



Jurisprudência da Sexta Turma

HABEAS CORPUS N. 17.165 — SP (2001/0075099-1)

Relator: Ministro Vicente Leal

Relator p/ o acórdão: Ministro Paulo Gallotti

Impetrante: Rodrigo César Nabuco de Araújo

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

Paciente: Mituioshi Konishi

EMENTA

Habeas corpus. Art. 89 da Lei n. 9.099/1995. Proposta do Ministério Público de suspensão condicional do processo. Discordância do advogado constituído. Falta de intimação do denunciado. Nulidade absoluta. Ato voluntário e personalíssimo. Necessidade de sua manifestação.

1. A falta de intimação do denunciado para se manifestar sobre a proposta de suspensão condicional do processo caracteriza nulidade absoluta, e não apenas relativa, podendo, pois, ser argüida a qualquer tempo, prescindindo da demonstração do prejuízo.

2. O alegado constrangimento é evidente e manifesto, pois a aceitação ou não da proposta de suspensão condicional do processo é ato a ser praticado pessoalmente pelo denunciado. Não há como admitir que o advogado, mesmo com poderes especiais, delibere unilateralmente sobre a proposta oferecida pelo Ministério Público, não aceitando, como no caso, se a Lei n. 9.099/1995 exige em seu art. 89, § 1º, a manifestação tanto do interessado como de seu defensor, prevendo, aliás, que, em caso de divergência entre eles, prevalecerá a vontade do indiciado (art. 89, § 7º).

3. **Habeas corpus** parcialmente concedido para anular o processo a partir da audiência de conciliação, inclusive.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prevalecendo a decisão mais favorável ao paciente, conceder parcialmente a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votou com o

Sr. Ministro-Relator o Sr. Ministro Paulo Gallotti. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Paulo Medina. Ausente, justificadamente, nesta assentada, o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 02 de dezembro de 2003 (data do julgamento).

Ministro Paulo Gallotti, Relator para o acórdão

DJ de 05.04.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Vicente Leal: Mituioshi Konishi foi denunciado pela prática do crime de poluição ambiental perante a 1ª Vara Distrital de Peruíbe — SP, sobrevindo sentença que o condenou à pena de 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão, em regime aberto, e multa, por violação ao art. 15, **caput**, c.c. o art. 3º, incisos I, II e III, alíneas **c** e **d**, IV e V, todos da Lei n. 6.983/1981.

A egrégia Terceira Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em sede de apelação, reformou parcialmente o **decisum**, rechaçando a alegação de nulidade proveniente da ausência de intimação pessoal do réu para fins de manifestação sobre o proposta de suspensão do processo, nos termos da Lei n. 9.099/1995.

Em face disso, o advogado Rodrigo César Nabuco de Araújo impetrou o presente **habeas corpus**, pugnando pela declaração de nulidade ocorrida na audiência prevista no art. 89, § 1º, da Lei n. 9.099/1995, na medida em que a suspensão do processo teria sido rejeitada tão-somente pelo então representante judicial, à míngua de concordância do ora paciente, o qual não teria sido intimado pessoalmente para participação do ato. Pugna, de outra parte, pela imediata concessão do benefício da suspensão condicional do processo.

Concedida a liminar pleiteada (fls. 118/119) e prestadas as informações, foram os autos com vista ao Ministério Público Federal, que opinou pela concessão do *writ*. (fls. 81/86).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Vicente Leal (Relator): Sustenta-se na presente impetração a nulidade da audiência de conciliação em que apresentada a proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei n. 9.099/1995, na medida em que ausente a intimação pessoal do acusado, ora paciente, pugnando este pela concessão imediata do benefício.

Tenho que a tese emoldurada no pleito em tela merece parcial acolhimento.

Com efeito, extrai-se dos autos que o paciente, denunciado pela prática de delitos ambientais, não foi intimado pessoalmente da realização da audiência em que se propôs a suspensão condicional do processo, comparecendo a esta apenas seu então defensor, o qual teria rejeitado a proposta de suspensão oferecida pelo Ministério Público.

Ora, a audiência a que se refere o art. 89 da Lei dos Juizados Especiais é ato processual de grande relevância para o réu, não podendo, por isso, prescindir de sua prévia intimação pessoal, sob pena de surgimento de nulidade insanável. É patente o prejuízo que recairá sobre o acusado ao qual não foi oportunizada a manifestação sobre a proposta de **sursis** processual.

Cabe ressaltar, nesta linha de pensamento, trecho do parecer de lavra da insigne Subprocuradora-Geral da República Dr^a. Maria das Mercês Gordilho Aras, que assim se manifestou, **verbis**:

“Na situação sob exame, é inegável a afronta a preceitos da Carta da República que asseguram aquelas garantias, de que decorre, portanto, vício insanável, incapaz de ser convalidado.

É sabido que as partes fazem jus a que a marcha do processo criminal seja integralmente cumprida, em conformidade com as prescrições legais, sendo forçoso concluir, **in casu**, pela ocorrência de inarredável prejuízo para o acusado, ora Paciente, em conseqüência da falta de sua intimação para comparecer, pessoalmente, na audiência de propositura do **sursis** processual, a implicar em nulidade absoluta, reparável por meio de **habeas corpus**, consoante deflui da jurisprudência dessa augusta Corte Superior adiante reproduzida:

‘Ementa: (parcial) ... A falta de intimação para os atos processuais constitui nulidade por cerceamento de defesa, passível de ser corrigido por meio de **habeas corpus**. Recurso de **habeas corpus** que se conhece e se dá provimento, para anular o processo, **ab initio**.’ (STJ, — RSTJ 93/356).

Assim sendo, indispensável que se afigure a intimação pessoal do réu para todos os atos processuais, a ausência daquela formalidade e o fato de haver o causídico contratado pelo Paciente praticado ato de cunho personalíssimo, resultaram violações das normas estampadas nos arts. 5^a, inciso LIV e V, da Constituição Federal, preceitos providos de relevância processual capaz de lhes conferir a natureza de normas de garantia, entendidas como regras colocadas pela Lei Maior como forma de assegurar direito indeclinável das partes e a validade do processo.(...)

Nesse passo, cabe destacar da obra ‘Juizados Especiais Criminais’, também da processualista **Ada Pellegrini Grinover** e de outros autores, o seguinte trecho, reproduzido, aliás, na inicial do *writ*.

‘Ninguém pode aceitar a suspensão no lugar do acusado, mesmo porque ela tem por fundamento autodisciplina e o senso de responsabilidade. Nunca será possível tal ato por procurador, ainda que conte com poderes especiais. É o acusado que tem que saber das condições da suspensão e assumi-las. É um ato em que assume a responsabilidade. Nisso há sempre uma carga emocional, que favorece seu êxito. O juiz tem que conversar com o próprio acusado, inclusive para ajustar a dosimetria das condições, tão importante em termos de prevenção geral (intimidação) como especial (ressocialização). Se o acusado revel não comparecer (salvo motivo justo) na audiência de conciliação, torna-se impossível a suspensão.’ (In obra citada, 3ª edição, RT, 1999, p. 297)” (fls. 183/186).

Cite-se, a propósito, o seguinte precedente desta Corte:

“HC. ação penal privada. Legitimidade do funcionário público atingido em sua honra **propter officium** para a propositura da ação penal. A apreciação da suspensão é, nos termos da lei, precedida pelo recebimento da exordial acusatória. É necessária a intimação do réu para a realização de audiência para a proposta de suspensão do processo.

O funcionário público atingido em sua honra **propter officium** é parte legítima para propor ação penal privada. Precedente do colendo STF.

Conforme já decidido nesta Corte, a apreciação da suspensão do processo deve ser precedida pelo recebimento da peça acusatória.

Ausência, de qualquer forma, em razão de tal fato, de constrangimento ilegal à liberdade de locomoção do paciente.

Aplicando-se ao caso a Lei n. 9.099/1995, necessário se faz a designação de audiência para formalização da proposta de suspensão do processo bem como para que o Magistrado decida acerca da dosimetria das condições impostas. Não pode o paciente ser intimado, simplesmente, para dizer se aceita ou não a proposta, formulada em termos genéricos.

HC n. 16.204, em apenso, julgado em conjunto.

Ordem parcialmente concedida.” (HC n. 14.534/SP, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ de 04.02.2002, p. 428).

Dessa forma, nulo deve ser declarado o ato processual em análise, não se podendo, todavia, conceder-se imediatamente o benefício da suspensão condicional

do processo como requerido pelo paciente, pois o oferecimento deste cabe tão-somente ao Ministério Público.

Isto posto, concedo parcialmente a ordem de **habeas corpus** para anular o processo a partir da audiência de conciliação, porquanto não intimado o réu para nela comparecer.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Fontes de Alencar: Senhor Presidente, gostaria de lembrar, primeiramente, que o primitivo Relator deste caso foi o Senhor Ministro Paulo Gallotti, que chegou a conceder a liminar. Em virtude a problemas de saúde, os autos foram para o Senhor Ministro Vicente Leal, que o sucedeu, não o substituindo. No caso, está em plena jurisdição.

Segundo o relatório do Senhor Ministro Vicente Leal:

“(...) foi denunciado pela prática do crime de poluição ambiental perante a 1ª Vara Distrital de Peruíbe — SP, sobrevivendo sentença que o condenou à pena de 01 (um) ano e 02 (dois) meses de reclusão, em regime aberto, e multa, por violação ao art. 15, **caput**, c.c. o art. 3ª, incisos I, II e III, alíneas **c** e **d**, IV e V, todos da Lei n. 6.893/1981.

A egrégia Terceira Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em sede de apelação, reformou parcialmente o **decisum**, rechaçando a alegação de nulidade proveniente da ausência de intimação pessoal do réu para fins de manifestação sobre a proposta de suspensão do processo, nos termos da Lei n. 9.099/1995”.

Houve, então, o **habeas corpus**, sendo que o Tribunal o denegou. O Ministro Vicente Leal votou desta forma:

“Concedo, parcialmente, a ordem de **habeas corpus** para anular o processo, a partir da audiência de conciliação, porquanto não intimado o réu para nela comparecer”.

O caso é interessante, primeiro, porque não pesa sobre esse paciente ameaça de prisão. Ele foi julgado; em uma das infrações penais, reconheceu-se a prescrição. Em relação à outra, ele foi condenado a uma pena menor de dois anos, e lhe foi concedido o **sursis**.

Ainda segundo o relatório do Senhor Ministro, o impetrante pugna

“... pela declaração de nulidade ocorrida na audiência prevista no art. 89, § 1ª, da Lei n. 9.099/1995, na medida em que a suspensão do processo teria sido

rejeitada tão-somente pelo então representante judicial, à míngua de concordância do ora paciente, o qual não teria sido intimado pessoalmente para participação do ato”.

O réu pretende, ao argumento de que não fora pessoalmente intimado para a audiência em que seria proposta a suspensão do processo, que se anule todo o processo para que se lhe dê outra oportunidade, podendo, eventualmente, ser suspenso ou não o processo, o que seria caminhar sobre os próprios passos. Bastaria tal fundamento para denegar esta ordem de **habeas corpus**.

Mas há outros aspectos. O advogado constituído por ele foi intimado para a audiência em que haveria a proposta, e declarou o advogado que ele não aceitaria a transação. Não se trata daquela hipótese de choque entre a palavra do advogado e a do réu. Apenas o advogado constituído falou, e o processo se desenvolveu. Na fase de alegações finais, silenciou-se. Só aí o manto da preclusão já teria acobertado tudo.

Em seguida, o Tribunal Estadual negou a ordem de **habeas corpus** ao fundamento de que não foi colocada no processo a questão de caber ou não, na hipótese dos autos, a suspensão condicional. Discutiu-se se a intimação valia ou não. Trata-se, portanto, de outra tese.

Como este **habeas corpus** é um substitutivo do recurso ordinário, denego a ordem.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Cuida-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Mituioschi Konishi, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

O paciente foi condenado a 1 ano e 2 meses de reclusão, em regime aberto, e 11 dias-multa, por infração do art. 15, **caput**, c.c. o art. 3º, I, II e III, **c e d**, IV e V, ambos da Lei n. 6.938/1981, e multa de 80 salários mínimos, por violação da contravenção prevista no art. 26, **a e b**, c.c. os arts. 1º, 2º, 3º e 9º, todos da Lei n. 4.771/1965 (Código Florestal), concedido o **sursis**, em relação à sanção corporal, pelo prazo de 2 anos.

Interposta apelação, a Terceira Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça de São Paulo, após rejeitar a preliminar de nulidade do feito, argüida em decorrência da ausência de intimação do paciente para os fins do art. 89 da Lei n. 9.099/1995, declarou extinta sua punibilidade no tocante à contravenção, pela ocorrência da prescrição, mantendo, no mais, a sentença condenatória.

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados.

Inconformada, a defesa manejou recurso especial, que não foi admitido na origem, decisão atacada através de agravo de instrumento, este não conhecido por falta de peça.

A ordem é impetrada ao fundamento de que a falta de intimação pessoal do acusado para se manifestar sobre a proposta de suspensão condicional do processo acarreta nulidade absoluta por cerceamento de defesa.

Concedeu-se a liminar para que fosse suspensa a execução até o julgamento do *writ*.

Prestadas as informações de praxe (fls. 124/176), opinou a Subprocuradoria Geral da República pelo acolhimento do pedido.

Sustenta o impetrante, na exordial, que “o paciente compareceu à audiência designada exclusivamente para a aceitação da suspensão condicional do processo, acompanhado de seu defensor. Na oportunidade, não foi formulada a proposta, sendo aberta vista do processo ao ilustre representante do *Parquet*, que, posteriormente, apresentou a proposição. Sucede, contudo, que o paciente não mais foi intimado para a aceitação da proposta ministerial, apenas seu defensor o foi e se manifestou contrariamente, sem, contudo, consultar seu constituinte nem mesmo dispor de poderes especiais para tanto. Posteriormente a tal manifestação, o defensor constituído abandonou o feito, sendo certo que as alegações finais foram ofertadas por profissional nomeado pelo Juízo. Tão-somente após ser intimado da sentença condenatória, o recorrente tomou conhecimento dos fatos e contratou advogado de sua confiança para interpor recurso de apelação” (fls. 6/7).

O Ministro Vicente Leal, Relator, concede parcialmente a ordem para anular o processo a partir da audiência de conciliação.

O Ministro Fontes de Alencar, sendo acompanhado pelo Ministro Hamilton Carvalhido, divergiu, anotando:

“O réu pretende, ao argumento de que não fora pessoalmente intimado para a audiência em que seria proposta a suspensão do processo, que se anule todo o processo para que se lhe dê outra oportunidade, podendo, eventualmente, ser suspenso ou não o processo, o que seria caminhar sobre os próprios passos. Bastaria tal fundamento para denegar esta ordem de **habeas corpus**.

Mas há outros aspectos. O advogado constituído por ele foi intimado para a audiência em que haveria a proposta, e declarou o advogado que ele não aceitaria a proposta de transação. Não se trata daquela hipótese de

choque entre a palavra do advogado e a do réu. Apenas o advogado constituído falou, e o processo se desenvolveu. Na fase de alegações finais, silenciou-se. Só aí o manto da preclusão já teria acobertado tudo.

Em seguida o Tribunal Estadual negou a ordem de **habeas corpus** ao fundamento de que não foi colocada no processo a questão de caber, ou não, na hipótese dos autos, a suspensão condicional. Discutiu-se se a intimação valia ou não. Trata-se, portanto, de outra tese.”

Após, pedi vista dos autos.

Desde logo, de observar que o Tribunal de origem apreciou o tema, conforme se vê do seguinte trecho do voto condutor do acórdão, **verbis**:

“(…) Não há qualquer mácula a envolver a intimação do apelante para os fins do art. 89 da Lei n. 9.099/1995. Embora o réu não tenha sido efetivamente intimado da proposta feita pela acusação acerca da suspensão condicional do processo, o seu defensor constituído recebeu a referida intimação, tendo manifestado recusa expressa a respeito, presumindo-se que tenha consultado o apelante antes de fazê-lo. Ademais, ainda que assim não fosse, a referida nulidade decorrente da falta de intimação do réu para os fins do citado art. 89 encontra-se superada ante a ausência de sua argüição no momento oportuno, aplicando-se aqui o princípio adotado pela lei processual penal no sentido de que as nulidades se consideram sanadas desde que o interessado não as alegue no momento oportuno. **In casu**, nas fases processuais adequadas, ou seja, aquelas dos arts. 499 e 500 do Código de Processo Penal, a defesa nada alegou acerca da nulidade, tampouco sobre o seu interesse na suspensão condicional do processo, cuja proposta está formalizada nos autos.” (Fls. 160/161).

Pedindo vênia aos Ministros Fontes de Alencar e Hamilton Carvalhido, penso que a questão não está preclusa.

A meu ver, a falta de intimação do réu para se manifestar sobre a proposta de suspensão condicional caracteriza nulidade absoluta, e não apenas relativa, como entendeu a Corte Estadual, podendo, pois, ser argüida a qualquer tempo, prescindindo da demonstração do prejuízo.

O alegado constrangimento, assim, é evidente e manifesto, pois a aceitação ou não da proposta de suspensão condicional do processo é ato a ser praticado pessoalmente pelo acusado.

Não há como admitir que o advogado, mesmo com poderes especiais, delibere unilateralmente sobre a proposta oferecida pelo Ministério Público, como no caso, se a Lei n. 9.099/1995 exige, em seu art. 89, § 1º, a manifestação tanto do interessado

como de seu defensor, prevendo, aliás, que, em caso de divergência entre eles, prevalecerá a vontade do indiciado (art. 89, § 7^o).

Sobre o tema, **Julio Fabbrini Mirabete**, em “Juizados Especiais Criminais”, Ed. Atlas, 3^a edição, p. 170, anota:

“A suspensão condicional do processo é matéria consensual, sendo necessária a concordância do acusado para que o juiz profira a sentença. Dessa forma, apresentada a proposta com o oferecimento da denúncia, deve ser ele intimado para se manifestar a respeito. Poderá aceitá-la, ou entender que lhe é mais interessante responder ao processo para lograr a absolvição, não ficando submetido às condições restritivas do benefício. Trata-se de ato voluntário, personalíssimo e formal que deve ser praticado pelo réu, na presença do magistrado. Não é possível a aceitação condicional, nem que o acusado submeta a proposta à aceitação de terceira pessoa. É também um ato vinculante, não estando o acusado obrigado a submeter-se a qualquer regra que não aquelas como condições da suspensão.

Exige-se que a proposta seja aceita não só pelo réu, mas pelo defensor e que essa aceitação seja apresentada na presença do juiz. Não aceita a proposta pelo acusado ou por seu defensor, não é possível a homologação.” (Fl. 7)

A propósito, veja-se o que diz **Luiz Flávio Gomes**, em “Suspensão Condicional do Processo”, Editora Revista dos Tribunais, 2^a edição, pp. 309 e 311:

“Ninguém pode aceitar a suspensão no lugar do acusado, mesmo porque ela tem por fundamento a autodisciplina e o senso de responsabilidade. Nunca será possível tal ato por procurador, ainda que conte com poderes especiais. É o acusado que tem que saber das condições da suspensão e assumi-las. É um ato em que se assume responsabilidades. Nisso há sempre uma carga emocional, que favorece o seu êxito. O juiz tem que conversar com o próprio acusado, inclusive para ajustar a dosimetria das condições, tão importante em termos de prevenção geral (intimidação) como especial (ressocialização). Se o acusado é revel ou não comparece (salvo motivo justo) na audiência de conciliação, torna-se impossível a suspensão.”

E logo depois:

“Considerando a importância da manifestação de vontade do acusado, cuja conformidade processual, como já enfatizamos, implica na renúncia ou no recuo de direitos e garantias fundamentais, quis o legislador cercar a aceitação de uma garantia mais: deve ser tecnicamente assistida, é dizer, só pode se realizar na presença de defensor. E não é só isso, a lei foi mais longe:

também deve haver aceitação do defensor (diz o art. 89, § 1º: ‘aceita a proposta pelo acusado e seu defensor..’). Sua carga emocional também é importante para tudo que se espera da suspensão: reconciliação, reconhecimento da vítima, reparação, ressocialização etc. Se o acusado for advogado, sua presença única é suficiente. E se houver divergência entre a vontade do acusado e do seu defensor (um querendo a suspensão e outro não)? A resposta é dada pela própria lei, art. 89, § 7º: o que prevalece é a vontade do acusado. Cuida-se de tema polêmico que dará ensejo a muita controvérsia certamente.”

