



Jurisprudência da Sexta Turma



## HABEAS CORPUS N. 16.293 — SP (2001/0034958-7)

Relator: Ministro Paulo Medina

Impetrantes: Mário César Homsí Bernardes e outro

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

Pacientes: Santo Zanin Neto e Edson Zanin

### EMENTA

Penal e Processual. ICMS. Sonegação. Lei n. 8.137/1990. Autuação fiscal. Inquérito policial. Instauração. Trancamento. Atipicidade. Dilação probatória. Impossibilidade.

O trancamento de inquérito policial é medida excepcional, cabível apenas quando evidentes, de plano, sem dilação probatória, a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou a ausência de indícios de autoria.

O **habeas corpus**, mercê de seu rito célere, não comporta o exame de temas que, para seu deslinde, demandem dilação probatória.

Cabe ao impetrante constituir, em **habeas corpus**, prova pré-constituída de suas alegações.

Descabe perquirir, na via eleita, a destinação do produto agrícola comercializado, para fins de averiguar hipótese de incidência de ICMS.

A instauração de inquérito policial não demanda o exaurimento de processo administrativo-fiscal — de vez que as instâncias administrativa e penal são autônomas — e nem impede o pagamento do tributo devido, antes do recebimento da denúncia.

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), 19 de fevereiro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Paulo Medina, Relator

Publicado no DJ de 15.03.2004

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Medina: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário, impetrado em favor de Santo Zanin Neto e Edson Zanin, contra acórdão da Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (HC n. 333.318-3/6, fls. 146/149).

Narra o impetrante que os pacientes são sócios-cotistas e representantes da empresa Seara Indústria e Comércio de Produtos Agropecuários Ltda, com sede na cidade de Assis — SP.

Em 23 de março de 2000, a empresa Seara foi autuada porque teria deixado de pagar ICMS nas operações relativas à venda de milho em grãos para empresas atacadistas e industriais de produtos alimentícios (Auto de Infração n. 2.113.522/8).

O Delegado Regional Tributário em Marília — SP, vislumbrando a prática, em tese, de infração penal, encaminhou representação ao Ministério Público, do que decorreu a instauração de inquérito policial.

Alega o impetrante faltar justa causa para a instauração do inquérito, por manifesta atipicidade da conduta.

Sustenta que o milho comercializado destinou-se, comprovadamente, à fabricação de ração animal e, portanto, é isento de ICMS, a teor do que dispõe o item 47.6, da Tabela II, do Anexo I, do Decreto n. 33.118/1991 (Regulamento do ICMS).

Argúi que o Fisco presumiu que o milho seria destinado à alimentação humana, que a empresa provou que foi destinado à fabricação de ração animal, o que torna impossível o enquadramento da conduta no que dispõe a Lei n. 8.137/1990.

Afirma que o art. 83 da Lei n. 9.430/1996 e o art. 34, da Lei n. 9.249/1995, se aplicados ao caso concreto, não autorizam a instauração de inquérito policial para apurar a prática de crime contra a ordem tributária, “sob a clara ameaça de caracterização de coação e constrangimento ilegal” (fl. 14).

Aduz que “o inquérito policial (...) não pode prosseguir, face ao direito dos pacientes de, através de pagamento, extinguir a punibilidade de crime contra a ordem tributária” (fl. 16).

Requer o deferimento de medida liminar suspensiva do ato impugnado e, afinal, a concessão da ordem, para trancar o Inquérito n. 144/2000, em curso no 2<sup>a</sup> Distrito Policial do Município de Assis — SP

O pedido liminar foi indeferido (fl. 55).

Foram prestadas as informações pertinentes, com juntada das principais peças processuais.

O Ministério Público Federal propende à denegação da ordem, sob o entendimento de que “a existência de procedimento administrativo fiscal em curso não impede a abertura de inquérito policial” e, ainda, que é incabível o exame aprofundado de provas em **habeas corpus**”.

Redistribuídos em 17.12.2003, vieram os autos conclusos em 07 de janeiro de 2004.

É o relatório.

#### VOTO

O Sr. Ministro Paulo Medina (Relator): fundamenta-se a impetração na assertiva de que o inquérito policial não pode prosseguir, por atipicidade da conduta, uma vez que o milho comercializado, objeto da autuação fiscal, não se destinou à alimentação humana, mas ao propósito de suprir ração animal.

É iterativa a jurisprudência do STJ no sentido de que o trancamento do inquérito policial por falta de justa causa só é cabível quando evidente, de plano, a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou, ainda, a ausência de indícios de autoria.

Do mesmo modo, está assentado o entendimento de que as esferas administrativa e penal são autônomas, de sorte que a instauração de ação penal consulta ao interesse público e não depende do esgotamento de procedimento administrativo em curso.

A propósito, destaco os seguintes precedentes:

“Recurso ordinário em **habeas corpus**. Processual Penal. Indiciamento em inquérito policial instaurado para apurar supostos crimes contra a ordem tributária. Trancamento. Impossibilidade. Ausência de justa causa. Necessidade de exame aprofundado de provas. Esferas administrativa, civil e penal. Autonomia.

Em sede de **habeas corpus**, conforme entendimento pretoriano, somente é viável o trancamento de ação penal ou inquérito policial por falta de justa causa quando, prontamente, desponta a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou se acha extinta a punibilidade, circunstâncias não evidenciadas na espécie.

‘Encontra-se assente em doutrina e jurisprudência que as instâncias penal e administrativa são autônomas. Assim, a circunstância de não-conclusão da apuração administrativa não tem o condão, e nem deve ter, de obstaculizar a instauração de **persecutio criminis**’.

Assentada jurisprudência desta Corte no sentido de que a simples instauração de inquérito policial destinado a apurar conduta em tese delituosa, como no caso, não constitui constrangimento ilegal.

Recurso ordinário desprovido.”

(RHC n. 14.031/SP, Relator Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 09.12.2003, p. 296)

“Penal e Processual. Imposto de renda. Pessoa física. Movimentação financeira. Conta bancária. Sigilo. Quebra. Inquérito policial. Trancamento.

O processo administrativo fiscal não é condição de procedibilidade para a instauração de ação penal e o artigo 83 da Lei n. 9.430/1996, não constitui óbice à investigação promovida pelo Ministério Público.

A Lei n. 9.311/1996 não impede a instauração de procedimento criminal com o objetivo de apurar eventual cometimento de crime contra a ordem tributária.

Não há falar em competência por prevenção, quando se trata de procedimentos pré-processuais diversos e autônomos, com pedidos e causas de pedir distintos, atinentes, respectivamente, a infrações de natureza fiscal e penal.

Os sigilos bancário e fiscal não constituem direito absoluto e devem ceder quando razões de interesse público, devidamente fundamentadas, demonstrarem a conveniência de sua quebra, mediante ordem judicial.

Decisão judicial suficientemente motivada, proferida na vigência da Lei n. 10.174/2001, de aplicação imediata, a partir de sua publicação.

O trancamento de inquérito policial via **habeas corpus** é medida de exceção, admissível quando emerge dos autos, de forma inequívoca, sem dilação probatória, a atipicidade da conduta e a inocência do acusado.

Ordem denegada.

(HC n. 23.649/ES, Relator o Ministro Paulo Medina, DJ de 19.12.2003, p. 625)

O auto de infração noticia a supressão de R\$ 1.280.276,51 (hum milhão, duzentos e oitenta mil, duzentos e setenta e seis reais e cinqüenta e um centavos), devidos a título de ICMS (fls. 118/121).

A argüição, como foi posta em causa, não prospera, de vez que o tema desborda da via eleita, na medida em que demanda o reexame e, sobretudo, a valoração, para efeito de prova, de documentos que não estão nos autos.

Com efeito, cabe ao impetrante fazer prova pré-constituída de suas alegações e, no entanto, não foram juntadas as notas fiscais e as declarações oferecidas pelos clientes da empresa, tendentes a demonstrar a destinação do milho comercializado.

Por fim, registro que a representação fiscal foi oferecida após transcorrido o prazo para o pagamento do auto de infração e, ao contrário do que alega o impetrante, a instauração do inquérito policial não impede o contribuinte de proceder ao pagamento do tributo devido antes do recebimento da denúncia e, por esta via, alcançar a extinção da punibilidade dos pacientes.

Posto isso, denego a ordem.

---

**HABEAS CORPUS N. 20.978 — SC (2002/0020324-6)**

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido

Impetrante: Marlon Charles Bertol

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

Paciente: Luiz Roberto da Silva Germiniani

Sustentação oral: Marlon Charles Bertol, pelo paciente

**EMENTA**

**Habeas corpus.** Penal e Processual Penal. Tráfico ilícito de entorpecentes. Substituição de pena. Crime equiparado a hediondo. Exame dos requisitos subjetivos. Exame aprofundado da prova. Ordem denegada.

1. A Lei dos Crimes Hediondos, porque faz incompatíveis os delitos de que cuida com as penas restritivas de direitos, exclui a incidência da Lei n. 9.714/1998, modificativa da Parte Geral do Código Penal, por força do artigo 12 do próprio diploma penal material brasileiro (“As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso.”).

2. A motivação do **decisum** não é alcançada pela coisa julgada (Código de Processo Civil, artigo 469, inciso I).

3. A pertinência subjetiva da pena alternativa requisita o exame aprofundado do conjunto fático-probatório, incabível no âmbito angusto do remédio heróico.

4. 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 maioria, denegar a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Vencido o Sr. Ministro Fontes de Alencar. Os Srs. Ministros Paulo Gallotti, Vicente Leal e Fernando Gonçalves votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília, 3 de junho de 2002 (data do julgamento).

Ministro Fernando Gonçalves, Presidente

Ministro Hamilton Carvalhido, Relator

---

Publicado no DJ de 06.10.2003

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: **Habeas corpus** contra a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina que, dando parcial provimento ao apelo interposto por Luiz Roberto da Silva Germiniani, reduziu para 3 anos de reclusão a pena imposta pela prática do delito tipificado no artigo 12 da Lei n. 6.368/1976, negando-lhe, no entanto, os benefícios da Lei n. 9.714/1998.

Alega o impetrante que “(...) é conclusão lógica e irrefutável que em crimes hediondos ou a eles equiparados, como o tráfico ilícito de entorpecentes, é cabível



a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direito, não existindo qualquer outra vedação legal à sua concessão, sendo direito público subjetivo do réu a substituição da pena quando lhe for mais benéfica, desde que preenchidos todos os requisitos estipulados pelo art. 44 do CP, com a nova redação dada pela Lei n. 9.714/1998, especialmente os subjetivos contidos no inciso III do dispositivo, devendo-se avaliar e interpretar-se, não obstante a substituição, a pena imposta mostra-se suficiente à repressão e à prevenção genérica do crime.” (Fls. 14/15)

Sustenta que “inexistindo óbice legal à substituição da pena privativa de liberdade por pena alternativa, frente às circunstâncias do delito, da pequena quantidade apreendida, frente à condenação ao cumprimento de 3 anos de reclusão (que, óbvio, não é superior a 4 anos), em face a ter sido preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos da Lei n. 9.714/1998, e sendo a substituição direito público subjetivo do réu, esta é medida que se impõe”. (Fl. 16)

Em aditamento à inicial, afirma o impetrante que não se está mais a discutir, na espécie, a aplicabilidade da Lei n. 9.714/1998 ao paciente, condenado por crime equiparado a hediondo, mas tão-somente o preenchimento dos requisitos subjetivos necessários à concessão do benefício nela previsto.

Pugna, ao final, pela substituição da pena privativa de liberdade imposta ao paciente por restritiva de direitos.

Liminar indeferida às fls. 42/43 dos autos.

Informações prestadas às fls. 46/49.

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

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Senhor Presidente, **habeas corpus** contra a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina que, dando parcial provimento ao apelo interposto por Luiz Roberto da Silva Germiniani, reduziu para 3 anos de reclusão a pena imposta pela prática do delito tipificado no artigo 12 da Lei n. 6.368/1976, negando-lhe, no entanto, os benefícios da Lei n. 9.714/1998.

Alega o impetrante que “(...) é conclusão lógica e irrefutável que em crimes hediondos ou a eles equiparados, como o tráfico ilícito de entorpecentes, é cabível a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direito, não existin-

do qualquer outra vedação legal à sua concessão, sendo direito público subjetivo do réu a substituição da pena quando lhe for mais benéfica, desde que preenchidos todos os requisitos estipulados pelo art. 44 do CP, com a nova redação dada pela Lei n. 9.714/1998, especialmente os subjetivos contidos no inciso III, do dispositivo, devendo-se avaliar e interpretar-se, não obstante a substituição, a pena imposta mostra-se suficiente à repressão e à prevenção genérica do crime.” (Fls. 14/15)

Sustenta que “inexistindo óbice legal à substituição da pena privativa de liberdade por pena alternativa, frente às circunstâncias do delito, da pequena quantidade apreendida, frente à condenação ao cumprimento de 3 anos de reclusão (que, óbvio, não é superior a 4 anos), em face a ter sido preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos da Lei n. 9.714/1998, e sendo a substituição direito público subjetivo do réu, esta é medida que se impõe”. (Fl. 16)

Em aditamento à inicial, afirma o impetrante que não se está mais a discutir, na espécie, a aplicabilidade da Lei n. 9.714/1998 ao paciente, condenado por crime equiparado a hediondo, mas tão-somente o preenchimento dos requisitos subjetivos necessários à concessão do benefício nela previsto.

Razão não assiste ao impetrante.

**Ab initio**, é de se considerar que as normas gerais do Código Penal aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso, a teor do que dispõe o artigo 12 do próprio diploma penal material, que ora se invoca:

“As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso.”

Tem-se, assim, que o próprio Código Penal disciplina as suas relações com as leis penais materiais especiais.

De tanto, resulta que a Lei n. 9.714/1998, precisamente porque modificativa da parte geral do Código Penal, somente se aplica aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso (artigo 12 do Código Penal).

E a Lei n. 8.072/1990 dispõe de modo diverso das normas gerais do Código Penal, estabelecendo, como estabelece, na letra do seu artigo 2º, que a pena prisional do crime de tráfico de entorpecentes será cumprida integralmente em regime fechado, o que faz tal ilícito penal incompatível com a Lei n. 9.714/1998, referente a sanções penais de liberdade.

