

HABEAS CORPUS N. 11.278 – SP

(Registro n. 99.0104341-7)

Relator: Ministro Jorge Scartezzini
Impetrante: Inês Tomaz
Impetrada: Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Paciente: José Aparecido Baena Garcia (preso)

EMENTA: Execução penal – Livramento condicional – Fuga do estabelecimento prisional – Benefício não formalizado – Ordem denegada.

– Em se tratando de medida que tem como finalidade reintegrar indivíduo segregado à sociedade, a concessão da liberdade condicional subordina-se ao exame prévio de requisitos objetivos e subjetivos.

– Os primeiros (objetivos) versam sobre a natureza e quantidade da pena, sobre o seu parcial cumprimento e da reincidência específica em crimes hediondos. Já os segundos (subjetivos) compreendem bons antecedentes, comportamento satisfatório durante o cumprimento da pena, além da prova de cessação da periculosidade para os condenados em crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa. Além desses requisitos estão alguns procedimentos específicos, como o descrito no art. 714 do Código de Processo Penal, a prova da reparação do dano, aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto, submissão do condenado a exame criminológico e elaboração de parecer do Conselho Penitenciário e levantamento das folhas de antecedentes e certidões das execuções penais.

– Percorrido todo esse caminho para a averiguação da possibilidade de concessão do benefício e sendo essa possibilidade plausível, o magistrado estabelece condições de cumprimento do livramento condicional, que se dividem em obrigatórias e facultativas (art. 132, §§ 1º e 2º, da Lei de Execução Penal). Expede-se, após, “carta de livramento, com a cópia integral da sentença em duas vias, remetendo-se uma à autoridade administrativa incumbida da execução e outra ao Conselho Penitenciário” (art. 136 da Lei de Execução Penal).

– Como se observa, o curso da concessão do benefício de livramento condicional é permeado de vários cuidados e detalhes e, de acordo com o art. 137 da Lei de Execução Penal, somente se aperfeiçoa quando cumprida cerimônia prevista neste dispositivo legal (será lida a sentença ao condenado, bem como explicitadas as condições estabelecidas e, finalmente, será colhida a declaração do condenado aceitando as condições que lhe foram impostas). Tudo isso será transcrito em livro próprio, assinado pelo presidente da cerimônia e pelo liberando.

– *No caso sub examen, a impetrante se insurge contra o fato de ter sido revogado o benefício concedido ao paciente. Verifico, porém, que o ato previsto na Lei de Execução Penal, para a concessão do benefício, é formal, exigindo para o seu pleno aperfeiçoamento o efetivo cumprimento das condições ali impostas. No caso, o réu, antes mesmo de ter conhecimento da concessão do livramento condicional, empreendeu fuga da unidade prisional em que se achava recolhido. Dessa forma, o ato não se aperfeiçoou, não havendo que se falar, sequer, em revogação.*

– Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça em, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem. Votaram com o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros José Arnaldo da Fonseca, Edson Vidigal, Felix Fischer e Gilson Dipp.

Brasília-DF, 15 de junho de 2000 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Presidente.

Ministro Jorge Scartezini, Relator.

Publicado no DJ de 4.9.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Scartezini: Trata-se de **habeas corpus**, substitutivo de recurso ordinário, impetrado contra acórdão proferido pela Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que não conheceu a ordem ali impetrada.

O Paciente foi condenado às penas de 17 (dezessete) anos, 2 (dois) meses e 2 (dois) dias de reclusão, por infração aos seguintes dispositivos penais: arts. 121, 129, 155, 168, 171, 180 e 329, todos do Código Penal.

Informa a Impetrante que o Réu cumpria pena privativa de liberdade em regime semi-aberto quando foi beneficiado com livramento condicional. Entretanto, antes de tomar ciência da concessão do livramento condicional, empreendeu fuga do estabelecimento prisional em que cumpria regime semi-aberto, incidindo, assim, em falta grave. Assim que foi comunicado, o Juízo das Execuções Criminais revogou o benefício, determinou a expedição de mandado de recaptura contra o Paciente e sustou cautelarmente o regime semi-aberto. O Paciente interpôs agravo desta decisão, que aguardava distribuição no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Alega a Impetrante que o Paciente, de qualquer modo, faz jus ao livramento condicional, tendo em vista o fato de que a decisão já tinha transitado em julgado quando do cometimento da falta grave. Pretende, enfim, a desconstituição do acórdão recorrido e, conseqüentemente, da decisão do Juízo das Execuções Penais.

A liminar requerida foi negada à fl. 81.

Requisitadas as informações de praxe, estas foram prestadas às fls. 88/205.

A douta Subprocuradoria Geral da República, às fls. 207/211, opina pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator): Sr. Presidente, pretende a Impetrante, neste *writ*, que o acórdão da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo seja desconstituído.

A impetração se resume em três pontos básicos: 1) a existência de decisão transitada em julgado que concedeu livramento condicional ao Paciente; 2) a formalização do benefício concedido; e 3) a inexistência de causa legal para a revogação da liberdade condicional.

Cumpre, inicialmente, tecer alguns esclarecimentos prévios.

Em se tratando de medida que tem como finalidade reintegrar indivíduo segregado à sociedade, a concessão da liberdade condicional subordina-se ao exame prévio de requisitos objetivos e subjetivos.

Os primeiros (objetivos) versam sobre a natureza e quantidade da pena, sobre o seu parcial cumprimento e da reincidência específica em crimes hediondos. Já os segundos (subjetivos) compreendem bons antecedentes, comportamento satisfatório durante o cumprimento da pena, além da prova de cessação da periculosidade para os condenados em crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa. Além desses requisitos, estão alguns procedimentos específicos, como o descrito no art. 714 do Código de Processo Penal, a prova da reparação do dano, aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto, submissão do condenado a exame criminológico e elaboração de parecer do Conselho Penitenciário e levantamento das folhas de antecedentes e certidões das execuções penais.

Percorrido todo esse caminho para a averiguação da possibilidade de concessão do benefício e sendo essa possibilidade plausível, o magistrado estabelece condições de cumprimento do livramento condicional, que se dividem em obrigatórias e facultativas (art. 132, §§ 1^a e 2^a, da Lei de Execução Penal). Expede-se, após, “carta de livramento, com a cópia integral da sentença em duas vias, remetendo-se uma à autoridade administrativa incumbida da execução e outra ao Conselho Penitenciário” (art. 136 da Lei de Execução Penal).

Como se observa, o curso da concessão do benefício de livramento condicional é permeado de vários cuidados e detalhes e, de acordo com o art. 137 da Lei de Execução Penal, somente se aperfeiçoa quando cumprida a cerimônia prevista neste dispositivo legal (será lida a sentença ao condenado, bem como explicitadas as condições estabelecidas e, finalmente, será colhida a declaração do condenado aceitando as condições que lhe foram impostas). Tudo isso será transcrito em livro próprio, assinado pelo presidente da cerimônia e pelo liberando.

*No caso **sub examen**, a Impetrante se insurge contra o fato de ter sido revogado o benefício concedido ao Paciente. Verifico, porém, que o ato previsto na Lei de Execução Penal, para a concessão do benefício, é formal, exigindo para o seu pleno aperfeiçoamento o efetivo cumprimento das condições ali impostas. No caso, o Réu, antes mesmo de ter conhecimento da concessão do livramento condicional, empreendeu fuga da unidade prisional em que se achava recolhido. Dessa forma, o ato não se aperfeiçoou, não havendo que se falar, sequer, em revogação. Nesse particular, ressaltou com precisão o representante do Ministério Público em seu parecer, à fl. 210:*

“De certo, à época de sua concessão, o Réu preenchia todos os requisitos elencados no art. 83 do Código Penal. Outrossim, apesar de transitada em julgado a decisão que deferiu o livramento condicional já que não foi interposto recurso pelo *Parquet*, esta não se efetivou, por falta de aperfeiçoamento do ato, devido à não-aceitação expressa do Réu.

Desse modo, as alegações da defesa de que o Réu não teria incorrido em nenhuma daquelas hipóteses traçadas nos arts. 86 e 87 do CP mostram-se de todo improcedentes. Em verdade, o que houve não foi revogação de livramento condicional, mas tão-somente, foi o benefício tornado sem efeito, já que não havia ainda se concretizado.”

Ademais, a questão já está sendo discutida em sua sede própria, tendo em vista que o Paciente interpôs agravo da decisão do magistrado de 1ª grau, conforme informações às fls. 88/89.

A respeito:

“Processual Penal. Livramento condicional.

– A sumária via do **habeas corpus** não se presta para atacar decisão revogatória de livramento condicional, cujas normas da legislação de regência, prevêm, na hipótese, a interposição do recurso de agravo perante o juízo das execuções penais.

– Ordem denegada.” (HC n. 1.575-RS, Rel. Ministro Cid Flaquer Scartezini, DJU de 1.3.1993).

Diante dessas considerações, *denego a ordem*.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 12.227 – SC

(Registro n. 2000.0013403-1)

Relator: Ministro Felix Fischer

Impetrantes: Leoberto Baggio Caon e outro

Impetrado: Juiz Vice-Presidente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região

Paciente: Luiz Henrique de Mello

EMENTA: Processual Penal – **Habeas corpus** – Crimes contra a Administração Pública – Condenação confirmada – Expedição de mandado de prisão condicionada, e em 1º grau, ao trânsito em julgado.

I – Os recursos para os Tribunais Superiores (STF e STJ), *ex vi* art. 27, § 2º, da Lei n. 8.038/1990, em regra, só têm efeito devolutivo, sendo legítima a execução provisória do julgado condenatório, com expedição, se for o caso, de mandado de prisão (precedentes do *Pretório Excelso* e do *STJ*).

II – A eventual limitação, fixada em 1º grau, quanto à expedição do mandado de prisão, não vincula o Tribunal de 2º grau (precedentes do *Pretório Excelso*).

Writ indeferido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, indeferir o pedido. Votaram com o Relator os Srs. Ministros José Arnaldo da Fonseca e Gilson Dipp. Ausentes, ocasionalmente, o Sr. Ministro Edson Vidigal e, justificadamente, o Sr. Ministro Jorge Scartezzini.

Brasília-DF, 3 de agosto de 2000 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 21.8.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de **habeas corpus** com pedido de liminar impetrado contra r. despacho do MM. Juiz Vice-Presidente do egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que deferiu a expedição da carta de sentença para a sua execução provisória.

Registram os autos que o Réu foi condenado como incurso nas sanções do artigo 312, § 1º, do Código Penal, à pena de 4 (quatro) anos de reclusão, em regime aberto, e multa.

Irresignado, o Réu apelou, requerendo, preliminarmente, a realização

de exame de sanidade mental e alegando a extinção da punibilidade por ocorrência de prescrição retroativa, entendendo que a pena-base deveria ter sido fixada no mínimo legal. No mérito, alegou a existência de causa especial de diminuição da pena e pleiteou a aplicação do *sursis especial*.

O egrégio Tribunal **a quo**, por maioria, proveu, parcialmente, o apelo, reduzindo a pena para 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, substituindo-a, ainda, por prestação de serviços à comunidade, cumulativamente, com limitação de fim-de-semana.

Inconformada, a defesa interpôs recurso especial que, admitido, subiu a esta Corte.

Diante da ausência do efeito suspensivo do referido recurso, o Ministério Público Federal requereu a extração da carta de sentença para a sua execução provisória.

O MM. Vice-Presidente do Tribunal **a quo** exarou despacho deferindo o pedido.

Daí o presente *writ*, em que o Impetrante alega a ilegalidade da prisão, visto que ainda não ocorreu o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Nesta Corte a liminar foi deferida à fl. 68.

As informações foram prestadas às fls. 75/76.

A douta Subprocuradoria Geral da República se manifestou pela concessão da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): Os recursos contra decisões em sede de apelação, mormente aqueles dirigidos à instância incomum (recurso especial, recurso extraordinário, agravo), só possuem *efeito devolutivo* (art. 27, § 2º, da Lei n. 8.038/1990). O denominado efeito suspensivo só pode, *excepcionalmente*, ser alcançado na via de cautelar.

Nenhum magistrado de 1º grau, em nosso sistema constitucional e processual penal, tem poderes para condicionar os efeitos naturais de um acórdão. Se a consequência processual comum de um acórdão condenatório for a expedição, *v.g.*, do mandado de prisão, o prévio óbice eventualmente criado – **contra legem** – na instância inferior é algo juridicamente

inexistente. Com a devida vênia de pensamento diverso, admitir-se a limitação seria o mesmo que aceitar como válido que um juiz possa, com grande originalidade, afirmar na sua, digamos, sentença absolutória, que da confirmação pelo Tribunal de 2ª grau não caberá recurso para a instância rara. Uma sentença, é de se crer, não pode de antemão restringir os efeitos de um acórdão. **Reformatio in peius** diz com a decisão e não com o comando secundário limitado ao grau de jurisdição e que, por óbvio, perde os efeitos com o decisório da instância superior, já que por este, inclusive, é substituído.

“**Habeas corpus**. Recurso especial interposto pelo acusado. Inexistência de efeito suspensivo. Possibilidade de prisão imediata do condenado. Magistrado de 1ª instância que condiciona a expedição do mandado de prisão ao prévio trânsito em julgado da condenação penal. Deliberação que não vincula os tribunais superiores. Pedido indeferido.

Prisão do sentenciado e interposição dos recursos excepcionais.

– A mera interposição dos recursos de natureza excepcional – recurso especial (STJ) e recurso extraordinário (STF) – não tem, só por si, o condão de impedir a imediata privação da liberdade individual do condenado, eis que as modalidades recursais em referência não se revestem de eficácia suspensiva. Precedentes.

Juiz que condiciona a expedição de mandado de prisão ao trânsito em julgado da condenação penal.

– *A deliberação do magistrado de 1ª instância, que condiciona a expedição do mandado de prisão ao prévio trânsito em julgado da condenação penal, embora garanta ao réu o direito de apelar em liberdade contra a sentença, não vincula os tribunais incumbidos de julgar os recursos ordinários ou extraordinários, eventualmente deduzidos pelo sentenciado. O Tribunal **ad quem**, em consequência, pode ordenar, em sede recursal, a prisão do condenado, quando improvido o recurso por este interposto. O acórdão do Tribunal **ad quem** – porque substitui a sentença recorrida no que tiver sido objeto de impugnação recursal – faz cessar, uma vez negado provimento ao recurso da defesa, a eficácia da decisão de 1ª grau no ponto em que esta assegurou ao sentenciado o direito de recorrer em liberdade. Precedente.*

Princípio da não-culpabilidade do réu.

– O postulado constitucional da não-culpabilidade do réu impede que se lance o nome do acusado no rol dos culpados, enquanto não houver transitado em julgado a condenação penal contra ele proferida. Esse princípio, contudo, não constitui obstáculo jurídico a que se efetive, desde logo, a prisão do condenado, desde que desprovido de efeito suspensivo o recurso por ele interposto contra o acórdão condenatório. Precedente.

Convenção Americana sobre Direitos Humanos e prisão antecipada do condenado.

– O Pacto de São José da Costa Rica, que instituiu a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, não impede – em tema de proteção ao **status libertatis** do réu (artigo 7^o, n. 2) –, que se ordene a privação antecipada da liberdade do indiciado, do acusado ou do condenado, desde que esse ato de constrição pessoal se ajuste às hipóteses previstas no ordenamento doméstico de cada Estado signatário desse documento internacional. O sistema jurídico brasileiro, além das diversas modalidades de prisão cautelar, também admite aquela decorrente de sentença condenatória meramente recorrível. Precedente: HC n. 72.366-SP, Rel. Min. Néri da Silveira, Pleno.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos não assegura ao condenado, de modo irrestrito, o direito de sempre recorrer em liberdade.” (STF – HC n. 72.610-MG, Primeira Turma, Relator Min. Celso de Mello, DJU de 6.9.1996, p. 31.850).

E, no corpo do v. aresto da Augusta Corte, tem-se:

“Não se pode perder de perspectiva, neste ponto, que o julgamento proferido pelo tribunal em sede de apelação *substitui* a sentença recorrida, razão pela qual a cláusula de garantia do **jus libertatis** proclamada pelo ato sentencial de 1^a instância *perde* toda a sua eficácia em face do pronunciamento jurisdicional que, em *sentido contrário*, emanou do tribunal ora apontado como coator.

Cumprir destacar, ainda, que a submissão dos réus à imediata privação de sua liberdade individual, *presente a circunstância de que foi mantida unanimemente pelo Tribunal de Justiça a condenação penal contra eles proferida*, constitui efeito natural que decorre, **ministerio legis**,

do *exaurimento* das vias recursais *ordinárias*, especialmente porque os recursos de caráter excepcional *não dispõem* – tal como já enfatizado – de qualquer eficácia suspensiva.

O ilustre Impetrante *parece* sustentar, ainda, com apoio em outro fundamento, a inviabilidade de expedição de mandado de prisão antes mesmo da publicação da própria súmula do acórdão em causa (fl. 3 – itens 5/6).

Não me parece assistir razão ao Impetrante.

Mantida em sede recursal *ordinária* a condenação penal – e achando-se o sentenciado em liberdade –, tornava-se legítima a imediata expedição do mandado de prisão contra o ora paciente, prescindindo-se, para esse específico efeito, da prévia publicação do acórdão (que foi unânime, *no caso*) e, até, como já precedentemente acentuado, de seu trânsito em julgado.

Se, *como já referido*, a mera possibilidade de interposição dos recursos de natureza extraordinária *não tem* o condão de inibir a *imediate* privação da liberdade individual do condenado, nada justifica que se protraia no tempo a expedição do mandado de prisão, condicionando-a à prévia publicação do acórdão *confirmatório* da condenação penal.

Na realidade, *e tal como observa* **Júlio Fabbrini Mirabete** (Processo Penal, p. 642, 4ª ed., 1995, Atlas), ‘Com a confirmação da sentença condenatória em 2ª instância, cessa o benefício da liberdade provisória, devendo o réu ser recolhido à prisão’.

Nesse sentido – *impõe-se registrar* – orienta-se o magistério jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal:

‘Confirmado o julgado condenatório cessam os benefícios da Lei n. 5.941, de 22.11.1973.’ (RTJ 82/129, Rel. Min. Cordeiro Guerra).

‘Liberdade provisória. Apelação de réu solto (Código de Processo Penal, art. 594). Confirmada, pelo acórdão, a sentença condenatória, cessa o benefício, impondo-se o recolhimento do réu à prisão para o cumprimento da pena privativa de liberdade. Recurso em **habeas corpus** desprovido.’ (RTJ 94/1.066, Rel. Min. Leitão de Abreu).

‘A expedição de mandado de captura é efeito regular da sentença condenatória – *expressão que alcança também o decisório colegiado*. O recurso extraordinário pendente, desprovido de efeito suspensivo, não torna ilegítima a providência.’ (RTJ 120/1.154, Rel. Min. Francisco Rezek – grifei).

Não se alegue, de outro lado, que a *Convenção Americana sobre Direitos Humanos* (Pacto de São José da Costa Rica) – já formalmente incorporada ao direito positivo interno do Brasil (*Decreto n. 678/1992*) – impediria a privação *antecipada* da liberdade individual do réu ainda sujeito à decisão penal condenatória *recorrível*.

O *Plenário* do Supremo Tribunal Federal, pronunciando-se sobre esse específico aspecto da questão, *ênfatizou* que a *Convenção Americana sobre Direitos Humanos não assegura* ao condenado, *de modo irrestrito*, o direito de *sempre* recorrer em liberdade (*HC n. 72.366-SP*, Rel. Min. Néri da Silveira, j. em 13.9.1995), pois o Pacto de São José da Costa Rica, em tema de proteção ao **status libertatis** do réu, proclama que ‘Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, *salvo* pelas causas e nas condições *previamente* fixadas pelas Constituições políticas dos Estados-partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas’. (Artigo 7^a, n. 2 – grifei).

Na realidade, essa cláusula da *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, ao remeter ao plano do direito positivo interno a *definição normativa* das hipóteses da supressão da liberdade pessoal, *admite* que o sistema jurídico nacional ou doméstico de *cada* Estado institua – *como o faz o ordenamento estatal brasileiro* – os casos em que se legitimará a privação *antecipada* do **status libertatis** do réu ou do condenado.

Dá a advertência constante do magistério doutrinário, que – *tenendo presente o texto do Pacto de São José da Costa Rica* – expende, a propósito do tema, as seguintes considerações (Júlio Fabbrini Mirabete, *Processo Penal*, p.p. 638/639, 4^a ed., 1995, Atlas), **verbis**:

‘Resta verificar a situação do condenado em sentença *recorrível* por crime em que não se livra solto nem é afiançável. Diante do art. 5^a da Constituição Federal de 1988, que prevê no inciso LVII que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória, e do inciso LXVI, que diz que

ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança, chegou-se a defender a tese de que o juiz não poderia determinar mais a prisão senão quando a sentença transitasse em julgado, ou que seria necessário, para o recolhimento à prisão, uma decisão fundamentada. Entretanto, a ordem de recolher-se o réu à prisão para possibilitar o processamento do recurso não significa considerá-lo culpado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória (...). A Constituição Federal não proíbe qualquer prisão provisória ou cautelar, desde que decretada por órgão jurisdicional, nem demarca rigidamente o conceito de liberdade provisória, preferindo delegar ao legislador ordinário a previsão dos seus pressupostos. *É na lei processual que se verificam quais as hipóteses em que a liberdade provisória pode ser admitida, nada impedindo que se obrigue o condenado, na ausência dos requisitos legais, a ser recolhido à prisão para aguardar o julgamento de apelo, como uma das hipóteses de prisão provisória, semelhante à prisão em flagrante, à prisão temporária e à prisão preventiva. A Carta Magna permite a custódia por ordem da autoridade judiciária competente e o artigo 594 não contempla interpretação extrema e nem aplicação limitada quando prevê o recolhimento do réu condenado à prisão: é regra procedimental condicionante do processamento da apelação, não foi derogada pelo artigo 5º, LVII, da CF de 1988, está fundamentada pela sentença condenatória e não ofende a garantia constitucional de ampla defesa.* (grifei).

Assim sendo, e tendo presentes as razões expostas, *indefiro* o pedido de **habeas corpus** e, em consequência, cassa a medida liminar anteriormente concedida ao ora paciente (fl. 72).”

Outro v. acórdão do Pretório Excelso diz:

“– Direito Constitucional e Processual Penal.

Prisão. Condenação não transitada em julgado.

Artigos 5º, LVII, da Constituição Federal, 637 do Código de Processo Penal, e 27, § 2º, da Lei n. 8.038, de 28.5.1990.