Pelo exposto, concedo parcialmente a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Relator.

HABEAS CORPUS N. 23.682 — RJ (2002/0090311-4)

Relator: Ministro Paulo Gallotti

Impetrante: Paulo Sérgio Rodrigues de Oliveira

Advogada: Angela Maria Amaral da Silva — Defensora Pública

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

Paciente: Paulo Sérgio Rodrigues de Oliveira (Preso)

EMENTA

Habeas corpus. Latrocínio. Sentença condenatória que fixou o regime fechado para o cumprimento da pena. Progressão de regime inadmissível.

1 - Em se tratando de crime de latrocínio, a circunstância de ter a sentença determinado que a pena deveria ser cumprida no regime fechado não autoriza reconhecer que se admitiu a progressão, que é vedada pelo art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990.

2 - **Habeas corpus** denegado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem de **habeas corpus**,

nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Vicente Leal e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Fontes de Alencar.

Brasília (DF), 06 de março de 2003 (data do julgamento).

Ministro Paulo Gallotti, Relator

DJ de 19.04.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Cuida-se de **habeas corpus** impetrado, em causa própria, por Paulo Sérgio Rodrigues de Oliveira contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que negou provimento ao recurso de agravo em execução por ele interposto.

O paciente cumpre pena de 17 anos de reclusão, integralmente no regime fechado, resultante de condenação pela prática de latrocínio, sendo negado o direito à progressão pelo Juízo das Execuções.

Busca o impetrante a progressão para o regime semi-aberto, alegando que já cumpriu mais de 1/4 da pena e que da sentença não consta a expressão “integralmente fechado”.

Indeferida a liminar e prestadas as informações, o Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator): Não há como acolher o pedido.

Veja-se parte do dispositivo da decisão condenatória, cuja cópia acompanha o parecer da Subprocuradoria Geral da República (fls. 23/47):

“O regime do cumprimento da pena é, **secundum legis**, o fechado.”

A circunstância de ter a sentença determinado que a pena deveria ser cumprida no regime fechado não autoriza reconhecer que se admitiu a progressão, que é vedada pelo art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, notadamente se o próprio magistrado mencionou que o regime era o legal.

Ora, a regência da matéria decorre do disposto na Lei dos Crimes Hediondos que determina o cumprimento da pena integralmente no regime fechado.

Confira-se:

“HC. Penal e Processual Penal. Crime hediondo. Regime prisional. Progressão. Descabimento. Lei n. 8.072/1990, art. 2º, § 1º.

Nos chamados crimes hediondos, o regime previsto é o fechado, desca-bendo progressão (art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990).

Fixando a sentença condenatória que o cumprimento da pena dar-se-á em regime fechado, não é concebível que seja apenas inicialmente, mas sim, atendo-se ao preceito de lei, integralmente.

Quisesse o magistrado prolator da sentença condenatória admitir a progressão de regime, teria fixado o regime inicial fechado, o que não ocorreu.

Ordem denegada.”

(HC n. 19.587/SC, Relator o Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ de 06.05.2002).

Diante do exposto, denego o **habeas corpus**.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 23.852 — SP (2002/0096600-0)

Relator: Ministro Paulo Gallotti

Impetrantes: José Nicodemos da Silva e outro

Impetrado: Desembargador Segundo Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Andrey Carlos de Carvalho (Preso)

EMENTA

Habeas corpus. Execução penal. Mandado de segurança que empresta efeito suspensivo a recurso de agravo interposto pelo Ministério Público. Impossibilidade. Ordem concedida.

1. Não é possível, por meio de mandado de segurança, emprestar efeito suspensivo a recurso de agravo em execução interposto pelo *Parquet* em ataque à decisão do Juízo das Execuções que assegura ao

condenado o direito de ser recolhido à prisão domiciliar à falta de estabelecimento adequado para o desconto da sanção corporal.

2. **Habeas corpus** concedido para, confirmando a liminar deferida, restaurar à decisão do magistrado de primeiro grau até o julgamento do agravo em execução.

ACÓRDÃO

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

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

Ministro Paulo Gallotti, Relator

DJ de 05.04.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Cuida-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Andrey Carlos de Carvalho, apontando-se como autoridade coatora o Desembargador Segundo Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que deferiu liminar em mandado de segurança concedendo efeito suspensivo ao agravo em execução interposto pelo Ministério Público para sustar os efeitos da decisão do Juízo das Execuções que ordenara a transferência do paciente para o regime aberto de cumprimento de pena na modalidade domiciliar.

O paciente cumpre pena de 6 anos e 11 meses de reclusão, no regime fechado, resultante de condenação pela prática de roubo. Vindo a obter o livramento condicional, acabou por regredir para o regime semi-aberto em razão da prática de novo delito. O Juízo das Execuções, constatando que a pena vinha sendo cumprida em estabelecimento de regime fechado, determinou a remoção provisória do paciente para prisão domiciliar.

Buscam os impetrantes o restabelecimento do aludido regime prisional, sustentando que “o sentenciado deve ser colocado em liberdade o mais rápido possível, para aguardar decisão do recurso interposto pelo Ministério Público, ou em liberdade aguardar sua vaga em estabelecimento penitenciário adequado para

providenciar nova progressão ou, ainda, aguardar sua vaga prestando serviço à comunidade.”

Deferida a liminar e prestadas as informações de estilo, a Subprocuradoria Geral da República manifestou-se pela concessão da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator): Realmente é manifesto o constrangimento.

Na verdade, não é possível, por meio de mandado de segurança, emprestar efeito suspensivo a recurso de agravo em execução interposto pelo *Parquet* em ataque a decisão do Juízo das Execuções que assegura ao condenado o direito de ser recolhido à prisão domiciliar à falta de estabelecimento adequado para o desconto da sanção corporal

Vejam-se os precedentes:

A - “Criminal. HC. Mandado de segurança contra progressão de regime deferida pelo juízo monocrático. Efeito suspensivo ao agravo em execução. Impropriedade do **mandamus**. Ausência de direito líquido e certo. Ato ilegal passível de recurso ou correição. Constrangimento ilegal configurado. Ordem concedida.

I - O mandado de segurança não se presta para atribuir efeito suspensivo a agravo em execução interposto pelo Ministério Público contra decisão que concede o benefício da progressão de regime. Precedente.

II - Não obstante ser cabível a utilização de mandado de segurança na esfera criminal, deve ser observada a presença dos seus requisitos constitucionais autorizadores.

III - Ausente o direito líquido e certo e tratando-se de ato ilegal passível de recurso ou correição, torna-se descabida a via eleita.

IV - Ordem concedida para restabelecer a decisão monocrática do Juízo da Vara do Júri e Execuções Criminais da Comarca de Guarulhos — SP que concedeu ao paciente a progressão de regime.

(HC n. 21.095/SP, Relator o Ministro Gilson Dipp, DJ de 14.10.2002)

B - “Processual Penal. Agravo em execução. Efeito. Mandado de segurança para conferir efeito suspensivo. Ministério Público. Ilegitimidade ativa.

— O agravo em execução, recurso previsto no art. 197 da Lei de Execução Penal, não tem efeito suspensivo, salvo no caso de decisão que determina a desinternação ou liberação de quem cumpre medida de segurança, e tem o seu processamento segundo as normas que regem o recurso em sentido estrito.

— O Ministério Público, segundo a melhor orientação jurisprudencial, não tem legitimidade para impetrar mandado de segurança para conferir efeito suspensivo ao mencionado recurso, desprovido dessa qualidade, em especial se da pretensão deduzida resulta restrição ao instituto da progressão de regime prisional, de relevância para o processo de ressocialização do condenado a prisão.

— **Habeas corpus** concedido.”

(HC n. 6.640/SP, Relator para acórdão o Ministro Vicente Leal, DJ de 03.08.1998)

C - “RMS. Agravo em execução. Mandado de segurança. Concessão. Efeito suspensivo. Ausência. **Fumus boni juris** e **periculum in mora**. Decisão teratológica. Ministério Público. Ilegitimidade ativa.

(...)

3. O Ministério Público não tem legitimidade para impetrar mandado de segurança, com vistas à concessão de efeito suspensivo a recurso desprovido dessa qualidade, porquanto, no processo penal, tem sua atuação circunscrita ao devido processo legal, mormente se da pretensão deduzida resulta restrição ao instituto da progressão de regime.

4. Recurso ordinário improvido.”

(RMS n. 13.815/SP, Relator o Ministro Fernando Gonçalves, DJ de 19.12.2002)

Por último, resta mais evidente o constrangimento a que está submetido o paciente, já que, conforme informação obtida, via internet, do *site* do Tribunal de Justiça de São Paulo, a Terceira Câmara Criminal daquela Corte já julgou o mérito do mandado de segurança, ratificando a decisão que conferiu efeito suspensivo ao agravo em execução movido pelo representante do Ministério Público.

Diante do exposto, concedo o **habeas corpus**, confirmando a liminar, para restaurar a decisão do magistrado de primeiro grau até o julgamento do mencionado agravo.

É como voto.

VOTO-VOGAL

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

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 31.625 — RJ (2003/0202226-8)

Relator: Ministro Paulo Medina

Impetrante: Jorge Vacite Filho

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

Paciente: Adriana Iório

Sustentação oral: Jorge Vacite Filho

EMENTA

Penal e Processual. Homicídio. Pronúncia. Prisão cautelar. Requisitos. Inexistência.

As decisões judiciais devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade (art. 93, IX, CRFB).

A prisão por pronúncia é espécie do gênero cautelar, cabível apenas por necessidade e conveniência instrumental, se presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva.

O caráter hediondo do delito, ainda **sub judice**, não é bastante para coarctar, antecipadamente, a liberdade do réu, sob pena de prévio juízo de condenação e malferimento à presunção constitucional de não culpabilidade.

Anotações em ficha de antecedentes, relativas a condenação por delito de pequeno potencial ofensivo, ainda não transitada em julgado, não autorizam, por si só, a prisão cautelar.

Ordem concedida.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 02 de dezembro de 2003 (data do julgamento).

Ministro Paulo Medina, Relator

DJ de 25.02.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Medina: Trata-se de **habeas corpus** impetrado pelo Dr. Jorge Vacite Filho em favor de Adriana Iório, contra acórdão da Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, prolatado nos autos do Recurso em Sentido Estrito n. 2003.051.00174 (fls. 89/96).

Por fato ocorrido em 26 de outubro de 2000, a paciente foi pronunciada como incurso na sanção inserta no art. 121, § 2º, incisos I e IV, c.c. o art. 14, inciso II e 29, todos do Código Penal (Processo n. 2001.001.136.058-7).

Isto porque, juntamente com Ophir Luiz Rocha Barbosa e Josias da Silva Graça, teria concorrido para a tentativa de assassinato de Ubirajara da Silva Vieira, motivada por vingança (fl. 25).

O Ministério Público interpôs recurso em sentido estrito, inconformado porque o Magistrado não decretou a prisão dos réus (fls. 25/35 e 37/42).

A paciente, então recorrida, contra-arrazoou o recurso, afirmando seu direito de responder ao processo em liberdade.

A Corte Estadual deu provimento a recurso ministerial para determinar a prisão do paciente, em face de sentença de pronúncia proferida nos autos da Ação Penal n. 2001.001.136058-7, em curso perante a 2ª Vara Criminal — 2º Tribunal do Júri do Rio de Janeiro (fls. 152/160).

Alega o impetrante que o aresto impugnado violou o princípio **ne procedat iudex ex officio** e, por consequência, o princípio da correlação, porquanto decidiu **extra petita** (fl. 5).

Sustenta que o recurso deduzido pelo Ministério Público pugnou pela decretação da prisão preventiva da paciente sustentando sua necessidade por conveniência da instrução criminal (fl. 7).

Afirma que o Tribunal, inusitadamente, decidiu decretar a prisão preventiva da ciente com fulcro no art. 408, § 2º, do CPP, é dizer, “prisão decorrente de sentença de pronúncia” (fl. 8).

Assevera que ficou “patenteado, pois, que o acórdão ora guerreado julgou matéria diversa daquela que foi objeto do recurso em sentido estrito” (fl. 9).

Argúi que o **decisum** traduz inconcebível prisão provisória obrigatória, sobretudo assentada em alegada gravidade do crime, motivação que, a par de repudiada por esta Corte, contraria o os princípios do processo penal democrático (fl. 11).

Deduz que, se era incabível a prisão preventiva, não estava o colegiado **ad quem** autorizado a decretar, em razão da sentença de pronúncia, a prisão da paciente (fl. 14).

Aduz que o acórdão não pode sobreviver, porque o Ministério Público recorreu apenas quanto ao indeferimento do pedido de prisão preventiva e, “quanto a qualquer outra questão, houve a formação da coisa julgada” (fl. 15).

Infere que não há recurso específico contra decisão que não decreta prisão em face de sentença de pronúncia e, por conseguinte, a decisão impugnada julgou **extra petita**, violou o princípio da segurança jurídica e suprimiu um grau de jurisdição, já que a prisão decorrente da pronúncia não foi objeto de decisão no juízo de primeiro grau (fl. 17).

Acrescenta tratar-se de ré primária que não apresenta maus antecedentes e requer a concessão da ordem, para que a paciente aguarde, em liberdade, seu julgamento perante o Júri.

O Ministério Público Federal propende à denegação da ordem, sob o argumento de que o acórdão decidiu exatamente o pleito deduzido pelo Ministério Público, objetivando fosse decretada a prisão da paciente (fls. 198/202).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Medina (Relator): Sr. Presidente, por fato ocorrido em 26 de outubro de 2000, a paciente foi pronunciada como incurso na sanção inserta no art. 121, § 2º, incisos I e IV, c.c. 14, inciso II e 29, todos do Código Penal (Processo n. 2001.001.136.058-7).

Isto porque, juntamente com Ophir Luiz Rocha Barbosa e Josias da Silva Graça, teria concorrido para a tentativa de assassinato de Ubirajara da Silva Vieira, motivada por vingança (fl. 17).

O Magistrado deixou de decretar a prisão dos pronunciados, convencido de que (fl. 34):

“Todos os acusados aguardarão em liberdade os seus julgamentos pelo Plenário do Tribunal Popular, eis que os mesmos compareceram a todos os atos para os quais foram convocados, além do que não verifico como presentes os motivos que conduziriam à necessidade de adoção de tal medida extraordinária, lembrando-se que no sistema processual penal atual a liberdade é a regra e a prisão é a exceção, e denegando, agora, os pleitos para a adoção de medida diversa desta, constantes de fls. 703/708, 871/872 e 897/903.” (Grifei)

Recorreu o Ministério Público, pugnando pelo cumprimento do disposto no art. 408, § 2º, do Código de Processo Penal (fls. 28/33).

Na ocasião, fundamentou o pedido nestes termos (fl. 42):

“Há notícias nos autos de que não só a vítima como também outros motoristas envolvidos no mesmo movimento vêm sofrendo pressões e atentados por parte dos acusados, de forma direta ou indireta, tendo sido tal situação retratada pela matéria jornalística de fl. 705, onde a denunciada afirma que todos aqueles que a denunciaram vão “pagar no fim por tudo o que estão fazendo”. A ameaça proferida pela denunciada está expressa, apesar de não explicitar de que forma aqueles que a ele se opõem irão ‘pagar’. (Grifos também no original).

Assim, mais que demonstrado está o perigo que a liberdade dos réus representa para o bom andamento do processo, cabendo ressaltar que, não obstante já ter sido ultrapassada a fase instrutória, deve ser decretada a prisão dos réus para garantir que as testemunhas, quando de sua oitiva em plenário, possam prestar depoimentos tranquilos e seguros, livre das ameaças e pressões dos réus”.

A paciente, então recorrida, contra-arrazoou o recurso, afirmando seu direito de responder ao processo em liberdade (fls. 61/72).

O recurso logrou provimento, por meio de acórdão assim ementado (fl. 153):

“Ementa — Recursos em sentido estrito interpostos da sentença de pronúncia que deixou de decretar a prisão preventiva dos réus.

Pronunciados integrantes do Sindicato dos Taxistas, sendo certo que a vítima é participante ativa do movimento Diárias Nunca Mais. FAC's crivadas de anotações. Violado, pelo Dr. Juiz Sentenciante, o comando do art. 408, §

2ª, do Código de Processo Penal. Provimento dos recursos interpostos pela acusação para decretar as prisões dos pronunciados, determinando, em seu desfavor, a expedição dos competentes mandados de captura.”

O voto-condutor motiva e fundamenta seu convencimento nos seguintes termos (fls. 157/159):

‘Os recorridos estão sendo processados por homicídio qualificado tentado.

Conforme alegam os recorrentes, com a decisão de não decretar a custódia dos réus o douto Juiz singular violou o preceito do art. 408 do Código de Processo Penal, vez que todos têm vários registros criminais em suas folhas de antecedentes. *São portadores de maus antecedentes*. E o referido § 2º do art. citado atribui ao Juiz prolator da pronúncia a *faculdade* de deixar de decretar a prisão dos acusados “se o réu for primário e de *bons antecedentes*” (grifo meu).

Como se pode constatar às fls. 843/846; 849/851 e 997/1.014, as folhas de antecedentes criminais dos réus registram diversas anotações, esta última referente a Ophir, contendo 15, sendo duas condenações transitadas em julgado.

Não poderia, então, a não ser infringindo o comando do art. 408, § 2º, do Código de Processo Penal, deixar o prolator da decisão de decretar-lhes a prisão por ocasião da pronúncia.

A prisão dos recorridos decorre, portanto, da sentença de pronúncia (art. 408, § 1º, do CPP). *Ela constitui efeito natural e necessário desse ato judicial. Aqui a prisão é a regra. A liberdade exceção. Não há, pois, que se invocar o art. 594 do Estatuto Processual Penal, inaplicável à espécie.*

Como se disse, o § 2º, do referido art. 408 do Código de Ritos permite que o Juiz revogue a prisão do réu caso se encontre preso, em sendo primário, de *bons antecedentes*. Mas a disposição legal encerra mera faculdade, não impõe uma obrigação ao Magistrado, vez que emprega a expressão ‘poderá’.

No caso considerado, os réus são comprovadamente portadores de maus antecedentes.

E não se pode perder de vista que estão sendo acusados da prática de crime hediondo, que é insusceptível de fiança e de liberdade provisória (art. 2º, II, da Lei n. 8.072/1990) em relação ao qual vigora o princípio do **periculum libertatis**. *Constitui verdadeiro paradoxo que os acusados aguardem o julgamento em liberdade por crime de tal natureza, onde o agente é, presumidamente, tido como perigoso e a lei, sequer, permite liberdade provisória ou fiança.* (Grifei)

Nesses casos, é irrelevante que os agentes sejam até, eventualmente, primários e de bons antecedentes (o que não é o caso), tenham endereço fixo e possuam ocupação lícita, assim como descabe a discussão a respeito da ocorrência ou não dos pressupostos da custódia preventiva.

Consigne-se, por fim, que a prisão por pronúncia, assim como a prisão em flagrante e a preventiva, não fere o princípio da presunção de inocência, porque se trata de custódia cautelar de natureza processual, não induzindo culpa.”

Equivoca-se, em sua interpretação literal, a Quarta Câmara Criminal.

A coarctação da liberdade é medida de exceção (art. 5º, incisos XXXIX, LIV, LVII e LXI, CRFB)

Não há mais espaço, quer na lei, na doutrina, ou na jurisprudência, para concepções que prestigiem a prisão obrigatória, decorrente da sentença de pronúncia.

De natureza processual, há de atender ao interesse do processo e, por conseguinte, detém caráter essencialmente cautelar, razão pela qual depende de fatos objetivos, concretos e atuais, tendentes a determinar a sua adoção, como medida de necessidade e conveniência instrumental.

Roberto Delmanto Júnior, sobre o tema, leciona:

“O § 2º do art. 408 do Código de Processo Penal tem a seguinte redação:

‘Se o réu for primário e de bons antecedentes, poderá o juiz deixar de decretar-lhe a prisão ou revogá-la, caso já se encontre preso’”.