Esta, aliás, a iterativa jurisprudência dos Tribunais Superiores, incluídamente do Pretório excelso, **verbis**:

“**Habeas corpus**. Tráfico ilícito de entorpecentes. Condenação à pena privativa de liberdade inferior a 4 anos. Substituição por pena restritiva de direitos (Lei n. 9.714/1998). Impossibilidade. O benefício da substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, previsto nos artigos 44 e seguintes do Código Penal, com as modificações introduzidas pela Lei n. 9.714/1998, não se aplica ao crime de tráfico de entorpecentes, delito equiparado a hediondo, tendo em vista o disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, que determina expressamente o cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Precedentes. **Habeas corpus** indeferido.” (HC n. 81.259/PE, Relatora Ministra Ellen Gracie Northleet, in DJ de 15.03.2002)

“**Habeas corpus**. Tráfico ilícito de entorpecente (Lei n. 6.368/1976). Substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos (Lei n. 9.714/1998): inaplicabilidade.

1. O preceito insito no artigo 44 do Código Penal, com a redação dada pela Lei n. 9.714/1998, é regra geral, não podendo ser aplicado à Lei n. 6.368/1976, visto tratar-se de lei especial.

2. A pena privativa de liberdade por crime previsto na Lei de Tóxicos, equiparável a crime hediondo, tem que ser cumprida integralmente no regime fechado em face da Lei n. 8.072/1990, impossibilitando assim a sua conversão em pena restritiva de direitos.

3. **Habeas corpus** indeferido.” (HC n. 79.567/RJ, Relator Ministro Maurício Corrêa, in DJ de 14.12.1999)

“Processual Penal. **Habeas corpus**. Maus antecedentes. Conceito. Individualização da pena. Fundamentação suficiente. Exame de provas. Inidoneidade do *writ*. Tráfico de entorpecentes. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Impossibilidade. Delito equiparado a hediondo. Regime prisional integralmente fechado.

— O conceito de maus antecedentes não se confunde com o de primariedade, que diz respeito à ausência de condenação transitada em julgado, sendo certo que para a configuração dos maus antecedentes basta que se verifique a participação do agente em práticas outras que se mostrem repreensíveis.

— Constando da sentença a necessária e adequada fundamentação, indicativa de ser o réu portador de maus antecedentes, não merece censura a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

— É certo que o **habeas corpus**, pela sua magnitude constitucional, como instrumento de proteção da mais relevante franquia democrática, o direi-

to de locomoção, não pode sofrer restrições descabidas. Todavia, o seu rito especial, no qual não há espaço para dilação probatória, impossibilita a sua utilização para o deslinde de temas que envolvam longa indagação sobre matéria de fato.

— *Em tema de tráfico ilícito de entorpecentes, este Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento afirmatório da impossibilidade de substituição de pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito, e, na linha do pensamento predominante no Supremo Tribunal Federal, tem proclamado de que a Lei n. 9.455/1997, que admitiu a progressão do regime prisional para os crimes de tortura, não revogou o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, que prevê o regime fechado integral para os chamados crimes hediondos.*

— **Habeas corpus** denegado.” (HC n. 18.864/MS, Relator Ministro Vicente Leal, in DJ de 1º.04.2002 — nossos os grifos)

“Penal. Crime hediondo. Substituição de pena e progressão de regime prisional. Impossibilidade.

1. *Segundo proclamado pelo STF, a Lei n. 9.714/1998 ao alterar os arts. 44 e seguintes do Código Penal, no que tange à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, não se aplica aos crimes hediondos que têm regulação específica. O condenado por tráfico (art. 12, da Lei n. 6.368/1976), não tem direito ao benefício.*

2. A Lei n. 8.072/1990, art. 2º, § 1º, impõe nos denominados crimes hediondos — o regime fechado, vedada a progressão, conforme fixado pelo STF no julgamento do HC n. 69.603.

3. A Lei n. 9.455, de 1997 não revoga, por extensão, o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990. Esta impede a progressão nos denominados crimes hediondos relativos ao terrorismo, tráfico ilícito de entorpecentes etc. Já aquela, consagra o benefício apenas (unicamente) para o delito de tortura. Não se pode pretender, na hipótese, a revogação por via oblíqua, porque (1) a nova lei não é incompatível com a anterior e dela difere apenas por questão de política criminal, no tocante ao regime prisional de um dos vários crimes qualificados como hediondos. Ademais, (2) a matéria versada na Lei n. 8.072/1990 não foi disciplinada de modo diverso a dar azo ao entendimento de sua revogação.

4. Neste sentido, inclusive, a jurisprudência do STF que, em sessão plenária (25.03.1998), no julgamento do HC n. 76.371, concluiu que a Lei n. 9.455/1997 (Lei de Tortura), quanto à execução da pena, não derroga a Lei n. 8.072/1990.

5. Recurso conhecido, mas improvido.” (REsp n. 317.618/SP Relator Ministro Fernando Gonçalves, in DJ de 04.02.2002 — nossos os grifos)

E quando se admitisse, o que se faz apenas **ad argumentandum tantum**, a aplicabilidade da Lei n. 9.714/1998 aos delitos equiparados a hediondos, e o trânsito em julgado não do dispositivo do **decisum**, mas, sim, de seus fundamentos (Código de Processo Civil, artigo 469, inciso I), ainda assim, razão não assistiria ao impetrante no pleito de deferimento de resposta penal alternativa.

É que, assentando a Corte Estadual o não-preenchimento, pelo paciente, dos requisitos subjetivos necessários à concessão do aludido benefício, descabe, na angusta via do remédio heróico, o exame aprofundado do material fático-probatório, indubiosamente reclamado na análise da “culpabilidade, dos antecedentes, da conduta social e da personalidade do condenado, bem como dos motivos e das circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente” (inciso III do artigo 44 do Código Penal, com a disciplina da Lei n. 9.714/1998).

Veja-se, a propósito, excerto do **decisum** Estadual:

“No que tange à substituição por pena alternativa, entendo que na espécie, as circunstâncias indicam que a substituição não exsurge suficiente à prevenção e repressão do crime.

Embora primário, o recorrente dispunha de sofisticado aparato para a realização da atividade ilícita.

A pouca quantidade da droga apreendida, **data venia**, por si só, não enseja certeza moral da inexistência de sérios riscos à sociedade, decorrentes da repercussão da branda resposta.

Convencido, ao menos no momento, de que é possível a substituição, mas que o caso não se enquadra nas hipóteses excepcionalíssimas em que a medida seja suficiente à prevenção e repressão da hedionda prática, mantenho a reclusão e o respectivo regime.” (Fls. 37/38)

De tanto, resulta que, para além de não preencher o requisito legal-objetivo, ou melhor, para além de legalmente vedada a substituição da pena ao paciente, condenado por crime equiparado a hediondo, tem-se que a própria Corte Estadual, no que se fez imodificável por este Superior Tribunal de Justiça, assentou a não-satisfação dos requisitos subjetivos, diante da inequívoca perniciosidade social da conduta do paciente, concretamente deduzida do grande aparato logístico ameaçado para a prática da mercancia odiosa.

Pelo exposto, denego a ordem.

É o voto.

## VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Senhor Presidente, acompanho o voto do Ministro-Relator pelos dois fundamentos.

## VOTO-VENCIDO

O Sr. Ministro Fontes de Alencar: Sr. Presidente, há um fato: a aplicação de pena restritiva de liberdade inferior a quatro anos.

Meu entendimento — e assim tenho votado — é no sentido de que a circunstância de se encontrar o delito entre aqueles tidos, em princípio, como hediondo por si só não afasta a aplicação do artigo 44 do Código Penal.

Pedindo vênua ao eminente Ministro-Relator, concedo a ordem de **habeas corpus** para fazer a substituição de pena.

## VOTO

O Sr. Ministro Vicente Leal: Sr. Presidente, com ressalva do meu ponto de vista, afirmativo de que, na hipótese, era de rigor a incidência do novo modelo de substituição da pena, mas na linha do pensamento já consolidado no âmbito da Terceira Seção, que afasta a aplicação do novo regramento aos chamados crimes previstos em leis especiais, acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator.

Denego a ordem de **habeas corpus**.

---

**HABEAS CORPUS N. 21.863 — MG (2002/0050027-6)**

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido

Impetrante: Edmilson Schiavino Ferrari

Advogados: Gilson Fonseca e outro

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Paciente: Edmilson Schiavino Ferrari (Preso)

## EMENTA

**Habeas corpus**. Processual Penal. Associação para o tráfico. Negativa de autoria. Reexame de prova. Materialidade delitiva. **Delicta facti-transeunti**. *Writ* parcialmente conhecido e denegado.

1. A alegação de inexistência do fato-crime imputado, enquanto reclama o exame do conjunto da prova, é estranha ao âmbito angusto do **habeas corpus**.

2. “(...) Formal por natureza própria, a integração elementar do crime de associação prescinde da apreensão de substância entorpecente traficada ou a traficar” (RHC n. 1.096/RJ, Relator Ministro José Dantas, in DJ de 06.05.1991), reclamando, como de fato reclama, tão-somente, concurso de duas ou mais pessoas, de forma estável ou permanente, visando especificamente à traficância.

3. *Writ* parcialmente conhecido e 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, conhecer parcialmente do *writ* e denegar a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Paulo Medina e Fontes de Alencar votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Paulo Gallotti. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Brasília, 10 de junho de 2003 (data do julgamento).

Ministro Hamilton Carvalhido, Presidente e Relator

---

Publicado no DJ de 04.08.2003

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: **Habeas corpus** contra a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que, improvando o apelo interposto por Edmilson Schiavino Ferrari, preservou-lhe a pena de 3 anos de reclusão, a ser integralmente cumprida em regime fechado, imposta pela prática do delito tipificado no artigo 14 da Lei n. 6.368/1976.

Tem-se dos autos que o paciente, serventuário da Justiça, restou denunciado, em 23 de março de 2000, juntamente com outras nove pessoas, dentre elas, Agentes da Polícia Civil e a própria Delegada de Governador Valadares — MG, pela prática de associação para o tráfico ilícito de drogas, com as causas de aumento descritas nos incisos II e IV do artigo 18 da Lei de Tóxicos.

Especificamente, havia contra ele acusações de prevaricação, objeto de outra denúncia anteriormente oferecida, e de associação para o tráfico, consubstanciada

no apoio logístico a traficantes, valendo-se, para tanto, da aproximação que tinha com a então Delegada Maria Aparecida, também denunciada como incurso no artigo 12 da Lei n. 6.368/1976.

Consta que o paciente, em 13 de agosto de 1999, dirigiu-se à Delegacia de Polícia e, com o consentimento da Delegada, serviu de escolta a Valdemar Silva — preso em flagrante, na véspera, por tráfico ilícito de entorpecentes —, para suposto exame médico, isto sob a alegação de que o preso era portador de *hanseníase*.

Regularmente instruído, culminou o feito com a condenação do paciente à pena de 3 anos de reclusão, pela prática de associação para o tráfico (artigo 14 da Lei n. 6.368/1976).

Irresignado, interpôs competente recurso de apelação, no qual, em preliminar, aduziu nulidade da sentença por não indicar os motivos de fato e de direito em que se fundara, e, no mérito, sob a alegação de que tão-somente pretendia atender a pedido de um amigo no sentido de conduzir o irmão deste, portador de *hanseníase*, a um hospital especializado na doença, pugnou pela absolvição ou pela substituição da pena privativa de liberdade.

O recurso restou improvido, e o acórdão obteve a seguinte ementa:

“Tóxicos — Tráfico de entorpecentes — Associação — Denúnciação caluniosa — Delegada de polícia e policiais civis — Detento — Serventuário da justiça — Preliminares de nulidade — Rejeitadas — Autoria e materialidade comprovadas — Penas alteradas — Possibilidade de progressão do regime prisional para o condenado pelo crime do art. 14 da Lei n. 6.368/1976 — **in dubio pro reo** — Absolvição — Pedido de redução da pena — Réu primário e sem antecedentes criminais — Acolhimento — Substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos — Impossibilidade — Reconhecimento da agravante da reincidência — Provimento parcial do recurso ministerial.” (Fl. 60)

Ainda descontente, interpôs o paciente, concomitantemente ao presente *writ*, recurso especial que, inadmitido, ensejou a interposição do agravo de instrumento protocolizado nesta Corte sob o n. 484.555/MG.

Neste **habeas corpus**, alega o impetrante que o paciente restou condenado por mera presunção, eis que “(...) Presumiram os julgadores que a interferência do impetrante, junto à delegada, era baseada em ‘interesse escuso na soltura temporária do preso’, mas sequer disseram que interesse era este.” (Fl. 8)

Sustenta que “(...) mesmo ante a falta de prova da existência do crime (o acórdão diz que a prova da materialidade é ‘despicienda’), condenou o impetrante, sem



apresentar qualquer argumento ou fato demonstrativo, seja da existência do crime (materialidade), seja da autoria.” (Fl. 12)

Aduz, mais, que “(...) Em momento algum a sentença e acórdão mostram a existência do dolo necessário à configuração do crime de associação para tráfico.” (Fl. 24)

Pugna, ao final, seja declarada a nulidade “(...) da ação penal instaurada contra o impetrante, a partir da denúncia, que não imputa ao impetrante fatos que tipifiquem o crime pelo qual foi condenado, ou a partir da sentença, inclusive, que condenou o impetrante por um crime que não existiu e que não consta da descrição fática da denúncia, ou, ainda, em última hipótese, para que aguarde o julgamento dos recursos extraordinário e especial em liberdade, ordenando-se a expedição de alvará de soltura.” (Fls. 34/35)

A liminar foi indeferida às fls. 312/313 dos autos.

As informações da autoridade indigitada coatora estão às fls. 415/416.

O **habeas corpus** impetrado em favor da co-ré, **HC** n. 20.971/MG, teve seu conhecimento negado por esta egrégia Sexta Turma, em 06 de agosto de 2002.

O Ministério Público Federal veio pelo não-conhecimento do *writ*, em parecer assim ementado:

“1. **Habeas corpus**. *Processual Penal*.

2. Paciente condenado por conduta tipificada no artigo 14, da Lei n. 6.368/1976.

3. Alegação de não-caracterização do delito, com análise fática do conjunto probatório. Improriedade da sede eleita, para mergulho aprofundado na prova colhida.

4. Não-conhecimento do *writ*.” (Fl. 455)

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Senhores Ministros, em longo petição, busca o impetrante demonstrar a injustiça da condenação do paciente que, segundo alega, teve seu nome incluído na acusatória inicial somente em razão da necessidade de se solidificar as provas contra a Delegada de Polícia que, outrora, teria tido um entreeiro com um magistrado da Comarca de Governador Valadares/MG.

Sustenta-se que as provas colhidas na instrução criminal não se prestam a um juízo condenatório, resumindo-se em meras presunções dissociadas da verdade real.