Habeas corpus.

Alegações de constrangimento ilegal porque:

a) havendo a sentença condenatória determinado que o mandado de prisão fosse expedido apenas após o trânsito em julgado, não poderia o acórdão da apelação do Ministério Público, que nada reclamara a respeito, determinar desde logo a prisão, quando ainda cabíveis recursos especial e extraordinário;

b) interposto recurso especial, pelo Ministério Público, para agravamento da pena, descabida, também por isso, a expedição da ordem de captura;

c) nos termos do art. 5º, inc. LVII, da Constituição Federal, 'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória'.

Alegações repelidas.

HC indeferido.

1. O inc. LVII do art. 5º da CF, segundo o qual 'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória', é obstáculo, apenas, a que se lance o nome do réu no rol dos culpados, enquanto não estiver definitivamente condenado, mas não a prisão imediata após o julgamento do recurso ordinário, como previsto no art. 637 do Código de Processo Penal.

2. A determinação do Juiz de 1ª grau, na sentença condenatória, no sentido de que o mandado de prisão somente seja expedido após o trânsito em julgado, vale apenas para seu escrivão e visa a permitir a interposição de recurso, pelo réu, em liberdade, quando concedido o benefício.

Não pode, porém, impedir que o Tribunal de 2ª grau, ao negar provimento à apelação do Ministério Público, determine a expedição, desde logo, do mandado de prisão, para cumprimento da condenação, em face do que estabelece o art. 637 do Código de Processo Penal.

Até porque os recursos extraordinários (para o STF) e especial (para o STJ) não têm efeito suspensivo (art. 27, § 2º, da Lei n. 8.038, de 28.5.1990).

3. Hipótese, ademais, em que o mandado de prisão podia e devia ter sido expedido, já em 1ª grau de jurisdição, antes mesmo do julgamento do recurso ordinário do Ministério Público (que visava, tão-somente, à agravação da pena), pois, para o paciente que, intimado, não recorreu da sentença, transitou em julgado a condenação, na própria 1ª instância.

4. HC indeferido. Votação unânime.” (STF – HC n. 72.663-SP, Primeira Turma, Relator Ministro Sydney Sanches, DJU de 29.03.1996, p. 9.345).

Ainda, do colendo Supremo Tribunal Federal:

“**Reformatio in pejus**: inexistência.

Segundo firmemente assentado em ambas as Turmas do Tribunal, embora a sentença – sem recurso da acusação – haja condicionado a prisão do réu ao trânsito em julgado da condenação, pode o Tribunal de 2ª grau, ao julgar o recurso da defesa, determiná-la de imediato sem infringir na vedação da **reformatio in pejus**: orientação a que se rende o Relator em favor da segurança da jurisprudência do Tribunal, sem prejuízo da ressalva de sua opinião em contrário.” (STF – HC n. 77.501-SP, Primeira Turma, Relator Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 5.2.1999).

Do voto-condutor cabe, de pronto, destacar:

“Vê-se, porém, do voto-condutor do eminente Ministro Maurício Corrêa, na última sessão da Segunda Turma, que efetivamente se consolidou a maioria que entende desvinculado o Tribunal da apelação da determinação da sentença de a prisão aguardar o trânsito em julgado da condenação, apesar de não ter sido ela objeto de recurso de acusação.

Demonstrou-o o Ministro Maurício Corrêa, nestes termos: HC n. 77.173:

‘A medida liminar concedida **ex officio**, que adota a tese de que deve prevalecer o equívoco do juiz que determina a expedição de mandado de prisão somente após o trânsito em julgado da decisão condenatória, nos casos em que o Ministério Público não recorre desta parte da decisão, teve por único fundamento o precedente do HC n. 75.753-SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 11.11.1997, na qual ficou vencido o Min. Nelson Jobim, ausente o Min. Carlos Velloso, ou seja, V. Ex.^a e eu acompanhamos o Ministro-Relator.

Esta decisão da Turma, que inovou a jurisprudência do Tribunal pelo voto de apenas três dos seus integrantes, não se firmou com o passar do seu primeiro ano, vindo a conflitar com decisões posteriores que retomaram a orientação anterior, já sendo possível se afirmar que está apta a receber o rótulo de *decisão isolada*.

A jurisprudência anterior entendia que não ocorria a **reformatio in pejus** quando o Tribunal, após julgar a apelação, determinava a expedição de mandado de prisão contra o réu, tendo em vista as disposições dos artigos 594 e 637 do Código de Processo Penal, esta última ratificada pelo artigo 27, § 2^a, da Lei n. 8.038/1990, e que o Juiz de 1^a grau não tem competência para decidir sobre matéria privativa do Tribunal.

Sr. Presidente, no HC n. 76.200-MS, da Relatoria de V. Ex.^a, cujo julgamento foi iniciado na sessão de 16.12.1997 e concluído na de 10.2.1998, pedido similar foi indeferido, por maioria; estava em questão o alcance da decisão de 1^a grau que concedeu à paciente o direito de aguardar ‘em liberdade o trânsito em julgado da apelação’. Acompanhei as conclusões do voto de V. Ex.^a, porém, adotando fundamentos diversos, ou seja, a decisão, de compreensão duvidosa, não teria o alcance de trânsito em julgado da decisão condenatória.

Posteriormente, no julgamento do HC n. 76.857-MS na sessão de 12.5.1998, relativo à mesma paciente e também da relatoria de V. Ex.^a, apesar de ter restado *não conhecido* por se tratar da reiteração do anterior, a questão foi objeto de novos debates, e, ao que depreendo, fixou a orientação majoritária da Turma, com a adesão de V. Ex.^a e de minha, para retornar à jurisprudência primitiva do Tribunal, da qual nunca se afastaram os Ministros Nelson Jobim (voto-vencido) e Carlos Velloso (ausente).

Na Primeira Turma, a questão é pacífica, no sentido de que o Tribunal sempre pode, independente do que tenha dito o juiz, decretar a prisão do paciente após o julgamento da apelação. Nesse sentido: HC n. 72.171-SP, Rel. Min. Sydney Sanches, j. em 22.8.1995, unânime, **in** DJU de 27.10.1995, p. 36.332; HC n. 76.210-MG, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 5.12.1995, unânime, **in** DJU de 6.9.1996, p. 31.850; HC n. 72.663-SP, Rel. Min. Sydney Sanches, j. em 13.2.1996, unânime, **in** DJU de 29.3.1996,

p. 9.345; HC n. 73.489-SP, Rel. Min. Sydney Sanches, j. em 25.6.1996, unânime, in DJU de 13.9.1996, p. 33.232.

Observo que no HC n. 76.181-MG, Rel. Min. Sydney Sanches, j. em 10.2.1998, in DJU de 3.4.1998, ficaram vencidos, no ponto, os Ministros Ilmar Galvão e Sepúlveda Pertence, mas, posteriormente, no HC n. 77.191-RJ, relatado pelo próprio Min. Ilmar Galvão na sessão de 19.5.1998, o julgamento foi unânime, com a adesão do Min. Sepúlveda Pertence (DJU de 12.6.1998).’”

Nesta Corte, tem-se:

“Processual Penal. **Habeas corpus**. Homicídio. Condenação confirmada. Expedição de mandado de prisão condicionada, e em 1ª grau, ao trânsito em julgado.

I – Os recursos para os Tribunais Superiores (STF e STJ), ex vi art. 27, § 2º, da Lei n. 8.038/1990, em regra, só têm efeito devolutivo, sendo legítima a execução provisória do julgado condenatório, com expedição, se for o caso, de mandado de prisão (precedentes do *Pretório Excelso* e do *STJ*).

II – A eventual limitação, fixada em 1ª grau, quanto à expedição do mandado de prisão, não vincula o Tribunal de 2ª grau. Condenado o réu, o Tribunal de Justiça, através do seu acórdão, faz cessar a eficácia da decisão de 1ª grau na parte em que esta foi substituída, inclusive, no que se refere ao direito de recorrer em liberdade (precedentes do *Pretório Excelso*).

Writ indeferido.” (HC n. 10.916-MG, Quinta Turma, DJ de 21.2.2000).

“Penal. Réu condenado. Recurso especial. Mandado de prisão. Princípio da presunção de inocência. Direito de aguardar em liberdade o recurso de natureza excepcional. Indeferimento.

– É assente a diretriz pretoriana no sentido de não inibir a constrição do **status libertatis** do condenado o princípio constitucional da não-culpabilidade, porquanto o recurso especial, ainda sob apreciação, não tem efeito suspensivo.

– Precedentes do STF e do STJ.

– Ordem denegada.” (HC n. 9.790-PE, Quinta Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 13.9.1999).

Quanto à quaestio do efeito suspensivo, tem-se:

“(…)

3. É da reiterada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que os recursos de índole extraordinária, como o especial e o extraordinário, só podem ser recebidos no efeito devolutivo, e não no suspensivo (art. 27, § 2º, da Lei n. 8.038/1990), razão pela qual é legítima a execução provisória do julgado condenatório, não havendo incompatibilidade com o que dispõe o art. 5º, LVII, da Constituição.

(…)” (STF – HC n. 74.828-MG, Segunda Turma, Relator Min. Maurício Corrêa, DJU de 25.4.1997).

“Processual Penal. **Habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário. Execução penal. Interposição de recurso especial. Efeito.

Contra decisão condenatória de 2º grau cabem, apenas, em princípio, recursos de natureza extraordinária – recurso especial e recurso extraordinário – sem efeito suspensivo (art. 27, § 2º, da Lei n. 8.038/1990), razão pela qual pode ser dado cumprimento ao mandado de prisão em forma de execução provisória.

Writ indeferido.” (STJ – HC n. 6.209-SP, Quinta Turma, DJU de 2.2.1998, p. 118).

“Penal. Processual. Condenação não transitada em julgado. Execução. Princípio da presunção da inocência. **Habeas corpus**. Recurso.

1. Não fere o princípio da presunção da inocência a determinação de que o sentenciado se recolha à prisão para aguardar o julgamento de recursos que, em regra, são desprovidos de efeito suspensivo.

2. Recurso não provido.” (STJ – HC n. 10.313-SP, Quinta Turma, Relator Min. Edson Vidigal, DJ de 13.12.1999).

Voto, pois, pelo indeferimento do *writ*.

HABEAS CORPUS N. 12.888 – MA

(Registro n. 2000.0034911-9)

Relator: Ministro Felix Fischer
Impetrante: Décio Helder do Amaral Rocha
Impetrada: Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão
Paciente: Jeremias da Costa Filho (preso)

EMENTA: Penal – **Habeas corpus** – Estupro ficto – **Reformatio in peius** – Regime inicial – Pena restritiva.

I – Em recurso exclusivo da defesa é vedado, porquanto **reformatio in peius**, que se altere a estrutura da resposta penal mantendo-a no mesmo nível. Excluída a majorante indevidamente aplicada (art. 9º da Lei n. 8.072/1990), a compensação se mostra incabível (art. 617 do CPP).

II – Estando a pena-base fixada no mínimo legal, inexistindo outras circunstâncias ou limitações legais a merecer destaque, o regime inicial deve ser o mais favorável possível.

III – Não sendo o estupro *ficto* – por falta de previsão acerca do art. 224 do CP no art. 1º da Lei n. 8.072/1990 – crime hediondo, é possível a aplicação do disposto no art. 44 do CP.

Writ concedido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Gilson Dipp, Jorge Scartezzini e José Arnaldo da Fonseca. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Edson Vidigal.

Brasília-DF, 29 de junho de 2000 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Presidente.

Ministro Felix Fischer, Relator.

Publicado no DJ de 14.8.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de **habeas corpus** com pedido de liminar impetrado contra v. acórdão da egrégia Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, que em sede de apelação, alterou a pena-base de 4 (quatro) para 6 (seis) anos de reclusão.

Registram os autos que o Réu foi condenado como incurso nas sanções do artigo 213 c.c. o 224, alínea **a**, ambos do Código Penal, à pena de 4 (quatro) anos, com elevação de 2 (dois) anos de acordo com o artigo 9º da Lei n. 8.072/90, resultando na pena de 6 (seis) anos de reclusão, a ser cumprida integralmente em regime fechado.

Irresignado, apenas o Réu apelou, pleiteando a absolvição por insuficiência de provas.

O egrégio Tribunal **a quo**, à unanimidade, desproveu o apelo. Entretanto, mesmo sem recurso do Ministério Público, aumentou a pena-base para 6 (seis) anos ao fundamento de correção de suposto erro material na decisão de 1ª grau, visto que a pena inicialmente imposta era de quatro anos e o mínimo legal é de seis. Ressaltou, contudo, que o **quantum** total da pena não deveria ser alterado, uma vez que excluiu o acréscimo de 2 (dois) anos, dado em 1ª grau, pois esse só deveria ser aplicado caso houvesse violência real. Colhe-se do voto-condutor do v. acórdão a fundamentação seguinte, **in verbis**:

“No que pertine à fixação da pena-base privativa de liberdade em quatro anos de reclusão elevada em dois anos, **ex vi** do disposto no art. 9º da Lei n. 8.072/1990, perfazendo um total de seis anos, há evidente equívoco por parte do MM. Juiz sentenciante, vez que com o processo de atualização e depuração do diploma penal pátrio, sancionou-se a Lei n. 9.281, de 4 de junho de 1996, que revogou expressamente os parágrafos únicos dos arts. 213 e 214, introduzidos pela Lei n. 8.069/1990, ficando a pena privativa de liberdade alterada de 4 para 6 anos de reclusão.

Destarte, sendo evidente o erro material contido na sentença, posto que a pena-base foi fixada em 4 anos de reclusão, quando deveria ter sido fixada em 6 anos, mínimo legal previsto pela Lei revogadora n. 9.281/1996, e ainda sendo impróprio o acréscimo de 2 anos de reclusão realizados nos termos do art. 9º da Lei n. 8.072/1990, vez que referido acréscimo deve ser efetivado apenas nos casos em que ocorra violência real, não há que se modificar a pena imposta porque mesmo

viciada, resultou no mínimo legal de 6 anos previstos no vigente art. 213 do CP.” (fls. 16/22).

Dai o presente *writ*, em que o Impetrante alega a ilegalidade da alteração da pena-base, aumentada em dois anos ao fundamento de corrigir erro material. Uma vez diminuída a pena para quatro anos, requer a conversão da sanção em pena restritiva de direitos.

Nesta Corte a liminar foi concedida à fl. 73.

As informações foram prestadas às fls. 79/80.

A douta Subprocuradoria Geral da República se manifestou pela concessão da ordem, para que a pena-base volte a ser de quatro anos, e que seja dado ao Réu o direito de análise, pelo Juízo estadual, do pedido de conversão da sanção em restritiva de direitos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): A prestação da tutela jurisdicional na instância comum apresenta três aspectos merecedores de destaque. *Primeiro*, em recurso exclusivo do Réu optou-se por transmutar evidente **error iuris in iudicando** em mero *erro material*. A r. sentença de 1ª grau fixou a pena-base naquilo que se supôs ser o mínimo legal (**ex vi** art. 213 e parágrafo único, do CP), ou seja, 4 anos de reclusão (o parágrafo único, criado pelo ECA foi, em verdade, revogado pela Lei n. 8.072/1990). Sobre o **quantum** atingido aplicou-se a majorante do art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos. Em 2ª grau, modificou-se apenas a estrutura da resposta penal, mantendo-se o seu nível e configurando-se, aí, a **reformatio in peius**. Na realidade, a pena deveria ter ficado em *4 anos de reclusão* (o Ministério Público é que deveria ter recorrido). *Segundo*, fixada a pena-base no mínimo (v. art. 33, § 3º, c.c. art. 59 do CP) e inexistindo circunstâncias outras negativas, o Réu deve iniciar o cumprimento da pena em *regime aberto*. *Terceiro*, não sendo a violência ficta indicada no art. 1º da Lei n. 8.072/1990, nada impede, em tese, a substituição prevista nos arts. 44 e seguintes do Código Penal.

“Penal. **Habeas corpus** (EC n. 22/1999). Estupro ficto. Continuidade delitiva. Progressão.

I – O aumento da resposta penal pela *continuidade delitiva* deve ser feito, basicamente, em função do número de infrações.

II – O *estupro ficto* não é crime hediondo, visto que não arrolado no art. 1º da Lei n. 8.072/1990. Afasta-se, pois, a incidência da restrição insculpida no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 (precedentes do STF e do STJ).

Writ concedido.” (HC n. 9.642-MS, Quinta Turma, DJ de 11.10.1999).

“Penal e Processo Penal. **Habeas corpus**. Nulidade da apelação inexistente. Divergência de provas. Impossibilidade de conhecimento na via eleita. Revisão. *Estupro ficto* não é crime hediondo. Regime semi-aberto.

– A expressão ‘outros’ utilizada pelo *Parquet* na petição de apelação, apesar de tecnicamente imperfeita, não enseja nulidade, pois há que se considerar as razões do apelo, que objetivam a sua complementação.

– O cotejo entre a r. sentença e o v. acórdão **a quo**, aliado à leitura dos depoimentos prestados em juízo, conduz à inarredável conclusão de divergência entre as provas apresentadas. Com efeito, a controvérsia gira em torno de questões cujo deslinde exige o exame de todo o material cognitivo, diante da natureza dos fatos imputados e da controvérsia apresentada, sendo incorreta a via processual eleita, devendo, certamente, ser melhor examinada toda a questão em sede revisional.

– O *estupro ficto* não se encontra arrolado como crime hediondo (Lei n. 8.072/1990), assinalando-se que a enumeração contida no art. 1º é restritiva, não comportando qualquer interpretação, porquanto deve ater-se ao limite legislativo nela contido, sendo inútil qualquer acréscimo e prejudicial toda restrição. Logo, é de aplicar-se, à espécie, a regra contida no art. 33, § 2º, **b**, do Código Penal (semi-aberto), afastando-se o óbice do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990.

– Precedentes (STF, HC n. 78.305-MG e STJ, HC n. 9.642-MS).

– Ordem, de ofício, concedida.” (HC n. 11.107-SP, Quinta Turma, Rel. p/ acórdão Min. Jorge Scartezzini, DJ de 26.6.2000).

“Penal. **Habeas corpus**. (EC n. 22/1999). *Estupro presumido*.

Art. 224, **a**, CP. Primariedade. Dosimetria da pena. Participação criminosa. Impropriedade do *writ*.

I – A presunção de violência, prevista no art. 224, alínea **a**, do Código Penal, exige que o dolo, direto ou eventual, considere o elemento referente à idade da vítima, não podendo ser, assim, admitida a responsabilidade objetiva.

II – No estupro ficto, a norma impõe um dever geral de abstenção da prática de conjunção carnal com as jovens que não sejam maiores de 14 anos.

III – O consentimento da vítima, no caso, não tem relevância jurídico-penal (*Precedentes* do STF e STJ).

IV – Em análise perfunctória dos autos verifica-se que primariedade dos pacientes foi considerada quando da dosimetria da pena.

V – A alegação de não existirem provas nos autos da participação criminosa da Ré escapa aos estreitos limites do *writ*, por ser vedado o minucioso exame do material cognitivo.

VI – Por não ser o estupro ficto crime hediondo, concedo a ordem, de ofício, para afastar a aplicação do regime integralmente fechado, adotando-se por correto o cumprimento prisional *inicialmente fechado* (*precedentes*).

Habeas corpus parcialmente concedido.” (HC n. 10.632-MG, Quinta Turma, DJ de 13.12.1999).

“Penal e Processo Penal. Desconhecimento da idade da vítima. Exame de provas. Estupro ficto. Não considerado hediondo.

– As questões fáticas tidas como controversas (aparência da vítima, depoimentos, etc.) não podem ser examinadas pela via estreita do **habeas corpus**.

– Relativamente à Lei n. 9.455/1997, esta egrégia Turma tem decidido, reiteradamente, que tal norma só é aplicável ao crime de tortura. Nesse particular, quando do julgamento do HC n. 11.547-CE, de minha relatoria, expus os motivos pelos quais, também, comungo com tal entendimento.

– Há que se ressaltar que o crime em questão (estupro ficto), não é considerado hediondo. Tal posicionamento, corroborado por decisão do colendo Supremo Tribunal Federal (cf. HC n. 78.305-MG, Rel.

Ministro Néri da Silveira, DJU de 1.10.1999) vem, a partir de então, também, sendo adotado por esta egrégia Turma julgadora (HC n. 9.642-MS, de relatoria do culto Ministro Felix Fischer). Assim, observo que, na hipótese, o Réu foi condenado a 7 (sete) anos de reclusão em regime integralmente fechado com base, exclusivamente, na Lei de Crimes Hediondos. Logo, é de aplicar-se, à espécie, a regra contida no art. 33, § 2º, b, do Código Penal (regime semi-aberto).

– Por tais fundamentos, em razão do regime prisional fixado ao caso **sub judice**, concedo, de ofício, a ordem, para, afastando o óbice do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, determinar a aplicação do regime semi-aberto desde o início do cumprimento da pena, incontinenti, fixando-se, desde já, em virtude da inexistência de estabelecimento adequado, seu cumprimento em prisão domiciliar.” (HC n. 11.537-SP, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Scartezini, DJ de 19.6.2000).

“Penal. Réu condenado. Recurso especial. Mandado de prisão. Princípio da presunção de inocência. Direito de aguardar em liberdade o recurso de natureza excepcional. Indeferimento. Estupro com violência presumida. Delito não considerado hediondo. Possibilidade de progressão de regime.

É assente a diretriz pretoriana no sentido de não inibir a constrição do **status libertatis** do condenado o princípio constitucional da não-culpabilidade, porquanto os recursos especial e extraordinário, ainda sob apreciação, não têm efeito suspensivo. Assim, pendente, de julgamento recurso de natureza excepcional, lícita é a expedição de mandado de prisão, se não se subordinou a segregação ao trânsito em julgado da condenação. Precedentes do STF e do STJ.

No crime de estupro com violência presumida não incide a regra proibitiva da progressão inserta no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, porquanto o estupro ficto não pode ser considerado crime hediondo. Precedentes do STJ e do STF.

Ordem parcialmente concedida, de ofício.” (HC n. 11.768-MG, Quinta Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 8.5.2000).

Isto posto, voto pela concessão da ordem para que: a) a pena final fique em 4 anos de reclusão; b) o Réu inicie o cumprimento da pena em regime aberto; c) o egrégio Tribunal **a quo** examine a substituição prevista nos arts. 44 e seguintes do CP.