Interpretando-se literalmente o artigo de lei acima transcrito, ou o acusado já está preso provisoriamente, quando proferida a pronúncia, não havendo, então, a necessidade da decretação desta outra modalidade de prisão, desde que continuem presentes os motivos autorizadores da prisão preventiva, ou está respondendo em liberdade e é, automaticamente, recolhido ao cárcere, bastando que seja reincidente ou que tenha maus antecedentes.

Nesta última situação, ou seja, tendo o acusado respondido a esta fase do processo em liberdade, parece-nos estreme de dúvida que, com a promulgação da Constituição da República de 1988, e com a ratificação interna do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que garantem não só a desconsideração prévia de culpabilidade, mas também a presunção de inocência, esta modalidade de prisão provisória tornou-se *inaplicável*.

É que toda prisão provisória, para não se confundir com punição antecipada, tem que ser cautelar, ou seja, há que se fundamentar na necessidade de preservar o bom andamento da instrução criminal (cautela instrumental) ou na imperiosidade de se garantir sua eficácia (cautela final).

O que ocorre, na espécie, é que o simples fato de o acusado ser reincidente ou não possuir bons antecedentes não tem o condão de justificar, cautelarmente, a sua prisão”.

(**Roberto Delmanto Júnior**, “As Modalidades de Prisão Provisória e seu Prazo de Duração”, 2ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2001)

Além disso, a paciente e, bem assim, os demais co-réus, não impuseram nenhum óbice à instrução processual.

Registra o Magistrado que compareceram a todos os atos para os quais foram convocados e, a despeito da matéria jornalística referida pelo representante do *Parquet*, não estão presentes os requisitos cautelares necessários para autorizar a excepcionalidade.

De outra parte, a folha de antecedentes relativa à paciente mostra, além do registro original deste feito, apenas uma condenação, ainda não transitada em julgado, por infração de pequeno potencial ofensivo, prevista no art. 140 do Código Penal (fls. 171/174).

Descabe, por conseguinte, a presunção de periculosidade, nascida da hediondez do crime, senão como indevido juízo prévio de condenação, decorrente do homicídio pelo qual ela está a responder.

As decisões judiciais devem ser coerentemente motivadas e fundamentadas, sob pena de nulidade (art. 93, IX, CRFB).

A jurisprudência deste Tribunal é assente quanto ao caráter cautelar da prisão por pronúncia, destacando-se:

“HC. Penal e Processual Penal. Homicídio qualificado. Pronúncia. Desclassificação para lesão corporal seguida de morte. Ausência de **animus necandi**. Inviabilidade de sua apreciação, em sede de **habeas corpus**. Liberdade provisória cassada em segundo grau, com fundamento unicamente na hediondez do delito. Não-demonstração concreta dos requisitos autorizados da medida extrema. Constrangimento ilegal. Concessão parcial da ordem.

A pretensão de desclassificação do crime de homicídio qualificado, à alegação de inexistência de intenção de matar, importa em exame aprofundado de provas, inviável na via perfunctória do **habeas corpus**.

Acórdão que, para reformar decisão monocrática concessiva de liberdade provisória, não demonstra de forma concreta a configuração dos pressupostos autorizadores da custódia cautelar (art. 312 do CPP), limitando-se a fazer referência à hediondez do delito, circunstância insuficiente, por si só, para a decretação da prisão provisória. Precedentes.

Ordem concedida parcialmente.”

(HC n. 30.417/SP, Relator o Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ de 24.11.2003, p. 342)

“**Habeas corpus.** Direito Processual Penal. Prisão por pronúncia. Motivação. Necessidade. Regra geral.

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

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

3. A prisão por pronúncia, que é de natureza cautelar, obrigatória de forma absoluta no regime legal anterior, pode não ser mantida ou não ser decretada, em se cuidando de réu primário e de bons antecedentes, dêz que ausentes os motivos da prisão preventiva, elencados no art. 312 do Código de Processo Penal.

4. Deve o juiz, no próprio da questão cautelar, por força mesmo das normas insertas no § 2º do art. 408 do Código de Processo Penal e no inciso IX do art. 93 da Constituição da República, decidir fundamentadamente a prisão ou a liberdade do imputado, pena de nulidade.

5. Em se reproduzindo, para além da inócua alusão a “que a presença física do increpado é indispensável aos trabalhos em Plenários”, meramente expressões e termos legais, indubitavelmente insuficientes ao atendimento do imperativo constitucional da motivação das decisões judiciais, garantia da liberdade contra o abuso e indispensável ao exercício do direito de defesa conseqüente à presunção de inocência, faz-se manifesta, em sede de pronúncia, a caracterização do constrangimento ilegal.

6. Ordem concedida.”

HC n. 24.087/SP, Relator o Ministro Hamilton Carvalhido, DJ de 30.06.2003, p. 316)

Do contraponto entre o aresto impugnado, que consagra a prisão por pronúncia como regra, e a decisão monocrática, que a enfatiza como exceção, expresse minha convicção quanto ao acerto desta última.

A liberdade é regra de vida e convivência social.

Inexistindo motivação suficiente para autorizar a custódia cautelar da paciente, de rigor a preservação de sua liberdade, até o julgamento perante o Tribunal do Júri.

Posto isso, *concedo* a ordem.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Fontes de Alencar: Senhor Presidente, a nossa jurisprudência é no sentido de que se o acusado por prática de crime da competência do Tribunal do Júri encontra-se solto durante o desenvolvimento do processo, assim permanece.

Por outro lado, é assentado nesta Corte que, ainda que possa surgir a prisão cautelar no campo da pronúncia propriamente dita, é preciso que seja demonstrada a necessidade de tal prisão.

Acompanho o voto do Senhor Ministro-Relator, concedendo a ordem de **habeas corpus**.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Presidente): Senhores Ministros, o voto do Ministro Paulo Medina reflete, como bem acabou de acentuar o Ministro Fontes de Alencar, a jurisprudência da Casa.

Na verdade, tendo respondido o paciente em liberdade a toda a ação penal, claro que é possível decretar-se a prisão por ocasião da pronúncia, mas há que se demonstrar a necessidade da medida de segregação, como exceção que é.

Por tal motivo, numa expressão muito feliz do eminente Dr. Régis Fernando de Oliveira, que se encontra presente a esta sessão, que foi mestre e líder de todos nós, magistrado brilhante no exercício da jurisdição e da política associativa, há a exigência de uma releitura dos arts. 408 e 594, que temos procurado fazer. Não existe mais prisão obrigatória desde 1967.

Diante da expressa determinação da Constituição Federal, a prisão cautelar há sempre que estar ligada à necessidade. Não demonstrada, evidentemente, ocorre o constrangimento.

Acompanho o voto do Ministro-Relator, concedendo a ordem de **habeas corpus**.

HABEAS CORPUS N. 32.468 — MS (2003/0229430-8)

Relator: Ministro Paulo Medina

Impetrante: Adyr Sebastião Ferreira

Advogados: Rogerio Avelar e outros

Impetrada: Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

Paciente: Sérgio José Scalassara

EMENTA

Penal. Processual Penal. Acórdão. Omissão. Inexistência. Alegação de inépcia da denúncia. Superveniência de sentença condenatória. Arts. 305 e 356 do CP. Princípio da especialidade. Desclassificação. Alegação de equívoco quanto aos critérios na dosimetria. Questão que não foi objeto de apelação. Ausência de exame pelo tribunal **a quo**. Regime prisional. Fundamentação suficiente. Maus antecedentes. Exame de prova. Dilação probatória.

Inexiste omissão no acórdão que, a despeito de não fazer referência expressa a todos os argumentos apresentados pelo recorrente, aprecia de forma clara a questão posta, apresentando os fundamentos para o não-acolhimento do recurso.

Proferida a sentença condenatória, resta superada a alegação de inépcia da denúncia.

Vislumbra-se o conflito aparente de leis a ser solucionado pela incidência do princípio da especialidade quando as normas aplicáveis estão em uma relação de geral para especial, enquadrando-se o fato, à primeira vista, em ambos os preceitos incriminadores.

Por incidência do princípio da especialidade, comete o crime do art. 356 do Código Penal, e não o do art. 305 do mesmo diploma legal, o agente que, após receber carga dos autos, na qualidade de advogado da parte, retira folha de petição que anteriormente protocolara, já integrante dos autos de processo cível, substituindo-a por outra contendo requerimento diverso do original, para que, caso não haja a retratação judicial pretendida, o pedido seja recebido como agravo.

Não se conhece de **habeas corpus** quanto a questões que não foram submetidas a exame pelo Tribunal **a quo**, sob pena de supressão de instância e malferimento da repartição constitucional de competências.

Inexiste constrangimento ilegal decorrente da fixação, devidamente fundamentada, de regime mais gravoso com base na análise desfavorável das circunstâncias judiciais.

Inviável a apreciação, na via do **habeas corpus**, ação de rito sumário, de alegação que demande aprofundado exame sobre matéria de prova e dilação probatória.

Habeas corpus de que se conhece parcialmente, e que se concede em parte, para, efetuada a desclassificação da conduta, considerando-se como configurado o crime do art. 356 do CP, reduzir a pena privativa de liberdade. Em consequência disso, diante da nova pena aplicada, reconhecida a prescrição da pretensão punitiva e declarada a extinção da punibilidade, de acordo com o art. 61, **caput**, do CPP.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 13 de abril de 2004 (data do julgamento).

Ministro Paulo Medina, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Medina: Trata-se de **habeas corpus**, com pedido de liminar, impetrado em favor de Sérgio José Scalassara, contra acórdão proferido pela Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul.

O paciente foi condenado, em primeira instância, à pena de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial semi-aberto, e ao pagamento de 100 (cem) dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 305 do Código Penal.

A Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, em sede de apelação, e posteriormente em embargos declaratórios, confirmou a sentença condenatória.

No presente *writ*, alega-se, em síntese:

a) nulidade do acórdão proferido em embargos declaratórios, por ausência de prestação jurisdicional, visto que não teriam sido abordados todos os pontos objeto do recurso;

b) erro de tipificação, pois, apesar de verificada, em primeira e segunda instâncias, a presença dos elementos configuradores do delito previsto no art. 356 do Código Penal (sonegação de papel ou objeto de valor probatório), concluiu-se, sem observância do princípio da especialidade, pela ocorrência do crime do art. 305 do mesmo diploma legal (supressão de documento);

c) atipicidade da conduta, visto que a folha de papel suprimida, que não teria função probatória ou de amparar qualquer pretensão, compunha petição de defesa, não constituindo documento, e muito menos documento público, e foi imediatamente restaurada e juntada aos autos, sem gerar qualquer prejuízo;

d) equívoco na dosimetria da pena e na fixação do regime prisional, em razão da ausência de análise objetiva das circunstâncias judiciais e da consideração indevida da existência de maus antecedentes em relação ao paciente.

Pugna-se, destarte, pela concessão da ordem, para que seja:

a) reconhecida a nulidade do feito, por ausência de prestação jurisdicional;

b) declarada a inépcia da denúncia;

c) reconhecida a improcedência do pedido condenatório, em virtude da não-configuração dos delitos dos arts. 305 e 356 do Código Penal;

d) ou, ainda, realizada a correta adequação do tipo, considerando-se o delito previsto no art. 356 do Código Penal, com a observância da inexistência de maus antecedentes em relação ao paciente.

O pedido de liminar foi indeferido (fls. 493/495).

O Ministério Público Federal opina pelo conhecimento parcial do **habeas corpus** e, quanto a esta parte, pela sua denegação (fls. 499/503).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Medina (Relator): Cinge-se o presente *writ* às alegações de nulidade do acórdão dos embargos declaratórios, erro quanto à tipificação da conduta praticada, não-configuração dos delitos previsto nos arts. 305 e 356 do Código Penal e deficiência de fundamentação quanto à fixação da pena.

Pugna-se, pois, pela decretação da nulidade do feito, diante da ausência de prestação jurisdicional, pelo reconhecimento da inépcia da denúncia, pela declaração de improcedência do pedido condenatório, ou pela realização da correta adequação do tipo, considerando-se o delito previsto no art. 356 do Código Penal, com a observância da inexistência de maus antecedentes em relação ao paciente.

Destaque-se, inicialmente, que a fundamentação concisa do **decisum**, desde que haja indicação clara dos motivos determinantes do convencimento do julgador, não rende ensejo à nulidade.

Com efeito, inexistente omissão no acórdão que, a despeito de não fazer menção expressa a todos os argumentos apresentados pelo recorrente, aprecia de forma clara a questão posta, apresentando os fundamentos para o não-acolhimento do recurso.

Ademais, observe-se que, proferida a sentença condenatória, resta superada a alegação de inépcia da denúncia, conforme se pode inferir do seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal:

“**Habeas corpus.**

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

— Não é o **habeas corpus**, pelo seu rito sumário, o meio processual hábil para o reexame aprofundado dos fatos e das provas necessário para a

formação de juízo de valor sobre suspeição por duas vezes afastada na ação penal.

— Improcedência da alegação de os termos da pronúncia e do acórdão que a manteve terem sido capazes de determinar o convencimento do Tribunal do Júri”. (HC n. 73.594/SP, Primeira Turma, Relator Ministro Moreira Alves, DJ de 06.12.96)

E, ainda, o precedente do Superior Tribunal de Justiça:

“**Habeas corpus.** Estelionato e formação de quadrilha. Inépcia da denúncia. Liberdade provisória. Excesso de prazo. Sentença. Prejudicado.

1. Prolatada a sentença condenatória, não há mais falar em inépcia da denúncia, pois seus eventuais defeitos ou irregularidades foram atingidos pela preclusão, de modo que, já agora, contra a sentença é que deve se insurgir (Precedentes do STF e do STJ).

2. Julgada procedente a ação penal, incabe falar em liberdade provisória, constituindo-se a sentença condenatória recorrível no título legal da prisão do réu.

3. Superado o alegado constrangimento ilegal com a edição da sentença condenatória, fica prejudicada a alegação de excesso de prazo na formação da culpa.

4. Pedido prejudicado.” (HC n. 12.014/PE, Sexta Turma, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, DJ de 13.08.2001)

Por outro lado, é de ser analisada a questão relativa à correta tipificação da conduta praticada pelo paciente, tal como delineada em primeiro e segundo graus de jurisdição.

Em primeira instância, foi o paciente condenado à pena de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial semi-aberto, e ao pagamento de 100 (cem) dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 305 do Código Penal. Destaco os seguintes trechos da sentença condenatória:

“O conjunto probatório carreado, em especial os depoimentos colhidos em juízo, deixa evidente que o requerido, atuando como advogado, suprimiu uma folha de um processo cível que tramitava perante este juízo, colocando uma outra em seu lugar, com conteúdo diverso, com intuito de beneficiar seu cliente.

(...)

O que se vê da prova amealhada é que o requerido teve carga do processo cível supramencionado e, vendo que esquecera de formular um pedido de recurso na petição de fls. 83/88 que havia, anteriormente, protocolizado, resolveu alterar a última folha da mencionada petição, fazendo constar que,

caso não houvesse a retratação judicial pretendida, o pedido fosse recebido como agravo. Ocorre que ele não previu que a outra parte na ação civil havia tirado fotocópia de todo o processo e contava com a petição de fls. 83/88, na forma como ela foi apresentada originariamente. Mais azar teve o requerido porque não contava com a astúcia e atenção de um funcionário do Juízo que, assim que os autos foram por ele restituídos no cartório, percebeu que a mencionada folha de n. 88 estava sem a assinatura da escrevente, que é lançada em todas as folhas, juntamente com a numeração do processo.

(...)

A argumentação do demandado, no sentido de que o fato narrado na denúncia enquadra-se na figura típica prevista no art. 356 do Código Penal e não na do art. 305 do mesmo **codex**, como foi lançado na inicial, também improcede.

O mencionado art. 305 do CP estabelece:

‘Destruir, suprimir ou ocultar, em benefício próprio ou de outrem, ou em prejuízo alheio, documento público ou particular verdadeiro, de que não podia dispor:

Pena — reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa, se o documento é particular’.

No caso dos autos, ficou patente que o requerido suprimiu, ocultou, fez desaparecer, uma das folhas de um processo cível que tramitava neste Juízo, ou seja, um documento público, com a manifesta intenção de beneficiar outrem, qual seja, o seu cliente.

O ato praticado revela-se uma autêntica falsidade e não apenas um crime contra a administração da justiça. Por esta razão não há a incidência do disposto no art. 356 do Código Penal, o qual está inserido no capítulo que versa sobre as falsidades.

Teria o requerido cometido o delito do art. 356 do Código Penal se o seu ato tivesse consistido em inutilizar uma das folhas do processo que recebeu na qualidade de advogado. Mas, no caso presente, ele foi além. Não só inutilizou uma das folhas do processo, como colocou outra com conteúdo diverso em seu local, com o manifesto interesse de beneficiar outrem, ou seja, o seu cliente. Assim, não há dúvida de que o fato por ele praticado enquadra-se perfeitamente no dispositivo legal inserido na denúncia.” (Fls. 68/72)

A Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, em sede de apelação, confirmou a sentença condenatória, destacando-se o seguinte trecho do voto condutor do julgamento do referido recurso:

“Assim, caracterizado está o delito do art. 305 do Código Penal, uma vez que, conforme o próprio apelante afirmou, após ter-se esquecido de solicitar que a petição fosse recebida como agravo, resolveu retirar a folha e colocar outra no lugar, adulterando o pedido constante da petição já protocolada e que fazia parte do processo, para visar ao benefício do seu cliente.

É improcedente a alegação de que o delito não se consumou porque o documento suprimido era substituível e não tinha valor probatório, por se tratar de uma petição do próprio advogado, pois apesar de se tratar de uma petição assinada pelo advogado, essa já fazia parte do processo e dela o apelante não podia dispor.

Ora, se o documento fosse substituível como a defesa pretende fazer crer, o apelante simplesmente poderia tê-lo substituído pelas vias legais, ou seja, peticionando nos autos para requerer a substituição em vez de fazer carga do processo, retirar a folha e a substituir por outra com alteração no pedido, visando à obtenção de um recurso não requerido anteriormente.

Da mesma forma é insustentável a alegação de não-consumação do delito porque se tratava de petição do próprio apelante e que não houve benefício resultante de sua ação.

Segundo a doutrina qualquer pessoa pode cometer o delito de supressão de documento, não se excluindo o seu proprietário, quando não podia dele dispor (**Mirabete**, ‘Código Penal Interpretado’, 2ª ed., p. 1.870).

Além do que, o delito se consuma com a destruição, supressão ou ocultação do documento, não se exigindo a ocorrência do fim visado.

Portanto, caracterizada está a prática do delito de supressão de documento, não se podendo falar, no presente caso, em relação de especialidade entre o art. 356 do CP” (Fls. 129/130)

Opostos embargos declaratórios, foram os mesmos rejeitados, em acórdão do qual destaco o seguinte trecho:

“O que embasou a condenação no art. 305 do Código Penal foi a premissa de que esse crime também pode ser praticado por advogado.

Assim, se o embargante suprimiu documento dos autos, o fato de ser ele advogado não afasta a tipicidade do art. 305, visto que sua conduta buscava benefício próprio e de outrem em prejuízo à fé pública.

Sem fundamento também é a alegação de que o fato de que o acórdão ter se utilizado do termo proprietário e não autor do documento importa em obscuridade e contradição na conclusão de que o documento era insubstituível.

A não-possibilidade de substituição do documento, conforme devidamente esclarecido no acórdão, não se deu em face de o embargante ser o seu proprietário ou seu autor, mas sim no fato de que esse documento era parte integrante dos autos e não mais podia ser suprimido ou alterado.

A alegação de obscuridade contradição na conclusão de que, embora o teor do documento suprimido fosse efetivamente conhecido por todos, houve o crime de supressão de documento.

Ora, a supressão efetivamente ocorreu, tanto que o documento original não mais foi encontrado. Assim, se o seu teor se tornou conhecido em face de a parte contrária, antes da conduta criminosa do embargante, ter retirado cópia integral dos autos, tornou-se explícito também o crime praticado.

