lei Maior.” (fl. 4).

A questão está no cabimento da comutação de pena, disciplinada no Decreto n. 3.226/1999, aos condenados por crime hediondo cometido antes da vigência da Lei n. 8.072/1990.

Este, com efeito, o magistério de **Mirabete**:

“A graça, forma de clemência soberana, destina-se a pessoa determinada e não a fato, sendo semelhante ao indulto individual. A Constituição Federal vigente, porém, não se refere mais à graça, mas apenas ao indulto (art. 84, XII). Por essa razão, a Lei de Execução Penal passou a tratá-la como indulto individual, o que não ocorreu na reforma da Parte Geral do Código Penal.

O indulto individual (ou graça) pode ser total (ou pleno), alcançando todas as sanções impostas ao condenado, ou parcial, com a redução ou substituição da sanção, caso em que toma o nome de comutação.” (In “Manual de Direito Penal”, Parte Geral, 6ª ed., Atlas, 1991, p. 364)

Nesse contexto, tem-se duas modalidades de indulto individual, sendo uma delas a comutação, aplicando-se, por conseguinte, as disposições do art. 7º, inciso I, do Decreto n. 3.226, de 29 de outubro de 1999, que a vedam aos condenados por crime hediondo, **verbis**:

“Art. 7º O indulto previsto neste decreto não alcança os:

I - condenados por crimes hediondos e pelos crimes de tortura, terrorismo e tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins;

(...)”

Por outro lado, esta, a letra da Constituição da República de 1988:

“Art. 5º (...)

(...)”

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

(...)”

E esta, por seu turno, à disposição da Lei n. 8.072/1990:

“Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

I - *anistia, graça e indulto*

II - *fiança e liberdade provisória.*” (Nossos os grifos)

Ao que se tem, a anistia, a graça e o indulto são incompatíveis com os crimes hediondos e aqueles outros equiparados, não havendo falar, em casos tais, em direito subjetivo do condenado.

Outro não é o remansoso entendimento deste Superior Tribunal de Justiça, valendo, por todos, invocar os seguintes precedentes:

“Execução penal — Comutação da pena — Crime hediondo — Tráfico de entorpecentes — Impossibilidade.

O réu foi condenado por haver cometido o crime de tráfico de entorpecentes. O delito praticado integra o rol dos crimes hediondos, conforme pre-

visto na Lei n. 8.072/1990. Dessa forma, tratando-se a comutação da pena de espécie de indulto, torna-se inviável a concessão do benefício, em razão da vedação expressa contida no art. 7º do referido Decreto.

— Precedentes.

— Ordem denegada.” (HC n. 15.134/RJ, Relator Ministro Jorge Scartezzini, **in** DJ de 20.08.2001)

“Recurso especial. Decreto n. 3.226/1999. Indulto e comutação de pena. Crime classificado como hediondo.

1. Em sendo a comutação de pena uma das espécies de indulto, tem-se-na como incabível nos crimes hediondos, na letra do art. 2º, inciso I, da Lei n. 8.072/1990.

2. Recurso conhecido e improvido.” (REsp n. 285.446/SC, da minha Relatoria, **in** DJ de 13.08.2001)

“Execução penal. Indulto. Gênero. Comutação de pena. Espécie. Tráfico ilícito de entorpecentes. Impossibilidade. Decreto n. 3.226/1999.

1. Não é possível a concessão de indulto àqueles condenados por tráfico ilícito de entorpecentes (art. 2º, I, Lei n. 8.072/1990 e art. 7º do Decreto n. 3.226/1999), sendo assim, não há falar em comutação de pena, pois esta constitui modalidade de indulto parcial.

2. Recurso conhecido em parte (alínea **c**), mas improvido.” (REsp n. 299.552/SC, Relator Ministro Fernando Gonçalves, **in** DJ de 11.06.2001)

“Execução penal. **Habeas corpus**. Agravo em execução. Intempestividade. Homicídio qualificado. Comutação da pena. Decreto n. 3.226/1999. Impossibilidade.

I - O agravo em execução interposto fora do prazo previsto no art. 586, **caput**, do CPP é intempestivo (Precedentes).

II - Não é possível conceder comutação da pena — que é espécie de indulto — aos condenados por crimes hediondos. (Art. 7º, inciso I, do Decreto n. 3.226/1999 e art. 1º, inciso I, da Lei n. 8.072/1990).

Habeas corpus indeferido.” (HC n. 16.022/RO, Relator Ministro Felix Fischer, **in** DJ de 13.08.2001)

“Processual penal. Crime hediondo. Comutação. Decreto n. 3.226/1999. Impossibilidade.

1. Os condenados pela prática de crimes hediondos e os a estes assemelhados (tortura, tráfico de entorpecentes e terrorismo), deverão cumprir inte-

gralmente a pena em regime fechado. A Lei de Tortura não derogou a Lei n. 8.072/1990, art. 2º, § 1º. Ressalva da posição vencida do Relator.

2. Por se tratar de indulto parcial, não é possível a concessão de comutação ao condenado por crime hediondo ou a ele equiparado, em face da expressa vedação contida na Lei n. 8.072/1990, art. 2º, I; bem como no Decreto n. 3.226/1999, art. 7º, I.

3. Não é possível, nesta via especial, a análise de violação a dispositivo constitucional.

4. Recurso especial não conhecido (interposto pela alínea a).” (REsp n. 271.977/SC, Relator Ministro Edson Vidigal, **in** DJ de 07.05.2001)

“Criminal. Recurso especial. Execução. Tráfico de entorpecentes. Decreto n. 3.226/1999. Comutação de pena. Impossibilidade. Vedação legal ao crime hediondo. Recurso desprovido.

I - A comutação, espécie do gênero indulto, não pode ser concedida ao condenado por tráfico ilícito de entorpecentes, delito considerado hediondo pela Lei n. 8.072/1990, ante a expressa vedação do art. 7º, inciso I, do Decreto n. 3.226/1999.

II - Tratando-se de indulto parcial, devem ser observadas as restrições impostas ao instituto mais abrangente. Precedente.

III - Recurso desprovido.” (REsp n. 285.450/SC, Relator Ministro Gilson Dipp, **in** DJ de 25.06.2001)

De outro lado, por reiteradas vezes, tenho me pronunciado no sentido de que “não ofende o princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa, o decreto concessivo de indulto que veda o benefício para os condenados por delitos que, com o advento da Lei n. 8.072/1990, foram classificados como hediondos, pois se trata de ato discricionário do Presidente da República, cabendo a ele definir a extensão do benefício.” (**In** HC n. 10.711/SP, de minha relatoria, **in** DJ de 29.05.2000)

Com efeito, dispõe o art. 8º do Decreto n. 2.365, de 05 de novembro de 1997:

“Art. 8º Os benefícios previstos neste decreto não alcançam:

I - (...)

II - os condenados por crimes hediondos definidos na Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, modificada pela Lei n. 8.930, de 06 de setembro de 1994;

(...)”

Daí por que, sendo a comutação da pena ato discricionário do Presidente da República, permitindo-se, pois, a definição da extensão do benefício e, nesta definição, havendo exclusão dos condenados por crimes da mesma natureza daqueles

que a lei define como hediondos, nada importa, por indubioso, que sejam anteriores ou não à edição do diploma legal.

É que, em se cuidando de crimes da mesma natureza, com nomes jurídicos próprios, assim legalmente incluídos no elenco dos crimes hediondos, nada justifica a distinção temporal pretendida pelo impetrante, do que resulta descaber falar em irretroatividade de lei penal mais gravosa.

Há, sim, limitação expressa à extensão do benefício, pela exclusão dos delitos da mesma natureza daqueles que a lei considera hediondos, a saber:

“(…)

I - homicídio e homicídio qualificado;

II - latrocínio;

III - extorsão qualificada pela morte;

IV - extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada;

V - estupro;

VI - atentado violento ao pudor;

VII - epidemia com resultado morte.”

Veja-se, a propósito, o seguinte excerto jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal:

“(…) precedentes do Plenário e das Turmas têm proclamado que os decretos com benefícios coletivos de indulto e comutação podem favorecer os condenados por certos delitos e excluir os condenados por outros.

5. Essa exclusão pode fazer-se com a simples referência aos crimes que a lei classifica como hediondos (Lei n. 8.072, de 1990).

6. A alusão, no decreto presidencial de indulto e comutação de penas, aos crimes hediondos, assim considerados na Lei n. 8.072, de 25.07.1990, modificada pela Lei n. 8.930, de 06.09.1994, foi uma forma simplificada de referir-se a cada um deles (inclusive o de latrocínio), para excluí-los todos do benefício, o que, nem por isso, significou aplicação retroativa desse diploma legal.

7. Precedentes.

8. HC conhecido, em parte, mas, nessa parte, indeferido.” (HC n. 74.132/SP, Relator Ministro Sydney Sanches, in DJ de 27.09.1996)

Pelo exposto, denego a ordem.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 28.295 — SP (2003/0071600-4)

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido

Impetrante: Renata Capasso Floriano — Defensora Pública

Impetrado: Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo

Paciente: Siderlei Germano de Souza (preso)

EMENTA

Habeas corpus. Direito Penal. Roubo qualificado. Emprego de arma. Não-apreensão. Irrelevância. Regime prisional. Fundamentação. Gravidade concreta do crime.

1. A toda evidência, 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.

2. 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.

3. “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.” (HC n. 13.983/SP, Relator Ministro Fernando Gonçalves, in DJ de 20.11.2000)

4. Sem que haja dissídio qualquer, é segura, no Direito Penal vigente, excluída a hipótese da alínea **a** do § 2º do art. 33 do Código Penal, a inexistência de relação necessária entre a quantidade da pena prisional e o regime inicial do seu cumprimento, restando, ao contrário, bem estabelecido que a pena-base prisional e o seu regime inicial, presididos, embora pela mesma norma, inserta no art. 59 do Código Penal (circunstâncias judiciais), devem ser estabelecidos distinta e fundamentadamente.

5. Não há falar em regime semi-aberto se o fechado encontra fundamento, na letra dos arts. 59 do Código Penal e 5º, inciso XLVIII, da Constituição da República, no fato-crime perpetrado e na personalidade do homem-autor.

6. *Writ* denegado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar a ordem de **habeas corpus**, 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), 20 de maio de 2004 (data do julgamento).

Ministro Hamilton Carvalhido, Presidente e Relator

DJ de 28.06.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: **Habeas corpus** contra o Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo que, improvando o apelo interposto por Siderlei Germano de Souza, preservou-lhe a pena de 5 anos e 7 meses de reclusão, a ser cumprida no regime inicial fechado, que lhe foi imposta pela prática do delito tipificado no art. 157, § 2º, incisos I, II e V, do Código Penal.

Sustenta o impetrante, a indispensabilidade da apreensão da arma para a afirmação da majorante de pena inserta no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal;

Aduz, ainda, ausência de fundamentação para a imposição de regime prisional fechado, pois “é um poder-dever do magistrado definir uma pena e um regime para seu cumprimento justo e adequados a cada condenado. **Data venia**, não foi o que ocorreu” (fl. 8), baseado que restou somente “em um juízo apriorístico da gravidade do delito imputado ao paciente” (fl. 9).

Afirma que, embora o paciente possua antecedentes, “o próprio magistrado de 1º grau entendeu ser o réu primário” (fl. 9), e o paciente era menor de 21 anos à época dos fatos, e o delito foi praticado sem qualquer violência à pessoa.

Pugna, ao final, para que seja assegurado ao paciente o afastamento da qualificadora do emprego de arma e, ainda, a possibilidade de cumprir a pena privativa de liberdade em regime semi-aberto.

As informações foram dispensadas.

O parecer do Ministério Público Federal é pelo conhecimento e deferimento parcial do *writ*, concedendo-se o regime semi-aberto.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Senhores Ministros, **habeas corpus** contra o Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo que, improvido o apelo interposto por Siderlei Germano de Souza, preservou-lhe a pena de 5 anos e 7 meses de reclusão, a ser cumprida no regime inicial fechado, que lhe foi imposta pela prática do delito tipificado no art. 157, § 2º, incisos I, II e V, do Código Penal.

Sustenta o impetrante, a indispensabilidade da apreensão da arma para a afirmação da majorante de pena inserta no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal;

Aduz, ainda, ausência de fundamentação para a imposição de regime prisional fechado, pois “é um poder-dever do magistrado definir uma pena e um regime para seu cumprimento justo e adequados a cada condenado. **Data venia**, não foi o que ocorreu” (fl. 8), baseado que restou somente “em um juízo apriorístico da gravidade do delito imputado ao paciente” (fl. 9).

Afirma que, embora o paciente possua antecedentes, “o próprio magistrado de 1º grau entendeu ser o réu primário” (fl. 9), e o paciente era menor de 21 anos à época dos fatos, e o delito foi praticado sem qualquer violência à pessoa.

A toda evidência, 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.

Na espécie, em verdade, o paciente negou o emprego de arma, não havendo como prosperar tal negativa, irrepreensível o **decisum** condenatório, também no particular:

“(…)

A circunstância de que não foi apreendida arma de fogo é irrelevante.

De fato, lembro que, para o roubo, o que importa para verificar a qualificadora da arma é o efeito de intimidar as vítimas:

a) evidente, pelas palavras das vítima, que o emprego do revólver teve efeito intimidativo superior, à mera ameaça verbal ou coação física, o que, segundo a jurisprudência sumulada, basta para caracterizar a qualificadora, pouco importando sua potencialidade ofensiva;

b) tem-se admitido caracterizada a qualificadora em pauta, com apoio apenas em prova oral, até quando sequer é apreendida a arma.

(…)” (fl. 14).

Demais é sabida a admissibilidade do exame de corpo de delito indireto e do seu suprimento pela prova testemunhal, tanto quanto ninguém duvida ser estranho o exame aprofundado das provas à via angusta do **habeas corpus**.

Confirmam-se, nesse sentido, por todos, o seguinte precedente:

“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)

De outro lado, este, o decreto condenatório, no particular da individualização da pena e do regime prisional:

“(…)

O réu é primário, mas tem mau antecedente, pois já foi condenado em outro feito por roubo ocorrido antes do crime deste processo e nota de trânsito em julgado posterior à data dos fatos deste processo (fl. 150). No entanto, consta, também, que ele confessou e que é menor de 21 anos de idade. Assim, esse mau antecedente ficará compensado com essas atenuantes e, por isso, a pena-base será fixada no piso legal (as outras circunstâncias judiciais não são desfavoráveis).

(...)

Em vista do crime praticado, que indica, em si, a periculosidade de seu agente, bem como atento ao mau antecedente e ao fato de que se cuida de roubo praticado com emprego de arma e, ainda, observando que o roubo é delito que tem gerado permanente intranqüilidade no seio da comunidade, e ofende, além do patrimônio a integridade física humana, justifica-se o regime prisional preambular fechado (não se pode acolher o pedido da defesa de regime prisional semi-aberto, pois não suficiente à repressão), bem como a custódia cautelar do condenado. Assim, fixo o regime fechado para o início do cumprimento da pena de reclusão e esclareço que o acusado não poderá recorrer em liberdade.

(...)” (fl. 16).

E este, o teor do acórdão alvejado:

“(...

O regime intermédio, em casos de crime praticado com violência à pessoa, só é deferido naquelas situações em que o delito constitui episódio único na vida do acusado.

In casu, o recorrente ostenta condenação definitiva pela prática de roubo (fl. 150).

Em tais condições, desaconselhável a fixação do regime intermédio, porquanto este se afigura inadequado e insuficiente à prevenção e repressão do crime.

(...)” (fl. 36).

Sem que haja dissídio qualquer, é segura, no Direito Penal vigente, excluída a hipótese da alínea **a** do § 2º do art. 33 do Código Penal, a inexistência de relação necessária entre a quantidade da pena prisional e o regime inicial do seu cumprimento, restando, ao contrário, bem estabelecido que a pena-base prisional e o seu regime inicial, presididos, embora pela mesma norma, inserta no art. 59 do Código Penal (circunstâncias judiciais), devem ser estabelecidos distinta e fundamentadamente.

Por outro lado, não menos certo que a fundamentação das decisões do Poder Judiciário, tal como resulta da letra do inciso IX do art. 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.

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

In casu, o regime fechado foi preservado, na força devolutiva do apelo interposto, como determinam a Constituição da República (art. 5º, inciso XLVIII) e o art. 59 do Código Penal, não apenas “em um juízo apriorístico da gravidade do delito”, mas porque o paciente “(...) foi condenado em outro feito por roubo ocorrido antes do crime deste processo e nota de trânsito em julgado posterior à data dos fatos deste processo (...), a demonstrar o regime semi-aberto (...) não suficiente à repressão (...)” (fl. 36).

Não há falar, assim, em estabelecimento de regime prisional fechado com base unicamente na gravidade genérica do crime de roubo, de modo a presumir a perigosidade do paciente.