HABEAS CORPUS N. 13.235 – CE

(Registro n. 2000.0047314-6)

Relator: Ministro Felix Fischer
Impetrante: Heraldo Machado Paupério
Impetrada: Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará
Paciente: Miguel Cavalcante Neto

EMENTA: Penal e Processual Penal – **Habeas corpus** – **Falsum** e estelionato – *Súmula n. 17-STJ* – Suspensão do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/1995) – Pena **in abstracto** (cominada) e pena **in concreto** (aplicada) – Concurso de crimes.

I – A Lei n. 9.099/1995, no seu art. 89, indica, entre outros requisitos objetivos e subjetivos, a pena mínima *cominada* de 1 (um) ano de sanção privativa de liberdade. Não alcança e nem engloba a pena *aplicada* decorrente de **emendatio** ou de acolhimento parcial da pretensão punitiva (*precedente pertinente*).

II – O concurso de delitos pode impedir a concessão do *sursis* processual.

Habeas corpus indeferido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Gilson Dipp, Jorge Scartezini e José Arnaldo da Fonseca. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Edson Vidigal.

Brasília-DF, 20 de junho de 2000 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Presidente.

Ministro Felix Fischer, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: O presente caso está bem delineado no parecer do *Parquet*, **in verbis**:

“Heraldo Machado Paupério impetra o presente **habeas corpus** em favor de Miguel Cavalcante Neto, face ao v. acórdão de fls. 11/28, proferido pela Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará nos autos de Apelação-Crime n. 98.03955-4, que está assim ementado, **verbis**:

‘Ementa: Apelação-crime. Estelionato e falsidade ideológica em concurso de pessoas – 4 réus – dois (2) acusados beneficiados pela suspensão do processo (art. 366, CPP). Recursos defensivos dos dois (2) outros apenados. Preliminares de nulidade consistente em cerceamento de defesa por desrespeito ao contraditório e inobservância da suspensão do processo prevista no art. 89 da Lei n. 9.099/1995. Inocorrência: primeiro, porque ultrapassadas as fases processuais dos arts. 499 e 500 do CPP, operando, assim a preclusão do poder jurídico de alegar cerceamento de defesa; segundo, porque os Réus foram denunciados e condenados por crimes que inobstante tenham, individualmente, pena mínima igual a um (1) ano o somatório delas em abstrato (2) anos ultrapassa a previsão legal prevista no art. 89 da aludida lei. Preliminares rejeitadas.

Meritoriamente, a prova contra os Réus é circunstancial, entretanto, forma uma cadeia circunstancial, entretanto, forma uma cadeia concordante de indícios sérios e graves, unidos por um liame de causa e efeito, excludentes, pois, de qualquer hipótese favorável aos mesmos, vez que os elementos que dela fluem, contra eles, são veementes, convergentes e concatenados, não neutralizados por contra-indícios ou álibi, o que basta para ensejar as suas respectivas condenações à luz da melhor interpretação do art. 239 do CPP em combinação com o art. 171, **caput**, do CP, porquanto os acusados obtiveram vantagem ilícita em prejuízo alheio, através de meio fraudulento e ardil, com a manutenção de erro. Na espécie, a falsidade ideológica (crime-meio) foi absolvida pelo estelionato (crime-fim), aplicação da Súmula n. 17 do STJ. Condenação mantida, porém, por infração ao art. 171, **caput**, do CP. Redução necessária da pena imposta a um dos réus porque

estabelecida em desacordo com o tipo infringido e os arts. 59 e 68 do CP. Impossibilidade do necessário aumento da sanção aplicada ao outro réu, ante a inexistência de recurso ministerial e a proibição do **reformatio in pejus**.

Recurso conhecido e não provido.’

2. Sustenta o Impetrante que o Paciente está sofrendo constrangimento ilegal, na medida em que, não só ‘passou desaperecebido (**sic**) *os seus bons antecedentes*’ (fl. 5, § 6^a) como mesmo após o reconhecimento da incidência, **in casu**, da Súmula n. 17 dessa egrégia Corte e da reforma do **decisum** de 1^a grau, dando-o por incurso *somente nas penas do art. 171 c.c. art. 29 do CPB*, houve omissão de parte da Corte **a quo** em ‘anular a decisão condenatória de 1^a instância e determinar a remessa dos autos ao Ministério Público, para oferecimento da suspensão processual nos termos do art. 89 da Lei n. 9.099/1995’.

3. Ao final postula, o Impetrante, a concessão da ordem para que:

‘(...) sejam anulados o acórdão vergastado bem como a decisão condenatória de 1^a instância, para que neste Juízo seja observado o procedimento da Lei n. 9.099/1995’.” (fls. 52/54).

A douta Subprocuradoria Geral da República se pronunciou pelo não-conhecimento do *writ*.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): O art. 89 da Lei n. 9.099/1995 apresenta um benefício que, entre outros requisitos objetivos e subjetivos, exige que a *pena privativa de liberdade cominada* não seja superior a *um ano*.

Em primeiro lugar, o Réu-paciente foi condenado, inicialmente, a 4 anos e 6 meses de reclusão, afora a pena pecuniária, como incurso nas sanções dos arts. 171 e 299 do CP. *Apelou*. Considerou-se, *então*, que o estelionato absorvia o delito de **falsum** (**ex vi** Súmula n. 17-STJ) e, por via de conseqüência, a pena caiu para 1 ano e 6 meses de reclusão, mantida a multa. O *sursis* deixou de ser concedido “em face do mesmo não preencher, na sua totalidade, o requisito previsto no inciso II do art. 77 do CP, vez que o mesmo registra mau antecedente, apesar de tecnicamente primário, pois responde por porte ilegal de arma (fls. 427, 428 e 429/436).” (fl. 28).

No início da ação penal, o *concurso de delitos* (RHC n. 80.143-SP/STF, Primeira Turma, Rel. Min. Sydney Sanches, Informativo 193; HC n. 77.242-SP/STF, Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, Informativo 142; HC n. 78.876-MG-STF, Segunda Turma, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJU de 28.5.1999; RHC n. 8.713-RS/STJ, Quinta Turma, DJU de 20.9.1999; RHC n. 7.779-SP/STJ, Quinta Turma, DJU de 13.10.1998; REsp n. 180.402-SP/STJ, Quinta Turma, DJU de 22.3.1999; HC n. 7.584-SP/STJ, Quinta Turma, DJU de 18.12.1998; REsp n. 185.798-SP/STJ, Sexta Turma, Rel. Min. Vicente Leal, DJU de 15.5.2000) impedia o oferecimento do *sursis* processual (art. 89 da Lei n. 9.099/1995).

Em segundo lugar, a lei fala em *pena cominada* e não *pena concreta*. Não se pode, pois, confundir as hipóteses. Ao longo da instrução pode haver alteração tanto da imputação (v.g. arts. 384 e 410 do CPP) como das informações pertinentes às condições previstas no art. 89, **caput**, da **lex specialis**. Todavia, a desclassificação **ex vi** art. 383 do CPP ou o acolhimento parcial da exordial acusatória deduzida não ensejara, de **per si**, a reabertura da **quaestio** acerca do denominado *sursis* processual. A etapa está ultrapassada, a questão preclusa. A concessão do *sursis* comum (que pode ser concedido para penas superiores às do caso) não guarda relação com a pretendida suspensão.

Na doutrina, no **punctum saliens**, tem-se nesta linha o entendimento de **Damásio E. de Jesus** (Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada, 1995, Saraiva, p.p. 91/92): “Nada impede, entretanto, que o faça em outra ocasião posterior, de que presentes as condições da medida. É possível que, quando do oferecimento da denúncia, os autos do fato não tenham ainda preenchido todos os requisitos exigidos pela lei. Após, vêm para os autos os elementos solicitados. Nesse caso, pode o Ministério Público pleitear ao juiz a suspensão da ação penal *depois da denúncia*. Assim como o *sursis*, que pode ser aplicado *após a sentença condenatória*. Uma das finalidades da Lei n. 9.099/1995 é desviar o processo do rumo da *pena privativa de liberdade*. Por isso, em qualquer momento posterior à denúncia e antes da sentença, é admissível o *sursis processual*.” E, também, **Luiz Flávio Gomes** (Suspensão Condicional do Processo Penal, 1995, RT, p. 147), a saber: “O marco fundamental é a pena mínima cominada (pena em abstrato). Por isso, não vale o raciocínio de que, no final, diante da tentativa, por exemplo, já se sabe que a pena a ser ‘aplicada’ será inferior a um ano. A admissibilidade ou não da suspensão depende da pena cominada em abstrato, não da pena em concreto (em perspectiva). Mesmo que já se vislumbre a hipótese de que no final haverá *sursis*, mesmo assim, se em abstrato o mínimo excede de um ano, não é possível a suspensão do processo”. Posição esta, repetida na obra Juizados Especiais Criminais (de **Ada P. Grinover**, **Antônio Magalhães**

Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes, 2ª ed., RT), p.p. 234/235, ou seja: “De outro lado, mesmo que já se vislumbre a hipótese de que no final haverá *sursis* (caso de pena mínima cominada de dois anos, por exemplo), mesmo assim, se em abstrato o mínimo excede de um ano, não é possível a suspensão do processo”.

Na jurisprudência, merece destaque, como precedente, o v. acórdão no HC n. 10.211-SP (Sexta Turma, STJ, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJU de 14.2.2000), assim ementado:

“Processual Penal. Desclassificação da conduta em sede de apelação. Suspensão condicional do processo. Lei n. 9.099/1995. Impossibilidade.

1. Se existente sentença condenatória, inviável se afigura aplicar a Lei n. 9.099/1995, depois de desclassificada a conduta, em sede de apelação criminal, porquanto já ultrapassado o momento processual próprio (denúncia), notadamente se, como na espécie, está o paciente beneficiado com *sursis*.

2. Ordem denegada.”

Voto pelo indeferimento do *writ*.

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 9.073 – MG

(Registro n. 99.0083717-7)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca
Recorrente: Dalmo Vilela de Moraes
Advogado: Reinaldo Gomes Armond
Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
Paciente: Dalmo Vilela de Moraes

EMENTA: Recurso em **habeas corpus** – Diligências requeridas pela defesa na fase do art. 499 do CPP – Indeferimento pelo julgador, por considerá-las meramente procrastinatórias – Cerceamento de defesa – Inocorrência.

O deferimento de diligências requeridas na fase do art. 499 do CPP é ato que se inclui na esfera de relativa discricionariedade do magistrado processante, que poderá indeferi-las em decisão fundamentada, quando as julgar protelatórias ou desnecessárias e sem pertinência com a instrução do processo. Sendo essa a hipótese dos autos, não há falar em cerceamento de defesa.

Ademais, não é o **habeas corpus** o meio adequado para a verificação da conveniência ou necessidade da produção de tais provas.

Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp e Jorge Scartezzini. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Edson Vidigal.

Brasília-DF, 20 de junho de 2000 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 7.8.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: Trata-se de recurso ordinário em **habeas corpus**, interposto por Dalmo Vilela de Moraes, por seu ilustre patrono, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, denegatório de **habeas corpus** impetrado contra ato o MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Betim-MG, que indeferiu o pedido de diligências formulado pela defesa do Paciente, nos termos do art. 499 do Código de Processo Penal, nos autos do processo-crime a que responde perante aquele Juízo.

A Corte estadual não conheceu da impetração, por entender que o **habeas corpus** não é meio adequado para verificação de conveniência ou necessidade de produção de provas requeridas na fase do art. 499 do CPP, cabendo tal juízo ao magistrado processante, o qual, no caso, indeferiu o pedido por considerá-lo meramente procrastinatório, visando unicamente à ocorrência da prescrição punitiva (acórdão de fls. 34/37).

Dai a interposição do presente recurso ordinário, repisando os argumentos constantes da inicial, quais sejam, o de que as diligências requeridas são imprescindíveis para a defesa do Paciente, e que seu indeferimento importa em constrangimento ilegal.

Processado o recurso, subiram os autos, aqui se manifestando o *Parquet* federal pelo parcial provimento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): Não merece prosperar a irresignação.

O Magistrado de 1^a grau indeferiu o pedido de diligências nestes termos (fl. 24):

“Vistos, etc... A fase do art. 499 do CPP só se presta para diligência imprescindível que aflorou durante a instrução criminal em decorrência de fato superveniente, ou que requerida oportunamente por ocasião da defesa prévia tenha sido negada. O ilustre Defensor não requereu qualquer diligência por ocasião de sua defesa preliminar e deixou transcorrer *in albis* o prazo depois da desclassificação. Assim, indefiro as diligências que ele requereu na fase do art. 499 e determino o imediato cumprimento do art. 500 do CPP. Publique e cumpra-se. Betim, 14 de abril de 1999...”

Ao denegar a ordem, acentuou o ilustre Desembargador Gomes Lima, em seu voto acolhido pela Câmara Criminal do Tribunal **a quo, verbis** (fls. 36/37):

“Mostram o pedido e as informações de f. e f. que, desclassificado o crime de homicídio qualificado para homicídio culposo, foi intimada a defesa do Impetrante e Paciente para oferecer suas alegações e arrolar testemunhas; entretanto, nada alegou, nada requereu.

A seguir, sem que houvesse produção de novas provas, na fase do art. 499 do Código Processual Penal, requereu o Paciente várias diligências, ou seja, requereu:

a) que se requisitasse à Polícia Rodoviária Federal o original do boletim de ocorrência;

- b) que se oficiasse ao IML cobrando informações dos peritos sobre dados encontrados na perícia;
- c) que se procedesse à acareação de testemunhas;
- d) que se oficiasse ao Detran para informar sobre a CNH do Paciente, apreendida e não devolvida;
- e) que se cobrasse informações técnicas ou tecno-periciais ao Instituto de Criminalística; e
- f) que se inquirisse a testemunha Vicente Matozinhos.

Razão assiste ao MM. Juiz de Direito a **quo**, pois a natureza e a oportunidade das diligências requeridas deixam clara a intenção do Paciente de ganhar tempo, de procrastinar, visando à prescrição da pretensão punitiva.

Conforme foi lembrada pela Procuradoria Geral de Justiça, é oportuna a lição de **Júlio Fabbrini Mirabete**, em Código de Processo Penal Interpretado, Editora Atlas S/A, 5ª edição, à p. 636, referindo-se ao art. 499 do Código de Processo Penal, quando diz: ‘... o dispositivo não permite requerimento que se origina da convicção ditada pelo apurado na instrução criminal, como se vê no dispositivo. Não se pode, assim, requerer a ouvida de novas testemunhas, a não ser as referidas durante a instrução e, assim mesmo, a critério do juiz...’.

Como se vê, a conveniência, a necessidade da diligência se submetem ao crivo do critério do juiz.

É de se ver que o despacho de indeferimento de pedido de diligências é irrecorrível; trata-se de questão a ser examinada e decidida em eventual recurso do réu, após a decisão definitiva, após a sentença, assim, se verificará a necessidade ou não das diligências e, em caso positivo, dá-se o cerceamento de defesa com a conseqüente anulação do processo.

Enfim, o **habeas corpus** não é meio adequado para verificação de conveniência ou necessidade de produção de provas requeridas na fase do art. 499 do Código de Processo Penal.

Do indeferimento de tais diligências não decorre constrangimento ilegal, detectável **prima facie**, capaz de ensejar a concessão da ordem.

Por tudo que foi exposto, *não conheço da impetração.*”

Incensurável essa decisão.

Com efeito, o **habeas corpus** não é meio adequado para verificação

de conveniência ou necessidade de produção de provas requeridas na fase do art. 499 do CPP. A propósito, já decidiu esta Corte em caso análogo:

“Processual Penal. Perícia médica. Indeferimento. **Habeas corpus**. Impertinência.

– O **habeas corpus** não se presta como via adequada para avaliar da justiça ou injustiça no indeferimento de diligências requeridas durante a instrução criminal.

Ordem denegada, cassando a liminar concedida.” (HC n. 6.498-RS, Rel. Min. Cid Flaquer Scartezini, DJ de 30.3.1998).

Por outro lado, o deferimento de tais diligências é ato que se inclui na esfera de discricionariedade relativa do magistrado processante, que poderá indeferir-las em decisão fundamentada, quando as julgar protelatórias ou desnecessárias e sem pertinência com a instrução do processo. Sendo essa a hipótese dos autos, incabível falar-se em constrangimento ilegal por cerceamento de defesa. Nesse sentido, a jurisprudência desta Corte:

“Processual Penal. **Habeas corpus**. Indeferimento de provas. Cerceamento de defesa. Inocorrência.

– Na fase de diligências do art. 499 do CPP, não há espaço para a ampla produção de provas, podendo o juiz indeferir aquelas consideradas desnecessárias ou inconvenientes, o que deve ser feito por decisão fundamentada suficientemente, com indicação objetiva das razões do indeferimento.

Recurso ordinário desprovido.” (RHC n. 7.297-RS, Rel. Min. Vicente Leal, DJ de 27.4.1998).

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 10.276 – SC

(Registro n. 98.0076497-6)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca

Recorrente: Patrícia Tavares da Cunha Mello Gomes

Advogados: Rangel Gonçalves Monteiro e outros
Tribunal de origem: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina
Impetrado: Desembargador-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina
Recorrido: Estado de Santa Catarina
Advogados: Osmar José Nora e outros

EMENTA: Recurso em mandado de segurança – Administrativo – Oficial/tabelião de cartório – Nomeação com suporte em dispositivo constitucional estadual (art. 14) declarado inconstitucional – Legalidade da nulidade da efetivação – Competência da autoridade que determinou a prática do ato – Lei Complementar n. 183/1999 – Efeito retrooperante – Impossibilidade.

A despeito da Lei n. 8.935/1994, bem como da Lei Complementar n. 183/1999, que não tem condão de ser dotada de efeito retrooperante, o Presidente do Tribunal de Justiça é autoridade competente para a prática do referido ato de nulidade de nomeação, tendo em conta que um serviço vinculado ao Judiciário não pode ter o respectivo titular investido nas funções por ato do Chefe do Executivo.

A nomeação do(a) recorrente se deu com suporte no art. 14 do ADCT da Constituição Estadual, declarado inconstitucional por meio do chamado controle concentrado – declaração com efeito *ex tunc*, concluindo-se, assim, pela legalidade do ato impugnado.

Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso, mas negar-lhe provimento. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Edson Vidigal, Felix Fischer, Gilson Dipp e Jorge Scartezini. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Edson Vidigal.

Brasília-DF, 16 de maio de 2000 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: Cuida-se de recurso ordinário interposto de decisão denegatória proferida em autos de mandado de segurança pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, cuja ementa é do seguinte teor (fls. 106/107):

“– Serventia extrajudicial. Declaração de nulidade do ato que efetivou a Impetrante como titular de serventia extrajudicial, em face da inconstitucionalidade do art. 14 do ADCT da Constituição do Estado, proclamada pelo STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 363-1.

– Natureza declaratória e efeito **ex tunc** da decisão em ação direta de inconstitucionalidade, atingindo, no caso, o art. 14 do ADCT da CE **ab initio**, portanto, desde a promulgação da Constituição, de sorte que não teve tal dispositivo ‘nenhum único momento de validade’, restando nulos os atos praticados sob seu manto.

– Desnecessidade de prévia instauração de processo administrativo ou de ação judicial para desconstituição do ato praticado ao abrigo de norma inconstitucional, uma vez que ‘o reconhecimento desse supremo vício jurídico, que inquina de total nulidade os atos emanados do Poder Público, desampara as situações constituídas sob sua égide e inibe – ante a sua inaptidão para produzir efeitos jurídicos válidos – a possibilidade de invocação de qualquer direito’ (Min. Celso de Mello, ADIn n. 709-PR, RT 154/406).

– Ineficácia da ressalva ‘respeitadas as situações consolidadas’, contida no artigo único da Emenda Constitucional n. 10/1996, pelo próprio efeito **ex tunc** da decisão definitiva da ADIn n. 363-1, que alcançou todas as situações geradas a partir e com fundamento naquele artigo.

– Alegação – de falta de motivação do ato impugnado – de todo insubsistente, se nele se diz que a efetivação da impetrante é anulada em face da inconstitucionalidade do art. 14 do ADCT da CE proclamada pelo STF.

– Incompetência do Presidente do Tribunal para a prática do ato que se afasta, se o ato de efetivação da impetrante na serventia, anulado pelo ato impugnado, fora de autoria também do Presidente do Tribunal. Aplicação da Súmula n. 473 do STF, a par de que o art. 96,

I, b, outorga competência ao Judiciário a organização dos serviços auxiliares dos juízos que lhe forem vinculados.

– Por fim, não impressiona o ato de haver o Sr. Presidente da República vetado o art. 2º da Lei n. 8.935/1994, que atribuía ao Presidente do Tribunal de Justiça a nomeação dos tabeliães e oficiais de registro.

– O veto se impunha, na verdade, não porque devesse ser do Governador do Estado tal competência, mas porque, em face da autonomia dos Estados, não cabe à lei federal dizer que é esta ou aquela autoridade estadual a competente para a prática de tais atos. Enquanto não aprovada tal lei, segue tal competência com o Presidente do Tribunal de Justiça.

– Segurança denegada.”

Considerando que o(a) impetrante teve sua nomeação para a titularidade do referido cartório, conforme o disposto no art. 14 da Constituição Estadual, e que tal dispositivo foi declarado inconstitucional pelo egrégio STF (Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 363-1 e 1.573-7), fora anulada sua nomeação, por ato do Presidente do Tribunal.

Alega-se, inicialmente, a incompetência da supracitada autoridade para o ato, pois, a partir da Lei n. 8.935/1994, a única autoridade com poderes para decretar a perda da delegação seria o Governador do Estado.

No mérito, afirma que a decisão prolatada pelo STF se deu em processo objetivo e, dessa forma, não poderia abranger situações já consolidadas e, ao desconstituir sua nomeação, violou-se o art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal, já que não houve a instauração do competente processo administrativo ou judicial.

Cita doutrina e jurisprudência favoráveis à sua tese.

O Estado ofereceu contra-razões, alegando, em síntese, a competência do Desembargador-Presidente para a anulação do ato, em razão da independência dos Poderes e, que sendo o ato que deu origem à nomeação do(s) impetrante(s), baseado em dispositivo declarado inconstitucional, deixou ele de existir a partir de seu nascedouro.

Em sua manifestação, o Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso.

Relatei.

VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): A matéria não é nova nesta Corte, tendo seu debate sido inaugurado no julgamento do RMS n. 10.375-SC, e mais outros 11 processos idênticos, de relatoria do Ex.^{mo} Sr. Ministro Vicente Leal, julgados em sessão da Terceira Seção.

Após meu pedido de vista, restou decidido, por maioria, pelo desprovemento do recurso. Esta mesma egrégia Turma também já julgou outros recursos da mesma forma.