E, conforme muito bem esclarecido no acórdão atacado, para a caracterização do crime do art. 305 do Código Penal não há a necessidade da obtenção do fim desejado. Assim, ainda que o embargante não tenha obtido o fim desejado, qual seja, o de beneficiar seu cliente, a sua conduta foi apta para tanto subsumindo o tipo penal imputado.” (Fl. 147)

Conforme se pode concluir da leitura dos trechos transcritos, a conduta praticada pelo paciente foi a seguinte: após receber carga dos autos, na qualidade de advogado, e com a intenção de beneficiar seu cliente, retirou folha de petição que anteriormente protocolara, já juntada aos autos de processo cível, substituindo-a por outra contendo requerimento diverso do original, para que, caso não houvesse a retratação judicial pretendida, o pedido fosse recebido como agravo.

Este fato não tem divergência nos autos; está acorde a prova e, portanto, é, de rigor, possível examinar a matéria, pois sua complexidade se circunscreve apenas na seara do Direito.

*Questões jurídicas complexas e divergentes, quando discutem o fato pacificado e uniforme nos autos do processo, não estão a obstaculizar o conhecimento do **habeas corpus**.*

Diante da comprovação de tal fato, o magistrado sentenciante e a Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul concluíram pela configuração do delito previsto no art. 305 do Código Penal.

Assim dispõe tal dispositivo:

“Supressão de documento

Art. 305. Destruir, suprimir ou ocultar, em benefício próprio ou de outrem, ou em prejuízo alheio, documento público ou particular verdadeiro, de que não podia dispor:

Pena — reclusão, de dois a seis anos, e multa, se o documento é público, e reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é particular.”

Veja-se o que ensina **Luiz Regis Prado** quanto ao referido delito:

“O bem jurídico posto sob tutela é a fé pública, no que toca à segurança dos documentos como meio de prova. Com efeito, quem suprime, definitiva ou temporariamente, um documento útil à demonstração de um fato ou circunstância juridicamente relevante frustra um elemento de certeza e segurança nas relações jurídicas e, pois, turba a fé pública.

Sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa. Trata-se de crime comum, portanto.

(...)

Sujeito passivo é o Estado, a coletividade titular do bem jurídico (fé pública) lesado. Poderá haver um sujeito passivo eventual, na pessoa de quem for diretamente prejudicado pela conduta do agente.

(...)

Trata-se de tipo autônomo, misto alternativo, anormal e incongruente.

Incrimina-se as ações de destruir, suprimir ou ocultar. É crime de ação múltipla, também denominado de conduta variada alternativa. Qualquer uma das ações descritas o realiza. É Também delito de forma livre, já que por diversas formas se pode destruir (queimando, espicaçando, dissolvendo em líquido etc.), suprimir ou ocultar.

As três ações enumeradas no tipo poderiam perfeitamente ser reduzidas a uma única, suprimir, que dá nome à rubrica lateral do crime — supressão de documento — e só a cautela do legislador, receoso de veleidades de interpretação, justifica a menção também a destruir e ocultar.

Realmente, as ações de destruir e ocultar, embora se distingam entre si, porquanto a primeira tem o sentido de extinguir, de desfazer de inutilizar (o que pode se dar por diversas formas, como a combustão, a corrosão com ácido, e até pela ingestão do papel), e a segunda significa esconder, subtrair à vista, sem, contudo, destruir, não mais que espécies do gênero suprimir, que significa fazer desaparecer, excluir. Podendo a supressão ser definitiva ou temporária, tanto é sinônimo de destruir quanto de ocultar.

São indiferentes, desde que idôneos, os modos pelos quais o agente obtém o resultado. Qualquer que seja o processo ou o meio por ele empregado, de qualquer forma, havendo a supressão, destruição ou ocultação do documento,

configura-se o crime.” (**Prado, Luiz Regis**, “Curso de Direito Penal Brasileiro”, Volume 4: Parte Especial: arts. 289 a 359-H, pp. 273/274, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001)

Trata-se, pois, de crime comum, passível de ser cometido por qualquer pessoa.

O delito é de ação múltipla e forma livre, restando configurado com a prática de qualquer das ações previstas na norma incriminadora, realizadas pelas mais variadas formas.

Destaque-se, ainda, que as ações de “destruir” e “ocultar”, apesar de serem distintas, constituem espécies do gênero “suprimir”, que deve ser entendido como excluir, fazer desaparecer.

Por fim, o objeto jurídico do crime de supressão de documento é a fé pública, tendo o legislador tido por finalidade a preservação de documentos que, por serem necessários à demonstração de fatos ou circunstâncias juridicamente relevantes, trazem certeza e segurança às relações jurídicas.

Quanto ao art. 356 do Código Penal, assim se encontra o mesmo redigido:

“Sonegação de papel ou objeto de valor probatório

Art. 356. Inutilizar, total ou parcialmente, ou deixar de restituir autos, documento ou objeto de valor probatório, que recebeu na qualidade de advogado ou procurador:

Pena — detenção, de seis meses a três anos, e multa.”

Ao contrário do delito de supressão de documento, cuida-se de crime próprio, só podendo ter como sujeito ativo o advogado ou procurador judicial.

É delito característico dos profissionais da advocacia que, valendo-se da relação de fidúcia decorrente do exercício da profissão, recebem autos, documento ou objeto de valor probatório, e realizam a conduta descrita na norma.

Resta configurado o delito do art. 356 do CP quando o agente inutiliza, ou seja, torna inútil, imprestável, total ou parcialmente, ou deixa de restituir, sonega, autos, documento ou objeto de valor probatório, que tenha recebido na qualidade de advogado ou procurador, circunstância essa indispensável para a caracterização do crime.

Ademais, o bem jurídico aqui tutelado é a administração da justiça. Busca-se, destarte, proteger o regular desenvolvimento da atividade judiciária, evitando-se que a violação dos deveres profissionais pelo advogado ou procurador acarrete equívocos no processamento e julgamento do feito.

Para a elucidação do tema, valho-me mais uma vez da lição de **Luiz Regis Prado**:

“A sonegação, subtração, ou inutilização de documentos é tipificada em diversos capítulos da Parte Especial do Código Penal, de acordo com a natureza do bem jurídico tutelado. Quando aquelas condutas são perpetradas por advogado ou procurador, e têm por objeto material papel ou objeto de valor probatório, há inequívoca ofensa à administração da justiça.

(...)

O bem jurídico protegido é a administração da justiça. A sonegação de papel ou objeto de valor probatório importa em grave menoscabo à potestade judicial pública, particularmente no que respeita ao normal desenvolvimento de sua atividade e na execução das providências de seus órgãos. Atenta-se, portanto, contra o regular funcionamento da atuação judicial e contra a administração correta da justiça, prejudicando-a em sua realização prática e ofendendo o prestígio e a confiança que deve inspirar.

Busca-se, em síntese, evitar a inutilização ou a não-restituição de papel ou objeto de valor probatório pelo advogado que conduza ao falseamento da prova e, de conseqüência, a equívocos de apreciação e julgamento. Tutela-se, assim, o interesse da administração da justiça em sentido lato, resguardando-a da violação aos deveres profissionais pelo advogado ou procurador, a fim de que ‘as soluções se inspirem na verdade do fato, para exata aplicação da lei’.

Sujeito ativo do delito em exame é somente o advogado ou o procurador judicial (crime próprio). O crime previsto no art. 356 não se confunde com aquele inculcado no art. 305 do Código Penal (supressão de documento). Este último — inserido entre os delitos contra a fé pública (Título X, Capítulo III) — consiste na destruição, supressão ou ocultação — por qualquer pessoa — em benefício próprio ou de outrem, ou em prejuízo alheio, de documento público ou particular verdadeiro, de que não podia dispor. Sujeitos passivos são o Estado e a pessoa — física ou jurídica — prejudicada pela inutilização ou sonegação.

(...)

Indispensável que o objeto material tenha sido entregue ao sujeito ativo em virtude da qualidade de advogado ou procurador judicial, antes, durante ou depois de iniciado o processo. Noutra dizer: o tipo requer, expressamente que ao agente tenha sido confiado — em razão de sua profissão — o objeto material, seja por funcionário da justiça, seja por particular. A prévia instauração do processo judicial é indiferente, salvo em se tratando de autos.” (Prado, Luiz Regis, “Curso de Direito Penal Brasileiro”, Volume 4: Parte Especial: arts. 289 a 359-H, pp. 782-783, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001)

Ainda sobre tal dispositivo, observa **Paulo José da Costa Jr.**:

“A sonegação, a inutilização ou a subtração de documentos foram incriminadas em diversos dispositivos da Parte Especial, consoante o bem jurídico tutelado. Aqui, foi prevista a conduta do advogado ou procurador que, abusando de sua profissão, atenta contra a administração da justiça, inutilizando os autos recebidos, ou não os devolvendo.” (**Costa Jr., Paulo José da**, “Comentários ao Código Penal”, p. 1.141, 7ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2002)

Vislumbra-se o conflito aparente de leis a ser solucionado pela incidência do princípio da especialidade quando as normas aplicáveis estão em uma relação de geral para especial, enquadrando-se o fato, à primeira vista, em ambos os preceitos incriminadores.

Veja-se, acerca do tema, o que ensina **Rogério Greco**:

“Pelo princípio da especialidade, a norma especial afasta a aplicação da norma geral. É a regra expressa pelo brocardo **lex specialis derogat generali**. Em determinados tipos penais incriminadores há elementos que os tornam especiais em relação a outros, fazendo com que, havendo uma comparação entre eles, a regra contida no tipo especial se amolde adequadamente ao caso concreto, afastando, desta forma, a aplicação da norma geral. Na lição de **Assis Toledo**, ‘há pois em a norma um especial *plus*, isto é, um detalhe a mais que sutilmente a distingue da norma geral’” (**Greco, Rogério**, “Curso de Direito Penal”, Parte Geral, 2ª edição, pp. 30/31, Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2002)

Na hipótese dos autos, o conflito aparente de normas é solucionado pela especialidade do art. 356 do CP em relação ao art. 305 do mesmo diploma legal.

Nesse sentido é o entendimento consagrado pela doutrina pátria:

“O crime previsto no art. 356 é especial em relação ao art. 305 do CP (supressão de documento), ou seja, se a supressão ou destruição é realizada por advogado, incide este no art. 356, que é norma de caráter especial.” (**Prado, Luiz Regis**, “Comentários ao Código Penal”, 2ª edição, p. 1.165, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003)

“A norma do art. 356 é especial em relação à do art. 305 do Código Penal. Cometida a supressão de documento por advogado, aplica-se a norma especial e não a referente ao delito genérico. No sentido do texto: RT, 403:83 e 529:310; RTJ, 110:1053.” (**Jesus, Damásio E. de**, “Código Penal Anotado”, 6ª edição, p. 946, São Paulo: Editora Saraiva, 1996)

“O art. 356 é crime especial em relação aos art. 305 e 337. Assim, tratando-se de advogado, a destruição, supressão ou ocultação de autos ou documento probatório caracteriza o ilícito em questão e não o previsto no capítulo dos crimes de falsidade ou contra a Administração em geral.” (**Mirabete, Julio Fabbrini**, “Código Penal Interpretado”, 3ª edição, p. 2.316, São Paulo, Editora Atlas, 2003)

Com efeito, comete o crime do art. 356 do Código Penal o agente que inutiliza, total ou parcialmente, autos, que recebera na qualidade de advogado ou procurador.

Inutilizar, como ensina **Luiz Regis Prado**, “significa tornar inútil ou imprestável ao fim a que se destina, por qualquer modo ou meio”, já que se trata de crime de forma livre. Por “autos”, ainda segundo o mencionado autor, “entende-se o conjunto de peças ou volumes que integram um determinado processo, cível, criminal ou trabalhista (v.g., petições, procurações, articulados, termos, elementos instrutivos, arrazoados, sentença etc.)” (**Prado, Luiz Regis**, “Curso de Direito Penal Brasileiro”, Volume 4: Parte Especial: arts. 289 a 359-H, pp. 782/783, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001).

Praticou o paciente, portanto, o crime previsto no art. 356 do Código Penal, visto que, após receber carga dos autos, na qualidade de advogado da parte, retirou folha de petição que anteriormente protocolara, já integrante dos autos de processo cível, substituindo-a por outra contendo requerimento diverso do original, para que, caso não houvesse a retratação judicial pretendida, o pedido fosse recebido como agravo.

Trata-se, pois, de peça juridicamente relevante, delimitadora do requerimento ali efetuado, parte integrante de autos de processo cível, que teve o seu conteúdo substancialmente modificado, tornando-se imprestável para o fim a que se destinava.

Ademais, o modo como praticado o crime, com a substituição de uma folha por outra com teor diverso, não induz à configuração do crime do art. 305 do CP, pois, sendo de forma livre o delito do art. 356, esta é apenas uma das maneiras de como o mesmo pode ser cometido.

Ressalte-se, outrossim, que para a configuração do crime do art. 356 do CP basta o dolo genérico de inutilizar ou deixar de restituir autos, documento ou objeto de valor probatório, não importando o fim específico visado pelo autor.

O fato de o paciente haver tido a intenção de beneficiar seu cliente não faz com que incida a norma do art. 305 do CP, sobretudo em razão de ter sido a conduta praticada por advogado, atuando nessa condição, elemento ensejador da especialidade, em nítida violação ao interesse da administração da justiça.

Tal conduta, ressalte-se, causou evidente dano à administração da justiça, não podendo ser ilidido o prejuízo pelo posterior conhecimento do real teor da peça original, o que só veio a ser verificado em virtude de haver a outra parte obtido fotocópia de todo o processo.

Diante disso, necessário seja efetuada a correta classificação da conduta praticada pelo paciente, com a aplicação da pena correspondente, levando-se em consideração, desta feita, o crime previsto no art. 356 do Código Penal.

Todavia, antes de efetuar-se o novo cálculo, deve-se passar à análise das questões referentes à alegação de equívoco na dosimetria da reprimenda e na fixação do regime prisional, por ausência de análise objetiva dos elementos integrantes da sua fixação e indevido reconhecimento de maus antecedentes.

A alegação de erro quanto aos critérios utilizados na dosimetria da pena, por ausência de análise objetiva dos elementos da fixação da reprimenda, em específico, não foi sequer suscitada no recurso de apelação, razão pela qual deixou de ser apreciada pelo Tribunal **a quo**, conforme restou destacado no voto condutor do acórdão dos embargos declaratórios:

“Com relação à alegada ausência de análise objetiva de cada elemento integrante da fixação da pena e do regime prisional, insta anotar que o embargante não se insurgiu em seu apelo contra a dosimetria (fls. 301/306), aplicando-se o princípio **tantum devolutum quantum appellatum**. Portanto, inviável e desprovida de fundamento é a alegação de que o acórdão foi omissivo quanto à análise objetiva dos elementos do art. 59 do Código Penal, se essa matéria não foi objeto de impugnação por ocasião da apelação criminal.”

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente quanto à inviabilidade de **habeas corpus** quando a impetração funda-se em questão que não foi analisada pelo Tribunal **a quo**, para que não ocorra supressão de instância, e em observância da repartição constitucional de competências.

A propósito, destaco:

“**Habeas corpus**. Tráfico. Ausência de provas a justificar a ação penal. Inviável nesta via o exame aprofundado do conjunto probatório. Ausência ou deficiência da defesa. Matéria não apreciada pelo Tribunal **a quo**. Supressão de instância.

Não há como, na via estreita do **habeas corpus**, examinar profundamente todo o acervo probatório de forma a atestar a inocência ou ausência de provas a corroborar a condenação criminal.

Questão não debatida, seja em sede de apelação criminal, seja em sede de *writ* originário, pelo Tribunal **a quo** não pode ser conhecida por esta Corte sob pena de supressão de instância.

Writ parcialmente conhecido e, nesta parte, denegado. Remessa dos autos ao egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.” (HC n. 17.128/SP Quinta Turma, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ de 22.10.2001)

“**Habeas corpus**. Crime de homicídio qualificado. Tribunal do Júri. Nulidades na quesitação. Matéria não examinada pelo Tribunal de origem nos autos do recurso de apelação criminal ora atacado. Supressão de instância.

1. O objeto deste *writ* não foi examinado pelo Tribunal **a quo** nos autos do recurso de apelação criminal ora atacado. A defesa, na realidade, traz ao conhecimento desta Corte novo argumento na tentativa de desconstituir a sentença condenatória proferida em desfavor da paciente e confirmada pelo Tribunal de Justiça.

2. É inviável o exame de questões não ventiladas perante o Tribunal de origem, sob pena de supressão de instância. Precedentes do STJ.

3. **Habeas corpus** não conhecido.” (HC n. 29.442/MG, Quinta Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ de 13.10.2003)

Observa-se, pois, que o *writ* não comporta conhecimento quanto à referida questão, por não haver sido a mesma objeto de apreciação pelo Tribunal **a quo**.

Por outro lado, quanto à alegação de erro na fixação do regime prisional, seja em virtude da ausência de análise objetiva das circunstâncias judiciais seja em razão da consideração errônea de maus antecedentes, esta sim foi objeto de apreciação pela Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, podendo, assim, ser analisada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Ressalte-se, inicialmente, que o magistrado sentenciante, após efetuar a análise das circunstâncias do art. 59 do Código Penal, concluiu pela impossibilidade de fixar-se o regime menos gravoso para o início do cumprimento da reprimenda pelo paciente.

Destaco os seguintes trechos da sentença:

“Pena-base

Em análise às circunstâncias judiciais contidas no art. 59 do Código Penal, verifico que:

a) o acusado registra péssimos antecedentes criminais, tal como demonstram as certidões de fls. 254, 258, 260 e 262/263, já tendo, inclusive, sido condenado por delito de apropriação indébita;

b) o requerido demonstrou intensa culpabilidade, posto que agiu com dolo direto e com ânimo fortemente voltado à consecução do ilícito, ou seja, agiu deliberadamente com a intenção de beneficiar-se com a falsificação operada;

c) pelo que se percebe, o requerido é detentor de uma personalidade distorcida, posto que, apesar de ter sido investido na nobre função da advocacia, pratica atos que não condizem com o que se espera de um integrante da citada e tão prestigiada classe, prejudicando a efetivação da Justiça e tentando alterar a verdade dos fatos, com o único intuito de fazer prevalecer, acima de tudo, os seus interesses;

d) não há elementos para se auferir a conduta social do acusado, razão pela qual esta circunstância não será analisada;

d) o motivo do crime é altamente reprovável, posto que visava ao requerido obter prazo recursal que havia perdido, em prejuízo da parte contrária na demanda cível, demonstrando elevada deslealdade processual;

e) o delito não trouxe conseqüências, posto que o engodo foi descoberto em tempo de evitar maiores prejuízos; e

f) não há falar em influência positiva ou negativa do comportamento da vítima, no caso dos autos, razão pela qual esta circunstância não será considerada.

Assim, se das oito circunstâncias estabelecidas no art. 59 do Código Penal, ao menos quatro desfavorecem o acusado, hei por bem em fixar as penas-base acima do mínimo legal, em 3 anos e 6 meses de reclusão e pagamento de 100 dias-multa.

Agravantes e atenuantes

Não há nos autos qualquer circunstância agravante ou atenuante a ser considerada.

Assim, na segunda fase de fixação da pena, a reprimenda inicialmente estabelecida fica inalterada.

Causas de aumento e diminuição de pena

Da mesma forma, não há qualquer causa de aumento ou de diminuição de pena a ser aplicada no caso presente.

Pena definitiva

Diante do exposto, fica o réu Sérgio José Scalassara condenado, em definitivo, ao cumprimento das penas de 3 anos e 6 meses de reclusão e pagamento de 100 dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 305 do Código Penal.

(...)

Regime inicial de cumprimento

Em atenção ao disposto no art. 33, § 3º, do Código Penal, e tendo em vista os péssimos antecedentes criminais do acusado, assim como o fato de outras circunstâncias judiciais lhe serem desfavoráveis, fixo o regime semi-aberto para o início do cumprimento da pena, por entender ser esta medida a mais adequada às circunstâncias do presente caso.” (Fls. 73/75)

Por sua vez, assim se pronunciou o Tribunal **a quo**, em sede de apelação, quanto à alegação de equívoco na fixação do regime prisional:

“Melhor sorte não lhe cabe em sua alegação de que a fixação do regime prisional semi-aberto feriu o princípio da individualização da pena, uma vez que não é reincidente e que seus antecedentes não podem ser levados em consideração para tal.