Pelo exposto, denego a ordem.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 28.375 — SC (2003/0074893-6)

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido

Impetrante: Cláudio Gastão da Rosa Filho

Impetrada: Quarta Turma de Recursos de Criciúma — SC

Paciente: Paulo Antônio de Conto

Advogado: Luís Carlos Martins Alves Junior

EMENTA

Habeas corpus. Direito Processual Penal e Direito Penal. Delitos contra a honra. Crime de imprensa. Procedimento especial. Inobservância. Preconceito de religião. Crime de ação pública. Ilegitimidade ativa da parte. Nulidade **ab initio**. Atipicidade objetiva e subjetiva do fato. Ocorrência. Trancamento da ação penal.

1. À luz do princípio da especialidade, por força do qual **lex specialis derogat lex generalis**, em concorrendo à incidência em tema de crime contra a honra, normas do Código Penal e da Lei n. 5.250/1967, tem lugar a caracterização do delito de imprensa, sobre a qual falta à parte ofendida poder de disponibilidade, efeito que é de incidência legal, impondo-se também à observância às normas processuais relativas ao delito especial.

2. O art. 41 do Código de Processo Penal, estatuto de validade da acusatória inicial, em obséquio do direito de defesa, assegurado na Constituição da República, requisita a “exposição da fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol de testemunhas.”

3. É indispensável ao regular exercício da ação penal que a queixa ou denúncia esteja fundada em um mínimo de prova, que lhe assegure a viabilidade.

4. Não há falar em crime, se o fato imputado se oferece, de forma manifesta, atípico, objetiva e subjetivamente.

5. Os crimes de preconceito de cor, raça e religião são de ação pública.

6. Ordem concedida, para o trancamento da ação penal.

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 Paulo Gallotti e Paulo Medina 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 Hamilton Carvalhido, Presidente e Relator

DJ de 22.03.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: **Habeas corpus** contra a Quarta Turma de Recursos de Criciúma — SC que, denegando *writ* impetrado em favor de

Paulo Antônio de Conto, Bispo da Igreja Católica Apostólica Romana, preservou-lhe a ação penal a que responde pela prática dos delitos tipificados nos arts. 139 e 140, § 3º, ambos do Código Penal e arts. 1º e 20, § 2º, da Lei n. 7.716/1989, em acórdão assim ementado:

“**Habeas corpus.** Queixa-crime. Prática dos delitos previstos nos arts. 139 e 140, § 3º, do Código Penal e arts. 1º e 20, § 2º, da Lei n. 7.716/1989, com as alterações introduzidas pela Lei n. 9.459/1997. Necessidade de exame do contexto em que foram as palavras proferidas e, via de consequência, da prova. Nulidade processual afastada. Ordem denegada.” (Fl. 106)

Alega o impetrante ausência de justa causa para a **persecutio criminis**, eis que “(...) ao contrário de refletir alguma correspondência, mínima que seja, entre a conduta atribuída ao paciente e o contexto fático no qual foi retirada as expressões que se imputam típicas, percebe-se nitidamente a ausência do elemento subjetivo, refletindo a malsinada queixa-crime o encadeamento de exercício de pura imaginação, que se sucedem num processo de abstração mental como se a peça introdutória de uma ação penal pudesse trilhar os mesmos caminhos de um romance policial ou tópicos de uma obra de ficção jurídica, contundindo o disposto no art. 43, III, 2ª parte, c.c. o art. 18 do CPP” (Fls. 8/9)

Sustenta que “(...) Esquadrinhados, um a um, todos os elementos de informação e convicção nos autos reunidos, o que se depreende e não se pode deixar de, reconhecendo, afirmar, é que o teor da peça vestibular increpada, encerra, tão incompreensível quão inocultavelmente, abstrações atrás de abstrações, afastando-se não raro por inteiro, do que realmente teria sido dito pelo paciente em bênção transmitida pela Rádio Araranguá — AM da Cidade de Araranguá.” (Fl. 14)

Aduz, de resto, que “(...) a suposta conduta delituosa teria sido imputada através de emissora de rádio, o que obrigatoriamente impõe a adoção do rito previsto na Lei de Imprensa, (Lei n. 5.250/1967), **ex vi**, do que dispõe o art. 12 do mencionado diploma legal.” (Fl. 21)

Pugna, ao final, pela concessão da ordem para o fim de trancar o processo, à falta de justa causa.

A liminar foi deferida (fls. 116/118).

As informações foram dispensadas, por devidamente instruída a inicial.

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

“**Habeas corpus.** Penal. Trancamento da ação penal. Ausência de justa causa. Ausência de tipicidade. Improcedência.

— Cabe ao impetrante, de plano, revelar a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade para que seja determinado o trancamento da ação penal por falta de justa causa.

— Não é inepta a denúncia ou a queixa-crime que descreve fatos que, em tese, configuram o crime e oferece condições plenas para o exercício da defesa, com observância do art. 41 do CPP

— Parecer pela denegação da ordem.” (Fl. 122)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Senhores Ministros, **habeas corpus** contra a Quarta Turma de Recursos de Criciúma — SC que, denegando *writ* impetrado em favor de Paulo Antônio de Conto, Bispo da Igreja Católica Apostólica Romana, preservou-lhe a ação penal a que responde pela prática dos delitos tipificados nos arts. 139 e 140, § 3º, ambos do Código Penal e arts. 1º e 20, § 2º, da Lei n. 7.716/1989, em acórdão assim ementado:

“**Habeas corpus**. Queixa-crime. Prática dos delitos previstos nos arts. 139 e 140, § 3º, do Código Penal e arts. 1º e 20, § 2º, da Lei n. 7.716/1989, com as alterações introduzidas pela Lei n. 9.459/1997. Necessidade de exame do contexto em que foram as palavras proferidas e, via de consequência, da prova. Nulidade processual afastada. Ordem denegada.” (Fl. 106)

Alega o impetrante ausência de justa causa para a **persecutio criminis**, eis que “(...) ao contrário de refletir alguma correspondência, mínima que seja, entre a conduta atribuída ao paciente e o contexto fático no qual foi retirada as expressões que se imputam típicas, percebe-se nitidamente a ausência do elemento subjetivo, refletindo a malsinada queixa-crime o encadeamento de exercício de pura imaginação, que se sucedem num processo de abstração mental como se a peça introdutória de uma ação penal pudesse trilhar os mesmos caminhos de um romance policial ou tópicos de uma obra de ficção jurídica, contundindo o disposto no art. 43, III, 2ª parte, c.c. o art. 18, do CPP” (Fls. 8/9)

Sustenta que “(...) Esquadrinhados, um a um, todos os elementos de informação e convicção nos autos reunidos, o que se depreende e não se pode deixar de, reconhecendo, afirmar, é que o teor da peça vestibular increpada, encerra, tão incompreensível quão inocultavelmente, abstrações atrás de abstrações, afastando-se não raro por inteiro, do que realmente teria sido dito pelo paciente em bênção transmitida pela Rádio Araranguá — AM da Cidade de Araranguá.” (Fl. 14)

Aduz, de resto, que “(...) a suposta conduta delituosa teria sido imputada através de emissora de rádio, o que obrigatoriamente impõe a adoção do rito previsto na Lei de Imprensa, (Lei n. 5.250/1967), **ex vi**, do que dispõe o art. 12 do mencionado diploma legal.” (Fl. 21)

Esta, a fundamentação do acórdão impugnado:

“(...)

Pugna o impetrante pela concessão de ordem de **habeas corpus** em favor de Paulo Antônio de Conto em razão da ausência de justa causa almejando, alternativamente, reconhecimento de nulidade por impropriedade de rito.

Sabe-se que, em sede de **habeas corpus**, somente pode ser acolhida a tese da ausência de justa causa quando as circunstâncias demonstrem que o fato imputado não constitua crime ou, ainda, em caso de inexistência de conduta delitiva por parte do paciente.

A respeito do assunto, ensina **Julio Fabbrini Mirabete**:

*‘Também somente se justifica a concessão do **habeas corpus** por falta de justa causa para a ação penal quando ela é evidente, ou seja, quando a ilegalidade é evidenciada pela simples exposição dos fatos com o reconhecimento de que há imputação de fato atípico ou da ausência de qualquer elemento indiciário que fundamente a acusação. É possível verificar-se perfunctoriamente os elementos em que se sustenta a denúncia ou a queixa, para reconhecimento da ‘fumaça do bom direito’, mínimo demonstrador da existência do crime e da autoria, mas não se pode pela via estreita do **mandamus** trancar ação penal por falta de justa causa quando o seu reconhecimento exigir um exame aprofundado e valorativo da prova dos autos.’ (‘Processo Penal’, 3ª ed. Atlas, p. 690).*

No caso dos autos, ao contrário do pretendido, existe necessidade de pleno exame do fato e suas circunstâncias, com análise do contexto geral em que foram proferidas as palavras apontadas como difamatórias e injuriosas, mostrando-se inviável o trancamento da ação penal haja vista que, em tese, não está caracterizada a atipicidade absoluta.

Quanto à nulidade processual por impropriedade do rito, urge consignar que o sermão em questão não foi transmitido exclusivamente por meio radiofônico, mas também dirigido aos fiéis presentes na missa realizada na Matriz da Igreja Católica Apostólica Romana, por ocasião das festividades da Santa Padroeira de Araranguá, Nossa Senhora Mãe dos Homens.

Acrescente-se, ademais, que a queixa-crime está fulcrada em dispositivos do Código Penal, razão pela qual não pode ser proclamada a almejada nulidade.

Ante as razões expostas, a Quarta Turma de Recursos, por maioria de votos quanto à primeira tese e votação unânime quanto à segunda, decidiu denegar a ordem.” (Fls. 108/110)

Este, o teor da ofensa, na letra da queixa, **verbis**:

“... as vezes surgem *falsos pastores* no meio do povo, como diz o evangelho, *aqueles pastores entram pela porta do fundo*, diz Jesus que *são ladrões e assaltantes ...* ... porque aparecem outros com o nome de bispos por aí, por exemplo, existe *um tal de Dom Sérgio Tomacheski*, que está em vosso meio, *não é bispo da igreja católica, não é.*

Este Sérgio era um padre, lá de Novo Hamburgo, *depois de criar vários problemas*, ele se retirou da igreja católica, ele foi excomungado, por que ele se excomungou, e agora ele *vem aqui arrebatar outras pessoas.*

Cuidado, muito cuidado, não é bispo, é um elemento que não comunga com o Papa, não comunga com a igreja e não está em sintonia com a igreja católica...

Cuidem, não vamos entrar assim no mais em qualquer rebanho ...” (Fl. 62)

Tem-se, assim, que se recusou a nulidade processual que dava matéria ao primeiro dos fundamentos do **habeas corpus** impetrado perante a Corte Estadual de Justiça, ao argumento de que “o sermão em questão não foi transmitido exclusivamente por meio radiofônico”, vale dizer, na letra da queixa, transmitido apenas “ao vivo através da Rádio Araranguá — AM, emissora líder em audiência na região”, mas também dirigido aos fiéis presentes na missa realizada na Matriz de Araranguá da Igreja Católica Apostólica Romana.

Esta, precisamente, é a hipótese em que a jurisprudência dos nossos Tribunais é firme em que prevalece o crime previsto na lei especial e, não, aquele definido no Código Penal, cujas caracterizações determinam efeitos jurídicos materiais e formais diversos.

A propósito, por todos, a correta decisão do ilustre Desembargador Ricardo Lewandowski, no julgamento da Apelação Criminal n. 736.719 — TACRim/SP, em que foi Relator:

“Em sede de crimes contra a honra, se a divulgação se der pela imprensa, aplica-se inequivocamente a Lei de Imprensa, não apenas pela disposição ex-

pressa do art. 12 da Lei n. 5.250/1967, como também em razão do princípio da especialização, segundo o qual **lex specialis derogat generali**, ficando, assim, afastada a lei comum.”

E, como é desse mesmo discurso jurisprudencial pátrio, “o que caracteriza o delito de imprensa é terem as ofensas obtido divulgação através dos meios de comunicação” (TACRim/SP — VCP — Relator Denser de Sá — RT 550/328), não sendo “facultado a quem se julga atingido em sua honra por via de órgão de imprensa buscar socorro no Código Penal, desdenhando da legislação específica” (TACRim/SP — Rec. n. 767.677 — Relator Corrêa de Moraes).

Numa palavra, “(...) a lei não outorga ao particular ofendido a eleição da via processual. Não existe para o querelante opção de preferir esta ou aquela figura delituosa, este ou aquele rito processual, esta ou aquela sanção. Dá-se apenas, o direito do exercício da ação circunscrito ao tipo de infração narrada. Se a lei criou dois enunciados de crime, cada qual com seu rito próprio, não pode o querelante postergar o rito imposto por lei. Nem mesmo se agarrar como tábua de salvação, a um tipo diverso de infração contemplado com outras normas. Se postula, inadequadamente, não pode vingar sua pretensão. Ante a narrativa da infração, modificando-se a capitulação do crime, o rito processual, os eventuais incidentes de competência, prescrição, decadência, perempção, podendo gerar perplexidades. E maiores perplexidades poderiam surgir no caso de eventual aplicação dos arts. 383 e ss. do CPP e, ainda, com a possibilidade de não vir a ser o mesmo magistrado a decidir a final. Daí a imperiosa necessidade de uma correta definição inicial.” (TACRim/SP — AC — Relator Geraldo Gomes — RT 523/404 — JUTACRIM 53/389).

Para além da manifesta nulidade que, em consequência, está a gravar, **ab initio**, o processo da ação penal, cuida-se de queixa indviduosamente inepta, não só porque, de forma que lhe é defeso pela lei processual penal e mesmo pela Constituição da República, enquanto assegura a plenitude do direito de defesa, a imputação se insula em trecho isolado e, depois, seccionado de um sermão, o que suprime, **ex ante**, a compreensão do seu sentido, objetivada, principalmente em casos tais, com a exigência legal da exposição circunstanciada dos fatos tidos como criminosos (art. 41 do Código de Processo Penal), mas também porque a inicial acusatória, nos próprios fatos imputados eles mesmos, veio desacompanhada de um mínimo de prova, a garantir a viabilidade da ação penal, *pura consequência, aliás, da recusa indevida do crime de imprensa e do seu processo.*

Colhe-se, no particular, o magistério de **Afrânio Jardim**:

“Julgamos que a justa causa funciona como uma verdadeira condição para o exercício da ação penal condenatória, consoante adiantamos em momento anterior. Tal se depreende do sistema, resultante da conjugação dos

vários dispositivos legais apontados. Na verdade, levando em linha de conta que a simples instauração do processo penal já atinge o chamado **status dignitatis** do réu, o legislador exige do autor o preenchimento de mais esta condição para se invocar legitimamente a tutela jurisdicional.

Assim, impõe-se que a denúncia ou queixa venha acompanhada do inquérito ou peças de informação, conforme se depreende dos arts. 39, § 5º, e 46, § 1º, todos do Código de Processo Penal. (...)

Desta forma, torna-se necessário ao regular exercício da ação penal a demonstração, **prima facie**, de que a acusação não é temerária ou leviana, por isso que lastreada em um mínimo de prova. Este suporte mínimo se relaciona com os indícios da autoria, existência material de uma conduta típica e alguma prova de sua antijuridicidade e culpabilidade. Somente diante de todo este conjunto probatório é que, a nosso ver, se coloca o princípio da obrigatoriedade do exercício da ação penal pública.

Não nos parece correta a afirmativa de que para a sua admissibilidade basta que a denúncia esteja lastreada em prova da autoria e materialidade. Se examinarmos tais elementos ao nível da dogmática penal, vamos constatar que autoria e materialidade não chegam sequer a configurar um juízo de tipicidade, na medida em que as normas penais incriminadoras têm outros elementos essenciais, quer subjetivos, descritivos ou normativos.” (In “Direito Processual Penal”, ed. Forense, 2003, p. 97)

Por último, tenho também como manifestamente atípicos os fatos tidos ofensivos à honra do Querelante, na exata razão de que Bispo da Igreja Católica Apostólica Romana não o é efetivamente, porque dela se separou, por vontade própria, e, por isso “não comunga com o Papa, não comunga com a igreja e não está em sintonia com a igreja católica...” não havendo crime algum em que culmine o Bispo, com dura firmeza, no exercício do seu ministério e na força da sua fé, por advertir os fiéis, como se registra na própria queixa, “cuidem, não vamos entrar assim no mais em qualquer rebanho ...” (fl. 62), o que, por certo, não faltasse, como falta, manifestamente tipicidade objetiva aos fatos, deles excluiria, do mesmo modo, a tipicidade subjetiva.

Do crime de preconceito, anote-se, em remate, não vem a ponto decidir, em faltando legitimidade ao Querelante para a **actio penalis**, que é pública.

Pelo exposto, concedo a ordem, para trancar a ação penal.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 28.990 — SP (2003/0109178-3)

Relator: Ministro Paulo Medina

Impetrante: Luís Ricardo Vasques Davanzo

Impetrado: Desembargador-Relator do **Habeas Corpus** n. 3958803 da Primeira Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Antônio Valdenir Canuto Soares (preso)

EMENTA

Processo Penal. Protesto por novo júri. Concurso material. Conversão em apelação. Princípio da fungibilidade recursal. Requisitos. Inaplicabilidade.

O protesto por novo júri não é cabível quando o limite da sanção (igual ou superior a vinte anos) resulta da soma das penas impostas em concurso material.

