

HABEAS CORPUS Nº 4.158 — ES

(Registro nº 95.0064313-8)

Relator: *O Sr. Ministro Anselmo Santiago*

Impetrantes: *José Carlúcio de Carvalho Primo e outro*

Impetrado: *Desembargador Relator da Queixa-Crime nº 950091520 do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo*

Paciente: *Gilberto Fabiano Toscano de Mattos*

EMENTA: *Processual Penal. Habeas corpus. Crime contra a honra através da imprensa. Errônea classificação. Falta de prova. Nulidade.*

- 1. A errônea classificação dos fatos não nulifica a denúncia.**
- 2. Exibida a prova da data de publicação da declaração considerada injuriosa, suprida fica a sua falta.**
- 3. Ordem denegada.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem de **habeas corpus**. Votaram com o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros William Patterson e Luiz Vicente Cernicchiaro. Ausentes, por motivo justificado, os Srs. Ministros Vicente Leal e Adhemar Maciel.

Brasília, 02 de abril de 1996 (data do julgamento).

Ministro ANSELMO SANTIAGO,
Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 10-06-96.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ANSELMO SANTIAGO: Trata-se de **habeas corpus**, com pedido de liminar, im-

petrado em favor do Dr. Gilberto Fabiano Toscano de Mattos, contra ato do ilustre Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, Relator da ação penal privada (queixa-crime) nº 950091520, que determinou a citação do paciente para apresentação de defesa prévia nos termos do disposto no § 1º do art. 43 da Lei nº 5.250/67.

Segundo os autos, em junho de 1995, o advogado Dório Antunes de Souza apresentou queixa-crime contra o paciente, requerendo a instauração de ação penal por infringência ao art. 140, c/c o art. 141, item III, do Código Penal, argumentando, em síntese, que no exercício do patrocínio de determinada defesa, deparou-se — ele, querelante —, com a constatação da prática de ilícitos penais cometidos pelo ora paciente, Promotor Público, e, em tal sentido, representou contra sua pessoa perante a Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Espírito Santo.

Alega, mais, que o paciente, procurado que foi por jornalista do periódico “A Gazeta”, veio o mesmo a “emitir conceito ofensivo sobre a honra do querelante”, aduzindo, em sua entrevista, “... que não será um advogado desses que vai tentar desestabilizá-lo e que sua moral e dignidade está (**sic**) acima dessas coisas”.

Sustenta o impetrante a nulidade absoluta da referida ação penal, porque fundamentada no Código Penal e não instruída com o exemplar do jornal, indicando a data de publicação da declaração considerada injuriosa.

O pedido de liminar não foi deferido. Vieram aos autos as informações solicitadas e o Ministério Público Federal, em seu parecer (fls. 61/62), opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ANSELMO SANTIAGO (Relator): Cuida-se de **habeas corpus** originário contra ato do ilustre Desembargador Relator da ação penal privada (queixa-crime) nº 950091520, que determinou a citação do paciente para apresentar defesa prévia.

Alega o impetrante, a nulidade absoluta da referida ação, porque fundamentada no Código Penal e não instruída com o exemplar do jornal indicando a data de publicação da declaração considerada injuriosa.

As informações prestadas pela ilustre autoridade apontada como coatora deixam claro, **verbis**:

“(...) determinei, em despacho exarado aos 29 de agosto do corrente ano, que se citasse o ora Paciente — então Querelado — nos termos do disposto no § 1º do artigo 43 da Lei nº 5.250/67, Lei de Imprensa, eis que o pedido, repito, fazia expressa referência a possível ofensa irrogada através daquele citado periódico.

Na mesma data — 29 de agosto, e sem que houvesse qualquer provocação em tal sentido — o

Querelante apresentou emenda elucidativa à inicial,

“... requerendo a aplicação da Lei 5.250/67 (Lei de Imprensa), sancionando o réu nas iras do artigo 22 e dando à ação penal o rito estabelecido no artigo 40 e seguintes do mencionado diploma legal” (fls. 21)

Até então, Excelentíssimo Senhor Relator, não havia sido expedido o mandado de citação, somente assinado por mim aos 31 daquele mesmo mês, quando já havia ocorrido a emenda elucidativa citada. Inocorreu, assim, quanto ao ato citatório, qualquer violação ao rito procedimental prevalente, observando-se, desde aquela inicial providência, a proeminência da lei especial.

A ausência de qualquer prejuízo, em tal sentido, resulta demonstrada pela circunstância de haver a Defesa Prévia, produzida em setembro, mencionado exaustivamente a respeito daquela publicação jornalística, refutando os tópicos acusatórios exatamente ante aspectos dos crimes de imprensa.

Mas argumentam os Impetrantes — não substancialmente, na verdade — que

“Ao Querelado, ora Paciente, foi imputado, como se vê, o *delito capitulado no artigo 140, bem como o cabimento da agravante contida no artigo 141, III, do CPB*, tendo sido juntada, como prova cópia de página do

jornal “A Gazeta”, sem conter a data da publicação...”.

Insurgem-se, então, contra a situação de ter sido juntada aos autos, em cumprimento a providência por mim determinada, xerocópia do exemplar da publicação mencionada.

Trata-se de providência que entendi por bem em adotar, ante impossibilidade de constatação da data daquela publicação. Cumprisse-a, entendo, pois que através do petição datado de 25 de agosto, o Querelante providenciou a juntada de xerocópia do original do exemplar, contendo de forma visível a data da publicação, quadrando registrar que a Lei de Imprensa — especificamente em seu artigo 43 — não distingue entre exemplar ou xerox do documento a ser apresentado à guisa de instrução do pedido inicial, à ausência de qualquer dúvida que verse sobre a autenticidade da cópia. Se fora impossível constatar-se a data de tal publicação ao exame do documento original com que se instruiu o pedido, fácil foi a averiguação de tal data através da xerocópia cuja juntada se providenciou, **oportuno tempore**, em atendimento à providência citada.

Alegam os Impetrantes, ainda, dificuldade na consecução de acesso aos autos do processo, situação que absolutamente refoge ao meu conhecimento.

Esclareço, no tocante ao curso da ação, que uma vez apresenta-

das as Alegações Preliminares, os autos foram encaminhados à dou-
ta Procuradoria Geral da Justiça
que, em parecer datado de 10 de
outubro, manifestou-se no senti-
do de nada ter a aditar à Queixa-
Crime apresentada contra o ora
Paciente.

Aos 16 dias daquele mesmo
mês, recebi os autos e, sob consi-
deração de que seria a medida
prudente, determinei que se ofi-
ciasse ao jornal “A Gazeta”, ins-
tando-se que se informasse se a
matéria veiculada, antes referida,
havia tido como fonte entrevista
concedida, integral ou parcialmen-
te, pelo ora Paciente.

Tal providência, cuja adoção
considere conveniente em razão
das posições doutrinárias e juris-
prudenciais a respeito da respon-
sabilidade penal nas hipóteses es-
pecíficas de entrevistas concedi-

das, veio a ser recentemente cum-
prida, como resposta daquele pe-
riódico, já devidamente juntada
aos autos que se encontram,
atualmente, sendo por mim sub-
metidos a exame para emissão de
voto.”

Ante esses esclarecimentos, não
vislumbro os vícios alvejados pelo
impetrante, pois, como sabido, a er-
rônea classificação dos fatos não nu-
lifica a denúncia ou queixa, além do
mais o paciente não sofreu nenhum
prejuízo, tanto que, no prazo previs-
to em lei, apresentou defesa prévia.

Quanto à falta do exemplar do
jornal com a prova da data de publi-
cação, foi a mesma suprida antes
mesmo da citação do paciente, como
ficou dito nas informações.

Isto posto, denego a ordem.

É o voto.

HABEAS CORPUS Nº 4.291 — PB

(Registro nº 96.0000552-4)

Relator: *O Sr. Ministro Anselmo Santiago*

Impetrantes: *Boris Trindade e outros*

Impetrado: *Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba*

Paciente: *Kleber Veloso Ribeiro*

EMENTA: Processual Penal. Habeas corpus. Pronúncia. Anulação. Fundamentação excessiva. Alegação.

1. Se as expressões usadas pelo Juiz na sentença de pronúncia em nada podem exercer qualquer influência sobre o ânimo e vontade dos jurados, não faz sentido pretender-se a sua nulidade sob alegação de excesso de linguagem.

2. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem de **habeas corpus**. Votaram com o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros Adhemar Maciel, William Patterson e Luiz Vicente Cernicchiaro. Ausente, por motivo justificado, o Sr. Ministro Vicente Leal.

Brasília, 17 de junho de 1996 (data do julgamento).

Ministro ADHEMAR MACIEL, Presidente. Ministro ANSELMO SANTIAGO, Relator.

Publicado no DJ de 02-09-96.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ANSELMO SANTIAGO: Trata-se de **habeas corpus** impetrado pelo Dr. Boris Trindade e o acadêmico Eduardo Trindade, em favor de Kleber Veloso Ribeiro, no qual visa a nulidade da sentença de pronúncia do paciente, por infração ao art. 121, § 2º, inciso IV, do Código Penal, ao argumento de que tal pronúncia abriga excesso de linguagem, de modo a influir sobre a decisão dos jurados.

Na impetração os impetrantes relacionam dez (10) tópicos que comprovariam a violação, pelo juiz monocrático, dos limites impostos pela natureza da pronúncia a interdita-

rem-lhe análise profunda e a eloquência acusatória com que se houve.

Assinalam os impetrantes que submetido o paciente a júri, foi absolvido pela causa de justificação da legítima defesa, por maioria de votos, havendo o Ministério Público recorrido exitosamente da decisão tomada em manifesto conflito com a prova dos autos.

Apontam como coatora a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, em face dessa Egrégia Corte ter denegado *writ* versando sobre a mesma matéria.

O acórdão denegatório da ordem apresenta esta ementa:

“Habeas corpus. Homicídio. Pronúncia do réu. Fundamentação excessiva na sentença. Improcedência. Denegação da ordem” (fls. 17).

Informações às fls.

Manifestou-se a douta Subprocuradoria Geral da República pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ANSELMO SANTIAGO (Relator): Pugnam os recorrentes pela nulidade da sentença de pronúncia, ao argumento de que ela abriga excesso de linguagem, de modo a poder influir sobre a decisão dos jurados.

O excesso de linguagem estaria traduzido no uso das seguintes ex-

pressões, **verbis**: “a vítima foi barbaramente assassinada”; “a vítima ... foi colhida de surpresa pelas balas assassinas saídas do revólver do acusado”; “não houve diálogo, não houve discussão nem provocação da vítima e muito menos estava armada a vítima”; “ninguém assistiu ao crime, a não ser a vítima, o acusado e o menor, estes, em Juízo, trouxeram uma versão à moda da casa, motivo porque deve ser vista e analisada com cautela”; “em suma, com a devida vênia, as provas apuradas e carreadas ao processo, são ingratas para com o acusado, a discriminante percorrida pela ilustre Defesa, **permissa venia**, não encontra respaldo visíveis nos autos, a vítima não atacou ninguém, não discutiu nem provocou, se andava a procura de localizar e identificar o carro das pessoas que lhe causaram prejuízos, o fez legitimamente, não demonstrou em nenhum momento violência ou vingança, não se vislumbra dos presentes autos, a não ser, conjecturas”; “lamentável crime, se constata o colorido da violência e vingança”; “nos crimes praticados com marca de violência e sabor de vingança”; “crime cometido com malvadez e sinais visíveis de periculosidade, compromete, mancha e macula a conduta e o comportamento do acusado, mesmo sendo de boa família, primário e de bons antecedentes, razões de manter, como o faço, a prisão já decretada”; “Ementa — Homicídio. Crime praticado com marcas de vingança e sabor de violência” (fls. 7/9).

Ao denegar a ordem de **habeas corpus** impetrada pelo paciente,

assim mantendo a sentença de pronúncia em questão, o Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba consignou no acórdão:

“Se a defesa pugnava, desde o começo da ação, pelo reconhecimento da excludente de criminalidade prevista no art. 23, inc. II, do Código Penal, principalmente visando a absolvição imediata do defendido, o prolator da sentença teria que descer a maiores análises e considerações sobre as provas para demonstrar a improcedência do pedido. Não se pode chamar isso, portanto, de excesso de fundamentação.

É interessante notar a incoerência, **data venia**, da zelosa defesa do acusado, quando taxa agora de excessiva a fundamentação do dr. juiz comarcação na sentença de pronúncia, antes tida por ela mesma como insuficiente para decretar nela a prisão preventiva do acusado.

A propósito, vale transcrever aqui a oportuna observação contida no judicioso Parecer de fls. 86 a 90 da douta Procuradoria: “Não tendo conseguido pela via direta do anterior **habeas corpus** frente à Suprema Corte, a liberdade provisória perseguida, sob alegação da fundamentação insuficiente na sentença de pronúncia, quer obtê-la agora, sob argumentação inversa, isto é, sob a eiva de excessos na fundamentação da mesma”.

Como se vê, as considerações expendidas pelo ilustre prolator

no **decisum** atacado foram consequência da necessidade de justificar a impossibilidade da absolvição **in limine**. Por sinal, prendem-se mais à descrição do modo como o crime se deu do que a uma fundamentação propriamente de direito.” (fls. 18/19)

Na verdade, a pronúncia adentrou a prova no que lhe era exigido pela tese da defesa, que visava a absolvição imediata do acusado, ora paciente.

Ao meu ver, as expressões usadas pelo Juiz na sentença de pronúncia em nada pode exercer qualquer influência sobre o ânimo e vontade dos jurados.

Realmente, como bem salienta o Ministério Público Federal, “O próprio fato da absolvição serve para afastar o serôdio temor da brilhante

defesa de a pronúncia, pelos termos em que está vazada, poder influir o Tribunal do Júri em novo julgamento”.

Nego a ordem.

É o meu voto.

VOTO

O SR. MINISTRO ADHEMAR MACIEL: Eminentíssimo relator, se fosse em um caso normal eu iria, com a devida vênua, discordar de V. Exa., porque o juiz estaria, na pronúncia, transmitindo até uma certeza para os jurados. V. Exa. justificou muito bem: o juiz fez tudo isso para evitar o que o advogado está pedindo: a absolvição **in limine**. Neste caso, no contexto, justificou essa maior precaução, esse maior reforço no quadro do juiz.

É meu voto.

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 4.988 — SP

(Registro nº 95.0053249-2)

Relator Originário: *O Sr. Ministro Vicente Leal*

Relator para o Acórdão: *O Sr. Ministro Adhemar Maciel*

Recorrente: *Vágner da Costa*

Advogado: *Dr. Vágner da Costa*

Recorrido: *Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo*

Paciente: *Marcos Marques de Andrade*

EMENTA: *Processual Penal. Habeas corpus. Apropriação indébita: não configuração do animus rem sibi habendi. Indeferimento da ordem, pelo Tribunal recorrido, sob o argumento de que o denun-*

ciante pode aditar a denúncia a qualquer momento, desde que o faça antes da sentença. Inteligência do art. 569 do CPP. Recurso provido.

I — O paciente, empregado de uma serralheria, após deixar o emprego, ficou com a bicicleta da empresa. Foi acusado de apropriação indébita. A denúncia não diz que o paciente se teria apropriado do bem cum animo sibi habendi. Ao contrário, fala em “empréstimo”. O paciente ajuizou um habeas corpus para trancar a ação. O tribunal recorrido não concedeu a ordem, alegando que, nos termos do art. 569 do CPP, o juiz monocrático poderia convolar o julgamento em diligência, a fim de que o Ministério Público fizesse aditamento da denúncia.

II — O crime de apropriação indébita exige o animus rem sibi habendi. A denúncia fala em “empréstimo”. Quanto às omissões da denúncia, o art. 569 do CPP deve ser entendido cum grano salis, sob pena de violação do devido processo legal (paridade de armas).

III — Recurso ordinário provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, dar provimento ao recurso, nos termos dos votos dos Srs. Ministros Adhemar Maciel, William Patterson e Anselmo Santiago, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Não participou do julgamento, o Sr. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. Vencido o Sr. Ministro Vicente Leal.

Custas, como de lei.

Brasília, 27 de maio de 1996 (data do julgamento).

Ministro ADHEMAR MACIEL,
Presidente e Relator p/Acórdão.

Publicado no DJ de 05-08-96.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO VICENTE LEAL: O advogado Wagner da Costa impetrou **habeas corpus** em favor de Marcos Marques de Andrade, objetivando o trancamento de ação penal em que o paciente é acusado como incurso nas sanções do art. 168, do Código Penal.

Sustentou, no *writ*, a atipicidade da conduta do paciente, pois o mesmo permaneceu de posse de uma bicicleta do seu ex-patrão sem qualquer intenção de apropriar-se dela, não havendo data marcada para sua devolução.

O **habeas corpus** foi denegado por decisão da egrégia Terceira Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo que fez consignar no julgamento que a denúncia continha omissões na descri-

ção do fato e, por isso recomendou ao Juízo de Primeiro grau que ordenasse ao Ministério Público que efetuasse as devidas correções.

No mérito, afirmou-se que as alegações contidas no pedido, pertinentes à circunstância de se saber se ocorrera simples demora na devolução da bicicleta, constituíam matéria a ser provada, impossibilitando o seu deslinde em sede de **habeas corpus** (fls. 92/94).

Irresignado, o impetrante interpõe o presente recurso ordinário, reafirmando os argumentos aduzidos na exordial do *writ* e acrescentando que o Tribunal *a quo*, ao recomendar correções na denúncia, incorreu em **reformatio in pejus** o que é intolerável em sede de **habeas corpus** (fls. 96/101).

Oferecidas as contra-razões (fls. 105/106) e admitido o recurso, ascenderam os autos a esta Corte.

A douta Subprocuradoria Geral da República, em cota de fls. 112, opina pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO (VENCIDO)

O SR. MINISTRO VICENTE LEAL (Relator): No presente recurso, ataca-se o acórdão denegatório do *writ* sob dois aspectos: (a) inadequado exame do pedido de trancamento da ação penal, de vez que a denúncia descreve conduta penalmente atípica; (b) julgamento que resultou em **reformatio in pejus**, porque ne-

le se ordenou a correção da denúncia, com prejuízo para a defesa.

No tocante ao primeiro tema enfocado, o acórdão recorrido não merece censura.

À propósito, merece registro o pronunciamento da Procuradoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo, onde a questão foi adequadamente analisada, *verbis*:

“Sabe-se da denúncia que o paciente trabalhou para a vítima como serralheiro. Dormia no local de trabalho, um galpão, e tinha autorização de usar a bicicleta da vítima para seu transporte. Quando encontrou outra ocupação, abandonou o local levando a bicicleta, que com ele permaneceu até a apreensão.

Portanto não procede a alegação de que a denúncia não teria descrito o elemento subjetivo, ou seja, o dolo. É que o dolo é genérico e subsequente à posse lícita da coisa, revelando-se pela mera apropriação, ou seja, quando o agente passa a dispor da coisa como se fosse sua, invertendo o título da posse.

Por outro lado, saber-se se o paciente tinha efetivamente intenção de devolver a bicicleta, e por quais meios essa intenção era manifestada, a tal ponto que se tratasse apenas de apropriação de uso (*sic*), é questão de fato, dependente da análise valorativa da prova a ser produzida, que diz com o mérito da acusação. Por is-

to não tem cabimento no âmbito sumário do **habeas corpus** (fls. 87/88).

Correto, o pronunciamento ministerial.

Com efeito, tem-se consagrado de modo unissonante que o trancamento de ação penal por falta de justa causa, pela via estreita de **habeas corpus**, somente se viabiliza quando, pela mera exposição dos fatos na denúncia se constata que há imputação de fato atípico ou que inexiste qualquer elemento indiciário demonstrativo da autoria do delito pelo paciente. Se para o deslinde da questão é necessário o revolvimento da prova condensada no bojo dos autos, o tema situa-se fora do alcance do **habeas corpus**, que não é remédio próprio para se decretar a absolvição sumária.

Ressalte-se que a circunstância de haver acórdão ordenado a correção da denúncia não implica **reformatio in pejus**, pois se trata de ordem extravagante e sem qualquer repercussão, pois o titular da ação — o Ministério Público — não está sujeito a nenhum órgão judiciário no tocante à elaboração das peças do seu ofício.

Isto posto, nego provimento ao recurso.

É o voto.

VOTO — VISTA

O SR. MINISTRO ADHEMAR MACIEL: O relator, Ministro Leal,

negou provimento ao recurso ordinário interposto em favor de Marcos Marques de Andrade.

O recorrente foi denunciado por apropriação indébita (CP, art. 168). Utilizava-se, como empregado, de bicicleta de uma serralheria. Após mudar de emprego, continuou de posse do veículo. Alegou que não tinha a menor intenção de ficar com a bicicleta. A denúncia não descreve conduta típica.