Para imposição do regime, o juiz após analisar as circunstâncias do art. 59 do CP, as quais na sua maioria são desfavoráveis ao apelante, dentre as quais os péssimos antecedentes, entendeu ser aquele o mais adequado ao caso e o fez fundamentando-se no art. 33, § 3º, do Código Penal. Essa decisão não merece nenhum reparo, pois o fato de o apelante ter recebido pena inferior a 4 anos e não ser reincidente não lhe confere o direito subjetivo ao regime aberto, se as circunstâncias judiciais não lhe são favoráveis.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu:

‘A pena não superior a 4 anos aplicada a não reincidente não cria direito subjetivo ao regime aberto, pois são exigidas outras condições para a obtenção do benefício, art. 33, §§ 2º, c, e 3º, e art. 59 do Código Penal’ (DJ de 04.04.1994, p. 910).” (Fl. 130)

Inexiste constrangimento ilegal decorrente da fixação, devidamente fundamentada, de regime mais gravoso com base na análise desfavorável das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

Como se pode observar, o regime prisional, no presente caso, foi estabelecido tendo em vista a análise de todas as circunstâncias judiciais, concluindo-se, fundamentadamente, pela impossibilidade da fixação do regime menos gravoso, tanto em virtude dos antecedentes quanto em razão da apreciação negativa de outras circunstâncias judiciais, quais sejam, a culpabilidade, a personalidade do agente e o motivo do crime.

Passe-se, então, à análise da alegação de que não pode ser considerada a existência de maus antecedentes em relação ao paciente.

No que tange à análise dos antecedentes, destaco os seguintes trechos da sentença condenatória:

“Pena-base

Em análise às circunstâncias judiciais contidas no art. 59 do Código Penal, verifico que:

a) o acusado registra péssimos antecedentes criminais, tal como demonstram as certidões de fls. 254, 258, 260 e 262/263, já tendo, inclusive, sido condenado por delito de apropriação indébita.

(...)

Regime inicial de cumprimento

Em atenção ao disposto no art. 33, § 3º, do Código Penal, e tendo em vista os péssimos antecedentes criminais do acusado, assim como o fato de outras circunstâncias judiciais lhe serem desfavoráveis, fixo o regime semi-aberto para o início do cumprimento da pena, por entender ser esta medida a mais adequada às circunstâncias do presente caso.

Substituição da pena privativa de liberdade

Deixo de aplicar a substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direito, uma vez que os antecedentes criminais, a culpabilidade e a personalidade do acusado não indicam ser essa substituição medida conveniente (inciso III do citado art. 44).” (Fls. 73/75)

Em sede de apelação, assim decidiu o Tribunal **a quo** quanto a tal ponto:

“Melhor sorte não lhe cabe em sua alegação de que a fixação do regime prisional semi-aberto feriu o princípio da individualização da pena, uma vez que não é reincidente e que seus antecedentes não podem ser levados em consideração para tal.

Para imposição do regime, o juiz após analisar as circunstâncias do art. 59 do CP, as quais na sua maioria são desfavoráveis ao apelante, dentre as quais os péssimos antecedentes, entendeu ser aquele o mais adequado ao caso e o fez fundamentando-se no art. 33, § 3º, do Código Penal. Essa decisão não merece nenhum reparo, pois o fato de o apelante ter recebido pena inferior a 4 anos e não ser reincidente não lhe confere o direito subjetivo ao regime aberto, se as circunstâncias judiciais não lhe são favoráveis.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu:

‘A pena não superior a 4 anos aplicada a não reincidente não cria direito subjetivo ao regime aberto, pois são exigidas outras condições

para a obtenção do benefício, art. 33, §§ 2^a, c, e 3^a, e art. 59 do Código Penal' (DJ de 04.04.1994, p. 910)." (Fl. 130)

Inviável a apreciação, na via do **habeas corpus**, ação de rito sumário, de alegação que demande aprofundado exame sobre matéria de prova e dilação probatória.

Como se pode observar, no caso em tela, o magistrado sentenciante, ao considerar a existência de maus antecedentes, mencionou que assim decidia em virtude das "certidões de fls. 254, 258, 260 e 262/263, já tendo, inclusive, sido condenado por delito de apropriação indébita".

A indicação da numeração de tais folhas se refere, obviamente, aos autos do processo original. Inviável, destarte, em sede de **habeas corpus**, a análise das informações nestas contidas, sobretudo diante do fato de que não se pode verificar, precisamente, se as informações relativas a antecedentes trazidas no presente *writ* abrangem todas aquelas consideradas pelo magistrado sentenciante e pelo Tribunal **a quo**.

É de se observar, portanto, a impossibilidade de apreciação, no presente *writ*, da alegação de inexistência de maus antecedentes a serem considerados em relação ao paciente, por demandar aprofundado exame sobre matéria de prova e dilação probatória.

Ressalte-se, ainda, que a fixação do regime prisional levou em consideração, além dos antecedentes, outras circunstâncias judiciais desfavoráveis ao paciente, como já destacado.

Firmados os pontos discutidos, e diante da nova classificação da conduta do paciente no art. 356 do Código Penal, mister seja efetuada, agora, a correta aplicação da pena, desta feita levando em consideração os limites traçados no preceito sancionador do referido dispositivo legal.

Para isso, deve ser tido como referência o **quantum** da pena estabelecida na instância ordinária, que restou fixada em 3 (três) anos e seis (seis) meses, de maneira a prevalecer o juízo ali efetuado com base nas circunstâncias do caso.

A partir da pena referencial, deve ser calculada a diferença existente entre esta e o mínimo e o máximo cominados, obtendo-se a razão.

No caso, a pena parâmetro deve ser aquela que, considerando o crime do art. 305 do CP, restou aplicada na instância ordinária.

Para que seja efetuado, destarte, o cálculo da pena a ser aplicada em virtude da nova classificação da conduta, ou seja, considerando-se o art. 356 do CP, deve ser realizado de acordo com a razão da pena parâmetro, chegando-se a penas equidistantes em relação aos respectivos mínimos e máximos.

Destarte, obteremos o **quantum** da pena a ser aplicada de acordo com a nova classificação da conduta, preservando a proporcionalidade do juízo efetuado na instância ordinária, e sem que se altere a apreciação ali efetuada com base nas circunstâncias do caso.

Temos, assim, a pena referencial (art. 305 do CP) aplicada em 3 (três) anos e 6 (seis) meses, cuja cominação é de 2 (dois) anos a 6 (seis) anos, razão que deverá ser estendida ao crime do art. 356 do CP que tem como mínimo e máximo de pena, em abstrato, 6 (seis) meses e 3 (três) anos, respectivamente.

A razão da pena parâmetro (transformada em meses apenas para efeito de contagem) a ser aplicada é $18/48$ (ou $3/8$), considerando-se o aumento de 18 (dezoito) meses efetuado e a diferença de 48 (quarenta e oito) meses entre o máximo e o mínimo cominados, ou seja, aumentaram-se 18 (dezoito) meses em 48 (quarenta e oito) possíveis.

No crime do art. 356 do CP, a diferença entre o máximo e o mínimo cominados é de 30 (trinta) meses, cujo aumento deve seguir a razão de $18/48$ (ou seja, $3/8$).

A operação é $3/8 = n/30$, onde $n = 11,25$ meses, o que equivale a 11 (onze) meses e 7 (sete) dias, desprezando-se as frações de dia, nos termos do art. 11 do Código Penal.

O aumento em relação ao mínimo cominado para o crime do art. 356 do CP — 6 (seis) meses — deve ser, pois, de 11 (onze) meses e 7 (sete) dias, totalizando 1 (um) ano, 5 (cinco) meses e 7 (sete) dias.

Como ressaltado pelo magistrado sentenciante, não há atenuantes ou agravantes a considerar, bem como inexistem circunstâncias de aumento ou diminuição da pena.

Portanto, a pena deve ser fixada, definitivamente, em 1 (um) ano, 5 (cinco) meses e 7 (sete) dias de detenção, com o pagamento de 100 dias-multa, sendo o valor do dia-multa o de 1 (um) salário mínimo vigente à época dos fatos, pela prática do crime previsto no art. 356 do Código Penal.

A quantidade de dias-multa não deve ser alterada, já que o **quantum** aplicado levou em consideração razão inferior à resultante da aplicação da pena privativa de liberdade.

O valor de cada dia-multa também deve ser mantido, em consonância com o juízo de razoabilidade efetuado na instância ordinária, que levou em conta a condição econômica do réu.

Mantém-se o regime semi-aberto para o início do cumprimento da pena, diante da análise desfavorável efetuada na instância ordinária, que prevalece, e em que

foram apreciados os antecedentes criminais do acusado, bem como as outras circunstâncias judiciais desfavoráveis, quais sejam, a culpabilidade, a personalidade do agente e o motivo do crime.

Prevalecendo, ainda, os critérios estabelecidos na instância ordinária, desca-be a substituição da pena privativa de liberdade, diante da análise desfavorável dos antecedentes, da culpabilidade e da personalidade do paciente.

Quanto à suspensão condicional da pena, não foi apreciada em virtude da fixação anterior da pena acima do limite de dois anos.

Todavia, ainda que fixada a pena, agora, dentro dos parâmetros legais exigidos para tal benefício, observo que não há como ser o mesmo concedido ao paciente, por coerência em relação à análise desfavorável dos seus antecedentes, da sua culpabilidade, da sua personalidade do agente e do motivo do crime.

Inadmissível, destarte, a concessão de tal benefício, diante do não-preenchimento do requisito previsto no art. 77, II, do CP

Por fim, diante da desclassificação da conduta e da conseqüente redução da pena privativa de liberdade para 1 (um) ano, 5 (cinco) meses e 7 (sete) dias de detenção, é de ser reconhecida a prescrição da pretensão punitiva, diante do lapso temporal decorrido entre o recebimento da denúncia (17.06.1997 — fl. 223) e a publicação da sentença em cartório (16.04.2003 — fl. 76v.), superior a 4 (quatro) anos, declarando-se extinta a punibilidade, de acordo com o art. 61, **caput**, do CPP

Posto isso, *conheço parcialmente* do **habeas corpus**, e o *concedo em parte*, para, efetuada a desclassificação da conduta, considerando-se como configurado o crime do art. 356 do CP, reduzir a pena privativa de liberdade para 1 (um) ano, 5 (cinco) meses e 7 (sete) dias de detenção. Em conseqüência disso, diante da nova pena aplicada, reconheço a prescrição da pretensão punitiva e declaro extinta a punibilidade, de acordo com o art. 61, **caput**, do CPP

HABEAS CORPUS N. 32.537 — SC (2003/0231099-5)

Relator: Ministro Paulo Medina

Impetrante: Cláudio Gastão da Rosa Filho

Impetrada: Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

Paciente: Patrícia Catarina Schmitz

EMENTA

Penal e Processual. Ação penal. Justa causa. Dolo. Ausência. Subtração de documento. Atipicidade. Desclassificação para favorecimento pessoal. Arrependimento posterior. Reparação do dano. Exame de fatos e provas. Supressão de instância. Inviabilidade.

O exame da tipicidade subjetiva do fato requer, necessariamente, o conhecimento e a valoração do conjunto fático-probatório, razão por que escapa ao âmbito de cabimento do **habeas corpus**.

A declaração de falta de justa causa para a ação penal é medida de exceção, admissível quando emerge dos autos, de forma inequívoca, sem dilação probatória, a atipicidade da conduta e a inocência do acusado.

Inviável o exame de hipótese de desclassificação do crime para favorecimento pessoal, não apenas porque a questão não foi submetida à instância ordinária como, também, porque desborda da via eleita.

Não se conhece de arguição de arrependimento posterior porque, para além de demandar reversão de juízo proferido sobre o conjunto fático-probatório, a questão não foi submetido às instâncias ordinárias.

Ordem parcialmente conhecida e, nesta extensão, denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer parcialmente da ordem e a denegar, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido e Paulo Gallotti votaram com o Sr. Ministro-Relator. Sustentou oralmente o Dr. Cláudio Gastão da Rosa Filho, pela paciente. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

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

Ministro Paulo Medina, Relator

DJ de 03.05.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Medina: Trata-se de **habeas corpus** com pedido liminar, contra acórdão da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (Apelação Criminal n. 2002021932-6, fls. 34/56).

O feito foi distribuído por prevenção do HC n. 30.051/SC (2003/0152903-4).

Por fato ocorrido em 23 de novembro de 1999, a paciente foi processada e condenada a cumprir 3 anos de reclusão, convertida em prestação de serviços à comunidade, porque incurso nas penas do art. 337, c.c. o art. 29, ambos do Código Penal.

A Corte Estadual deu parcial provimento à apelação, apenas para reduzir a reprimenda para 2 anos e 6 meses de reclusão.

Alega o impetrante nulidade absoluta do processo por falta de justa causa.

Sustenta que a conduta imputada não se ajusta ao tipo descrito no libelo inaugural, porque “o motivo do alegado crime teria sido ‘limpar a memória’ do pai da paciente que teria sido indiciado por contravenção de jogo do bicho” (fl. 8).

Afirma que “é de irrefutável clareza que o alegado crime pelo qual restou a paciente condenada foi na realidade um crime meio, pois o crime fim era justamente proteger seu genitor de processo criminal, circunstância esta natural e que não pode ensejar um juízo de reprovação” (fl. 10).

Argúi que se poderia, “no máximo, cogitar da hipótese consubstanciada no art. 348 do Código Penal, ‘favorecimento pessoal’, mas nunca em ‘subtração ou inutilização de livro ou documento’, por total ausência de elemento subjetivo” (fl. 12).

Aduz hipótese de arrependimento posterior, que constitui causa de redução da pena, a teor do art. 16 do Código Penal (fl. 16).

Requer, liminarmente, seja sobrestada a execução da pena até final julgamento deste *writ* e, afinal, a concessão da ordem, para anular o processo ou, alternativamente, reconhecer o arrependimento posterior em seu grau máximo.

Indeferi o pedido liminar (fls. 60/61).

O Ministério Público Federal propende à denegação da ordem, mediante parecer assim ementado:

“**Habeas corpus.** Apelação. Crime de subtração ou inutilização de documento. Falta de justa causa. Arrependimento posterior. Desclassificação.

— Incabível o reexame de prova para reconhecer falta de justa causa ou arrependimento posterior.

— As circunstâncias da conduta não ensejam desclassificação para o crime de favorecimento pessoal.

— A motivação da conduta em benefício do pai não é capaz de excluir a tipicidade ou a ilicitude.”

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Medina (Relator): Insurge o impetrante contra a condenação proferida contra a paciente, ao argumento de que inexistente justa causa para a ação penal.

A questão já submetida à apreciação desta Turma, por intermédio do HC n. 30.051/SC (2003;0152903-4), ocasião em que foram deduzidos quatro nulidades, a saber:

1. *falta de justa causa para a denúncia*, por ausência de materialidade do crime, em face da ausência do exame do corpo de delito;
2. anulação do acórdão por *inépcia da denúncia, porque confusa, pois não descreve e nem individualiza a ação criminosa dos dois acusados*;
3. anulação do processo por falta de intimação quanto à juntada do laudo pericial, causando cerceamento de defesa, pois poderia, à sua vista, ter requerido diligências;
4. nulidade do acórdão, por irregularidade na constituição da Câmara, cuja maioria era composta de juízes substitutos, já que apenas o Presidente da Câmara é membro efetivo do Tribunal de Justiça catarinense.

A ordem então requerida foi denegada mediante acórdão assim ementado:

“Penal e Processual. Subtração de documento. Denúncia. Inépcia. Materialidade. Intimação. Ausência. Órgão julgador. Composição. Juízes convocados. Nulidade. Inexistência.

Não é inepta a denúncia que descreve adequadamente a conduta incriminada, ainda que não detalhada individualmente, se é possível ao denunciado compreender os limites da acusação e, em contrapartida, exercer ampla defesa.

Incabível, em **habeas corpus**, o exame de questões inerentes à comprovação da materialidade do crime, quando o deslinde da questão demande dilação probatória.

A intimação via postal é válida, a teor do art. 370, § 2º, do CPP, nas localidades em que não há órgão oficial de imprensa.

Em Direito Penal, não se decreta a nulidade de nenhum ato processual, se indemonstrado prejuízo para a acusação ou para a defesa (art. 563, CPP).

A composição de órgão julgador de segunda instância, mediante convocação de Juiz de Direito Substituto de 2º grau, amparada por Lei Complementar Estadual, não ofende o princípio do juiz natural.

Precedentes do STJ e do STF

Ordem denegada.”

Desta feita, reitera o impetrante argumentos tendentes à anulação do processo, mediante arguição de falta de justa causa para a ação penal, porque:

1. a conduta não se ajusta ao tipo descrito no libelo inaugural, porquanto equivocada, eis que o motivo do alegado crime teria sido “limpar a memória” do pai da paciente, que teria sido indiciado por contravenção de jogo do bicho;

2. por total ausência de elemento subjetivo, não há falar em subtração ou inutilização de livro ou documento, posto que, no máximo, poder-se-ia cogitar de favorecimento pessoal, a teor do art. 348 do Código Penal;

É evidente o inconformismo da paciente com a sentença condenatória, confirmada em grau de apelação, razão por que insiste em reverter o dispositivo que lhe é desfavorável.

Contudo, o **habeas corpus**, mercê de seu rito célere, não comporta o deslinde de questões que demandem aprofundado exame do conjunto fático-probatório, máximo no que diz respeito ao dolo, elemento subjetivo incapaz de ser afirmado ou infirmado na via eleita.

Ao proferir meu voto, quando do julgamento do HC n. 30.051/SC, registrei:

“Com efeito, o juízo de primeiro grau, apreciando livremente a prova — composta, sobretudo, por confissão espontânea —, concluiu, também por intermédio dos testemunhos, pela existência material do delito, consubstanciada na retirada de 9 livros e na devolução de 8 livros diversos, nos quais faltam diversas folhas.

O conjunto probatório foi criteriosamente revisto em segunda instância, mantendo-se o convencimento quanto à existência do crime e, bem assim, quanto à autoria, de sorte que a pretensão deduzida nesta impetração não esconde intenção revisional, de pronto admitida na petição inicial (fl. 2).”

Com efeito, a pretensão desborda da via eleita, valendo destacar, a propósito, os seguintes precedentes:

“RHC. Trancamento de ação penal. Advogado. Inviolabilidade. Limitações legais. Precedentes. Dolo. Impropriedade do *writ*. Falta de justa causa não evidenciada. Recurso desprovido.

I - A inviolabilidade do advogado não é absoluta, sofrendo as limitações de lei. Precedentes.

II - Normalmente, só se afasta a configuração de crime contra a honra na hipótese de ofensa irrogada em juízo, pelo profissional do Direito e na discussão da causa.

III - Alegações no sentido de ausência de dolo na conduta do paciente não podem ser examinadas em sede de *writ* para fins de trancamento do feito.

IV - A falta de justa causa para a ação penal só pode ser reconhecida na via eleita quando, de pronto, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático-probatório, evidenciar-se a atipicidade do fato, a ausência de indícios a fundamentarem a acusação ou, ainda, a extinção da punibilidade.

V - Recurso desprovido.”

(RHC n. 8.573/SP, Relator o Ministro Gilson Dipp, DJ de 28.02.2000, p. 93)

Desta Turma, recolho o seguinte julgado, cuja ementa transcrevo naquilo que diz imediato respeito com a questão:

“**Habeas corpus.** Prefeito municipal. Convênio. Desvio de verba pública sujeita à prestação de contas perante órgão federal. Competência da Justiça Federal. Ausência de justa causa para a ação penal. Inocorrência.

Omissis.

4. O exame da tipicidade objetiva e subjetiva do fato, para afirmá-la ou negá-la, requisita, em regra, necessariamente, o conhecimento e a valoração do conjunto da prova, fazendo-se indubitavelmente estranho ao âmbito de cabimento do **habeas corpus**.