Afirma-se que a materialidade delitiva é pressuposto para a condenação, devendo a mesma ser demonstrada ainda nos crimes que não deixam vestígios.

Ao que se tem, no entanto, tal como ocorrera com o **habeas corpus** da corré (HC n. 20.971/MG), já julgado por esta Corte, não se credencia o presente *writ* ao conhecimento.

É que se está, por indubitado, a pretender puro e simples reexame de prova, à moda de segunda apelação, de todo incabível na via angusta do **habeas corpus**.

Ora, como sabido, não se presta o remédio heróico a veicular questões que demandam profunda incursão no conjunto da prova, como sói acontecer nos casos em que se busca a absolvição do agente, fundada em argumentos, ademais, já rechaçados em sede de apelação.

Vejam-se, por elucidativos, os seguintes excertos jurisprudenciais:

“Pedido de **habeas corpus** em que se pleiteia absolvição, ou nulidade do processo. Inidoneidade do remédio judicial para o reexame de prova. Inexistência da nulidade argüida. Indeferimento do *writ*.” (HC n. 58.774/SP, Relator Ministro Djaci Falcão, in DJ de 03.07.1981)

“**Habeas corpus**. Absolvição. Nulidade. Ausência de provas para a condenação. Redução da pena. Revisão criminal. Pretensão de aguardar em liberdade o julgamento.

Conhecimento apenas parcial do pedido por versar aspectos não apreciados na apelação criminal, aplicando-se entendimento da Corte no sentido da inviabilidade do **habeas corpus** se o fundamento invocado não chegou a ser examinado em segundo grau.

*A tese da absolvição, porque ligada ao exame das provas realizado pelo julgado, não cabe ser apreciada nos limites estreitos do habeas corpus.*

Não há como admitir, por falta de amparo legal, que o paciente aguarde solto o julgamento de sua revisão criminal. O ajuizamento da ação revisional não suspende a execução da sentença penal condenatória, não se podendo estender ao condenado, nessa situação, o benefício do art. 594 do Código de Processo Penal. Precedentes da Corte.

**Habeas corpus** conhecido, em parte, mas indeferido.” (HC n. 74.078/RJ, Relator Ministro Ilmar Galvão, in DJ de 25.04.1997 — nossos os grifos)

“HC. Desconstituição de decisão de 2ª grau. Alegação de contrariedade à prova dos autos. Improriedade do meio eleito. Ordem denegada.

I - O **habeas corpus** se constitui em meio impróprio para o exame de alegações que exijam o reexame do conjunto fático-probatório — como a

aduzida contrariedade à prova dos autos da decisão que anulou sentença absolutória proferida por Tribunal popular, determinando a realização de novo Júri — tendo em vista a incabível dilação que se faria necessária.

II - A desconstituição do julgado só é admitida em casos de flagrante ilegalidade — o que não restou evidenciado **in casu**.

III - Ordem denegada.” (HC n. 8.920/MS, Relator Ministro Gilson Dipp, in DJ de 21.06.1999)

A alegação de inexistência de crime, portanto, quando admitida em **habeas corpus**, reclama a demonstração inequívoca, **primus ictus oculi**, inócurrenente na espécie, limitando-se, como de fato se limitou a afirmar o impetrante-paciente que não fora efetivamente reconhecido pela vítima e que o co-réu Emerson, retratando-se em juízo, admitiu sua participação no delito juntamente com uma pessoa de nome diverso do paciente.

Veja-se, a propósito, a fundamentação da sentença condenatória, bem como do próprio acórdão estadual que, na suficiência de suas motivações, restaram incólumes às censuras da diligente defesa:

— Sentença —

“(…)

Edmilson, por sua vez, que efetivamente tinha livre trânsito junto à acusada Maria Aparecida, tanto é que conseguiu dela, apresentando-lhe a testemunha Daniel, que não retardasse ato de ofício, com um simples pedido verbal, consistente na não-apresentação, de uma arma que havia desaparecido da Secretaria do Juizado Criminal da Comarca. Aliás, não precisou a sua intervenção direta, bastando a sua presença nas dependências da delegacia.

Demonstrando definitivamente que Edmilson participava do esquema de Maria Aparecida, logrou ele êxito em retirar das dependências da DRSP um traficante que havia sido preso em flagrante por ter em depósito certa quantidade de substância tóxica, altamente lesiva, o *crack*, sem que para isso necessitasse de escolta alguma. Curiosamente, apesar de todos os envolvidos alegarem que este preso, Waldemar Silva, teria sido liberado por ser portador de hanseníase e que a liberação se deu por volta de 17 horas, outro indivíduo foi preso naquele dia pela Polícia Federal, guardando substancial quantidade de drogas, que lhe foram repassadas, para que guardasse, por Waldemar Silva, no mesmo dia, por volta de 14h30min.

(…) Que mal era esse de que padecia Waldemar, senão a necessidade de tratar de esconder com outra pessoa a droga que a Polícia Militar não encontrara em sua casa?

As alegações não convencem e estão a indicar que Edmilson também fazia parte do esquema montado pela acusada Maria Aparecida Pinto para propiciar o tráfico de drogas nesta cidade.

Os fatos foram objeto de investigação pelo Ministério Público, pela Polícia Militar, pela Polícia Federal, bem como pela CPI do narcotráfico, da Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais e, finalmente, vieram à apreciação judicial, oportunidades em que as conclusões foram, na essência, as mesmas, ou seja, de que uma *associação criminosa estava montada pelos indignados cidadãos, cuja finalidade era o tráfico ilícito de drogas e a sua facilitação*.

Como se disse antes, a associação criminosa é delito de difícil comprovação, em face da necessidade de se adentrar no impenetrável, o subjetivo dos agentes, mas não é impossível em face do comportamento e dos atos externos, sendo a conclusão operado por dedução. *Do conjunto probatório, deduz-se que existia a convergência de vontades e interesses do grupo formado por Maria Aparecida Pinto, Adriano Dias Costa, Sioney Monteiro, Márcio Flauzino, Edmilson Schiavini Ferrari, Jaider Costa Vila Real e, também, Edson Quirino, mas este último não está em julgamento, visto que o processo, quanto a ele, encontra-se desmembrado em razão de sua fuga do distrito de culpa, que ocasionou o decreto de sua custódia preventiva.*

*Não há que se falar da efemeridade da ação do grupo, visto que, conforme restou demonstrado, as condutas se amoldam e se entrelaçam umas às outras, de sorte a levar a cabo a empresa criminosa, mantida de forma organizada e com atribuições específicas para cada um de seus membros. Em verdade, investigações posteriores certamente levarão à descoberta de outros elementos que compunham o grupo criminoso.*

O que é lamentável, triste mesmo, neste processo, é ver-se que estão nele envolvidas pessoas que tinham o dever moral e legal de dar combate ao crime. Pessoas nas quais a sociedade depositava confiança, muitas vezes entregando-lhes a própria sorte nas mãos, confiando nelas. O sentimento de pesar que invade o espírito do julgador é ver, principalmente, que a ação delituosa do grupo visava, principalmente, detentos de uma cadeia pública que, sabidamente, pior que outras, era uma masmorra, humilhante e degradante para as pessoas já marcadas pela marginalidade e que mereciam respeito e tratamento adequado para poderem ser inseridos novamente no núcleo social, já tão difícil de ser conseguido. Ao contrário, eram empurradas mais profundamente para o abismo da desgraça criminosa, lançando-os mais ainda na desesperança. É lamentável.

(...)” (fls. 116/117 — nossos os grifos).

— Acórdão —

*“Edmilson Schiavini Ferrari*

Pretende o ora apelante sua absolvição pelo crime do art. 14 da Lei n. 6.368/1976 ou a substituição da pena privativa de liberdade, sob a alegação de que sua conduta limitou-se, tão-só, a conduzir o detento Waldemar Silva, que fora autuado em flagrante, naquele dia, sob a acusação de tráfico de entorpecentes, para exames médicos, pois o mesmo sofria de hanseníase.

Ora, difícil imaginar que o ora apelante, um serventuário da Justiça, interferisse em favor de um preso como traficante de drogas, a pedido de um irmão deste, para conduzi-lo até o hospital, sob o pretexto de que o mesmo era portador de hanseníase, sem escolta policial nenhuma, se não tivesse algum interesse escuso na soltura temporária do preso. E não bastasse a irregularidade da liberação autorizada pela delegada, logo na saída da Delegacia, Edmilson se separou do suposto leproso e de seu irmão, permitindo que estes dois tomassem rumo desconhecido. O depoimento de José Marcos Silva (fls. 1.334/1.335), irmão de Waldemar, relata que ‘... procurou o advogado Edmilson, uma vez que já o conhecia e ele já resolvera alguns problemas de documentos para o depoente; então Edmilson acompanhou o depoente até a delegacia, com o objetivo de explicar a delegada a dificuldade em se conseguir o laudo; na delegacia foram prestadas as informações, achando por bem então a delegada de liberar Waldemar para que fosse ao médico; Waldemar foi liberado aos cuidados do depoente e de Edmilson, sem escolta; saindo da delegacia, estava passando um conhecido do depoente, que deu carona a este e seu irmão, tomando Edmilson outro rumo, pois teria que trabalhar...’.

Oportuno lembrar, conforme narrado nas páginas iniciais deste voto, que Waldemar fora preso horas depois, em sua casa, por policiais militares e encaminhado à Polícia Federal. Na tarde deste mesmo dia, foi preso Nilton Gonçalves de Oliveira, vizinho de Waldemar, quando foram apreendidos cerca de 2.700g de maconha e 600g de cocaína, droga esta pertencente a Waldemar, que pedira a Nilton para guardar, com a promessa de recompensá-lo depois.

Tentando reparar a conduta ilícita praticada, Edmilson procurou, por volta das 18 horas do dia do fato, uma sexta-feira, o Juiz de Direito, em plantão de fim de semana, Dr. Oswaldo Oliveira Araújo Firmo, para lhe pedir uma autorização de prisão domiciliar para um leproso, preso por crime relativo a tóxico, sob a alegação de que o pedido era da delegada. Como o Juiz de Direito exigiu-lhe o pedido por escrito, tal não foi possível.

Diante da evidente conduta criminosa de Edmilson, sua participação na cobertura do tráfico de entorpecentes, sua associação com a delegada Maria Aparecida, acertada se mostrou a decisão monocrática de condená-lo pelo crime do art. 14 da Lei n. 6.368/1976. A materialidade exigida pela defesa, conforme dito na preliminar, é desnecessária para o referido delito, pois o mesmo não deixa vestígios.

O pedido alternativo de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito também não merece acolhida, porquanto a conduta social do apelante, um serventuário da Justiça, não obstante ter sido designado a título precário, não foi condizente com seu cargo público, de servidor do Poder Judiciário, de quem se esperava, no mínimo, um comportamento idôneo e rigorosamente legal.

(...)” (fls. 76/78).

E não se alegue, de resto, ausência de materialidade delitiva, que teria, aliás, sido dispensada na Corte *a quo*, eis que, como já decidido por este Superior Tribunal de Justiça, “(...) formal por natureza própria, a integração elementar do crime de associação prescinde da apreensão de substância entorpecente traficada ou a traficar.” (RHC n. 1.096/RJ, Relator Ministro José Dantas, *in* DJ de 06.05.1991), reclamando, como de fato reclama, tão-somente, concurso necessário de duas ou mais pessoas, finalidade específica dos agentes voltada ao cometimento de delitos e estabilidade ou permanência.

Em uma palavra, o delito tipificado no artigo 14 da Lei de Tóxicos não é de essência intranseunte, que vai bem descrito, em todas as suas circunstâncias, na acusatória inicial e teve a sua existência bem demonstrada na sentença condenatória.

De qualquer modo, editado o decreto condenatório, restam preclusas as questões referentes à denúncia, como é da jurisprudência do excelso Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

**“Habeas corpus.**

— Já se firmou a jurisprudência desta Corte no sentido de que, depois da sentença condenatória, não se tem de cogitar da inépcia da denúncia, mas, sim, de defeito da sentença.

— Não é o **habeas corpus**, pelo seu rito sumário, o meio processual hábil para o reexame aprofundado dos fatos e das provas necessário para a formação de juízo de valor sobre suspeição por duas vezes afastada na ação penal.

— *Improcedência da alegação de os termos da pronúncia e do acórdão que a manteve terem sido capazes de determinar o convencimento do Tribunal do Júri.*” (HC n. 73.594/SP, Relator Ministro Moreira Alves, in DJ de 06.12.1996 — nossos os grifos)

“Recurso ordinário em **habeas corpus**. 2. Crime eleitoral. Injúria. 3. *Alegação de inépcia da denúncia. Preclusão. Descabe falar em inépcia da denúncia, após a edição de sentença condenatória.* 4. Prescrição da pretensão punitiva. Hipótese em que não se cuida de prescrição da pretensão punitiva, porque transitada em julgado a decisão condenatória. 5. Quanto à fundamentação, atenta-se contra o art. 93, IX, da Constituição, quando o **decisum** não é fundamentado; tal não sucede, se a fundamentação, existente, for mais ou menos completa. Mesmo se deficiente, não há ver, desde logo, ofensa direta ao art. 93, IX, da Lei Maior. 6. Atipicidade do fato, por ausência do elemento subjetivo. Inviabilidade de reexame de provas, em **habeas corpus**. 7. Recurso indeferido, ressalvando aos pacientes requererem, no Juízo da Execução, a declaração de prescrição da pretensão executória da sentença.” (RHC n. 75.975-9/MG, Relator Ministro Néri da Silveira, in DJ de 25.02.2000 — nossos os grifos)

Pelo exposto, conheço parcialmente do **habeas corpus** e o denego.

É o voto.

---

### HABEAS CORPUS N. 23.039 — RJ (2002/0072261-2)

Relator: Ministro Paulo Gallotti

Impetrantes: Eduardo de Moraes e outros

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

Pacientes: Alberto Figueiredo Júnior e Vivian Gomes Borges

Sustentação oral: Guaracy Freitas, pelo Paciente

### EMENTA

**Habeas corpus.** Condenação pela prática de apropriação indébita e falsa comunicação de crime. Pretensão de aguardar em liberdade o julgamento dos recursos especial e extraordinário. Ordem denegada.

1. Como sabido, esgotado o exame da ação penal nas instâncias ordinárias, os recursos especial e extraordinário porventura interpostos não têm

efeito suspensivo, a teor do disposto no artigo 27 da Lei n. 8.038/1990, autorizando o cumprimento desde logo da decisão condenatória, conforme deixa certa compreensão assentada na Terceira Seção desta Corte, no julgamento do HC n. 21.843/SP, na sessão do dia 23.04.2003, Relator o Ministro Hamilton Carvalhido, onde fiquei vencido.