O TACrimSP, através de sua 3ª Câmara, denegou a ordem de **habeas corpus** impetrada. O relator reconheceu que a denúncia não havia consignado que o paciente se apropriara da bicicleta **cum animo rem sibi habendi**. Todavia, positivou que o juiz, nos termos do art. 569 do CPP, poderia suprir as lacunas a todo tempo, antes da sentença final. Quanto a saber-se se o paciente tinha ou não intenção de devolver o veículo, é matéria que refoge à via angusta do *writ*.

O eminente Ministro-relator, em seu voto, após endossar o acórdão atacado, ponderou:

“Com efeito, tem-se consagrado de modo unissonante que o trancamento de ação penal por falta de justa causa, pela via estreita de **habeas corpus**, somente se viabiliza quando, pela mera exposição dos fatos na denúncia se constata que há imputação de fato atípico ou que inexiste qualquer elemento indiciário demonstrativo da autoria do delito pelo paciente. Se para o deslinde da questão é necessário o revolvimento da prova

condensada no bojo dos autos, o tema situa-se fora do alcance do **habeas corpus**, que não é o remédio próprio para se decretar a absolvição sumária.

“Ressalte-se que a circunstância de haver (o) acórdão ordenado a correção da denúncia não implica **reformatio in pejus**, pois se trata de ordem extravagante e sem qualquer repercussão, pois o titular da ação — o Ministério Público — não está sujeito a nenhum órgão judiciário no tocante à elaboração das peças do seu ofício”.

A denúncia assim descreve os fatos:

“Segundo se apurou, o denunciado prestou serviços de serralheria para a vítima durante aproximadamente um ano. Durante esse período, a vítima era autorizada pelo denunciado a residir no galpão onde trabalhava e a utilizar uma bicicleta Monark, de cor preta e vermelha, aro 26 (fls. 6, 7, 32).

“Apurou-se que o denunciado, resolvendo mudar de emprego, mudou-se do local sem comunicar a vítima, levando consigo a bicicleta que lhe havia sido emprestada por ela, permanecendo com a mesma por aproximadamente 40 dias, até o momento de sua apreensão”.

Como se acaba de ouvir — e o fato não passou despercebido ao eminente relator **a quo** —, a denúncia não diz a que título o recorrente teria ficado com a bicicleta. Aliás, a própria denúncia assevera que a bicicleta “havia sido emprestada” pela

vítima. Ora, se há empréstimo, presume-se condição. E a condição não foi narrada na denúncia. Assim, não se pode presumir apropriação indébita.

O art. 569 do CPP, que permite a sanção das omissões da denúncia, deve ser entendido **cum grano salis**. Em primeiro lugar, é direito do denunciante aditar sua denúncia para corrigir erros fáticos e não para sanar omissões essenciais. Em segundo lugar, não cabe ao juiz penal baixar o processo em diligência para que o denunciante corrija isto ou aquilo, sob pena de tornar-se parcial.

A propósito do art. 569 do CPP, comenta **Mirabete**:

“O artigo refere-se, pois, apenas a omissão referente às circunstâncias ou elementos integrativos não essenciais do fato, como a hora, o dia, o instrumento com que se produziu a ofensa, circunstâncias agravantes etc., e não ao relato do fato ou à imputação típica” (Código de Processo Penal Interpretado, Atlas, 1994, pág. 640).

Se o juiz, como entendeu o acórdão recorrido, puder convolar o julgamento em diligência a fim de que o denunciante faça o aditamento não accidental, haverá autêntica violação do devido processo legal na modalidade da “paridade de armas” (*Waffengleichheit*).

Com tais considerações, pedindo vênha aos eminentes relatores, dou provimento ao recurso.

É como voto.

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 5.135 — RS

(Registro nº 95.0065354-0)

Relator: *O Sr. Ministro Fernando Gonçalves*

Recorrentes: *Rosângela Adalgiza Medeiros dos Santos e outro*

Advogado: *Dr. Danilo Jorge Saracol*

Recorrido: *Tribunal de Alçada do Estado do Rio Grande do Sul*

Pacientes: *Rosângela Adalgiza Medeiros dos Santos e Abílio Osório Medeiros dos Santos*

EMENTA: RHC. Ameaça. Crime continuado. Decadência.

1. O prazo de decadência previsto no art. 38 do Código de Processo Penal, na hipótese de continuidade delitiva, deve ser considerado em relação a cada crime, apreciado de forma isolada.

2. Recurso conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso mas lhe negar provimento. Votaram com o Relator os Ministros Anselmo Santiago, Luiz Vicente Cernicchiaro e Vicente Leal. Ausente, por motivo de licença, o Ministro William Patterson.

Brasília, 30 de setembro de 1996
(data do julgamento).

Ministro ANSELMO SANTIAGO,
Presidente. Ministro FERNANDO
GONÇALVES, Relator.

Publicado no DJ de 29-10-96.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO FERNANDO GONÇALVES: Cuida-se de recurso ordinário interposto por Rosângela Adalgiza Medeiros dos Santos e Abílio Osório Medeiros dos Santos contra julgado do Colendo Tribunal de Alçada do Estado do Rio Grande do Sul que, em sede de **habeas corpus**, tornando sem efeito decreto de prisão preventiva da primeira recorrente, denegou a ordem quanto ao trancamento da ação penal movida por infração ao art. 147, c/c os arts. 29 e 71, todos do Código Penal.

Os recorrentes, segundo as razões oferecidas, estão sendo processados pelo crime já declinado, carecendo, no entanto, a ação penal, de justa causa, porquanto, além da inépcia da denúncia que não faz a exposição

do fato criminoso e suas circunstâncias, a hipótese sujeita-se ao prazo decadencial de 06 (seis) meses, com plena violação do art. 38 do Código de Processo Penal. Por outro lado, há visível ilegitimidade de parte, pois não foram atribuídos poderes específicos ao procurador que não declina os nomes dos querelados. Sustentam — ainda — ser indevida a atuação do Ministério Público, não havendo se materializado o crime de ameaça.

Oferecidas contra-razões, ascenderam os autos a este Tribunal, opinando a Subprocuradoria Geral da República, através da Dra. Laurita Hilário Vaz, no sentido do conhecimento e improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO FERNANDO GONÇALVES (Relator): Os recorrentes estão sendo processados por infração ao art. 147, do Código Penal, que trata do crime de ameaça e somente se procede mediante representação.

Não ocorre, como bem analisou o ven. acórdão, o pretendido vício referente à invalidade da representação e deficiência da procuração, com reflexos na denúncia. Com efeito, a representação foi formulada por escrito (fls. 96/100) por procurador com poderes especiais, conforme instrumento público de procuração de fls. 101, onde se consigna a finalidade especial de representação em ação

criminal. O STF, como anota **Damásio E. de Jesus**, no RHC 66.078, enfatizou ser suficiente o mandato que outorga poderes “para o foro criminal” e “para processo-crime”, quanto à exigência do art. 44 do Código de Processo Penal.

O acórdão examinou a questão, dele merecendo realce o seguinte excerto:

“A procuração dada pelos ofendidos (fl. 101) não contém todos os requisitos da lei processual... É deficiente, sem dúvida, mas não a ponto de desfigurar a vontade dos ofendidos, ratificada nas declarações prestadas perante o órgão do Ministério Público, fls. 103/108. A jurisprudência é reiterada no sentido de relevar tais lacunas, desde que bem identificada a vontade do ofendido...” (fls. 161/162)

De igual modo não procede a tese de inépcia da denúncia, que vazada em absoluta identidade com a norma do art. 41 do Código de Processo Penal, indicando, como realça o ven. acórdão, “o modo de agir de cada um dos denunciados, com riqueza de detalhes, bem como a possível motivação do crime...”. Os termos da representação de fls. 96/100, em que se apóia o Ministério Público para a denúncia, mostram claramente a improcedência da alegação de inépcia: o fato criminoso está exposto com todas as suas circunstâncias (fls. 109/114), os acusados, **in casu**, recorrentes, estão devida e pormenorizadamente qualificados, o crime está classificado (art. 147 do Código

Penal) e dela (denúncia) consta o rol de testemunhas, além de estar acompanhada de farta documentação.

Os recorrentes foram denunciados pela prática do delito de ameaça de forma continuada, destacando o ven. acórdão acerca da argüição de decadência, o seguinte:

“A pretendida decadência não se operou porque embora as hostilidades tenham se iniciado em setembro de 1994, continuaram a acontecer até junho de 1995, quando resolveram agir os ofendidos. Em se tratando de crime continuado, como neste caso, ensina **Mirabete** (fls. 84) que “o prazo de decadência deve ser considerado em relação ao conhecimento da autoridade de cada delito, que deve, para isso, ser apreciado isoladamente. Mas já se tem decidido que vale o último dos delitos.”

Cumprido destacar que foi lavrada ocorrência policial em 26 de junho de 1995. Há a considerar, ainda, que a reiteração dá traços de maior credibilidade à ameaça, pois demonstra que longe de ser uma explosão de cólera sem maiores conseqüências, há o propósito firme de magoar e de ferir, a qualquer custo.

O Ministério Público agiu de forma absolutamente regular no episódio, tomando a cautela de ouvir por termo os ofendidos. Tal

providência não criou o mínimo impedimento para que o mesmo órgão formulasse a denúncia. Ao invés de censura, merece louvor a atitude do Fiscal da Lei na ampliação da investigação antecedente à apresentação da vestibular acusatória.” (fls. 198)

A jurisprudência acentua que no caso de continuação, “o prazo decadencial deve ser considerado em relação a cada delito, apreciado isoladamente”, **ut Damásio E. de Jesus** — Código de Processo Penal Anotado — Saraiva — 1993 — pág. 32. Aliás, a própria denúncia mostra a falta de sentido da postulação, quando afirma:

“No período compreendido de setembro de 1994 até a presente data (27/6/1995), nesta Cidade, os denunciados, em conjugação de esforços e comunhão de vontades, ameaçaram Ivo Mello e Dóris Maria Fischer Dornelles, por palavras, mediante ligações telefônicas, cartas e contatos pessoais, prometendo causar-lhes mal injusto e grave, qual seja, matá-los, espancar a vítima Dóris e os filhos do casal.” (fls. 110)

Não se fazem presentes, pois, os alegados vícios ou nulidades, restando sem fundamento a tese da falta de justa causa para a ação penal que deve prosseguir.

Conheço do recurso, mas lhe nego provimento.

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 5.623 — BA
(Registro nº 96.0018425-9)

Relator: *O Sr. Ministro Anselmo Santiago*

Recorrente: *Jaime Gomes da Silva*

Advogado: *Dr. Wilson Gomes Júnior*

Recorrido: *Tribunal de Justiça do Estado da Bahia*

Paciente: *Jaime Gomes da Silva (preso)*

EMENTA: *Processual Penal — Recurso em habeas corpus — Apelação em liberdade.*

1. Réu possuidor de maus antecedentes não faz jus ao benefício de apelar em liberdade.

2. Recurso improvido.

ACÓRDÃO

RELATÓRIO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Ficou determinada a reautuação para Recurso em **Habeas Corpus**. Votaram com o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros Vicente Leal, Adhemar Maciel e William Patterson. Ausente, por motivo justificado, o Sr. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro.

Brasília, 10 de junho de 1996 (data do julgamento).

Ministro ADHEMAR MACIEL,
Presidente. Ministro ANSELMO
SANTIAGO, Relator.

Publicado no DJ de 02-09-96.

O SR. MINISTRO ANSELMO SANTIAGO: Jaime Comes da Silva, através de advogado, recorre de acórdão da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, que lhe denegou **habeas corpus**, via pela qual postulou a concessão do benefício de aguardar em liberdade o julgamento de sua apelação, eis que condenado a dez (10) anos de reclusão, e multa, como incurso nos arts. 12 e 14 da Lei 6.368/76, impondo-lhe a sentença condenatória o prévio recolhimento à prisão.

O acórdão está assim ementado:

“Habeas corpus — Sentença condenatória — Direito do R. de apelar em liberdade — Improvimento.

Se o R. é primário, tecnicamente, mas não possui bons antecedentes, como o consigna a sentença, motivando, assim, a não concessão do direito de recorrer em liberdade, denega-se a ordem requerida." (fls. 92).

No recurso, insiste o recorrente na concessão da ordem, pois, no seu entender, inexistente motivo para o prévio recolhimento à prisão, isto porque não estava foragido, tem endereço certo, profissão definida e, em momento algum, procurou procrastinar a instrução processual.

Opinou a Subprocuradoria Geral da República pelo improvidamento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ANSELMO SANTIAGO (Relator): Pugna o recorrente pelo direito de aguardar em liberdade o julgamento da apelação interposta contra a sentença que o condenou à pena de 10 anos de reclusão e 210 dias-multa, por infração aos arts. 12 e 14 da Lei nº 6.368/76.

O art. 594 do Código de Processo Penal dispõe:

“O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou

condenado por crime de que se livre solto.”

Embora tecnicamente primário, o paciente possui maus antecedentes. É o que ficou consignado na sentença condenatória, **verbis**:

“Jaime Gomes da Silva é, tecnicamente, primário. Entretanto, existe registro de conduta delitosa e passado conturbado, envolvimento com tráfico de entorpecentes, já foi preso em outra oportunidade. Além do presente processo, responde por delito de tráfico na Comarca de Santo Estevão, por ter sido preso com cocaína. Encontra-se indiciado na Comarca de Salvador, por estelionato e tráfico de drogas. Revelou-se durante a instrução dissimulado, omitiu informações necessárias ao esclarecimento da verdade, dificultou o andamento do processo, indicando testemunhas inexistentes, com o fim deliberado de retardar a instrução. Tem personalidade voltada para o crime”. (fls. 124).

O articulado na impetração e no recurso não elide a afirmação da decisão de 1º e 2º graus, impondo-se notar que o paciente evadiu-se da Cadeia Pública, onde se encontrava custodiado, estando presentemente foragido (fls. 103/104), fato esse que basta, por si só, para justificar a denegação da ordem.

Por tais razões, nego provimento ao recurso.

É o meu voto.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 5.306-7 — ES

(Registro nº 95.0001099-2)

Relator: *O Sr. Ministro Vicente Leal*

Recorrente: *Walterly Buarque de Lima*

Recorrido: *Estado do Espírito Santo*

Tribunal de Origem: *Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo*

Impetrado: *Secretário da Administração e dos Recursos Humanos do Estado do Espírito Santo*

Advogados: *Jeferson da Silva, e Cibele Vieira Machado de Moraes e outros*

EMENTA: *Administrativo. Servidor público. Estágio probatório. Prática de homicídio. Investigação sumária. Exoneração. Legalidade.*

— Durante o estágio probatório, o servidor público não possui a garantia da estabilidade no serviço público, podendo ser exonerado desde que não demonstre os requisitos próprios para o exercício da função pública, tais como idoneidade moral, aptidão, disciplina, assiduidade, eficiência e outros, circunstância aferível por mera investigação sumária, desprovida do contraditório.

— A exoneração do servidor público em estágio probatório não constitui penalidade, mas mera dispensa, por não convir à Administração a sua permanência no serviço público, por não revelarem satisfatórias as condições do seu trabalho (cf. Hely Lopes Meirelles, in *Direito Administrativo Brasileiro*, 14ª edição, págs. 381/382).

— Recurso ordinário desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, na conformidade dos votos e notas taquigráficas a seguir. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Anselmo Santiago e Luiz Vicente Cernicchiaro. Au-

sente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Fernando Gonçalves. Ausente, por motivo de licença, o Sr. Ministro William Patterson.

Brasília, 24 de setembro de 1996 (data do julgamento).

Ministro ANSELMO SANTIAGO,
Presidente. Ministro VICENTE
LEAL, Relator.

Publicado no DJ de 04-11-96.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO VICENTE LEAL: Walterly Buarque Lima, admitido por concurso público no cargo de Agente de Presídio, foi exonerado no curso do estágio probatório por ato do Secretário de Estado da Administração.

Contra tal decisão, o ex-servidor público impetrou mandado de segurança, alegando que a sua dispensa é nula, pois efetuada com desrespeito aos princípios constitucionais da legalidade, do contraditório e da ampla defesa, tendo violado a dispositivos da Lei nº 3.400/81.

O Plenário do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo denegou a segurança, acentuando que a dispensa do impetrante foi precedida de regular investigação sumária, suficiente para embasar o ato, de vez que o mesmo se encontrava em estágio probatório (fls. 90/94).

Irresignado, o impetrante interpõe o presente recurso ordinário, reeditando os argumentos deduzidos na impetração e pugnando pela concessão da segurança (fls. 98/104).

Contra-arrazoado e admitido o recurso, ascenderam os autos a esta Corte.

A douta Subprocuradoria Geral da República, em parecer de fls. 124/126, opina pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO VICENTE LEAL (Relator): O acórdão recorri-

do proclamou tese jurídica que se encontra adequadamente sumulada na ementa do teor seguinte:

“Ementa — Mandado de segurança — Exoneração do cargo — Estágio probatório — Ausência de direito líquido e certo — Ordem denegada.

O servidor no estágio experimental ou de observação é simplesmente dispensado, por não convir sua permanência no serviço público: sendo **in casu** após regular e normal investigação sumária com apuração de ter o impetrante perpetrado homicídio contra sua ex-companheira e fatos outros como requisitos indispensáveis ao exercício do cargo”. (Acórdão de fls. 89).

E no voto condutor do julgamento, o ilustre Desembargador Geraldo Corrêa da Silva consignou que a exoneração do impetrante-recorrente ocorreu após regular investigação sumária, ensejo em que foram ouvidas quatro testemunhas e ao então investigado foi assegurada plena defesa, que foi efetivada por peça escrita.

Ora, em face desse quadro, não vejo como censurar o acórdão recorrido.

Como acentuado no relatório, o impetrante, agente de presídio, encontrava-se em *estágio probatório*, situação em que o servidor público não possui a garantia da estabilidade no serviço. Nessa fase, pode ser exonerado, desde que não demonstre ser possuidor dos requisitos próprios

para o exercício de função pública, tais como idoneidade moral, aptidão, disciplina, assiduidade, eficiência e outros. E tal circunstância é aferível por mera investigação sumária, desprovida do contraditório.

A doutrina é unissonante neste sentido. Segundo o magistério do inexcusável **Hely Lopes Meirelles**, a exoneração do servidor público em estágio probatório não constitui penalidade, mas mera dispensa, por não convir à Administração a sua permanência no serviço público, por não revelarem satisfatórias as condições de seu trabalho (in *Direito Administrativo Brasileiro*, 14ª edição, págs. 381/382).

No caso, o recorrente, um policial, foi acusado de um bárbaro homicídio: encontrando sua companheira em um bar, agarrou-a pelos cabelos, arrastando-a para fora, ensejo em que desferiu um tiro contra a infeliz vítima, causando-lhe a morte.

Por isso, foi submetido a investigação sumária, assegurando-se-lhe o direito de defesa. O ato de dispensa encontra-se motivado.

Não houve, assim, qualquer desrespeito a direito, susceptível de correção por via de mandado de segurança.

Isto posto, nego provimento ao recurso.

É o voto.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 5.352 — GO
(Registro nº 95.0003246-5)

Relator Originário: *O Sr. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro*

Relator p/ Acórdão: *O Sr. Ministro Adhemar Maciel*

Recorrente: *Mara Sueli Neves de Oliveira*

Advogado: *Dr. Norival Lima Paniago*

Tribunal de Origem: *Tribunal de Justiça do Estado de Goiás*

Impetrado: *Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal de Itumbiara-GO*

Recorrido: *Ministério Público do Estado de Goiás*

EMENTA: *Constitucional e Processual Civil. Mandado de segurança. Escuta telefônica. Gravação feita por marido traído. Desentranhamento da prova requerido pela esposa: viabilidade, uma vez que se trata de prova ilegalmente obtida, com violação da intimidade individual. Recurso ordinário provido.*

I — A impetrante/recorrente tinha marido, duas filhas menores e um amante médico. Quando o esposo viajava, para facilitar seu

relacionamento espúrio, ela ministrava “Lexotan” às meninas. O marido, já suspeito, gravou a conversa telefônica entre sua mulher e o amante. A esposa foi penalmente denunciada (tóxico). Ajuizou, então, ação de mandado de segurança, instando no desentranhamento da decodificação da fita magnética.

II — Embora esta Turma já se tenha manifestado pela relatividade do inciso XII (última parte) do art. 5º da CF (HC n. 3.982/RJ, Rel. Min. Adhemar Maciel, DJU de 26/02/96), no caso concreto o marido não poderia ter gravado a conversa ao arrepio de seu cônjuge. Ainda que impulsionado por motivo relevante, acabou por violar a intimidade individual de sua esposa, direito garantido constitucionalmente (art. 5º, X). Ademais, o STF tem considerado ilegal a gravação telefônica, mesmo com autorização judicial (o que não foi o caso), por falta de lei ordinária regulamentadora (RE n. 85.439/RJ, Min. Xavier de Albuquerque e HC n. 69.912/RS, Min. Pertence).