5. A ausência de justa causa para ação penal somente se viabiliza à declaração, por meio do remédio heróico, quando a atipicidade que a fundamenta se oferece de plano, manifesta, não sendo essa a hipótese dos autos.

Omissis

8. Ordem denegada.”

(HC n. 12.462/PE, Relator o Ministro Hamilton Carvalhido, DJ de 25.06.2001, p. 240)

De resto, inviável o exame da hipótese de desclassificação do crime para favorecimento pessoal, não apenas porque a questão não foi submetida à instância ordinária como, também, porque escapa ao âmbito de conhecimento do **habeas corpus**.

Neste particular, confira-se:

“**Habeas corpus.** Roubo com emprego de arma e concurso de agentes. Desclassificação para receptação. Exame aprofundado da prova. Incabimento.

1. O pedido de desclassificação de delito, enquanto requisita o exame do conjunto da prova, principalmente quando os seus fundamentos contrastam com o **decisum** impugnado, é por inteiro estranho ao âmbito angusto do **habeas corpus**.

2. *Writ* não conhecido.

HC n. 27.926/SP, Relator o Ministro Hamilton Carvalhido, DJ de 22.03.2004, p. 367)

Por fim, não há como acolher a argüição de arrependimento posterior.

O instituto, que atende aos interesses da política criminal, aplica-se em favor da vítima, quando o agente repara o dano causado em hipótese de crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa.

O tema não foi submetido à instância ordinária e o acórdão impugnado consigna expressamente que os livros devolvidos tinham folhas arrancadas e não correspondiam ao material que fora apresentado quando da distribuição do termo circunstanciado.

Registra, ainda, que um caderno com anotações relativas ao jogo do bicho não foi devolvido.

Assim, concluir de forma diversa para considerar reparado o dano e aplicar a regra do art. 16 do Código Penal, para além de configurar supressão de instância, demanda reverter juízo exercido sobre o conjunto fático-probatório, e, por conseguinte, não tem cabimento na via eleita.

A angustura do **habeas corpus** não dá azo ao exame das questões propostas pelo impetrante, próprias de recurso diverso.

Além disso, conquanto revestidos de moldura distinta, os argumentos tendem a reiterar o intuito revisional já rejeitado por este Colegiado.

Posto isso, conheço parcialmente do *writ* e, nesta extensão, *denego* a ordem.

HABEAS CORPUS N. 35.986 — SP (2004/0078815-5)

Relator: Ministro Nilson Naves

Impetrante: Eduardo César Leite

Impetrada: Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região

Paciente: Carlos Leonel da Silva Cruz

EMENTA

Pronúncia (prisão). Júri (absolvição). Apelação (provimento). Novo julgamento (liberdade).

1. Um dos efeitos da sentença de pronúncia é a prisão; trata-se, é verdade, de prisão de natureza cautelar, não obrigatória por isso e de imposição fundamentada, sempre fundamentada.

2. O réu que foi cautelarmente preso, mas, posto em liberdade em virtude de sentença absolutória do júri, solto aguardou o desfecho da apelação afinal provida tem a prerrogativa de, em liberdade, esperar o novo julgamento pelo júri.

3. Liminar concedida e ratificada com o deferimento do **habeas corpus**.

ACÓRDÃO

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

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

Ministro Nilson Naves, Relator

DJ de 21.03.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: O Tribunal Regional Federal da 3ª Região, pelo Presidente da Segunda Turma, prestou as necessárias informações para a instrução deste pedido de **habeas corpus**. Ei-las:

“(...) o paciente Carlos Leonel da Silva Cruz foi denunciado nestes autos como incurso nas penas dos arts. 121, § 2º, incisos I e V c.c 62, inciso I, e 29, todos do Código Penal e com o art. 1º, inciso I, da Lei n. 8.072/1990, constando que, no dia 27.05.1998, por volta das seis horas da manhã, Gildásio Teixeira Roma e Carlos Alberto da Silva Gomes, agindo previamente ajustados e com unidade de desígnios, desferiram contra a pessoa de Alcioni Serafim de Santana, Delegado de

Polícia Federal, disparos de arma de fogo que vieram a acarretar sua morte, executado o delito com recurso que dificultou a defesa do ofendido (emboscada e surpresa) quando o delegado vítima saía de sua residência na Rua Chico Herrera, n. 50, Vila Mazzei, São Paulo — SP acompanhado da esposa, em seguida os agentes executores do crime evadindo-se do local, ainda segundo a preambular ambos sendo recrutados para o cometimento do delito por Gildenor Alves de Oliveira mediante promessa de pagamento de cinco mil reais, este por sua vez contratado, sob promessa de pagamento de quantia desconhecida, para a escolha e contratação dos executores diretos do delito pelo acusado ora apelado e Sérgio Bueno, que organizaram e dirigiram a atividade dos demais agentes, deliberada por Carlos Leonel da Silva Cruz a morte da vítima por motivo da atuação desta à frente de inquérito que apurava delito de concussão que lhe era imputado e com vistas a assegurar a impunidade daquele crime.

O réu foi condenado à pena de 28 (vinte e oito) anos de reclusão e, submetido a segundo julgamento em razão de protesto por novo júri, foi absolvido da imputação, da sentença recorrendo o Ministério Público Federal, nos termos do art. 593, III, **d** do CPP

Por decisão unânime da Segunda Turma deste Tribunal foi dado provimento ao recurso para submissão do réu a novo julgamento pelo Tribunal Popular, determinando-se a expedição de mandado de prisão em vista do restabelecimento dos efeitos da pronúncia.”

Quer o impetrante que o paciente aguarde em liberdade o novo julgamento, conforme estas resumidas alegações:

“Assim, a decisão do egrégio Tribunal que determinou anulação do julgamento e expedição de mandado de prisão carece de justa causa, pois o paciente poderá aguardar o novo julgamento em liberdade, assim como aguardou o julgamento da apelação, respondendo o chamamento da justiça sempre que intimado. Tem direito o paciente à defesa ampla do seu **status libertatis**.

Não há necessidade de prisão do paciente até a realização de novo julgamento popular, pois tal medida é extrema e contrária à regra geral, não estando evidenciadas qualquer das hipóteses previstas no art. 312 do CPP”

Determinei se processasse o pedido com liminar, recolhendo-se o mandado de prisão.

O parecer, de autoria do Subprocurador-Geral Dias Teixeira, é pela denegação da ordem. Veja-se este trecho:

“7. Em sua petição sucinta, o impetrante deste **habeas corpus** alega, basicamente, que ‘[...] a decisão do egrégio Tribunal que determinou anulação do julgamento e expedição de mandado de prisão carece de justa causa, pois o paciente poderá aguardar o novo julgamento em liberdade, assim como aguardou o julgamento da apelação, respondendo o chamamento da justiça sempre que intimado [...]’ e ‘[...] não existe fundamento de a decisão da apelação determinar a prisão do paciente até a realização de novo julgamento, contrariando o princípio de presunção de inocência consagrado pela Constituição Federal em seu art. 5º, inciso LVIII’ (fls. 1/2 da inicial).

8. A este membro do Ministério Público Federal afigura-se rigorosamente adequada à sistemática processual a decisão ora impugnada.

9. Sobre a adequação processual da decisão impugnada

9.1. É de se firmar que não se discute o mérito da decisão de pronúncia, quer em seu aspecto principal quer em seu aspecto acessório consistente no decreto de prisão do réu. O impetrante sequer lança argumentos tendentes a demonstrar a fragilidade dessa decisão. Ela se mantém inatacada, não obstante os vários atos processuais que posteriormente foram realizados e cassados.

Os fundamentos do decreto de prisão do réu jamais foram elididos. E o réu esteve preso durante toda a instrução, conforme já anotado; também esteve preso no interregno entre a pronúncia e seu julgamento pelo Tribunal do Júri, quando fora condenado à pena de 28 (vinte e oito) anos de prisão, e assim permaneceu até que, em face do protesto por novo júri, veio a ser absolvido no segundo julgamento. Nesta oportunidade é que foi determinada a sua soltura; mas não por elisão dos fundamentos da decisão que a decretara, e sim, por consequência automática da decisão absolutória. Tendo o egrégio Tribunal Regional anulado a decisão absolutória, e — repita-se — não elididos os fundamentos da decisão de pronúncia, a consequência lógica era, mesmo, o restabelecimento dos efeitos dessa decisão, inclusive no que se refere à prisão do réu.

Hermínio Alberto Marques Porto, comentando os efeitos da decisão de provimento ao protesto por novo júri, diz: ‘Satisfeitos os pressupostos do protesto por novo júri e deferido o pedido, fica restabelecida a decisão de pronúncia, e assim o que tenha determinado no tocante a aguardar o acusado em liberdade, ou não, o julgamento pelo Tribunal do Júri’.

No presente caso, não se cuida da decisão relativa ao protesto por novo júri, mas da decisão proferida no recurso de apelação, pela qual a decisão do Tribunal do Júri foi anulada. Porém, a identidade nas hipóteses está no fato de que, em

ambas, a decisão pela qual é cassado o veredicto do Júri não elide a decisão de pronúncia, e, conseqüentemente, o respectivo decreto de prisão do acusado.

9.2. O impetrante alega que o paciente ‘poderá aguardar o novo julgamento em liberdade, assim como aguardou o julgamento da apelação, respondendo o chamamento da justiça sempre que intimado’.

Não se atina, porém, a que chamamento da justiça o réu teria atendido, pois, absolvido que fora pelo Tribunal do Júri, o único ato processual posterior foi a apelação do Ministério Público e as respectivas contra-razões, que é ato privativo do advogado. Por outro lado, com a absolvição, não estava ele mais sujeito ao processo, e, por isso, não se vislumbra mesmo seu interesse na prática dos atos cuja probabilidade justificou o decreto de sua prisão cautelar. Mas, agora, com a decisão do egrégio Tribunal anulando a decisão absolutória e determinando seja ele submetido a novo julgamento pelo Tribunal do Júri, restabelecem-se, também, os motivos justificadores da prisão cautelar.

Assim, a insurgência haveria de dar-se em face da decisão de pronúncia; não em face do v. acórdão.

10. O argumento relativo à presunção de inocência

10.1. Aqui, mais uma vez, o impetrante direciona seu argumento a alvo errado. O egrégio Tribunal não decretou a prisão do paciente. Mas apenas afastou a decisão absolutória, e, por conseguinte, restabeleceu a sentença de pronúncia, em sua integralidade. A discussão acerca da constitucionalidade da prisão em decorrência da sentença de pronúncia há de se dar, portanto, em torno da discussão da própria sentença de pronúncia.

Mas, ainda que esta colenda Corte haja por bem de analisar a questão, tenho que, no mérito, também não assiste razão ao impetrante.

10.2. Conforme já afirmado, quando da prolação da sentença de pronúncia, o réu, ora impetrante, já se encontrava preso cautelarmente. É de se concluir, pois, que, até aquele momento, persistiam os motivos pelos quais fora decretada sua prisão preventiva.

O § 2º do art. 408 do Código Penal, dispondo sobre a sentença de pronúncia, diz: ‘Se o réu for primário e de bons antecedentes, poderá o juiz deixar de decretar-lhe a prisão ou revogá-la, caso já se encontre preso.’

Portanto, a regra é o decreto da prisão do réu que for pronunciado. Salvo tratando-se de réu primário e que registre bons antecedentes. O impetrante não exhibe prova de primariedade nem de bons antecedentes do paciente.

A revogação da prisão cautelar, prevista no § 2º do art. 408, não é consequência automática da sentença de pronúncia. Mas, ao contrário, a lei prevê apenas uma possibilidade de isso ocorrer, caso não se verificarem mais os motivos que serviram de fundamento para o seu decreto.

11. Pelos fundamentos expostos, o parecer é no sentido de ser denegada a ordem requerida.”

Conclusos os autos em 28.10.2004.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): Data a sentença de pronúncia de 03.09.1999, em que se determinou o seguinte: “Todos os acusados pronunciados devem permanecer presos. A prisão continua sendo necessária para assegurar a aplicação da lei penal. (...) Há que se considerar, ainda, que os acusados pronunciados permaneceram presos durante toda a instrução. Por outro lado, a prisão decorrente da pronúncia não afronta o princípio da presunção de inocência.”

A sentença absolutória (resultante do segundo julgamento do paciente) é de 18.05.2003. Em 25.05.2004 é que se julgou a apelação do Ministério Público, e foi quando se decidiu submeter o réu a novo julgamento pelo júri, e foi quando se revigorou a pronúncia, determinando-se, assim, a expedição do mandado de prisão, cujo cumprimento acha-se suspenso decorrentemente da liminar deferida nestes autos.

Achando-se, assim e portanto, solto desde a sentença absolutória (de 18.05.2003), o paciente tem a prerrogativa de permanecer solto, como, aliás, vem alegando o impetrante: “... o paciente poderá aguardar o novo julgamento em liberdade, assim como aguardou o julgamento da apelação, respondendo o chamamento da justiça sempre que intimado.” Tal concepção condiz com o que aqui na Turma venho eu sustentando, se é que não condiz com a própria orientação do Superior Tribunal. Escrevi o seguinte para o HC n. 33.340 (sessão de 05.08.2004):

“Antes de sentença penal condenatória transitada em julgado, a prisão dela decorrente tem a natureza de medida cautelar, a saber, de prisão provisória — classe de que são espécies a prisão em flagrante, a temporária, a preventiva etc. Em casos tais, requer-se se fundamente a sua imposição; por exemplo, quanto à preventiva, reza o art. 315 da lei processual que o despacho (ou a decisão) que a decreta ou a denegue ‘seja sempre fundamentado’. Outra não tem sido a nossa jurisprudência quanto ao procedimento a ser

adotado em relação ao flagrante, à vista do disposto no parágrafo único do art. 310.

De outra banda, presume-se que toda pessoa é inocente, isto é, não será considerada culpada até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, princípio que, de tão eterno e de tão inevitável, prescindiria de norma escrita para tê-lo inscrito no ordenamento jurídico. Em qualquer lugar, a qualquer momento, aqui, ali e acolá, esse princípio é convocado em nome da dignidade da pessoa humana.

Diante dessas aligeiradas linhas, ando perguntando a mim se se justifica a expedição de mandado de prisão, puramente, antes que a sentença penal condenatória transite em julgado. Há, da Terceira Seção do Superior Tribunal, a Súmula n. 267: 'A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão.'

Não participei da formação da Súmula, mas lhe devo respeito, como devo respeito aos precedentes do nosso Tribunal, a todos, embora o próprio Tribunal, para minha tristeza, profunda tristeza, nem sempre respeite seus próprios precedentes. Devo-lhes respeito, dou-lhes fé e deixo com eles a minha fé, mas deles, não obstante tanto respeito e tanta fé, posso dissentir, até porque o nosso Regimento nos autoriza a remessa dos feitos à Seção ou à Corte Especial quando propomos a revisão da jurisprudência já assentada. Vejam o que um homem de letras e filósofo do século XVIII teria dito (dizem que as palavras são de Voltaire, o qual, ao nascer, recebeu o nome François-Marie Arouet): 'quem não muda de camisas, nem de idéias, é porque não tem umas nem outras.' Conquanto não tenha eu, pessoalmente, participado, repito, da formação da Súmula, estou propondo a mudança do seu enunciado.

Trago, então, uma sugestão, consubstanciada em que a interposição, digamos, do recurso especial, não obstará, a teor da leitura da Súmula n. 267, a expedição de mandado de prisão, desde que, nesse caso, o Tribunal ou o juiz justificasse a prisão, tal como acontece, por exemplo, com a prisão preventiva, **ut** art. 315. Isso obviamente implicaria alteração da Súmula n. 267. Pensei até em sugerir fosse ela cancelada, verificando, depois, que é possível manter o enunciado, desde que alterado. Encaminhei, assim, o meu raciocínio no sentido de sugerir a alteração; com ela, parece-me, salvo melhor entendimento, que é possível o ajustamento da lei ao princípio da presunção de inocência.

No caso em comento, foi o juiz da causa quem disse que haveria de se aguardar o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, quem apelou foi a defesa, somente ela, e foi o Tribunal que determinou se expedisse o mandado de

prisão, fê-lo sem nenhuma achega, sem nenhum fundamento, daí decorrer, portanto, a apontada coação ilegal.

Acompanho o Relator, concedendo a ordem, a fim de que o paciente aguarde em liberdade o trânsito em julgado.”

Ratificando a liminar, concedo a ordem de **habeas corpus** a fim de que o paciente aguarde em liberdade a realização do seu novo julgamento pelo júri.

HABEAS CORPUS N. 38.182 — SP (2004/0128764-3)

Relator: Ministro Nilson Naves

Impetrante: Renato Augusto de Campos

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

Paciente: Marcelo Torelli (Preso)

EMENTA

Sentença penal condenatória (crime reputado grave). Apelação (em liberdade). Requisitos (preenchimento).

1. Em liberdade estando o réu ao longo da instrução criminal, em liberdade pode dirigir-se ao Tribunal de Apelação.

2. A gravidade do fato delituoso por si só não é suficiente para impedir que o réu apele solto.

3. Toda pessoa, presume-se, “é inocente até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

4. Caso, de mais a mais, de réu primário e possuidor de bons antecedentes, tanto que lhe foi fixada a pena-base no mínimo legal.

5. Ordem concedida.

ACÓRDÃO

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

Hélio Quaglia Barbosa votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

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

Ministro Nilson Naves, Relator

DJ de 04.04.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: Quer o paciente deste **habeas corpus** substitutivo (Marcelo Torelli) apelar em liberdade de sentença condenatória exarada nestes termos (Código de Processo Penal, art. 594):

“O denunciado é primário.

Observando-se os elementos previstos nos arts. 59 e 60, ambos do Código Penal, fixo a pena-base no mínimo legal para o crime de receptação qualificada, 3 anos de reclusão e 10 dias-multa.

Diante da continuidade delitiva, nos termos do que dispõe o art. 71, do Código Penal, a pena deverá ser aumentada em 2/3, tendo em vista que foram praticados três crimes de receptação, sem levar em conta as diversas peças de outros veículos que foram encontradas, sem comprovação da origem lícita, atingindo 5 anos de reclusão e 16 dias-multa.

Fixa-se, cada dia-multa, no valor mínimo unitário legal, diante da falta de informações precisas sobre a situação econômica do réu.

Mesmo estando solto, durante todo o trâmite processual, o réu não poderá recorrer em liberdade. Isto porque, o crime em questão é grave e foi praticado em continuidade delitiva. É alta a potencialidade lesiva da conduta do réu, que não é um receptor eventual, mas segundo denota a prova, pessoa que dedica sua vida à prática criminoso: foram encontrados vários veículos produtos de crime em seu poder, bem como diversas peças de automóveis sem qualquer comprovação da origem, demonstrando ser criminoso contumaz. É bem verdade que a receptação é delito que incentiva e faz aumentar a prática de furtos e roubos, aumentando a criminalidade. Além disso, deve-se levar em conta que, diante da condenação, necessária se faz sua prisão para assegurar a aplicação da lei penal e para evitar a fuga do condenado. Motivos pelos quais, também, o réu iniciará o cumprimento da pena no regime fechado.

Ante o exposto, julgo procedente o pedido para condenar Marcelo Torelli, brasileiro, solteiro, mecânico, residente na Estrada do Varadouro, sem número,

na Cidade de São José dos Campos, Estado de São Paulo, filho de Wilson Torelli e Lourdes Violante Torelli, portador da cédula de identidade RG n. 17.610.062, às penas de 5 anos de reclusão, no regime fechado e 16 dias-multa, no seu valor mínimo unitário legal, como incurso nas sanções do art. 180, § 1º, cumulado com o art. 71, ambos do Código Penal. Custas na forma da lei.”

Foi-lhe denegada a ordem pelo Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo em 26.7.04. Eis a ementa do acórdão:

“Recurso em liberdade — Receptação — Três veículos produtos de furto encontrados com o réu, este com bons antecedentes e residência fixa — Insuficiência — Concessão — Inviabilidade — Tratando-se de crime grave como a receptação de veículos, a incentivar e a dar suporte à prática de crimes contra o patrimônio (roubo e furto) insuficientes os bons antecedentes e a residência fixa para a concessão de recurso em liberdade.”