2. **Habeas corpus** denegado, cassada a liminar deferida.

### 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 taquígráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Paulo Medina e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Fontes de Alencar. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Brasília (DF), 26 de junho de 2003 (data do julgamento).

Ministro Paulo Gallotti, Relator

---

Publicado no DJ de 15.09.2003

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Cuida-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Alberto Figueiredo Júnior e Vivian Gomes Borges contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Os pacientes foram condenados, no Juízo de primeiro grau, à pena de 2 anos de reclusão, substituída por duas restritivas de direitos, pela prática de apropriação indébita, tendo o Tribunal de origem dado provimento ao apelo do assistente de acusação, estabelecendo as reprimendas em 5 anos e 1 mês de reclusão para Alberto Figueiredo Júnior e em 4 anos e 2 meses de reclusão para Vivian Gomes Borges, ambas no regime fechado, condenando-os, ainda, respectivamente, a 3 e 2 meses de detenção, no regime aberto, como incursos no artigo 340 do Código Penal, determinada a expedição de mandado de prisão.

Busca a impetração ver assegurado aos pacientes o direito de permanecer em liberdade até o trânsito em julgado do acórdão, alegando que “enquanto for cabível a interposição de recursos especial e extraordinário e, ainda, dos embargos de declaração, não pode o Tribunal **ad quem** decretar a prisão de quem quer que seja, sob pena de violação aos princípios constitucionais da presunção de inocência, da não-culpabilidade e do devido processo legal”.



A liminar foi deferida pelo Ministro-Presidente para sustar a expedição dos mandados de prisão.

Prestadas as informações, o Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator): A ordem não deve ser concedida.

Na verdade, não se trata aqui da possibilidade de aguardar solto o julgamento de recurso ordinário. Como sabido, esgotado o exame da ação penal nas instâncias ordinárias, os recursos especial e extraordinário porventura interpostos não têm efeito suspensivo, a teor do disposto no artigo 27 da Lei n. 8.038/1990, autorizando o cumprimento desde logo da decisão condenatória, conforme deixa certa compreensão assentada na Terceira Seção desta Corte, no julgamento do **HC** n. 21.843/SP, na sessão do dia 23.04.2003, Relator o Ministro Hamilton Carvalhido, onde fiquei vencido.

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça já tinham decidido nesse sentido:

A — “**Habeas corpus**. Sentença condenatória mantida em segundo grau. Mandado de prisão do paciente. Invocação do art. 5º, inciso LVII, da Constituição. Código de Processo Penal, art. 669. A ordem de prisão, em decorrência de decreto de custódia preventiva, de sentença de pronúncia ou de decisão de órgão julgador de segundo grau, é de natureza processual e concerne aos interesses de garantia da aplicação da lei penal ou de execução da pena imposta, após o devido processo legal.

Não conflita com o art. 5º, inciso LVII, da Constituição. De acordo com o § 2º, do art. 27, da Lei n. 8.038/1990, os recursos extraordinário e especial são recebidos no efeito devolutivo. Mantida, por unanimidade, a sentença condenatória, contra a qual o réu apelara em liberdade, exauridas estão as instâncias ordinárias criminais, não sendo, assim, ilegal o mandado de prisão que o órgão julgador de segundo grau determina se expeça contra o réu. **Habeas corpus** indeferido”.

(**HC** n. 68.726-1, Relator o Ministro José Néri da Silveira, DJ de 20.11.1992).

B — “**Habeas corpus**. Competência. Prisão antes do trânsito em julgado da decisão. Possibilidade.

1. Ato coator consistente em decisão de Tribunal proferida em ação originária.

(Competência do Supremo Tribunal Federal — Questão de Ordem no HC n. 67.263 e Rcl n. 317).

2. A ordem de prisão em decorrência de condenação pelo Tribunal ou de confirmação, em julgamento unânime, de sentença condenatória, tem natureza processual e objetiva a garantia da aplicação da lei penal ou da execução da pena, não a obstando a interposição de recurso extraordinário ou especial.

Não há conflito entre o art. 5º, LVII, da Constituição Federal, e o § 2º, do art. 27, da Lei n. 8.038/1990, uma vez que os recursos extraordinário e especial são recebidos apenas no efeito devolutivo. Precedentes do STF.

3. (...)”.

(HC n. 3.886/RS, Relator Ministro Assis Toledo, DJ de 27.11.1995)

Por fim, não há como falar em prestação de fiança, tema não tratado na origem.

Diante do exposto, denego o **habeas corpus**, cassando a liminar deferida. É como voto.

### HABEAS CORPUS N. 23.051 — SP (2002/0072680-5)

Relator: Ministro Paulo Gallotti

Impetrante: Ruy Freire Ribeiro Neto — Defensor Público

Impetrado: Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo

Paciente: Luiz Fabiano da Silva (Preso)

#### EMENTA

**Habeas corpus.** Sentença condenatória. Recurso da acusação. Agravamento do regime prisional operado pelo Tribunal de origem fora dos limites da irrisignação. Inadmissibilidade.

1. Não tendo o Ministério Público recorrido quanto ao regime prisional fixado na sentença, não pode o Tribunal **a quo** modificá-lo, sob pena de evidente constrangimento ilegal.

2. **Habeas corpus** deferido.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator.

Os Srs. Ministros Fontes de Alencar, Vicente Leal, Fernando Gonçalves e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 17 de outubro de 2002 (data do julgamento).

Ministro Paulo Gallotti, Relator

---

Publicado no DJ de 15.09.2003

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Cuida-se de **habeas corpus** impetrado pelo Dr. Ruy Freire Ribeiro Neto em favor de Luiz Fabiano da Silva, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo que deu provimento ao recurso de apelação do Ministério Público para aumentar a pena aplicada ao paciente, em virtude da prática de roubo qualificado na modalidade tentada, para 1 ano e 9 meses de reclusão, no regime inicial fechado.

Aduz o impetrante que o Tribunal de origem não poderia ter estabelecido o regime fechado para o cumprimento da sanção, se a reforma do regime prisional não foi requerida no recurso da acusação.

Dispensadas as informações, a Subprocuradoria Geral da República manifestou-se pela concessão da ordem, para se restabelecer o regime semi-aberto aplicado na sentença.

Relatei.

## VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator): A ordem deve ser concedida.

Da sentença de fls. 24/31, em seu dispositivo, verifica-se que o paciente foi condenado como incurso no artigo 157, combinado com o artigo 14, inciso II, do Código Penal, à pena de 1 ano e 4 meses de reclusão, estipulado o regime semi-aberto para seu cumprimento.

O Ministério Público, em seu recurso, pleiteou tão-somente o reconhecimento da causa de aumento relativa ao concurso de agentes, bem como da existência de concurso formal de delitos.

Não poderia a Corte Estadual, assim, como fez, ter estabelecido regime prisional mais rigoroso que o imposto na sentença.

Observe-se o acórdão, no que interessa:

“Inconformado com a sentença de fls. 86/93, proferida nos autos da Ação Penal n. 135/2001, pelo Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Taubaté, pela qual Luiz Fabiano da Silva e Diogo Motta Pereira da Silva foram condenados, ambos por infração ao artigo 157, **caput**, combinado com o artigo 14, II, do Código Penal, às penas de 01 ano e 04 meses de reclusão, e 4 dias-multa, no menor valor unitário cada um, o primeiro em regime semi-aberto, e o outro em regime aberto com **sursis**, apela o Ministério Público pleiteando o reconhecimento da causa de aumento relativa ao concurso de agentes, bem com do concurso formal de crimes, nos termos da denúncia, e a conseqüente agravação das apenações.

(...)

O Juiz sentenciante afastou a causa de aumento relativa ao concurso de agentes, desclassificando o delito para roubo simples, sob o argumento de que, no caso, a grave ameaça caracterizadora do crime de roubo teria consistido exatamente na pluralidade de agentes. Dessa forma, por seu raciocínio, se reconhecesse a qualificadora estaria incorrendo em **bis in idem**.

Mas, na verdade, e isso exsurge cristalino dos autos, em especial do depoimento das vítimas ouvidas em Juízo (fls. 50/51), a grave ameaça consistiu em promessa de agressão. Ou as ofendidas entregavam seus bens ou seriam agredidas pelos assaltantes. Essa promessa de agressão é que se prestou à caracterização da grave ameaça tipificadora do crime de roubo. E como tal grave ameaça foi exercida por dois agentes, tornando-se por isso mesmo mais efetiva — há aí um *plus* em relação à conduta praticada por um só agente — de rigor a incidência da causa de aumento elencada no inciso II do § 2º do artigo 157 do Código Penal.

Já o apregoadado concurso formal de crimes não encontra respaldo na prova acusatória. O roubo foi tentado. E se é certo que a tentativa não inibe por si só o reconhecimento do concurso formal, menos certo não é que, mesmo nos casos de **conatus**, esse reconhecimento depende da comprovação de que mais de um patrimônio seria violado pela ação criminosa. Na hipótese, porém, sequer chegou a ocorrer o desapossamento de bens, já que os agentes foram presos em flagrante ainda no início do **iter criminis**. Nessas condições não é lícito presumir, contra os acusados, a violação de mais de um patrimônio. Bem andou nesse ponto o magistrado sentenciante ao reconhecer a ocorrência de crime único.

De qualquer modo, tendo-se os réus por incurso no artigo 157, § 2º, II, combinado com o artigo 14, II, do Código Penal, cumpre sejam redimensionadas as respectivas apenações.

Luiz Fabiano já se envolveu em outras infrações penais, consoante demonstram as certidões de fls. 44/45 e a folha de antecedentes de fls. 70/71. No entanto, contava com menos de 21 anos quando dos fatos, pelo que suas sanções devem partir do mínimo legal, de 04 anos de reclusão, e 10 dias-multa. Presente uma única causa de aumento, relativa ao concurso de agentes, essas penas devem ser elevadas em 1/3. E a seguir, por força da tentativa, reduzidas em 2/3, já que pequeno o *iter criminis* percorrido. Obtém-se, desse modo, as novas penas finais de 01 ano, 09 meses e 10 dias de reclusão, e 04 dias-multa. Diante da nova classificação do crime, da exasperação das sanções, e do seu envolvimento anterior com o mundo do crime, a revelar que ostenta personalidade violenta e deformada, característica incompatível até mesmo com a semiliberdade, iniciará o cumprimento da privativa de liberdade em regime fechado.

(...)

Assim, dá-se parcial provimento ao apelo ministerial para reconhecer a incidência da causa de aumento relativa ao concurso de agentes, tendo os réus por incurso no artigo 157, § 2º, II, combinado com o artigo 14, II, do Código Penal; em consequência, majorar as penas aplicadas aos acusados, fixando-as, para cada um deles, em 01 ano, 09 meses e 10 dias de reclusão, e 04 dias-multa; e, ainda em decorrência, estabelecer o regime fechado para o desconto inicial da pena privativa de liberdade imposta ao co-réu Luiz Fabiano da Silva. No mais, fica confirmada a sentença de primeiro grau.” (Fls. 37/41)

Como dito, a determinação do novo regime prisional não houvera sido objeto do apelo do Ministério Público, decorrendo apenas da avaliação dos fatos pelo Tribunal de origem, providência inaceitável porque de evidente caráter constrangedor.

Vejam-se os precedentes:

A — “Processual Penal. Estelionato e furto. Recurso da acusação. Regime prisional. Agravamento da condenação. Limites do apelo. Nulidade.

— Os recursos interpostos contra as decisões condenatórias devem limitar-se estritamente ao alegado no apelo, não havendo que se falar em amplitude do efeito devolutivo.

— Atacada a decisão do Juízo de primeiro grau por recurso do Ministério Público, postulando, tão-somente, a condenação do paciente também pelo

delito de furto qualificado, é nulo o acórdão que, além de condenar o réu, modifica o regime prisional fixado na sentença, extrapolando os limites da apelação.

— **Habeas corpus** concedido.”

(HC n. 16.915/PR, Relator Ministro Vicente Leal, DJ de 18.02.2002)

B — “**Habeas corpus** — Agravamento do regime penal imposto ao réu — Capítulo da sentença que não foi impugnado pelo Ministério Público — Recurso do *Parquet* com efeito devolutivo limitado — Impossibilidade desse agravamento em sede recursal — Julgamento **ultra petita** — Pedido deferido.

O princípio **tantum devolutum quantum appellatum** condiciona a atividade processual dos Tribunais em sede recursal. Sendo assim, não é lícito ao Tribunal, quando do julgamento de recurso interposto pelo Ministério Público, ultrapassar os limites temáticos fixados na petição recursal subscrita pelo órgão da acusação penal.

A reforma da sentença, em ponto que não havia sido impugnado pelo Ministério Público, e da qual resulte o agravamento do **status poenalis** do condenado, por constituir pronunciamento **ultra petita**, não admitido pelo sistema processual, configura situação tipificadora de injusto constrangimento ao **status libertatis** do paciente.”

(HC n. 71.822-1/DF — STF, Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 04.11.1994)

Diante do exposto, concedo o **habeas corpus**, para que o cumprimento da pena imposta ao paciente na ação de que se cuida se dê inicialmente no regime semi-aberto.

É como voto.

---

#### HABEAS CORPUS N. 23.104 — SC (2002/0074125-2)

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido

Impetrante: Francisco de Assis Iung Henrique

Impetrado: Desembargador, Segundo Vice Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

Paciente: Jackson Zacki Yussuf

Sustentação oral: Márcio Seadi Filho, pelo paciente, Irene Coifman Branchtein, Subprocuradora-Geral da República

## EMENTA

**Habeas corpus.** Processual Penal. Apelação. Ministério Público. Prazo. **Dies a quo.** Intimação pessoal. Inequívoca ciência. Ordem denegada.

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

2. Tal entendimento em nada se confunde com aqueloutro em que a instituição do Ministério Público, excluindo toda possibilidade de intimação pessoal do membro do *Parquet*, cria serviço administrativo com atribuição exclusiva de recebimento, cadastramento e entrega de feitos a seus membros, caso em que se tem como realizada a intimação no momento em que o serviço administrativo da instituição faz a entrega dos autos ao seu integrante com atribuição, fixada pelo ato de documentação respectivo (carimbo de remessa), acrescido o seu prazo do dobro daquele assinado pelo artigo 798 do Código de Processo Penal, tempo próprio do trâmite administrativo do feito, de forçoso cômputo diante da lei e do princípio da razoabilidade.

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 maioria, denegar a ordem de **habeas corpus**, cassada a liminar anteriormente deferida, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Vencido o Sr. Ministro Paulo Medina. Os Srs. Ministros Paulo Gallotti e Fontes de Alencar votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Brasília (DF), 27 de maio de 2003 (data do julgamento).