III — Recurso ordinário provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, conhecer e dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Adhemar Maciel, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Votaram de acordo os Srs. Ministros Vicente Leal e William Patterson. Vencidos os Srs. Ministros Luiz Vicente Cernicchiaro e Anselmo Santiago.

Custas, como de lei.

Brasília, 27 de maio de 1996 (data do julgamento).

Ministro ADHEMAR MACIEL,
Presidente e Relator p/Acórdão.

Publicado no DJ de 25-11-96.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO: Recurso ordinário interposto por Mara Sueli Neves de Oliveira contra v. acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, denegatório de mandado de segurança impetrado a fim de obter o desentranhamento do Laudo de Exame Pericial de Transcrição de fita cassette e demais documentos a ele relacionados, dos autos da ação penal a que responde a recorrente, bem como a localização e posterior destruição das referidas fitas ao argumento de que as mesmas foram gravadas mediante interceptação clandestina de comunicação telefônica, constituindo-se, dessa forma, em provas obtidas por meio ilícito, o que fere o art. 5º, LVI da Constituição Federal.

O v. acórdão recorrido está assim ementado:

“Mandado de Segurança não ampara pretensão do requerente para que se consiga o desentranhamento, dos autos de ação penal pública, de laudo de exame pericial de transcrição de fita cassete, com o propósito de destruir prova de ilícito penal atribuído ao impetrante.

Segurança indeferida”. (fls. 69)

Nas razões de recurso, o recorrente sustenta:

“Ora eméritos Julgadores. Não existe “propósito de destruir prova de ilícito penal atribuído à impetrante”. Existe propósito de assegurar direitos constitucionais, que veda a utilização de meios ilícitos no processo. Os documentos que a impetrante visa retirar do processo, por haverem sido obtidos por vias oblíquas, não podem ser considerados prova!

É esta “Prova” que configura ilícito penal”. (fls. 74)

Parecer do Ministério Público Federal opinando pelo provimento parcial do recurso para o fim de ser desentranhado dos autos do processo o laudo de gravação de fitas cassete. (fls. 94/99).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO (Relator): A Constituição Federal garante a intimidade da pessoa e, por vários aspectos,

é referida no respectivo texto, assim, o domicílio é considerado asilo inviolável do cidadão; nele ninguém pode penetrar, salvo nas hipóteses ali mencionadas. A interceptação de correspondência, a interpretação de conversação telefônica, também entram na esfera da intimidade; por isso, pessoa não pode ser molestada com a participação de terceiro não autorizado na coleta dessas provas. Ocorre, entretanto, apesar disso, a proteção à intimidade, como está, é inviolável à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente da sua violação. Na preservação do domicílio, a própria Constituição afirma que:

“Ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”.

Isto está no inciso XI. O inciso XII é expresso:

“É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelece para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

Penso: a regra é a proibição e deverá ser precedida, no caso de inter-

cepção de comunicações telefônicas, de ordem judicial.

Acrescento, **data venia**, da orientação do Supremo Tribunal Federal, tomada pela maioria de um voto, ser necessária prévia lei para disciplinar essa interceptação. Em alguns casos, entretanto, acredito que a lei não é imprescindível. Assim, se alguém estiver cometendo crime ou na iminência de cometê-lo. Se o domicílio, nesse ponto, com expressão da intimidade, não tem a garantia da reserva, é evidente, também não se deve tratar no tocante a ligações telefônicas.

Além do mais, a intimidade, juridicamente, é o direito que alguém tem de não ser perturbado pela sociedade. É o direito da pessoa ausentar-se do ciclo social, de viver como indivíduo e não como **socius**. E a intimidade diz respeito a uma pessoa ou, eventualmente, a pluralidade de agentes.

Acredito, no tocante à fidelidade conjugal, o comportamento de um dos cônjuges é de interesse do outro cônjuge.

No caso concreto, a conduta da esposa não poderia ser interceptada por estranho, salvo do marido que tem interesse também no seu comportamento. No caso, não é estranho.

Há alguns anos — Relator o Eminente Ministro Xavier de Albuquerque — o Supremo Tribunal Federal considerou ilegal interceptação da conversação telefônica feita pelo marido que, desconfiando da infidelidade conjugal, “grampeou”, no sentido vulgar do termo, as ligações telefô-

nicas da esposa e com isso conseguiu coligir elemento que comprovava que ela mantinha relações íntimas com terceiro.

Essa decisão ganhou foro e chegou até a ser mencionada como *leading case* no tocante ao desenvolvimento jurídico da época.

Hoje, penso, não se pode desconhecer o direito, tanto do marido quanto da mulher, de fazer a fiscalização constante e permanente do comportamento do consorte.

Em face destas considerações, levando em conta que a gravação foi feita pelo marido e por isso não feriu o direito à intimidade. A mulher tem obrigação do dever de fidelidade conjugal. O fato interessava também a ele. Tanto assim, com base nesse acontecimento, poderá solicitar a desconstituição do vínculo matrimonial.

Por essas razões, nego provimento ao recurso.

VOTO — VISTA

O SR. MINISTRO ADHEMAR MACIEL (Relator p/Acórdão): O relator, Ministro Cernicchiaro, negou provimento ao recurso interposto por Mara Sueli Neves de Oliveira.

A recorrente responde a uma ação penal por haver ministrado a suas filhas menores “Lexotan”, a fim de que duas garotas, drogadas, não embaraçassem seu encontro com o amante. Ao argumento de que nos autos havia documento decodificado, de fita cassete gravada clandestina-

mente pelo marido traído, pediu seu desentranhamento e destruição. O TJGO denegou o pedido.

O argumento do eminente Ministro-relator é de que, no caso dos autos, a gravação não foi feita pela polícia ou por estranhos, mas pelo marido corneado. Assim, não se pode falar que a gravação tenha ferido o direito à intimidade. “A mulher” — finalizou o relator — “tem obrigação do dever de fidelidade conjugal. O fato interessava também a ele. Tanto assim, com base nesse acontecimento, poderá solicitar a desconstituição do vínculo matrimonial”.

Tenho para mim que a recorrente tem razão. Pelo fato de haver sido a gravação feita pelo marido em nada altera sua ilegalidade. Eu só admitiria a legalidade se o marido tivesse participado da conversa. Mas não participou. Logo, é um **extraneus**. Ademais, o inciso XII do art. 5º da Constituição só admite gravação, valendo como prova judicial, quando houver permissão prévia do juiz natural, e nos termos da lei. A lei, como se sabe, ainda não existe. Aliás, em decisão publicada no DJU de 25/03/94, pág. 6.012, o STF assim se posicionou:

“Prova ilícita: escuta telefônica mediante autorização judicial: afirmação pela maioria da exigência de lei, até agora não editada, para que, “nas hipóteses e na forma” por ela estabelecidas, possa o juiz, nos termos do art. 5º, XII, da Constituição, autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação crimi-

*nal; não obstante, indeferimento inicial dos **habeas corpus** pela soma dos votos, no total de seis, que, ou recusaram a tese da contaminação das provas decorrentes da escuta telefônica, indevidamente autorizada, ou entenderam ser impossível, na via processual do **habeas corpus**, verificar a existência de provas livres da contaminação e suficientes a sustentar a condenação questionada; nulidade da primeira decisão, dada a participação decisiva, no julgamento de Ministro impedido (MS 21.750, 24.11.93, Velloso); conseqüente renovação do julgamento, no qual se deferiu a ordem pela prevalência dos cinco votos vencidos no anterior, no sentido de que a ilicitude da interceptação telefônica — à falta de lei que, nos termos constitucionais, venha a discipliná-la e viabilizá-la — contaminou, no caso, as demais provas, todas oriundas, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta (**fruits of the poisonous tree**), nas quais se fundou a condenação do paciente” (HC n. 69.912-RS, rel. Min. Pertence).*

Transcrevo, na íntegra, a ementa do Ministro Xavier de Albuquerque, aludida pelo eminente Ministro Cernicchiaro. Foi proferida ao tempo da Carta de 69:

“Prova civil. Gravação magnética, feita clandestinamente pelo marido, de ligações telefônicas da mulher. Inadmissibilidade de sua utilização em processo judicial,

por não ser meio legal nem moralmente legítimo (art. 332, CPC).

Recurso extraordinário conhecido e provido” (RE n. 85.439-RJ, DJU de 02/12/77).

Com essas considerações, conheço e provejo o recurso.

É meu voto.

VOTO

O SR. MINISTRO VICENTE LEAL: Conheço do recurso e dou-lhe provimento para conceder a segurança.

VOTO

O SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: A hipótese discutida nestes autos, pelas ocorrências fáticas que repugnam o comportamento da Recorrente (ministrar às suas filhas menores remédio com efeito de entorpecente — Lexotan —, para facilitar encontro com o amante), poderiam conduzir às conclusões do vo-

to do Senhor Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, Relator, no sentido de reconhecer válidas provas produzidas na ação penal a que responde (fita gravada, laudo de exame pericial de transcrição), pela consideração de que “no tocante à fidelidade conjugal, o comportamento de um dos cônjuges é de interesse de outro cônjuge.”

Acontece, contudo, que já me pronunciei acerca do tema, proclamando não ser absoluto o princípio constitucional que assegura tais direitos. Todavia, enquanto não for editada legislação regulamentadora, somente com autorização judicial admito exceção, e assim mesmo para examinar o caso concreto diante da possibilidade (cfr. HC n° 3.892/RJ e HC n° 4.536/RJ).

No particular, sem essa autorização, o marido traído ao tomar a iniciativa, desfigurou, destarte, o critério, segundo conceito, não permitindo validar aquela prova.

Por isso, com a devida vênia do ilustre Relator, acompanho o voto do Senhor Ministro Adhemar Maciel.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N° 6.129 — RJ

(Registro n° 95.0042221-2)

Relator: *O Sr. Ministro Adhemar Maciel*

Recorrente: *José Caruzzo Escafura*

Advogado: *Dr. Luiz Roberto Barroso*

Tribunal de Origem: *Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*

Impetrado: *Juízo de Direito da 36ª Vara Criminal do Rio de Janeiro-RJ*

Recorrido: *Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*

Sustentação Oral: *Sustentaram oralmente o Dr. Luiz Roberto Barroso, pelo recorrente, e o Dr. Raimundo Francisco Ribeiro de Bonis, Subprocurador-Geral da República*

EMENTA: *Constitucional e Processual. Mandado de segurança. Escuta telefônica com ordem judicial. Réu condenado por formação de quadrilha armada, que se acha cumprindo pena em penitenciária, não tem como invocar direitos fundamentais próprios do homem livre para desentranhar prova (decodificação de fita magnética) feita pela polícia. O inciso LVI do art. 5º da Constituição, que fala que “são inadmissíveis... As provas obtidas por meio ilícito”, não tem conotação absoluta. Há sempre um substrato ético a orientar o exegeta na busca de valores maiores na construção da sociedade. A própria Constituição Federal Brasileira, que é dirigente e programática, oferece ao juiz, através da “atualização constitucional” (verfassungsaktualisierung), base para o entendimento de que a cláusula constitucional invocada é relativa. A jurisprudência norte-americana, mencionada em precedente do Supremo Tribunal Federal, não é tranqüila. Sempre é invocável o princípio da “razoabilidade” (reasonableness). O “princípio da exclusão das provas ilícitamente obtidas” (exclusionary rule) também lá pede temperamentos. Recurso ordinário improvido.*

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Votaram de acordo os Srs. Ministros William Patterson, Luiz Vicente Cernicchiaro, Anselmo Santiago e Vicente Leal.

Custas, como de lei.

Brasília, 06 de fevereiro de 1996
(data do julgamento).

Ministro ADHEMAR MACIEL,
Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 12-08-96.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ADHEMAR MACIEL: José Caruzzo Escafura, vulgo “Piruiinha”, preso e recolhido a estabelecimento prisional do Desipe, interpõe recurso ordinário contra o acórdão do TJRJ, que, por unanimidade, denegou-lhe a segurança.

2. O ora recorrente, impetrou, em 05/01/95, mandado de segurança contra ato da juíza da 36ª Vara Criminal da Comarca do RJ. Alegou que o Ministério Público Estadual denunciou, juntamente com outros 27, como incurso nas penas do art. 288 do CP. A denúncia apresentou como prova, dentre outras, gravação de ligações telefônicas feitas pelo ora recorrente. A denúncia foi recebida pela juíza de 1º grau, tendo como legítimas, para efeito probatório, as gravações telefônicas. O processo está em fase de instrução, ouvindo-se as últimas testemunhas de acusação. Argumentou que a gravação telefônica é prova ilícita, não podendo ser admitida como meio probatório, como já decidiu o STF, quando do julgamento do RE n. 85.439/RJ, do qual foi relator o Ministro Xavier de Albuquerque, e do RE n. 100.094/PR, do qual foi relator o Ministro Rafael Mayer. Os precedentes do STF estão apoiados no comando constitucional ora constante do art. 5º, XII, da CF/88. Alegou que, embora a escuta e gravação tenham sido autorizadas pelo juiz da Vara de Execuções Criminais, não há lei regulamentando a exceção contida no inciso XII do art. 5º da CF/88.

O *writ* é cabível, continua o recorrente, pois a juíza recebeu a denúncia, admitindo como meio probatório as ilícitas gravações telefônicas, contrariando, por consequência, o mandamento constitucional. Requereu a concessão da segurança para trancar a prova consubstanciada nas gravações telefônicas, bem como o seu desentranhamento dos autos. Pediu li-

minar para sobrestar o processo criminal até o julgamento do mandado de segurança. O pedido de liminar foi denegado. A juíza prestou informações, lembrando que a escuta telefônica foi autorizada pelo juiz da Vara de Execuções, objetivando constatar os contatos mantidos por membros da quadrilha denominada “cúpula do jogo do bicho”, com seus comparsas em liberdade. Aduziu que o fato de a denúncia referir-se às gravações não significa que o juízo reconheceu a validade de tal prova. O Ministério Público Estadual opinou pela denegação do *writ*. Posteriormente, a 2ª Câmara Criminal do TJRJ, por unanimidade, denegou a segurança, em acórdão assim ementado:

“Mandado de segurança. Possibilidade do uso de gravação de conversa telefônica face à Constituição Brasileira. Desproporcionalidade entre o direito individual e o direito da sociedade a reprimir crimes. Insubstituível interesse público que norteia a quebra do sigilo de conversa telefônica. Exame de prova. Matéria que refoge ao leito especial do mandado de segurança. Denegação da segurança.

A nova Constituição Brasileira não recepcionou o sistema da Carta anterior, tornando legítima a interceptação telefônica.

Tem direito a sociedade, por suas autoridades, de reprimir a prática de crimes por presidiários, e, em casos excepcionais, praticar escutas telefônicas, através de autorização judicial, face ao insubstituível interesse público, que de-

ve prevalecer sobre o puro interesse individual, e, por isso a norma maior, desconsidera, circunstancialmente, certas garantias jurídicas individuais ou sociais, tais como, a quebra do sigilo telefônico, não eivada, então, de ilegitimidade.

Não traduzindo a matéria versada no **mandamus** violação de direito líquido e certo, há que se denegar a segurança.” (fl. 69).

Fundamentou, ainda, o acórdão do TJRJ, que a autorização dada pelo juiz da Vara de Execuções está ancorada nos incisos VI e VII do art. 66 da LEP.

3. Irresignado, José Caruzzo Escafura interpõe recurso ordinário constitucional. Argumenta que a questão em tela está ligada à inteligência dos incisos XII, LIV e LVI do art. 5º da CF/88, e que o STF já se manifestou sobre o tema. Aduz que a jurisprudência e a doutrina admitem mandado de segurança contra ato judicial de qualquer natureza e instância, inclusive ato jurisdicional penal. Além do mais, não há nenhum recurso contra o ato impugnado, qual seja, a admissão de prova ilícita. Reitera a necessidade de lei regulamentadora do art. 5º, XII, da CF/88. Alega que o art. 57, II, e, do Código Brasileiro de Telecomunicações, não serve como norma infraconstitucional regulamentadora da parte final do inciso XII do art. 5º da CF/88. Aduz que tem direito líquido e certo de ver a transcrição da gravação telefônica desentranhada dos autos. Alega que há risco de ser proferida

sentença apoiada diretamente na prova ilícita, o que traria grave prejuízo à defesa, bem como dano irreparável. Invoca a doutrina dos *Fruits of the Poisonous Tree*. A permanência da prova ilícita nos autos afeta o princípio da ampla defesa e do contraditório. Argumenta que o acórdão do TJRJ configura um juízo de conveniência sobre política criminal, e não uma decisão jurídica. A LEP não supre a ausência de lei infraconstitucional regulamentadora do inciso XII do art. 5º da CF/88. Alega, por fim, que a questão dos autos é puramente de direito, não exigindo nenhum exame de prova. Conclui que o mandado de segurança é cabível, que configura ilegalidade a admissão no processo de prova ilícita, obtida mediante interceptação telefônica, e que tem direito líquido e certo ao desentranhamento do documento que corporifica a prova ilícita. Requer seja dado provimento ao recurso, concedendo-lhe, por conseqüência, a segurança pleiteada.

4. O Ministério Público estadual apresentou contra-razões. Requer seja negado provimento ao recurso, mantendo-se, por conseqüência, o acórdão denegatório da segurança. Nova manifestação do MPE à fl. 109, verso.

5. O recurso ordinário foi admitida na origem (fls. 111/112).

6. Apoiando-se no parágrafo primeiro do art. 41 da LEP, bem como em precedente do STF (HC n. 70.814/SP, Rel. Min. Celso de Mello), o Ministério Público Federal opina

pelo improvimento do recurso. O parecer está assim ementado:

“Recurso em Mandado de Segurança.

Comunicações Telefônicas. Gravação e escuta para interromper o **iter criminis**.

Escuta e gravação de comunicações de presos, precedidas de ordem judicial para o efeito principal de interromper a articulação e preparação de crimes, inclusive a eliminação de pessoas.

Interpretação do art. 5º, XII da C.F.

Licitude da escuta e gravação.” (fl. 146).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ADHEMAR MACIEL (Relator): Esse mesmo tema foi agitado perante esta Turma na sessão do dia 05/12/95, no HC n. 3.982-RJ, aforado em favor de Waldemir Paes Garcia, que se acha na mesmíssima situação jurídica do ora recorrente.

Em atenção ao eminente advogado, que já se notabilizou por seus escritos doutrinários e ao Ministro Cernicchiaro, que ainda não ouviu a fundamentação, passo a ler meu voto proferido no mencionado HC n. 3.982-RJ. Antes, porém, quero deixar expresso meu pensamento quanto ao art. 57, II, e, do Código Brasileiro de Telecomunicações. Nesse particular, ponho-me de inteiro acor-

do com o eminente advogado. Tal dispositivo não está regulamentando o inciso XII do art. 5º da Constituição. Isso feito, passo à leitura do voto proferido no HC n. 3.982-RJ:

“Como se acabou de ouvir do relatório, o impetrante/paciente através de seus advogados, Drs. Héltton Márcio Pinto e Paulo Freitas Ribeiro, pede o trancamento da Ação Penal n. 21.696 da 1ª Vara Criminal da Comarca de Niterói, pois o fato apurado contra si se louvaria única e exclusivamente em prova reputada ilícita pelo inciso LVI do art. 5º da Constituição Federal.

Em suas informações, o Des. Gama Malcher, presidente do TJRJ, assevera que o acórdão relatado pelo Des. Dílson Navarro nos dá conta de que “as provas que ensejaram a ação penal contra os *bicheiros* e os funcionários públicos do presídio não estão calcadas apenas em gravações telefônicas. Há depoimentos testemunhais e documentos referentes aos privilégios que os brigantes obtinham na cadeia”.

Ainda que a prova coligida contra o paciente fosse só a proveniente da escuta telefônica, direta ou “por derivação”, tenho para mim que a tese habilmente levantada por seus defensores não teria como ganhar fomento. Senão, vejamos.

Os dispositivos constitucionais que alegadamente estariam a tu-

telar a pretensão do paciente são dois: inciso XII e inciso LVI:

“XII — é inviolável a sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

“LVI — são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Ao comentar o inciso LVI, **supra**, **Celso Ribeiro Bastos** observa:

“O que cumpre agora fazer é procurar extrair a real significação deste dispositivo, ainda que pessoalmente entendamos que houvera sido melhor para o Brasil adotar uma posição mais contemporizadora, que propiciasse à legislação ordinária e à jurisprudência um avanço no sentido de, em determinadas hipóteses, aceitar-se a prova ainda que ilícita. O que nos reconforta é que uma análise mais detida do assunto nos induz a crer que o preceito constitucional há de ser interpretado de forma a comportar alguma sorte de abrandamento relativamente à expressão taxativa da sua redação.