Assim, trago os argumentos que me levaram ao convencimento, primeiro, da legitimidade da autoridade para a prática do discutido ato; segundo, do desprovemento do recurso, por ausência de direito líquido e certo.

Conforme já assinalado, discute-se nos autos, de acordo com o entendimento do(a) recorrente, a impossibilidade da anulação de sua nomeação, com fundamento na declaração de inconstitucionalidade do art. 14 da Constituição Estadual.

Sustenta-se, ainda, a incompetência do Presidente do Tribunal para tal ato, considerando-se o disposto na Lei n. 8.935/1994, e, no mérito, argumenta-se que a decisão proferida pelo STF nas respectivas ações diretas de inconstitucionalidade se deram em processo objetivo, sem condições de abranger situações já consolidadas, culminando em violar-se o art. 5^o, LIV e LV, da Constituição Federal, uma vez que não fora instaurado o competente processo administrativo-judicial.

Inicialmente, equaciono a questão da competência para a prática do ato aqui combatido.

Segundo o Estado-recorrido, o ato de efetivação do servidor, fora praticado pela mesma autoridade que posteriormente o anulou, e, no entender do(a) recorrente, em razão do veto ao art. 2^o da Lei n. 8.935/1994, a competência para nomeações e exonerações estaria a cargo do Governador, como representante do Poder Público, no caso, o Poder Executivo.

A Lei n. 8.935, de 18.11.1994, que regulamentou o art. 236 da Constituição Federal, dispoñdo sobre serviços notariais e de registro, preconizava em seu art. 2^o:

“Os serviços notariais e de registro são exercidos, em caráter privado, por delegação do Poder Judiciário do Estado-membro e do Distrito Federal.”

Esse dispositivo foi vetado pelo Presidente da República, com estas razões:

“O art. 236 da Constituição Federal explicita que os serviços notariais e de registros são atendidos em caráter privado, por delegação do Poder Público não fazendo remissão a qualquer dos Poderes.

De sua vez, o § 1^a da mesma disposição constitucional explicita que a lei disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos seus notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos e definirá a fiscalização dos seus atos pelo Poder Judiciário, o que deixa implícito que a este Poder não cabe a delegação, impondo-se o veto do dispositivo.”

Esta, a justificativa do veto presidencial: prende-se ao fato de o texto magno não fazer menção expressa à competência do Judiciário estadual para a delegação, como o fez em relação à fiscalização.

De certo, o Executivo, com o veto, consoante o acórdão hostilizado, entendeu não dever incursionar a lei federal em área de competência dos Estados para indicar esta ou aquela autoridade para a prática do ato à vista do princípio da autonomia de que trata o art. 18 da **Lex Mater**, como se verá adiante.

É da tradição brasileira competir aos tribunais organizar os seus serviços auxiliares, provendo-lhes os cargos na forma da lei (Constituição de 1934, art. 67; Constituição de 1937, art. 93; de 1946, art. 97; de 1967, com a Emenda n. 1/1969, art. 115).

No mesmo sentido, o atual diploma fundamental (art. 96, I, **b**). É da tradição brasileira que os cartórios extrajudiciais mantenham liame com a organização judiciária estadual.

Transcrevemos da Lei n. 8.935, de 18.11.1994, que regulamenta o art. 236 da Constituição, os dispositivos que guardam pertinência com o tema aqui versado:

“Art. 15 – Os concursos serão realizados pelo Poder Judiciário, com a participação, em todas as suas fases, da Ordem dos Advogados do Brasil, do Ministério Público, de um notário e de um registrador.”

(...)

“Art. 16 – As vagas serão preenchidas alternadamente, duas terças partes por concurso público de provas e títulos e uma terça parte por concurso de remoção, de provas e títulos...”

(...)

“Art. 18 – A legislação estadual disporá sobre as normas e os critérios para o concurso de remoção.”

(...)

“Art. 20 (...)

§ 2^a – Os notários e os oficiais de registro encaminharão ao juízo competente os nomes dos substitutos;”

(...)

“Art. 35 – A perda da delegação dependerá:

I – de sentença judicial transitada em julgado,

II – de decisão decorrente de processo administrativo instaurado pelo juízo competente, assegurado amplo direito de defesa.

§ 1^a – Quando o caso configurar a perda de delegação, o juízo competente suspenderá o notário ou oficial de registro, até a decisão final, e designará interventor, observando-se o art. 36.”

“Art. 36. (...)

§ 1^a – Na hipótese do **caput** (suspensão), o juízo competente designará interventor para responder pela serventia, quando o substituto também for acusado das faltas ou quando a medida se revelar conveniente para os serviços.”

(...)

“Art. 39. (...)

§ 2^a – Extinta a delegação a notário ou a oficial de registro, a autoridade competente declarará vago o respectivo serviço, designará o substituto mais antigo para responder pelo expediente e abrirá concurso.”

Fiz essas transcrições para se ver que todos os procedimentos, desde a declaração de vaga, designação de substituto, suspensão e perda de delegação, designação de interventor e remoção estão a cargo do órgão judiciário respectivo.

Veja-se que, nesses dispositivos, há sempre menção à cláusula *autoridade competente*, sem nomeá-la.

Todavia, no § 2^a do art. 39, transcrito, o legislador federal expressa:

“Extinta a delegação a notário ou a oficial de registro, a autoridade competente declarará vago o respectivo serviço, designará o substituto mais antigo para responder pelo expediente e abrirá concurso.” Ora, pelo art. 15, quem abre e realiza concurso é o Poder Judiciário. Logo, está subentendido que *autoridade competente* contida no texto legal é o Poder Judiciário.

Convém, ainda, referir, **ex vi legis**, que de duas formas se faz o provimento de serventia vaga: alternadamente, duas terças partes por concurso público de provas e títulos e uma terça parte por concurso de remoção, segundo a legislação estadual. Haveria, então, cisão da competência para preencher as vagas? As de concurso público de provas e títulos por autoridade do Executivo, e as de remoção por autoridade judiciária? É evidente que não. Quem detém o poder de efetuar a provimento derivado, também detém o de prover de forma originária.

“É preciso não desconsiderar, relembra o Min. Celso de Mello, neste ponto, a advertência de **Carlos Maximiliano** (Comentários à Constituição Brasileira, Vol. II/58, item n. 303, 4ª ed., 1948 – Freitas Bastos) para quem ‘A Constituição não impera só pelo que está explícito, e, sim, pelo que se acha implícito nos poderes e garantias outorgados e na índole do regimen.’ (in Mandado de Segurança n. 23.452-1, Medida Liminar, DJ de 24.6.1999, p. 8).”

A Constituição Federal, no citado art. 236, não declina o destinatário do poder de delegação: se é o Executivo ou o Judiciário. Despicienda, todavia, nos parece a necessidade de vir positivada expressamente a designação, por implícita na competência do Poder Judiciário, não só pelo que dimana do art. 96 da Carta Magna, como também pelo que traduz a Lei n. 8.935/1994.

Neste contexto, cabe ao julgador proceder à interpretação sistemática do direito para determinar o conteúdo normativo das disposições legais em cotejo.

O eminente Prof. gaúcho **Juarez Freitas**, a propósito, preleciona:

“De outra parte, forçoso é se conceber a imprescindibilidade inafastável da coerência lógica mínima do ordenamento jurídico, de tal maneira a dele se procurar ter, sem abstrações excessivas, uma percepção conceitual harmônica no que tange a princípios, normas e valores, no fazê-los ora complementares, ora relativos, ora mútua e parcialmente excludentes, mas, em todos os casos, pondo-os em consonância, não

com as mutações históricas, senão que também com os imperativos de coerência e de unidade, que demandam ser resolvidas as contradições ínsitas ao sistema jurídico.”

E com remissão a **Claus Wilhelm Canaris**, enfatiza que a idéia de sistema deve traduzir e realizar a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica (A Interpretação Sistemática do Direito, 2ª ed., p.p. 27/29 e 32).

Nesse passo, procedem as razões do voto-condutor do aresto recorrido que, no ponto, funda-se no voto do Desembargador João José Ramos Schaefer, proferido no Mandado de Segurança n. 98.001973-7 (fls. 120/123):

“O último fundamento da impetração é o de que o Sr. Presidente do Tribunal de Justiça não tem competência para a prática do ato impugnado, alegando, aliás, que o ato de invalidar a efetivação equivale à exoneração.

Ocorre que a efetivação da impetrante no cargo de Tabelião do Tabelionato de Notas de Jaraguá do Sul se deu por ato do próprio Presidente do Tribunal de Justiça, então o eminente Desembargador Aloysio Gonçalves (fl. 22).

A digna autoridade coatora, assim, não deu senão aplicação ao princípio consubstanciado na Súmula n. 473, no sentido de que ‘A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos...’.

Não fosse isso, o art. 236 da Constituição Federal, não obstante dispor que ‘os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público’, prescreve no § 1º que ‘Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registros e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário’, vendo-se do diploma legal a que se refere o § 1º do art. 236 da CF, a Lei n. 8.935/1994, a marcante presença do Judiciário na fiscalização e supervisão dos serviços notariais e de registro (arts. 4º, 15, 29, III e XIV; 34, 35, § 1º 37, etc.).

Lembram as informações, com pertinência, que a Constituição atribui ao Judiciário competência não apenas para organizar as secretarias e os serviços auxiliares de seus tribunais, mas também os serviços auxiliares dos juízos que lhe forem vinculados (art. 96, I, b), sendo

os serventuários do foro judicial e extrajudicial auxiliares do Poder Judiciário (**Celso de Mello**, Constituição Federal Anotada, 1984, p. 438 e **Alcides Mendonça Lima**, O Poder Judiciário e a Nova Constituição, Aide, 1989, p.p. 49 e 53/54).

Argumenta a impetrante, em memorial e da tribuna, em prol de sua tese de incompetência da autoridade impetrada para a prática do ato, com os fundamentos pelos quais o Presidente da República, Itamar Franco, vetou o disposto no artigo 2^a da Lei n. 8.935/1994, que definia ser da competência do Presidente do Tribunal de Justiça a delegação aos tabeliães e oficiais de registro da atividade que lhes é própria.

Foram estas as razões do veto:

‘O art. 236 da Constituição Federal explicita que os serviços notariais e de registros, são atendidos em caráter privado, por *delegação do Poder Público*, não fazendo a remissão a qualquer dos Poderes.

De sua vez, o § 1^a da mesma disposição constitucional explicita que a lei disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos seus notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos e definirá a fiscalização dos seus atos pelo Poder Judiciário, o que deixa implícito que a este Poder não cabe a delegação, impondo-se o veto do dispositivo (*in* DOU de 21.11.1994, p. 17.515, 1^a coluna)’.

Acrescenta-se que o eminente Ministro William Patterson, em acórdão no Mandado de Segurança n. 8.301-PB (Sexta Turma, *in* DJU de 20.10.1997), ao conceder a segurança em mandado de segurança deixou expresso:

‘Vetado o artigo 2^a da Lei n. 8.935, não resta mais dúvida de que não só a delegação, quanto à designação para exercer em caráter precário as funções de Oficial dos Registros Públicos Notariais, é do Poder Executivo, cabendo ao Poder Judiciário a fiscalização das serventias e a organização dos concursos para o recebimento da respectiva delegação, nos termos dos artigos 14 a 19 da Lei n. 8.935/1994.’

Na verdade, o art. 2^a da Lei n. 8.935/1994 tinha que ser vetado

não, **data vênia**, pelo motivo invocado nas razões do veto, mas porque a disposição que atribuía ao Presidente do Tribunal tal delegação importaria em nítida quebra do princípio constitucional da autonomia dos Estados expresso no art. 18 da Constituição Federal.

Inadmissível, na verdade, é que lei federal diga que competente para tal delegação esta ou aquela autoridade estadual.

À lei estadual sim, é que competirá tal definição, como, aliás, o prevê o art. 2º da Lei dos Registros Públicos em relação aos auxiliares da Justiça que menciona no art. 1º.

Também não impressiona, não obstante tratar-se de conspícuo pronunciamento, a manifestação do eminente Ministro William Patterson porque do veto não haveria como se extrair a conclusão de que do Poder Executivo tal competência, porque, como já referido, não compete à lei federal, em face da autonomia dos Estados, dizer que de competência do Chefe do Executivo, do Judiciário ou do Legislativo, a nomeação dos tabeliães e oficiais de registro.

O art. 2º da Lei n. 8.935/1994, exorbitou, pois, de sua competência em boa hora, o Sr. Presidente da República o eliminou.

Por isso, afasta-se também a alegação de incompetência da autoridade coatora para editar o ato.”

Não bastasse essa incursão na idéia do sistema para “traduzir e realizar a adequação valorativa e a unidade interior da ordem judiciária”, o Poder Executivo, a União Federal, no RMS n. 9.069-DF, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, ao contra-arrazoá-lo, no ponto atinente à argüida incompetência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal para o ato de aposentadoria compulsória do Oficial de Registro Público, asseverou, pelo seu ilustre representante judicial:

“A atual Constituição deixou claro, em seu art. 96, que compete privativamente aos tribunais:

‘ ...

b) organizar suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízo que lhes forem vinculados, velando pelo exercício da atividade correicional respectiva;

...

e) prover, por concurso público de provas, ou provas e títulos, obedecido o disposto no art. 169, parágrafo único, os cargos necessários à administração da Justiça, exceto os de confiança assim definidos em lei,..."

Diferentemente da Constituição anterior que falava em 'organizar suas secretarias e seus serviços auxiliares...', a de 1988 eliminou o pronome possessivo e fala *em serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados*.

Nosso Código de Processo Civil, por sua vez, estabelece como auxiliares do juízo os serviços cujas atribuições são determinadas pelas normas de organização judiciária, o escrivão, o oficial de Justiça, o perito, o depositário, o administrador e o intérprete.

Sem sombra de dúvida, o cartório aqui em destaque inclui-se entre os serviços auxiliares dos juízos que são vinculados ao Tribunal de Justiça e, portanto, sujeito à sua organização.

Seguindo-se ao permissivo constitucional, vem a *Lei n. 8.185/1991* que dispõe sobre a organização judiciária do Distrito Federal e, em seu art. 70, determina:

'Compete ao Tribunal de Justiça prover os cargos dos serviços auxiliares previstos na alínea e do inciso I do artigo 96 da Constituição Federal.

'Art. 96. Compete privativamente

I – aos tribunais

...

e) prover, por concurso público de provas, ou de provas e títulos, obedecido o disposto no art. 169, parágrafo único, os cargos necessários à administração da Justiça, exceto os de confiança assim definidos em lei;

...'

O art. 67 da mesma lei classifica como 'pessoal dos serviços auxiliares da Justiça'... 'os serventuários sob regime especial, não remunerados pelos cofres públicos, a saber: ... c) Oficiais de Registros Públicos.'

O Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em seu art. 273, dispõe:

‘São atribuições do Presidente do Tribunal:

- I – prover os cargos dos serviços auxiliares, na forma da lei;
- II – conceder exoneração e aposentadoria aos funcionários e serventuários da Justiça;...’

Ora, a Constituição Federal prevê a organização dos serviços auxiliares dos Tribunais por eles próprios, a lei decorrente do permissivo constitucional estabelece a competência do Tribunal de Justiça para prover os cargos dos serviços auxiliares entre os quais se inclui o cartório em questão e o Regimento Interno do Tribunal de Justiça atribui ao seu Presidente a competência para a prática do ato em relação ao ocupante de função pública a ele vinculado.

Portanto, evidenciada a competência do Presidente do Tribunal de Justiça para o ato hostilizado em antecipação.”

De sorte que o legislador federal, no art. 70 da Lei n. 8.185/1991, ao dispor sobre a organização judiciária do DF, atribuiu ao Tribunal de Justiça o poder de prover os cargos dos serviços auxiliares, conforme o disposto no art. 96 da Carta Magna, e no art. 67, inclui, no pessoal dos serviços auxiliares da Justiça, os serventuários sob regime especial, não remunerados pelos cofres públicos, dentre eles, os Oficiais de Registros Públicos.

Dessarte, o Poder Executivo inibiu-se ao sancionar a Lei n. 8.935, de 18.11.1994 e vetou o seu art. 2^a, por não pretender intrometer-se em matéria afeta ao Estado. No entanto, não se inibiu ao sancionar a Lei n. 8.185/1991, mantendo o preceito que atribui ao Tribunal de Justiça do DF prover os cargos dos serviços auxiliares, aí incluídos os notários. E por que não vetou esse dispositivo? Porque, no caso do TJDF, estaria regulamentando matéria inserida no âmbito da própria competência, posto ao legislador federal, mediante proposta do TJDF, cabe criar cargos e a remuneração desses serviços auxiliares, e a alteração da organização desses serviços e da divisão judiciária.

Quanto aos Estados, a competência, nesses pontos específicos, é do Legislativo respectivo (art. 96, II, da Constituição).

A Associação dos Notários e Registradores do Brasil deduziu Ação Direta de Inconstitucionalidade (1.935-3), sustentando, dentre outros, “a problemática da iniciativa, em si, da lei, afirmando não competir ao Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia a provocação do Legislativo, tendo em conta a criação de cargos públicos.”

Ao indeferir a liminar, o eminente Ministro Marco Aurélio, com **referendum** do Plenário do Supremo Tribunal Federal, enfatizou:

“Esta ação direta de inconstitucionalidade está direcionada contra lei de dezembro de 1997, o que, no mínimo, revela a necessidade de serem sopesados os riscos. A passagem do tempo faz pressupor a existência dos cartórios criados. Por outro lado, tem-se a fragilidade do pedido, no que se baseia não só na falta de notícia sobre o levantamento da demanda de protestos, como também na iniciativa não do Tribunal de Justiça, mas do Governador do Estado. Não vejo como dissociar os cartórios da própria organização, no sentido abrangente, do Judiciário.” Em 14.4.1999. (in DJ de 11.6.1999).

Em conclusão, um serviço vinculado ao Judiciário não pode ter o respectivo titular investido nas funções por ato do Chefe do Executivo, destoando de todo o sistema da organização dos serviços auxiliares do Poder Judiciário.

Desse modo, estou que o Presidente do Tribunal de Justiça, ao declarar nulo o ato de efetivação do Impetrante e vago o serviço, fê-lo no exercício regular da sua competência.

Remanesce a questão atinente ao mérito do próprio ato, passamos a ele.

O(a) recorrente foi nomeado(a) para a titularidade do respectivo cartório, com base no art. 14 do ADCT da Constituição Estadual que assim dispunha:

“Art. 14. Fica assegurada aos substitutos das serventias, na vacância, a efetivação no cargo de titular, desde que, investidos na forma da lei, estejam em efetivo exercício, pelo prazo de três anos, na mesma serventia, na data da promulgação da Constituição.”

Ocorre que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ajuizou, perante o egrégio STF, ação direta de inconstitucionalidade do mencionado dispositivo, à vista do art. 37, II, da CF.

Por votação unânime do Plenário, em 15.2.1996, aquela Corte julgou procedente a ação, declarando a inconstitucionalidade do referido preceito legal.

Em 18.6.1996, a Assembléia Legislativa Estadual, promulgou a seguinte emenda constitucional:

“Emenda Constitucional n. 10:

Artigo único. Respeitadas as situações consolidadas, fica suspensa a execução do artigo 14 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado de Santa Catarina.”

Em razão disso, nova ação direta de inconstitucionalidade foi ajuizada, tendo sido deferido em parte o pedido para suspender, com eficácia **extunc**, até final julgamento da ação, a execução e aplicabilidade do citado artigo, a expressão “Respeitadas as situações consolidadas”.

Com isso, foi declarado nulo o ato de nomeação do Recorrente, o que gerou o mandado de segurança em apreço.

Segundo o(a) recorrente, situações jurídicas consolidadas sob o império da lei inconstitucional não são automaticamente desconstituídas, tendo a ação direta de inconstitucionalidade, o objetivo de preservar a Constituição, e não defender direito subjetivo.

Por outro lado, afirma, ainda, a necessidade de instauração de processo administrativo para que se desse a referida exoneração, e, em sua ausência, violou-se o art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal.

Citando entendimento jurisprudencial e doutrinário, o Estado afirma, em síntese que, declarada a inconstitucionalidade de uma lei, alcançam-se os atos praticados sob o seu pálio.

Que não há falar-se em violação ao art. 5º, LIV, posto que tais garantias pressupõem a existência de litígio, acusação e sanção, o que, de forma alguma, amolda-se à espécie.

Não assiste razão à irrisignação do(a) recorrente.

O(a) recorrente foi efetivado(a) no cargo de titular do respectivo cartório com base no art. 14 do ADCT da Constituição Estadual. Declarada a sua inconstitucionalidade, através do chamado controle concentrado, não há como reverter a situação e, muito menos, ter como procedente a afirmativa do Recorrente de que ao declarar a nulidade da lei, situações jurídicas consolidadas sob o império da lei inconstitucional não são automaticamente desconstituídas.

A doutrina e jurisprudência são uníssonas em afirmarem exatamente o oposto do entendimento sufragado pelo(a) recorrente. Vejamos alguns excertos doutrinários:

“A inconstitucionalidade de uma lei, de um ato executivo ou

jurisdicional, é um caso particular de invalidade dos atos jurídicos em geral. Particulariza-se por ocorrer na espécie um conflito com a própria norma constitucional ... A inconstitucionalidade de uma lei é, pois, a circunstância de uma determinada norma infringir a Constituição, quer quanto ao processo a ser seguido pela elaboração legislativa, quer pelo fato de, embora tendo a norma respeitado a forma de criação da lei, desrespeitar a Constituição quanto ao conteúdo adotado.

Segundo a técnica jurídica, *esta lei inconstitucional é inexistente*. Encarada sob o ângulo dos princípios informativos da criação das normas de direito, *só podemos afirmar a existência de leis constitucionais*. Isso porque, ou ela foi produzida em conformidade com a Constituição, que é que diz o que é direito em um determinado sistema, ou foi gerada em dissonância com o prescrito pela norma constitucional, e neste caso não pode pretender ser lei. A afirmação, segundo sempre o ponto de vista da técnica jurídica, da possibilidade de existência de leis inconstitucionais é contraditória. Ao mesmo tempo em que se admite que só adquire a condição de lei o que for elaborado em conformidade com a norma constitucional, por outro lado admite-se que algo, embora padecendo do vício gravíssimo de inconstitucionalidade, em razão da infringência do texto maior, ainda assim, contudo, esse algo existe. Com vistas unicamente à teoria da criação do direito, ou a lei é constitucional para que possa existir, ou, em caso contrário, não se reveste nem mesmo da condição de lei, sendo despicando o afirmar-se se é constitucional ou não. Pelo simples fato de ser lei, infere-se que se trata de lei constitucional, a única existente. Em resumo: em nome do princípio da validade da norma em função da sua adequação à norma hierárquica superior, *conclui-se que toda norma infringente da Constituição é nula, írrita, inválida, inexistente...* (Curso de Direito Constitucional, **Celso Ribeiro Bastos**, Ed. Saraiva, 20^a ed., p.p. 388/389, grifei).