Ministro Hamilton Carvalhido, Presidente e Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: **Habeas corpus** contra a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina que, provendo apelo do Ministério Público local, condenou Jackson Zacki Yussuf às penas de 4 anos de reclusão e 60 dias-multa, pela prática de tráfico ilícito de entorpecentes.

Colhe-se dos autos que, por fatos ocorridos em 24 de agosto de 2000, foi o ora paciente, juntamente com Antônio Siqueira da Silva, denunciado como incurso nas sanções dos artigos 12 e 14 da Lei n. 6.368/1976.

Segundo a inicial acusatória, a Polícia Federal vinha realizando investigações no intuito de combater o tráfico de entorpecentes na região de Barra Velha — SC, tendo obtido informações de que o paciente, residente da vizinha cidade de Joinville, era “forte distribuidor de drogas naquela cidade”.

Na data supra-referida, o paciente se deslocou à cidade de Barra Velha para, conforme consta, encontrar-se com o primeiro denunciado, Antônio Siqueira da Silva, que já o esperava.

Antecipando-se ao paciente, agentes da polícia, munidos de mandado judicial, adentraram na residência em que se encontrava Antônio Siqueira da Silva, em busca de substância entorpecente.

Não logrando êxito na empreitada, no entanto, resolveram aguardar a chegada do paciente que, ainda segundo a denúncia, teria estacionado o veículo camioneta em frente à casa, mas, desconfiando da movimentação, empreendera tentativa de fuga, momento em que foi surpreendido pela polícia.

Já no interior da residência, intensificaram-se as buscas, de modo que foram encontrados em compartimento oculto do veículo do primeiro denunciado, aproximadamente 5,06 kg de cocaína e 3,90 kg de crack.

Lavrado o auto de prisão em flagrante, foram os acusados regularmente processados, sendo que diversamente do co-réu, que foi condenado a 4 anos e 2 meses de reclusão, e ao pagamento de multa de 60 dias-multa, restou o paciente absolvido, por insuficiência de provas (Código de Processo Penal, artigo 386, incisos IV e VI).

Encaminhados, os autos foram recebidos no Ministério Público em 10 de julho de 2001, tendo a Promotora de Justiça apostado seu ciente no dia 27 do mesmo mês e interposto o competente recurso de apelação, em 1<sup>a</sup> de agosto seguinte.

Em contra-razões, levantou a defesa preliminar de intempestividade, rechaçada pela Corte Estadual, ao seguinte fundamento:

“(…)



O Ministério Público foi intimado da sentença de fls. 274 a 281, conforme certidão de fl. 293 em 27.07.2001 (6<sup>a</sup>-feira), e o recurso de apelação foi interposto no dia 1<sup>a</sup>.08.2001 (4<sup>a</sup>-feira) iniciando-se, então, o prazo no dia subsequente, nos precisos termos do art. 798, § 1<sup>o</sup>, do CPP

O artigo 593 do Código de Processo Penal é bastante claro ao dispor que:

Caberá apelação criminal no prazo de 5 (cinco) dias:

I - das sentenças definitivas de condenação ou absolvição proferidas por juiz singular.

(...)

Assim, a petição de apelação foi ajuizada em 1<sup>a</sup>.08.2000, conforme consta à fl. 310, no quinto dia do prazo recursal, portanto, tempestivamente.

Nesses termos, a preliminar é rechaçada.” (Fls. 193/194)

Opostos, então, embargos de declaração, foram rejeitados sob a seguinte ementa:

“Embargos de declaração. Alegada omissão do acórdão sobre a análise da preliminar de intempestividade do recurso. Omissão inexistente.

Observância do disposto no art. 800, § 2<sup>o</sup>, do CPP.

Recurso conhecido e rejeitado.” (Fl. 215)

Daí, o presente *writ*, em que se sustenta que a intimação do representante do Ministério Público se efetiva no momento em que o processo é entregue no gabinete para ciência e, não, na data de oposição do seu cliente nos autos.

Pugna-se, pela concessão da ordem para que seja reconhecida a intempestividade do recurso de apelação do Ministério Público ou, alternativamente, seja sobrestado o cumprimento do mandado de prisão até o trânsito em julgado da decisão condenatória.

A liminar, indeferida pela Presidência desta Corte, foi reconsiderada pelo então Relator, Ministro Vicente Leal, que atribuiu efeitos infringentes aos embargos de declaração contra ela opostos, determinando a “(...) *suspensão dos atos de execução do acórdão impugnado até o julgamento do presente writ.*” (Fls. 275/276)

As informações, prestadas pela autoridade apontada como coatora, estão às fls. 279/280 dos autos.

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

“**Habeas corpus**. Tráfico de entorpecentes. Condenação após provimento de apelo ministerial. Intimação. Ciência pessoal. Intempestividade. Inocorrência. Efeito suspensivo a recursos excepcionais. Impossibilidade. Via inadequada. Parecer pela denegação da ordem.” (Fl. 290)

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Senhores Ministros, a questão está na ocorrência ou não do trânsito em julgado da sentença para a parte autora da ação penal e, por conseqüência, em saber qual o **dies a quo** do prazo para o Ministério Público recorrer, se a data de recebimento dos autos pela instituição, ou a data de oposição do ciente pelo membro do *Parquet*.

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

Esta é a espécie dos autos e, não, aquela outra em que a instituição do Ministério Público, excluindo toda possibilidade de intimação pessoal do membro do *Parquet*, cria serviço administrativo com atribuição exclusiva de recebimento, cadastramento e entrega de feitos a seus membros, caso em que se tem como realizada a intimação no momento em que o serviço administrativo da instituição faz a entrega dos autos ao seu integrante com atribuição, fixada pelo ato de documentação respectivo (carimbo de remessa), acrescido o seu prazo do dobro daquele assinado pelo artigo 798 do Código de Processo Penal, tempo próprio do trâmite administrativo do feito, de forçoso cômputo diante da lei e do princípio da razoabilidade.

**In casu**, do que se infere dos autos, a Promotora de Justiça somente teve inequívoca ciência da sentença em 27 de julho de 2001, data em que apôs o seu ciente, tendo interposto o recurso de apelação em 1º de agosto seguinte, dentro, portanto, do quinquídio legal.

Nesse sentido, o seguinte precedente do excelso Supremo Tribunal Federal:

“Penal. Processual Penal. **Habeas corpus**. Recurso. Tempestividade. Dúvida. Livramento condicional. CP art. 83, IV.

I - O prazo para recurso do Ministério Público começa a fluir da data em que o referido órgão teve inequívoca ciência da decisão recorrida. Em caso de dúvida, deve-se decidir em favor de sua admissibilidade. Precedentes do STF: **HC** n. 70.719/BA, Néri, DJ de 25.04.1997; RE n. 132.031/SP, C. de Mello, RTJ 159/19.943 e **HC** n. 71.342/SP, Velloso, DJ de 20.04.1995.

II - Não havendo prova de que o representante do Ministério Público fora intimado da decisão em data anterior, há que prevalecer a data em que ele após o seu “ciente”.

III - Impossibilidade de se conceder o livramento condicional, porque não preenchidos todos os pressupostos para a sua concessão (CP, art. 83, IV).

IV - **HC** indeferido.” (**HC** n. 77.144/SP, Relator Ministro Carlos Velloso, in DJ de 27.04.2001)

Pelo exposto, denego a ordem, cassando a liminar deferida.

É o voto.

## VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Senhor Presidente, V. Ex<sup>a</sup>. deixou bem clara a posição que sustenta quanto a ambos os fundamentos.

Quanto ao primeiro, não tenho nenhuma dúvida, porque assim também penso. V. Ex<sup>a</sup>. deixou certo que, na hipótese, não há como encontrar outro referencial que não seja o “ciente”, porque parece que os autos teriam sido colocados à disposição ou coisa semelhante. Acresça-se, ainda, que a intimação se deu nas férias forenses, e o Supremo Tribunal Federal tem entendido que o prazo de intimação não corre nesse período. Mas este aspecto não foi enfocado.

Acompanho integralmente o voto de V. Ex<sup>a</sup>. quanto ao primeiro fundamento, denegando a ordem de **habeas corpus**.

Também o faço no tocante ao segundo fundamento, e muito confortavelmente, porque no julgamento a que V. Ex<sup>a</sup>. se referiu na Seção fui voto-vencido. Tenho que, enquanto não transitada em julgado a sentença condenatória, não há como determinar-se a prisão do réu, caso não se mostrasse necessário o seu encarceramento.

Num ponto estamos absolutamente concordes: não existe mais execução provisória. V. Ex<sup>a</sup>. também sustenta isso. Só que o Tribunal de origem assentou que a interposição provável ou mesmo concreta de recurso que não tenha efeito suspensivo, como o especial e o extraordinário, não tem o condão de evitar que se expeça o mandado de prisão, porque já se teria aí uma manifestação das instâncias ordinárias acerca do mérito da causa, o que, de certa forma, já apontaria para a necessidade de assegurar a aplicação da lei penal.

De qualquer forma, ressaltando meu ponto de vista, acompanho o voto de V. Ex<sup>a</sup>. para denegar a ordem.

### VOTO-VENCIDO

O Sr. Ministro Paulo Medina: Sr. Presidente, voltei-me à exposição de V. Ex<sup>a</sup>., perante a qual pude observar que as várias correntes interpretativas foram analisadas no seu voto. Tão-só me cumpre, eis que foram esgotados os fundamentos por V. Ex<sup>a</sup>., filiar-me a que me parece mais consentânea com a igualdade das partes.

Assim, peço vênia a V. Ex<sup>a</sup>. e ao Ministro Paulo Gallotti para reconhecer intempestivo o recurso porque não contado a partir do momento em que, efetivamente, o Judiciário dispôs ao Ministério Público o conhecimento dos autos.

Concedo a ordem para restabelecer a sentença absolutória.

### VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Fontes de Alencar: Senhor Presidente, as posições expostas por V. Ex<sup>a</sup>. já são conhecidas.

Com as minhas homenagens ao Senhor Ministro Paulo Medina, acompanho o voto de V. Ex<sup>a</sup>.

Denego a ordem de **habeas corpus**.

---

### HABEAS CORPUS N. 23.133 — SP (2002/0075406-4)

Relator: Ministro Paulo Gallotti

Impetrante: Raimundo Oliveira da Costa

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

Paciente: Ricardo Soares Consentino (Preso)

### EMENTA

**Habeas corpus.** Delito de tráfico de entorpecentes. Droga apreendida em veículo estacionado no interior de quartel. Alegação de competência da Justiça Militar. Exame de prova. Impossibilidade.

1. A definição do tipo de delito militar que se pretende ver afirma-

do exige sua prática em lugar sujeito à administração castrense, circunstância, por certo, dependente de exame de prova, impossível de realizar no âmbito do **habeas corpus**, não se mostrando o fato de a droga ter sido apreendida em veículo estacionado no interior do quartel bastante, por si, para caracterizar o delito de tráfico como de competência da Justiça Militar.

2. **Habeas corpus** denegado.

### ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 22 de outubro de 2002 (data do julgamento).

Ministro Paulo Gallotti, Relator

---

Publicado no DJ de 15.09.2003

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Cuida-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Ricardo Soares Consentino contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que denegou o *writ* ali formulado.

O paciente foi condenado, pelo Juízo de primeiro grau, restando ainda pendente de julgamento recurso de apelação da defesa, à pena de 4 anos de reclusão, no regime integralmente fechado, pela prática de tráfico de entorpecentes, sustentando a impetração a nulidade do processo, que seria da competência da Justiça Militar e não da Justiça comum.

Prestadas as informações de estilo, o Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem.

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator): A meu ver, a ordem não deve ser deferida.

Consta do processado que o paciente foi condenado à pena de 4 anos de reclusão, no regime integralmente fechado, sendo negado o direito de recorrer em liberdade, em sentença, pendente de recurso da defesa e do Ministério Público, proferida pelo Juízo de Direito da 27ª Vara Criminal Central da Comarca da Capital de São Paulo, que reconheceu ter o réu violado o disposto no artigo 12, combinado com o artigo 18, da Lei n. 6.368/1976.

Registrou o magistrado de primeiro grau (fls. 85/86):

“Restou demonstrado, pelo conjunto probatório produzido no transcorrer da instrução criminal, que o acusado, realmente, nas condições de tempo e local descritas na denúncia, guardava no interior de um automóvel, com o fim de entrega a consumo de terceiros, 1.563,2 g (mil, quinhentos e sessenta e três gramas e dois decigramas), divididos em sete porções, da substância entorpecente popularmente conhecida como maconha, sem autorização legal.”

Busca o impetrante “a concessão da ordem para que se declare a incompetência jurisdicional comum para processar e julgar o paciente, anulando-se o processo-crime **ab initio**, determinando-se a renovação de todos os atos da instrução criminal e expedindo-se o competente alvará de soltura”.

A definição do tipo de delito militar que se pretende ver afirmado exige sua prática em lugar sujeito à administração castrense, circunstância, por certo, dependente de exame de prova, impossível de realizar no âmbito do **habeas corpus**, não se mostrando o fato de a droga ter sido apreendida em veículo estacionado no interior do quartel bastante, por si, para caracterizar o delito de tráfico como de competência da Justiça Militar.

Ademais, o tema não foi agitado na primeira instância até a prolação da sentença, mesmo sendo constituído o defensor do paciente, vindo a ser abordado como preliminar da apelação interposta contra a decisão condenatória, oportunidade em que certamente será melhor examinado.

Diante do exposto, denego a ordem.

É como voto.

#### VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Presidente): Senhores Ministros, acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator, denegando a ordem de **habeas corpus**.

É o voto.

**HABEAS CORPUS N. 25.376 — SP (2002/0150564-0)**

Relator: Ministro Fontes de Alencar  
Impetrante: José Edmilson Silva  
Advogados: José Henrique de Oliveira Mello e outros  
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo  
Paciente: José Edmilson da Silva (Preso)

**EMENTA**

**Habeas corpus.**

- Disparidade de situações entre co-réus impeditiva de aplicação em relação ao paciente, do disposto no art. 580 do Código de Processo Penal.
- Inteligência do art. 684 do Código de Processo Penal.
- Validade, no caso, do auto de prisão em flagrante.
- Prazo do processo. Peculiaridade do caso.
- 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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem de **habeas corpus**. O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido reservou-se para exame mais minucioso sobre a matéria. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti e Paulo Medina. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Brasília (DF), 22 de abril de 2003 (data do julgamento).