“O primeiro ponto que se deve observar é que, a despeito do

seu caráter aparentemente peremptório e definitivo, são ‘inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos’, ainda assim o preceito sob comento tem forçosamente de sofrer certas ressalvas que resultam da sua interpretação finalística teleológica e da sua inserção sistemática no contexto das normas protetoras do direito processual penal.

.....
.....
“Não se pode esquecer que aqui (O comentarista se refere a caso da prova ilícita servir para inocentar alguém de crime) há um direito constitucional a ser protegido: o da liberdade, que talvez só perca em importância e relevância para a própria vida. É por isso que sem embargo de o Texto Constitucional excluir do processo as provas obtidas por meios ilícitos, é nosso convencimento que alguns temperamentos se tornam impositivos em decorrência da própria relativização dos direitos individuais e da sua prevalência segundo a própria valoração feita pela Constituição. Aliás, interpretação em sentido contrário deixaria de prestigiar o interesse social em que se faça justiça para encarecer tão-somente o direito individual encarnado em uma pessoa.” (“Comentários à Constituição do Brasil”, Saraiva, 1989, 2º vol., págs. 273 e seg.).

Quero, mais, transcrever consideração profunda, meditada e digna de reflexão por parte de nossos pretórios, feita pela Professora **Ada Pellegrini Grinover** em seu livro “Novas Tendências do Direito Processual” (Forense Universitária, 1990, pág. 60):

“A problemática da intimidade integra o pano de fundo do processo penal, na medida em que o Estado, na persecução dos fins punitivos, exerce atividade investigatória que levam quase necessariamente a uma intromissão, na esfera privada do indivíduo. E se, de um lado, o direito à intimidade é parte integrante dos direitos da personalidade, envolvendo a liberdade do homem, é igualmente certo que todas as liberdades têm feitiço e finalidade éticos, não podendo ser utilizados para proteger abusos ou acobertar violações”.

Como bem disse a articulista, “as liberdades têm feitiço e finalidades éticos, não podendo ser utilizados para proteger abusos ou acobertar violações”. Assim, a primeira indagação que faço é: como pode alguém, que se acha recolhido em estabelecimento penal, por condenação por quadrilha armada, pretender invocar cláusula constitucional que protege o homem livre? Essa escuta telefônica, previamente autorizada por seu juiz natural, redundaria numa “atipicidade constitucional”? (para utilizar-me

de expressão da própria articulista in “A Eficácia dos Atos Processuais à Luz da Constituição Federal”, publicado na RFGESP, n. 37). A escuta atentaria contra “os direitos dos presos”, também com assento constitucional, seja por previsão direta ou via de tratados internacionais?

A resposta só pode ser *não*.

A Constituição brasileira, como é comezinho, é uma Constituição dirigente e programática. Em decorrência, tanto o legislador ordinário, quanto o administrador e o próprio juiz, esse último através da denominada “atualização constitucional” (*Verfassungsaktualisierung*), têm de “realizar” o que foi recomendado e modelado pela própria Constituição. Ora, uma leitura atenta da Constituição em vigor nos mostra sua preocupação no combate à macrocriminalidade, ao crime organizado, ao tóxico etc. Desse modo, a própria Constituição nos vai oferecer elementos para interpretações e “atualizações” consentâneas com o *standard* instituído. Com isso, é bom que fique claro, não quero me transformar em mensageiro de violações dos direitos e garantias fundamentais. Só estou pondo em destaque que a sociedade, como um todo, também merece proteção, tanto quanto o indivíduo.

A LEP, ao enumerar os “direitos do preso”, diz no art. 41:

“XV — contato com o mundo exterior por meio de correspon-

dência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.

Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento.”

Dessarte, não se pode dizer que a escuta telefônica no caso concreto tenha violado direitos fundamentais do impetrante. Ele, repita-se, não se achava em seu domicílio ou coisa que o valha. Estava encarcerado em estabelecimento penal, sujeito a regime de vigilância pública constante.

O impetrante/paciente transcreve a ementa da lavra do Min. Pertence no HC n. 69.912/0-RJ, bem como voto do Min. Celso de Mello, quando se invocou a máxima do *Fruits of the Poisonous Tree*, ou seja, da contaminação das provas licitamente conseguidas, mas que tiveram sua gênese numa prova tida por ilícita pelo ordenamento jurídico.

Esse entendimento, como já disse e já se repetiu, não teria aplicação no caso concreto, pois o paciente não é um homem livre. Ao contrário, está pagando pelo crime cometido e se acha acusado de outro. Mas, como o tema é interessante e será agitado aqui por mais vezes, como já o foi antes, vou tecer aligeiradas considerações sobre o tema.

A jurisprudência norte-americana não tem sido unânime em torno da denominada *Exclusionary Rule*, isto é, da regra ou princípio da exclusão do processo de prova obtida ilicitamente. Inclina-se, como bem observa **Ada Pellegrini Grinover**, pela “razoabilidade” (*Reasonableness*).

A *Exclusionary Rule* se desenvolveu sobretudo na interpretação da Emenda Constitucional n. IV, que veda buscas e apreensões arbitrárias (*unreasonable searches and seizures*). O escopo inicial do provimento constitucional foi proteger a propriedade do cidadão contra buscas e apreensões desarrazoadas. Suas raízes jurídico-históricas certamente estão na velha Inglaterra, no *Semanynne's Case* (1603) e *Entick v. Carrington Case* (1705).

Nos Estados Unidos, no *Olmstead Case*, de 1928, por votação apertada (5 a 4), a Suprema Corte decidiu que a escuta telefônica de conversas entre quadrilheiros de uísque (*bootleggers*) não era ilegal e “o grampeamento não se achava dentro dos lindes da Emenda IV (*wiretapping was not within the confines of the Fourth Amendment*). Já em *Warden v. Hayden* [387 U.S. 294, 304 (1967)] a Corte passou a entender que a Emenda IV também protegia a intimidade individual.

Numa análise apressada da jurisprudência americana anterior a 1987, pode-se constatar que a *Exclusionary Rule* não é tomada em

termos absolutos. Como em termos absolutos não é tomada na Alemanha e não deve ser no Brasil. Além de casos gritantes de proteção individual, pode haver, do outro prato da balança, o peso do interesse público a ser preservado e protegido.

Na própria Alemanha, como ainda noticia a Professora **Ada Pellegrini Grinover**, as provas ilícitas não são sempre afastadas de plano. Sua contaminação é, assim, relativa. Adota-se o “Princípio da Proporcionalidade ou Relatividade” (*Verhältnismässigkeitsprinzip*.)”

Como se vê, os motivos são os mesmos invocados no presente recurso ordinário.

Com essas considerações, denego a ordem.

É como voto.

VOTO (VOGAL)

O SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: Sr. Presidente, sobre a matéria já me pronunciei na oportunidade do julgamento do HC nº 3.982 (cópia anexa). Assim sendo, invoco os fundamentos ali desenvolvidos, para que sirvam de razões de decidir no presente caso.

“ANEXO

HABEAS CORPUS Nº 3.982/RJ

VOTO — VOGAL

O SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: Sr. Presidente, o tema

está na moda e, realmente, foi uma feliz coincidência a distribuição destes autos a V. Exa., Mestre do Direito Comparado, e que nos mostrou todas as facetas dessa questão.

Fosse eu o Relator, evidentemente, sem a qualificação para fazer um brilhante voto, como o fez V. Exa., limitar-me-ia, apenas, a dizer que esta não é a prova única do processo, e para mim já seria o suficiente para impedir o propósito da impetração, qual seja, o trancamento da ação penal. Fez bem V. Exa. em fazer estudo a respeito do problema da interceptação telefônica, porque é um assunto do momento, polemizando — principalmente na doutrina, — e uma coisa é a doutrina — outra coisa é a jurisprudência. Escrever sem o compromisso de julgar é fácil; o difícil é aplicar ao caso concreto a lei. Dizer que o grampo é ilegal em todos os seus aspectos é fácil. A Constituição, a rigor, numa leitura literal do texto, impediria qualquer providência no sentido de acolher uma prova desta ordem, até em favor do inocente.

Gostaria de dar-lhes duas razões para entrar nos pontos bem lembrados pelo Dr. de Bonis em seus jurídicos e relevantes fundamentos e que me convenceram, pois já estavam em minha cabeça: o primeiro, a interpretação literal, se levada para esse caminho do absolutismo, seria ilógica, fora do sistema, o que, a rigor, e contra a própria hermenêutica, e seus princípios de aplicação do Direito, o que não se concebe. A interpretação tem que ser do contexto, não do texto. O inciso XI, do art. 5º,

da CF, bem lembrado pelo Ministério Público, na sustentação, e agora também reforçada pelo Dr. De Bonis, fala de inviolabilidade do lar. Não há coisa mais sagrada que a sua casa. É o seu reino, o seu feudo, e seu mundo, e nem por isso está imune a uma investigação, a uma violação, em dois casos, o do flagrante delito e o do socorro. Quer dizer, até na casa, na residência, abre-se exceção. Como não se fazer exceção para o problema da interceptação telefônica?

O inciso XII, em que se baseia a impetração, para dizer que a sua aplicação está dependendo de regulamento por legislação ordinária, só tem lugar sem a observância do sistema constitucional, e cairia em um outro absurdo, o de que um texto feito em defesa da sociedade, do homem de bem, deve ser utilizado para proteger marginal.

Isso não entra na cabeça de ninguém, nem do Juiz, dentro do seu equilíbrio, da sua isenção, porque Juiz também é ser humano, e percebe as coisas fora do processo. O que diz o inciso XII do art. 5º:

“é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo em último caso, por ordem judicial nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal e instrução processual penal”.

Portanto, enquanto não vier essa lei pode-se cometer os mais absurdos

crimes? Pode-se usar telefones públicos, telefones do sistema penitenciário, para prosseguir na ação delitiva? Claro que não. Se não tivesse sido autorizado por uma autoridade judicial, aí tudo bem, porque a exceção vem com a autorização do Juiz.

O SR. MINISTRO ADHEMAR MACIEL: Se V. Exa. me permite, vou mais longe. Nesse caso de preso, não feriria nenhuma norma constitucional.

O SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: Os argumentos contidos nas informações não me convenceram. O direito é individual. Se ele tem o direito de não ser grampeado e de não ter interceptado o seu telefonema, tanto faz ele ser num telefonema público, como residencial. O que é absurdo é o cidadão, já conhecido, denunciado por formação de quadrilha, em casos momentosos, gozar dessas regalias dentro da prisão.

O cidadão comum não tem dinheiro, às vezes, de dar um telefonema para um hospital e pedir um socorro, uma ambulância, porque lhe falta ficha telefônica, e esse outro, que está sendo acusado de crimes graves, ter a mordomia, que é a expressão vulgarmente usada pela mídia, de um telefone público para continuar a sua ação delituosa contra o Estado. Mas, ele não tem culpa e sim o sistema, que permite esse tipo de ação.

Mas, esse argumento, o da interpretação conjunta dos incisos XI e do XII, levantado pelo Ministério Público, parece-me perfeitamente viável e outro, o de que houve uma autoriza-

ção judicial para a escuta, também é válido, enquanto essa autorização não seja dada fora dos princípios lógicos.

De sorte que, louvando o estudo brilhante que fez a respeito da matéria, estou mais ainda convencido de que V. Exa. está com a razão. Por isso, o acompanho”.

VOTO — VOGAL

O SR. MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO: Sr. Presidente, inicialmente, a fala do ilustre advogado faz considerações a respeito da adequação da ação aqui deduzida.

Tenho para mim, **data venia** dos votos anteriores, o mandado de segurança é ação adequada ao caso presente. Aliás, em votos anteriores, tenho manifestado, o **habeas corpus** vem sendo utilizado mais quanto à natureza da ação do que propriamente quanto ao conteúdo da matéria posta na causa de pedir.

O Judiciário, por tradição, e considerando o direito de liberdade, não tem sido rigoroso, ou inflexível ao fazer essa distinção. Por força constitucional, o **habeas corpus** visa a prevenir, a fazer cessar ilegalidade ao direito de locomoção, ao passo que o mandado de segurança tem em vista resguardar, consagrar direito líquido e certo.

No caso concreto, ouvi do relatório, da exposição oral e dos votos aqui lançados, o pedido refere-se à retirada de prova averbada de ilícita pelo impetrante. Ora, sendo as-

sim, só remota e não imediatamente poderá se levada em conta para efeito de eventual condenação, ser relevante.

Todavia, o que se pretende e se debate é a extensão do litígio, diga-se qualificar a prova. Se ilícita, tenho para mim, como em casos anteriores em que participei nesta Turma, não pode ser levada em consideração, sob pena de desprestígio e desconhecimento do dispositivo expresso da nossa Constituição, por ser inadmissível prova obtida por meio ilícito.

Recordo-me, participei de **Habeas Corpus** em que trancamos a ação penal porque o promotor havia baseado a imputação na prova que o tribunal, àquela data, considerou ilícita.

Quanto ao mérito, não há dúvida, a Constituição de 1988 inaugurou o dispositivo da impossibilidade da prova obtida por meio ilícito. Todavia, tem-se que fazer interpretação lógico-sistemática. Não é suficiente o estudo isolado de um dispositivo. A escuta telefônica, vulgarmente chamada “grampo”, é considerada ilícita e assim já o foi por decisão majoritária do Supremo Tribunal Federal.

O fato atenta contra princípio e direito também constitucionalmente garantido, que é a intimidade: direito que a pessoa tem, como indivíduo, em desejando afastar-se da sociedade, não ser oportunado por terceiros. Por isso se diz: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e imagem das pessoas, asse-

gurado o direito à indenização por dano moral ou material decorrente de sua violação” (art. 5º, inciso X).

Ocorre, entretanto, a intimidade não é consagrada pela Lei Maior, de modo absoluto. A própria lei fundamental estabelece algumas restrições, como, por exemplo, logo a seguir, no inciso XI, diz — “A casa é asilo inviolável do indivíduo”. Esse dispositivo, tradicionalmente consagrado em nossa legislação. Ilustrado com a famosa expressão: “A rainha da Inglaterra pode tudo, menos ingressar na choupana do seu mais humilde súdito”. Mas acrescenta a Constituição, “ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou durante o dia por determinação judicial”. Há, portanto, restrição; se for para identificar, para formalizar a existência de caso de flagrante delito, quando está ocorrendo a execução, acrescentaria até a iminência da execução, a própria Constituição admite, portanto, a intimidade ser molestada.

Nos casos citados no brilhante voto do Eminentíssimo Relator, a respeito de decisões de que participei, parece-me, **data venia** de V. Exa.; há uma particularidade, não se pode jogar na regra comum. Em trabalho doutrinário, tive a oportunidade de comentar dois acórdãos do Supremo Tribunal Federal, um citado por V. Exa., Sr. Presidente, que foi da relatoria do Eminentíssimo Ministro Xavier de Albuquerque, fato ocorrido no Rio de Janeiro. Um casal separa-se. O marido desejando, talvez, colher pro-

vas do comportamento da mulher para em seguida, como fez, ingressar com pedido de dissolução da sociedade conjugal, fez gravação da conversa que ela tivera com o namorado. Essa prova foi interpretada como ilícita pelo Supremo Tribunal Federal. E nesse modesto trabalho doutrinário fiz consideração colocando-me contrário à conclusão da Egrégia Corte, porque, no caso de marido e mulher, há um ponto comum, o direito recíproco de se exigir comportamento de um e de outro. Ora, se o marido desejava colher provas do comportamento da sua mulher, se a sociedade conjugal ainda não havia sido dissolvida e existia a obrigação de comportamento de um com o outro, é evidente, não estava investindo na intimidade de terceiros. Colhia fato da esfera comum. Seria até contraditório se o marido, desejando solicitar a dissolução da sociedade conjugal, e é evidente que terá que provar o fato, fosse impedido de fazê-lo, coletando fato que também lhe interessasse.

Mutatis mutandis S. Exa., foi o caso de Goiás, em que o marido gravou a conversa da sua esposa com o namorado. Ora, a esposa, como tal, tinha dever de fidelidade com o seu marido. Ele, assim agindo, não estava entrando em área exclusiva de terceiro; mas área que também era comum, o que lhe dava legitimidade para caracterizar o comportamento de sua esposa.

Tenho ainda entendimento, sempre curvando-me à interpretação constitucional do Supremo Tribunal Federal, embora colocando-me em

posição minoritária, de que quando a lei cita: “nos termos em que a lei determinar”, compreende os casos em que a própria Constituição não os incluiu. Diga-se haver remota suspeita de que alguém esteja praticando uma infração penal. É evidente, nem mesmo com ordem judicial, poderá haver a investida numa área privativa. Todavia, se for no momento em que estiver sendo executada a infração penal, tal como posso ingressar no domicílio alheio, é lícito fazer essa coleta.

Tanto a legislação alemã como a italiana e a portuguesa já disciplinaram a matéria; consentem, não só ao judiciário, como também ao Ministério Público e à Polícia fazer a investigação. Há determinados casos que são transeuntes por sua própria natureza, devendo ser colhidos no momento.

Como se faz a fiscalização? O Ministério Público e a autoridade policial, fazendo a diligência, são obrigados, incontinenti, a encaminhar ao judiciário; se entender conveniente anexa aos autos, se não retira, podendo, inclusive, chamar à responsabilidade criminal de quem assim atuou.

A pergunta, Sr. Presidente, que fiz a V. Exa. no início era para saber quanto ao conteúdo da gravação. A simples autorização judicial vem sendo tolerada enquanto a lei específica não for elaborada. O conteúdo foi relativo à conduta, em tese, delituosa, assim disse V. Exa. Por esta particularidade, portanto, e a conclusão a que cheguei naquele trabalho é de que se a intimidade é um direito, não pode, entretanto, ser utilizada como instante, resguardo, proteção para a prática de atos ilícitos.

Sendo assim, louvando a erudita sustentação do eminente advogado, entretanto, por estas particularidades peço vênias para acompanhar a conclusão do eminente Ministro-Relator.

VOTO

O SR. MINISTRO VICENTE LEAL: Sr. Presidente, como no julgamento anterior acentuou-se a questão relativa à razoabilidade do uso do instituto constitucional, em face do interesse de preservação do direito da sociedade, diante da ação criminosa.

Na mesma linha de posição, acompanho o voto de V. Exa.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 6.565 — RS

(Registro nº 95.0068785-2)

Relator: *O Sr. Ministro Vicente Leal*

Recorrente: *Maria Angélica Bohrer Ritt*

Recorrido: *Estado do Rio Grande do Sul*

Tribunal de Origem: *Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*
Impetrado: *Secretário de Planejamento e de Administração do Estado do Rio Grande do Sul*

Advogados: *Jorge Santos Buchabqui e outros, e Elisa Helena Ferrari Nedel*

EMENTA: *Administrativo. Mandado de segurança. Concurso público. Candidata aprovada e nomeada. Pedido de desistência. Caducidade do concurso.*

— É incontroverso na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que os candidatos aprovados em concurso público são detentores de mera expectativa de direito, inexistindo qualquer lesão jurídica na hipótese em que, manifestando o candidato desinteresse na posse e pedindo seu reposicionamento no final da lista de aprovados, sobrevém a caducidade do certame, pelo decurso do prazo de validade, e outro certame é promovido pela Administração.

— Recurso ordinário desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, na conformidade dos votos e notas taquigráficas a seguir. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Fernando Gonçalves, Anselmo Santiago e Luiz Vicente Cernicchiaro. Ausente, por motivo de licença, o Sr. Ministro William Patterson.

Brasília, 23 de setembro de 1996 (data do julgamento).

Ministro ANSELMO SANTIAGO, Presidente. Ministro VICENTE LEAL, Relator.

Publicado no DJ de 04-11-96.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO VICENTE LEAL: Trata-se de mandado de segurança impetrado por candidata aprovada em concurso público para o Magistério Público do Estado do Rio Grande do Sul contra ato do Secretário do Planejamento e da Administração daquele Estado, consubstanciado na nomeação de outros candidatos ao cargo para o qual foi aprovada, desrespeitando a ordem de classificação.

O egrégio Segundo Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, por unanimidade, denegou a segurança, recebendo o julgado a ementa do seguinte teor:

“Concurso Público. Provedimento de vagas no Magistério Público Estadual. Pedido de desistência de classificação, com a inclusão no final da lista de aprovados. Boletim tornando sem efeito a nomeação, em virtude da desistência. Publicidade dos atos feita através de editais. Inexistência de qualquer providência no momento oportuno. Perda de validade do concurso, por ter expirado o prazo legal, sem que tivesse sido prorrogado. Realização de novo certame, com a nomeação dos nele aprovados. Preterição não caracterizada. Inexistência de qualquer ato abusivo ou violador de direito líquido e certo da impetrante. Segurança denegada. Liminar revogada” (fls. 57).