A demonstração de dúvidas objetivamente demonstráveis ou constatáveis na doutrina ou jurisprudência acerca do cabimento do recurso é requisito essencial para aplicação do princípio da fungibilidade.

Descabe converter em apelação, não interposta tempestivamente, recurso de protesto por novo júri, eventualmente não conhecido, porque incabível.

Precedentes.

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

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

Ministro Paulo Medina, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Medina (Relator): Trata-se de **habeas corpus**, impetrado pelo advogado Luís Ricardo Vasquez Davanzo, em favor de Antônio *Valdenir Canuto Soares*, contra acórdão da Primeira Câmara Extraordinária Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (HC n. 395.880-3/3-00).

O Ministério Público do Estado de São Paulo ofereceu denúncia em face do paciente e co-réus pela suposta prática do crime tipificado no art. 121, § 2º, incisos I e IV, c.c. os arts. 29 e 69 (duas vezes) do CP, e art. 1º da Lei n. 8.930/1994, relatando em suma que (fl. 18):

“Consta que o acusado e os demais co-réus tomaram conhecimento das investigações e diligências levadas a termo por Manoel e Clayton (vítimas) no local e então resolveram eliminá-los. Assim, já fortemente armados, aproximaram-se do veículo marca Volkswagen, tipo Gol, de cor preta, placa CIS 9.243 — SP ocupado pelos ofendidos, passando a efetuar, em concurso de agentes, sucessivos disparos, executando-os. Os crimes foram praticados por motivo torpe, consistente em vingança, em represália às investigações e diligências levadas a efeito no local e por causa da prisão anteriormente efetivada por Manoel Maria Conceição Júnior de um passador de drogas. Consta ainda que os acusados agiram de forma a dificultar a defesa dos ofendidos que foram surpreendidos em superioridade numérica pelos agressores, sem chances de poderem prever ou mesmo evitar o inopinado ataque”.

A decisão de pronúncia submeteu o paciente a julgamento perante o Tribunal do Júri, por duplo homicídio, nos termos da denúncia.

Em 27.05.2002, o paciente foi julgado e condenado, por quatro votos contra três, a 19 (dezenove) anos de reclusão (por duas vezes), perfazendo 38 (trinta e oito) anos de reclusão, porque incurso na sanção do art. 121, § 2º, incisos I e IV, na forma do art. 69 (concurso material).

Dois dias após, em 29.05.2002, a defesa ajuizou protesto por novo júri, que não foi recebido pelo Juízo (decisão de 12.06.2002 (fl. 45), sob o fundamento que as penas, no concurso material, não podem ser somadas para efeito de conferir viabilidade àquele recurso (fl. 57).

Uma vez indeferido o protesto por novo júri, o paciente apresentou o recurso de apelação, que não foi recebido porque intempestivo (art. 593 do CPP).

A sentença penal condenatória transitou em julgado em 03.06.2002 (fl. 45).

Denegado **habeas corpus** pelo Tribunal de Justiça, foram opostos embargos de declaração (n. 395.880.3/5-01), rejeitados sob o seguinte fundamentado (fl. 67):

“...por se tratarem de dois crimes, era necessário a interposição de dois recursos, pois, tendo em vista, o disposto no art. 608 do CPP, não é possível ao juiz de 1º grau se utilizar do princípio da fungibilidade recursal...”.

Alega o impetrante que (fl. 7):

“A nulidade do trânsito em julgado da r. sentença de 1º grau está estratificada de forma manifesta, na não-aplicação do princípio da fungibilidade dos recursos”.

Aduz em suas razões que o protesto por novo júri deveria ter sido recebido como apelação, pois ausente a má-fé do recorrente.

Requer a nulidade do trânsito em julgado da sentença condenatória, abrindo vistas dos autos e prazo para oferecimento das razões de apelação.

O Ministério Público Federal, em seu parecer, opina pela concessão da ordem, conforme transcrevo a ementa (fl. 70):

“**Habeas corpus.** Protesto por novo júri. Condenação por dois crimes em concurso material. Pena inferior a 20 anos em cada um. Conversão do recurso em apelação. Aplicação do princípio da fungibilidade recursal. Art. 579, CPP. Possibilidade.

Parecer pela concessão da ordem.”

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Medina (Relator): Preceitua o art. 608, do CPP:

“Art. 608. O protesto por novo júri não impedirá a interposição da apelação, quando, pela mesma sentença, o réu tiver sido condenado por outro crime, em que não caiba aquele protesto. A apelação ficará suspensa, até a nova decisão provocada pelo protesto”.

Da leitura do texto acima, corroborada por jurisprudência, extrai-se que o legislador indicou ser necessária a interposição simultânea do protesto por novo júri e da apelação.

O impetrante não apelou e o protesto por novo júri não foi conhecido, sob o fundamento que as penas, no concurso material, não podem ser somadas para efeito de admissão daquele recurso (fl. 57).

A jurisprudência do egrégio Superior Tribunal de Justiça é assente, nesse sentido, razão por que destaco os seguintes arestos:

“RHC — Penal e Processo Penal — Protesto por novo júri — Concurso material — Pena cominada a cada crime inferior a vinte anos — Impossibilidade.

É inviável o protesto por novo Júri quando a condenação torna-se superior a vinte anos resultante de concurso material. No caso, o réu foi condenado, pelo Tribunal do Júri, pela prática de 07 homicídios — 06 na forma tentada — e formação de quadrilha e a pena cominada a cada crime for inferior a vinte anos não há possibilidade, por esse aspecto, de protesto por novo júri.

Precedentes.

Recurso desprovido.”

(RHC n. 8.993/RJ, DJ de 22.11.1999, Relator Ministro Jorge Scartezini)

“RHC. Protesto por novo júri. Impossibilidade. Concurso material. Apelação em liberdade. Descabimento.

1. Inadmissível o benefício previsto no art. 607 do CPP, se a condenação a pena superior a 20 anos resulta de concurso material de crimes. Precedentes da Suprema Corte.

2. Não pode apelar em liberdade o réu condenado pela prática de crime hediondo, que, evadindo-se durante a instrução criminal, ainda causa temor a uma das vítimas e insegurança aos moradores da Cidade.

3. Recurso improvido.”

(RHC n. 5.985/SP; Relator Ministro Fernando Gonçalves; DJ de 24.02.1997)

A impetração tem por base o entendimento de ser possível a conversão do protesto por novo júri em apelação.

O princípio da fungibilidade é consagrado pelo ordenamento jurídico brasileiro, colocando-se acima da legitimidade formal.

Confere ao Magistrado o poder de efetuar a conversão de um recurso por outro, desde que ausente a má-fé do recorrente e tenha sido interposto dentro do prazo legal (tempestividade).

Aplica-se aos casos em que os pressupostos recursais são aproveitáveis entre si, por haver similitude objetiva e, bem assim, se houver dúvida na doutrina e na jurisprudência quanto ao recurso apto a reformar certa decisão judicial.

Julio Mirabete consigna, a propósito, que:

“Não se admite o conhecimento do recurso inadequado interposto quando houver má-fé do requerente. É de se notar, também, que o erro grosseiro na

interposição de recurso inadequado é indicativo de má-fé, não se admitindo prova em contrário. *Também não se permite o conhecimento do recurso indevido se esgotado o prazo do recurso devido. Caso contrário, possibilitar-se-ia a fraude daquele que, vendo ter-se esgotado o prazo do recurso adequado, impetrasse outro, cujo prazo ainda não estaria vencido.*”

(**Julio Fabbrini Mirabete**, “Código de Processo Penal Interpretado”, 10ª ed., São Paulo, Atlas, p. 1.423)

Corroborando este entendimento colaciono julgado da Quinta Turma desta Casa:

“Criminal. REsp. Júri. Homicídio qualificado. Concurso material. Matéria constitucional. Não-conhecimento. Recurso de apelação. Recebimento como protesto por novo júri para um dos crimes. Princípio da fungibilidade. Conhecimento como apelação relativamente ao outro crime. Impossibilidade. Concurso material. Penas consideradas isoladamente. Reconhecimento do trânsito em julgado em relação a uma das condenações. Legalidade. Recurso parcialmente conhecido e desprovido.

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

II - Nos termos do entendimento firmado por esta Turma, não cabe protesto por novo júri quando a pena imposta ao réu supera o limite de vinte anos em razão do concurso material, pois se exige que a pena cominada a cada crime seja igual ou superior ao limite legal.

III - Hipótese em que um dos crimes ultrapassou o limite de vinte anos do art. 607 do Código de Processo Penal, para o qual é cabível o protesto por novo júri.

IV - Inviável o conhecimento do recurso de apelação com relação ao crime de menor apenamento, se já foi recebido como protesto por novo júri com relação ao crime de pena superior a 20 anos, isto porque réu não interpôs simultaneamente, dois recursos independentes, mas um só recurso com pedidos subsidiários (grifei).

V - Para fins de protesto por novo júri, na hipótese de concurso material, as penas devem ser consideradas isoladamente, nos exatos termos da lei processual penal.

VI - Não tendo sido interposto o recurso devido e independente, não há ilegalidade no acórdão que reconheceu o trânsito em julgado da sentença condenatória em relação ao delito que recebeu pena de 16 anos de reclusão.

VII - Recurso parcialmente conhecido e desprovido.”

(REsp n. 421.812/AC, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ de 09.06.2003)

Ressalto que o impetrante, então recorrente, não apelou, eis que ajuizou apenas o protesto por novo júri, sem qualquer referência a pedido subsidiário, de sorte que, da análise dos autos, não exsurge hipótese de dúvida e/ou equívoco, objetivamente demonstráveis ou constatáveis, acerca da opção recursal adequada à espécie.

Os recursos de apelação e protesto por novo júri devem ser promovidos simultaneamente, até porque a interposição do protesto por novo júri não suspende e nem interrompe o prazo de apresentação da apelação.

Posto isso, *denego* a ordem.

HABEAS CORPUS N. 29.108 — SP (2003/0116303-9)

Relator: Ministro Paulo Medina

Impetrante: Marcelo Willians Santos

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Dejanir Batista Gonçalves (preso)

EMENTA

Habeas corpus. Processo Penal. Julgamento. Apelação. Intimação. Inexistência. Defensor público. Condenação. Irregularidade alegada a destempo. Preclusão. Convalidação. Impossibilidade. Nulidade absoluta. Anulação do acórdão. Ordem concedida.

1. A falta de intimação do defensor público da pauta da sessão de julgamento da apelação configura nulidade insanável. Inteligência do art. 5^o, LV, da Constituição da República, e art. 5^o, § 5^o, da Lei n. 1.060/1950;

2. A nulidade absoluta pode ser argüida a qualquer tempo, ainda que transcorrida mais de uma década do trânsito em julgado da decisão condenatória. Precedentes;

3. Ordem concedida para anular o acórdão e determinar novo julgamento.

ACÓRDÃO

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

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

Ministro Paulo Medina, Relator

DJ de 17.05.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Medina: Trata-se de **habeas corpus** contra decisão da Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que deixou de intimar pessoalmente os procuradores — Defensores Públicos — do Paciente da pauta da sessão de julgamento do recurso de apelação.

Informa o Impetrante que o Paciente foi denunciado como incurso nas sanções do art. 157, § 3º, do Código Penal e, em 14 de junho de 1991, sobreveio sentença absolvendo-o, com base no art. 386, VI, do Código de Processo Penal.

Inconformado, o Ministério Público apelou do **decisum** e, por decisão unânime, o Tribunal recorrido, em 27 de maio de 1993, deu parcial provimento ao recurso para condenar o Paciente a 15 anos de reclusão, em regime fechado, e pagamento de 15 dias-multa, no piso.

Em 18 de junho de 2003 foi protocolizada a petição referente a este **mandamus**, na qual o Impetrante alega que a decisão colegiada condenatória está eivada de nulidade insanável, visto que os Defensores do Paciente não foram intimados pessoalmente da pauta de sessão de julgamento, nem do acórdão.

Aduz que a desobediência, pelo Tribunal, à determinação legal contida na norma inculpada no art. 5º, § 5º, Lei n. 1.060/1950, causou evidente prejuízo ao Paciente, pois não lhe foi dada a oportunidade de exercer plenamente sua defesa.

Pugna, assim, pela concessão da ordem para declarar a nulidade do acórdão guerreado, renovando-se o julgamento após a intimação pessoal dos Defensores do Paciente.

O *Parquet* Federal é pela denegação da ordem, conforme ementado:

“**Habeas corpus**. Recurso ordinário. Latrocínio. Condenação em segunda instância. Defensor público. Falta de intimação pessoal para a sessão de julgamento do recurso de apelação.

Embora a falta de intimação do Defensor Público da inclusão do feito em pauta e da data da sessão de julgamento do recurso induza nulidade absoluta da decisão, no caso, esta é afastada, pois o Defensor foi pessoalmente intimado do acórdão, nada tendo alegado, tendo requerido revisão criminal contra o **decisum**, onde também não argüiu qualquer nulidade, somente o fazendo dez anos depois do trânsito em julgado da condenação. Precedentes.

Parecer pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Medina (Relator): Cumpre destacar, inicialmente, que apreciarei a seguir o que foi requerido tanto neste, quanto no HC n. 34.954, visto que tratam do mesmo pedido e causa de pedir e têm como Paciente a mesma pessoa, Dejanir Batista Gonçalves.

Por isso, determinei o apensamento dos autos, para ensejar julgamento único.

Consta dos autos que o Paciente foi assistido, durante todo o procedimento criminal, pela Procuradoria do Estado de São Paulo, através do Serviço de Assistência Judiciária. Assim, os Procuradores que funcionaram no feito têm **status** de Defensores Públicos, aplicando-se, portanto, a Lei n. 1.060/1950.

Relativamente à matéria debatida, o art. 5º, § 5º, dispõe, **in verbis**:

“Nos Estados onde a assistência judiciária seja organizada e por eles mantida, o Defensor Público, ou quem exerça cargo equivalente, será intimado pessoalmente de todos os atos do processo, em ambas as Instâncias, contando-se-lhes em dobro todos os prazos.”

A autoridade coatora, nas informações prestadas, asseverou que:

“Não há nos autos certidão de intimação pessoal do defensor dativo do paciente, nem tampouco existe notícia de que ele tenha estado presente à sessão que julgou o recurso interposto.” (Fls. 34/35-STJ)

Conquanto o descumprimento do mandamento legal gerar nulidade absoluta da decisão, por duas vezes a defesa técnica — apesar de ter havido oportunidade processual para tal — deixou de suscitar a irregularidade apontada. Senão vejamos:

1. O Paciente, em 27 de maio de 1993, foi condenado pelo Tribunal recorrido, sendo que, em 23 de junho de 1993, houve a intimação pessoal do Defensor, tanto que lançou sua assinatura à fl. 71-STJ.

Contudo, o douto Defensor, não obstante cientificado do **decisum** condenatório, absolutamente nada alegou ou impugnou naquela oportunidade, demonstrando resignação e conformação com o desfecho processual.

2. Em 1999, a Defensoria propôs ação de revisão criminal ao argumento de que (1) não havia provas suficientes a amparar o decreto condenatório, pelo que era contrário à evidência dos autos, e que (2) foi atribuído excessivo valor à confissão extrajudicial do Paciente e aos depoimentos de outro participante do crime.

Não constou da argumentação expendida pela combativa Defensora qualquer menção à nulidade do acórdão.

O pedido revisional foi, à unanimidade, indeferido pelo Primeiro Grupo de Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Após mais de dez anos do trânsito em julgado da decisão condenatória, levanta-se a tese da nulidade por falta da intimação da sessão de julgamento da apelação.

A partir desses fatos, afirma o Ministério Público, em brilhante parecer, que houve preclusão da matéria, porquanto nas oportunidades em que a Defesa se manifestou ou poderia ter se manifestado, omitiu-se. Os fatos, segundo o *Parquet*, demonstram que houve renúncia por parte da defesa em argüir a nulidade, tornando-se preclusa a matéria,

“tanto mais que não se demonstra prejuízo pela falta de intimação pessoal do Defensor para aquele ato, até porque sustentação oral em Plenário, no caso, é facultativa”. (Fl. 65-STJ)

Contudo, entendo que não é a melhor solução.

É cediço que não há convalidação de nulidades absolutas, seja por preclusão lógica ou temporal, institutos processuais relacionados, exclusivamente, com as nulidades relativas. Tanto é verdade que

“Para elas não há preclusão, podendo ser argüidas a qualquer tempo, ainda que haja sentença transitada em julgado (...). O que realmente distingue a nulidade absoluta da relativa é a possibilidade que esta apresenta de ser desde logo sanada, por ocorrência de uma causa de convalidação.” (Mirabete, **Julio Fabbrini**. “Processo Penal”. São Paulo, Atlas, 2000, p. 604)

É voz uníssona na jurisprudência que a falta de intimação do Defensor é causa de nulidade absoluta do acórdão quando houver prejudicado, de qualquer forma, o réu:

Habeas corpus. Processual Penal. Julgamento da apelação. Ausência de intimação pessoal da defensora dativa. Nulidade do acórdão. Cerceamento de defesa. Ordem concedida.

1. A decretação da nulidade absoluta do acórdão é medida imperiosa quando se verifica que o julgamento foi realizado sem que se procedesse à intimação pessoal da defensora dativa, em flagrante afronta ao disposto no art. 370, § 4º, do CPP e no art. 5º, § 5º, da Lei n. 1.060/1950.