Ministro Fontes de Alencar, Relator

---

Publicado no DJ de 04.08.2003

**EXPOSIÇÃO**

O Sr. Ministro Fontes de Alencar: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo do recurso ordinário constitucional impetrado em favor de José Henrique de Oliveira, apontado como coator o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Transcrevo trecho da inicial:

“1. Consoante se infere dos documentos anexos, *José Edmilson Silva e Maria Cleny de Lima* (esta, provisoriamente libertada e hoje absolvida, pendendo apelo da Acusação em seu desfavor) foram presos e postos a ferros no dia 29 de novembro de 1997, restando denunciados, ele nas penas dos artigos 12, 18, incisos III (associação) e IV, da Lei 6.368/1976; art. 10, **caput**, da Lei n. 9.437/1997 e art. 329, **caput**, do Código Penal, todos combinados com o art. 69 do Código Penal”; e ela como incurso nos artigos 12, **caput** e 18, incisos III (associação) e IV, da Lei n. 6.368/1976”.

2. O varão empreendeu fuga no dia 28 de fevereiro de 1998;

3. Sua nova prisão ocorreu no dia 12 de abril de 2002.

4. Sucedeu, que todo o tempo em que esteve foragido, o paciente não teve, contra si, qualquer ordem de prisão. *Só quando provocado pela Autoridade Policial no dia 15 de abril de 2002 é que o MM. Juízo ordenou, pura e simplesmente, a expedição de mandado de prisão.*

5. Tal decisão, para revalidar os efeitos do auto de prisão em flagrante delito, com todo o respeito não se sustenta!” (Fl. 3)

Alega o impetrante: não-aplicação do art. 580, do Código de Processo Penal; ausência de fundamentação do decreto de prisão; nulidade do auto de prisão em flagrante, vez que lavrado por autoridade policial de outro Município; nulidade do processo em face da não-aplicação da **novatio legis in mellius**; e, excesso de prazo na instrução criminal.

A providência liminar pretendida indeferi (fl. 170).

O Ministério Público Federal opina pela denegação da ordem, assim sumariando seu parecer:

“**Habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário. Tráfico de drogas. Lei n. 10.409, de 2002. Inaplicabilidade. Prisão em flagrante. Paciente foragido por mais de 04 anos. Recaptura. Desnecessidade de prévia ordem judicial. Excesso de prazo não configurado. Processo complexo. Denegação da ordem.

A denúncia oferecida em desfavor do paciente foi recebida em 10 de dezembro de 1997, muito antes da entrada em vigor da Lei n. 10.409, de 2002. O interrogatório também ocorreu anteriormente. Sendo assim, as disposições da nova lei são inaplicáveis à espécie, nos termos do art. 2º do CPP.

O art. 684 do CPP dispõe, de modo claro, que “a recaptura do réu evadido não depende de prévia ordem judicial e poderá ser efetuada por qualquer pessoa”.



“Não prospera a alegada nulidade de flagrante decorrente do auto ter sido lavrado em comarca diferente de onde ocorreu a prisão.” (RSTJ 140/511)

Quanto ao excesso de prazo, não houve cooperação, ao menos culposa, pelo juiz e o prazo não pode ser considerado isoladamente porque existe uma seqüência de precatórias expedidas no feito que tornam mais complexa a instrução criminal e causam o excesso de prazo, tornando ainda mais flexível o prazo de 76 dias para o encerramento da instrução, que não é legal, mas sim judicial.

Parecer pela denegação da ordem.” (Fl. 173)

### VOTO

O Sr. Ministro Fontes de Alencar (Relator): Consta dos autos que o paciente foi preso em flagrante e posteriormente denunciado como incurso no art. 12, c.c. art. 18, incisos III e IV, da Lei n. 9.437/1997 e, art. 329, do Código Penal.

Registra o acórdão atacado:

“... considerando que a prisão foi mantida pelo juiz competente que até expediu mandado de prisão contra o paciente em face da fuga da cadeia pública, a questão, a esta altura, está completamente superada.

Direito à liberdade provisória o paciente não tem por estar sendo processado por tráfico ilícito de entorpecentes, aliás em larga escala (enorme a quantidade de tóxico apreendida em seu poder), seja à luz da Constituição Federal (art. 5º, inciso XLIII), seja por força de dispositivo da lei ordinária (art. 2º, inciso II, Lei n. 8.072/90)” (fl. 44).

Colhe-se do parecer do Ministério Público Federal:

“No que diz respeito à primeira assertiva, esta não merece prosperar. O paciente foi preso em flagrante delito em 29.11.1997. No dia 28.02.1998, empreendeu fuga da cadeia pública na qual se encontrava recolhido, sendo recapturado somente no dia 12.04.2002.

Assim sendo, estando o paciente foragido, desnecessário qualquer decisão fundamentada para sua recaptura, a teor do disposto no art. 684 do Código Processo Penal:

“A recaptura do réu evadido não depende de prévia ordem judicial e poderá ser efetuada por qualquer pessoa”.

Ademais, conforme se constata da leitura dos autos, o crime foi praticado em 1997 e até a presente data não foi possível encerrar a sua instrução

criminal, haja vista a ausência do paciente nesse longo período. Desse modo, sobressai a necessidade de ser mantida a cautelar do ora paciente visando garantir a aplicação da lei penal, já que permaneceu foragido por mais de 04 anos, razão, por si só, suficiente para se manter sua segregação cautelar.

#### Ementa

“RHC. Formação de quadrilha e latrocínio. Nulidade da denúncia. Ausência de exame de corpo de delito. Prisão preventiva. Réu foragido. Recurso desprovido.

I - A ausência do exame de corpo de delito direto não tem o condão de, por si só, invalidar o processo instaurado contra o paciente, se a denúncia descreve a prática de latrocínio, mas também, a de sua associação, em quadrilha armada, a outros 08 acusados, para fins de roubo, em tese, de cargas transportadas em caminhões.

II - A falta do r. exame ainda poderá ser suprida pelo exame de corpo de delito indireto, sendo que se não restar demonstrada a morte da vítima, durante a instrução criminal, o Julgador poderá operar a desclassificação do crime de latrocínio.

III - O simples fato de encontrar-se o paciente foragido, já obsta a pretendida revogação de sua prisão preventiva.

IV - Recurso desprovido.” (RHC n. 8.619/MG, STJ, Quinta Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 25.10.1999, p. 100).

(...)

Por outro lado, conforme bem patenteadado no v. acórdão recorrido a circunstância de ter o auto de prisão em flagrante sido lavrado na comarca próxima de São Paulo, malgrado haja o paciente sido preso na comarca próxima de São Roque, induz nulidade, porquanto a polícia não exerce e não exerceu nenhum ato de jurisdição.

A respeito do tema, já decidiu o egrégio Superior Tribunal de Justiça que “não prospera a alegada nulidade de flagrante decorrente do auto ter sido lavrado em comarca diferente de onde ocorreu a prisão” (RSTJ 140/511).

Atente-se, ainda, que o recebimento da denúncia e o interrogatório do réu ocorreram em data anterior à vigência da Lei n. 10.409/2002, razão pela qual as disposições constantes desta lei são inaplicáveis à espécie, a teor do disposto no art. 2º do Código de Processo Penal.

Por ultimado, no que concerne a alegação de que a custódia cautelar do paciente já superou, em muito, os prazos admitidos pela jurisprudência, tem-

se que devido à complexidade do feito, bem como a necessidade de expedição de cartas precatórias, razoável é a demora verificada. É o que anota o v. acórdão impugnado:

“Atente-se que, pouco tempo depois do flagrante, o paciente fugiu da cadeia e permaneceu foragido até o dia 15 de abril do corrente ano. A partir desta data é que se deve ser considerado eventual excesso de prazo.

O processo é complexo porque todas as testemunhas de acusação devem ser ouvidas por precatórias (fl. 133). Ao que tudo indica já foram inquiridas, pois a audiência estava designada para o dia 26 de agosto pp. Atualmente o douto magistrado está aguardando devolução das precatórias enviadas para inquirição de testemunhas de defesa (fl. 133)” (fl. 45 dos autos) (fls. 175/177).

Por fim, quanto à não-aplicação do art. 580, do Código de Processo Penal correta a decisão da Corte Estadual, pois a decisão em favor de um réu só poderá ser estendida a outro se forem idênticas as situações de ambos no mesmo processo, o que não ocorre no presente caso:

“Quanto ao fato de haver a co-ré Maria Cleny de Lima sido posta em liberdade em nada altera o posicionamento, na esfera processual, do paciente.

Na verdade, Maria Cleny, como dispõe a própria inicial, foi posta em liberdade porque, julgada em processo desmembrado acabou sendo absolvida (cf. fl. 3), enquanto que o paciente ainda não foi julgado” (fls. 45/46).

Ademais, acrescento ser irrelevante para o caso dos autos ter sido Maria Cleury de Lima “provisoriamente liberada”.

Por todo o exposto, denego a ordem.

### VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Presidente): Senhores Ministros, acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator, denegando a ordem de **habeas corpus**, com ressalva da aplicação da lei nova, porque me reservo para um exame mais minucioso sobre a matéria.

É o voto.

**HABEAS CORPUS N. 27.977 — MA (2003/0059382-6)**

Relator: Ministro Paulo Medina

Impetrante: Jomar Câmara

Impetrado: Desembargador-Relator do **Habeas Corpus** n. 3.182 do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão

Paciente: Benedito Pereira Mouzinho Filho (Preso)

**EMENTA**

Penal e Processual. Homicídio. Instrução criminal. Prazo. Excesso. Réus e defensores. Pluralidade. Testemunhas. Oitiva. Cartas precatórias. Alegações finais. Súmula n. 52/STJ.

O prazo para a conclusão da instrução criminal não é absoluto, fatal e improrrogável, e pode ser dilatado diante das peculiaridades do caso concreto.

A complexidade do feito, com pluralidade de réus, defensores e testemunhas residentes em cidades distintas, a demandar a expedição de cartas precatórias, confere certa flexibilidade ao prazo da instrução criminal.

Conquanto delongada, a instrução criminal encerrou, havendo a defesa apresentado alegações finais, o que atrai a incidência da Súmula n. 52/STJ.

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), 19 de fevereiro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Paulo Medina, Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Medina: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário com pedido liminar, em favor de Benedito Pereira Mouzinho Filho, contra acórdão da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão (fls. 27/31).

Por fatos ocorridos no princípio e até o dia 17 de setembro de 2001, o paciente foi preso em flagrante no dia 02 de outubro de 2001 e denunciado, juntamente com outros três indivíduos, por suposta infração ao artigo 121, § 2º, incisos IV e V, c.c. artigo 14, inciso II, do Código Penal.

Alega o impetrante que o paciente experimenta constrangimento ilegal, decorrente de excesso de prazo na formação da culpa, porquanto o réu está preso há 128 dias, contados ao tempo da impetração, sem que a instrução criminal chegue ao término.

Requer, liminarmente, a concessão da ordem, para revogar a prisão.

O pedido liminar foi indeferido (fl. 56).

O Ministério Público Federal opina pela denegação da ordem, sob o argumento de que o prazo é razoável, à vista da necessidade de ouvir testemunhas por meio de cartas precatórias.

O feito foi redistribuído em 17.12.2003 e concluso em 07.01.2004.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Paulo Medina (Relator): A prisão em flagrante delito, notificada pelo impetrante, decorre de infrações narradas na inicial acusatória, nos seguintes termos:

“No início do mês de setembro de 2001, a citada quadrilha planejou e realizou um roubo a uma agência bancária na vizinha cidade de Luzilândia — PI. O denunciado Luiz Alves de Brito e o quinto integrante da quadrilha, qualificado apenas como Carlos, executaram diretamente o crime, enquanto os demais ficaram encarregados de facilitar a fuga dos primeiros.

Após realizado o roubo, Luiz A. de Brito e Carlos empreenderam fuga rumo a este Município.

No dia 17 de setembro de 2001, os demais denunciados executaram o plano de resgate de seus comparsas, ficando acertado que apenas Benedito Pereira Mouzinho Filho e Lígia do Nascimento Costa se deslocariam até este Município, enquanto Francisco Eilson Renovato permaneceria em São Luís, local para onde Luiz A. de Brito e Carlos seriam levados, e onde seria feita a divisão do roubo.

Benedito P. M. Filho e Lígia N. Costa, então, alugaram um automóvel VW Fusca (auto de apresentação e apreensão de fl. 21), se dirigiram a este Município e, ao chegarem próximo ao povoado Carrapato, pararam o carro no acostamento, ocasião em que Luiz A. de Brito e Carlos saíram de dentro do matto, onde estavam escondidos, e entraram no automóvel.

Imediatamente os quatro criminosos seguiram viagem no sentido da Cidade de Chapadinha, com destino a São Luís, e, após poucos quilômetros rodados, cruzaram com uma viatura da polícia militar que vinha em sentido contrário.

Nessa ocasião, a patrulha policial, que, informada do roubo à agência bancária de Luzilândia, estava à procura do bando, sinalizou pedindo que os integrantes do VW Fusca parassem, sem, no entanto, ser atendida.

Os policiais, então, iniciaram uma perseguição aos quatro integrantes da quadrilha.

Certos de que não poderiam escapar da polícia, uma vez que o automóvel em que fugiam desenvolvia baixa velocidade, os bandidos combinaram que parariam o carro no acostamento, e, assim que a patrulha iniciasse a abordagem, matariam os policiais com disparos de armas de fogo que traziam consigo, e, em seguida, dariam continuidade à fuga.

E assim o fizeram. Pararam o carro, esperaram os policiais descerem da viatura, e, no momento em que estes se aproximavam do fusca, os quatro bandidos os surpreenderam, desferindo vários tiros em sua direção. Nesse momento, o Capitão Luís Fábio Siqueira, que não teve como se proteger do ataque traiçoeiro, foi alvejado no tórax. Os outros três integrantes da patrulha, Cabo Oriosvaldo Salazar Monteiro Filho, e os soldados Adriano Carvalho Vieira e Luís Gonzaga de Oliveira Filho, que, por erro de pontaria dos quadrilheiros, felizmente não foram atingidos, passaram a trocar tiros com os bandidos no intuito de se defenderem.

Os quatro fascínoras, então, diante da reação dos policiais, adentraram nas matas que margeiam a estrada e fugiram dos policiais. Estes, a fim de prestar socorro ao companheiro atingido e pedir reforço policial, vieram até esta Cidade.

Ao chegar no Hospital Municipal de Brejo, o Capitão Luís Fábio Siqueira recebeu os primeiros cuidados médicos, e, em seguida, diante de seu grave quadro clínico, foi levado a um hospital na Cidade de Chapadinha, onde, momentos depois, veio a falecer.