Irresignada, a impetrante interpõe o presente recurso ordinário (fls. 67/69), com esteio no artigo 105, II, b, da Constituição Federal, refutando os argumentos do v. acórdão e pedindo a sua reforma.

Assevera que foi preterida em seu direito à nomeação para o cargo a que se submetera a concurso, ainda que tenha requerido a inclusão de seu nome ao final da lista, por ocasião da nomeação de candidatos aprovados em concurso realizado posteriormente.

Oferecidas as contra-razões pela Procuradoria Geral do Estado (fls. 72/73) e admitido o recurso na origem, ascenderam os autos a esta Colenda Corte.

A douta Subprocuradoria Geral da República, oficiando nos autos,

opina pela manutenção do v. acórdão recorrido e pelo conseqüente improvedimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO VICENTE LEAL (Relator): No acórdão recorrido foi proclamado a tese de que a autora, ainda que nomeada para o cargo de Magistério Público em virtude de habilitação em concurso público, tendo manifestado a desistência de sua classificação a sua inclusão ao final da lista, não tem direito adquirido a ser empossada no exercício efetivo do cargo, após a caducidade do certame pelo decurso do seu prazo de validade.

Sustenta a recorrente, por sua vez, que o entendimento emoldurado pelo Tribunal **a quo** não condiz com a realidade dos fatos, pois, em verdade, foi preterida no preenchimento do cargo para o qual foi habilitada por candidatos aprovados em certame subseqüente, ainda que tivesse solicitado seu deslocamento para o último lugar na classificação geral do referido concurso.

Tenho que a pretensão da recorrente não merece acolhimento. A propósito, merecem registro os incensuráveis fundamentos declinados no voto condutor do acórdão recorrido, os quais contém o ponto central da controvérsia, **litteris**:

“Sabido que a publicidade de qualquer concurso público é feita através de editais, não havendo

qualquer obrigação de a Administração científica pessoalmente cada um dos candidatos aprovados para que tomem as medidas cabíveis. Nem o edital de abertura de concurso, nem leis estatutárias de qualquer categoria funcional, exigem essa providência. A publicidade é feita através de editais. Publicada a desistência da impetrante, medida contra a qual ela, no momento oportuno, não tomou os cuidados devidos, não poderia a Administração cogitar de sua posse. E, expirado o prazo de validade do concurso, poderia realizar outro e nomear os nele aprovados.

Não houve, assim, a preterição invocada, nem foi violado qualquer direito líquido e certo da requerente, não tendo a Administração, dando a devida publicidade de seus atos, na forma da lei, praticado qualquer ato abusivo que pudesse ser desconstituído através da presente ação” (fls. 61).

Merece relevo destacar que a doutrina e a jurisprudência hoje assentadas consagram o entendimento de que os candidatos aprovados em concurso público são detentores de mera expectativa de direito à nomeação, fato submetido ao juízo de conveniência e oportunidade da Administração, a qual não tem a obrigação de nomeá-los dentro do prazo de validade do certame.

Ademais, é certo que da mesma forma, a prorrogação do prazo de validade de concurso público encontra-se submetida à conformidade da Ad-

ministração Pública que, no exercício de sua competência discricionária, analisa a necessidade do preenchimento das vagas oferecidas de acordo com a disponibilidade efetiva de pessoal.

Ressalte-se, ainda, que o direito à nomeação somente emerge quando o cargo para o qual o candidato foi habilitado mediante aprovação em concurso for preenchido sem a observância da ordem de classificação, hipótese em que se comprova a preterição do concursado.

Analisando a controvérsia estampada no caso **sub judice**, verifica-se que a recorrente não foi preterida em seu direito à nomeação para o cargo de Magistério Público Estadual, mas apenas manifestou desistência de nomeação, que foi tornada sem efeito pela Administração, sendo o seu nome reposicionado para o final da lista dos aprovados.

Ora, antes de serem convocados todos os aprovados, sobreveio a caducidade do concurso, pelo decurso do seu prazo de validade. Assim, também desapareceu a possibilidade de nomeação da impetrante.

À realização de novo concurso público a que não se submeteu a impetrante, e a nomeação dos aprovados, não configura qualquer lesão jurídica aqueles antigos candidatos não nomeados no prazo de validade do concurso anterior.

Tenho, assim, que o acórdão recorrido não merece censura.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso ordinário.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 33.596 — MG

(Registro nº 93.0008607-3)

Relator: *O Sr. Ministro Fernando Gonçalves*

Recorrente: *Antonio José Ramalho*

Advogados: *Drs. Marcos Afonso de Souza e outro*

Recorrido: *Ministério Público do Estado de Minas Gerais*

EMENTA: *Processual Penal. Júri. Quesito. Omissão. Deficiência. Nulidade.*

1. Segundo pacífico entendimento pretoriano, a formulação de quesito de modo irregular, deficiente ou omissivo não induz nulidade quando a parte deixa de registrar irresignação na forma do art. 479 do Código de Processo Penal, salvo quando a circunstância é passível de conduzir os jurados a erro ou perplexidade sobre o fato sujeito à decisão (RTJ/80/450).

2. Recurso especial não conhecido.

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, não conhecer do recurso. Votaram com o Relator os Ministros Anselmo Santiago, Luiz Vicente Cernicchiaro e Vicente Leal. Ausente, por motivo de licença, o Ministro William Patterson.

Brasília, 08 de outubro de 1996 (data do julgamento).

Ministro ANSELMO SANTIAGO, Presidente. Ministro FERNANDO GONÇALVES, Relator.

Publicado no DJ de 11-11-96.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO FERNANDO GONÇALVES: Trata-se de recurso especial interposto com base nas letras a e c do permissivo constitucional, contra acórdão do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que, negando provimento à apelação criminal de interesse de Antônio José Ramalho, manteve a condenação imposta pelo Tribunal do Júri.

O recorrente, em segundo julgamento, foi condenado à pena de 12 (doze) anos de reclusão, como incurso no art. 121, § 2º, IV, do Código Penal, afastando o Tribunal de Justiça arguição de nulidade do julgamento por eventuais vícios e defeitos nos quesitos submetidos aos jurados.

No 10º quesito não teria sido explicitada a circunstância de erro de supor-se o recorrente na iminência de uma agressão por parte da vítima. Já no 19º quesito, além de englobar duas circunstâncias em que se dobra a qualificadora, houve divergência entre o libelo e a pronúncia.

Estas argüições, expõe o recorrente, foram rejeitadas pelo ven. acórdão, ao argumento de que, lidos os quesitos, na oportunidade própria, a defesa nada reclamou. Houve, na realidade, negativa de vigência aos artigos 479 e 564, parágrafo único do Código de Processo Penal no desacolhimento das nulidades suscitadas. Além da deficiência, houve contradição entre os quesitos formulados, **maxime** quanto àquele relativo à legítima defesa putativa. Na pronúncia foi acolhida qualificadora relativa a “recurso que tornou impossível a defesa da vítima”. Os jurados, no entanto, foram indagados sobre “recursos que tornaram difícil ou tornaram impossível a defesa da vítima”. Fixou, com efeito, o Supremo Tribunal Federal, ser nulo o julgamento quando o quesito relativo a uma qualificativa é formulado de modo diverso do constante da pronúncia, daí decorrendo agravação da situação do réu.

Apresentadas contra-razões, ascenderam os autos a este Tribunal por força de provimento do Agravo de Instrumento nº 19.516/MG.

A Subprocuradora-Geral da República, Ela Wiecko V. de Castilho, opina pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO FERNANDO GONÇALVES (Relator): O recorrente foi pronunciado como incurso nos termos do art. 121, § 2º, IV, do Código Penal. Submetido a julgamento foi condenado por homicídio culposo. O Eg. Tribunal de Justiça, no entanto, provendo recurso da acusação, determinou um segundo julgamento, dele resultando uma condenação a 12 (doze) anos de reclusão.

No recurso de apelação interposto pelo acusado as duas nulidades relativas aos defeitos apresentados pelos quesitos submetidos aos jurados foram argüidas e afastadas pelo Tribunal **a quo**, conforme voto do ilustre Desembargador Guimarães Mendonça, vazado nos seguintes termos:

“Conforme a Ata de Julgamento de fls. 572/573, o MM. Juiz formulou os quesitos, leu-os e explicou o significado legal de cada um, perguntando ainda às partes se tinham algum requerimento ou reclamação a fazerem. Evidentemente, foi cumprido o art. 479 do CPP, tendo transcorrido o momento de impugnação ou reclamação de irregularidade de quesitos sem que as partes se manifestassem.

O Excelso Pretório já decidiu que “o silêncio das partes durante o julgamento, sobre apresentação de quesito complexo ou irregular, não sana a falha, quando esta, por sua gravidade, é passível de conduzir o Conselho de Sentença a erro ou perplexidade sobre o

fato sujeito a decisão” (RTJ 80/450). Excluída essa hipótese, o mesmo Supremo Tribunal Federal já decidiu que: “Não tendo a parte apresentado impugnação fica-lhe vedada a argüição posterior de nulidade de julgamento” (RTJ 76/435). **In casu**, a meu ver, o 10º quesito, pela maneira como foi redigido, não causou erro ou perplexidade aos Srs. Jurados. Em sendo assim, inteiramente destituída de razão a invocada nulidade.

Outra preliminar argüida, foi a de que no 19º quesito usou-se a palavra *recursos*, no plural, enquanto no libelo foi dito *recurso*, no singular.

Consta do Libelo (fls. 301, 2º vol.), o seguinte: “que a ofensa a integridade corporal da vítima foi praticada, após breve diálogo entre réu e vítima, de forma inesperada e surpreendentemente, pelas costas, quando a vítima esboçava tentativa de fuga, portanto, utilizando-se o réu de *recurso* (o grifo é nosso) que tornou impossível a defesa daquela”.

No termo de votação de quesitos (fls. 570 e verso), realmente se vê no 19º quesito o seguinte: “o réu praticou o fato usando de recursos que tornaram difícil ou tornaram impossível a defesa da vítima?”. Tal quesito, pela forma como foi apresentado aos Jurados, não causou nenhuma perplexidade, não os levando a erro. Assim, pelos fundamentos expostos na preliminar antecedente a esta, ou seja, de que não houve o necessá-

rio protesto na oportunidade devida, rejeito dita preliminar, mesmo porque, em plenário, é certo que as partes debateram amplamente a forma pela qual o homicídio foi praticado.” (fls. 116/118)

Nestas circunstâncias, não há que se cogitar de violação aos dispositivos legais apontados (arts. 416, 479 e 564, parágrafo único do Código de Processo Penal), pois, além da leitura dos quesitos com explicação pelo juiz do real significado de cada um, as partes foram indagadas sobre eventual reclamação a fazer. Permaneceram em silêncio, aquiescendo implicitamente com a formulação. Preclusa, portanto, nestas alturas, a oportunidade de reclamar ou protestar, sanada a nulidade.

Também o dissídio jurisprudencial não restou demonstrado, como, aliás, corretamente assinala, no essencial, o despacho que inadmitiu o especial, **verbis**:

“A decisão publicada na Revista dos Tribunais vol. 452, págs. 434 a 436, por ser deste mesmo Tribunal, não se presta para caracterizar o dissenso, a teor da Súmula nº 13 do STJ.

Quanto aos demais arestos citados pelo recorrente, sobre a deficiência na formulação de quesitos, também não atendem aos pressupostos de admissibilidade, ante as circunstâncias do caso.

Assim é que na RTJ 45/384, o quesito relativo a uma qualificadora estava formulado de modo di-

verso ao constante da pronúncia, “daí decorrendo agravação da pena do réu” — a pronúncia qualificou o crime como tendo sido cometido à traição e no questionário se perguntou aos jurados “se o réu cometeu o crime mediante recurso que tornou impossível a defesa da ofendida”. Aqui, acolhida na pronúncia a qualificadora do recurso que tornou impossível a defesa da vítima, no questionário foram os jurados indagados sobre “recursos que tornaram difícil ou impossível a defesa da vítima”. Tal quesito não causou perplexidade, nem levou a erro o Conselho de Sentença. No singular ou no plural, como registrou a douta Procuradoria de Justiça, o efeito seria o mesmo.

No HC 54.502-MG — RTJ 80/450, o quesito englobava duas teses excludentes de crime, o que o tornava obscuro, “sendo certo que o Juiz deveria ter formulado séries distintas de quesitos para as duas legítimas defesas de terceiros, como procedeu em relação à legítima defesa própria”. Portanto, ali, ao contrário do que ocorreu na hipótese ora em exame, a redação defeituosa levou os jurados à perplexidade, acarretando a nulidade.

No que pertine com o RE 93.740-4-MG, RT 568/384 (ementário), há transcrição de ementa, contendo tese genérica acerca da nulidade do julgamento. O recorrente não atende, assim, ao disposto no art. 255, § 2º, do RISTJ,

com a redação determinada pela Emenda Regimental nº 01.

Quanto à decisão publicada na RT 603, pág. 438 (HC 65.262-9), foi afastada a nulidade que, segundo o recorrente, teria ocorrido por não haver, no quesito, referência à causa que teria levado o paciente a erro. Ali, o acórdão entendeu incabível admitir-se a nulidade argüida. Registrou o eminente Ministro: “no tocante ao erro previsto no art. 17 do Código Penal, é necessário que a defesa o apresente, ou o alegue, nos debates, mas a petição de **habeas corpus** a nenhum erro se refere como tendo sido apresentado ou a respeito lembrado nos debates, pelo que, deste modo, tendo em vista o que sobre tal ponto dispõe o art. 487, III, do CPP, não se pode considerar haver nulidade absoluta, no particular, *se, inclusive, chegou a haver quesito genérico sobre a existência de erro de fato, e ele foi respondido negativamente. De considerar, outrossim, que a significação dos quesitos é explicada, segundo determina o art. 479 do CPP, e a impetração não alega que tal explicação foi omitida*” (fls. 440).

Não caracterizada divergência, inviável também o apelo fundado na alínea c.” (fls. 5/7)

Com apoio nestas considerações, adequadas e pertinentes à espécie, não conheço do especial pelas duas alíneas (a e c).

RECURSO ESPECIAL Nº 68.120-0 — MG

(Registro nº 95.0030036-2)

Relator: *O Sr. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro*

Recorrente: *Jacir de Moraes Cardoso*

Recorrido: *Ministério Público do Estado de Minas Gerais*

Advogados: *Drs. Luiz Fernando Valladão Nogueira e outros*

EMENTA: *REsp — Penal — Pena — Individualização — Atenuante — Fixação abaixo do mínimo legal* — O princípio da individualização da pena (Constituição, art. 5º, XLVI) materialmente, significa que a sanção deve corresponder às características do fato, do agente e da vítima, enfim, considerar todas as circunstâncias do delito. A cominação, estabelecendo grau mínimo e grau máximo, visa a esse fim, conferindo ao juiz, conforme o critério do art. 68, C.P., fixar a pena in concreto. A lei trabalha com o gênero. Da espécie, cuida o magistrado. Só assim, ter-se-á Direito dinâmico e sensível à realidade, impossível de, formalmente, ser descrita em todos os pormenores. Imposição ainda da justiça do caso concreto, buscando realizar o direito justo. Na espécie sub judice, a *pena-base* foi fixada no mínimo legal. Reconhecida, ainda, a atenuante da confissão espontânea (C.P., art. 65, III, d). Todavia, desconsiderada porque não poderá ser reduzida. Essa conclusão significaria desprezar a circunstância. Em outros termos, não repercutir na sanção aplicada. Ofensa ao princípio e ao disposto no art. 59, CP, que determina ponderar todas as circunstâncias do crime.

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 constantes dos autos, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Participaram do julgamen-

to os Srs. Ministros Vicente Leal, Fernando Gonçalves e Anselmo Santiago. Ausente, por motivo de licença, o Sr. Ministro William Patterson.

Brasília, 16 de setembro de 1996 (data do julgamento).

Ministro ANSELMO SANTIAGO, Presidente. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Relator.

Publicado no DJ de 09-12-96.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO: Recurso Especial interposto por Jacir de Moraes Cardoso, com base nas alíneas a e c do permissivo constitucional, contra v. acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que deu parcial provimento à apelação do recorrente, reduzindo a pena ao fixar a pena-base no mínimo legal, deixando de considerar as circunstâncias atenuantes, ante a vedação de se levar a pena para baixo do mínimo legal, reduzindo-a em 1/3, concretizando-a em oito anos, porém mantendo a compatibilidade entre o privilégio reconhecido pelos jurados e a qualificadora do homicídio pelo uso de recurso que dificultou a defesa da vítima.

O recorrente arguiu violação ao art. 564, parágrafo único do C.P.P. e aos arts. 59 e 33, § 2º, b, do Código Penal. Sustenta que quem age sob violenta emoção, oriunda de injusta provocação da vítima não tem como lançar mão de meios que dificultem a defesa desta, haja vista a contemporaneidade da reação, não permitindo que a vítima fique desavisada. Alega, ainda, que a vedação contida no art. 59, II do Código Penal refere-se aos limites estatuídos, por ele mesmo, a título de pena-base aplicável ao crime e não pena definitiva que pode ir a quem por inexistir qualquer vedação imposta pelo legislador e que o relator, ao chegar ao mínimo legal da pena-base deveria, na seqüência do art. 68, Código Penal, aplicar, ainda assim, a circuns-

tância atenuante do art. 65, III, d, reconhecida pelo juiz, e, finalmente, levar em consideração a causa especial de diminuição da pena.

Aduz, ainda, dissídio jurisprudencial.

Contra-razões às fls. 178/182.

Parecer do Ministério Público Federal opinando pelo conhecimento parcial do recurso e seu improvimento (fls. 188/192).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO (Relator): O Recorrente afronta o v. acórdão, Relator o E. Desembargador Guimarães Mendonça, arguindo violação do disposto no art. 564, parágrafo único do Código de Processo Penal e nos artigos 59 e 33, § 2º, b, do Código Penal.

Examino os itens, separadamente.

Não assiste razão ao recorrente quando sustenta contradição, e por isso nulidade, entre os quesitos formulados e respectivas respostas. Especificamente, entre o disposto no art. 121, § 1º e § 2º, IV, *in fine* do Código Penal. Vale dizer, respectivamente, causa especial de diminuição de pena e a qualificadora. Sustenta a incompatibilidade entre tais circunstâncias.

A propósito guardo a interpretação que segue:

“REsp — Penal — Homicídio — Qualificadora — Privilégio — O

Código Penal, como, de resto, o Direito, é unidade. As normas se harmonizam. Secundária a colocação topográfica. Importante, fundamental é definir se há harmonia, ou incompatibilidade. A “violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima” (C.P., art. 121, § 1º) — causa especial de diminuição da pena — não é incompatível com o “emprego de recurso que impossibilita a defesa da vítima” (C.P., art. 121, § 2º) — qualificadora. Uma não contradiz à outra. A primeira é de natureza subjetiva. A segunda, objetiva. Não se repelem, não se eliminam. Assim, convivem, podem coexistir. Factualmente, admissível o agente, sob “violenta emoção”, escolher, na execução, modo de impossibilitar, ou tornar impossível a reação da vítima.” (REsp 77.225-MG, julg. em 19.12.95).

Assim, as referidas circunstâncias se harmonizam, não se repelem. Inexiste, pois, o vício realçado pela defesa.

Quanto à possibilidade de aplicar a pena abaixo do mínimo legal, tenho manifestado minha adesão a linha doutrinária que a admite. Tanto assim, manifestei-me em estudo escrito, publicado, no Caderno “Direito e Justiça”, do Correio Braziliense, de 15 de maio de 1995, pág. 5:

“O Direito não se esgota na lei; voltando-se, ademais, para o dever-ser, como expressão cultural, reclama do intérprete sentir a finalidade da norma. **Bettiol**, ao

analisar o conceito e os caracteres da dogmática jurídico-penal, depois de refutar a “jurisprudência conceitual” porque afastada da realidade fenomênica e do mundo dos valores e da ética, refuta a “interpretação formal, própria da lógica abstrata e, com todas as letras, reclama “lógica concreta”, isto é, lógica que penetra na natureza das coisas para explicar a gênese, a estrutura e a função da norma” (Direito Penale, Cedam, Padova, 1976, 9ª edição, pág. 74).

O penalista nem sempre se dá conta de que seu raciocínio se afasta da busca da teleologia da lei e fica aprisionado em esquemas conceituais, restrito ao plano formal. O Direito não pode limitar-se a esse trabalho, dado ser um valor que se projeta no mundo social. A orientação técnico-jurídica, entretanto, continua a comandar muitos raciocínios.