“... Desobedecidas as normas constitucionais, tem-se que o ato legislativo é, originariamente, visceralmente nulo.

Forma-se e nasce nulidade. Nem a sanção, ou a publicação da norma legal produz sanção da norma inconstitucionalmente elaborada.

...

A declaração judicial de inconstitucionalidade não faz com que

a regra jurídica, só após essa declaração, seja inconstitucional ou, que é o mesmo, nula. A nulidade é preexistente, não se origina do ato judicial declaratório da inconstitucionalidade.

Se a norma legal é inconstitucional e, pois nula, não há indubitavelmente, a possibilidade de incidir. É inincidível, para sempre...”

(Incidência de Regra Jurídica, **Firmino Ferreira**, az, Lex Editora, p. 52, grifei).

“Um ato ou uma lei inconstitucional é um ato ou uma lei inexistente, uma lei inconstitucional é lei aparente, pois que, de fato ou na realidade, não o é. O ato ou lei inconstitucional nenhum efeito produz, pois que inexistente de direito ou é para o Direito como se nunca houvesse existido...” (Direito Constitucional, **Francisco Campos**, v. 1/430).

Assim também já se firmou a jurisprudência:

“Processual Civil. Ação rescisória. Súmula n. 343 do STF. Recurso especial. Lei declarada inconstitucional pelo STF. Aplicação. Impossibilidade.

Se a lei foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal com efeito **ex tunc**, significa que a norma (assim considerada em desconformidade com a Constituição Federal) jamais existiu válida e eficazmente...” (REsp n. 168.704-RS, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJ de 15.3.1999).

“Ação rescisória. Matéria constitucional. Súmula n. 343 do STF. Contribuição previdenciária sobre a remuneração de autônomos, avulsos e administradores.

...

Declarada a inconstitucionalidade das expressões ‘avulsos, autônomos e administradores’, o art. 3º da Lei n. 7.787/1989 perdeu os seus efeitos desde a data de sua vigência...” (REsp n. 182.381-RS, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 14.12.1998).

Com mais pertinência ainda, dita o egrégio Supremo Tribunal Federal:

“A decisão que em ação direta declara a inconstitucionalidade de lei, tem efeito **ex tunc**...” (RP n. 971-RJ, DJ de 7.11.1978).

“Servidor público. Decreto-Lei n. 2.225/1985.

... Ora, *se esse decreto fosse inconstitucional* nessa parte por violação do princípio da igualdade, *sua declaração de inconstitucionalidade teria o efeito de tê-lo como nulo*, não podendo, por categorias por ele beneficiadas, e não o de estender a transferência por ele concedida a outra categoria que ele não alcança...” (RE n. 196.590-AL, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 14.11.1996, grifei).

A emenda que visava a “ressalvar as situações consolidadas” também foi declarada inconstitucional por liminar concedida na ação declaratória ajuizada, com efeitos **ex tunc**.

Por isso, declarada a inconstitucionalidade do dispositivo que serviu de base para a nomeação do Recorrente, tal declaração com efeito **ex tunc**, resta claro que tal ato impõe ser anulado, remetendo a discussão da matéria para os enunciados das Súmulas n. 343 e 473, em sua primeira parte.

E, nesse enfoque, a jurisprudência pátria é uníssona:

“Recurso em mandado de segurança. Ato administrativo. Nulidade. Súmula n. 473-STF.

...

Conforme entendimento sumulado pelo colendo STF, a Administração, verificando a ilegalidade de um ato seu, pode declará-lo nulo (Súmula n. 473-STF)...” (RMS n. 9.377-RJ, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 17.5.1999).

“Previdenciário. Aposentadoria por tempo de serviço. Revisão. Prescrição. Suspensão. Art. 207, Decreto n. 89.312/1984. Súmula n. 473 do STF.

Na hipótese de suspensão de benefício previdenciário obtido mediante fraude, não se aplica o prazo prescricional quinquenal previsto no art. 207 do Decreto n. 89.312/1984, devendo incidir na espécie, a Súmula n. 473 do Supremo Tribunal Federal, eis que ato nulo não produz efeito...” (REsp n. 78.703-RS, Rel. Min. Anselmo Santiago, DJ de 22.6.1998).

Após nova manifestação do Ministério Público Federal, tendo em conta a alegação de que com a edição da Lei Complementar n. 183-SC, de 24.9.1999, estabeleceu-se que os notários, tabeliães, oficiais de registro ou registrador seriam profissionais do Direito dotados de fé pública, a quem seria delegado o exercício da atividade notarial, ou de registro pelo Governador do Estado.

Assim, tal legislação daria amparo à pretensão do Recorrente no que diz respeito à competência do Poder Executivo para editar o ato de provimento e desprovisionamento dos cargos ligados às serventias extrajudiciais, com efeitos retroativos à data da edição da Lei Federal n. 8.935/1994.

A questão acerca da alegada incompetência do Presidente do Tribunal já foi exaustivamente debatida neste Tribunal, e, com relação a esta nova alegação, a egrégia Terceira Seção já teve oportunidade de se manifestar em casos análogos, quando do julgamento dos RMSs n. 11.090-SC, 10.784-SC e 10.780-SC, de relatoria do Ex.^{mo} Sr. Ministro Hamilton Carvalhido, tendo concluído que tal legislação complementar não teria o condão de se contrapor à legislação federal, e, muito menos, ser dotada de efeito retroativo.

A doutrina, em geral, no tocante ao conflito intertemporal das leis centra-se nesta alternativa:

“A lei nova deve ou não respeitar os efeitos presentes e futuros das situações pretéritas, concluídas sob o regime da lei revogada?”

Não cabe, aqui, adentrar nas disputas das formulações teóricas sobre o tema sopesadas por **Savigny, Lassalle, Gabba, Planiol, Roubier, Colin et Capitant, Ruggiero, Porchat** e quantos versaram sobre a teoria da não-retroatividade das leis.

Pretende-se com a edição da lei estadual, atribuindo competência ao Chefe do Poder Executivo para desprover cargo de tabelião, conferir efeitos retrooperantes para alcançar situações pretéritas.

É sabido e está no **caput** do art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil que a lei tem efeito imediato e geral. Todavia, há de respeitar o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

Na hipótese, a lei nova deparou com ato jurídico passado e efeito já consumado, afastando-se, dela, por conseguinte, o efeito imediato.

Ato jurídico, perfeito, di-lo o eminente Ministro Moreira Alves (ADIn n. 1.451-7-DF, **apud Maria Luíza Vianna Pessoa de Mendonça** – O Princípio Constitucional da Irretroatividade da Lei, Del Rey, ed. 1996, p. 173): é fato jurídico, que tem o seu momento-ponto, no espaço-tempo: entrou em algum sistema jurídico, em dado lugar e dia (...).

Em verdade, a lei nova não incide sobre fatos pretéritos, sejam eles ou não atos, e – por conseguinte – não pode prejudicar os direitos adquiridos, isto é, os direitos já irradiados e os que terão de irradiar-se.

O ato que se pretende desconstituir foi praticado por quem detinha competência, ato integralmente consumado, na sua prática e no seu efeito, merecendo proteção contra a atuação da lei nova, impedindo, portanto, a retroatividade da lei.

Em razão do exposto, ultrapassada a preliminar de ilegitimidade do Presidente do Tribunal estadual, voto no sentido do desprovimento do recurso.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 10.867 – PR

(Registro n. 99.0042796-3)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca
Recorrente: Samuel Bertolino
Advogados: Mozarte de Quadros e outros
Tribunal de origem: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná
Impetrado: Governador do Estado do Paraná
Recorrido: Estado do Paraná
Advogados: Márcia Dieguez Leuzinger e outro

EMENTA: Recurso em mandado de segurança – Administrativo – Policial militar – Exclusão da corporação – Ação penal – Processo administrativo regular – Independência entre as esferas.

Conforme reiterada jurisprudência, as esferas penal e administrativa são independentes, a não ser quando negado o fato ou a autoria no procedimento criminal.

No caso dos autos, houve apenas a anulação do processo criminal por falta da prova material do crime (não apreensão da droga), sem prejuízo de restabelecimento da ação penal.

O procedimento administrativo teve seu trânsito regular, obedecidos os princípios do contraditório e da ampla defesa, no qual ficou devidamente comprovada a falta funcional do recorrente, afastado “a bem da disciplina e da moralidade da tropa”.

Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp e Jorge Scartezzini. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Edson Vidigal.

Brasília-DF, 20 de junho de 2000 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 7.8.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: Samuel Bertolino interpõe recurso ordinário em mandado de segurança, com fulcro no art. 105, inciso II, alínea b, da Constituição Federal, contra acórdão prolatado pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, assim ementado (fl. 456):

“Mandado de segurança. Policial militar. Infração disciplinar. Exclusão do quadro efetivo da polícia militar. 1. Quando a autoria e os fatos apurados no processo administrativo-disciplinar não são negados no processo penal, onde não se apreciou o mérito, mas apenas reconheceu a ausência de condição de procedibilidade para a ação penal, por falta da apresentação do laudo de constatação da natureza da substância tóxica (artigo 22, § 1º, da Lei n. 6.368/1976), não fica afastada a possibilidade de responsabilização administrativa. 2. Se incorreu a absolvição criminal alegada pelo impetrante, o caso é de denegação da segurança.”

Alega não existirem provas acerca da materialidade do crime imputado, bem como a utilização de testemunhas não idôneas a comprovar a ocorrência do delito e a procedência da acusação. Afirma, ainda, que a ação penal iniciada pelo Ministério Público foi trancada nos autos do HC n. 52.397-3, Acórdão n. 9.669, daí, pleiteia sua reintegração aos quadros da Polícia Militar do Paraná, da qual foi expulso, com pagamento dos salários posteriores à exclusão e contagem do tempo de afastamento para todos os efeitos legais.

O Estado do Paraná apresentou contra-razões (fls. 501 e segs.).

Opinou, em parecer, a douta Subprocuradoria Geral da República pelo desprovimento do recurso (fl. 517).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): A presente impetração visava à reintegração do respectivo policial militar à Corporação, ao argumento de ter sido absolvido, por meio de julgamento de **habeas corpus**, tendo o processo instaurado contra ele sido anulado por falta de prova material, razão pela qual o Comando Geral da Polícia Militar não poderia, posteriormente àquela decisão judicial, excluí-lo do efetivo da Polícia, tendo como fundamento a prova material inexistente (fl. 6).

O acórdão recorrido argumentou (fl. 461):

“O Impetrante não foi absolvido, quando do julgamento do **Habeas Corpus** n. 52.379-3, de Cianorte, julgado pela Primeira Câmara do Tribunal de Justiça, que, tão-somente, anulou o processo **ab initio**, por ter sido violado o artigo 22, § 1º, da Lei n. 6.368/1976 (Lei Antitóxicos), que prevê condição de procedibilidade da ação penal pública, exigindo que a denúncia seja acompanhada, no que tange à materialidade do delito, de laudo de constatação da natureza da substância tóxica. Logo, o Impetrante não foi absolvido, mas, tão-somente, foi constatada irregularidade no oferecimento da denúncia, sem prejuízo do reestabelecimento da ação penal, como ficou consignado no voto do Relator, **in verbis**: “(...) concedo a ordem impetrada, parcialmente, para anular o processo **ab initio** em relação ao paciente Samuel Bertolino, por falta de prova material do crime, sem prejuízo

de que se possível seja a ação penal restabelecida contra o mesmo” (fl. 43). Com efeito, se a ação penal poderia ser eventualmente restabelecida, não tendo havido o seu trancamento, não houve a análise do mérito do processo, não tendo a Câmara se pronunciado sobre a absolvição ou condenação do acusado.”

A decisão do mencionado **habeas corpus** teve o seguinte desfecho (fl. 43):

“... verifica-se que a não-apreensão da droga não implica em trancamento da ação como pretende o Impetrante, todavia como a situação do Paciente difere dos demais acusados, pois a ele se imputa uma única infração penal, acolhendo o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, concedo a ordem impetrada, parcialmente, para anular o processo **ab initio** em relação ao paciente Samuel Bertolino, por falta de prova material do crime, sem prejuízo de que se possível seja a ação penal restabelecida contra o mesmo...”

A decisão do Conselho de Disciplina, que culminou com a exclusão do Recorrente, “a bem da disciplina e da moralidade da tropa”, teve como base a denúncia do Ministério Público (fornecimento de cocaína como amostra), a participação em operação policial de forma irregular, tendo pesado, em desfavor à sua conduta, sua ficha de corretivos (fl. 19).

A jurisprudência já se firmou em sentido oposto à pretensão recursal, senão, vejamos apenas alguns exemplos desta Corte:

“RMS. Administrativo. Funcionário público. Demissão. Jurisdições penal e administrativa.

As jurisdições intercomunicam-se, prevalece a jurisdição penal; esta projeta sempre a verdade real. Não se admitem presunções, como na jurisdição civil. *Negado o fato, ou a autoria, repercute de modo absoluto em todas as áreas jurídicas. Absolvição por outro fundamento não afeta o resíduo administrativo. Pode, pois, ocorrer a demissão do funcionário público.*” (RMS n. 4.561-SP, DJ de 23.9.1996, Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, grifei).

“Administrativo. Mandado de segurança. Policial civil acusado do

crime de concussão. Independência das instâncias penal e administrativa. Demissão. Legalidade. Recurso ordinário.

Doutrina e jurisprudência são unânimes quanto ao entendimento de independência das esferas penal e administrativa; a punição disciplinar não depende de processo civil ou criminal a que se sujeite o servidor pela mesma falta, nem obriga a Administração Pública a aguardar o desfecho dos mesmos.

Sugerida a penalidade pelo Conselho Superior de Polícia, após regular procedimento administrativo, e acatada pelo Governador de Estado, válido é o ato de demissão ..." (RMS n. 10.559-RS, DJ de 11.10.1999, Rel. Min. Edson Vidigal).

"RMS. Ato administrativo. Policial militar. Exclusão dos quadros a bem da disciplina. Apuração da falta em Conselho de Disciplina. Observância da ação penal. Alegação de ilegalidade da prisão. Juízo competente.

1. Não há ilegalidade ou abuso de poder no ato administrativo que, a bem da disciplina, exclui soldado dos Quadros da Polícia Militar, vez que a transgressão imputada ao servidor foi apurada mediante instauração de Conselho de Disciplina, que é equivalente ao inquérito administrativo-disciplinar do servidor civil, sendo-lhe asseguradas todas as garantias constitucionais pertinentes ao seu direito de defesa.

2. *Ainda que ocorra absolvição criminal, impõe-se reconhecer que a mesma não condiciona o procedimento administrativo-disciplinar a resultado favorável, em havendo falta residual (Súmula n. 18-STJ) ...*" (RMS n. 4.452-RJ, DJ de 5.4.1999, Rel. Min. Anselmo Santiago, grifei).

"Administrativo. Mandado de segurança. Ex-servidor público estadual. Anulação do ato de demissão. Juízo administrativo. Vinculação. Instância criminal. Negativa da autoria. Teoria dos motivos determinantes.

- A repercussão da absolvição criminal na instância administrativa somente ocorre quando a sentença proferida no Juízo criminal nega a existência do fato ou afasta a sua autoria..." (RMS n. 8.806-SP, DJ de 21.2.2000, Rel. Min. Vicente Leal, grifei).

Duas são as conclusões: as esferas penal e administrativa são independentes (valendo ressaltar que no caso específico a ação penal foi anulada somente pela falta de prova material do crime) e, quando o processo administrativo que culminou com a exclusão/demissão do servidor, percorreu todos os seus trâmites legais, em observância aos princípios da ampla defesa e do contraditório (como no caso), válido é o ato.

Por essa razão, corroboro os seguintes argumentos expendidos pelo Estado em suas contra-razões, **verbis** (fls. 504/506):

“Não pode o recorrente pretender furtar-se à responsabilidade administrativa a que estava submetido e ao poder disciplinar da autoridade superior da Corporação, desde que resguardado pelo devido processo legal **Diogenes Gasparini** assim se manifesta sobre o tema:

‘A responsabilidade administrativa do servidor é a que resulta do descumprimento de normas internas da entidade a que está vinculado, da violação do correto desempenho do cargo ou da infração de regras estatutárias (...)

(...) Assim, apurada a infração administrativa, cabe à autoridade competente aplicar a pena, sem qualquer preocupação com o desfecho dos processos que tramitam nas demais esferas de responsabilidade (RT 227/586 e 302/747; e RDA 91/89 e 126/177).’

Olvida também o recorrente que as esferas penal e administrativa são independentes, não se confundindo uma com outra. Aliás, a doutrina pátria corrobora este entendimento:

‘A punição administrativa ou disciplinar não depende de processo civil ou criminal a que se sujeite também o servidor pela mesma falta, nem obriga a Administração aguardar o desfecho dos demais processos. Apurada a falta funcional, pelos meios adequados (processo administrativo, sindicância ou meio sumário), o servidor fica sujeito, desde logo, à penalidade administrativa correspondente.’”

Dessa forma, nego provimento ao recurso.

**RECURSO EM MANDADO DE
SEGURANÇA N. 11.260 – SE**

(Registro n. 99.0094248-5)

Relator: Ministro Jorge Scartezzini
Recorrente: Ivanete Guimarães Almeida
Advogados: Gilberto Vieira Leite Neto e outro
Tribunal de origem: Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe
Impetrado: Desembargador-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe
Recorrido: Estado de Sergipe
Advogados: Vladimir de Oliveira Macedo e outros

EMENTA: Processual Civil – Recurso ordinário em mandado de segurança – Titular de serviço notarial – Aposentadoria – Preliminar – Participação de magistrado que declarou sua suspeição – Art. 135 do CPC – Nulidade do julgado – Prolação de nova decisão.

1. O juiz que, de qualquer modo, esteja vinculado à causa, por razões de ordem subjetiva, tem comprometida a sua imparcialidade e, portanto, não deve atuar no processo. As razões que comprometem, ou, pelo menos colocam em risco a imparcialidade do juiz, são as razões de impedimento e suspeição, relacionadas no Código de Processo Civil.

2. Declarada expressa e anteriormente a suspeição de um determinado Desembargador (fl. 55), não pode este participar do julgamento do presente *writ*. O voto de apenas um magistrado que, de alguma forma, está vinculado à causa ou tenha nela algum interesse particular, macula todo o julgamento, ensejando sua nulidade e a prolação de outro, em respeito ao princípio da imparcialidade do juiz, basilar ao exercício da cidadania e da justiça.

3. Precedente (REsp n. 84.519-MA).

4. Recurso conhecido e, em preliminar, provido para declarar nulo o v. acórdão recorrido e determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem para novo julgamento, restando prejudicada a análise do mérito por esta Corte Superior.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça em, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e, preliminarmente, dar-lhe provimento para declarar nulo o v. acórdão recorrido e determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem para novo julgamento, restando prejudicada a análise do mérito por esta Corte. Votaram com o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros Edson Vidigal, José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer e Gilson Dipp.

Brasília-DF, 26 de setembro de 2000 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Jorge Scartezzini, Relator.

Publicado no DJ de 13.11.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini: Cuida-se de recurso ordinário em mandado de segurança, interposto por Ivanete Guimarães Almeida, com fundamento no artigo 105, II, **b**, da Constituição Federal, contra o v. acórdão de fl. 51, prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe que, à unanimidade, denegou a ordem. A ementa do julgado encontra-se expressa nos seguintes termos, **verbis**:

“Mandado de segurança.

Os titulares de serviços notariais e de registro, considerados servidores públicos, estão sujeitos à aposentadoria compulsória aos setenta anos de idade. Por igual razão, aplica-se a regra se ocupantes, cumulativamente, de escrivania judicial, da qual se aposentam compulsoriamente.”

Alega a Recorrente, nas suas razões, em síntese, *preliminarmente*, ser nulo o julgamento, porquanto dele teriam participado dois desembargadores impedidos. No mérito, sustenta, que não poderia ser aposentada compulsoriamente, pois era exercente da escrivania extrajudicial e como tal figurava na categoria de servidora notarial por delegação do Poder Público e em

caráter eminentemente privado, sendo que esta categoria só pode ser extinta nos termos do art. 39 da Lei n. 8.935/1994 (fls. 58/67).

Contra-razões apresentadas às fls. 70/77.

Devidamente preparado o recurso (fl. 68) e estando o mesmo tempestivo, subiu o presente a esta Corte.

A douta Subprocuradoria Geral da República opina pelo desproviamento do recurso (fls. 84/86), vindo-me os autos conclusos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator): Sr. Presidente, o recurso merece ser conhecido, por se encontrar tempestivo e preparado e, em preliminar, provido.

Aduz a Recorrente, preliminarmente, a nulidade da decisão hostilizada, porquanto participaram de seu julgamento dois desembargadores legalmente impedidos. Sustenta que o Desembargador Epaminondas Silva de Andrade Lima, autoridade tida como coatora na segurança impetrada, figurou como integrante do Tribunal Pleno no julgamento do **mandamus**, o que pode-se constatar através da assinatura do mesmo ao final do acórdão, sem a devida ressalva. Igualmente, assevera que o Desembargador Aloísio de Abreu Lima declarou-se, de ofício, suspeito para o julgamento do feito, tendo, mesmo assim, dele participado (3ª assinatura às fl. 55 dos autos).

Passo ao exame dos autos.

A questão é singela, devendo ser acatada a preliminar argüida.

Inicialmente, compulsando os autos, verifico ter sido devidamente registrado à fl. 50 o impedimento do Desembargador Epaminondas Silva de Andrade Lima, quando do julgamento do presente *writ*, conforme tira de julgamento, a qual transcrevo, **verbis**:

“Por unanimidade, foi denegada a segurança. *Impedido de votar o Ex.^{mo} Sr. Desembargador Epaminondas Silva de Andrade Lima por ser, à época, o presidente desta egrégia Corte, e portanto, autoridade coatora.*”
– grifei.