2. Ordem concedida. (HC n. 30.610/SP; DJ de 12.04.2004, p. 226. Relatora Ministra Laurita Vaz. Data da decisão 16.03.2004)

“**Habeas corpus.** Processual Penal. Recurso em sentido estrito. Ausência de intimação pessoal do Defensor Público para o julgamento. Cerceamento de defesa. Nulidade.

Assentada jurisprudência desta Corte e do STF no sentido de que a falta de intimação pessoal do Defensor Público da inclusão em pauta ou da data designada para julgamento de recurso criminal acarreta nulidade absoluta por cerceamento de defesa, eis que frustrada a possibilidade de apresentação de memoriais, ou mesmo de realização de sustentação oral.

Habeas corpus concedido parcialmente para anular o acórdão proferido no Recurso em Sentido Estrito n. 247.678-3/6 e todos os atos processuais subsequentes, para que outro julgamento seja proferido com a prévia intimação pessoal do Defensor Público, vedada a **reformatio in pejus** indireta. Fica mantida a custódia do paciente em razão da r. sentença de pronúncia.” (HC n. 15.355/SP; DJ de 15.03.2004, p. 286. Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca. Data da decisão 10.02.2004)

A Corte Especial, em recente decisão, confirmou o entendimento sedimentado neste Tribunal:

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

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

— O STJ entende que o benefício do prazo em dobro para recorrer (art. 5º, § 5º, Lei n. 1.060/1950), só é devido aos Defensores Públicos e àqueles que fazem parte do serviço estatal de assistência judiciária, não se incluindo no benefício os defensores dativos, mesmo que credenciados pela PGE do Estado

de São Paulo, vez que não exercem cargos equivalentes aos de Defensores Públicos.

— Ordem concedida, por ausência de intimação pessoal do defensor. (HC n. 27.786/SP; DJ de 19.12.2003, p. 300. Relator Ministro Humberto Gomes de Barros. Data da decisão 23.10.2003)

Reconheço, pois, a existência de nulidade absoluta a macular o acórdão guerreado, irregularidade que não se faz desaparecer com o decurso de extenso lapso temporal, mormente quando ofende garantia constitucional do Paciente, qual seja, a estrita observância, pelos operadores do direito, da concretização da ampla defesa.

Posto isso, *concedo* a ordem para anular o acórdão que impôs a condenação do Paciente, determinando novo julgamento pelo Tribunal recorrido após intimação pessoal dos Defensores do Paciente, e, ainda, a verificação de possível ocorrência de prescrição.

HABEAS CORPUS N. 30.451 — RS (2003/0164973-1)

Relator: Ministro Paulo Medina

Impetrantes: Eduardo de Castro Campos e outro

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

Paciente: Abrelino Luiz Matei

Advogados: Mariana Prado Garcia de Queiroz e outros

EMENTA

Penal e Processual. Prefeito Municipal. Recursos públicos. Utilização indevida em proveito próprio e de terceiros. Ação originária. Denúncia. Recebimento. Diligências. Súmula n. 394-STF. Cancelamento. Baixa do processo à primeira instância. Sentença condenatória. Art. 1º, inciso II, do Decreto-Lei n. 201/1967. Apelação. Revisor. Impedimento. Art. 252, III, CPP. Instâncias distintas. Delito. Nova classificação. Art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei n. 201/1967. **Mutatio libelli**. Não-ocorrência. Penas idênticas. Coação ilegal. Ausência. Dosimetria. Fundamentação. Nulidade. Inexistência.

O deferimento de diligências requeridas pela defesa não induz ao impedimento do Relator, em ação originária, quando o mesmo julgador

atua, na mesma instância, como Revisor do recurso de apelação (art. 252, III, do CPP).

A nova classificação jurídica que o Tribunal conferiu aos fatos narrados na denúncia não configura **mutatio libelli**, pois traduz simples correção da capitulação legal.

Aos delitos tipificados nos incisos I e II do art. 1º do Decreto-Lei n. 201/1967 é cominada a mesma pena corporal, de sorte que a reclassificação jurídica pretendida pelo impetrante não repercute no **quantum** da sanção, o que afasta a argüição de coação ilegal ao direito de ir e vir.

O legislador conferiu discricionariedade ao Juiz para aplicar a pena, dentro dos limites determinados em abstrato, o quanto baste para a prevenção e reprovação do crime.

A reprimenda foi fixada de modo fundamentado, ainda que em contrariedade à convicção da parte, o que não constitui constrangimento ilegal.

As nulidades que dão suporte à impetração não ocorreram e do acórdão impugnado não decorre qualquer coação ao direito deambulatorio do paciente.

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, conhecer parcialmente da ordem de **habeas corpus** e nesta parte denegá-la, 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), 18 de março de 2004 (data do julgamento).

Ministro Paulo Medina, Relator

DJ de 12.04.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Medina: Trata-se de **habeas corpus** com pedido liminar, impetrado em favor de Abrelino Luiz Matei contra acórdão da Quarta Câmara

Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, proferido nos autos da Apelação Criminal n. 70002319044 (fls. 447/467 do Apenso n. I).

O paciente foi denunciado pela suposta prática, em quatro ocasiões distintas e sucessivas, de utilização indevida e desvio de rendas públicas, pertencentes ao Município de Ronda Alta — RS.

Na primeira oportunidade, como Prefeito Municipal, teria utilizado indevidamente Cr\$ 6.000.000,00 (seis milhões de cruzeiros) para pagar a confecção e impressão de uma revista denominada “História dos Trabalhadores”, contendo propaganda político-partidária em favor de seu governo, secretários municipais e partido político.

Na segunda vez, teria gasto, sem autorização legislativa, Cr\$ 738.592,00 (setecentos e trinta e oito mil, quinhentos e noventa e dois cruzeiros), para pagar a conta do telefone particular n. 364-1134, pertencente a Sérgio Antonio Baldi, utilizado que fora o terminal para transmitir, durante 202 minutos, para a Rádio de Constantina, “um dos jogos das finais de futebol de campo”.

A denúncia reporta ainda outros dois fatos, nos quais o paciente, então Prefeito Municipal, teria despendido recursos públicos para pagar o IPVA e multas lançadas sobre o veículo Kombi de placa GO-1447, pertencente à Associação dos Trabalhadores de Ronda Alta.

Estes pagamentos indevidos montaram, respectivamente, a Cr\$ 7.350.835,00 (sete milhões, trezentos e cinquenta mil, oitocentos e trinta e cinco cruzeiros) e CR\$ 8.028,58 (oito mil, vinte e oito cruzeiros reais e cinquenta e oito centavos).

Ajuizada a ação originária, a Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul recebeu a denúncia quanto aos dois primeiros fatos e rejeitou os demais, com fundamento no art. 6º da Lei n. 8.038/1990 (fls. 105/113, do Apenso n. I).

O processo teve curso normal e, no prazo do art. 10 da Lei n. 8.038/1990, o acusado requereu diligências.

Em alegações finais, argüiu, em preliminar, a nulidade do despacho de fl. 280 dos autos originais, pelo qual o Relator deferiu a audição de testemunha e indeferiu pedido de requisição, ao Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, de cópia do Processo de Prestação de Contas do Município de Ronda Alta, relativo ao exercício de 1993 (fl. 280, do Apenso n. II).

No mérito, pugnou pela absolvição (fls. 310/322, do apenso n. II).

Com o cancelamento da Súmula n. 394, do STF, o feito baixou à instância ordinária, para ali ter curso normal (fls. 326 e 328 do Apenso n. II).

Apresentadas novas alegações finais, foi encerrada a instrução criminal e sobreveio sentença (fls. 376/386 do Apenso n. II), pela qual o paciente foi condenado a cumprir 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial aberto, porque incurso, por duas vezes, na sanção do art. 1º, inciso II, do Decreto-Lei n. 201/1967.

O Magistrado substituiu a reprimenda corporal por pena restritiva de direitos, consistente em limitação de fim de semana e prestação de serviços à comunidade, à razão de 1 (uma) hora por dia de condenação.

Apelou o réu em liberdade, postulando absolvição e desclassificação do juízo condenatório para o tipo previsto no art. 1º, inciso III, do Decreto-Lei n. 201/1967, com apenamento mínimo, substituído por multa.

Requeru ainda que o delito fosse desclassificado para aquele previsto no inciso V, do art. 1º, do referido Decreto-Lei ou, ainda, mantida a condenação nos termos do inciso II, reduzir a reprimenda ao mínimo legal.

O Tribunal de Justiça gaúcho, por sua Quarta Câmara Criminal, ao julgar a Apelação n. 70002319044, houve por bem, à unanimidade, desclassificar o segundo fato da denúncia para o art. 1º, inciso V, do DL n. 201/1967 e fixar pena de 3 (três) meses de detenção para este delito.

Por maioria, mantiveram a sentença quanto ao primeiro fato.

Embargos infringentes foram opostos, objetivando fazer prevalecer voto-vencido, que desclassificara o delito correspondente ao primeiro fato para o tipo descrito no art. 1º, inciso III, do Decreto-Lei n. 201/1967 e aplicara pena de seis meses de detenção.

Alegou-se, na oportunidade, que o crime de peculato não se caracterizou.

O Segundo Grupo Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, por maioria, rejeitou os embargos infringentes, mediante acórdão assim ementado (fl. 497/503, do Apenso n. III):

“Embargos infringentes. Peculato. Comete o crime previsto no art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/1967 o Prefeito Municipal que desvia renda pública visando à promoção pessoal.

Embargos rejeitados, por maioria.”

Embargos de declaração foram igualmente desacolhidos (fls. 510/514 do Apenso n. I).

Recursos especial e extraordinário foram obstados no juízo prévio de admissibilidade (fls. 340/343 do Apenso n. III).

Alegam os impetrantes que o paciente estaria a sofrer constrangimento ilegal, porque o aresto impugnado imputou-lhe o delito inserto no inciso I do DL n. 201/1967, enquanto que fora condenado, em primeiro grau, como incurso no inciso II do art. 1º do referido diploma.

Sustentam ofensa ao art. 252, inciso III, do CPP e ao duplo grau de jurisdição porque o Desembargador-Revisor atuou anteriormente no mesmo feito como Relator, deferindo oitiva de testemunha e declinando da competência para a Comarca de Ronda Alta.

Argüem, ainda, ofensa ao princípio da individualização da pena, eis que se tratam de fatos isolados, ocorridos logo após a posse do paciente como Prefeito Municipal, os valores são ínfimos e, assim, “a fixação da pena-base acima do mínimo legal não encontra suporte na singela fundamentação” (fl. 11).

Requerem liminarmente a decretação de nulidade do julgamento, por ofensa à Súmula n. 453-STF, bem como ao art. 252, III, do CPP e, alternativamente, a fixação da pena-base no mínimo legal.

Indeferi o pedido liminar, porque se confunde com o mérito da impetração e, bem assim, por ter natureza satisfativa (fls. 68/69).

A Subprocuradora-Geral da República Dulcinéia Barros propende à denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Medina (Relator): Abrelino Luiz Matei foi condenado porque, conforme fora denunciado, na qualidade de Prefeito Municipal de Ronda Alta — RS,

“no dia 17 de fevereiro de 1993, (...) *utilizou-se, indevidamente, de renda pública* pertencente ao Município de Ronda Alta, em proveito próprio, do ex-Prefeito Saul Barbosa (gestão 1989/1992) e de outras autoridades e servidores públicos municipais, ao ordenar e realizar despesa que contrariou as expressas disposições do art. 37, § 1º, da Constituição Federal, do art. 19, §1º, da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, e do art. 11, inciso I, da Lei Orgânica do Município de Ronda Alta, bem como contrariou os princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade e moralidade administrativa (art. 37, **caput**, da Constituição Federal), conforme positivam os documentos de fls. 09/11 do anexo expediente.”

A exordial acusatória detalha a conduta nos seguintes termos:

“Ao agir, valendo-se de sua condição de ordenador de despesas, o Prefeito Abrelino Luiz Matei, através do Empenho n. 436-7, de 17.02.1993, determinou o pagamento, às custas do Erário Público Municipal de Cr\$ 6.000.000,00 (seis milhões de cruzeiros) à empresa Artes Gráficas São José, de Sarandi — RS, despesa esta referente à impressão, confecção e publicação de uma revista intitulada ‘História dos Trabalhadores’ (documento de fl. 11), contendo relatório das principais atividades desenvolvidas no âmbito da Prefeitura Municipal de Ronda Alta, na gestão 1989/1992, fazendo constar, na citada revista, publicidade sem caráter educativo, informativo ou de orientação social, nela inserindo nomes, símbolos, expressões (slogans), imagens (fotos), textos e mensagens que caracterizavam evidente propaganda político-partidária em favor de seu governo e do Partido dos Trabalhadores (PT) e clara promoção pessoal do próprio denunciado (atual Prefeito Municipal e, na gestão 1989/1992, Vice-Prefeito e Secretário Municipal de Obras e Viação), do ex-Prefeito Saul Barbosa e de diversos Secretários Municipais integrantes da gestão 1989/1992 (...)”

Após descrever as expressões, slogans, símbolos, textos propagandísticos e fotos, conclui o ilustre Promotor de Justiça:

“Assim agindo, o denunciado Abrelino Luiz Matei está incurso nas sanções do art. 1º, inciso II, do Decreto-Lei n. 201/1967”

Por fato similar, ocorrido no dia 10 de maio de 1993, o Ministério Público imputou ao paciente a conduta típica prevista no art. 1º, inciso II, do Decreto-Lei n. 201/1967, uma vez que:

“... o denunciado Abrelino Luiz Matei, prevalendo-se do cargo de Prefeito Municipal, utilizou-se, indevidamente, de renda pública pertencente ao Município de Ronda Alta, no valor de R\$ 738.592,00 (setecentos e trinta e oito mil e quinhentos e noventa e dois cruzeiros), em proveito de Sérgio Antonio Baldi, conforme positivam os documentos de fls. 45/47 do anexo expediente.”

Esta conduta foi detalhada da seguinte maneira:

“Ao agir, valendo-se de sua condição de ordenador de despesas e sem qualquer autorização legislativa, o Prefeito Abrelino Luiz Matei, através do Empenho n. 1.339.0, de 10.05.1993, determinou o pagamento, às custas do Erário Público Municipal, de despesa referente à utilização do telefone particular n. 364-1134, de Sérgio Antonio Baldi, para ‘transmissão de um dos jogos das finais de futebol de campo’, mediante ligações feitas para os telefones n. 363-1330 e n. 363-1122, de propriedade da Rádio de Constantina, durante um tempo de 202 minutos, na tarde de 18.04.1993, no montante de Cr\$

238.736,65, contrariando, assim, os princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade e moralidade administrativa, previstos expressamente no art. 37, **caput**, da Constituição Federal”

Busca-se, por meio deste *writ*, dois provimentos judiciais.

O primeiro, consistente na anulação do processo, sob dois fundamentos, a saber:

1. ofensa ao Enunciado n. 453 da Súmula do STF, porque “quando da fundamentação do **decisum**, no atinente ao primeiro fato, ainda que afirmando ter mantido a decisão de primeiro grau, imputou ao apelante, ora impetrante, a prática delituosa tipificada no inciso I do art. 1º do DL, e não o delito tipificado no inciso II, conforme a decisão de primeira instância”;

2. ofensa ao art. 252, inciso III, do Código de Processo Penal e ao princípio do duplo grau de jurisdição porque o Revisor da apelação fora Relator do feito, quando tramitara perante a Corte, em competência originária.

O segundo, traduzido na aplicação da pena em seu mínimo legal, mercê de ofensa ao princípio da individualização da pena e da fundamentação das decisões judiciais.

Enfrento o primeiro argumento.

O que se contradita é o dispositivo do acórdão que, mantendo a sentença condenatória quanto ao primeiro fato (art. 1º, inciso II, do DL n. 201/1967), declarou, quando do julgamento dos embargos infringentes, que o paciente houvera cometido o crime previsto no inciso I do referido diploma.

Quer o impetrante anular o julgamento porque “se o verbo-núcleo dos incisos I e II do art. 1º do Decreto-Lei n. 201/1967 são absolutamente diversos, não pode prosperar a manutenção do acórdão atacado” (fl. 4).

A questão foi bem apreciada pelo Ministério Público Federal, que ressaltou em seu parecer (fl. 79):

“Não houve a alegada **mutatio libelli**.

Dessarte, lendo os termos da denúncia (fls. 02 a 08, Apenso n. I), verifica-se que ao paciente foi impingida, na qualidade de Prefeito, a conduta de desviar, em diversas oportunidades e sem autorização legislativa, verbas públicas pertencentes ao Município de Ronda Alta — RS, de sorte a utilizá-las no pagamento de despesas particulares feitas por terceiros estranhos à Administração Pública.

De se constatar, pois, que tanto o verbo ‘utilizar’ como o verbo ‘desviar’ foram empregados pelo MP denunciante na descrição da alegada conduta

ilícita do paciente (muito embora tenha o *Parquet* preferido denunciá-lo, exclusivamente, por ‘utilização’ — inciso II).