A jurisprudência, nesse contexto, é campo fértil para o jurista. O Judiciário, por isso, exerce, contemporaneamente à sua importância para projetar o Direito. O Direito, com efeito, é norma e fato (valorados). A experiência jurídica fornece, assim, o grande material para o Juiz. Não é difícil explicar e compreender, as divergências dos Tribunais são, fundamentalmente, ideológicas. Basta registrar duas posições inconciliáveis: de um lado, o magistrado que espera o legislador fornecer-lhe o material normativo para decidir o caso; de outro, o Juiz que, sem desprezar a

lei, descortina a amplitude do Direito e, com razão, a toma como medida para o julgamento. Todavia, desde que coerente com a teleologia do sistema. O legislador fornece o metro do comum das coisas. O Juiz considera as particularidades do fato. Caso uma circunstância relevante agaste-o do comum, o magistrado deverá adaptar a medida ao caso concreto. Tarefa excepcional, sem dúvida, mas realística.

As construções jurisprudenciais (vg. ressurgimento da cláusula **rebus sic stantibus**, reconhecimento da sociedade conjugal de fato, correção monetária, independente de previsão legal específica) foram inspiradas em fatos que não se ajustavam (por imperativo de justiça) à extensão da lei.

Costumo repetir. O Juiz é o crítico da legislação. Nisso não vai nenhuma afronta ao princípio da separação dos poderes. Além de independentes, são harmônicos. Adaptar axiologicamente a lei não é repudiar a lei. A não ser que, em mora inconciliável com os valores, haja necessidade de substituí-la, ainda que o seja restritamente ao caso concreto.

A individualização da pena é princípio registrado na Constituição da República (art. 5º, XLVI). Compreende três etapas: cominação, aplicação e execução.

A cominação é trabalho do legislador; define a pena através de lei formal. Conquista histórico-política indispensável no Direito Penal moderno.

O Judiciário, por seu turno, promove a aplicação, definindo “as penas aplicáveis dentre as cominadas” (CP, art. 59, I) e “a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos” (CP, art. 59, II).

Não se olvide, contudo, esses dispositivos integram o sistema das penas.

A pena, ficou registrado, encerra ideologia. Além disso, só faz sentido se necessária.

As penas cominadas representam situações em que a sanção se faz necessária. Corresponde a hipóteses normativas socialmente relevantes.

O delito evidencia exigência histórica. A conduta, certo, é desvaliosa. O passar do tempo pode repercutir no tipo. Os usos e costumes, os valores, enfim, a história porque projeta cultura, variam no tempo e no espaço. O crime de hoje, amanhã pode ser conduta irrelevante (materialmente considerado), não obstante a manutenção do tipo. Substancialmente, pode esvaziar-se. Situação excepcional, contudo, admissível.

O mesmo raciocínio é válido quanto ao agente do crime. Porque autor da infração penal, é censurado. A culpabilidade (reprovabilidade) enseja gradação. Mais intensa. Menos intensa.

O sistema penal, não obstante o esquema sancionatório, contempla casos de extinção da punibilidade; casos em que, formalmente,

a sanção se faz desnecessária (Política Criminal).

Coloca-se, então, esta hipótese.

Ao Juiz é facultado aplicar a pena, abaixo do mínimo legal?

No quadrante atrás delineado, encontra-se a resposta.

A cominação mínima pensa reprovabilidade atenuada. Há, evidente, espaço entre esse grau de censurabilidade e a ausência de reprovabilidade. Neste caso, inexistirá a própria infração penal.

Coloca-se então a pergunta: se apesar de aplicada no mínimo, a pena, dada excepcional circunstância (não é excludente de ilicitude, nem excludente de culpabilidade) recomendar sanção ainda mais mitigada, pode o Juiz fixá-la em patamar favorável ao réu?

Impõe-se resposta positiva.

O Juiz promove a adequação do normativo com a experiência jurídica. A lei, insista-se, não esgota o Direito. Inexiste, por isso, qualquer afronta ao princípio da individualização. Ao contrário, consagra a eficácia do próprio princípio. Ademais, deixa patente, os Poderes são independentes, contudo, harmônicos.

O legislador trabalha com o gênero. Da espécie cuida o magistrado. Só assim ter-se-á o Direito dinâmico e sensível à realidade, impossível ser descrita em todos os pormenores por quem elabora a lei.

Não se trata de mero pieguismo. Ao contrário, realização de justiça material.

O Judiciário, com essa orientação, realizará o Direito Justo.

Costuma-se repetir: cada caso é um caso! A sabedoria popular é sensível às distinções.

Nessa linha, Legislativo e Judiciário completam-se. Se a lei se volta para um fim, não faz sentido, no momento da incidência, o aplicador desprezá-lo. Útil concluir, repetindo: a justiça atribui a cada um o que é seu! A pena correta é direito do condenado.”

O Recorrente acentua não haver sido considerada a circunstância atenuante registrada no art. 65, III, d do Código Penal — haver o réu confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime.

Li e reli o acórdão. Em nenhuma passagem, menciona a atenuante de confissão espontânea.

Tal circunstância é registrada na sentença (fls. 105).

O aresto não a afastou. Cumpre, por isso, ser levada em conta. Não se trata de revolver o conjunto probatório, incompatível com o Recurso Especial. Trata-se, isso sim, de considerar — atenuante — reconhecida pela r. sentença.

Em se acolhendo a atenuante postulada, a pena cairá abaixo dos oito anos e, por isso, o tratamento do regime inicial será disciplinado na alínea **b** do § 2º do art. 33, embora

aqui se fale: “poderá desde o princípio, cumprir em regime fechado”. Tenho entendido que o legislador penal ao utilizar várias vezes esta palavra em decorrência do verbo “poder”, na realidade, não significa uma faculdade do juiz, mas é uma determinação. Em se reconhecendo, através da visão jurisdicional, que o réu, poderá cumprir o início da pena no regime semi-aberto, é um direito público

subjetivo. Por isso, entenda-se: o Juiz poderá agir dessa maneira e não ficar a critério subjetivo individual do magistrado.

Em sendo assim, reduzo de dois meses a pena aplicada pelo acórdão, com o que cairá para abaixo de oito anos, autorizando, dessa forma, o início da pena, a ser iniciado o seu cumprimento no regime semi-aberto.

RECURSO ESPECIAL Nº 68.852 — RJ

(Registro nº 95.0032343-5)

Relator: *O Sr. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro*

Recorrente: *Wilson Luiz dos Santos*

Recorridos: *Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e Instituto Nacional do Seguro Social — INSS*

Advogados: *Drs. Alcyone Vieira Pinto Barreto e outro, e André Oliveira da Silva e outros*

EMENTA: *REsp — Penal — Processual Penal — Sentença — Discurso lógico — Quadrilha — A sentença deve ser entendida como discurso lógico. Impossível restringir-se ao sentido literal da redação. O antecedente ajusta-se ao conseqüente. O art. 288, CP — Quadrilha ou Bando — é crime eventualmente permanente (parte da doutrina considera-o — necessariamente permanente). Qualquer colocação, entretanto, não gera polêmica quanto à conexão com o disposto no art. 69, CP — concurso material. Assim, nada impede que os autores pratiquem outros crimes. Crimes autônomos, relativamente à quadrilha, podem, em tese, configurar forma continuada, ou mesmo a habitualidade.*

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 constantes dos autos, por unanimidade,

não conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram os Srs. Ministros Anselmo Santiago, Vicente Leal, Adhemar Maciel e William Patterson.

Brasília, 26 de fevereiro de 1996 (data do julgamento).

Ministro ADHEMAR MACIEL, Presidente. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Relator.

Publicado no DJ de 21-10-96.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO: Recurso Especial interposto por Wilson Luiz dos Santos, com fundamento nas alíneas a e c do permissivo constitucional, contra v. acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, assim ementado:

“Peculato. Crime-meio e crime-fim. Preliminares rejeitadas. Juiz natural. Acepção à luz da Constituição. Despacho determinativo da citação. Dispensa de fundamentação. Sentido da expressão “... fundamentadas todas as decisões” — Const., art. 93, IX. Relações interjurisdicionais. Fatos delituosos cometidos noutras Comarcas. Conexão (CPP, art. 76, I). Indeferimento de provas e diligências. No processo penal, **a fortiori**, incumbe ao juiz indeferir provas inúteis ou meramente protelatórias. Dispensa fundada de inquérito policial. Competência do Órgão Especial e observância do rito procedimental

dos artigos 556 e seguintes do Código de Processo Penal. Qualificação jurídica dos fatos. Incidência do Código Penal e não das regras da **lex specialis**. Peculato. Disponibilidade jurídica da **res mobilis**. Crime de bando. Elementos. Crime de quadrilha e concurso de pessoas. Distinção”. (fls. 112)

O recorrente argúi:

a) o v. aresto fora silente quanto à alegada inépcia da denúncia associada com a ausência de prova de sua participação na formação da quadrilha;

b) falta de fundamentação e individualização quanto à condenação no crime de formação de quadrilha ou bando;

c) ausência de fixação da pena-base para cada um dos delitos para, só posteriormente, somá-las; e,

d) exacerbação da pena que lhe foi imposta, alegando ser primário, possuir bons antecedentes e jamais haver sido condenado por qualquer delito anteriormente.

Contra-razões do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro às fls. 300/351 e do Instituto Nacional do Seguro Social — INSS às fls. 352/362.

Recurso especial admitido em decorrência de provimento a agravo de instrumento (fls. 492).

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 712/715 opinando pelo não provimento do recurso.

VOTO

O SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO (Relator): Análise os itens das razões de recurso.

a) A alegada ausência de apreciação da inépcia da denúncia não merece acolhimento. É certo, a sentença deve ser fundamentada. Só assim, as partes, além do conhecimento das razões de decidir, terão argumentos para arrazoar eventual recurso.

O julgado, tenho insistido, deve ser lido como discurso lógico, ou seja, como unidade, cujas partes se intercomunicam. Os respectivos itens não constituem mero somatório de apreciação. Assim, por exemplo, no ED (REsp) 58.355-1:

“ED (REsp) — Processual Civil — Sentença — Discurso lógico — A sentença deve ser entendida como categoria lógica. Impossível restringir-se ao sentido literal da redação. O antecedente ajusta-se ao conseqüente”.

Em havendo o v. acórdão, Relator o E. Desembargador Doreste Baptista, apreciado outras matérias, de índole processual e de mérito, evidente, teve a imputação como apta (fls. 112/270). De outro lado, está suficientemente fundamentado. Basta a leitura de fls. 118:

“A peça de acusação, com absoluta precisão, põe em relevo, em cada processo de acidente de trabalho, os membros do bando que nele tiveram participação, de sorte a permitir a identificação dos

partícipes, em cada processo, independentemente de sua responsabilidade pelo crime do art. 288, e, em consequência, apontar, em cada caso ou em cada processo, os agentes em concurso, como prevê o art. 29, do Código Penal.”

Reclama, ainda, o Recorrente, vício de fundamentação quanto à configuração do crime de quadrilha ou bando.

O aresto, relativa e especificamente ao Recorrente, encontra-se fundamentado às fls. 197/199. Aqui é descrita a conduta com minúcias e sua atuação em cartórios judiciais para o levantamento das quantias que le-saram o INSS.

O acórdão, de outro lado, reconheceu explicitamente o crime de quadrilha ou bando descrito na denúncia. Registra às fls. 143/144:

“Com efeito criou-se um ente plural em certa área da baixada fluminense, constituído de um juiz, um contador, advogados e procuradores autárquicos (além de um credenciado) e resolveram, mediante fraudes nos processos acidentários, habilitarem-se à prática de outros crimes (de peculato) contra o tesouro da Previdência Social. As infrações seriam praticadas, como foram, indeterminadamente, sobre quaisquer feitos que para tanto se prestassem e por tempo também indeterminado”.

De outro lado, também não colhe o argumento de falta de individualização da pena-base do crime de qua-

drilha ou bando. O v. acórdão, no particular, após as considerações de fls. 198/199, no último parágrafo de fls. 199, deixou escrito:

“Diante desse quadro, fixou-se, em relação ao crime de peculato (art. 312), a pena-base em 09 (nove) anos de reclusão, somando-se mais 02 (dois) anos pelo crime de quadrilha (art. 288), perfazendo o total de 11 (onze) anos de reclusão”.

Evidente, a fundamentação se referiu às duas infrações penais. Logo, interpretação lógica, leva a concluir que se refere à pena-base relativa ao art. 312, como ao art. 288 do Código Penal.

Outro item do recurso: exacerbação da pena imposta. O particular reclama investigação do conjunto probatório, criticar e sopesar as provas recolhidas. Fazer, enfim, a sua avaliação. O pormenor não se compadece com o Recurso Especial, o que se evidencia no enunciado da Súmula 7, STJ.

O douto parecer do Ministério Público Federal, subscrito pela ilustre Subprocuradora-Geral, Dra. Ela Wiecko V. de Castilho.

“Não tem razão de ser a alegação do recorrente. O tribunal a quo não deixou de fixar a pena-base do crime de quadrilha: fixou-a em 2 anos, segundo os critérios do artigo 59 do Código Penal; e a ela somou mais 9 anos, relativos à prática do crime de peculato. Assim, perdem o sentido os

acórdãos citados, pois não se referem ao caso presente”. (fls. 715)

No Agravo de Instrumento nº 71.165-0-RJ, interposto por co-réu do mesmo processo, examinei os itens levantados pelo Recorrente, conexos a outras particularidades do processo. Explico as razões de decidir:

“1 — O processo penal brasileiro está vinculado aos princípios do contraditório e da defesa plena. O réu deve conhecer a imputação, rebatê-la como lhe parecer melhor e desenvolver a prova reputada útil e necessária.

Sem dúvida, quando a denúncia recebe aditamentos, estes precisam ser comunicados ao Réu.

O Agravante realçou o fato, entretanto, nas razões do recurso não deu notícia — o que é importante, fundamental mesmo — haver manifestado desejo de rebater, havendo recusa judicial (fls. 5/6). Em sendo assim, não pode, depois de conhecida a decisão desfavorável, apontar nulidade. O processo, como dialética, reclama atuação também da defesa.

O v. acórdão recorrido registra na fundamentação:

“O direito processual não é **non sense**. Já se tem assinalado, ao longo deste processo (senão, também, em resposta a pedidos de **habeas corpus** rechaçados, de modo geral, pelas Cortes superiores), que ao Juiz

incumbe a direção do processo e, em consequência, da prova. É seu dever repelir provas, ou diligências, inúteis ou de mera protelação”. (fls. 122)

Acrescente-se o art. 564, CPP não arrola a particularidade, como posta, como nulidade insanável. Prevalece, pois o estatuído no art. 563, CPP.

O art. 384, CPP coloca-se nessa linha. Cumpre distinguir: imputação de outro fato e definição jurídica do fato. Na segunda hipótese, desnecessário ouvir os réus. Não há surpresa. A defesa é relativa a fatos. Não se defende da capitulação normativa dada pelo Ministério Público. Diga-se o mesmo do comando do art. 395, CPP.

2 — O art. 288, CP — Quadrilha ou Bando — é crime eventualmente permanente (parte da doutrina considera-o necessariamente permanente). Qualquer colocação, entretanto, não gera polêmica quanto à conexão com o disposto no art. 69, CP — concurso material.

Efetivamente, e aqui não há divergência, o delito do art. 288 não se confunde com os delitos praticados pela quadrilha. Configura-se — concurso material. Assim, não impede que os autores do art. 288 pratiquem peculatos. Se o primeiro porque permanente, protraise no tempo, é incompatível com a continuação, o mesmo não acontece com os peculatos. Crimes autônomos, relativamente à quadrilha, podem em tese, configurar for-

ma continuada, ou mesmo, na espécie — habitualidade.

O dispositivo do v. acórdão, Relator o E. Desembargador Newton Doreste Baptista, relativamente ao Agravante é o seguinte:

“Diante desse quadro, fixou-se, em relação aos crimes de peculato (art. 321), a pena-base de 08 (oito) anos de reclusão, à qual se acresceu da metade pela continuidade delitiva, somando-se mais dois (02) anos pelo crime de quadrilha (art. 288), perfazendo o total de quatorze (14) anos de reclusão”. (fls. 210)

Observa-se, dois foram os crimes reconhecidos:

- a) Peculato. Pena: 8 anos de reclusão, acrescida da metade pela continuidade delitiva;
- b) Quadrilha. Pena: 2 anos.

Assim, ao crime de quadrilha nada se acrescentou a título de continuidade. Acrescentou-se, sim, à pena do peculato.

Em outros termos. O v. acórdão reconheceu — concurso material — entre o crime de quadrilha (art. 288) e o crime de peculato c/c art. 71.

A conclusão não merece nenhuma censura técnica. Aliás, favorável ao Agravante pois, em tese, admissível a habitualidade criminosa. Aqui, ter-se-ia, o crime de quadrilha em concurso material com pluralidade de peculatos.

3 — A terceira irresignação, ou seja, a definição do crime de —

estelionato qualificado — reclama análise do conjunto probatório. O tema não se presta nos limites constitucionais do Recurso Especial. Há o obstáculo do enunciado da Súmula 7, STJ. O peculato reclama presença de funcionário público (art. 327, CP) que tenha a posse de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, em razão do cargo. Posse, nessa passagem, significa o poder de disponibilidade, ou seja, de deslocar o objeto material do delito, operando-se pela apropriação, desvio, ou subtração.

O conceito normativo penal compreende o que, no âmbito civil, são a posse e a detenção. O dinheiro foi transferido do INSS para os réus. Logo, pelo menos o Juiz de Direito e o Procurador da autarquia (condenados) tinham o poder de disponibilidade das verbas. Satisfeito, pois, o elemento constitutivo da infração penal reconhecido no v. acórdão. Logo, o Agravante, mesmo estranho ao serviço público, é alcançado pela extensão ditada pelo art. 30 do Código Penal.

4 — Em homenagem aos princípios modernos de acesso ao Judiciário, sou extremamente liberal quanto à admissão do Recurso Especial. Para caracterizar o prequestionamento, basta o recurso reavivar a matéria decidida no julgamento recorrido. Dispensável indicação de artigo de lei. Quanto ao dissídio jurisprudencial, a ementa será bastante quando encerrar enunciado normativo adaptável ao

fato debatido nos autos. Impõe-se, então, também identidade fática.

As ementas trazidas pelo Agravante não se enquadram àquela conclusão.

A síntese dos acórdão de fls. 339, relativos a nulidade não servem como paradigmas. No caso dos autos, restou expresso a ausência de irregularidade e a não caracterização de prejuízo. Sem este, não se declara nulidade alguma (CPP, art. 563).

As ementas de fls. 341/342 afirmam não caracterizar quadrilha ou bando quando ausente “vínculo associativo para fins criminosos”. O acórdão proclamou literalmente esse vínculo associativo.

As ementas de fls. 342/344 não são idôneas para configurar a identidade fática. Aliás, o v. acórdão examinou a qualificação jurídica com base nas provas dos autos. Ademais, o caso **sub judice** não atribuiu continuidade delitiva ao crime de quadrilha. Fê-lo quanto aos peculatos: cai-se aqui no ponto atrás registrado: definir a natureza jurídica do fato, como reclama o Agravante, requer incursão profunda no conjunto probatório.

Nego provimento ao recurso.

Publique-se.

Brasília, 22 de novembro de 1995”.

Os acórdãos trazidos não resistem ao confronto analítico. Não há, pelo menos não evidenciada, a necessária similitude fática.

Não conheço do Recurso Especial por ambos os fundamentos.

RECURSO ESPECIAL Nº 82.440 — PB

(Registro nº 95.0066300-7)

Relator: *O Sr. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro*

Recorrentes: *José Carlos Falcão e Silva e José Carlos Silva*

Recorrido: *Ministério Público do Estado da Paraíba*

Advogados: *Drs. Fernando de Azevedo Porpino e outro*

EMENTA: REsp — Processual Penal — Nulidade — Testemunhas — Inversão da ordem de audição — O processo é dialético. O órgão da acusação deve manifestar-se antes para ensejar a defesa. A ordem dos atos processuais, portanto, é lógica. A plenitude da defesa volta-se para um fim: visa a impedir prejuízo para o réu. A inversão da ordem de audição das testemunhas, em princípio, não configura nulidade. Este instituto não se confunde com a mera irregularidade. O primeiro acarreta prejuízo. O segundo não produz esse efeito. O fato, ademais, não consta do amplo leque do art. 564, III do Código de Processo Penal.