Contudo, com relação ao Desembargador Aloísio de Abreu Lima,

constato que o mesmo declarou-se, de ofício, suspeito para o julgamento da causa, com fundamento no art. 135, V, do Código de Processo Civil, ao argumento de que seu “filho exerce o cargo de Tabelião e Registrador do Tribunal de Justiça e é o atual Presidente da Associação dos Notários, Escrivães e Registradores do Estado de Sergipe”, dizendo-se interessado na causa (fl. 48). Ainda assim, conforme se observa à fl. 50, que consigna a presença do Desembargador na sessão, bem como da fl. 55, na qual consta sua assinatura, teve S. Ex.^a participação no julgamento da lide, acarretando, portanto, a nulidade da decisão.

Vicente Greco Filho, ensina-nos que:

“A imparcialidade do juiz é pressuposto de toda atividade jurisdicional. A imparcialidade pode ser examinada sob um aspecto objetivo e um aspecto subjetivo. No aspecto objetivo, a imparcialidade se traduz na equidistância prática do juiz no desenvolvimento do processo, dando às partes igualdade de tratamento.

Como conseqüências dessa imparcialidade objetiva, existem, por exemplo, o princípio da iniciativa de partes, que proíbe ao juiz conhecer das questões não suscitadas porque, em caso contrário, estaria beneficiando a uma das partes e o princípio de que em todos os momentos do processo as partes devem ter oportunidades processuais análogas. Todavia, para que se concretize a imparcialidade objetiva, é preciso que o juiz seja subjetivamente imparcial, isto é, que seja verdadeiramente um estranho à causa e às partes.

O juiz, que de qualquer modo esteja vinculado à causa, por razões de ordem subjetiva, tem comprometida a sua imparcialidade e, portanto, não deve atuar no processo. As razões que comprometem, ou, pelo menos colocam em risco a imparcialidade do juiz, são as razões de impedimento e suspeição, conforme relacionadas no Código”. (in *Direito Processual Civil Brasileiro*, Ed. Saraiva, SP, 5ª edição, 1ª vol., p.p. 229/230) – grifei.

No mesmo sentido, esta Corte Superior, quando do julgamento do REsp n. 84.519-MA, DJU de 10.8.1998, Relator o ilustre Ministro Garcia Vieira, assim se pronunciou em caso semelhante:

“Processual. Juiz impedido. Nulidade. **Reformatio in pejus**. Impossibilidade.

Sendo o acórdão proferido por Câmara de três membros, sendo dois deles impedidos, o julgamento é nulo. Não pode o Tribunal modificar sentença a fim de beneficiar o Estado que não recorreu.

Recurso provido.”

Em seu voto, S. Ex.^a assevera que:

“Os Desembargadores Almeida e Silva e Wagner Campos firmaram impedimento. O primeiro, com base no artigo 134, inciso IV, do CPC, porque participou do julgamento como Procurador do Estado, o seu filho, advogado José Antônio Figueiredo de Almeida e Silva (fl. 79). O segundo, por motivo de foro íntimo (fls. 80/80v.). Mas, mesmo assim e sem qualquer explicação, participaram do julgamento proferido pela egrégia Segunda Câmara Civil do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, que é integrada por três desembargadores (fl. 95). Ora, se o venerando acórdão recorrido foi proferido por Câmara de três membros, sendo dois deles impedidos, o julgamento é nulo mesmo tendo sido unânime. Ora, se o filho do Desembargador Almeida e Silva postulou neste processo como advogado, inclusive contestando a presente ação (fls. 22/29), não podia ele exercer as suas funções de julgador neste processo (artigo 134, inciso IV, do CPC). Se o Desembargador Wagner Campos deu-se por impedido por foro íntimo (art. 135, parágrafo único, do CPC), estava ele impedido de participar do julgamento. Conseqüentemente, nulos são os venerandos acórdãos da apelação e dos embargos de declaração. *Neste sentido, o Recurso Especial n. 10.049-0-PE, Relator Ministro Cláudio Santos, RSTJ 50/135, julgado no dia 29.6.1992, no qual a egrégia Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu que:*

‘Nulo é o acórdão do qual participou desembargador que se deu por suspeito.’ – grifei.”

Concluindo, entendo que o voto de apenas um juiz que, de alguma forma, está vinculado à causa ou tenha nela algum interesse particular, macula todo o julgamento, ensejando sua nulidade e a prolação de outro, em respeito ao princípio da imparcialidade do magistrado, basilar ao exercício da cidadania e da justiça.

Por tais fundamentos, *conheço do recurso e, em preliminar, dou-lhe provimento para declarar nulo o v. acórdão recorrido e determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem para novo julgamento, restando prejudicada a análise do mérito por esta Corte Superior.*

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 208.718 – RJ

(Registro n. 99.0025544-5)

Relator: Ministro Edson Vidigal
Recorrente: Editora O Dia S/A
Advogados: Carlos Felipe Amodeo e outros
Recorrido: Sebastião de Souza Almeida
Advogados: Fabrício Santos Guimarães e outro

EMENTA: Penal – Processual – Lei de Imprensa – Pedido de resposta – Prazo – Responsabilidade – Texto-resposta inadequado.

1. O prazo de sessenta dias constante da Lei n. 5.250/1967, art. 29, § 2º, diz respeito ao pedido de resposta extrajudicial, a ser apresentado perante o órgão responsável pela divulgação da matéria questionada.

Inviável a análise quanto à responsabilidade do Redator-Chefe, bem como quanto à adequação do texto-resposta em face da informação equívoca, posto não ser possível o revolvimento de matéria probatória em recurso especial (Súmula n. 7-STJ).

2. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta 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 Srs. Ministros José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer, Gilson Dipp e Jorge Scartezzini.

Brasília-DF, 3 de outubro de 2000 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Edson Vidigal, Relator.

Publicado no DJ de 6.11.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Edson Vidigal: Em 4 de fevereiro de 1996, o jornal O Dia publicou matéria jornalística intitulada “não saia do cabeleireiro de bolso vazio”, informando:

“(...) algumas horas no cabeleireiro podem trazer, além de beleza, muito arrependimento na hora de pagar a conta. Para evitar surpresas, a melhor saída é comparar os preços dos salões, ficando sempre atento à qualidade do serviço oferecido.

O Dia pesquisou os valores cobrados para corte masculino e feminino e massagem, além de manicure e pedicure, em cinco salões na Zona Norte do Rio, constatando diferença de até 66%. Alguns lugares oferecem promoções para quem for ao cabeleireiro durante a semana; outros dão desconto para os clientes mais antigos.”

Ao lado da matéria, foi colocado um quadro, constando o nome de vários cabeleireiros, com endereço e o valor dos serviços prestados.

Sebastião de Souza Almeida, cabeleireiro autônomo, reclamou junto ao jornal, em 14.3.1996, que o endereço do seu estabelecimento saiu publicado no jornal com outro nome e com erro nos serviços prestados, além de terem sido majorados os preços por ele cobrados. Sentindo-se prejudicado, pediu pelo direito de publicar texto-resposta no jornal.

Como o pedido foi negado pelo Redator-Chefe do jornal Eucimar de Oliveira, o cabeleireiro entrou com uma reclamação na Justiça.

Julgada procedente pelo Juiz de 1ª grau, o jornal O Dia entrou, em vão, com apelação, uma vez que o Tribunal de Alçada Criminal do Estado do Rio de Janeiro manteve a decisão monocrática.

Esta é a ementa do julgado:

“Lei de Imprensa. Direito de resposta. Preliminares rejeitadas. Justificativa para não publicação do texto corretivo. Desacolhimento.

Inocorre decadência do direito à resposta se o reclamante, antes de deflagrar a reclamação judicial, notificou a reclamada para retificar a publicação jornalística no prazo de 60 (sessenta) dias de que cuida o art. 29 da Lei n. 5.250/1967. A procuração outorgada ao advogado, objetivando a perseguição judicial do pedido retificatório da notícia, prescinde dos requisitos da queixa criminal inculpidos no art. 44 do CPP, em vista da sua natureza diversa, inconfundível com a peça proemial da ação penal de iniciativa privada. O art. 43 da Lei de Imprensa exige que a inicial de qualquer procedimento nela supedaneado venha acompanhado da via original da notícia ofensiva ou inverídica (exemplar), mas não chega ao ponto de exigir todo o jornal ou o caderno completo, bastando o recorte contendo a publicação com o seu timbre, a página e o dia da veiculação, inexistindo razão para a pretendida interpretação restritiva. O redator-chefe, constante do preâmbulo do jornal tem **legitimatio ad causam** para figurar como responsável pela notícia inverídica a retificar, de acordo com o preceptivo inculpido no § 3^a do art. 30 da Lei n. 5.250/1967. Preliminares rejeitadas. Induvidosamente demonstrado que a reclamada veiculou, gratuitamente, notícia falsa – imputando ao reclamante a cobrança de preços elevados no estabelecimento comercial, que se dedica ao ramo de cabeleireiro, chegando à falácia máxima de mencionar valores altos de serviços que não presta, dando nome inexistente ao salão onde exerce suas atividades, procede a condenação do jornal, na pessoa do seu redator-chefe, a publicar a notícia de retificação com o texto-resposta, em reverência aos dispositivos inscritos nos arts. 5^a, V, da Carta da República, e 29 da Lei de Imprensa, máxime quando a redação do instrumento de retificação não se emoldura em qualquer um dos incisos do art. 34 do diploma legal específico, espelhando a veracidade do seu conteúdo e o órgão de imprensa desinteressou-se pela prova de que o fato divulgado não continha inverdades (Ac. unân., Terceira Câmara, Ap. n. 42.121, julg. em 25.4.1991, Rel. Juiz Decnop Batista). Razão com o reclamante ora recorrido. Sentença correta. Apelação improvida.”

Após a rejeição dos embargos de declaração por ela opostos, a empresa jornalística interpôs recurso especial.

Alegou violação à Lei de Imprensa, art. 29, § 2^a, posto o cabeleireiro ter entrado com a reclamação, quando já escoado o prazo decadencial de sessenta dias da publicação da matéria.

Também apontou infringência ao art. 30, § 3º, porque o Redator-chefe, para o qual foi endereçado o primeiro pedido de publicação do texto-resposta, não possui poderes de direção na empresa.

Por fim, reclamou ofensa ao art. 34, aduzindo que o texto-resposta se consubstanciou em mera propaganda do estabelecimento do Reclamante, fugindo dos fatos referidos na matéria questionada.

O recurso não foi admitido na origem. Todavia, em face do provimento do agravo de instrumento interposto, subiram os autos a esta Corte.

A Subprocuradoria Geral da República manifesta-se pelo não-provimento do recurso especial.

Relatei.

VOTO

O Sr. Ministro Edson Vidigal (Relator): Sr. Presidente, sustenta o jornal que o direito reclamado pelo cabeleireiro foi alcançado pela decadência, uma vez que ajuizou a ação após o prazo de 60 dias estipulado pela Lei de Imprensa.

Eis o que diz a lei:

“Art. 29. Toda pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade pública, que for acusado ou ofendido em publicação feita em jornal ou periódico, ou em transmissão de radiodifusão, ou a cujo respeito os meios de informação e divulgação veicularem fato inverídico ou errôneo, tem direito à resposta ou retificação.

§ 2º A resposta, ou retificação, deve ser formulada por escrito, dentro do prazo de 60 (sessenta) dias da data da publicação ou transmissão, sob pena de decadência do direito.

§ 3º Extingue-se ainda o direito de resposta com o exercício de ação penal ou civil contra o jornal, periódico, emissora ou agência de notícias, com fundamento na publicação ou transmissão incriminada.”

Verifica-se, pois, que a lei fala em resposta ou retificação, a ser exercida no prazo de 60 dias, sob pena de decadência, e ressalta que o direito também pode vir a ser extinto com o exercício de ação penal ou civil, fundada na matéria questionada.

Portanto, o prazo de 60 (sessenta) dias para a resposta ou retificação não diz respeito à própria reclamação judicial.

Sobre o tema, vale destacar as considerações de **Darcy Arruda Miranda**¹: O pedido de resposta ou retificação, na forma do § 2º do art. 29, deve ser formulado por escrito e dentro do prazo de 60 dias da data da publicação ou transmissão. (...) Embora a lei nada esclareça, o *pedido de retificação extrajudicial*, a que se impõe a forma escrita, deve ser feito em duas vias, quando o ofendido se dirigir diretamente à redação do jornal ou periódico, ou à direção da rádio ou TV, servindo a segunda via para comprovação da entrega. (...) *O pedido será endereçado ao diretor do jornal, estação, emissora ou agência de notícias.*

E assim fez o recorrido.

O jornal O Dia publicou a notícia inverídica em 4.2.1996 e o cabeleireiro ofendido apresentou o seu pedido de resposta, em 14.3.1996, ao Redator-Chefe Eucimar de Oliveira (fls. 13/16); ou seja, dentro do prazo legal.

Segue o jornal-recorrente, apontando violação ao art. 30, aduzindo que o referido redator-chefe não poderia ter sido responsabilizado, uma vez que não ocupa cargo de direção. Para comprovar o alegado, reporta-se aos atos constitutivos da empresa, constantes dos autos (fl. 50).

Sobre esse tópico, eis o pronunciamento da Corte estadual (fl. 170):

“O Redator-Chefe Eucimar de Oliveira é o responsável pela notícia inverídica veiculada, pois o seu nome consta da 1ª página do jornal (fl. 1). O § 3º do art. 30 da Lei n. 5.250/1967 dispõe que o custo da resposta é do redator-chefe, salvo em situações outras, em que não é o responsável. Logo, é evidente que não será o presidente, nem o vice-presidente, ainda que seus nomes constem da 1ª página.”

Para se entender de forma contrária ao acórdão recorrido, indispensável seria o reexame da matéria probatória, o que não é possível nesta via constitucional (Súmula n. 7-STJ).

Por fim, sustenta a Recorrente ofensa ao art. 34, aduzindo que o cabeleireiro-reclamante buscou, na realidade, com o texto-resposta, apenas fazer propaganda do seu estabelecimento comercial, fugindo do suposto propósito de refutar a veracidade da matéria reclamada.

1. Comentários à Lei de Imprensa, RT, v. II, p. 615.

É inescandível a necessidade do cotejo da matéria fático-probatória, também nesse particular, o que não é possível em recurso especial, conforme já assinalado.

Pelo que nego provimento ao recurso especial.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 222.653 – RR

(Registro n. 99.0061733-9)

Relator: Ministro Jorge Scartezzini
Recorrente: Ministério Público Federal
Recorrido: João Pereira de Morais
Advogados: Pedro Luiz de Assis e outro
Recorridos: Francisco Alves Rodrigues, Juvenal Silva, Eliézio Monteiro Néri e Pedro Emiliano Garcia
Advogados: Pedro Luiz de Assis e outro
Assistente ac.: Fundação Nacional do Índio – Funai
Procurador: João Ferreira da Costa Neto
Sustentação oral: Ela Wiecko Volkmer de Castilho (pelo Ministério Público Federal) e Pedro de Assis (pelos recorridos)

EMENTA: Constitucional e Processual Penal – Recurso especial – Criminal – Crime de genocídio conexo com outros delitos – Competência – Justiça Federal – Juiz singular – Etnia – Índios Yanomami – Alínea a do art. 1º da Lei n. 2.889/1956 c.c. art. 74, § 1º, do CPP e art. 5º, XXXVIII, da CF – Prequestionamento implícito – Conhecimento – Sentença monocrática restabelecida.

1. Inicialmente, reconhecida extinta a punibilidade de Francisco Alves Rodrigues, em virtude de seu falecimento, conforme certidão de óbito juntada à fl. 1.807 dos autos (art. 107, I, CP).

2. Aos réus-recorridos é imputada a perpetração dos delitos de lavra garimpeira ilegal, contrabando ou descaminho, ocultação de

cadáver, dano, formação de quadrilha ou bando, todos em conexão com genocídio e associação para o genocídio, na figura da alínea a do art. 1º da Lei n. 2.889/1956, cometidos contra os índios *Yanomami*, no chamado *Massacre de Haximu*, que resultou na morte de 12 índios, sendo 1 homem adulto, 2 mulheres, 1 idosa cega, 3 moças e 5 crianças (entre 1 e 8 anos de idade), bem como em 3 índios feridos, entre eles, 2 crianças.

3. Esta Corte, através de seu órgão especial, posicionou-se no sentido de que a violação a determinada norma legal ou dissídio sobre sua interpretação, não requer, necessariamente, que tal dispositivo tenha sido expressamente mencionado no v. acórdão do Tribunal de origem. Cuida-se do chamado prequestionamento implícito (cf. EREsps n. 181.682-PE, 144.844-RS e 155.321-SP). Sendo a hipótese dos autos, afasta-se a aplicabilidade da Súmula n. 356-STF *para conhecer do recurso*, no tocante à suposta infringência aos arts. 74, § 1º, do Código de Processo Penal, e 1º, a, da Lei n. 2.889/1956.

4. Como bem asseverado pela r. sentença e pelo v. **decisum** colegiado, cuida-se, primeiramente, de competência federal, porquanto deflui do fato de terem sido praticados delitos penais em detrimento de bens tutelados pela União Federal, envolvendo, no caso concreto, direitos indígenas, entre eles, o direito maior à própria vida (art. 109, incisos IV e XI, da Constituição Federal). Precedente do STF (RE n. 179.485-2-AM). Logo, a esta Corte de Uniformização sobeja, apenas e tão-somente, a análise do crime de genocídio e a competência para seu julgamento, em face do art. 74, § 1º, do Código de Processo Penal, tido como violado.

5. Pratica genocídio quem, intencionalmente, pretende destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, cometendo, para tanto, atos como o assassinato de membros do grupo, dano grave à sua integridade física ou mental, submissão intencional destes ou, ainda, tome medidas a impedir os nascimentos no seio do grupo, bem como promova a transferência forçada de menores do grupo para outro. Inteligência dos arts. 2º da Convenção Contra o Genocídio, ratificada pelo Decreto n. 30.822/1952, c.c. 1º, alínea a, da Lei n. 2.889/1956.

6. Neste diapasão, no caso **sub judice**, o bem jurídico tutelado não é a vida do indivíduo considerado em si mesmo, mas sim a vida

em comum do grupo de homens ou parte deste, ou seja, da comunidade de povos, mais precisamente, da etnia dos silvícolas integrantes da tribo Haximu, dos *Yanomami*, localizada em terras férteis para a lavra garimpeira.

7. O crime de genocídio tem objetividade jurídica, tipos objetivos e subjetivos, bem como sujeito passivo, inteiramente distintos daqueles arrolados como crimes contra a vida. Assim, a idéia de submeter tal crime ao Tribunal do Júri encontra óbice no próprio ordenamento processual penal, porquanto não há em seu bojo previsão para este delito, sendo possível apenas e somente a condenação dos crimes especificamente nele previstos, não se podendo neles incluir, desta forma, qualquer crime que haja morte da vítima, ainda que causada dolosamente. Aplicação dos arts. 5º, inciso XXXVIII, da Constituição Federal c.c. 74, § 1º, do Código de Processo Penal.

8. Recurso conhecido e provido para, reformando o v. aresto a quo, declarar competente o Juiz Singular Federal para apreciar os delitos arrolados na denúncia, devendo o Tribunal de origem julgar as apelações que restaram, naquela oportunidade, prejudicadas, bem como o pedido de liberdade provisória formulado às fls. 1.823/1.832 destes autos. Decretada extinta a punibilidade em relação ao réu Francisco Alves Rodrigues, nos termos do art. 107, I, do CP, em razão de seu falecimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça em, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento para, reformando o v. aresto a quo, declarar competente o Juiz Singular Federal para apreciar os delitos arrolados na denúncia, devendo o Tribunal de origem julgar as apelações que restaram, naquela oportunidade, prejudicadas, bem como o pedido de liberdade provisória formulado às fls. 1.823/1.832 destes autos. Decretada extinta a punibilidade em relação ao réu Francisco Alves Rodrigues, nos termos do art. 107, I, do CP, em razão de seu falecimento. Votaram com o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros Edson Vidigal, José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer e Gilson Dipp.

Brasília-DF, 12 de setembro de 2000 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Jorge Scartezzini, Relator.

Publicado no DJ de 30.10.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini: Trata-se de recurso especial em apelação criminal, interposto pelo Ministério Público Federal, com fundamento na alínea **a** do art. 105, III, da Constituição Federal, contra o v. acórdão de fl. 1.702, proferido pela Terceira Turma do egrégio Tribunal Federal da 1ª Região, que, por maioria, de ofício, decretou a nulidade da sentença monocrática e determinou o retorno dos autos à vara de origem, para que fosse adotado o procedimento previsto no art. 406 do CPP, restando prejudicado o exame das apelações. A ementa do julgado encontra-se expressa nos seguintes termos, **verbis**:

“Processual Penal e Constitucional. Competência. Crime de genocídio. Alínea **a** do art. 1ª da Lei n. 2.889/1956, praticado em conexão com outros delitos. Reunião de processos. Art. 79 do Código de Processo Penal. Prevalência da competência do júri. Constituição Federal, art. 5ª, inciso XXXVIII. Art. 78, I, do CPP. Sentença anulada.

1. Aos apelantes foi imputada a prática, em conexão, dos crimes de lavra garimpeira sem autorização, contrabando, dano, quadrilha ou bando, genocídio, na figura da alínea **a** do art. 1ª da Lei n. 2.889/1956 e associação para o genocídio, hipótese em que o art. 79 do Código Penal impõe a reunião de processos para julgamento unificado.

2. A competência federal decorre, no caso, de terem sido praticadas infrações penais em detrimento de bens da União Federal, além de homicídio que teve índios como vítimas (Constituição Federal, art. 109, incisos IV e XI).

3. A Constituição Federal, por sua vez, no inciso XXXVIII do art. 5ª, consagra a instituição do júri, atribuindo-lhe competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida, ao passo que o art. 78, I, do Código de Processo Penal estabelece que, no concurso entre a competência do júri e outro órgão da jurisdição comum, prevalecerá a competência do júri.

4. Desse modo, tendo sido imputada aos apelantes a prática de crimes dolosos contra a vida, tendo índios como vítimas, em conexão com outros delitos, competente para o julgamento de todos eles é o júri popular federal.

Sentença anulada, determinando-se o retorno dos autos à vara de origem para adoção do procedimento previsto nos artigos 406 e seguintes do Código de Processo Penal, ficando prejudicado o exame das apelações.”

Interpostos embargos declaratórios (fls. 1.706/1.711), estes foram rejeitados, à unanimidade, por ausência de um dos pressupostos contidos no art. 619 do CPP, quais sejam, omissão, contradição ou obscuridade (fl. 1.717).