O Ministério Público Federal, pela palavra da Subprocuradora-Geral Zélia Oliveira, é pela denegação da ordem:

“ — O direito de apelar em liberdade pode ser denegado, ainda que o réu permaneça solto durante a instrução criminal, nas hipóteses em que se evidencia, no momento da prolação da sentença condenatória, qualquer das situações previstas no art. 312 do CPP

— A presença de condições pessoais favoráveis, por si só, não enseja o reconhecimento de eventual direito subjetivo ao apelo em liberdade, se a determinação de recolhimento à prisão encontra-se devidamente motivada

— Parecer pela denegação da ordem.”

Em 14.09.2004, deferi ao paciente a liminar requerida pelo impetrante; em consequência, determinei que lhe fosse expedido alvará de soltura se por outro motivo não estivesse ele preso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): Tal e qual a liminar impetrada ao Superior Tribunal e por mim deferida, concedo a ordem de **habeas corpus**.

Antes que transite em julgado a sentença penal condenatória, a regra é a liberdade; a exceção, a prisão. Já votei, em várias oportunidades, da seguinte forma (por exemplo, no HC n. 33.340, sessão de 05.08.2004):

“Antes de sentença penal condenatória transitada em julgado, a prisão dela decorrente tem a natureza de medida cautelar, a saber, de prisão provisória —

classe de que são espécies a prisão em flagrante, a temporária, a preventiva etc. Em casos tais, requer-se se fundamente a sua imposição; por exemplo, quanto à preventiva, reza o art. 315 da lei processual que o despacho (ou a decisão) que a decreta ou a denegue 'seja sempre fundamentado'. Outra não tem sido a nossa jurisprudência quanto ao procedimento a ser adotado em relação ao flagrante, à vista do disposto no parágrafo único do art. 310.

De outra banda, presume-se que toda pessoa é inocente, isto é, não será considerada culpada até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, princípio que, de tão eterno e de tão inevitável, prescindiria de norma escrita para tê-lo inscrito no ordenamento jurídico. Em qualquer lugar, a qualquer momento, aqui, ali e acolá, esse princípio é convocado em nome da dignidade da pessoa humana.

Diante dessas aligeiradas linhas, ando perguntando a mim se se justifica a expedição de mandado de prisão, puramente, antes que a sentença penal condenatória transite em julgado. Há, da Terceira Seção do Superior Tribunal, a Súmula n. 267: 'A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão.'

Não participei da formação da Súmula, mas lhe devo respeito, como devo respeito aos precedentes do nosso Tribunal, a todos, embora o próprio Tribunal, para minha tristeza, profunda tristeza, nem sempre respeite seus próprios precedentes. Devo-lhes respeito, dou-lhes fé e deixo com eles a minha fé, mas deles, não obstante tanto respeito e tanta fé, posso dissentir, até porque o nosso Regimento nos autoriza a remessa dos feitos à Seção ou à Corte Especial quando propomos a revisão da jurisprudência já assentada. Vejam o que um homem de letras e filósofo do século XVIII teria dito (dizem que as palavras são de Voltaire, o qual, ao nascer, recebeu o nome François-Marie Arouet): 'quem não muda de camisas, nem de idéias, é porque não tem umas nem outras.' Conquanto não tenha eu, pessoalmente, participado, repito, da formação da Súmula, estou propondo a mudança do seu enunciado.

Trago, então, uma sugestão, consubstanciada em que a interposição, digamos, do recurso especial, não obstará, a teor da leitura da Súmula n. 267, a expedição de mandado de prisão, desde que, nesse caso, o Tribunal ou o juiz justificasse a prisão, tal como acontece, por exemplo, com a prisão preventiva, **ut** art. 315. Isso obviamente implicaria alteração da Súmula n. 267. Pensei até em sugerir fosse ela cancelada, verificando, depois, que é possível manter o enunciado, desde que alterado. Encaminhei, assim, o meu raciocínio no sentido de sugerir a alteração; com ela, parece-me, salvo

melhor entendimento, que é possível o ajustamento da lei ao princípio da presunção de inocência.

No caso em comento, foi o juiz da causa quem disse que haveria de se aguardar o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, quem apelou foi a defesa, somente ela, e foi o Tribunal que determinou se expedisse o mandado de prisão, fê-lo sem nenhuma achega, sem nenhum fundamento, daí decorrer, portanto, a apontada coação ilegal.

Acompanho o Relator, concedendo a ordem, a fim de que o paciente aguarde em liberdade o trânsito em julgado.”

Mutatis mutandis, o que foi transcrito vem aqui a pêlo. É preciso notar, ainda, o expreso reconhecimento da sentença quanto à primariedade do paciente e à ausência de qualquer condição judicial que pudesse elevar a pena-base acima do mínimo (“fixo a pena-base no mínimo legal para o crime de receptação qualificada, 3 anos de reclusão e 10 dias-multa”), bem como é preciso anotar que esteve ele solto ao longo da instrução (“mesmo estando solto”). Acham-se, assim, reunidos os requisitos para que se preserve a liberdade, tratando-se, no caso, de condição que não se pode afastar ao fundamento, ainda que relevante, da gravidade em tese do fato delituoso (“o crime em questão é grave e foi praticado em continuidade delitiva”). A jurisprudência da Sexta Turma não consoa com raciocínio desse jaez:

“**Habeas corpus**. Homicídio. Condenação. Apelo em liberdade. Réu que respondeu solto ao processo. Ordem concedida.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, à luz da disciplina constitucional da liberdade, é firme em que o réu, que respondeu solto ao processo da ação penal, tem direito de apelar em liberdade da sua condenação, ressalvadas as hipóteses de existência dos motivos legais que determinam a prisão preventiva, suficientemente demonstrados pelo magistrado sentenciante.

2. A só consideração da gravidade do crime, mesmo qualificada com alusões genéricas a sua repercussão, é estranha aos motivos legais da prisão preventiva.

3. Ordem concedida.” (HC n. 25.271, Ministro Hamilton Carvalhido, DJ de 25.10.2004)

Para que o paciente apele em liberdade, concedo-lhe, pelo que disse, a ordem de **habeas corpus**.

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 16.649 — MG (2004/0135541-4)

Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa

Recorrente: César Murilo de Carvalho (Preso)

Advogada: Francis de Oliveira Rabelo Coutinho — Defensora Pública

Recorrido: Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais

EMENTA

Recurso ordinário em **habeas corpus**. Execução penal. Regime prisional aberto. Inexistência de vaga em casa de albergado. Cumprimento da pena em regime mais rigoroso. Constrangimento ilegal. Recurso provido.

1. Inexistindo vaga em casa de albergado, o cumprimento da pena em estabelecimento destinado a condenados submetidos a regime mais rigoroso configura manifesto constrangimento ilegal.

2. Impõe-se a possibilidade de que o sentenciado a que foi determinado o regime aberto cumpra sua pena em prisão domiciliar, até que surja vaga em estabelecimento próprio.

3. Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 22 de março de 2005 (data do julgamento).

Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Relator

DJ de 18.04.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa: Trata-se de recurso ordinário em **habeas corpus**, manejado em favor de César Murilo de Carvalho — condenado à pena privativa de liberdade de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime

semi-aberto, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, II, do Código Penal — impugnando acórdão proferido pela Primeira Câmara Mista do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, que denegou a ordem originalmente impetrada.

O *writ* originário pretendia revogar decisão proferida pelo Juízo de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Belo Horizonte, que indeferiu pedido formulado pelo ora recorrente, que, após progredir para o regime aberto, pugnava pelo cumprimento da pena em prisão domiciliar.

Fundou-se o indeferimento no argumento de que a inexistência de casa de albergado na Comarca não autoriza a concessão da prisão domiciliar fora das hipóteses contempladas no art. 117 da Lei de Execuções Penais.

Sustenta o recorrente, em síntese, que está sofrendo constrangimento ilegal, por estar “... recolhido nas dependências do Centro de Remanejamento da Segurança Pública — BH, cumprindo naquele estabelecimento prisional inadequado, de direito, pena em regime aberto, mas de fato, pena em regime fechado, em total desvio de execução penal” (fl. 02).

O Ministério Público Federal opinou pelo improvimento do recurso (fls. 64/69).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa (Relator): 1. A irresignação merece provimento.

2. Não obstante os fundamentos do parecer ministerial, no sentido de não estar, **in casu**, configurado o constrangimento ilegal, em função de uma peculiaridade fática, consubstanciada no reconhecimento pelo Tribunal Estadual de que o cumprimento da pena, embora em estabelecimento não específico, está em harmonia com as regras pertinentes ao regime aberto.

3. Como registrado nas informações prestadas pelo magistrado de primeira instância ao Tribunal **a quo** (fls. 41/45), o recorrente encontra-se recolhido na Penitenciária José Maria Alkimin, estabelecimento inadequado para o cumprimento da pena no regime aberto, aguardando vaga em casa de albergado.

O Relator do acórdão vergastado destacou que, apesar de não haver vaga em estabelecimento compatível com o regime aberto, o recorrente está cumprindo pena nos moldes delineados para tal regime (fl. 49):

“(…) Entendo que o regime aberto deve ser cumprido mediante recolhimento, na forma da lei, para pernoite e nos dias de folga, em dependência da cadeia pública ou na própria casa de detenção.

Conforme informações do douto Magistrado, já foi determinada a expedição de Guia de Recolhimento, requisitando vaga à SOP Assim, não vislumbro qualquer constrangimento ilegal, pois o paciente cumpre pena em regime aberto, embora em estabelecimento prisional impróprio, apenas enquanto aguarda o surgimento de vaga em casa de albergado.”

3. Diante da expressa previsão legal no sentido de que a casa de albergado “... destina-se ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime aberto, e da pena de limitação de fim de semana” (art. 93 da Lei de Execuções Penais), a permanência do recorrente em estabelecimento inadequado não atende aos ditames da sobredita lei, segundo os quais o prédio no qual se cumprirá a pena fixada em regime aberto deverá ser separado dos demais estabelecimentos, bem como não possuir obstáculos físicos contra a fuga e ainda conter local adequado para cursos e palestras (arts. 94 e 95 da Lei das Execuções Penais).

Em face disso, não se houve bem a decisão objurgada, pois, como se afirmou, o estabelecimento prisional próprio do regime aberto é a casa de albergado. Inegável, pois, a violação à legislação de execuções penais, porquanto, **in casu**, o recorrente está aguardando vaga em estabelecimento compatível com o regime em que atualmente se encontra, porém, enquanto não surge a vaga, permanece cumprindo pena em local impróprio.

Sendo assim, a manutenção do reeducando em estabelecimento inadequado, mesmo que somente no período noturno, não se coaduna com o título executivo condenatório, sob pena de desvio de finalidade da pretensão executória, uma vez que tal solução traz para o apenado gravame maior que o previsto para a execução de sua pena.

4. O recorrente, por isso, não pode ser prejudicado no seu direito subjetivo enquanto aguarda vaga em estabelecimento apropriado. Afinal, a omissão do Estado em não disponibilizar vagas suficientes em local adequado para os condenados a regime aberto impõe um tratamento mais brando até ser resolvida a pendência.

Outro não tem sido o posicionamento sufragado pela egrégia Sexta Turma desta Corte Superior, de cujo exemplo trago à colação os seguintes arestos:

“Execução penal. Recurso ordinário em **habeas corpus**. Regime aberto. Falta de vaga na casa de albergado.

Configura manifesto constrangimento ilegal submeter o paciente a regime mais rigoroso do que o estabelecido na condenação. Precedentes do STJ.

Recurso ordinário a que se dá provimento, para que o paciente cumpra sua pena em prisão domiciliar, até que surja vaga em estabelecimento adequado ao

regime aberto.” (RHC n. 16.582/MG, Sexta Turma, Relator Ministro Paulo Medina, DJ de 06.12.2004)

“Processo Penal. Recurso ordinário em **habeas corpus**. Regime aberto. Ausência de vaga em casa de albergado. Possibilidade de concessão de prisão domiciliar.

1. Inexistindo vaga em casa de albergado, mostra-se possível, em caráter excepcional, permitir ao sentenciado, a quem se determinou o cumprimento da reprimenda em regime aberto, o direito de recolher-se em prisão domiciliar albergue.

2. Recurso ordinário em **habeas corpus** provido para conceder a prisão domiciliar ao paciente até que se consiga vaga em casa de albergado.” (RHC n. 12.707/MG, Sexta Turma, Relator Ministro Paulo Gallotti, DJ de 23.09.2002)

5. Posto isso, nos termos da fundamentação acima, *dou provimento* ao recurso, para que o paciente cumpra sua pena em prisão domiciliar, até que surja vaga em estabelecimento adequado ao regime aberto.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 498.285 — SP (2002/0156876-3)

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido

Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo

Recorrido: Emerson Fernando dos Santos Gonzalez

Procuradora: Maria Betânia Costa Nader (Assistência Judiciária)

EMENTA

Recurso especial. Processual Penal. Ministério Público. Prazo para a apresentação de recurso. Contagem a partir do recebimento dos autos com vista. Recurso especial intempestivo.

1. O prazo de recurso para o Ministério Público começa a fluir de sua intimação pessoal, formalidade que se opera mediante entrega dos autos com vista (arts. 18 da Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993, e 41, inciso IV, da Lei n. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993).

2. Criando, contudo, o Ministério Público, setor de apoio próprio a realizar precipuamente a atividade de recebimento dos autos a serem

entregues a seus Membros, a Instituição, ela mesma, avoca, para si, o ônus da entrega imediata e, em conseqüência, os gravames do tempo consumido em eventual entrave burocrático, especialmente pela impossibilidade da intimação ser procedida diretamente na pessoa física do integrante do *Parquet*.

3. Entender em contrário será admitir o controle do prazo pelo Poder Público, o que, por certo, infringe a Constituição da República, nos próprios do princípio do contraditório.

4. Precedente do Plenário do Supremo Tribunal Federal (HC n. 83.255/SP, Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 05.11.2003).

5. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Paulo Gallotti acompanhando o voto do Sr. Ministro-Relator, no que foi seguido pelo Sr. Ministro Paulo Medina, por unanimidade, não conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Paulo Gallotti e Paulo Medina votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

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

Ministro Hamilton Carvalhido, Presidente e Relator

DJ de 03.05.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: Recurso especial interposto pelo Ministério Público contra acórdão da Primeira Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, assim ementado:

“Processual Penal. **Habeas corpus**. Suspensão condicional do processo. art. 89 da Lei n. 9.099/1995. Recusa de proposta. Submissão dos autos ao Procurador Geral da República.

— Verificada a recusa do MP, relativamente à proposta de suspensão condicional do processo movido contra acusado que preencha os requisitos objetivos fixados no art. 89 da Lei n. 9.099/1995, devem os autos ser submetidos ao

Procurador-Geral da República e aplicação do art. 28 do CPP, para que de tanto, afinal, possa resultar pronunciamento sobre a oferta, ou não, da proposta de suspensão.

— Ao Juiz não cabe a assunção da iniciativa de suspender o processo, ante a negativa da Promotoria, especialmente se considera esta que a participação do acusado exige mais aprofundada apuração dos fatos.

— Constante ainda dos autos expressa manifestação do acusado no sentido de que reúne, também, os requisitos subjetivos fixados na norma legal, não deve, em tal caso, ser sumariamente rejeitada a sua pretensão, porquanto a suspensão condicional do processo é sempre dependente da existência de consenso entre este, o órgão acusador e o juiz da causa” (fl. 67).

Violação do art. 89 da Lei n. 9.099/1995, bem como dissídio jurisprudencial fundam a insurgência (Constituição da República, art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**).

Alega o *Parquet* recorrente a impossibilidade de concessão da suspensão condicional do processo **ex officio**.

Recurso tempestivo (fl. 78), respondido (fls. 107/113) e admitido (fls. 117/119).

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

“Recurso especial. Suspensão condicional do processo. Concessão. Prerrogativa do MP. Interpretação analógica do art. 28 do CPP.

— A proposta da suspensão condicional do processo é prerrogativa exclusiva do Ministério Público, não podendo o Juiz, **ex officio**, realizá-la.

— Caso haja divergência entre o Magistrado e o Representante do *Parquet*, os autos devem ser encaminhados ao Procurador-Geral de Justiça, por interpretação analógica do art. 28 do CPP.

— Parecer pelo provimento.” (Fl. 139).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Recurso especial interposto pelo Ministério Público contra acórdão da Primeira Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, assim ementado:

“Suspensão condicional do processo — deferimento **ex officio** — possibilidade.

Se o Ministério Público deixar de oferecer a proposta de suspensão condicional do processo, mesmo presentes os pressupostos próprios para aplicação do mencionado instituto, o juiz deve decidir sobre o assunto, mas não se substituir ao órgão ministerial, pois, o juiz não pode ficar privado de dar curso ao processo em face da posição discricionária do Ministério Público que, no presente caso, entendia não ser cabível o pedido de suspensão.” (Fl. 67)

Violação do art. 89 da Lei n. 9.099/1995, bem como dissídio jurisprudencial fundam a insurgência (Constituição da República, art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**).

Esta, a manifestação do órgão ministerial quanto à suspensão condicional do processo:

“(…)

3. Independentemente do resultado da pesquisa de antecedentes, recuso a suspensão do processo, por considerar o benefício incompatível com a situação de quem admite, sem rebuços, que a arma trazida consigo para praticar roubos, crime que revela a periculosidade do agente e se mostra como o principal responsável pela sensação de insegurança que vem afligindo a sociedade.” (Fl. 19)

E estes, os fundamentos da decisão que concedeu o benefício de ofício:

“(…) Diante da recusa em propor a suspensão, pode o Juiz suspender o processo, sem a necessidade de aplicar a regra contida no art. 28 do Código de Processo Penal, pois trata-se de direito público subjetivo do réu. (…)

Em conseqüência, *suspendo o processo* pelo prazo de dois anos, mediante o cumprimento das seguintes condições: a) proibição de ausentar-se da Comarca onde reside, sem autorização do juiz, por mais de 08 (oito) dias; b) comparecimento pessoal e obrigatório à Juízo, mensalmente, até o dia 31 (trinta e um), para informar e justificar suas atividades; c) não mudar de endereço sem comunicar ao Juízo. Publicada nesta audiência, saem as partes presentes intimadas. Registre-se.” (Fls. 24/25).

Lê-se, ainda, no acórdão impugnado:

“(…)

Com efeito, a r. decisão proferida pelo MM. Juiz apelado manteve-se dentro de uma linha de razoabilidade, vale dizer, adotou uma das correntes que versa sobre a matéria, ou seja, aquela que admite que o Juiz, de ofício, diante da recusa do Ministério Público em propor a suspensão condicional do processo ao réu, sem motivação suficiente, mesmo sem a anuência do órgão ministerial, possa deferir tal benefício ao réu.

Não há dúvida que, nessa posição encarna o pensamento mais afinado com o teor e propósitos da Lei n. 9.099, de 1995.

(...)

Compete aos membros do Judiciário, constitucionalmente investidos, decidir sobre as causas que lhe são trazidas ao conhecimento, não podendo o Juiz permanecer, para exarar sua decisão, como espectador de uma das partes envolvidas ou de segmentos administrativos, há que se subordinar, nesta parte, por mais doutos ou iluminados que possam ser.

Correta a r. decisão apelada que fica mantida.

Por todas essas razões, nega-se provimento ao recurso ministerial.

(...)” (fls. 68/71).

Alega o *Parquet* a impossibilidade de concessão da suspensão condicional do processo **ex officio**.

Está o recorrido, em petição de fls. 151/155, em que “(...) os autos foram remetidos à Procuradoria Geral de Justiça em 22 de abril de 2002 (fl. 76), sendo que o recurso especial só foi protocolizado no dia 29 de maio de 2002 (fl. 78)” (fl. 153).

Aduz, ainda, que “(...) o fato de a representante do Ministério Público ter colocado sua nota de ciência apenas no dia 21 de maio de 2002 não tem o condão de afastar a intempestividade, pois no dia 05 de novembro de 2003 o Plenário do colendo Supremo Tribunal Federal, ao julgar o **Habeas Corpus** n. 83.255, firmou o entendimento de que ‘o prazo de intimação pessoal do MP é contado a partir da entrada do processo nas dependências da instituição’ (conforme consta nos documentos anexos).” (Fl. 154)

Com efeito, o prazo de recurso para o Ministério Público deve ser contado a partir do recebimento dos autos com vista.