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 constantes dos autos, por unanimidade, não conhecer do recurso por ambas as alíneas, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram os Srs. Ministros Anselmo Santiago, Vicente Leal, Adhemar Maciel e William Patterson.

Brasília, 25 de março de 1996 (data do julgamento).

Ministro ADHEMAR MACIEL,
Presidente. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Relator.

Publicado no DJ de 03-06-96.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO: Recurso Especial interposto por José Carlos Falcão e Silva, com apoio no art. 105, III, a e c da Constituição Federal contra acórdão unânime da Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, assim ementado:

“Denúncia — Inépcia — Concurso de pessoas — Ausência da conduta individual de cada acusado — Desnecessidade — Preliminar repelida.

Sentença de pronúncia — Nulidade — Juízo de mera admissibilidade — Materialidade comprovada — Índícios da autoria delitiva

existentes nos autos — Impronúncia — Inadmissibilidade — Nulidade rejeitada.

Instrução processual — Nulidade — Inocorrência — Ouvida de testemunha referida — Faculdade do Julgador — Cerceamento de defesa — Não comprovação — Prejuízo inexistente — Preliminar afastada.

Instrução processual — Nulidade — Falta de intimação de um dos réus à audiência de inquirição de testemunhas — Validade — Ausência de prejuízo — Defensor do réu faltoso com participação ativa — Preliminar repelida.

Testemunha — Nulidade — Quebra do princípio do contraditório — Inversão na inquirição da prova testemunhal — Prejuízo não comprovado — Nulidade não conhecida.

Não há de se falar em inépcia da denúncia pela falta de individualização dos fatos praticados pelos demais co-autores do crime, eis que desnecessário se torna a descrição pormenorizada das condutas para sua validade, **maxime**, quando a peça denunciativa descreve os fatos com base nos subsídios lhes fornecido pelo inquérito policial.

Por se tratar de juízo de mera inadmissibilidade, para a validade da sentença de pronúncia a condição necessária e suficiente é a existência de indícios suficientes da autoria e materialidade do crime. Presentes estes requisitos, inadmissível se falar em impronúncia.

Ao juiz é dado, sempre que entender conveniente e necessário ao esclarecimento da verdade real, ouvir, como suas, as testemunhas referidas, quer indicadas ou não pelas partes. De modo que, nenhum prejuízo disso resulta às partes, mormente se a estas foi dado contraditar e até formular reperguntas às pessoas inquiridas.

Não resulta nulidade a falta de intimação de um dos réus para o comparecimento à audiência de inquirição de testemunhas se dela seu defensor teve participação ativa no ato.

A ouvida das testemunhas arroladas pela acusação, em regra, deverão ser ouvidas anteriormente as da defesa o que garante a plena aplicação do princípio do contraditório. Entretanto, sua inversão só anula o ato, se comprovado o prejuízo aos réus” (fls. 45/46).

Alegam os recorrentes contrariedade ao art. 396 do CPP, o qual estabelece que as testemunhas de acusação devem ser ouvidas em primeiro lugar.

Aduzem violação à parte final do art. 408 do CPP, ao argumento de que a decisão monocrática não deu os motivos de seu convencimento.

Afirmam, ainda, que o aresto atacado, ao confirmar o decreto de pronúncia, contrariou o art. 41 do CPP, uma vez que a denúncia é inepta, bem como a pronúncia, por não descrever a participação dos recorrentes na conduta delituosa.

Suscitado, ainda, dissídio pretoriano no tocante à interpretação dos artigos 396, 408 e 41 do CPP.

O recurso subiu por força do agravo de instrumento, provido às fls. 100/101.

O M.P.F. opina pelo improvimento do recurso (fls. 111/115).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO (Relator): Examinando os itens do recurso.

1º) O processo penal, sem dúvida, é dialético. O órgão da imputação deve manifestar-se antes para ensejar a defesa. A ordem dos atos processuais, portanto, é lógica. A plenitude da defesa volta-se para um fim. Determinado, bem determinado diga-se. Visa a impedir prejuízo para o réu.

A inversão da ordem de audição das testemunhas, em princípio, não configura — nulidade. Este instituto não se confunde com a mera — irregularidade. O primeiro acarreta prejuízo para o réu. O segundo não

produz esse efeito. Aliás, a hipótese argüida pelo Recorrente não consta do amplo rol do art. 564, III do Código Processo Penal.

2º) Não vinga também, **data venia**, a argüição de vício, ao fundamento de carência de motivação.

A sentença de pronúncia está às fls. 32/38.

Cumprе relembrar, a pronúncia apóia-se em — indícios. Não se confunde com a sentença de mérito. A primeira apóia-se no juízo de probabilidade; a segunda, no juízo de certeza. Basta, por isso, realçar os indícios de autoria e materialidade. Leio a sentença de pronúncia (lê).

3º) De outro lado, a denúncia apresenta-se apta, no sentido formal, como no sentido material. Ensejou, sem dúvida, possibilidade de defesa. O fato está suficientemente descrito (fls. 18/20).

O dissídio jurisprudencial não resiste ao confronto analítico. Impõe-se identidade fática, o que não ocorre no caso em exame.

Não conheço do Recurso Especial por ambos os fundamentos.

RECURSO ESPECIAL Nº 89.296 — MG

(Registro nº 96.0012087-0)

Relator: *O Sr. Ministro Vicente Leal*

Recorrente: *Marlúcio Moreira da Costa*

Recorrido: *Ministério Público do Estado de Minas Gerais*

Advogados: *José Sebastião de Oliveira e outro*

EMENTA: *Penal. Recurso especial. Falsidade ideológica. Bem jurídico tutelado.*

— O crime de falsidade ideológica, por ser crime formal, aperfeiçoa-se com a simples potencialidade do dano objetivado pelo agente, não se exigindo para sua configuração a ocorrência do prejuízo.

Processual Penal. Verdade substancial. Princípio da investigação. Faculdade do juiz. CPP, arts. 209 e 502.

— No processo penal, em que sobreleva o sistema de apuração da verdade substancial, de que é corolário o princípio da investigação, tem o Juiz a faculdade de ouvir outras testemunhas além das arroladas pelas partes, podendo inquiri-las mesmo encerrado o sumário e oferecidas as alegações finais.

— Inteligência dos arts. 209 e 502, parágrafo único, do Código de Processo Penal.

— Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso especial, na conformidade dos votos e notas taquigráficas a seguir. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Fernando Gonçalves e Anselmo Santiago. Ausentes, por motivo de licença, o Sr. Ministro William Patterson e por motivo justificado, o Sr. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro.

Brasília, 11 de novembro de 1996 (data do julgamento).

Ministro ANSELMO SANTIAGO, Presidente. Ministro VICENTE LEAL, Relator.

Publicado no DJ de 09-12-96.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO VICENTE LEAL: O vereador Marlúcio Moreira da Costa, do Município de Capim Branco-MG, foi denunciado e condenado à pena de 1 (um) ano e 02 (dois) meses de reclusão e multa, pela prática do crime previsto no art. 299, do Código Penal, por ter inserido declaração falsa em ata da Câmara Municipal, onde era Presidente, consistente em aprovação de projeto de lei que abria crédito suplementar.

Interposta apelação pela defesa, a egrégia Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais negou-lhe provimento, proclamando a tese de que é lícito ao juiz ouvir em diligência testemu-

nhas, usando da faculdade do art. 209, do CPP, mesmo encerrada a instrução criminal, decorrido o prazo de diligências e já oferecidas as alegações finais. Acentuou, ainda, que a autoria e o dolo específico restaram devidamente demonstrados.

Irresignado, o requerente interpõe o presente recurso especial, com fundamento no art. 105, III, alíneas a e c da Carta Magna, alegando ter o acórdão em tela violado o disposto no art. 502, parágrafo único, do Código de Processo Penal e arts. 17 e 299 do Código Penal, bem como ensejado divergência jurisprudencial.

Sustenta o recorrente que após encerrada a instrução, não poderia o Juiz, que não é parte, reabrir a prova, ouvindo testemunhas, providência que resultou prejuízo. Assevera que, no caso, é descabida a condenação, pois não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível a consumação do delito. E, na hipótese, a mera lavratura da ata, sem a aprovação dos veredores, não configurou o crime de **falsum**, sendo, portanto, o crime impossível (fls. 155/164).

Apresentadas as contra-razões (fls. 179/182), foi admitido o recurso na origem apenas com base na alínea c (fls. 05/06), ascendendo os autos a esta Corte.

A douta Subprocuradoria Geral da República, em parecer de fls. 190/192, opina pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO VICENTE LEAL (Relator): Registre-se, por primeiro, que o presente recurso, admitido na origem pela alínea c, também comporta admissibilidade pela alínea a, de vez que a questão federal encontra-se devidamente prequestionada.

Debate-se no recurso duas questões, uma de direito material e outra de direito processual.

Examine-se, em primeiro tempo, a alegação de que não se configurou, na hipótese, o crime de falsidade ideológica. Sustenta o recorrente, nas suas razões, que para a configuração do mencionado delito é necessário que se concretize o prejuízo, sendo atípica a mera potencialidade.

Tenho, todavia, que a tese sob enfoque não merece ser prestigiada porque em dissonância com a doutrina autorizada e a jurisprudência predominante.

Ora, o crime de falsidade ideológica, por ser crime formal, aperfeiçoa-se com a simples potencialidade do dano objetivado pelo agente, não se exigindo para sua configuração a ocorrência de prejuízo. É que o bem jurídico tutelado na norma que acrimina a falsidade ideológica é a *fé pública* e não o patrimônio.

É certo que o tipo exige dolo específico: a vontade consciente de praticar o fato e produzir um fim especial (“*com o fim de prejudicar direito, criar obrigação, ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante*”). Deve, portanto, o agente

querer o **prejudicium alteris**, ao menos com potencialidade de causar dano com sua conduta, como ocorreu no caso **sub examen**.

A falsidade imputada ao recorrente contém, a toda evidência, potencialidade lesiva, situando-se, sem dúvida, no tipo penal do art. 299, do Código Penal, pois traduziu-se em inserção de fato não ocorrido na ata da sessão legislativa, cuja elaboração teria sido ordenada pelo recorrente, na qualidade de Presidente da Câmara Municipal. Assim, não há que se falar em violação ao art. 299, do Código Penal.

A outra questão atacada no recurso — a ouvida de testemunhas pelo Juiz após a fase das alegações finais —, também não acarreta nulidade processual, nem negativa de vigência ao art. 502, parágrafo único, do Código de Processo Penal.

O mencionado dispositivo legal tem a seguinte redação:

“Art. 502. Findos aqueles prazos, serão os autos imediatamente conclusos, para sentença, ao juiz, que, dentro em 5 (cinco) dias, poderá ordenar diligências para sanar qualquer nulidade ou suprir falta que prejudique o esclarecimento da verdade.

Parágrafo Único. O juiz poderá determinar que se proceda, novamente, a interrogatório do réu ou a inquirição de testemunhas e do ofendido, se não houver presidido a esses atos na instrução criminal.”

Tenho que também nesse ponto o acórdão não merece censura. Como salientado no despacho de admissibilidade e reafirmado no douto parecer do membro do *Parquet* Federal, a matéria não mais comporta indagações, visto que o Supremo Tribunal Federal já decidiu que

“encerrada a instrução criminal, decorrido o prazo de diligências e já oferecidas pelas partes as alegações finais, é lícito ao juiz ouvir em diligência testemunhas, usando da faculdade do art. 209 do CPP. Tal audiência se destina a proporcionar ao magistrado esclarecimentos especialíssimos, não ocorrendo nulidade por falta de contradita, de contestação e de reinquirição delas pelas partes interessadas.” (Damásio E. de Jesus, Código de Processo Penal Anotado, 9ª ed., 1991, pág. 328).

Tal posição da Suprema Corte guarda harmonia com o sentido publicista que se tem atribuído ao processo, no qual o juiz deixou de ser mero espectador inerte da batalha judicial, passando a assumir uma posição ativa que lhe permite, dentre outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça, é certo, com imparcialidade.

No caso, o juiz, na busca da verdade substancial, usando do permissivo legal, tomou o depoimento de duas testemunhas, providência que não significou qualquer extrapolação dos poderes que lhes são conferidos pelo ordenamento jurídico.

A propósito, merecem destaque os seguintes precedentes:

“Mesmo depois de ultimada a instrução, poderá o Juiz, na forma do art. 502 do CPP, converter o julgamento em diligência para reunir outros fatores que favoreçam o esclarecimento da verdade substancial.” (RT 535/322)

O processo penal, ao contrário do civil, não transige com a busca da verdade real. O juiz pode determinar a reprodução de provas e colher as que sejam úteis à instrução.” (RT 683/361-2)

Examine-se, por fim, a argüida afronta ao art. 17 do Código Penal.

Examinando-se o teor do v. acórdão recorrido, verifica-se que em ne-

num momento houve qualquer referência ao mencionado diploma legal.

À luz desse quadro, é de se reconhecer que neste ponto o recurso não pode ser conhecido.

É certo e indiscutível que em sede de recurso especial, o exame de violação à lei federal ou de negativa de sua vigência (CF, art. 105, III, a) tem como pressuposto o debate da questão no âmbito do acórdão recorrido ou, pelo menos, o seu prequestionamento por via de embargos de declaração. É o que já proclamavam as Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal ao tempo da relevância da questão federal.

Isto posto, não conheço do recurso especial.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 90.922 — RS

(Registro nº 96.0018000-8)

Relator: *O Sr. Ministro William Patterson*

Recorrente: *Marco Aurélio Geiss de Queiroz*

Advogado: *Dr. Marco Aurélio Papaleo*

Recorrido: *Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul*

EMENTA: *Penal. Intimação por precatória. Prazo recursal. Contagem.*

— A teor da remansosa orientação jurisprudencial desta Corte, o prazo recursal, no caso de intimação por precatória, tem seu termo inicial contado da data da juntada desta aos autos.

— Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer e dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Luiz Vicente Cernicchiaro, Anselmo Santiago, Vicente Leal e Adhemar Maciel.

Brasília, 11 de junho de 1996 (data do julgamento).

Ministro ADHEMAR MACIEL, Presidente. Ministro WILLIAM PATTERSON, Relator.

Publicado no DJ de 05-08-96.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: Adoto como relatório o parecer do Ministério Público Federal, da lavra da eminente Subprocuradora-Geral da República, Dra. Julieta E. Fajardo Cavalcanti de Albuquerque (fls. 131/133):

“Trata-se de Recurso Especial interposto por Marco Aurélio Geiss de Queiroz, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea c, da Constituição Federal, em face do v. acórdão prolatado pela Eg. Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Alçada do Estado do Rio Grande do Sul, fls. 110/112, que

não conheceu do Recurso de Apelação, por intempestivo.

Aduz o recorrente que o acórdão hostilizado divergiu de julgados do Supremo Tribunal Federal, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo e Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

O Recurso deve ser provido.

Com efeito, o recorrente logrou demonstrar, satisfatoriamente, o dissídio jurisprudencial, conforme determinam as disposições do art. 255 do RISTJ.

Nesse sentido, de verificar-se que enquanto o aresto recorrido posiciona-se no sentido de que a fluência do prazo para interposição do recurso começa a contar da data em que o réu foi intimado por carta precatória, os paradigmas, ao contrário, entendem que na intimação por precatória, o prazo começa a fluir da data da juntada da carta cumprida aos autos.

De verificar-se que essa Corte de Justiça vem manifestando-se no mesmo e exato sentido dos arestos paradigmas, como se pode verificar pelos seguintes acórdãos, **verbis**:

“Processual Penal. Sentença condenatória. Intimação por precatória. Apelação.

— Início do prazo. Socorrida da subsidiariedade legalmente re-

comendada (CPP, art. 3º, e CPC, art. 241, V), em tais casos impõe-se a orientação pretoriana sobre iniciar-se o prazo recursal na data da juntada da precatória, no juízo deprecante.

Precedentes do STF e do STJ.” (STJ, REsp nº 57.518/94-RS, Rel. Min. José Dantas, unânime, DJ 13/03/95, pág. 5.311).

“*Criminal. Condenação. Intimação. Precatória.*

— Prazo do recurso. Contagem que deve iniciar-se na data da juntada da precatória aos autos, devidamente cumprida (art. 3º, do CPP, c/c o art. 241, IV, do CPC). Precedentes da Turma.” (STJ, REsp nº 53.304/94-RS, Rel. Min. José Dantas, unânime, DJ 19/12/94, pág. 35.326).

Pelo exposto, opina o Ministério Público Federal pelo conhecimento e provimento do Recurso Especial”.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON (Relator): Razão assiste ao ilustrado órgão ministerial. Com efeito, ao proclamar o v. ares-

to recorrido, como termo inicial da contagem do prazo recursal a data da intimação por precatória, dissentiu da remansosa orientação jurisprudencial desta Corte, que o concebe na data da juntada da precatória.

Além dos precedentes citados na manifestação referenciada, da relatoria do Ministro José Dantas (REsp nº 57.518-RJ e REsp nº 53.304-RS) acrescento o da lavra do Ministro Costa Lima (REsp nº 27.516-RS), de cuja ementa se lê:

“*Processual Penal. Pronúncia. Intimação por precatória. Prazo. Início.*

1. A intimação pessoalmente, ao réu e ao defensor constituído ou dativo.

2. Quando a intimação se processa mediante carta precatória, o prazo desta tem início na data da juntada, no juízo deprecante, da precatória devidamente cumprida (CPP, art. 3º, CPC, art. 241, IV), de modo a assegurar-se a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes (CF, art. 5º, LV).

3. Recurso conhecido e provido, para que o Tribunal a quo prossiga o julgamento, afastada a intempestividade.”

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento.

RECURSO ESPECIAL Nº 91.537 — RS

(Registro nº 96.0019348-7)

Relator: *O Sr. Ministro William Patterson*

Recorrente: *Sindicato dos Servidores do Ministério da Fazenda do Estado do Rio Grande do Sul — Sinfaz/RS*

Advogados: *Drs. Glênio Luis Ohlweiler Ferreira e outros*

Recorrida: *Fazenda Nacional*

Procuradores: *Drs. Maria da Graça Hahn e outros*

EMENTA: *Recurso especial. Funcionário. Reajuste salarial. URP de abril e maio de 1988.*

— Relativamente à URP de abril e maio de 1988, o Colendo STF firmou jurisprudência sobre a existência de direito adquirido ao valor correspondente a 7/30 (sete trinta avos) de 16,19%, a incidir nesses dois meses, não cumulativamente, porém corrigidos monetariamente desde a data em que eram devidos até o seu efetivo pagamento.

— Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer e dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram os Srs. Ministros Luiz Vicente Cernicchiaro, Anselmo Santia-go, Vicente Leal e Adhemar Maciel.

Brasília, 04 de junho de 1996 (data do julgamento).

Ministro ADHEMAR MACIEL, Presidente. Ministro WILLIAM PATTERSON, Relator.

Publicado no DJ de 05-08-96.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: Trata-se de recurso especial, com fulcro nas alíneas a e c da regra constitucional, contra acórdão que reconheceu o direito adquirido dos servidores ao percentual de 7/30 (sete trinta avos) de 16,19%, relativa à URP, somente do mês de abril de 1988.

Nas razões do recurso, sustenta-se a existência de divergência jurisprudencial, trazendo à colação julgados do Colendo STF, onde proclamada por devida a incorporação do reajuste, também, com relação aos primeiros sete dias do mês de maio do mesmo ano. Argumenta-se, ainda,

com a negativa de vigência ao art. 8º, § 1º do Decreto-lei nº 2.335/87.

Com a impugnação de fls. 360/366, subiram os autos a este Tribunal, onde dispensei a audiência do Ministério Público.

Houve admissão também do recurso extraordinário.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON (Relator): Nos autos debate-se mais uma vez sobre o alcance do Decreto-lei n. 2.335/87, que ao instituir a URP para fins de reajustamento automático de salários, vencimentos e demais remunerações, estabeleceu, em seu artigo 3º, que esse fator, apurado pela média mensal da variação do IPC, ocorrida no trimestre imediatamente anterior, teria aplicação a cada mês do trimestre subsequente.

Isto posto, apurado o IPC, no trimestre relativo aos meses de dezembro de 1987, janeiro e fevereiro de 1988, no índice de 16,19%, tal índice deveria incidir sobre os salários dos meses de março, abril e maio de 1988.

Assim foi feito, aplicando-se no mês de março o IPC no percentual de 16,19%, tal como apurado pelo IBGE. Contudo, com a edição do Decreto-lei n. 2.425, de 7.04.88, essa recomposição foi suspensa, fato que gerou o ajuizamento de inúmeras demandas, ao argumento de que transcurso o lapso temporal do período

aquisitivo do reajuste, este deveria recompor as perdas de todo o trimestre posterior, ou seja, também nos meses de abril e maio de 1988.