Pelo exposto, verifica-se que os quatro denunciados infringiram o disposto no artigo 288, parágrafo único, do Código Penal.

Além disso, o primeiro, à segunda e o quarto denunciados, ao matarem a vítima Luís Fábio Siqueira Silva, à traição e com o fim de assegurar a impunidade e a vantagem do crime de roubo cometido na Cidade de Luzilândia, praticaram o tipo do artigo 121, § 2º, IV e V, do Código Penal.

E, por fim, o primeiro, o segunda e o quarto denunciados, ao tentarem matar as vítimas Oriosvaldo Salazar Monteiro Filho, e os soldados Adriano Carvalho Vieira e Luís Gonzaga de Oliveira Filho, à traição e com o fim de assegurar a impunidade e a vantagem do mencionado roubo, violaram três vezes o tipo do artigo 121, § 2º, IV e V, c.c. art. 14, II, do Estatuto Penal.

O paciente foi interrogado em 07.08.2001 (fls. 20/24).

Informa o Juiz de Direito da Comarca de Brejo — MA que o processo contém vários acusados, com defensores distintos, e foi necessário expedir cartas precatórias para outras comarcas, até porque arrolaram, na defesa prévia, mais 2 (duas) testemunhas, residentes em São Luís.

Aduz que o paciente já constituiu vários advogados, o que contribuiu para o retardo da conclusão da instrução, em face de dificuldade nas intimações.

Registra, além disso, dificuldades materiais de conduzir processos de tal envergadura, que demanda ainda a escolta de presos que não podem ser realizadas sem planejamento prévio.

Consigna que “os acusados utilizam-se de todos os artifícios possíveis mirando dilatação de prazos em benefícios próprios em busca da liberdade” (fl. 26).

A Corte Estadual denegou a ordem, convencida de que (fl. 30):

“... em razão de obstáculo, que ao que se avista, propiciado por parte da

defesa e em complexo se tendo, como o certo ser o procedimento, é de se conceber, que o seu prolongamento, com a conseqüente inobservância dos prazos previstos em lei, não está, pois, a configurar qualquer hipótese, afronta ao sagrado direito de ir e vir do paciente, por se lhe justificar, pois, a aplicabilidade do princípio da razoabilidade.”

Com efeito, trata-se de processo caracterizado pela multiplicidade de réus, defensores e testemunhas, estas residentes em cidades distintas do distrito da culpa, a demandar a expedição de cartas precatórias, cujo cumprimento, como é cediço, implica certa dilação no trâmite processual.

O processo cuida de crime conexo a um assalto a banco e, assim, é de se admitir certa flexibilidade no curso da instrução criminal, de vez que a demora, conquanto significativa, atende, principalmente, ao interesse da defesa.

Ademais, conforme informações fornecidas pelo Juízo da Comarca de Brejo — MA, a instrução criminal encerrou e a defesa já apresentou suas alegações finais, o que atrai, na espécie, a incidência do Verbete n. 52, da súmula do STJ.

Posto isso, denego a ordem.

---

**PEDIDO DE EXTENÇÃO NO RECURSO ORDINÁRIO EM  
HABEAS CORPUS N. 11.851 — PR (2001/0113923-0)**

Relator: Ministro Fontes de Alencar

Requerente: Alcides Bittencourt Pereira

Requerido: Tribunal Regional Federal da 4ª Região

Paciente: José Edivan do Amorim

**EMENTA**

Pedido de extensão. Recurso em **habeas corpus**.

— Impossibilidade da extensão do decidido em recurso ordinário, se o interessado não teve sua situação pessoal examinada na instância local.

— Pedido denegado.



## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, indeferir o pedido de extensão. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti e Paulo Medina. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

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

Ministro Fontes de Alencar, Relator

---

Publicado no DJ de 12.05.2003

## EXPOSIÇÃO

O Sr. Ministro Fontes de Alencar: Trata-se de pedido de extensão dos efeitos da decisão proferida por esta Corte nos autos do RHC n. 11.851/PR.

O acórdão de que se pede tenha o respectivo efeito estendido exhibe a seguinte sinopse:

### “**Habeas corpus.**

— Necessidade da denúncia individualizar a conduta daquele a quem imputa o fato delituoso, para que o acusado possa realmente se defender. Assim não ocorrendo no caso concreto, impõe-se o trancamento da ação penal” (fl. 144).

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 143/148, Parecer de emissão da ilustre Subprocuradora-Geral da República Zélia Oliveira Gomes, com a seguinte ementa:

“Recurso em **habeas corpus**. Crime contra o Sistema Financeiro. Trancamento da ação penal. Deferimento de ordem a co-réu. Extensão.

‘A extensão da ordem pressupõe está em curso **habeas corpus** impetrado em favor de co-réu. Uma vez julgado, recebe-se a peça apresentada como reveladora de nova impetração’. Precedentes do STF.

Uma vez julgado o recurso cuja decisão pretende ver estendida, e transitada em julgado o v. acórdão, tendo retornado os autos à instância de origem, a súplica somente pode ser analisada através de nova impetração, devendo seguir o rito próprio, com pedido de informações, observada, inclusive a competência para seu julgamento que, no caso, não é do Superior Tribunal de Justiça.

No RHC n. 11.851/PR, apenas a situação do co-réu João Alves Filho foi analisada e tendo em vista as operações realizadas através de sua empresa Habitacional Construções Ltda, inclusive confrontando as provas existentes nos autos, pelo que eminentemente pessoal o motivo invocado para trancar a ação penal em relação a ele, descabendo a extensão pretendida pelo co-réu.

Parecer, em preliminar, pelo não-conhecimento da súplica. Pelo indeferimento do pedido, se apreciado o seu mérito”.

### VOTO

O Sr. Ministro Fontes de Alencar (Relator): À fl. 140 está a seguinte informação oriunda da Divisão de Processamento da Coordenadoria desta Turma:

“Os referidos autos do RHC n. 11.851/PR foram julgados pela egrégia Sexta Turma em sessão realizada no dia 16 de outubro de 2001, tendo sido proferida a seguinte decisão:

‘A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator.’ Publicado o acórdão no Diário da Justiça de 15 de abril de 2002, após o trânsito em julgado, os autos foram baixados definitivamente ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Guia n. 4.984 em 03 de julho de 2002”.

Busca o peticionário obter a extensão dos efeitos de decisão concessiva de **habeas corpus**, proferida por esta Corte, em favor de João Alves Filho, na qual se determinou o trancamento da ação penal quanto a este último.

Ocorre, todavia, que a decisão cuja extensão ora se busca transitou em julgado em 03.07.2003, sendo os autos do RHC n. 11.851/PR baixados definitivamente ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região em 08.07.2003, o que inviabiliza o conhecimento do pleito.

Da manifestação do Ministério Público reproduzo:

“No caso sob exame, a ordem foi concedida ao co-réu quando do julgamento de recurso ordinário, tendo o v. acórdão transitado em julgado, e os autos respectivos baixado à origem, conforme certificado à fl. 34.

Assim, sequer se pode conhecer da súplica como nova impetração, visto que haveria supressão de instância, tendo em vista que o ora requerente não figurou na impetração originária.

Impõe-se, pois, o não-conhecimento do pleito, devendo o requerente valer-se da impetração própria perante o Tribunal Regional Federal da 4ª Região para ver atendida sua pretensão” (fl. 146).

Realmente não foi José Edivam Amorim paciente no **habeas corpus** que o Tribunal Regional denegara (v. fls. 109/116).

Dessarte, não teve sua situação pessoal examinada na instância local. Haveria, como anotada pela signatária do parecer de fls. 143/148, supressão de instância.

Posto isso, denego o pedido.

---

**RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE  
SEGURANÇA N. 12.097 — MG (2000/0054065-0)**

Relator: Ministro Paulo Medina

Recorrente: Raquel Tadeu de Lima Saúde

Advogados: Sérgio Murilo Diniz Braga e outros

T. origem: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Impetrados: Presidente do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais e

Presidente da Fundação Mariana Resende Costa — Fumarc

Recorrido: Estado de Minas Gerais

Procuradores: Sérgio Pessoa de Paula Castro e outros

**EMENTA**

Recurso ordinário em mandado de segurança. Concurso público. Prova objetiva. Múltipla escolha. Questão viciada. Vício reconhecido pela banca examinadora. Conseqüência. Nulidade da questão. Recurso provido.

1. É desnecessário adentrar no mérito de questão de prova, quando se analisa fatos incontroversos e reconhecidos pela banca examinadora de concurso público. O Judiciário deve limitar-se em apreciar o respeito às normas legais e editalícias.

2. Quando a banca examinadora de concurso reconhece defeito em questão, só lhe é lícito deixar de anulá-la se adotar critério predeterminado de convalidação.

3. A adoção de critérios não previstos pelo edital para convalidar questão viciada fere o princípio do julgamento objetivo, que informa os certames públicos.

4. Não há litisconsórcio necessário quando a esfera jurídica de terceiros permanece intacta e, no caso, quando a concessão da ordem gera apenas expectativa de direito à nomeação.

5. Recurso ordinário provido.

### ACÓRDÃO

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

---

Publicado no DJ de 15.03.2004

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Medina (Relator): Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança, impetrado por Raquel Tadeu de Lima Saúde, contra ato do Presidente do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais — TCE/MG e do Presidente da Fundação Mariana Resende Costa — Fumarc, que adotou critérios diferenciados para anular questões de concurso público, ferindo seu direito líquido e certo (fls. 02/08).

A impetrante inscrevera-se como candidata no concurso para preenchimento de vagas do cargo de Inspetor de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, organizado pela Fumarc, tendo sido reprovada, segundo alega, por um ponto.

O certame, porém, apresentou questões de prova com erro, reconhecido pela banca examinadora. Destacam-se as questões de números 30 e 49, a primeira contendo duas alternativas corretas e a segunda contendo três alternativas corretas, quando o enunciado afirmava haver apenas uma.

Entretanto, apenas a questão de número 49 fora anulada.

A impetrante requer a anulação da questão de número 30, afirmando que padece do mesmo vício que levou a nulidade da questão número 49, atribuindo-se o ponto a todos os concorrentes.

Nas informações (fls. 56/59), o Presidente do TCE — MG afirma que o vício das questões não é o mesmo. Em princípio, as questões foram elaboradas para conter apenas uma assertiva correta. No entanto, o fato de haver duas opções corretas, que representam menos de 50% das alternativas, não retira o “potencial avaliativo” da questão, ao contrário do que se passa quando há três alternativas corretas. Finca-se no critério de anular questões que apresentem probabilidade de acerto aleatório de mais de 50%.

O Presidente da Fumarc afirma que a questão de número 30 fora aproveitada por apresentar duas alternativas que atendiam ao enunciado e a questão 49 fora anulada, pois seu objetivo “foi totalmente prejudicado pelos termos que redigida” (fls. 62/65).

O Tribunal **a quo** denegou a segurança (fls. 99/105), assim ementando:

Concurso público. Defeito de questões. Convalidação e anulação. Soluções adequadas. Inocorrência de ilegalidade.

Em concurso público de provas não cabe ao Judiciário apreciar as questões, mas tão-somente o aspecto da legalidade do procedimento seletivo e das soluções de convalidação ou de anulação acaso dadas pela banca examinadora a alguma questão impugnada, em tratamento igualitário de todos os candidatos.

No corpo do voto, quando a decisão aprecia o critério adotado pela autoridade impetrada, lê-se:

“As autoridades impetradas justificaram o procedimento adotado de anular uma questão (...) na qual o vício detectado envolvia mais de cinquenta por cento (...), atrapalhando o raciocínio de todos os candidatos e ensejando maior possibilidade de erro.

Tal raciocínio parece lógico e com razoável procedência, eis que levou ele, então, a banca examinadora a concluir que a questão n. (sic) comportava convalidação (...)”

Embargos de declaração opostos e rejeitados.

A impetrante maneja recurso ordinário (fls. 119/126), com vistas na reforma do aresto, alegando que insurge-se contra a divergência de critérios, não pretendendo que o Judiciário substitua a banca examinadora do concurso. Repudia, outrossim, o subjetivismo do acórdão recorrido ao apreciar o critério utilizado pela banca, no que diz respeito ao número de opções corretas, por questão, a “atrapalhar o raciocínio dos candidatos”.

As contra-razões (fls. 133/137) afirmam haver vícios distintos nas questões de prova, situações distintas a que não se pode dar solução igual.

O Ministério Público opina “pela denegação da segurança por não se ver configurado abuso de poder ou qualquer ilegalidade que justifique a impetração do writ” (fls. 149/154).

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Paulo Medina (Relator): O tema em debate diz respeito à nulidade de questão de prova de concurso público para preenchimento do cargo de Inspetor de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, redigida de forma a apresentar duas alternativas corretas.

É seu texto, conforme assevera a autoridade coatora (fls. 57/58):

“30) Assinale a opção que não se aplica ao Tribunal de Contas do Estado:

a) *promove a tomada de contas, inclusive quando não tenham sido prestadas no prazo legal.*

b) representa ao Poder competente sobre irregularidade ou abuso apurados.

c) acompanha e fiscaliza a aplicação das disponibilidades de caixa do Tesouro Estadual no mercado financeiro nacional de títulos públicos e privados de renda fixa, e sobre ele emite parecer para apreciação da Assembléia Legislativa.

d) submete à Assembléia Legislativa projeto de lei relativo à criação de cargo no seu quadro de pessoal.

e) *elabora seu Regimento Interno, por iniciativa exclusiva de seu Presidente, elege seu órgão diretivo e organiza sua Secretaria”.*

(Grifos do original)

As letras a e e estão corretas, vale dizer, respondem ao enunciado, e o candidato do certame que assinalou uma ou outra foi agraciado com um ponto. A questão, porém, não fora anulada.

Ainda constatando as palavras dos organizadores do concurso, outra questão, a de número 49, apresentou três assertivas corretas, de modo que fora anulada pela banca examinadora (fl. 58).

Segundo a autoridade coatora, na questão de número 30 a possibilidade de acerto aleatório é inferior a 50%, ao passo que na de número 49 a probabilidade ultrapassa este percentual, critério técnico que justificou convalidar a primeira e anular a segunda questão.

Por fim, arremata o Presidente do TCE/MG:

“Trata-se, no caso, portanto, de coisas diversas. Não há o mesmo vício ou defeito de formulação nas questões de n. 30 e de n. 49. A de n. 30 tinha apenas duas opções corretas (de letras *a* e *e*) e três incorretas (letras *b*, *c* e *d*), portanto, menos de cinquenta por cento de respostas válidas, o que não retira seu potencial avaliativo. Mesmo assim, com duas opções corretas, a Impetrante assinalou uma alternativa incorreta” (f. 57).