Desse modo, portanto, justificado estaria, em tese, qualificar penalmente a conduta referida como ‘utilização’ (art. 1º, inciso II, do DL n. 201/1967) como ‘apropriação’ (art. 1º, inciso I, do DL n. 201/1967) de dinheiro público em proveito próprio ou alheio. Mormente quando se tem em vista que o mencionado art. 1º, inciso I, do DL n. 201/1967, também tem por elementar o verbo ‘desviar’, o que está em perfeita consonância com os fatos narrados no libelo acusatório.

Não há, assim, que se falar em **mutatio libelli** (plenamente possível de ser ultimada em sede de apelação), vez que não houve inovação na matéria de fato posta na denúncia, mas, tão-somente, na qualificação jurídica dos fatos.

De mais a mais, como já ressaltado pelo Tribunal de origem, a discussão é meramente acadêmica, já que as penas cometidas nos dois casos são absolutamente idênticas, sem qualquer outro efeito penal mais gravoso para uma ou para outra das condutas.”

Com efeito, não houve **mutatio libelli**.

A denúncia descreve quatro imputações semelhantes em essência, duas das quais — as primeiras — foram acatadas e julgadas procedentes.

Para cada um destes fatos, valeu-se o *Parquet* do vocábulo “*utilizou, indevidamente, renda pública*”, conduta cujo núcleo está inserto no inciso II do art. 1º do Decreto-Lei n. 201/1967, que prevê, **in verbis**:

“Art. 1º São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipais, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores:

I - *apropriar-se de bens ou rendas públicas*, ou desviá-los em proveito próprio ou alheio;

II - *utilizar-se*, indevidamente, em proveito próprio ou alheio, *de bens, rendas ou serviços públicos*;

III - desviar, ou aplicar indevidamente, rendas ou verbas públicas;

IV - empregar subvenções, auxílios, empréstimos ou recursos de qualquer natureza, em desacordo com os planos ou programas a que se destinam;

V - ordenar ou efetuar despesas não autorizadas por lei, ou realizá-las em desacordo com as normas financeiras pertinentes;

§ 1º Os crimes definidos neste artigo são de ação pública, punidos os dos itens I e II, com a pena de reclusão, de dois a doze anos, e os demais, com a pena de detenção, de três meses a três anos.

§ 2º A condenação definitiva em qualquer dos crimes definidos neste artigo, acarreta a perda de cargo e a inabilitação, pelo prazo de cinco anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, sem prejuízo da reparação civil do dano causado ao patrimônio público ou particular.”

Ora, em ambas as situações aventadas pelo impetrante, a conduta confere benefício indevido ao agente, quer mediante apropriação, quer por meio de utilização.

Para ambas as figuras típicas, a reprimenda é a mesma.

Assim, qualquer que seja a classificação jurídica que se dê ao fato, o que é perfeitamente possível em sede de apelação, eventual provimento judicial favorável à pretensão deduzida na impetração nenhuma implicação terá no direito deambulatório do paciente.

A prestação judicial pretendida não repercutirá, na liberdade do paciente, nem para melhor, nem para pior, independentemente do inciso que se lhe impute (I ou II do art. 1º do DL n. 201/1967).

Portanto, para além do proveito acadêmico que a discussão pode dar ensejo, a questão não é de ser resolvida em sede de **habeas corpus**, porquanto não há coação ilegal ou abuso de poder a sanar.

Recolho, a propósito, o seguinte precedente desta Sexta Turma, por mim relatado:

“Penal e Processual Penal. **Habeas corpus**. Direito de ir e vir. Coação. Ameaça. Inexistência.

‘Conceder-se-á **habeas corpus** sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder (CF/1988, art. 5º, inciso LXVIII).

A decisão atacada, restrita a regular o procedimento de interrogatório de outros acusados, em processo distinto, não ofende o direito deambulatório dos pacientes, razão por que incabível discuti-la na via eleita.

Writ não conhecido.”

(HC n. 26.245/MG, Relator o Ministro Paulo Medina, DJ de 04.08.2003, p. 440)

No que diz com a nova classificação do delito, efetuada no julgamento da apelação, destaco o seguinte precedente desta Turma, em que foi Relator, para o acórdão, o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido:

“**Habeas corpus**. Penal e Processual Penal. Loteamento de solo urbano. Mutatio e **emendatio libelli**. Composição irregular de Câmara Criminal. Tribunal de Justiça de São Paulo. Lei Complementar Estadual n. 646, de 08 de janeiro de 1990. Validade. Exacerbação de pena-base. Ordem denegada.

1. O excelso Supremo Tribunal Federal firmou já entendimento no sentido de que o conhecimento do **habeas corpus** nos diversos graus de jurisdição independe de prequestionamento na decisão impugnada, bastando que a coação seja imputável ao órgão de gradação jurisdicional inferior, o que ocorre quando este haja examinado e repellido a ilegalidade apontada, bem como quando se omite em decidir as alegações do impetrante ou matéria sobre a qual, no âmbito de conhecimento da causa a ele devolvida, deveria se pronunciar de ofício (cf. RHC n. 82.045/SP, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, **in** DJ de 25.10.2002).

2. ‘O fato delituoso deduzido na acusatória inicial é que define a imputação feita e a ser julgada, não obrigando o juiz à classificação jurídica que lhe atribua o Ministério Público (Código de Processo Penal, art. 383).’ (RHC n. 9.156/SP, da minha Relatoria, **in** DJ de 29.05.2000)

3. O sistema de substituição em segunda instância adotado pelo Poder Judiciário do Estado de São Paulo ajusta-se à Constituição da República.

4. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

5. Declinados, à saciedade, os motivos que estabeleceram o distanciamento da pena-base do mínimo legal, não há falar em nulidade do decreto condenatório.

6. Ordem denegada.”

(HC n. 17.405/SP, Relator o Ministro Vicente Leal, Relator p/ o acórdão o Ministro Hamilton Carvalhido, DJ de 12.08.2003, p. 260)

De outra parte, não procede o argumento de nulidade por ofensa ao art. 252, inciso III, do Código de Processo Penal.

É que o Desembargador Vladimir Giacomuzzi, que fora Relator do feito quando tramitou como ação originária, ao atuar como Revisor da apelação, não deu azo à violação argüida, posto que, em ambas ocasiões, funcionou na mesma instância, qual seja, o Tribunal de Justiça gaúcho.

O texto legal é claro ao vedar a jurisdição do juiz que, em instâncias diversas, tiver expendido pronunciamento, de fato ou de direito, sobre a causa.

A propósito, transcrevo a ementa do seguinte acórdão:

“**Habeas corpus.** Extorsão mediante seqüestro. Processo anulado por ausência de intimação do Defensor Público para audiência. Nova sentença proferida pelo mesmo magistrado que proferira a anterior. Impedimento. Inocorrência. Ordem denegada.

1. O art. 252, inciso III, do Código de Processo Penal, refere-se ‘(...) apenas à atividade jurisdicional em outra ‘instância’, não havendo impedimento ao magistrado quando praticou os atos jurisdicionais no processo no mesmo grau de jurisdição.’ (**Julio Fabbrini Mirabete**, in ‘Código de Processo Penal Interpretado’, Editora Atlas, 8ª ed.).

2. Ordem denegada.”

HC n. 25.101/RJ, Relator o Ministro Hamilton Carvalhido, DJ de 19.12.2003, p. 625)

Por fim, no que concerne à dosimetria da pena imposta, alega o impetrante que a sentença foi mantida, conquanto houvera aplicado pena acima do mínimo legal sem, todavia, prover o dispositivo de necessária fundamentação.

Registrou o Magistrado que (fl. 385, do Apenso n. II):

“O réu é primário, não possuindo antecedentes criminais desabonadores. Sua conduta social não restou esclarecida. Não havendo informações a respeito da sua personalidade, tenho-a como normal. Os motivos nada revelam em desabono à conduta do réu. As circunstâncias não favorecem o acusado, pois denotam total desconhecimento dos princípios orientadores da atividade administrativa, além da pouca preocupação com a coisa pública. Não há vítima em sentido formal. As conseqüências foram módicas, considerando-se o reduzido valor do prejuízo imputado ao Erário Público. A reprovabilidade de sua conduta é acentuada, pois imputável, com pleno conhecimento da ilicitude do seu ato e absolutamente capaz de agir de forma diversa. Diante das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, fixo a pena-base para cada crime em 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão, tornando-a provisória face à existência de outras circunstâncias legais.”

Tem o impetrante todo o direito de discordar e, até mesmo, de contraditar, mediante recurso adequado, o juízo monocrático.

Mas não há confundir fundamentação contrária aos interesses da parte com a sua ausência.

Neste particular, colaciono o seguinte julgado:

“Penal. Atentado violento ao pudor. Comprovação de miserabilidade. Notoriedade. Representação. Legitimidade **ad causam** do Ministério Público. Art. 59 do CP. Circunstâncias judiciais desfavoráveis. Fundamentação da sentença suficiente. Exacerbação da pena-base. Possibilidade.

1. Admite-se a prova da miserabilidade por simples declaração verbal ou escrita, inclusive pela notoriedade do fato, sendo prescindível o atestado de pobreza.

2. Com efeito, a representação foi devidamente oferecida pela representante legal da vítima no bojo do seu depoimento (fls. 226/227), pois em se tratando de crime de ação penal pública condicionada, não se exige rigor formal na representação do ofendido ou de seu representante legal, bastando sua manifestação de vontade para que se promova a responsabilização do autor do delito.

3. A pena-base foi exasperada além do mínimo legal, em razão de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao Réu. *Ressalte-se a discricionariedade do Magistrado ao realizar a dosimetria da pena, desde que apresente fundamentação suficiente, a ponto de demonstrar que tais circunstâncias ensejam uma maior reprovabilidade na conduta do agente.* (Grifei)

4. Recurso conhecido e desprovido.”

(REsp n. 223.584/SC, Relatora a Ministra Laurita Vaz, DJ de 15.12.2003, p. 343)

Em verdade, o legislador conferiu discricionariedade ao Juiz para fixar a pena, tanto quanto baste para a prevenção e reprovação do crime.

Neste ponto, vale transcrever a lição de **Alberto Silva Franco**:

“A fixação da pena dentro das balizas estabelecidas pelas margens penais constitui, conforme o art. 59 da p. 84, uma tarefa que o juiz deve desempenhar de modo discricionário, mas não arbitrário. O juiz possui, no processo individualizador da pena, uma larga margem de discricionariedade, mas não se trata de discricionariedade livre e, sim, como anota **Jescheck** (*Tratado de Derecho Penal*, vol. II/1.191, 1981), de discricionariedade juridicamente vinculada, posto que está preso às finalidades da pena e aos fatores determinantes do **quantum** punitivo.

[...]

No que se refere à reprovação do crime, o legislador de 1984 foi muito claro, incluindo a culpabilidade entre os indicadores, que o juiz deve exami-

nar, atribuindo-lhe assim não apenas uma função fundamentadora, mas também uma função limitadora da pena. Esta deve, em primeiro lugar, levar em conta a culpabilidade do agente, culpabilidade essa que é também o seu limite máximo, motivo pelo qual nenhuma pena poderá transpô-lo.”

(**Alberto Silva Franco et al**, “Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial”, 6ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 876)

O Juiz da causa afirmou seu convencimento quanto à fixação da pena-base, ressaltando a acentuada culpabilidade do agente.

A reprimenda foi fixada de modo fundamentado, ainda que em contrariedade à convicção da parte, o que não constitui constrangimento ilegal.

As nulidades que dão suporte à impetração não ocorreram e do acórdão impugnado não decorre qualquer coação ao direito deambulatório do paciente.

Posto isso, *conheço* parcialmente do *writ* e, nesta medida, acolho o parecer ministerial e *denego* a ordem.

HABEAS CORPUS N. 36.560 — SP (2004/0093945-2)

Relator: Ministro Nilson Naves

Impetrante: José Alexandre Cunha Campos — Procuradoria da Assistência Judiciária

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

Paciente: Sebastião Venâncio (preso)

EMENTA

Defensor nomeado. Intimação pessoal (falta). Apelação (julgamento). Nulidade (absoluta).

1. A intimação do defensor nomeado é pessoal (Código de Processo Penal, art. 370, § 4º). A falta dessa intimação implica nulidade absoluta.

2. Nulo é o ato de julgamento da apelação realizado sem que tenha sido pessoalmente intimado o defensor nomeado pelo juiz para o réu.

3. Precedentes do STJ.

4. Ordem de **habeas corpus** concedida.

ACÓRDÃO

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

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

Ministro Nilson Naves, Relator

DJ de 14.03.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: Para instruir o **habeas corpus** impetrado pela Procuradoria Geral do Estado a favor de Sebastião Venâncio, foram prestadas estas informações pela Vice-Presidência do Tribunal de Justiça de São Paulo:

“Nos autos da Ação Penal n. 984/1998 da 3ª Vara Criminal da Comarca de Sumaré, por r. sentença proferida em 04.02.1999 o paciente foi condenado como incurso no art. 12 da Lei n. 6.368/1976 à pena de 3 (três) anos de reclusão em regime integralmente fechado e 50 (cinquenta) dias-multa no valor unitário de vinte e cinco cruzeiros atualizado monetariamente a partir da data dos fatos, e como incurso no art. 10, **caput**, da Lei n. 9.734/1997 à pena de 1 (um) ano de detenção em regime inicial semi-aberto e 10 (dez) dias-multa no valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, corrigido monetariamente a partir dessa data, vedado o recurso em liberdade. Em 1ª.10.1999 foi expedida guia de recolhimento provisória.

O paciente apelou. Através de publicações na Imprensa Oficial o defensor constituído foi intimado da sentença e também para apresentar as razões de apelação, permanecendo silente. Deixando o réu de constituir novo defensor, embora pessoalmente intimado para tanto, lhe foi nomeado defensor dativo que apresentou as razões recursais.

A colenda Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo julgando em 25.05.2000 a Apelação Criminal n. 299.198-3/0, por votação unânime negou provimento ao recurso. Esse venerando acórdão transitou em julgado. O defensor dativo foi intimado através da Imprensa Oficial para a sessão de julgamento e pessoalmente quanto ao julgado, não interpondo recurso.

O colendo Primeiro Grupo de Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça de São Paulo julgando em 26.04.2004 a Revisão Criminal n. 354.157.3/4, por votação unânime deferiu em parte o pedido revisional para fixar o regime prisional aberto para o cumprimento da pena imposta no crime de porte ilegal de arma de fogo. Esse venerando acórdão transitou em julgado.”

O parecer do Subprocurador-Geral Pessoa Lins é pela concessão da ordem, “de modo a anular a decisão exarada pela Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo a fim de que outra decisão seja proferida pelo Tribunal, com observância da prévia intimação pessoal do defensor dativo”.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): Os autos dão notícia de que o réu teve defensor dativo, conforme se lê à fl. 67: “Oficie-se à OAB local, para nomeação de defensor ao acusado, intimando-o para apresentar as razões do recurso, no prazo legal.” Segundo as aludidas informações, prestadas para a instrução do pedido, “o defensor dativo foi intimado através da Imprensa Oficial para a sessão de julgamento e pessoalmente quanto ao julgado, não interpondo recurso”.

À vista do que reza o § 4º do art. 370 do Código de Processo Penal, o defensor nomeado deveria ter sido intimado pessoalmente para a sessão de julgamento. Há precedentes do Superior Tribunal em casos dessa natureza, indicando nulidade, consoante lembra o parecerista, **in verbis**:

“8. No que se refere à alegação de nulidade em face da ausência de intimação pessoal do defensor dativo da sessão de julgamento da Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, verifica-se que merece prosperar eis que, consoante entendimento firmado pelo STJ, reconhece-se a nulidade absoluta do julgamento se evidenciado que não houve a intimação pessoal do defensor dativo, nos termos do art. 370, § 4º, do CPP. Nesse sentido o julgado a seguir colacionado:

Criminal. HC. Estelionato. Cerceamento de defesa. Ausência de intimação pessoal do defensor dativo para a sessão de julgamento da revisão criminal. Constrangimento ilegal evidenciado. Prescrição. Inocorrência. Ordem parcialmente concedida.

Reconhece-se a nulidade absoluta do julgamento da revisão criminal ajuizada em favor do paciente; se evidenciado que não houve a intimação pessoal do defensor dativo; nos termos do art. 370, § 4º, do CPP

II - Havendo o reconhecimento da condição de reincidente, na sentença condenatória, os prazos prescricionais do art. 109 aumentam-se de um terço.

III - No caso dos autos, não ocorreu a prescrição, pois ainda não transcorrido o prazo decorrente da conjugação do art. 110 com o art. 109, inciso IV, do Código Penal.

VI - Deve ser determinada a anulação do julgamento da revisão criminal, a fim de que outro seja proferido pelo Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo, com observância da prévia intimação pessoal do defensor dativo.

V - Ordem parcialmente concedida, nos termos do voto do Relator. (HC n. 35.280/SP, Ministro Gilson Dipp, DJ de 18.10.2004)

9. Nesse passo, a decisão exarada pela Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deve ser anulada a fim de que outra decisão seja proferida pelo Tribunal, com observância da prévia intimação pessoal.”