Pacificando a matéria, sob a ótica do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, o colendo Supremo Tribunal Federal proclamou a seguinte orientação:

“Suspensão, em 07.04.88, pelo artigo 1º, **caput**, do Decreto-lei 2.425/88, dos reajustes, pela Unidade de Referência de Preços (URP), dos vencimentos de abril e maio de 1988.

— A jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que não há direito adquirido a vencimentos de funcionários públicos, nem direito adquirido a regime jurídico instituído por lei. Precedentes do S.T.F.

Conseqüentemente, diploma legal novo, que reduza vencimentos (inclusive vantagens), se aplica de imediato, ainda que no mês em curso, pois alcança o período de tempo posterior à sua vigência, dado que não há, no caso, direito adquirido.

— No caso, sendo de aplicação imediata o artigo 1º, **caput**, do Decreto-lei nº 2.425/88, e estabelecendo ele, Decreto-lei nº 2.335/87 não se aplicaria nos meses de abril e maio de 1988 (o que implica dizer que ele não determinou a redução dos vencimentos a que os servidores já faziam jus, mas apenas estabeleceu que aquele reajuste não seria aplicado nos re-

feridos meses), os funcionários têm direito apenas ao reajuste, calculado pelo sistema do artigo 8º, § 1º, do Decreto-lei nº 2.335, com relação aos dias do mês de abril anteriores ao da publicação desse Decreto-lei (ou seja, os sete primeiros dias do mês de abril de 1988, uma vez que o referido artigo 1º, **caput**, entrou em vigor no dia oito de abril de 1988, data em que foi publicada, pois não sofreu alteração na republicação feita no dia onze do mesmo mês), bem como ao de igual valor, não cumulativamente, no mês de maio seguinte.

Recurso extraordinário conhecido e, em parte, provido.” (RE nº 146.749-5-DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 18.11.94).

Como se vê, de base trimestral e não apenas mensal a recomposição prevista no Decreto-lei n. 2.335/87, é inafastável a conclusão a que chegou o Pretório Excelso sobre a existência do direito adquirido ao reajuste salarial correspondente aos sete primeiros dias, não apenas do mês de abril, mas ainda do mês de maio de 1988. Aliás, se assim não fosse, sem nenhuma ressonância a advertência exposta pelo eminente Relator do valioso precedente:

“... não obstante afastada a declaração de inconstitucionalidade do art. 1º, **caput**, o Decreto-lei 2.425/88, fazem jus às parcelas devidas nos termos deste voto,

nos meses de abril e de maio de 1988, não cumulativamente, mas corrigidos monetariamente desde a data em que eram devidos até o seu efetivo pagamento.”

Neste recurso especial, alega-se que o acórdão do TRF da 5ª Região, ao conceder o reajuste, tão apenas com relação ao mês de abril, diverge frontalmente do entendimento acima transcrito.

Do voto condutor da decisão recorrida, integrada pelo acórdão de fls. 338/341, que desacolheu os embargos declaratórios, à consideração de que interpostos com efeitos modificativos, destaco o seguinte trecho (fls. 329):

“... os servidores têm direito apenas ao reajuste calculado pelo sistema do artigo 8º, § 1º do Decreto-lei nº 2.335/87 com relação aos dias do mês de abril, anteriores ao da publicação do Decreto-lei nº 2.425/88, ou seja os 07 (sete) primeiros dias, o que corresponde a 7/30 (sete trinta avos) de 16,19% que foi o índice do referido mês.”

Assim confrontados os julgados, entendo por demonstrada a divergência jurisprudencial, bem assim, caracterizada a ofensa da lei federal (Decreto-lei n. 2.335/87), razão porque, com suporte na orientação proclamada no acórdão paradigma, conheço, por ambas as alíneas, do recurso, e dou-lhe provimento.

RECURSO ESPECIAL Nº 91.574 — RS

(Registro nº 96.0019411-4)

Relator: *O Sr. Ministro Fernando Gonçalves*

Recorrente: *Ministério Público Federal*

Recorrido: *Carlito Schmidt Villela*

Advogados: *Drs. Tânia Márcia de Alcício e outro*

EMENTA: *Criminal. Apropriação indébita. Falta de recolhimento de contribuição previdenciária. Não inclusão do prefeito como sujeito ativo.*

1 — O prefeito não é responsável direto, nem pelo desconto e nem pelo recolhimento das contribuições previdenciárias.

2 — Recurso não conhecido.

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, não conhecer do recurso. Votaram com o Relator os Ministros Anselmo Santiago, William Patterson e Vicente Leal. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro.

Brasília, 10 de setembro de 1996 (data do julgamento).

Ministro ANSELMO SANTIAGO, Presidente. Ministro FERNANDO GONÇALVES, Relator.

Publicado no DJ de 14-10-96.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO FERNANDO GONÇALVES: Cuida-se de recurso

especial interposto pelo Ministério Público Federal com fulcro na letra a do art. 105 da C.F. 88, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que entendeu não ser o Prefeito sujeito ativo do crime de apropriação indébita pelo não recolhimento de contribuição previdenciária. O julgado em apreço guarda a seguinte ementa:

“Criminal. Prefeito. Falta de recolhimento de contribuição previdenciária descontadas dos servidores. Atipicidade. Lei nº 8.137/90, Lei nº 8.212, de 24.07.91, art. 95, § 3º, CPP, art. 43, I. Precedentes deste Tribunal.

O art. 95, § 3º da Lei nº 8.212/91 não inclui Prefeito como sujeito ativo do crime em questão, devendo ser rejeitada a denúncia.” (fls. 72).

Afirma o recorrente que os administradores públicos equiparam-se

aos empresários ou empregadores para todos os efeitos, “inclusive os penais, no que tange à disciplina da previdência social oficial.”

Sem contra-razões e admitido o recurso, ascenderam os autos a esta Corte.

Nesta Instância, o Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO FERNANDO GONÇALVES (Relator): Carlito Schmidt Villela, prefeito do município de Tapejara-Paraná, foi denunciado pela prática da infração tipificada no artigo 95, d, §§ 1º e 3º, da Lei nº 8.212/91, de forma continuada. O citado artigo estabelece:

“Art. 95. Constitui crime:

(...)

d) deixar de recolher, na época própria, contribuição ou outra importância devida à Seguridade Social e arrecadada dos segurados ou do público.”

(...)

§ 1º No caso dos crimes caracterizados nas alíneas d, e e f, deste artigo, a pena será aquela estabelecida no art. 5º da Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, aplicando-se à espécie as disposições constantes dos arts. 26, 27, 30, 31 e 33 do citado diploma legal.

(...)

§ 3º Consideram-se pessoalmente responsáveis pelos crimes acima caracterizados o titular de firma individual, os sócios solidários, gerentes, diretores ou administradores que participem ou tenham participado da gestão de empresa beneficiada, assim como o segurado que tenha obtido vantagens.”

A questão é: há ou não envolvimento do prefeito no crime? É atribuição do prefeito promover o repasse das verbas destinadas ao pagamento das contribuições devidas à Seguridade Social?

A denúncia afirma que o prefeito “descontou dos salários de seus servidores contribuições previdenciárias relativas ao período de maio de 1993 a julho de 1993, no valor de CR\$ 842.140,16 (oitocentos e quarenta e dois mil, cento e quarenta reais e dezesseis centavos), conforme se verifica pelo Relatório Fiscal de fls. 1/2, deixando, porém, de repassá-las ao INSS conforme determina a lei.”

A ilustre Subprocuradora-Geral da República enfatiza ser inerente ao cargo de prefeito as decisões acerca das atividades do Executivo, opinando pelo provimento do recurso, porquanto a ele compete a direção superior da administração pública municipal.

Esta Turma, no entanto, no julgamento do REsp 63.986-7 fixou, **verbis**:

“REsp — Penal — Prefeito municipal — Contribuição previdenciária — Omissão — Não recolhimento.

— O fato crime reclama conduta e resultado. Analisados do ponto de vista normativo. A responsabilidade penal (Constituição da República e Código Penal) é subjetiva. Não há espaço para a responsabilidade por fato de terceiro. A menos para a responsabilidade por fato de terceiro. A conclusão aplica-se a qualquer infração penal. “Não recolhimento de contribuição previdenciária” caracteriza — crime omissivo próprio. A omissão não é simples não fazer, ou fazer coisa diversa. É não fazer o que a norma jurídica determina. O Prefeito Municipal, como regra não tem a obrigação (sentido normativo) de efetuar os pagamentos do Município; por isso, no arco de suas atribuições legais, não lhe cumpre praticar atos burocráticos, dentre os quais, elaborar a folha e efetuar pagamentos. Logo, recolher as contribuições previdenciárias. O pormenor é importante,

necessário por ser indicado na denúncia. Diz respeito a elemento essencial da infração penal. A ausência acarreta nulidade da denúncia. Não há notícia ainda de hipótese do concurso de pessoas (CP, art. 29).” (Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJU in 28/08/95).

Filio-me ao entendimento da Turma já que o Prefeito não é responsável direto nem pelo desconto e nem pelo recolhimento das contribuições previdenciárias. A Lei nº 8.212, de 1991, em seu § 3º, não arrola o Chefe do Poder Executivo Municipal que, analogicamente, não pode ser equiparado, para fins penais, aos sócios, gerentes, diretores e administradores da empresa beneficiada com a sonegação.

Em face do exposto, não conheço do recurso.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 94.265 — PR
(Registro nº 96.0025448-6)

Relator: *O Sr. Ministro William Patterson*

Recorrente: *Ministério Público do Estado do Paraná*

Recorrido: *Luiz Setembrino Von Holleben*

Advogado: *Dr. Élio Narezi*

EMENTA: *Penal. Representação. Pedido de arquivamento. Ministério Público Estadual. Desacolhimento. Impossibilidade.*

— **Cuidando-se de pedido de arquivamento formalizado pelo Procurador-Geral de Justiça, em procedimento (representação) origi-**

nário perante o Tribunal Estadual, não pode este recusar a providência, tal como ocorre em relação ao Pretório Excelso.

— Precedentes judiciais.

— Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer e dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Luiz Vicente Cernicchiaro, Anselmo Santiago, Vicente Leal e Adhemar Maciel.

Brasília, 04 de junho de 1996 (data do julgamento).

Ministro ADHEMAR MACIEL,
Presidente. Ministro WILLIAM PATTERSON, Relator.

Publicado no DJ de 05-08-96.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: Trata-se de recurso especial convertido do Agravo de Instrumento nº 90.021-PR, por força do despacho de fls. 482, examinado pelo Ministério Público Federal (fls. 471/480), onde a questão foi assim resumida:

“Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Procurador-

Geral de Justiça do Estado do Paraná contra o r. despacho do eminente Presidente em exercício do Tribunal daquele Estado, que denegou seguimento a recurso especial.

2. Consoante se extrai dos autos, Luiz Setembrino Von Holleben, Juiz de Direito da Vara Cível da Comarca de Marechal Cândido Rondon-PR, ora agravado, representou criminalmente contra Valclir Natalino da Silva, Promotor de Justiça em exercício naquela Comarca, imputando-lhe a prática do delito insculpido no art. 22 c.c o art. 23, inc. II, ambos da Lei nº 5.250/67.

3. Encaminhada a referida representação ao Procurador-Geral de Justiça do Estado, postulou este pelo arquivamento da ação penal, tendo o Órgão Especial do Tribunal **a quo**, por maioria, rejeitado o pedido, sob os fundamentos sintetizados na seguinte ementa:

“Representação criminal — Juiz de direito contra promotor de justiça — Ataque à pessoa do juiz — Crime contra a honra — Expressões reconhecidas pelo procurador-geral de justiça como ofensivas — Omissão

na denúncia — Reconhecimento de ser ação penal de iniciativa privada — Remessa ao órgão especial para arquivamento — Aplicação da regra contida no artigo 5º, inciso LIX da Constituição Federal — Rejeição — Possibilidade da vítima intentar ação penal privada subsidiária da pública.

O tribunal afirmando que o pedido de arquivamento foi mal formulado, ou que não está fundamentado, ou ainda, porque a prova autorizaria o início da perseguição criminal, pela existência de delito em tese, o Tribunal na verdade atesta que o Ministério Público se omitiu no seu poder-dever de oferecer a denúncia.

Com esse atestado de omissão incide a regra estabelecida no artigo 5º, inciso LIX da Constituição Federal e a vítima querendo, poderá intentar a ação penal privada subsidiária da pública.

O artigo 29, inciso VI da Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, é impertinente pela sua ingerência sobre o Poder Judiciário, não devendo ser aplicado.” (fls. 107/142).

4. Inconformado com a v. decisão recorrida, opôs o il. membro do *Parquet* Estadual embargos declaratórios, os quais restaram rejeitados pelo acórdão de fls. 156/159.

5. Sobreveio o presente recurso especial, no qual a Procuradoria

Geral de Justiça alega: “se vê **primo ictu oculi**, os vv. Julgados vergastados negaram vigência aos artigos 48 da Lei nº 5.250/67 (c/c o art. 12 do CP); 100, § 3º, do CP e 29 do CPP; 103 do CP e 38 do CPP; 107, IV do CP c/c 40, § 1º da Lei nº 5.250/67; 29, inc. VII da Lei nº 8.625/93 e 3º, inc. I, da Lei nº 8.038/90, porquanto não só rejeitaram o arquivamento proposto pelo Procurador-Geral de Justiça, como, também, estimularam uma ação penal subsidiária, com o prazo decadencial já decorrido (aspectos estes que poderiam, inclusive, ser objeto de **habeas corpus** voluntário, ou, quiçá, de ofício, dada a iminência de proposição de ação penal subsidiária manifestamente **contra legem**).”

6. Argúi, ainda, divergência jurisprudencial trazendo arestos do Excelso Pretório e do Eg. Superior Tribunal de Justiça, nos quais está assente que o pedido de arquivamento dos autos de ação originária, formulado pelo órgão legitimado, independe de apreciação do Tribunal, que deve se limitar a determiná-lo.

7. Denegado, na origem, seguimento ao recurso especial intentado, face a Súmula nº 126 do Eg. STJ, agrava por instrumento o Ministério Público Estadual alegando que “conquanto efetivamente se tenha, na ementa do v. acórdão nº 2.152, feito alusão ao artigo 5º, inciso LIX, da Constituição Federal, a **quaestio juris** apreciada pelo Egrégio Tribunal a **quo** não ensejou qualquer ofensa, se-

quer reflexa, ao texto da *Lex Fundamentalis*", o que se atacou no recurso especial "é a rejeição do arquivamento, bem assim as inovações acerca da ação penal privada subsidiária da pública".

Na análise do mérito, o MPF opinou pelo provimento do recurso, apoiado na remansosa jurisprudência que elenca.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON (Relator): A matéria, não obstante a relevância do tema jurídico que a envolve e a polêmica doutrinária sobre a mesma, a esta altura já não merece maiores considerações, pelo simples fato de que consolidou-se, na jurisprudência pretoriana, posicionamento divergente do v. aresto recorrido.

Com efeito, o debate gira, apenas, sobre a possibilidade de o Tribunal recusar pedido de arquivamento de representação criminal, formalizado pelo Ministério Público.

De início vale lembrar que se cuida de procedimento originário, tramitando perante o Tribunal de Justiça, e que teve seu curso obstado em razão de pronunciamento do Procurador-Geral de Justiça, autoridade máxima na hierarquia ministerial, no âmbito da organização judiciária do Estado. Se assim é, forçoso é conceber que a hipótese se equivale, na estrutura federal, às posi-

ções do Egrégio Supremo Tribunal Federal e do Procurador-Geral da República.

Acerca desse quadro, vale pôr em destaque esses lances do pronunciamento da ilustre Subprocuradora-Geral da República, Dra. Helenita Amélia G. Caiado de Acioli (fls. 476/478), *verbis*:

14. Como bem destacou o recorrente, o Ministério Público nas ações penais públicas é o *dominus litis*, vale dizer, a lei defere-lhe a disponibilidade da ação (arts. 129, inc. I, da CF, 28 do CPC, 100, § 1º, do CP e 29, inc. VI, da Lei nº 8.625/93).

15. Nos casos de competência originária (arts. 1º ao 12 da Lei nº 8.038/90), não se aplica o princípio da devolução (art. 28 do CPP), de vez que é o próprio chefe do *Parquet* que se manifesta, devendo, portanto, o tribunal, no caso de arquivamento, obrigatoriamente atender o seu pedido, sob pena de ir de encontro ao princípio do *ne procedat iudex ex officio* e desrespeitar o mecanismo de "freios e contrapesos" da nossa Carta Magna e a obrigatória harmonia entre os Poderes, expressa no art. 2º da Constituição Federal, ingerindo-se na independência funcional do *Parquet* (§ 1º, do art. 127, da CF).

16. No mesmo diapasão, leciona **Fernando da Costa Tourinho Filho**: "em virtude da estrutura processual acusatória que tem entre nós a *persecutio cri-*

minis, outro caminho não restará ao Tribunal senão acolher o pedido de arquivamento, quando formulado pelo Chefe do Ministério Público. Este, como verdadeiro **dominus litis**, é quem pode, no nosso Direito, dizer se é caso ou não de denúncia nos processos da competência originária dos Tribunais. O poder de ação lhe é conferido, sob pena de se quebrar o princípio do **ne procedat iudex ex officio**. O argumento de que o Tribunal tem controle jurisdicional absoluto sobre a propositura da ação penal, “mesmo porque o Ministério Público não goza de independência suficiente para poder opor-se a injunções governamentais”, **data venia**, não convence. Nessa ordem de idéias, os Tribunais poderiam, também, exercer o controle sobre toda a ação pública, pois os Governantes poderiam pressionar o Ministério a não oferecer denúncia em casos de competência do Juiz Singular.” (in “Processo Penal”, vol. I, 15ª ed., Saraiva, 1994, pág. 370).

17. Confira-se, ainda, a propósito do tema, os seguintes precedentes dessa Colenda Corte e do Excelso Pretório, assim ementados:

“Penal. Competência originária do STJ. Notitia criminis. Pedido de arquivamento. Deferimento.

1. O Ministério Público da União perante o STJ, instituição permanente, una, indivisível e de independência funcional, atua pelo

Procurador-Geral ou por seus delegados, os Subprocuradores-Gerais da República, cabendo-lhe promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.

2. Requerido pelo Ministério Público o arquivamento de **notitia criminis**, a Corte não pode discutir o pedido, senão acolhê-lo.” (STJ, Inquérito nº 02-SP, Corte Especial, Rel. emin. Min. Costa Lima, in DJ de 21.08.89).

“Inquérito. Arquivamento pedido pela Procuradoria Geral da República, quanto ao parlamentar indiciado, com prerrogativa de foro.

1. É pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que, em se tratando de inquérito para apuração de crime de ação pública de sua competência originária, o pedido de arquivamento dos autos, formulado pelo órgão legitimado ao oferecimento da denúncia, ou seja, o Ministério Público Federal, representado pelo Procurador-Geral da República, independe de apreciação do Tribunal, que se limita a determiná-lo (o arquivamento), nos termos do parágrafo 4º, do art. 231, do RI/STF, e art. 3º, inciso I.” (STF, Inquérito nº 716-6-AC, Pleno, Rel. emin. Min. Sidney Sanches, in DJ de 24.09.93).

É certo que, em relação ao STJ, o STF já definiu que, por funcionar perante o Colegiado o Subprocura-

dor-Geral, o pedido de arquivamento, pode ser recusado, caso em que há de se aplicar o disposto no art. 28 do Código de Processo Penal. Todavia, quando a circunstância ocorre perante o Pretório Excelso, o arquivamento impõe-se, conforme proclamou a própria Corte, em reiteradas oportunidades.

Sobre a possibilidade da queixa subsidiária, isso somente é possível quando o MP não oferece denúncia. A omissão não pode ser confundida com deficiência ou fragilidade de fundamentação ou outra razão qualquer que importe em juízo de valor da peça inaugural. A omissão é a ausência, é a inércia, é a falta de providência. **In casu**, isso não aconteceu. Mesmo que se entenda ela extemporânea, inexistente lugar para a

subsidiária, pela ocorrência desengastada da decadência, conforme acentuou o MPF (fls. 480):

“Destarte, tendo o Il. representante do *Parquet* estadual recebido vista dos autos em 18.03.93, conforme certidão de fls. 126, e apenas se manifestado em 02.07.93 (fls. 128/129), após o prazo de que trata os arts. 40, § 1º, da Lei nº 5.250/67 e 46 do CPP, e até a prolatação do v. acórdão recorrido, em 02.09.94, não ter a vítima intentado queixa subsidiária, ou seja, ultrapassado o prazo do art. 38 do CPP, verifica-se a decadência do direito à ação subsidiária.”

Ante o exposto, conheço do recurso especial e dou-lhe provimento.