Alega o Recorrente, na via do especial, em síntese, que o v. aresto recorrido, ao afastar a competência do juiz singular, contrariou o disposto no art. 74, § 1^o, do Código de Processo Penal, posto ser o genocídio uma espécie de crime contra etnia, não podendo, à míngua de lei específica, ser incluído entre as hipóteses de crime contra a vida. Outrossim, ressalta que as disposições do ordenamento pátrio em relação ao genocídio advêm da adesão do Brasil, em 1948, à “Convenção para Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio”, o que originou a Lei n. 2.889/1956. Requer a anulação do v. julgado colegiado, declarando-se, desta forma, competente o douto Juízo Singular, retornando os autos ao Tribunal **a quo** para exame do mérito das apelações (fls. 1.721/1.742).

Contra-razões apresentadas às fls. 1.765/1.768.

Admitido o recurso às fls. 1.775/1.776, subiu o mesmo a esta Corte.

A douta Subprocuradoria Geral da República opina pelo conhecimento e provimento do recurso (fls. 1.790/1.803), bem como, em virtude da certidão de óbito de um dos réus-recorridos (Francisco Alves Rodrigues) juntada à fl. 1.807, requer a declaração da extinção da sua punibilidade (fl. 1.819).

Às fls. 1.823/1.832, pleiteia o recorrido João Pereira de Moraes sua liberdade provisória, fundamentando o pedido no fato de que sua custódia permanece em face de decreto preventivo expedido pelo Juiz Federal de 1^o grau, que teve sua incompetência declarada em sede de apelação. Ademais, aduz que existe excesso de prazo, pois se encontra preso há mais de 3 (três) anos, sem a conclusão do processo.

Instada a se manifestar (fl. 1.834) sobre tal requerimento, a douta Subprocuradoria Geral da República opina pelo indeferimento deste (fls. 1.839/1.842), vindo-me os autos conclusos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator): Sr. Presidente, inicialmente, acolho o pedido formulado no parecer ministerial de fl. 1.819 para, *com fulcro no art. 107, inciso I, do Código Penal, declarar extinta a punibilidade contra Francisco Alves Rodrigues*, em virtude de seu falecimento, conforme certidão de óbito juntada à fl. 1.807 destes autos.

Quanto ao pedido de liberdade provisória, formulado às fls. 1.823/1.832 destes autos, impossível seu conhecimento por este Tribunal Superior, sob pena de ferir-se o princípio do juiz natural, restando sua apreciação, nesta oportunidade, prejudicada.

Aduz o Recorrente, com fundamento na alínea **a** do permissivo constitucional, afronta ao art. 74, § 1º, do Código de Processo Penal, bem como a dispositivos da Lei n. 2.889/1956. Ressalto que, apesar de não constar qualquer registro no v. julgado **a quo** acerca dos artigos supra, tratou este da matéria (fls. 1.697/1.701), não requerendo, necessariamente, a teor do decidido pela Corte Especial, nos Embargos de Divergência em REsp n. 181.682-PE, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro; 144.844-RS, Rel. Ministro Vicente Cernicchiaro e 155.321-SP, Rel. Ministro Hélio Mosimann, que tais dispositivos fossem expressamente mencionados no mesmo, ocorrendo, na espécie, o chamado prequestionamento implícito. Afasto, desta forma, a incidência da Súmula n. 356 do colendo Supremo Tribunal Federal, para, com tais premissas, *conhecer do recurso pela alínea a do art. 105, III, da CF*.

Passo a seu exame.

Primeiramente, conforme dados inseridos no Parecer n. 2-CEA/91 – Funai-BSB/2191/04, acerca da identificação da Terra Indígena *Yanomami* e *Mayongong*, tais silvícolas são assim descritos:

“Os Yanomami são um grupo indígena de tradicional ocupação da região montanhosa e de floresta da fronteira entre o Brasil e a Venezuela. A terra indígena demarcada compreende as de ocupação Yanomami e dos Mayongong (nome pelo qual são conhecidos os auto-denominados Yekuana, na Venezuela). Mantêm língua própria,

diversificada em Sanumá, Yanam (ou Ninam), Yanomami e Yanomam. Seu habitat natural é a região das cabeceiras dos rios *Orinoco* e *Casiquire*, na Venezuela, e dos rios *Rio Branco* e parte do *Rio Negro*, no Brasil.

Têm grande mobilidade espacial e dispersão populacional, tendo suas comunidades cerca de 30 a 270 pessoas (em geral, tem população média de 50 a 80 habitantes – **theri** – em cada comunidade), que mantém intensa vida intercomunitária.

Sendo pobre o solo, para plantio, são conduzidos a permanecer sem fortes concentrações populacionais num mesmo local. Suas roças suportam vida útil de 2 a 4 anos, quando largam as roças velhas e formam roças novas. Praticam a caça, como atividade essencial à subsistência, e o fazem de modo individual e por vezes coletivamente.

Há informes da existência de aproximadamente 22.500 índios, sendo que 9.636 são habitantes vivendo nas matas situadas nos Estados do Amazonas e Roraima, no norte do Brasil.”

Denotamos tratar-se de um grupo étnico, conforme concepção do antropólogo **Fredrik Barth**, ao lecionar-nos que:

“O termo grupo étnico é utilizado geralmente na literatura antropológica para designar uma comunidade que: a) em grande medida se autopropetua biologicamente; b) compartilha valores culturais fundamentais realizados com unidade própria; c) integra um campo de comunicação e interação e d) conta com membros que se identificam a si mesmo e são identificados pelos outros e que constituem uma categoria distinguível de outras categorias da mesma ordem” (in Los Grupos Étnicos e sus Fronteras, Ed. Fondo de Cultura Econômica/ONU, 1990, México, p. 11 – tradução livre do original em espanhol).

Necessário se faz, então, um breve relato dos fatos narrados nestes autos, para compreensão dos limites contidos na presente via excepcional.

Consta que os Réus, ora recorridos, foram denunciados pelo Ministério Público Federal (fls. 2/38) pela prática dos delitos de lavra garimpeira ilegal, contrabando ou descaminho, ocultação de cadáver, dano, formação de quadrilha ou bando, todos em conexão com genocídio e associação para o genocídio, na figura da alínea **a** do art. 1º da Lei n. 2.889/1956, cometidos contra os índios *Yanomami*, resultando nas mortes de 12 índios, a saber:

1 homem adulto, 2 mulheres, 1 idosa cega, 3 moças e 5 crianças (entre 1 e 8 anos de idade), bem como em 3 índios feridos, entre eles, 2 crianças.

O estudo da lavra do antropólogo francês **Bruck Albert**, publicado na Urihi n. 8 – jan/1989, CCPY, e copilado na denúncia (fls. 8/9), esclarece, com precisão, os mecanismos sociais que envolvem o chamado “Massacre de Haximu”:

“Na origem do massacre de Haximu está uma situação crônica de conflito interétnico criada na área ianomâmi pela presença predatória das atividades garimpeiras. Desde o início da grande corrida do ouro em Roraima, em agosto de 1987, vários assassinatos de índios ocorreram e outros poderão ocorrer novamente devido às mesmas causas. Portanto, é preciso primeiro tornar claro o contexto social e econômico capaz de gerar tais violências.

Ao instalar-se num novo sítio dentro da área ianomâmi, os garimpeiros vêm primeiro em pequenos grupos. Sendo poucos, sentem-se vulneráveis perante a população indígena. Temendo uma reação negativa dos índios, tentam comprar a sua anuência com farta distribuição de bens e comida. Por sua vez, os índios têm pouca ou nenhuma experiência com brancos e tomam a atitude como uma demonstração de generosidade que se espera de qualquer grupo que quer estabelecer laços de aliança intercomunitária. Enquanto se desenrola esse mal-entendido cultural, os índios ainda não sentem o impacto sanitário e ecológico das atividades de garimpo. A seus olhos, o trabalho dos garimpeiros parece ainda algo enigmático e irrelevante. Com ironia e condescendência, chamam-nos de ‘comedores de terra’ ao compará-los a um bando de queixadas (porcos selvagens), fuçando na lama.

Num segundo momento, o número de garimpeiros aumenta substancialmente e já não é preciso manter aquela generosidade inicial. Os índios passam de ameaça a estorvo com suas insistentes demandas pelos bens que se acostumaram a receber. Os garimpeiros irritam-se e tentam afastá-los dos garimpos com falsas promessas de presentes e com atitudes impacientes ou agressivas.

A essa altura, os índios já começam a sentir uma rápida deterioração em sua saúde e meios de subsistência. Os rios ficam poluídos, a caça foge e muita gente morre em constantes epidemias de malária, gripe, etc., desestruturando a vida econômica e social das comunidades.

Desse modo, os índios passam a ver os bens e a comida que vêm dos garimpeiros como uma compensação vital e inquestionável pela destruição causada. Negada tal compensação, cria-se no seu entender uma situação de hostilidade explícita.”

A r. sentença monocrática de fls. 1.163/1.207, reconhecendo a competência da Justiça Federal em face da comprovação do crime contra indígenas, absolveu todos os réus em relação aos crimes de lavra garimpeira ilegal, contrabando ou descaminho, ocultação de cadáver e formação de quadrilha, condenando-os, todavia, pela prática de genocídio, dano e associação para o genocídio e foram fixadas penas que variam de 19 (dezenove) anos e 6 (seis) meses a 20 (vinte) anos de reclusão, todas acrescidas de 06 (seis) meses de detenção, a serem cumpridas em regime integralmente fechado. Foram completamente absolvidos de todos os crimes a eles imputados, os réus Waldinéia Silva Almeida e Wilson Alves dos Santos.

Os Réus condenados interpuseram recurso de apelação (fls. 1.220/1.227), objetivando o reconhecimento de suas absolvições, bem como o Ministério Público Federal apelou requerendo a condenação dos dois réus, supracitados, que foram absolvidos (fl. 1.461). O egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em voto do ilustre Revisor, de ofício, entendeu que a hipótese dos autos cuida de competência, por conexão, diante da existência de crimes dolosos contra a vida, do Tribunal do Júri. Assim, por maioria, vencido o Relator, determinou-se a anulação da r. sentença de 1º grau, retornando os autos à origem, para adoção do procedimento previsto no art. 406 do Código de Processo Penal.

Igualmente, considero válido transcrever pronunciamento do falecido Senador Severo Gomes, então Coordenador da Comissão “Ação pela Cidadania”, do Congresso Nacional, a respeito da situação que envolve os autos:

“Nunca houve na história do infortúnio dos índios brasileiros um genocídio com as características que cercam o fim do povo Yanomami.

É o maior grupo étnico existente, e habita há mais de três mil anos a área montanhosa da nossa fronteira com a Venezuela. É também a cultura mais preservada entre as mais antigas que povoam a face da Terra.

Com o avanço dos garimpeiros em busca do ouro, começou a dizimação.

Há um par de anos eram pouquíssimos os garimpeiros. As autoridades foram alertadas para o que já sabiam: a necessidade de sua retirada da área indígena, no estrito cumprimento da lei e da Constituição. Nada foi feito. Ao contrário, elas assistiram impassíveis ao afluxo de dezenas de milhares de garimpeiros, como se esse desastre fizesse parte de um secreto plano do governo. E ainda foram retiradas da área entidades religiosas ou civis, como a Comissão para a Criação do Parque Yanomami, que davam assistência médica aos índios, para deixar o garimpo sem peias.

Os discursos do governador de Roraima – velho caçador de escalpos –, do Ministro do Exército e de todos os bugreiros que bebem nas mesmas águas é o mesmo: é impossível retirar os milhares de garimpeiros que por lá vagueiam.

Convenhamos que é um problema difícil, mas que surgiu pela ação ou omissão das autoridades, que pelo jeito viam com bons olhos a invasão, tanto que a assistiram sem mover uma palha.

A contrapartida de deixar como está será a solução final do problema dos Yanomami: o extermínio. Mais ainda. O uso do mercúrio está transformando os igarapés, há pouco tempo limpos e piscosos, em lagos de águas mortas, de lamas envenenadas.

Estivemos há dias na maloca de Paapiú. Lá o governo alongou e melhorou a pista de pouso. Como não se pode imaginar que faça parte do Projeto Calha Norte, pois está a poucos quilômetros da pista e do destacamento de Sururucus, fica a conclusão de que este melhoramento foi feito para propiciar o avanço proibido do garimpo em terras indígenas.

Paapiú parece um cenário da Guerra do Vietnã. De cinco em cinco minutos um avião pousa e decola. Os helicópteros rondam sobre o pano de fundo da selva – trezentos gramas de ouro por hora de voo. Dali sai uma riqueza de difícil mensuração, e que segue pelos descaminhos da fronteira, deixando atrás a morte da natureza e dos homens.

O posto da Funai está abandonado. Remédios e seringas descartáveis amontoados em desordem e misturados a latas de cerveja vazias. O livro de registro é folheado pelo vento. O rádio transmissor sumiu, ninguém sabe como. Os índios entregues aos garimpeiros. Enfim, uma amostra desse esterco em que se transformou o nosso país. Doença, desnutrição, mortalidade infantil. A malária, que não existia, agora

flagela grande parte da população. A catapora deixa na cara dos que sobrevivem o sinal dos tempos de incúria.

Junto à ponta da pista, de onde arremetem os aviões para a decolagem, a cinquenta metros dela, está a maloca dos Yanomami, antes cercada pelo vôo dos pássaros e borboletas. O barulho é infernal. Impossível conversar dentro da maloca.

Depois do pôr-do-sol os aviões silenciam. Aí – disse um velho índio – temos um barulho muito pior: são as crianças que choram a noite inteira. De fome.” (in Povos Indígenas no Brasil, Ed. Cedi, SP, 1991, p. 163).

Feitos tais registros, *resta-nos claro que o cerne da questão, nestes autos, gira na órbita da competência para o julgamento do crime de genocídio, ou seja, se este deve ser julgado por juiz singular federal ou se por Tribunal do Júri federal.* Faço estas assertivas porquanto, em momento algum, quer na r. sentença monocrática, quer no v. aresto guerreado, afastou-se a constatação fática de que os delitos ora submetidos ao crivo desta Corte são os de dano, genocídio e associação para o genocídio, bem como de que a competência para apreciá-los é da Justiça Federal e não da Justiça Comum. A respeito de tal competência (art. 109, inciso XI, CF), inclusive, o colendo Supremo Tribunal Federal já asseverou, quando do julgamento do RE n. 179.485/2-AM, DJU de 10.11.1995, Relator o ilustre Ministro Marco Aurélio, o seguinte:

“Competência. Genocídio. Indígenas.

A competência para julgar a ação penal em que imputada a figura do genocídio, praticado contra indígenas na disputa de terras, é da Justiça Federal. *Na norma definidora da competência desta para demanda em que envolvidos direitos indígenas, inclui-se a hipótese concernente ao direito maior, ou seja, à própria vida.*” – grifei.

A r. sentença de fls. 1.163/1.207 assim aborda o tema do genocídio:

“Algumas considerações preliminares são imprescindíveis à análise de toda a questão.

Em primeiro lugar, deve-se considerar que garimpeiros e índios jamais tiveram uma convivência pacífica na região de garimpo.

Os garimpeiros devastam, ainda que parcialmente, o habitat natural dos silvícolas, espantam a caça e criam inúmeros outros transtornos, e alguns até mais graves, como o rapto de mulheres índias.

Os silvícolas, por seu turno, longe de serem a encarnação do 'bom selvagem', na visão poética que muitos pretendem preservar, cometem furtos e roubos dos garimpeiros, pilham, agredem, às vezes gratuitamente, estão sempre exigindo e cobrando presentes e dádivas, e matam garimpeiros também.

Para os garimpeiros, os índios são um constante transtorno, uma perene ameaça, e, muitas vezes, uma verdadeira fera, mais temível que qualquer outra que possa ameaçá-lo.

Ficou claro, nos presentes autos, que os Yanomami roubaram, furtaram, causaram danos, agrediram, feriram e mataram mais de um garimpeiro em mais de uma oportunidade.

A situação conflituosa evoluiu de tal forma que os representantes de nossa 'civilização' – os garimpeiros, acreditaram que a única alternativa era o extermínio dos índios.

Tal intenção está patenteada em vários depoimentos.

Por exemplo no interrogatório de Eliézio Monteiro Néri, às fls. 328/332, consta 'que com relação ao 2^a massacre presenciou *Pedão* e *Parazinho*, que estavam reunidos com o pessoal para no dia seguinte irem matar os índios:' ... Silvânia Santos Menezes (fls. 214/217) aduz ... 'que gostaria de esclarecer, que antes de *Louro* ter sido baleado, os garimpeiros já tinham saído com destino à 'Chapona', que fica aproximadamente quase dois dias de 'varação' a pé, os quais tinham como objetivo matar todos os índios daquela 'Chapona'... No depoimento de Manoel José Santos Soares, às fls. 160/161; 'que *Parazinho* trabalhava com João Neto e a conversa que correu no garimpo é que Chico Ceará, João Neto e Curupuru levaram uma turma para fazer a segurança deles e qualquer coisa matassem os índios todos da maloca'.

Tal constatação também se deflui do fato de que os garimpeiros mataram todos os silvícolas que encontraram em seu caminho. Homens, mulheres e crianças. Sua fúria não se dirigia contra nenhum silvícola especificamente, mas para todos os membros do grupo étnico. Daí, também, a competência deste juízo singular. Não se tratou de crime doloso contra a vida, mas de crime contra um grupo étnico – os silvícolas."

Os votos prolatados pelo Tribunal **a quo**, no mesmo sentido acerca da matéria, obtemperam que (fls. 1.697/1.698 e 1.701), respectivamente:

“1. O fim específico do crime de genocídio – que pode ser físico, biológico e cultural – é destruir física ou culturalmente determinado grupo racial, político ou religioso. Não é um crime contra a vida do indivíduo. O seu objetivo é bem mais amplo. É um crime contra a humanidade.

Explica **Heleno Fragoso**, em sua obra *Lições de Direito Penal*, 6ª edição, São Paulo: José Bushatsky Editor, 1980, Parte Especial 1, p. 97, que:

‘Todas as ações que configuram o crime de genocídio não se dirigem, em primeira linha *contra a vida do indivíduo*, mas sim contra grupos de pessoas, na sua totalidade.’ (destaquei).

Esta é a objetividade jurídica do crime de genocídio.

Atente-se para o que diz **Aníbal Bruno**, em *Crimes contra a Pessoa*, 4ª edição, Rio de Janeiro, Editora Rio, 1976, p. 178:

‘Não se trata da destruição da vida de um ser humano tomado isoladamente, como unidade subsistente por si mesmo, mas com a finalidade de acometer e lesar o grupo de que a vítima faça parte, visando à sua destruição total ou parcial.’”

“Na hipótese dos autos, os garimpeiros querem a destruição dos yanomami para, sem qualquer percalço, explorarem as riquezas mineiras de suas terras. A desavença inicial foi apenas um pretexto.

Compete ao júri o julgamento dos crimes dolosos contra a vida – Constituição Federal, art. 5º, inciso XXXVIII – não sendo, pois, de sua competência o julgamento do crime de genocídio.

2. Deste modo, mantenho a competência do juízo singular.

3. É o voto.” (fls. 1.697/1.698 – *Juiz-Relator*).

“Aos Apelantes foi imputada a prática dos crimes de lavra garimpeira sem autorização, contrabando, ocultação de cadáver, dano, quadrilha ou bando, em conexão com genocídio, na figura da alínea a do art. 1º da Lei n. 2.889/1956, e associação para o genocídio.

A Constituição Federal, em seu art. 5^a, inciso XXXVIII, garante a instituição do júri popular, atribuindo-lhe competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

De sua parte, o Código de Processo Penal, no artigo 76, estabelece a competência por conexão se, ocorrendo duas ou mais infrações, houverem sido praticadas ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, ou por várias pessoas em concurso (inciso I). Nessa hipótese, haverá reunião de processos (art. 79), determinando o art. 78, I, a prevalência da competência do júri.

A hipótese dos autos é de competência por conexão, eis que vários foram os crimes imputados a diversas pessoas, impondo-se a unidade de processos para julgamento de todos eles pelo tribunal do júri.

Desse modo, padece de nulidade absoluta a sentença proferida pelo ilustre magistrado de 1^a grau, por não possuir ele competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Pelo exposto, decreto de ofício a nulidade da sentença, determinando o retorno dos autos à vara de origem, para adoção do procedimento previsto nos artigos 406 e seguintes do Código de Processo Penal, ficando prejudicado o exame das apelações interpostas.

É como voto.” (fl. 1.701 – Juiz-Revisor).

A expressão *genocídio* foi expressada pela primeira vez, em 1944, por **Lemkin**, professor polonês, radicado nos Estados Unidos que, nas “Atas da Conferência de Bruxelas”, Paris, 1947, p. 174, asseverou:

“O crime de genocídio é um crime especial, consistente em destruir intencionalmente grupos humanos, raciais, religiosos ou nacionais, e, como o homicídio singular, pode ser cometido tanto em tempo de paz como em tempo de guerra. Em território ocupado pelo inimigo e em tempo de guerra, será crime de guerra, e se na mesma ocasião se comete contra os próprios súditos, crimes contra a humanidade. O crime de genocídio acha-se composto por vários atos subordinados todos ao dolo específico de destruir um grupo humano.”

A definição internacional do *crime de genocídio* ocorreu, sob o patrocínio da Organização das Nações Unidas – ONU, em 1948, através da “Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio”, conhecida como *Convenção contra o Genocídio*. Estabeleceu-se que “...entende-se

por genocídio qualquer dos seguintes atos, cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, tal como: assassinato de membros do grupo, dano grave à integridade física ou mental de membros do grupo; submissão intencional do grupo a condições de existência que lhe ocasionem a destruição física total ou parcial; medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo; transferência forçada de menores do grupo para outro” (art. 2^a).

O Brasil, como signatário da convenção mencionada, tendo a ratificado em 15 de abril de 1952 (Decreto n. 30.822), através de seu ordenamento jurídico, mais especificamente a Lei n. 2.889, de 1^a de outubro de 1956, também definiu o *crime de genocídio*, dispondo que o comete:

“Art. 1^a – *Quem, com a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal:*

- a) matar membros do grupo;
- b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo;

...omissis.”

Nelson Hungria, sobre a questão, leciona-nos que:

“A mais frisante modalidade de crime contra a humanidade, sem dúvida alguma, é o genocídio, cujo estrito conceito pode ser fixado nestes termos: *homicídios em série vinculados e especificamente cometidos pelo fim de destruição de grupos nacionais, raciais, religiosos ou políticos, como tais.*” (in Revista Forense, RJ, vol. CXXXII, 1950, p. 7) – grifei.