O Tribunal de Justiça não cuidou do tema, certamente que dele poderia cuidar no acórdão da revisão, mas lá nem foi suscitado, consoante se depreende desse excerto do relatório do acórdão: “Em apertada síntese, a defensoria pública pleiteia a nulidade por não ter sido intimado o defensor constituído da r. sentença e no mérito a fixação do regime aberto para o crime de porte de arma.”

Malgrado a falta de suscitação por ocasião em que requerida a revisão, estou conhecendo da alegação para, consoante o parecer do Ministério Público Federal, conceder a ordem de **habeas corpus** a fim de que, intimado pessoalmente o defensor nomeado, seja então a apelação novamente julgada.

HABEAS CORPUS N. 36.995 — RJ (2004/0103117-6)

Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa

Impetrante: Deivy José Teixeira

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

Paciente: Manoel Castro da Silva (preso)

EMENTA

Habeas corpus. Pena-base acima do mínimo legal. Desproporção corrigida pelo Tribunal **a quo**. Análise de provas. Impossibilidade pela via estreita escolhida. Ordem denegada.

1. Não fere o art. 59 do Código Penal a sentença que fixa a pena-base num patamar acima do mínimo legal, se devidamente fundamentada, com esteio nas circunstâncias judiciais do crime. Tendo sido corrigida a desproporção entre as penas aplicadas aos delitos, pelo Tribunal **a quo**, não há qualquer constrangimento ilegal a ser sanado na via eleita.

2. Inviável, na via estreita do **habeas corpus**, a análise pormenorizada do conjunto fático-probatório, a sustentar a negativa de ter o paciente se valido de sua condição de Bombeiro para livrar traficantes da ação policial.

3. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

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

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

Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Relator

DJ de 03.02.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa: Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Manoel Castro da Silva, diante de acórdão proferido pela Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, assim ementado:

“Tráfico de entorpecentes e posse de arma de fogo sem registro obrigatório. — Apelação defensiva. — Preliminar de nulidade processual, destacada e rejeitada. — Existência dos crimes e autoria satisfatoriamente provadas. —

Recurso conhecido e parcialmente provido para redefinir as sanções e o regime da pena privativa de liberdade quanto ao crime de arma. Decisão unânime.

Destacada e rejeitada por unanimidade a preliminar defensiva. A nulidade decorreria de não se ter dado ciência às partes da juntada do laudo da arma após as alegações finais. No entanto, apesar da irritualidade, não houve prejuízo para a defesa, que não foi exercida com base na imprestabilidade da arma, mas sim com base na negativa de sua apreensão. Todavia, a arma é a mesma que foi encontrada na residência do apelante, devidamente municada.

A prova da tráfico e da posse de arma é segura. Tudo foi encontrado na residência do apelante, por indicação dele mesmo.

Por unanimidade, recurso parcialmente provido, para abrandar as penas relativas à arma e fixar o regime aberto para o início do cumprimento da detenção.” (Fl. 105)

Consta dos autos que o paciente fora condenado nas sanções do art. 12 da Lei n. 6.368/1976 e art. 10 da Lei n. 9.437/1997, na forma do art. 69 do Código Penal à pena privativa de liberdade de 5 (cinco) anos de reclusão e 2 (dois) anos de detenção, respectivamente, ambos em regime fechado.

Irresignada, apelou a defesa, tendo o Tribunal **a quo** diminuído a pena no tocante ao art. 10 da Lei n. 9.437/1997 para 1 (um) ano e 3 (três) meses de detenção e alterado o regime de cumprimento da reprimenda para o aberto, mantida, no mais, a sentença de primeiro grau.

Sustenta a presente impetração, em síntese, que:

“(...) se verifica logo, a contradição do v. acórdão, que reduziu a pena imposta no art. 10 da Lei n. 9.437/1997, que na 1ª instância tinha sido fixada em 2 anos de detenção, ao passo que na 2ª instância foi reduzida a 1 ano e 3 meses;

4. Contudo o mesmo não ocorreu em relação ao art. 12 da Lei n. 6.368/1976, que foi fixada bem acima do mínimo legal, ou seja em 5 anos sem que houvesse motivo plausível para a exasperação da pena.

(...)

5. verifica-se pela narrativa da sentença que a causa de aumento de pena, é baseada em uma prova inexistente, posto que alega a doura magistrada que o acusado, ora paciente, se valia de sua condição de Bombeiro Militar, para livrar traficantes da ação policial” (fls. 03/04).

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem.

É o sucinto relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa (Relator): 1. Requer o impetrante a diminuição da pena-base relativamente ao delito tipificado no art. 10 da Lei n. 9.437/1997, eis que sustenta ter o acórdão vergastado entrado em contradição quando reduziu a pena-base, tão-somente, do delito de tráfico ilícito de entorpecentes.

À luz do que dispõe o art. 59 do Código Penal, deve o juiz, ao proceder a individualização da pena, analisar as circunstâncias judiciais e estabelecer a pena-base dentre as cominadas no preceito secundário da norma penal incriminadora referente ao tipo penal em questão, de modo a atender às finalidades preventiva e repressiva.

No caso **sub examine**, como se vê, a sentença de primeiro grau exacerbou a pena-base acima do mínimo legal, através da valorização das circunstâncias judiciais, mormente no que respeita à condição de Bombeiro Militar do paciente, que se valendo de sua função pública, livrava os demais co-autores do delito de tráfico ilícito de entorpecentes da ação policial, facilitando a propagação da atividade ilícita.

Ocorre que, houve flagrante desproporção na dosimetria da pena — conforme asseverado pelo acórdão proferido pelo Tribunal **a quo** — eis que, sendo a motivação a mesma, não poderia a pena de detenção, no tocante ao delito previsto no art. 10 da Lei n. 9.437/1997, ter sido fixada no máximo, enquanto a pena do crime de tráfico ter sido fixada num patamar médio.

Desta forma, já tendo sido corrigido o equívoco na aplicação da pena, não há qualquer constrangimento ilegal a ser sanado pela via eleita.

2. De outro canto, a desconstituição de qualquer espécie de prova que servira para convicção do juízo — como quer o impetrante, ao negar que o paciente tenha se valido de sua condição de Bombeiro para livrar traficantes da ação policial — não merece respaldo, eis que a via estreita escolhida não permite incursões probatórias.

3. Nesses termos, *denego* a ordem.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 402.860 — MG (2002/0000048-8)

Relator: Ministro Paulo Gallotti

Recorrente: Antônio de Souza Carvalho

Advogado: Francis de Oliveira Rabelo Coutinho — Defensor Público

Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais

EMENTA

Processo Penal. Recurso especial. Júri. Homicídio qualificado. Quesitos. Nulidade. Inexistência. Preclusão.

1. A suposta nulidade da quesitação não foi argüida no momento oportuno, levando ao reconhecimento da preclusão, a teor do disposto no art. 571, inciso VIII, do Código de Processo Penal.

2. Precedentes do STJ e do STF.

3. Recurso parcialmente conhecido e, nessa extensão, improvido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 08 de abril de 2003 (data do julgamento).

Ministro Paulo Gallotti, Relator

DJ de 05.04.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Antônio de Souza Carvalho interpõe recurso especial, com arrimo nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, assim ementado:

“Divergência entre a capitulação da denúncia e a da sentença de pronúncia — Inocorrência — Diferença inexistente — Acusado denunciado e pronun-

ciado por homicídio qualificado, por motivo fútil — Questão, ademais, que se encontra preclusa por não ter sido levantada no momento oportuno. Quesito — Indeferimento — Cerceamento de defesa inexistente — Tese manifestamente impertinente. Júri — Decisão contrária à prova dos autos — Inocorrência — Decisão que encontra apoio nos elementos de convicção existentes”. (Fl. 203)

Alega o recorrente que o acórdão negou vigência ao art. 484, III, do Código de Processo Penal, ao não ter cassado o julgamento realizado pelo Primeiro Tribunal do Júri de Belo Horizonte, que diz eivado de nulidade, porque deixou o Juiz Presidente de incluir, entre os quesitos formulados, aquele relativo à desclassificação da conduta para homicídio culposo, tese apresentada em plenário pela defesa, por considerá-lo manifestamente improcedente.

Afirma, ainda, existir dissídio jurisprudencial a respeito da matéria, indicando, para tanto, acórdão do Supremo Tribunal Federal.

A Subprocuradoria Geral da República manifestou-se pelo parcial conhecimento do recurso e, nessa extensão, por seu improvimento.

É o relatório.

VOTO

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

Consta da ata de julgamento (fl. 154):

“(...) o MM. Juiz Presidente leu os quesitos e explicando a significação legal de cada um, indagou das partes se tinham qualquer requerimento ou reclamação a fazer. Obtendo resposta negativa, o MM. Juiz declarou que o Tribunal ia recolher-se à sala secreta das suas deliberações (...). *Em tempo*: Após a leitura dos quesitos em plenário, a Dr^a. Promotora impugnou o 11º quesito, que abordava a tese da desclassificação do crime para homicídio culposo, por entender que a conduta ali descrita é tipicamente dolosa e não culposa, podendo levar os jurados à perplexidade. O Juiz Presidente deferiu a impugnação, não submetendo o quesito à apreciação do Conselho de Sentença”.

Nota-se, portanto, que a suposta nulidade não foi argüida no momento oportuno, levando ao reconhecimento da preclusão, a teor do que dispõe o art. 571, inciso VIII, do Código de Processo Penal, vindo a defesa a se manifestar após a votação, quando não mais era possível aceitar qualquer impugnação.

Vejam-se:

A) “**Habeas corpus** contra acórdão da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que negou provimento ao recurso de apelação interposto em favor do ora paciente. Alegação de ausência de quesitos obrigatórios relativos às teses de defesa elencadas. Inocorrência. Nulidade não argüida no momento oportuno.

As teses defensivas podem constar de um mesmo questionário a ser submetido à apreciação do egrégio Conselho de Sentença do Tribunal do Júri, desde que por sua deficiência não possa causar, no jurado, perplexidade ou dúvida relevante.

Preclusão, no caso, de eventual nulidade, inclusive houve a concordância da defesa no pertinente à formulação dos quesitos — art. 571, inciso VIII, do Código de Processo Penal.

Ordem indeferida”.

(HC n. 9.747/SP, Relator o Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ de 11.10.1999)

B) “Processual Penal. Júri. Quesitos. Contradição. Inexistência. Nulidade relativa. Falta de alegação no momento oportuno. Preclusão.

1. Constatada a ausência de contradição entre os quesitos da autoria e materialidade com o da suficiência de provas, conforme registrado na ata do julgamento, não há nulidade a sanar.

2. Eventual mácula nos quesitos deve ser argüida logo após a sua leitura, sob pena de preclusão. Precedentes desta Corte.

3. Ordem denegada”.

(HC n. 20.799/PA, Relator o Ministro Fernando Gonçalves, DJ de 21.10.2002).
Esse também o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

A) “Penal. Processual Penal. **Habeas corpus**. Júri. Alegação de defeito na formulação de quesito. Questão não alegada na época oportuna (CPP, art. 479). Preclusão.

I - A jurisprudência do Supremo Tribunal firmou-se no sentido de que o protesto contra eventual irregularidade na formulação dos quesitos há que ser feito no momento processual adequado e constar da ata do julgamento, sob pena de preclusão (CPP, art. 479).

II - HC indeferido”.

(HC n. 81.906/RJ, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJ de 27.09.2002)

B) “Recurso ordinário em **habeas corpus**. Júri. Nulidade inexistente. Deficiência de quesitação e contradições nas respostas: hipóteses não configuradas. Preclusão. Individualização da pena.

1. Tratando-se de crimes de homicídio praticados em co-autoria e sendo três as vítimas, infere-se incensurável a quesitação formulada em séries atinentes a cada acusado e referentes a cada vítima, inclusive acerca da qualificação pelo motivo fútil.

2. Não configura contradição nas respostas aos quesitos o fato de os jurados votarem, em séries distintas, pelo reconhecimento de qualificadora apenas em relação a um dos co-réus. O que não se admite é a contradição entre quesitos de uma mesma série.

3. As impugnações a quesitos ou insurgências contra as respostas dos jurados devem ser suscitadas no momento processual oportuno e lavradas na ata de julgamento, sob pena de preclusão. Precedentes.

4. Se o juiz atentou para a participação de cada co-réu na ação delitiva, segundo as respostas dos jurados à quesitação, fixando a pena-base e analisando as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, tem-se caracterizada a individualização da pena.

5. Recurso conhecido, em parte, e nessa parte não provido”.

(RHC n. 80.534/RJ, Relator o Ministro Maurício Corrêa, DJ de 08.03.2002)

Assim, inviável conhecer do recurso pela alínea **c**, tendo em conta que o acórdão atacado decidiu em sintonia com a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e também desta Corte.

Ante o exposto, conheço do especial pela alínea **a**, mas lhe nego provimento. É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 509.324 — SP (2003/0050243-0)

Relator: Ministro Paulo Gallotti

Recorrente: Igor Ferreira da Silva

Advogados: Dora Cavalcanti Cordani e outros

Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA

Processo Penal. Recurso especial. Ação penal. Homicídio qualificado e aborto. Promotor de Justiça. Foro privilegiado. Tribunal de Justiça. Competência. Prequestionamento. Reexame de provas. Súmula n. 07-STJ.

1. No exame de recurso especial, não se conhece de matéria que não foi objeto de apreciação pelo Tribunal de origem, ausente assim o necessário prequestionamento.

2. A Constituição Federal, em seu art. 96, III, prevê a competência privativa do Tribunal de Justiça para o julgamento dos membros do Ministério Público Estadual nos crimes comuns, ressaltando somente a competência da Justiça Eleitoral.

3. A irresignação que busca desconstituir os pressupostos fáticos adotados pelo acórdão recorrido encontra óbice na Súmula n. 07 desta Corte.

4. Cabe ao magistrado valorar a utilidade das provas produzidas, não sendo, contudo, necessário que analise um a um todos os argumentos expendidos pelas partes, porquanto não está obrigado a julgar a questão de acordo com o pleiteado, mas sim valendo-se do que entender suficiente para a formação de sua convicção.

5. Recurso conhecido em parte, mas improvido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 16 de dezembro de 2003 (data do julgamento).

Ministro Paulo Gallotti, Relator

DJ de 12.04.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Cuida-se de recurso especial, calcado na alínea a do permissivo constitucional, interposto por Igor Ferreira da Silva contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo assim ementado:

“Ação penal pública. Homicídio qualificado e aborto sem consentimento da gestante.

Prova técnica e grande quantidade de indícios veementes e coerentes a incriminar o réu.

Ausência de indicação de motivo para o crime.

Possibilidade.

Questão de paternidade do nascituro. Irrelevância. Indícios favoráveis ao réu fracos e em pequeno número.

Ação procedente. Presença de circunstâncias agravantes. Concurso formal de crimes — art. 70, 1ª parte, do Código Penal. Cumprimento da pena de reclusão pelo homicídio qualificado em regime integralmente fechado. Perda de cargo de Promotor de Justiça.” (Fl. 2.233)

Opostos declaratórios, restaram rejeitados. (Fl. 2.301)

Aponta o recorrente violação dos arts. 8.2.h da Convenção Americana de Direitos Humanos e 14.5 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, sustentando ter havido supressão do duplo grau de jurisdição, uma vez que o julgamento perante o Órgão Especial daquela Corte não comporta recurso ordinário a uma instância superior.

Alega, ainda, negativa de vigência dos arts. 9º, 10, § 1º, e 13, I, todos do Código de Processo Penal, afirmando que, apesar da exposição do tema em plenário, o Tribunal não enfrentou a questão de não haver sido juntado aos autos o depoimento de Marlene Patrícia Pimenta, ex-namorada do recorrente, colhido no curso do inquérito penal.

Aduz-se, por fim, que o acórdão violou o art. 381 do CPP, visto que não foram apreciadas todas as teses sustentadas na defesa oral e apresentadas em memoriais distribuídos aos integrantes do órgão julgador, notadamente sobre “o fato de o veículo ter sido encontrado com o motor quente” e sobre “a incompatibilidade do uso de uma pistola 380 automática e a fragmentação apenas parcial do vidro da camionete”.

Contra-arrazoado (fls. 2.438/2.463), o especial não foi admitido. (fls. 2.489/2.495)

Através da decisão de fl. 2.620, dei provimento ao agravo de instrumento e determinei a subida do recurso para melhor exame da matéria.

A Subprocuradoria Geral da República opina pelo não-conhecimento do apelo. (fls. 2.646/2.651)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator): O inconformismo, a meu ver, não deve ser abrigado.

Registre-se, inicialmente, que os arts. 9º, 10, § 1º, e 13, I, todos do Código de Processo Penal, bem como os arts. 8.2.h da Convenção Americana de Direitos Humanos e 14.5 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos não foram apreciados pelo acórdão recorrido, tampouco objeto dos embargos declaratórios opostos, ausente, destarte, o requisito indispensável do prequestionamento (Súmulas ns. 282 e 356-STF).

Prequestionamento é o exame pelo Tribunal de origem, e não apenas nas manifestações das partes, dos dispositivos que se têm como afrontados pela decisão recorrida.