(Grifos do original)

Entretanto, resta inconteste que há vício na questão de número 30. Reconhece-o a autoridade máxima do certame. Não se trata, pois, de substituir a banca examinadora em suas funções, malferindo a jurisprudência deste egrégio STJ (e meu entendimento pessoal, que expressei nos trabalhos da Terceira Seção desta Casa, na quarta-feira, 11 de fevereiro deste ano), mas de verificar a conseqüência jurídica dos fatos apreciados pela própria banca examinadora.

Uma pesquisa na jurisprudência mostra que o assunto não é corriqueiro, o que o torna, a um tempo, difícil e desafiador.

Dentre as decisões desta Casa, uma aproxima-se da espécie vertente: o REsp n. 174.291 — DF, assim ementado, no que interessa:

Administrativo — Recurso especial — Concurso público — Dissídio pretoriano comprovado e existente — Auditor Tributário do DF — Prova objetiva — Formulação dos quesitos — Duplicidade de respostas — Erro material — Princípio da legalidade dos atos — Nulidade.

(...) 2. Por se tratar de valoração da prova, ou seja, a análise da contrariedade a um princípio ou a uma regra jurídica no campo probatório, porquanto não se pretende que esta seja mesurada, avaliada ou produzida de forma diversa, e estando comprovada e reconhecida a duplicidade de respostas, tanto pela r. sentença monocrática, quanto pelo v. acórdão de origem, afasta-se a incidência da Súmula n. 07/STJ (cf. Ag n. 32.496/SP).

3. Consoante reiterada orientação deste Tribunal, não compete ao Poder Judiciário apreciar os critérios utilizados pela Administração na formulação do julgamento de provas (cf. RMS ns. 5.988/PA e 8.067/MG, entre outros). Porém, isso não se confunde com — estabelecido um critério legal — prova objetiva, com uma única resposta (Decreto Distrital n. 12.192/1990, arts. 33 e 37), estando as questões mal formuladas, ensejando a duplicidade de respostas, constatada por perícia oficial, não possa o Judiciário, frente ao vício do ato da banca examinadora, em mantê-las e à afronta ao princípio da legali-

dade, declarar nulas tais questões, com atribuição dos pontos a todos os candidatos (art. 47 do CPC c.c. art. 37, parágrafo único do referido decreto) e não somente ao recorrente, como formulado na inicial.

4. Precedentes do TFR (RO n. 120.606/PE e AC n. 138.542/GO).

5. Recurso conhecido pela divergência e parcialmente provido para, reformando o v. acórdão de origem, julgar procedente, em parte, o pedido a fim de declarar, por erro material, nulas as questões 01 e 10 do concurso ora **sub judice**, atribuindo-se a pontuação conforme supra-explicitado, invertendo-se eventuais ônus de sucumbência.

(REsp n. 174.291/DF; Recurso Especial n. 1998/0035037-3; DJ de 29.05.2000; Relator Ministro Jorge Scartezzini; Órgão Julgador: Quinta Turma; Decisão: provimento parcial, por maioria)

Destaco, também, alguns trechos elucidativos do voto, para construir um raciocínio, considerando as semelhanças e dessemelhanças do caso.

“Inicialmente, afasto a aplicação da Súmula n. 07/STJ invocada pelo recorrido, posto que não se trata de reexame de provas, mas sim, de valoração da prova. Na esteira do posicionamento adotado por sólida jurisprudência desta Corte (...), esta pressupõe contrariedade a um princípio ou a uma regra jurídica no campo probatório. É o caso dos autos. Não se pretende, nesta oportunidade, que a prova seja mensurada, avaliada ou produzida de forma diversa, o que acarretaria seu reexame, vedado pelo enunciado supra-referido. Conforme se depreende da sentença monocrática do v. julgado **a quo**, a mesma é incontroversa (...)

“Neste diapasão, como pleiteia o recorrente o reconhecimento de erro material na formulação das questões, não se avaliará o seu mérito, ou seja, se certas as alternativas *a*, *b*, *c*, ou *d*, mas sim, se o erro material, em uma prova objetiva, acarreta nulidade das mesmas por afronta às normas prefixadas no edital e na lei, e, ainda, se a manutenção da validade das perguntas, pela banca examinadora, feriu o princípio da legalidade dos atos administrativos. Trata-se de valoração da prova produzida, já taxativamente considerada inquestionável, para a correta aferição do direito da parte”.

“À fl. 06 destes autos consta o Caderno de Respostas do Candidato onde contém as instruções para o certame, no qual vem anotado que: ‘item 03 — Esta prova conta de 20 questões objetivas, sendo de Contabilidade e 10 de Matemática e 01 questão subjetiva (Redação Técnica)’ e ‘item 04 — Cada questão objetiva apresenta quatro alternativas (a-b-c-d) e uma única correta”.



O julgado nota, ainda, haver o Decreto n. 12.192/1990, do Distrito Federal, dispondo sobre o concurso:

“Art. 33. De acordo com as peculiaridades do cargo ou emprego poderão ser realizadas provas, nas seguintes modalidades:

I - objetiva;

(...)

Art. 37. Será anulada a questão de prova formulada em desacordo com o programa ou que contenha erro ou imperfeição técnica, capaz de impossibilitar a resposta correta”.

Algumas observações se fazem necessárias.

A primeira delas refere-se ao voto-vista emitido pelo Sr. Ministro Gilson Dipp, vencido no julgamento. Assevera ele que o julgado fere a Súmula n. 07 do STJ e fundamenta-se em interpretação de Lei Distrital, o que não é possível em sede de recurso especial.

Louvores à argúcia do Ministro, as preocupações não tem cabida no caso presente, por não se tratar de recurso especial, mas de recurso ordinário.

Outro ponto tange à norma do Distrito Federal que regula a anulação de questões formuladas *em desacordo com o programa ou que contenha erro ou imperfeição técnica, capaz de impossibilitar a resposta correta* e à previsão constante no caderno de resposta de haver apenas uma resposta correta para cada questão.

Inexistem dispositivos semelhantes na legislação mineira (ver Decreto Estadual n. 34.706/1993, vigente à época, que aprovava o regulamento geral de concursos públicos para investidura em cargos ou empregos públicos da Administração Direta e Indireta do Estado de Minas Gerais), no edital do concurso, ou no caderno de respostas.

Entretanto, o voto condutor não se limita em adotar como fundamento a previsão legal, mas sustenta-se no critério objetivo de avaliação nos concursos, asseverando:

“Ora, por se tratar de prova na modalidade ‘objetiva’, sem critérios pessoais, a pergunta feita ao concursando somente poderá dar ensejo a uma resposta também direta e objetiva, pois, ao se admitir mais de uma opção, ocorrerá nulidade desta, por ferir (...) as normas do edital”.

Além disso, a questão do concurso elaborado pelo TCE/MG, que a recorrente pretende anular, era clara em afirmar a existência de apenas uma resposta correta, ao dizer “Assinale a opção que não se aplica (...)” e não “as opções que não se aplicam”:

“30) Assinale a opção que não se aplica ao Tribunal de Contas do Estado:  
(...)”

(grifei)

E não fosse o julgamento objetivo critério obrigatório para a Administração, decorrente dos princípios constitucionais da legalidade e da impessoalidade, o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais já havia se manifestado:

Resolução n. 02/1979

Dispõe sobre concursos públicos para preenchimento dos cargos das diversas classes do quadro do pessoal do Tribunal de Contas.

(...)

Art. 11. *As provas serão elaboradas de forma a assegurar a objetividade de julgamento, não sendo vedadas, porém, quando convenientes, as provas do tipo discursivo ou a inclusão de questões de redação.*

(...)

Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, 02 de março de 1979.

(Grifei)

Sobre o julgamento objetivo, leciona **Marçal Justen**, posto que tratando das licitações administrativas:

“Em termos amplos, a objetividade significa *imparcialidade* mais finalidade. O julgamento objetivo exclui a parcialidade (tomada de posição segundo o ponto de vista de uma parte).”

“Todos os *critérios* norteadores da atividade decisória devem estar *previamente indicados* no ato convocatório, assujeitados a controle e fiscalização. A adoção de outros critérios caracteriza sigilo ou segredo incompatível com o rigor exigido pela lei”.

(**Marçal Justen Filho**. “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”. Dialética. 2000).

(Grifei)

Do excerto, pode-se extrair os elementos necessários para um *julgamento objetivo*: imparcialidade e *critérios previamente definidos*.

No caso em apreço, tenho que não basta à banca examinadora procurar o melhor critério técnico, para anular ou convalidar uma questão do concurso. É necessário que o critério seja predeterminado.

A esta Corte seria vedado apreciar o critério adotado: de mais ou menos de 50% e dizer se ele justifica, em termos científicos, a nulidade ou a convalidação de

questões de prova. Mas é lícito verificar que o critério não é prévio, não consta do edital nem em qualquer outra norma e foi adotado **a posteriori**, sendo, portanto subjetivo.

Como não existe critério predeterminado para estabelecer quais tipos de vício das questões permitem convalidação, quais impõem nulidade, forçoso reconhecer a nulidade da questão de n. 30 do concurso destinado a prover cargos de Inspetor de Controle Externo, do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais.

Por consequência, decorre a extensão do ponto no certame à recorrente.

Neste sentido, hei de rejeitar o argumento de litisconsórcio necessário.

A assentada jurisprudência deste Tribunal entende que há necessidade de litisconsórcio passivo em mandado de segurança sempre que a ordem, se concedida, interferir na esfera jurídica de terceiros.

Administrativo e Processual — Remoção de servidor — Mandado de segurança — Litisconsórcio necessário — Recurso especial.

*1. Sempre que a decisão do **mandamus** possa afetar a situação jurídica das pessoas beneficiadas pelo ato coator, forma-se o litisconsórcio passivo necessário.*

2. Recurso conhecido e provido.

(REsp n. 57.352/RS; Recurso Especial n. 1994/0036346-0; DJ de 18.05.1998; Relator Ministro Anselmo Santiago; Órgão Julgador: Sexta Turma)

(Grifei)

Processo Civil — Administrativo — Mandado de segurança — Concurso público — Fiscal do trabalho — (...) Litisconsórcio passivo e impossibilidade jurídica do pedido, rejeitados — Edital n. 01/1994 — Participação na segunda etapa — Inexistência de ato omissivo contínuo — Impetração voltada para novo certame — Decadência — Art. 18 da Lei n. 1.533/51 — Extinção do writ.

(...)

2. (...) Outrossim, igualmente improcedem as assertivas em relação ao litisconsórcio passivo, que no presente caso, não é necessário, porquanto não gera efeitos em relação a terceiros, uma vez que recai sobre vagas futuras, e acerca da impossibilidade jurídica do pedido, pois não se pode subtrair da apreciação do Poder Judiciário o exame de qualquer ameaça de lesão a direito (art. 5º, XXXV, da CF). Preliminares rejeitadas.

(...)

(MS n. 7.103/DF; Mandado de Segurança n. 2000/0072490-4; Fonte: DJ de 04.08.2003; Relator Ministro Jorge Scartezzini; Órgão Julgador: Terceira Seção)

(Grifei)

Por força do limite subjetivo do julgado e do conjunto fático descrito, a decisão é incapaz de interferir na esfera jurídica de terceiros.

A recorrente, mesmo que passe à condição de aprovada no concurso, por força da concessão da ordem, não terá direito líquido e certo à nomeação em prejuízo de outros candidatos. Neste sentido, remansosa jurisprudência:

Recurso ordinário em mandado de segurança. Constitucional. Administrativo. Concurso público. Serviços notariais e de registro público. Nulidades. Inexistência. Exclusão de serventias. Vedação à acumulação.

1. Dispensável a citação de concursandos como litisconsortes necessários, eis que os candidatos, mesmo aprovados, não titularizam direito líquido e certo à nomeação.

(...)

11. Recurso parcialmente provido.

(ROMS n. 13.858/MG; Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 2001/0140705-3 ; Fonte: DJ de 22.09.2003; Relator Min. Hamilton Carvalhido; Órgão Julgador: Sexta Turma)

Constitucional. Administrativo. Concursos. Serventias. Estado de Minas Gerais. Editais ns. 001/1999 e 002/1999. Ausência. Nulidade. Desnecessidade. Litisconsórcio passivo necessário. Acumulação. Designação precária. Exclusão das serventias. Impossibilidade.

1. É desnecessária a citação dos litisconsortes passivos necessários, ante a ausência de comunhão de interesses entre o impetrante e os candidatos inscritos no certame, os quais detêm mera expectativa de direito à nomeação pela Administração, não incidindo sobre eles os efeitos jurídicos da decisão proferida no caso em tela.

(...)

3. Recurso improvido.

(ROMS n. 14.444/MG; Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 2002/0016646-3; Fonte: DJ de 02.09.2002; Relator Ministro Fernando Gonçalves; Órgão Julgador: Sexta Turma)

Administrativo e Constitucional. Mandado de segurança. Tabela de provimento. Concurso público.

— Possuindo os eventuais aprovados no certame tão-somente expectativa de direito, os efeitos jurídicos da decisão proferida nos autos não incidirão sobre suas respectivas esferas jurídicas, o que elide o pretensão litisconsórcio passivo necessário aduzido pela impetrante.

(...)

— Recurso ordinário desprovido.

(ROMS n. 14.668/MG; Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 2002/0047578-8; Fonte: DJ de 02.09.2002; Relator Ministro Vicente Leal; Órgão Julgador: Sexta Turma)

No caso em estudo, eventual comunhão de interesse justificaria apenas litisconsórcio ativo que, naturalmente, só seria obrigatório, por expressa determinação legal.

Em síntese, noto que estão presentes todos os documentos necessários para demonstrar violação a direito líquido e certo.

Desnecessário produzir provas, ou substituir a banca examinadora, pois o ponto em que se finca o direito resta incontroverso com o reconhecimento, pela própria banca, do vício na questão n. 30. Está em pauta a consequência do vício: nulidade ou convalidação.

O Tribunal **a quo** referendou posição da banca de convalidar a questão.

Entretanto, essa faculdade não cabia ao órgão administrativo, que veio a adotar critério subjetivo, não previsto no edital, em prova objetiva (mais ou menos de 50% de probabilidade de acerto, marcando-se resposta aleatória).

Posto isso, dou provimento ao recurso, para anular a questão de número 30 do concurso para provimento do cargo de Inspetor de Controle Externo, do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, regido pelo Edital n. 01/1998 concedendo o ponto que ensejava a recorrente.