Assim, a esta Corte de Uniformização sobeja a análise do crime de genocídio e a competência para seu julgamento, em face do art. 74, § 1^a, do Código de Processo Penal, tido como violado.

Reza tal dispositivo legal:

“Art. 74 – A competência pela natureza da infração será regulada pelas leis de organização judiciária, salvo a competência privativa do Tribunal do Júri.

§ 1^a – Compete ao Tribunal do Júri o julgamento dos crimes previstos nos arts. 121, §§ 1^a e 2^a; 122, parágrafo único; 123, 124, 125, 126 e 127 do Código Penal, consumados ou tentados.”

Já o art. 5^a, inciso XXXVIII, da Constituição Federal, assegura ao Tribunal do Júri, *com a organização que lhe der a lei*, a plenitude de defesa, o sigilo das votações, a soberania dos veredictos e a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Ao comentar tal norma constitucional, **Celso Ribeiro Bastos** ensina-nos que:

“Fica dito que é assegurada ao júri, entre outras coisas, a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Esta é uma competência sem dúvida, mínima. Em nenhuma hipótese um crime com estas características pode ser subtraído ao júri, mas em nenhum momento está dito que outras atribuições não lhe podem ser acrescidas nos termos da lei ordinária.” (in Comentários à Constituição do Brasil, Ed. Saraiva, SP, 1989, 2^a vol., p. 208) – grifei.

A conjunção destas duas normas, uma inserta no texto maior e a outra na legislação infraconstitucional, leva-nos à conclusão de que todas as ações que configurem o crime de genocídio não estão subordinadas ao Tribunal do Júri, posto que estes delitos não se dirigem, em primeira linha, somente contra a vida do indivíduo, mas sim contra um grupo ou parte de um grupo de pessoas. Anote-se que o crime de genocídio tem objetividade jurídica, tipos objetivos e subjetivos, bem como sujeito passivo, inteiramente distintos daqueles arrolados como crimes contra a vida.

Ademais, a idéia de submeter tal crime ao Tribunal do Júri encontra óbice no próprio artigo 74 do Código Penal, porquanto não há em seu bojo previsão para este delito, sendo possível apenas e somente a condenação dos crimes, especificamente nele previstos; ou seja, na hipótese **sub judice**, os agentes poderiam ser condenados por homicídio qualificado, mas nunca por genocídio. **Júlio Fabbrini Mirabete**, no mesmo sentido, afirma que “segundo o artigo 74, § 1^a, do CPP, compete ao Tribunal do Júri o julgamento dos crimes previstos nos arts. 121, §§ 1^a e 2^a; 122, parágrafo único; 123, 124, 125, 126 e 127 do Código Penal, consumados ou tentados. *Não se incluem, portanto, os crimes em que haja morte da vítima, ainda que causada dolosamente, se não são classificadas na lei como crimes dolosos contra a vida,*

como é a hipótese, por exemplo, do latrocínio.” (in Processo Penal, Ed. Atlas, SP, 1995, 4ª edição, p. 476) – grifei.

Outrossim, o bem jurídico tutelado é a vida em comum dos grupos de homens da comunidade de povos, ou seja, da etnia, sendo, no presente caso, a existência da tribo *Haximu*, dos *Yanomami*, localizada em terras férteis para lavra garimpeira. Logo, garante-se como bem jurídico os ideais humanitários de que todos os povos ou grupo de pessoas, entre eles os silvícolas, não obstante suas diferenças, têm a pretensão ao reconhecimento de sua dignidade humana e existência. Não se trata, logicamente, de considerar a *humanidade* como bem jurídico tutelado, o que dificultaria qualquer pretensa punibilidade dos atos praticados, mas, sim, de identificar valores particularmente dignos de proteção jurídica no respeito humano das pessoas que integram certos grupos que de outros se destacam apenas por sua raça, nacionalidade ou religião.

No mesmo diapasão, o Prof. Dr. **Marco Antônio Marques da Silva**, Livre-Docente da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, em sua tese Acesso à Justiça Penal e o Estado Democrático de Direito, obtempera que:

“O genocídio é um crime doloso, assim como o homicídio previsto no artigo 121 do Código Penal de 1940, mas, como salientado, neste a intenção e vontade de eliminar a vida se direciona contra pessoa determinada ou grupo determinado de pessoas, identificáveis, enquanto o genocídio, o objetivo final do agente, ou agentes, é a morte ou danos físicos a um grupo, uma coletividade que se identifica por caracteres próprios, independentemente da personalidade de cada um de seus membros.

Desta forma, o genocídio, ao proteger, enquanto bem jurídico, a existência de grupos nacionais e étnicos, de uma coletividade nacional, inclui, no âmbito da norma, o direito à vida, como também, a existência pacífica a que têm direito estes grupos, sendo, portanto, um bem jurídico intermediário, na nova nomenclatura da dogmática penal.

... **omissis**.

O bem jurídico protegido, na mencionada Lei n. 2.889/1956, é de natureza supra-individual, pois, além de proteção à dignidade da pessoa humana, como fundamento constitucional contido no artigo 1º, III,

e, em decorrência desta, transcende esta para levar seu âmbito de proteção a um grupo nacional ou étnico.

... **omissis**.

O genocídio, nestes termos, será um crime de ação, comissivo ou omissivo, comissivo por omissão.

Analisados os elementos do crime de genocídio, resta a questão da competência para julgamento.

Não se trata, como se verificou, de um crime contra a vida, o que exclui, de plano, a instituição do Júri, como competente para julgá-lo, de acordo com o artigo 5º, XXXVIII, da Constituição Federal. Da mesma forma, não se trata de crime político, mas de crime comum, que tem como objeto de proteção não só a vida, como também, a paz que deve ser assegurada aos grupos nacionais e étnicos.” – grifei.

O parecer ministerial de fls. 1.798/1.800, com precisão observa que:

“**Antonio Lopes Monteiro**, ao comentar os crimes hediondos, leciona, especificamente no que concerne ao genocídio, que:

‘O que se tutela ... não é ... a vida do indivíduo considerado em si mesmo, mas sim a vida de grupos de pessoas em sua totalidade; dito de outra forma, *protege-se a vida em comum dos grupos de homens*, na comunidade dos povos. **Laplaza** vai mais longe e diz claramente que *‘lo que aquí se ataca no son personas humanas concretas, sino el grupo racial al que aquéllas pertenecen. Es destruir un vínculo de la sangre o del espíritu mediante la destrucción de las personas vinculadas. En otros términos, el distingo, la especificidad a otros delitos comunes, sino en el propósito que guió al agente.’*

... **omissis**.

... O genocídio exige sempre dolo.... *A vontade deve ser específica de aniquilar todo um grupo ... De outra forma teremos homicídios simples ou qualificados, em concurso formal ou material.*

... *Problema angustiante que aflige até hoje os estudiosos é o da necessidade ou não de pluralidade de vítimas, ou, ainda, se é*

o membro do grupo, ou o grupo, o sujeito passivo do delito ... o que prevalece é o objetivo da conduta: o ato deve ser dirigido à destruição de um grupo. Irrelevante, portanto, se o resultado acometeu apenas um indivíduo desse grupo. (destaquei).

Também **João José Leal**, tratando do tema relativo aos crimes hediondos, argumenta:

'... A vítima do genocídio... já se encontra predestinada ao extermínio físico ou cultural, por carregar consigo o estigma de pertencer a determinada raça, de professar determinada religião ou de ter crença ou militância política. No genocídio o agente atua contra 'o grupo maldito', para exterminá-lo, no todo ou em parte.' (destaquei).

A matéria, pelo que se vê, conquanto seduza em primeira análise, afigura-se singela. Dúvidas não restam de que o genocídio não representa mero crime contra a vida; é algo maior e, mesmo, absolutamente diferente, no sentido de que não só pode abranger o delito contra a vida como também pode, na pertinente observação do recorrente, dispensá-lo, sem prejuízo de sua configuração.”

Heleno Celso Fragoso, já em 1964, ao comentar as possíveis alterações no Código Penal, anotou que:

“Não nos parece feliz a introdução no CP de disposições sobre o genocídio, particularmente entre os crimes contra a vida. Nesse sentido, tivemos oportunidade de nos manifestar, em crítica ao anteprojeto, salientando que o que caracteriza o genocídio é, precisamente, sua projeção no campo internacional e sua transcendência ao simples quadro do homicídio, como crime contra a pessoa. Entendíamos que a natureza desses delitos claramente desaconselhava que o novo CP deles se ocupasse, e sugeríamos que o art. 128 do anteprojeto fosse suprimido” (in *A Reforma da Legislação Penal*, Revista Brasileira Criminal, n. 4, p. 96).

Penso que mais não há que se perquirir.

Por tais fundamentos, *conheço e dou provimento ao recurso para, reformando o v. acórdão a quo, declarar competente o juiz singular federal para*

apreciar os delitos arrolados na denúncia, devendo o Tribunal de origem julgar as apelações que restaram, naquela oportunidade, prejudicadas, bem como o pedido de liberdade provisória formulado às fls. 1.823/1.832 destes autos. Decretada extinta a punibilidade em relação ao réu Francisco Alves Rodrigues, nos termos do art. 107, I, do CP, em razão de seu falecimento.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Sr. Presidente, em sede de recurso especial, parece-me que a figura do genocídio não foi discutida; tanto em 1ª grau como em 2ª grau, pelo menos de modo implícito, o genocídio nunca foi descaracterizado.

APARTE

O Sr. Ministro Jorge Scartezini (Relator): Sr. Presidente, permita-me um aparte. Em 1ª grau, o juiz reconheceu a existência do genocídio e condenou por essa parte; absolveu por contrabando, por uma série de delitos, porém condenou por genocídio.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Sr. Presidente, estou fundamentando o meu voto com a intenção de acompanhar o Sr. Ministro-Relator.

A primeira definição de genocídio na sentença, do juízo **a quo**, foi mantida pelo tribunal, e este, apenas, malferindo regra do Código de Processo, remeteu para o Tribunal do Júri.

Ou seja, não se está e nem caberia aqui, ao Tribunal, discutir se há ou não a figura do genocídio, o que parece que não foi contestada nas instâncias ordinárias, mas, evidentemente, que não foi cumprido o rito processual de que, no genocídio tratado por lei especial, a competência é do Juiz singular e não do Tribunal do Júri.

Com essas considerações, que estou fazendo apenas porque estou raciocinando em voz alta, acompanho o erudito e brilhante voto do Sr. Ministro-Relator.

RECURSO ESPECIAL N. 236.640 – BA
(Registro n. 99.0098923-6)

Relator: Ministro Edson Vidigal
Recorrentes: Hélio Amaral Souto e outros
Advogado: Jairo Andrade de Miranda
Recorrido: Departamento Nacional de Obras Contra as Secas – DNOCS
Advogados: Nina Rosa M. P. de Cerqueira e outros

EMENTA: Administrativo e Constitucional – Recurso especial – Falta de prequestionamento – Incidência da Súmula n. 282-STF – Servidores inativos – Exposição de Motivos n. 77/1985-extinto Dasp – Direito de reposicionamento dos servidores inativos – Precedentes.

1. Não se conhece de recurso especial, fundado na CF, art. 105, III, a, se os dispositivos tidos como violados não foram apreciados pelo Tribunal de origem, pois ausente o prequestionamento. Incidência da Súmula n. 282 do STF.

2. Conforme precedentes desta Corte, “em havendo atualização de vencimentos e pensões, com base no reposicionamento em até 12 referências aos servidores ativos, impõe-se a sua extensão aos inativos, a fim de garantir o disposto no art. 40, § 4º, da CF/1988, c.c. art. 20 do ADCT” (MS n. 2.670, Rel. Min. Gilson Dipp, Terceira Seção, DJ de 18.10.1999).

3. Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer, Gilson Dipp e Jorge Scartezzini.

Brasília-DF, 3 de outubro de 2000 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Edson Vidigal, Relator.

Publicado no DJ de 6.11.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Edson Vidigal: Servidores públicos aposentados ajuizaram ação ordinária em face do Departamento Nacional de Obras Contra a Seca – DNOCS, pleiteando o pagamento do benefício relativo a 12 (doze) referências do quadro de carreira ou o indicado acréscimo equivalente a 60% (sessenta por cento) de seus proventos a que têm direito pela aplicação dos comandos da Exposição de Motivos de n. 77/1985 do extinto Dasp.

Julgada a ação improcedente no juízo de 1ª grau, apelaram os servidores, vindo o Tribunal Regional Federal da 1ª Região a negar provimento ao recurso.

O acórdão da Corte Regional ficou assim redigido:

“Processual Civil. Administrativo. Prescrição. Servidor público aposentado. Exposição de Motivos n. 77/1985-Dasp, de 22.7.1985.

A prescrição atinge tão-somente as parcelas anteriores ao quinquênio legal e não o direito de fundo.

Concessão de até 12 referências aos servidores públicos. Ilegalidade da referida norma administrativa. É ilegal a Exposição de Motivos n. 77/1985-Dasp, de 22.7.1985, por autorizar a promoção ou progressão de uma grande massa de servidores ao arrepio de normas legais específicas, insusceptíveis de alteração por ato administrativo” (fl. 104).

Vêm agora os servidores com este recurso especial, fundado na CF, art. 105, III, **a** e **c**, alegando que o mencionado acórdão teria violado a Lei n. 8.112/1990, art. 189 e a Lei n. 8.460/1992, art. 29, além de divergir de julgado deste STJ.

Contra-razões não apresentadas.

Relatei.

VOTO

O Sr. Ministro Edson Vidigal (Relator): Sr. Presidente, o recurso merece ser provido. Porém, deixo de conhecer o recurso pela alínea **a** da Constituição Federal, haja vista que os dispositivos, tidos como violados, não foram apreciados pelo Tribunal de origem, incidindo a Súmula n. 282 do STF.

A matéria do recurso já foi, por inúmeras vezes, objeto de deliberação por parte desta Corte, estando a jurisprudência pacificada quanto ao direito dos servidores inativos ao reposicionamento das 12 (doze) referências concedidas aos servidores da ativa, prevista na Exposição de Motivos de n. 77/1985-Dasp.

As seguintes ementas bem demonstram esta afirmação:

“REsp. Constitucional. Administrativo. Processual Civil. Recurso especial. Conhecimento. Súmula n. 13-STJ. Servidor público militar. Vencimentos. Reposicionamento das 12 (doze) referências. Exposição de Motivos do Ministério da Aeronáutica n. 59/1984 e do Dasp n. 77/1985. Efeito financeiro. Precedentes.

1. Não se conhece de recurso especial fulcrado na alínea **c**, quando o acórdão divergente apresentado e oriundo do mesmo colegiado prolator da decisão hostilizada. Aplicação da Súmula n. 13-STJ, **verbis**: ‘a divergência entre julgados do mesmo Tribunal não enseja recurso especial’.

2. Conforme reiterada jurisprudência desta Corte, ‘em havendo atualização de vencimentos e pensões, com base no reposicionamento em até 12 referências aos servidores ativos, impõe-se a sua extensão aos inativos, a fim de garantir o disposto no art. 40, § 4º, da CF/1988, c.c. art. 20 do ADCT’. (MS n. 2.670, Terceira Seção, DJ de 18.10.1999).

3. É vedada a distinção dos efeitos financeiros entre servidores civis e militares, sob pena de malferimento ao princípio da isonomia.

4. Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 203.234-SP, Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ de 20.3.2000).

“Recurso especial. Administrativo. Servidores públicos. Reposicionamento das 12 referências. Efeito financeiro.

Conforme entendimento desta Corte, o princípio legal de tal benefício é o mesmo, quer seja para o pessoal da Aeronáutica, quer seja para os servidores públicos em geral.

Por isso, os efeitos financeiros devem dar-se nos moldes do acórdão recorrido.

Recurso desprovido” (REsp n. 199.380-RJ, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, DJ de 4.10.1999).

“Constitucional. Administrativo. Funcionários públicos inativos. Reposicionamento. 12 referências. Extensão.

1. O reposicionamento de doze referências, concedido aos funcionários públicos da Administração direta e autárquica em atividade, deve ser estendido aos inativos – § 4º do art. 40, CF e art. 20, ADCT – ainda que decorrente de reclassificação funcional.

2. Recurso conhecido e provido” (REsp n. 73.806-RJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Sexta Turma, DJ de 27.10.1997).

Assim, conheço do recurso para dar-lhe provimento.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 268.548 – SP

(Registro n. 2000.0074162-0)

Relator: Ministro Edson Vidigal
Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo
Recorrido: Município de Lorena
Advogado: Dirceu Nunes Rangel

EMENTA: Processual Civil – Ação civil pública – Ministério Público – Legitimidade – Interesse coletivo – Servidores – Contratação – Regime – Concurso público – Necessidade – Recurso especial.

1. Ação civil pública ajuizada em defesa do patrimônio público. Atuação do Ministério Público que não se confunde com a defesa dos servidores ou do Município, visando, unicamente a preservar a correta aplicação da lei, ainda que em prejuízo do destinatário individual daquela.

2. A atual Constituição Federal, ao fixar as atribuições funcionais do órgão Ministério Público, destacou a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, zelando pela proteção aos poderes públicos, aos serviços de relevância pública e aos direitos por ela assegurados. Legitimidade do Ministério Público reconhecida.

3. Recurso especial conhecido e provido para, reformando a decisão atacada, determinar ao TJSP que proceda ao exame do mérito do apelo lá interposto pelo Município, ora recorrido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer, Gilson Dipp e Jorge Scartezzini.

Brasília-DF, 5 de outubro de 2000 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Edson Vidigal, Relator.

Publicado no DJ de 6.11.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Edson Vidigal: Recurso especial (CF, art. 105, III, a), interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, contra decisão do TJSP, assim ementada:

“Ação civil pública. Regime jurídico único. Servidor municipal de Lorena. Ilegitimidade de parte **ad causam** do Ministério Público. Ausência de interesses coletivos difusos. Coletividade individualizada, apta a exercer seus direitos. Extinção do feito. Recursos, voluntário e oficial (reputado interposto) providos, para esse fim.”

Reclamando violada a CF/1988, arts. 127 e 129, IX, da LACP, arts. 1^a e 5^a, a Lei de Improbidade Administrativa, arts. 9^a, 10 e 11, o CDC, arts. 81, parágrafo único, III; 82 I; e 92, e o CPC, arts. 81, 83, III; e 535, o Recorrente sustenta que “o erro original, contaminador do v. acórdão, nasce da desconsideração absoluta do verdadeiro interesse substantivo por tutelar, que não é o valor patrimonial inerente aos servidores ou funcionários de outra forma contratados, senão a prestação de um regime imposto pela Constituição Federal e dos princípios administrativos da legalidade e

moralidade. E não há nenhuma dúvida de que o Ministério Público tem, por assento constitucional expresso, legitimidade para promover ação coletiva tendente a resguardar, ou a recompor, interesses comuns e indisponíveis de grupos de pessoas determinadas. É o que, a título de defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos, especifica a legislação infraconstitucional incidente no caso” (fl. 486). Conclui, “é de todo descabida, ademais, a conduta da Corte que, instada através de embargos de declaração a pronunciar-se sobre matéria que deveria ter decidido de forma explícita, negou a fazê-lo” (fl. 488).

Admitidos na origem, vieram os autos a esta Corte, com contra-razões. Relatei.

VOTO

O Sr. Ministro Edson Vidigal (Relator): Sr. Presidente, quer o Ministério Público seja-lhe reconhecido o direito, senão o dever, de, por meio de ação civil pública, buscar “a declaração do regime estatutário como o único capaz de regulamentar a situação dos funcionários do Poder Público municipal e a nulidade da vinculação dos servidores admitidos pelo regime trabalhista após 5 de outubro de 1988, mediante concurso público, com a imediata conversão para o regime estatutário” (fl. 365). Isso tudo, segundo alega, em defesa do interesse público.

O Tribunal de Justiça, por outro lado, considerou ausente o interesse público a justificar a intervenção do Ministério Público na lide. Isso porque “na espécie, os interesses dos funcionários, embora sejam transindividuais, apresentam-se divisíveis, **id est**, são interesses não pertencentes exclusivamente a uma só pessoa, mas facilmente individualizados” (fl. 455).

Tenho que a razão está com o Recorrente, em conformidade com o decidido por esta Quinta Turma, quando do julgamento do REsp n. 189.027-MG, Rel. Min. Felix Fischer, DJ em 18.10.1999, que ora transcrevo, por oportuno:

“Processual Civil. Ministério Público. **Custos legis**. Apelação. Legitimidade. Súmula n. 99-STJ. Interesse público. Anulação de ato administrativo. Servidor público. Demissão.

– *Há interesse público, evidenciado pela natureza da lide, a justificar a intervenção do Parquet como fiscal da lei, no caso de ação proposta com o fim de anular processo administrativo e ato que demite servidor público.*

– Atuando no processo como **custos legis**, o Ministério Público tem legitimidade para recorrer, ainda que não haja recurso da parte. Súmula n. 99-STJ.

– Recurso provido.”

Trago, aliás, trecho do parecer ofertado, naquela ocasião, pela ilustre Subprocuradora-Geral da República Dra. Yedda de Lourdes Pereira, “se o Estado tem principalmente ou unicamente interesses públicos, como se negar, **in casu**, a participação do *Parquet*, que tem a responsabilidade da defesa desses direitos? Nem se diga que preservar as finanças do Estado não seja de interesse público, pois são estas finanças que implementam os benefícios sociais e permitem a realização das atribuições e fins a que se propõe o Estado através dos órgãos públicos fracionados.”

E continua, “quando o *Parquet* está defendendo o patrimônio do ente público, não está patrocinando causa da Municipalidade, mas a defesa do patrimônio que foi constituído pela sociedade e a ela pertence, em última análise, como coisa pública e de interesse público. E o interesse público, evidentemente, dá a legalidade ao Ministério Público para recorrer sempre que o patrimônio público estiver sendo lesado”.

A atual Constituição Federal, ao fixar as atribuições funcionais do órgão Ministério Público, destacou a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, zelando pela proteção aos poderes públicos, aos serviços de relevância pública e aos direitos assegurados pela própria Constituição, dentre outras.

Não se trata, é evidente, de substituir a atuação judicial da Fazenda Pública municipal, através de seus Procuradores, pela do Ministério Público. Sua atuação, na hipótese dos autos, não se confunde com a defesa dos servidores ou do Município: visa unicamente a preservar a correta aplicação da lei, seja quem for o prejudicado com esta atuação.

Assim, conheço do recurso, e dou-lhe provimento para, reformando o acórdão atacado, determinar ao TJSP que proceda ao exame do mérito do apelo lá interposto pelo Município, ora recorrido.

É o voto.