Anote-se, ainda, que a questão relativa ao constrangimento decorrente do julgamento em foro privilegiado também não foi objeto do voto condutor, limitando-se o Tribunal, após a oposição de embargos declaratórios, a anotar:

“7. As alegações do embargante quanto à competência do Tribunal para o julgamento do caso e quanto à restrição de direitos que teria sofrido em razão do sistema previsto pela lei especial não podem ser abordadas no campo estreito dos embargos de declaração.

Jamais o acórdão poderia fazer menção a tais argumentos, que são novíssimos, só surgidos nos presentes embargos. Principalmente quando se sabe que a defesa, em sustentação oral, solenemente afirmou preferir que o julgamento se fizesse perante este egrégio Órgão Especial do Tribunal de Justiça.

Observe-se ainda que é entendimento assente em nossa jurisprudência civil e penal que o órgão judicante, para expressar a sua convicção, não precisa aduzir comentários sobre cada um dos argumentos levantados pelas partes, se achou fundamento suficiente para a conclusão, o que também vale para os embargos de declaração, notadamente quando as dúvidas são apresentadas sob forma de quesitos numa tentativa ingrata de polemizar com o juiz.” (Fls. 2.329/2.330)

Em conseqüência, havendo o acórdão deixado de examinar a questão controversa, mesmo após a interposição dos embargos declaratórios, caberia à parte recorrente, em conformidade com a pacífica orientação jurisprudencial desta Corte, alegar violação do art. 619 do Código de Processo Penal.

Ainda que assim não fosse, não há qualquer ilegalidade na adoção do chamado foro privilegiado. A própria Constituição Federal, em seu art. 96, III, prevê a

competência privativa do Tribunal de Justiça para o julgamento dos membros do Ministério Público Estadual nos crimes comuns, fazendo ressalva somente quanto à competência da Justiça Eleitoral.

Nesse sentido, anote-se o magistério de **Fernando da Costa Tourinho Filho**, in “Código de Processo Penal Comentado” (arts. 1^o a 393), 5^a ed., São Paulo: Editora Saraiva, 1999, p. 84:

“E nos crimes dolosos contra a vida, consumados ou tentados, praticados pelas pessoas que têm o Tribunal de Justiça como órgão competente para processá-las e julgá-las, por força de expressa disposição da Lei Maior. Evidente que se a Constituição Federal fixou a competência do Júri para julgar os crimes dolosos contra a vida consumados ou tentados, e considerando que a mesma Carta Política dispõe, expressamente, competir ao Tribunal de Justiça processar e julgar Prefeitos, Juízes e membros do Ministério Público Estadual, indiscutível a competência desse foro privativo para o processo e julgamento desses crimes, uma vez que a Constituição pode excepcionar a si própria.”

Eduardo Espínola Filho, no “Código de Processo Penal Brasileiro Anotado”, Volume II, 1^a ed., Campinas: Editora Bookseller, 2000, complementa:

“Há, então, competência absoluta, determinada pela ordem hierárquica da jurisdição, ou instância, e, nos termos do nosso Direito Processual vigente, a competência se firma originária e privativamente.” (P. 250 — grifei)

Veja-se, ainda, o seguinte precedente:

“HC — Constitucional — Tribunal do Júri — Promotor Público — Competência.

— A Constituição da República reeditou a instituição do Tribunal do Júri, atribuindo-lhe competência para processar e julgar os crimes dolosos contra a vida (art. 5, XXXIX). A Carta Política, igualmente, estabeleceu ser da competência do Tribunal de Justiça processar e julgar os membros do Ministério Público, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral (art. 96, III). Interpretação sistemática da Constituição (norma especial derroga norma geral) autoriza concluir, porque o homicídio é crime comum, ser da competência do Tribunal de Justiça processar e julgar promotor público acusado desse delito.”

(HC n. 3.316/PB, Relator o Ministro Vicente Cernicchiaro, DJ de 10.03.1997)

Quanto aos demais fundamentos do recurso, revela-se importante transcrever trecho do voto do Relator nos embargos declaratórios:

“1. A afirmação de que o acórdão não poderia dizer que a morte da vítima se deu em razão de dois disparos de uma pistola automática Taurus, calibre 380, porque contradiz a prova dos autos, está fora do âmbito do recurso de embargos de declaração. A contradição que enseja embargos de declaração é a contradição do acórdão consigo próprio, nunca com a prova dos autos. Trata-se de mera tentativa de rediscussão do tema.

Também não há contradição do acórdão quando diz que não foi possível precisar o calibre da arma. O que o acórdão diz (item 7 — p. 20 — fls. 2.252 dos autos) é o seguinte:

‘Pelos dois orifícios produzidos na vítima pelos disparos, não foi possível precisar qual o calibre da arma.’

É de percepção elementar que existe aí frase restritiva do alcance da oração principal. Isto é: não foi possível precisar o calibre da arma através do exame dos orifícios.

Ora, o acórdão precisou o calibre da arma por outro motivo, ou seja, porque:

‘Na caminhonete foram encontradas duas cápsulas deflagradas, marca WIN, calibre 380, automática.’ — fl. 21, item B.

2. A questão da fragmentação total do vidro da janela do veículo, que teria sido provocada por um único disparo, não foi abordada pela defesa. **Ex abundantia**, declara-se o acórdão, como segue. O primeiro policial a encontrar a caminhonete, Roberto Correia Ribeiro, informa que o vidro ‘tinha um rombo’, ‘tinha um rombo grande’, que havia uma perfuração só mas com ‘um diâmetro grande’, nada havendo de anormal que os dois disparos tenham produzido esse rombo, principalmente quando se sabe que os disparos tiveram a mesma direção.

3. A circunstância de que se fosse ele o autor do crime por certo teria reconhecido o Daniel ou o ‘Romário’ não precisava ser referida pelo acórdão. Trata-se de argumento muito secundário e meramente hipotético, dispensável ao juiz abordá-lo especificamente já que incompatível com os fundamentos do julgado.

Também insignificante a referência dos embargos à testemunha de defesa Marlene Patrícia Pimenta, a qual, aliás, depôs longamente perante o Relator — fls. 1.119/1.133. Ao contrário do que dizem os embargos, a defesa, em suas extensas alegações finais, não fez qualquer menção ao fato de não ter vindo para os autos o depoimento de tal testemunha na fase policial. Não

consta qualquer reação da defesa quanto a esse ponto em todo o processado, como também não há indicação de algum prejuízo para a defesa. Quem se referiu àquela testemunha foi apenas a acusação — fl. 1.674.

4. A questão do exame residuográfico nas mãos e vestes do acusado foi abordada no item 13 do acórdão, com a afirmação de que se tratava de indício favorável ao acusado, mas que tal exame, quando negativo, não era conclusivo, principalmente se as mãos já tinham sido lavadas.

A defesa agora alega omissão apenas porque não teria sido respondida a sua pergunta de por que não se fez o exame com microscópio eletrônico.

Declara-se o acórdão para constar que o exame se fez pelo método usual, consoante se vê do testemunho do Dr. Fernão Dias da Silva Leme, que desconhecia outro método de exame — fl. 572.

5. O fato de o veículo ter sido encontrado com o motor quente, segundo o depoimento de Roberto, também não foi abordado pela defesa. Só em sustentação oral.

De qualquer forma, declara-se o acórdão nesse ponto para constar:

É compreensível que a testemunha Roberto Correia Ribeiro tenha afirmado que o motor do carro ainda estava quente. Isto porque Roberto diz que chegou ao local ‘à meia-noite e pouco’ e que tinha sido informado pelo rádio da Polícia Rodoviária sobre a localização. O encontro da caminhonete não demorou, tanto que a vítima, apesar dos dois disparos, ainda foi socorrida com vida, sendo de lembrar-se que o acusado foi correndo até o Posto da Rodoviária, aí chegando em 15 minutos após a meia-noite, como consta do boletim de ocorrência — fl. 5.

6. Quanto ao fato de a arma do crime não ter sido encontrada, o acórdão é expresso — item 7 — da mesma forma que é expresso a propósito das declarações do acusado quanto a possuir ou não possuir armas de fogo — item 8, nada havendo a declarar.” (Fls. 2.326/2.329)

Nas razões do especial, o recorrente afirma que tais provas são “fundamentais ao esclarecimento dos fatos e capaz de aniquilar a hipótese prestigiada pelo v. aresto”.

Assim, o exame da irresignação, no ponto, obrigaria, necessariamente, o revolvimento de matéria fático-probatória, providência sabidamente incompatível com a via estreita do apelo especial, incidindo o Enunciado da Súmula n. 07 deste Tribunal, **verbis**:

“A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.”

Ademais, cabe ao magistrado valorar a utilidade das provas produzidas, não sendo, contudo, necessário que analise um a um todos os argumentos expendidos pelas partes, não estando obrigado a realizar o julgamento de acordo com o que elas pleiteiem, mas sim valendo-se do que entender suficiente para a formação de sua convicção.

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

É como voto.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Paulo Medina: Pretende o recorrente Igor Ferreira da Silva a reforma do acórdão proferido pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que o condenou à pena privativa de liberdade de 16 (dezesesseis) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, como incurso no art. 121, § 2º, IV, e art. 125, c.c. o art. 70, primeira parte, todos do Código Penal.

Nos termos da alínea **a** do permissivo constitucional, suscita ofensa à Convenção Interamericana de Direitos Humanos, ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, e violação aos arts. 9º, 10, § 1º, 13, I, e 381, todos do Código de Processo Penal.

Sustenta haver supressão do duplo grau de jurisdição, uma vez que o conhecimento e julgamento originário da ação penal pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo impossibilita o recurso de apelação.

Aduz, ainda, que o Tribunal **a quo** apreciou tão-somente as teses de defesa suscitadas em alegações finais, silenciando quanto às argüidas oralmente em sessão de julgamento.

Consistem as propostas da defesa:

“a arma utilizada no delito certamente não corresponde aos estojos calibre .380 dados como encontrados no interior da caminhonete”;

“o mesmo policial, em outro momento de seu depoimento, asseverou ter encontrado a caminhonete ainda ‘com o motor quente’”.

Quanto à primeira tese, aduz o recorrente que “tal constatação é peremptoriamente contrária à premissa em que se fundou a condenação”.

Aponta, por fim, a falta de juntada de documento (termo de depoimento da testemunha Marlene Patrícia Pimenta) colhido na fase inquisitorial.

Prequestionamento

A preliminar de não-conhecimento do recurso especial suscitada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, pela ausência de prequestionamento, motivo

pelo qual também a Subprocuradoria Geral da República opina pela sua inadmissibilidade, afigura-se-me improcedente.

As matérias suscitadas no recurso especial constituíram objeto de manifestação pelo Tribunal **a quo**, ainda que em sede de embargos de declaração, de natureza integrativa do acórdão condenatório.

Irrelevantes os argumentos quanto à inexistência de prequestionamento explícito dos artigos tidos por violados, bem como quanto à ausência de argüição das questões pela parte recorrente antes da decisão condenatória.

Já decidiu o Supremo Tribunal Federal que “o prequestionamento não resulta da circunstância de a matéria haver sido empolgada pela parte recorrente. A configuração do instituto pressupõe debate e decisão prévios pelo Colegiado, ou seja, emissão de juízo sobre o tema” (RE n. 228.685/ES — Relator Ministro Marco Aurélio — j. 13.02.2001 — Segunda Turma — DJ de 27.04.2001 — p. 100)

Ademais, em sede de recurso especial criminal, cujo conhecimento cinge-se ao **error juris in iudicando**, o rigorismo do prequestionamento deve ser mitigado, em consideração à possibilidade da concessão do **habeas corpus** de ofício.

Nesse sentido:

“Ementa: I. Recurso extraordinário, prequestionamento e **habeas corpus** de ofício. Em recurso extraordinário criminal, perde relevo a discussão em torno de requisitos específicos, qual o do prequestionamento, sempre que — evidenciando-se a lesão ou a ameaça à liberdade de locomoção — seja possível a concessão de **habeas corpus** de ofício. (...)”

(RE n. 273.363/MG — Relator Ministro Sepúlveda Pertence — j. 05.09.2000 — Primeira Turma — DJ de 20.10.2000 — p. 128)

A)

O duplo grau de jurisdição não é garantia constitucional.

A competência especial do Tribunal de Justiça por prerrogativa de foro atribuída ao membro do Ministério Público afasta a argüição de ofensa do duplo grau de jurisdição.

Esta Corte, no julgamento do Recurso Especial n. 476.461/SP em 19.08.2003, interposto pelo ora recorrente Igor Ferreira da Silva, já se manifestou sobre a matéria, **verbis**:

“Da mesma forma, merece ser mantido o acórdão, no que diz respeito à alegação de eventual ofensa ao duplo grau de jurisdição.

Verifica-se que o recorrente foi julgado pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo especificamente em razão da prerrogativa

de foro, legalmente estabelecida, em razão de exercer, à época, as funções de Promotor de Justiça. Desta forma, não há como se considerar ocorrente a ofensa apontada.

Nesse sentido, já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

‘Constitucional. Competência por prerrogativa de função. Arts. 5º, LIV e 96, III, da CF. Exame da causa pelo órgão colegiado. Intenta reconhecimento ao direito de apelação. Inexistência de ofensa ao princípio do duplo grau de jurisdição. Ausência dos pressupostos ensejadores do mandado de injunção. Precedentes. Mandado de injunção não conhecido.’ (MI n. 635-1/DF — Relator Ministro Nelson Jobim; DJ de 25.10.2002).”

(Quinta Turma — Relator Ministro Gilson Dipp)

No mesmo sentido, outro precedente do Supremo Tribunal Federal:

“Ementa: (...)”

4. No ordenamento jurídico brasileiro não existe a garantia do duplo grau de jurisdição. A Constituição concede aos Prefeitos foro especial por prerrogativa de função. Determina que sejam julgados originariamente pelo Tribunal de Justiça (CF, art. 29, X). (...)”

(RHC n. 80.919/SP — Relator Ministro Nelson Jobim — j. 12.06.2001 — Segunda Turma — DJ de 14.09.2001 — p. 64)

B)

A apontada violação aos arts. 9º, 10, § 1º, 13, I, todos do Código de Processo Penal, possui como fundamentos a falta de juntada de documento (termo de depoimento da testemunha Marlene Patrícia Pimenta) colhido na fase inquisitorial.

Eis o teor dos dispositivos legais apontados:

“Art. 9º Todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade.”

“Art. 10. (...)”

§ 1º A autoridade fará minucioso relatório do que tiver sido apurado e enviará autos ao juiz competente.”

“Art. 13. Incumbirá ainda à autoridade policial:

I - fornecer às autoridades judiciárias as informações necessárias à instrução e julgamento dos processos;”

Pretende-se o reconhecimento da nulidade do processo, com base em tais fundamentos.

Orienta a teoria das nulidades no processo penal o princípio do prejuízo.

Está positivado no art. 563 do Código de Processo Penal:

“Art. 563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.”

O princípio do prejuízo “constitui seguramente a viga mestra do sistema das nulidades e decorre da idéia geral de que as formas processuais representam tão-somente um instrumento para a correta aplicação do direito; sendo assim, a desobediência às formalidades estabelecidas pelo legislador só deve conduzir ao reconhecimento da invalidade do ato quando a própria finalidade pela qual a forma foi instituída estiver comprometida pelo vício” (**Grinover, Ada Pellegrini, et alii**. “As Nulidades no Processo Penal”, 7ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 28)

Caberia ao interessado, portanto, a demonstração do prejuízo, quedando-se inerte em tal mister.

Não bastasse, o depoimento da referida testemunha foi tomado em juízo, oportunidade em que informou haver deposto na delegacia, embora não haja assinado o termo, repetindo o que disse na fase policial, com a ressalva de não haver sofrido qualquer coação.

C)

Quanto ao argumento da desconsideração das teses de defesa, pretende o recorrente, a rigor, o reexame da matéria fático-probatória.

A primeira tese, “a arma utilizada no delito certamente não corresponde aos estojos calibre .380 dados como encontrados no interior da caminhonete”, foi apreciada pelo Tribunal **a quo**, o que ressaí dos próprios fundamentos recursais quando se assevera que “tal constatação é peremptoriamente contrária à premissa em que se fundou a condenação”.

Houve, pois, análise da tese de defesa, consistindo a pretensão do recorrente na rediscussão da prova, vedada pela Súmula n. 07 desta Corte.

Quanto à segunda tese, “o mesmo policial, em outro momento de seu depoimento, asseverou ter encontrado a caminhonete ainda ‘com o motor quente’, o que revelaria incongruência em relação à fundamentação do decreto condenatório, tem-se a manifesta intenção de provocar a reapreciação das provas dos autos, buscando a alteração do resultado do julgamento.

Em sede de embargos de declaração, o Tribunal **a quo** discorreu sobre a questão, consignando que “é compreensível que a testemunha Roberto Correia Ribeiro tenha afirmado que o motor do carro ainda estava quente. Isto porque Roberto diz que chegou ao local, ‘à meia-noite e pouco’ e que tinha sido informado pelo rádio da Polícia Rodoviária sobre a localização. O encontro da caminhonete não demorou,

tanto que a vítima, apesar dos dois disparos, ainda foi socorrida com vida, sendo de lembrar-se que o acusado foi correndo até o Posto da Rodoviária, aí chegando em 15 minutos após a meia-noite, como consta do boletim de ocorrência — fl. 5.”

Inexistente, pois, a omissão quanto ao conhecimento das teses da defesa.

Portanto, *a)* a competência especial do Tribunal de Justiça por prerrogativa de foro atribuída ao membro do Ministério Público afasta a argüição de ofensa do duplo grau de jurisdição, que não se constitui em garantia constitucional; *b)* orienta a teoria das nulidades no processo penal o princípio do prejuízo, quedando-se inerte o recorrente na sua demonstração; *c)* vedada a rediscussão da matéria fático-probatória, nos termos da Súmula n. 07 do STJ.

Posto isso, conheço parcialmente do recurso especial e, nesta extensão, negolhe provimento.

RECURSO ESPECIAL N. 554.165 — DF (2003/0117113-0)

Relator: Ministro Paulo Gallotti

Recorrentes: Sully Alves de Souza e outros

Advogado: Dario Lopes da Costa

Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

Advogado: Ricardo Mourão Pereira

EMENTA

Recurso especial. Servidor autárquico. Instituto Nacional do Seguro Social — INSS. Lei n. 8.213/1991. Art. 130. Inaplicabilidade em questões que não digam respeito a benefícios previdenciários. Art. 730 do Código Processo Civil.

1. O prazo de 30 dias para o Instituto Nacional do Seguro Social — INSS embargar a execução somente se aplica nas causas relativas a benefícios previdenciários (art. 130 da Lei n. 8.213/1991)

2. Versando a matéria sobre relação estatutária com servidores da autarquia, o prazo para a apresentação de embargos é o do art. 730 do Código de Processo Civil.

3. Precedente.

4. Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 28 de outubro de 2003 (data do julgamento).

Ministro Paulo Gallotti, Relator

DJ de 29.03.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Cuida-se de recurso especial, calcado nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, interposto contra acórdão do Tribunal Federal da 1ª Região assim ementado:

“Processual Civil. Embargos à execução. Instituto Nacional do Seguro Social. Prazo de trinta dias. Art. 130 da Lei n. 8.213/1991, com a redação dada pela Lei n. 9.528/1997.

1. O art. 130 da Lei n. 8.213/1991, com a redação dada pela Lei n. 9.528, de 10 de dezembro de 1997, confere ao Instituto Nacional do Seguro Social o prazo de trinta dias para opor embargos às execuções contra ele intentadas, sem restringi-lo às lides que envolvam questões de natureza previdenciária.

2. Agravo a que se nega provimento.” (Fl. 116)

Além de divergência jurisprudencial, diz-se violado o art. 730 do Código de Processo Civil, já que o prazo para opor embargos à execução previsto no art. 130 da Lei n. 8.213/1991 somente seria aplicável às execuções relativas às questões previdenciárias.

Contra-razões às folhas 138/140.

Admitido o recurso na origem, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator): Sully Alves de Souza e outros, Procuradores do Instituto Nacional do Seguro Social, formularam agravo de instrumento

contra decisão que indeferiu pedido de rejeição liminar de embargos à execução, provimento que veio a ser confirmado pelo Tribunal Federal da 1ª Região sob os seguintes fundamentos:

“O art. 130 da Lei n. 8.213/1991, na redação dada pela Lei n. 9.528/1997, preconiza que:

‘Na execução contra o Instituto Nacional do Seguro Social — INSS, o prazo a que se refere o art. 730 do Código de Processo Civil é de trinta dias’

Dispõe o art. 730 do Código de Processo Civil:

‘Na execução por quantia certa contra a Fazenda Pública, citar-se-á a devedora para opor embargos em 10 (dez) dias: se esta não os opuser, no prazo legal, observar-se-ão as seguintes regras:

I - o juiz requisitará o pagamento por intermédio do Presidente do Tribunal competente;

II - far-se-á o pagamento na ordem de apresentação do precatório e à conta do respectivo crédito’.

Como se vê, limitou-se o legislador a assegurar à autarquia previdenciária prazo de trinta dias para oposição de embargos nas execuções contra ela intentadas, em nenhum momento limitando tal prazo aos embargos que tenham por objeto questões previdenciárias. A propósito, bem observou a ilustre autoridade judiciária de primeiro grau:

‘(...) Com efeito, a interpretação da norma do art. 130 da Lei n. 8.213/1991, na redação da Lei n. 9.528/1997, por eles levada a efeito, **data venia**, não condiz com a correta hermenêutica jurídica. Na realidade, o citado dispositivo contém disciplina genérica, fixado o prazo de 30 dias para o INSS interpor embargos à execução. Não distingue ele as causas atinentes a custeio ou benefícios previdenciários de quaisquer outras. E, segundo regra de hermenêutica, onde a lei não faz distinção, descabe ao intérprete fazê-lo, tanto mais porque, anteriormente, na antiga redação do mesmo art. 130, a norma legal distinguia, expressamente, de outras modalidades recursais, os recursos interpostos pela Previdência Social ‘que envolvam prestações desta lei’, como se extrai de seu próprio teor’ (fl. 43).

Nego provimento ao agravo.”

A controvérsia, como visto, cinge-se ao alcance da regra contida no art. 130 da Lei n. 8.213/1991, que determina ser de 30 dias o prazo para o INSS opor embargos à execução.

Nos termos do art. 730 do Código de Processo Civil, com a redação vigente à época em que foram opostos os embargos objeto deste recurso, a Fazenda Pública deveria manejá-los no prazo de 10 dias, constando da decisão de fl. 42 que a autarquia recorrente “apresentou seus embargos vinte e dois dias após a juntada do mandado de citação” (fl. 301 dos autos da execução), amparando-se no prazo de trinta dias previsto na nova redação do art. 130 da Lei n. 8.213/1991.

Por seu turno, o art. 130 da Lei n. 8.213/1991, com a redação dada pela Lei n. 9.528/1997, dispõe que “na execução contra o Instituto Nacional do Seguro Social — INSS, o prazo a que se refere o art. 730 do Código de Processo Civil é de trinta dias.”

Tenho que a interpretação dada pelo acórdão recorrido ao dispositivo legal tido por violado não pode prevalecer.

Ao contrário do que sustentaram as instâncias ordinárias, não se trata de distinguir onde a lei não o fez, mas de interpretar de modo sistêmico o dispositivo em consideração.

Ora, se a regra está no contexto da regência legal dos planos de benefícios da Previdência Social, a sua aplicação deve se limitar às questões que envolvam prestações deles decorrentes, mesmo porque o art. 730 do Código de Processo Civil, ao disciplinar os embargos à execução contra a Fazenda Pública, o faz de modo diverso quanto ao prazo.

Sob outro enfoque, não haveria sentido o Instituto Nacional do Seguro Social — INSS gozar de privilégio não estendido às demais autarquias e entes abrangidos no conceito de Fazenda Pública em questões que não envolvam benefícios previdenciários, como, por exemplo, as decorrentes da relação estatutária mantida com seus servidores, como é o caso dos autos.

Confira-se o precedente:

“Processual Civil. Execução de sentença. INSS. Embargos do devedor. Prazo da oposição. MP n. 1.523/1997.

1. A Medida Provisória n. 1.523/1997 está estreitamente vinculada à Lei n. 8.213/1991.

2. Somente nas execuções de sentença de causas relativas a benefícios previdenciários o prazo para oposição de embargos é de trinta dias.

3. Recurso especial conhecido, porém improvido.”

(REsp n. 181.221/RS, Relator o Ministro Francisco Peçanha Martins, DJ de 08.05.2000)

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial, para considerar intempestivos os embargos à execução, fixando os honorários advocatícios em 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa.

É como voto.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Fontes de Alencar: Senhor Presidente, a Lei n. 8.213 é, parece, uma lei de exceção, haja vista o que está no art. 55, § 3º, que não admite a prova exclusivamente testemunhal. O homem do campo não tem registro, não tem carteira de trabalho. Que outra prova poderá oferecer quando chegar a Juízo, a não ser os testemunhos de seus companheiros de trabalho, aqueles que viram crescer em suas mãos os calos do trabalho?

Existe essa outra lei, que amplia o prazo do art. 130 e, busca da uma interpretação a maior, a meu sentir, desmedula, anula, cadaveriza o Sistema Processual Brasileiro.

Acompanho o voto do Senhor Ministro-Relator, dando provimento ao recurso especial.

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS N. 16.400 — SP (2004/0100500-3)

Relator: Ministro Nilson Naves

Recorrente: Leandro Perobelli (preso)

Advogado: Marcelo Marun de Holanda Hadad

Recorrido: Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo

EMENTA

Prisão preventiva. Fundamentação (falta). Prisão (excesso). Coação (ilegalidade).

1. O caráter do delito — crime grave — não é o bastante para a prisão preventiva. É indispensável que o ato que a decreta tenha fundamentação. “O despacho que decretar ou denegar a prisão preventiva será sempre fundamentado” (Código de Processo Penal, art. 315).

2. Considera-se também ilegal a coação “quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei” (Código de Processo Penal, art. 648, II). Caso em que o réu se encontra nessa situação.

3. Recurso ordinário provido. 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, dar provimento ao recurso nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti, Paulo Medina e Hélio Quaglia Barbosa votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

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

Ministro Nilson Naves, Relator

DJ de 14.03.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: São estes os fundamentos do acórdão recorrido, do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo:

“O paciente foi incurso nas sanções do art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal.

O pedido de revogação da prisão preventiva restou indeferido por se tratar de delito de extrema gravidade, o qual vem intranqüilizando a população.

A autoridade impetrada informou que a materialidade restou provada e existem suficientes indícios da autoria delitiva, mormente em se considerando ter o paciente sido formalmente reconhecido pela vítima.

O delito de roubo qualificado causa imenso transtorno à sociedade e revela a periculosidade do agente, razão pela qual se impõe uma resposta estatal mais eficiente e rigorosa.

Convenientemente motivado o indeferimento do pedido de revogação da prisão preventiva decretada.

Com efeito, não é de se exigir mais do que a indispensável fundamentação por parte do Juiz ao indeferir o benefício da liberdade provisória, sob

pena de incorrer em pré-julgamento, se tivesse que fundamentar mais do que o conveniente e necessário.

Assim, mesmo que presentes ‘as circunstâncias de ser o acusado primário e de bons antecedentes, apresentar idoneidade moral até o momento do crime e de residir no distrito da culpa não impedem que se lhe negue a liberdade provisória, quando presentes os requisitos que autorizam a prisão preventiva’ (Código de Processo Penal, arts. 310, parágrafo único, e 312, combinados). Nesse sentido há manifestações da doutrina e da jurisprudência (cf. **Fabbrini Mirabete**, ‘Processo Penal’, 2ª ed., Atlas, 1992, n. 11.2.2, p. 390, texto e nota 9; STF: RT 629/414 e 632/363; STJ: RSTJ 37/98; TJSP: RT 653/299; TACrSP: RT 689/354, Sexta Câmara, **Habeas Corpus** ns. 218.780-2, 220.096-0, 224.428-7 e 225.968-1).

Finalmente, a análise das questões que exigem exame aprofundado de provas é inviável nos limites estreitos do **habeas corpus**.

Ante o exposto, não se vislumbrando o alegado constrangimento ilegal, denega-se a ordem.”

Subiram os autos mercê do recurso ordinário, a respeito do qual assim se pronunciou o Ministério Público Federal em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Guilherme de Aragão:

“A ordem deve ser denegada.

Com efeito, verifica-se que não há nos autos elementos suficientes para a aferição dos argumentos expedidos pelo paciente, no tocante à ilicitude das provas colhidas contra ele, bem como a ausência de autoria do delito.

É que, tal matéria de fato, requer dilação probatória para ser aferida, incabível na via estreita do **habeas corpus**.

Outrossim, o magistrado de primeira instância, em informações prestadas (fls. 43/45), afirmou estar comprovada a materialidade e presentes fortes indícios de autoria, inclusive com o reconhecimento formal do paciente pela vítima (fl. 48).

Quanto à alegada ilegalidade da prisão, consta que o paciente foi encaminhado inicialmente à delegacia, no dia 13.01.2004, por ocasião do cumprimento do mandado de busca e apreensão de coisas, no qual foram encontrados aparelhos de telefonia celular em seu poder, supostamente produtos de crime. No mesmo dia, foi reconhecido como sendo o autor do fato pelo qual fora denunciado (fl. 48), razão pela qual foi expedido mandado de prisão temporária. No dia 23.01.2004 foi expedido mandado de prisão preventiva.

Ora, ainda que houvesse alguma ilegalidade na 'prisão' inicial do paciente, o que não é possível de se constatar nos presentes autos, esta foi superada pelos competentes mandados de prisão temporária e preventiva posteriores, não contaminando tais medidas cautelares.

Assim, a prisão subsistente hoje é em razão da decisão que decretou a prisão preventiva, que se encontra devidamente fundamentada, já que evidenciadas a materialidade e autoria do delito, bem como devido à gravidade da conduta, com o intuito de preservar a coletividade, como garantia da ordem pública e conveniência da instrução processual (fls. 51/52).

Não subsiste, também, a alegação de ausência de fundamentação do acórdão recorrido, vez que o Tribunal entendendo tratar-se de delito de extrema gravidade, fundamentou sua decisão na insegurança que tais delitos vêm causando na população local, sendo necessário, a bem da ordem pública e da instrução criminal, a segregação do ora paciente. Nesse sentido a jurisprudência constante:

(...)

Opina-se por que seja negado provimento ao recurso, mantendo-se a prisão preventiva do paciente.”

Em 15.09.2004, o Juiz do processo prestou estas informações:

“A denúncia foi recebida em 09.02.2004 (doc. 1 — fl. 85), o paciente foi citado (doc. 2 — fl. 116v), seguindo-se o seu interrogatório (doc. 3), apresentada defesa prévia (doc. 4 — fls. 119/120), iniciou-se a instrução (doc. 5 — fls. 139/165), não sendo realizada a de 14.07.2004, às 16 horas face à greve dos serventuários da Justiça Estadual, havendo data para continuação da coleta da prova oral, qual seja, 03.11.2004, às 13:30 horas (doc. 6 — fl. 178).

Requeru-se a liberdade provisória do paciente, sendo os autos encaminhados ao Ministério Público.

Em anexo, seguem-se os documentos acima enumerados.”

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): Nas razões do pedido de reforma do acórdão, o recorrente pede que seja revogado o ato de sua prisão preventiva, ou que lhe sejam concedidos "os benefícios da liberdade provisória".

É deste teor o ato do Juiz de Direito (Departamento de Inquéritos Policiais e Polícia Judiciária), datado de 22.01.2004:

“Trata-se de representação da autoridade policial no sentido da prisão preventiva de Leandro Perobelli, acusado do crime de roubo.

Consta dos autos que no dia 13 do corrente mês, agentes policiais cumpriam mandado de busca e apreensão expedido por este Juízo, quando localizaram no interior do imóvel localizado na Rua Cláudio Henrique de Paula n. 470, nesta Cidade, três aparelhos de telefone celular com seus números de série suprimidos, e que estavam de posse do representado.

Havendo suspeita de que se tratassem de produto de crime, o indiciado foi conduzido ao distrito policial para esclarecimentos e ali acabou reconhecido por Carlos Alberto da Cunha Leme Junior como o autor do roubo ocorrido no dia 16 de dezembro de 2003.

Por isso foi decretada sua prisão temporária.

Pois bem, a gravidade da conduta é incontestável e impõe a permanência em custódia, com o intuito de preservar a coletividade contra pessoas potencialmente perigosas, e também porque não seria certa a sua permanência no distrito da culpa, uma vez em liberdade.

Assim, concluídas as investigações e evidenciadas a materialidade e autoria do crime, hei por bem em decretar a prisão preventiva de Leandro Perobelli, como garantia da ordem pública e conveniência da instrução processual.”

Falta-lhe fundamentação. Tal aspecto não foi estranho ao acórdão recorrido, como se vê desta passagem: “O pedido de revogação da prisão preventiva restou indeferido por se tratar de delito de extrema gravidade, o qual vem intranquilizando a população”. Por si só, a gravidade abstrata do delito não justifica a prisão preventiva; sendo assim, e a jurisprudência já disse isso várias vezes, estaríamos diante de algo processualmente não mais existente — a prisão obrigatória. Ora, antes da sentença penal condenatória transitada em julgado, a prisão dela decorrente tem a natureza de medida cautelar, a saber, de prisão provisória — classe de que são espécies a prisão em flagrante, a temporária, a preventiva etc. Em casos tais, requer-se se fundamente a sua imposição; por exemplo, quanto à preventiva, reza o art. 315 da lei processual que o despacho (ou a decisão) que a decrete ou a denegue “seja sempre fundamentado”. Outra não tem sido a nossa jurisprudência quanto ao procedimento a ser adotado em relação ao flagrante, à vista do disposto no parágrafo único do art. 310 do Código de Processo Penal.

De mais, estando o réu preso desde 13.01.2004, inquestionavelmente está ele preso por mais tempo do que determina a lei (Código de Processo Penal, art. 648, II).

Voto pelo provimento do recurso ordinário, concedendo a ordem para que o réu responda em liberdade ao processo.