Esta, a propósito, a letra do art. 18, inciso II, alínea **h**, da Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993:

“Art. 18. São prerrogativas dos membros do Ministério Público da União:

(...)

II - processuais:

(...)

h) receber intimação pessoalmente nos autos em qualquer processo e grau de jurisdição nos feitos em que tiver que officiar.

(...)”

E é este o teor do art. 41, inciso IV, da Lei n. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993:

“Art. 41. Constituem prerrogativas dos membros do Ministério Público, no exercício de sua função, além de outras previstas na lei orgânica:

(...)

IV - receber intimação pessoal em qualquer processo e grau de jurisdição, através da entrega dos autos com vista;

(...)”

Ao que se tem, ao membro do Ministério Público, enquanto titular do órgão da instituição que integra, é assegurada, por determinação legal, a prerrogativa de ser intimado pessoalmente nos autos.

Tal prerrogativa, é igualmente indubitoso, assente à inquestionável exigência de se o ter em genuína proximidade com os autos do processo, revela a incompatibilidade legal de sua intimação mediante publicação no Diário de Justiça.

Daí por que, deduz-se, tais prerrogativas existem a reclamar a efetiva atuação da instituição, realizada, dada o caráter inanimado da pessoa jurídica do Ministério Público, pelos seus órgãos, personificados nas pessoas de seus membros.

Em sendo assim, mostra-se inafastável a conclusão de que, criando um setor de apoio próprio a realizar precipuamente a atividade de recebimento dos autos e imediato encaminhamento aos seus membros, a instituição, ela mesma, avoca, para si, o ônus dos trâmites internos e, em consequência, os gravames do tempo consumido no entrave burocrático.

Com efeito, exatamente porque criada, repita-se, pela própria instituição, setor de apoio com finalidade tão específica, denota-se a impossibilidade da intimação ser procedida diretamente na pessoa física do membro do *Parquet*. Mas, registre-se, a cientificação se faz, inegavelmente, em conformidade com a determinação legal, certo que há de ser levada a efeito, insista-se, em obséquio das prerrogativas conferidas à instituição.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

“Processo Penal. Recurso especial. Intempestividade. Ministério Público. Intimação pessoal. Vista dos autos.

1. O prazo de recurso para o Ministério Público começa a fluir da intimação pessoal, formalidade que se opera, a teor da Lei n. 8.625, de 12.02.93 — art. 41, IV — através da entrega dos autos com vista.

2. Recurso especial conhecido em parte (alínea **c**) e improvido.” (REsp n. 271.418/SC, Relator Ministro Fernando Gonçalves, in DJ de 16.04.2001)

“Processual Civil. Agravo de instrumento. Prazo. Ministério Público. Intimação pessoal. Crime de latrocínio. Desclassificação. Roubo simples. **Causa mortis**. Ausência de comprovação. Reexame de prova. Súmula n. 07-STJ. Prequestionamento. Ausência.

— Por prerrogativa legal, o Ministério Público deve receber intimação pessoal em qualquer processo de qualquer grau de jurisdição. E esta intimação se efetua por meio de entrega dos autos com vista. É o que preceitua o art. 41, IV, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei n. 8.625/1993).

— Não se conhece de recurso especial embasado na alínea **a** do permisivo constitucional quando a matéria contemplada no julgado recorrido seja diversa daquela tratada no apelo nobre.

— Em sede de recurso especial, o exame de violação à Lei Federal ou negativa de sua vigência (CF, art. 105, III, **a**) tem como pressuposto o debate da questão no âmbito do acórdão recorrido ou, pelo menos, o seu prequestionamento por via de embargos de declaração.

— Se o Tribunal de origem desclassificou o crime de latrocínio para o de roubo simples, ao questionar a **causa mortis** da vítima, para modificar tal entendimento seria imprescindível o reexame de todo o quadro fático-probatório, providência esta incompatível com o recurso especial, nos termos da Súmula n. 07-STJ.

— *Agravo regimental provido. Agravo de instrumento desprovido.*” (AgRg no Ag n. 166.433/GO, Relator Ministro Vicente Leal, **in** DJ de 23.10.2000 — nossos os grifos).

“Processual Civil. Agravo regimental. Ministério Público. Intimação.

1. O Ministério Público goza do privilégio de ser intimado pessoalmente.
2. Presunção de veracidade de certidão expedida nos autos de que o Ministério Público foi pessoalmente intimado e os autos lhe foram remetidos.
3. Não-prevalência de ciência expressa pelo Ministério Público em desacordo com a certidão constante nos autos e com a data do protocolo que registra a entrada do processo na sede do órgão.
4. Agravo regimental improvido.” (AgRg no REsp 262.463/PE, Relator Ministro José Delgado, **in** DJ de 09.04.2001)

Gize-se, por fim, que, não obstante a egrégia Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça, por maioria de votos (5 x 3), tenha firmado entendimento no sentido de que o prazo para a interposição de recurso pelo Ministério Público tem início

na data da oposição do ciente pelo representante do *Parquet*, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, em recente decisão também tomada por maioria de votos (9 x 2), ao julgar o HC n. 83.255, Relator Ministro Marco Aurélio, decidiu que o prazo de intimação pessoal do Ministério Público, para recurso, é contado a partir da entrada do processo nas suas dependências, tendo em vista a isonomia que deve existir entre acusação de defesa.

Pelo exposto, não conheço do recurso especial por intempestivo.

É o voto

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Cuida-se recurso especial interposto pelo Ministério Público de São Paulo, fundamentado nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra decisão do Tribunal de Alçada Criminal.

O Relator, Ministro Hamilton Carvalhido, não conheceu do recurso por considerá-lo intempestivo, indicando sua compreensão pessoal e recente decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal, onde também havia divergência, para afirmar que não há que se considerar como termo inicial da contagem do prazo para recurso a data de oposição do ciente do representante do Ministério Público, mas, por força da isonomia entre as partes, a data da entrada dos autos naquele órgão.

Para melhor exame, pedi vista dos autos.

Por inúmeras vezes, sustentei que a exigência de intimação pessoal do representante do Ministério Público, prevista no art. 41, inciso IV, da Lei n. 8.625/1993, se aperfeiçoa com o recebimento dos autos com vista, sendo irrelevante a data em que o seu representante apõe o ciente, correndo a partir daquela oportunidade o prazo de interposição de qualquer recurso.

Admitir, disse outras vezes, que o termo inicial para recorrer começaria a fluir do momento em que o *Parquet* apõe o seu ciente nos autos lhe conferiria a posição privilegiada de absoluto controle dos prazos processuais, situação que não se mostra razoável e muito menos coloca as partes em igualdade de condições.

Contudo, no julgamento do EREsp n. 259.682/SP, no qual fiquei vencido, a Terceira Seção desta Corte assentou compreensão no sentido de que o início do prazo de recurso do Ministério Público se dá a partir da data da ciência do seu representante, não sendo importante o momento da sua entrega com vista, posição que passei a adotar em respeito à decisão colegiada.

No entanto, agora, com o julgamento do HC n. 83.255-5, em 05 de novembro de 2003, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, no qual se afirmou que o prazo

deve começar a fluir, para o Ministério Público, da data da entrada dos autos naquele órgão, não vejo como possa ser mantida a orientação desta Corte, tratando-se, como se trata, de tema de interpretação final do Supremo Tribunal, impondo-se a irrestrita observância da nova compreensão.

Assim, acompanhando o voto do Ministro-Relator, não conheço do recurso.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 499.830 — RJ (2003/0010112-2)

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido

Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

Procuradores: Delma Eyer Harris e outros

Recorrido: Paulo Roberto Nunes de Oliveira

Advogados: Noel Ildefonso dos Santos e outro

EMENTA

Recurso especial. INSS. Apelação. Litigância de má-fé. Multa. Não caracterizada.

1. “O art. 17 do Código de Processo Civil, ao definir os contornos da litigância de má-fé que justificam a aplicação da multa, pressupõe o dolo da parte no entravamento do trâmite processual, manifestado por conduta intencionalmente maliciosa e temerária, inobservado o dever de proceder com lealdade.” (REsp 397.832/RS, Relator Ministro Vicente Leal, *in* DJ de 1^a.04.2002)

2. Não há falar em litigância de má-fé pelo simples fato da interposição de recurso contra decisão desfavorável, precisamente porque impugnáveis e desprovidas de efeito vinculante as decisões do Poder Judiciário, é que à parte é oportunizado buscar a positivação do direito que entende ser devida, tudo, acrescente-se, em obséquio do direito à ampla defesa, com os recursos a ela inerentes, assegurado pelo art. 5^o, inciso LV, da Constituição da República.

3. Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

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

Ministro Hamilton Carvalhido, Presidente e Relator

DJ de 20.09.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: Recurso especial interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social — INSS, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea a, da Constituição Federal, contra acórdão da Décima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, assim ementado:

“Apelação Cível. Acidente do trabalho. Embargos à execução, com base no art. 741 inciso V, do CPC. INSS citado no início da execução, nos termos do art. 730, do CPC, concordando com os cálculos apresentados pelo Contador Judicial. Refazimento dos cálculos. Nova citação. Elaboração dos cálculos em absoluta consonância com a decisão proferida na ação acidentária, transitada em julgado. Embargos opostos com pretexto meramente protelatório. Litigância de má-fé indubitosa. Rejeição dos embargos corretamente aplicada. Improvimento do recurso voluntário, mantida a sentença em reexame necessário.” (Fl. 68)

Alega o recorrente que “(...) ante a controvérsia legítima acerca de eventual ocorrência de preclusão, torna-se injusta a classificação dos embargos de devedor e do recurso de apelação como procrastinatórios como constou no acórdão recorrido, desconfigurando-se a incidência dos arts. 17 e 18 do CPC.” (Fl. 76)

Sustenta, ainda, que “(...) Mesmo que devesse ser mantida essa sanção por litigância de má-fé, o que só se admite face ao princípio da eventualidade, seria imperioso que a multa fosse reduzida ao limite imposto pelo art. 18, onde está claro que não pode exceder a 1% do valor da causa.” (Fl. 77)

A insurgência especial está fundada na violação dos arts. 17, inciso VII, e 18 do Código de Processo Civil.

Recurso tempestivo (fl. 74), sem resposta e inadmitido (fls. 84/86).

Agravo de instrumento provido (fl. 96).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Senhores Ministros, dispõem os arts. 17, inciso VII, e 18, ambos do Código de Processo Civil, que:

“Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que:

(...)

VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.”

“Art. 18. O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a 1% (um por cento) sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou.”

Ocorre, contudo, que “(...) O artigo 17 do Código de Processo Civil, ao definir os contornos da litigância de má-fé que justificam a aplicação da multa, pressupõe o dolo da parte no entravamento do trâmite processual, manifestado por conduta intencionalmente maliciosa e temerária, inobservado o dever de proceder com lealdade.” (REsp n. 397.832/RS, Relator Ministro Vicente Leal, in DJ de 1^o.04.2002).

In casu, a autarquia previdenciária interpôs recurso de apelação do **decisum** monocrático que rejeitou os embargos à execução por ela opostos, alegando o seguinte:

“(...)

Observa-se facilmente dos cálculos que acompanharam a execução (fl. 127), que o reajuste em 03/1987 foi de 41,79%, quando o correto seria 5,80%, conforme o documento em anexo e os cálculos do INSS (fl. 15).

Isto porque, como o segurado esteve em gozo de auxílio-doença (fl. 12 dos autos principais), o salário de contribuição deve ser reajustado desde 02/1987 pelos índices previdenciários e, neste caso, aplica-se no reajuste do salário de contribuição o índice de 5,80%, e não, 41,79% somente aplicável aos benefícios com DIB em 03/1986. Em outras palavras, no reajuste do salário de contribuição aplica-se no primeiro reajuste o índice proporcional ao invés do integral.

Ora, não é objeto da presente demanda a forma de reajuste do auxílio-doença que foi concedido ao autor por ato administrativo, nem se insurgiu o Autor quanto ao critério de reajuste deste benefício quando de sua manutenção.

Assim, não há que se aplicar índices diversos os efetivamente pagos pela Previdência Social quando do reajuste do auxílio-doença, vez que inexistente questionamento judicial quanto a este, e como não poderia deixar de ser, inexistente qualquer *condenação expressa* no dispositivo da r. sentença exequenda determinando a alteração do índice de reajuste aplicado pela Previdência Social em relação ao auxílio-doença.

(...)” (fls. 44/45).

Recolhe-se, contudo, do voto condutor do acórdão recorrido, **verbis**:

“(...

Saliente-se que, todos os fatos e procedimentos jurídicos inerentes à matéria controversa, já foram suficientemente discutidos, avaliados e julgados em ambos os graus de jurisdição, tendo sido reconhecido o direito do obreiro, ora apelado, o qual, vem aguardando por cerca de 12 (doze) anos a consagração do seu direito, sendo certo que o acidente ocorreu em 28.02.1987, tendo ingressado com a ação acidentária em 14.09.1988, não tendo até a presente data alcançado os seus objetivos.

A Procuradoria Geral de Justiça, opinando às fls. 60/61, põe pá-de-cal na questão, salientando que “ante o evidente intuito protelatório dos embargos parece-me que deve ser imposta ao embargante/apelante a pena de litigância de má-fé, fixando a indenização a 20% (vinte por cento) do valor da causa”.

Dessa forma, entendendo que, na realidade, o embargante litiga de má-fé, impõe-se a condenação em quantia equivalente a 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa.

(...)” (fls. 69/70).

Tem-se, portanto, que o recorrente, ao interpor o recurso de apelação, agiu conforme lhe faculta a legislação processual (arts. 513, 514 e 515 do Código de Processo Civil), não podendo ser punido somente por ter interposto recurso de sentença que não acolheu os embargos de devedor e sem que haja a efetiva demonstração de que houve dolo da parte em obstar o normal trâmite do processo e o prejuízo que a parte contrária tenha suportado, em decorrência do ato doloso.

Aliás, precisamente porque desprovidas de efeito vinculante as decisões do Poder Judiciário, é que à parte é oportunizado o direito de buscar a positivação do direito que entende ser legítima. Tudo, acrescente-se, em obséquio do direito à ampla defesa, com os recursos a ela inerentes, assegurado pelo art. 5º, inciso LV, da Constituição da República.

Nesse sentido, aliás, veja-se, por todos, o seguinte precedente jurisprudencial:

“Processual Civil — Litigância de má-fé — Recurso especial — Inexistência — Recurso previsto na carta magna — Prejuízo que a agravante teria pretensamente suportado — Ausência de comprovação.

A regra é que não se caracteriza como litigância de má-fé a utilização dos recursos previstos em lei, merecendo ser comprovado, nestas hipóteses, o dolo da parte em obstar o normal trâmite do processo e o prejuízo que a parte contrária houver suportado, em decorrência do ato doloso.

Inúmeros precedentes.

Agravo regimental improvido.” (AgRg no Ag 398.870/SP Relator Ministro Paulo Medina, in DJ de 11.03.2002)

De tanto, resulta que, em não estando caracterizada a litigância de má-fé da autarquia previdenciária, quando da interposição do recurso de apelação, é de se afastar a pena de multa que lhe foi aplicada.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso, para, reformando o acórdão recorrido, excluir a pena por litigância de má-fé imposta à autarquia previdenciária.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 568.563 — PI (2003/0148427-0)

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido

Recorrente: Quirino de Alencar Avelino

Advogados: Tarcísio Vieira de Carvalho Neto e outro

Recorrido: Ministério Público do Estado do Piauí

Sustentação oral: Tarcísio Vieira de Carvalho Neto

EMENTA

Recurso especial. Penal. Art. 619 do CPP. Omissão, contradição ou obscuridade. Inexistência. Decreto-Lei n. 201/1967. Afastamento de prefeito. Ausência de fundamentação. Recurso parcialmente provido.

1. “Aos acórdãos proferidos pelos Tribunais de Apelação, Câmaras ou Turmas, poderão ser opostos embargos de declaração, no prazo de 2 (dois) dias contado da sua publicação, quando houver na sentença ambi-

güidade, obscuridade, contradição ou omissão.” (Art. 619 do Código de Processo Penal)

2. Não há falar em violação do art. 619 do Código de Processo Penal quando, da simples leitura das razões dos embargos de declaração opostos, verifica-se que o embargante, sob o pretexto de que o acórdão embargado teria incorrido em omissão, contradição e obscuridades, tem o nítido propósito de obter o reexame da matéria versada nos autos, na busca de decisão que lhe seja favorável.

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

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

5. O afastamento do cargo de Prefeito é de natureza cautelar, sujeitando-se a sua decretação, não apenas em obséquio ao art. 93, inciso IX, da Constituição da República, mas, também, ao próprio art. 2º, inciso II, do Decreto-Lei n. 201/1967, por indubioso, à demonstração da sua efetiva necessidade, que em nada se confunde com razões que, não fazendo qualquer consideração relativa à efetiva e concreta probabilidade da interferência na prova, insulam-se na sua mera possibilidade. Precedentes.

6. Recurso especial parcialmente provido.

ACÓRDÃO

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

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

Ministro Hamilton Carvalho, Presidente e Relator

DJ de 17.05.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalho: Recurso especial interposto por Quirino de Alencar Avelino contra acórdãos da Primeira Câmara Especializada Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, assim ementados:

“Recebe-se a denúncia, porque esta se acha acompanhada, de prova suficiente para o referido fim, como consta dos autos. Decisão unânime, de acordo com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça.” (Fl. 629)

“Denúncia. Embargos de declaração. Inexiste no acórdão ambigüidade, obscuridade, contradição ou omissão. Não conhecidos.” (Fl. 744)

“Embargos declaratórios. Reiteração. Pressuposto. Pretensa ocorrência de omissões no acórdão relativo aos primeiros embargos. Inexistência dos vícios apontados.

1. O cabimento dos segundos embargos declaratórios pressupõe a indicação de vício que tenha surgido, pela primeira vez, no acórdão relativo aos primeiros embargos.

2. *Embargos conhecidos, mas rejeitados, eis que incorrentes as alegadas eivas.*” (Fl. 792)

Divergência jurisprudencial e negativa de vigência aos arts. 619 do Código de Processo Penal e 2ª, inciso II, do Decreto-Lei n. 201/1967, fundam a insurgência especial (Constituição da República, art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**).

Pugna o recorrente no sentido de se “(...) reformar a decisão recorrida sobre os embargos, determinando que outro acórdão seja proferido, conhecendo dos mesmos e decidindo-o como entender de direito, bem como para reformar o v. acórdão principal, na parte que decretou o afastamento do cargo de Prefeito, cassando a medida extrema e restabelecendo o direito ao exercício do mandato eletivo do recorrente, por ser medida de inteira Justiça!” (Fl. 945)

Recurso tempestivo (fl. 932), respondido (fls. 1.149/1.154) e admitido (fls. 1.158/1.160).

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

“Recurso especial. Prefeito. Art. 2^a, inciso II, do Decreto-Lei n. 201/1967. Afastamento. Embargos declaratórios. Art. 619 do CPP. Divergência jurisprudencial.

Encontra-se suficientemente fundamentada a decisão que determina o afastamento de Prefeito do cargo.

No que tange à suposta violação ao art. 619 do CPP, esta não merece ser conhecida, haja vista que referido dispositivo apenas dispõe quanto à possibilidade de interposição de embargos de declaração de acórdão, nos casos de ambigüidade, obscuridade, contradição ou omissão, no prazo de dois dias. E, no caso em análise, referidos embargos foram devidamente interpostos e julgados.

Parecer pelo não-conhecimento do apelo, e se conhecido, for pelo seu improvimento.” (Fl. 1.168)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Senhores Ministros, recurso especial interposto por Quirino de Alencar Avelino contra acórdão da Primeira Câmara Especializada Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, que, recebendo denúncia ofertada em desfavor do recorrente, atual Prefeito do Município de Itaueira — PI, por supostas práticas de crimes elencados no Decreto-Lei n. 201/1967 e na Lei de Licitações, determinou seu imediato afastamento do cargo.

Opostos embargos de declaração, foram estes rejeitados.

Divergência jurisprudencial e negativa de vigência aos arts. 619 do Código de Processo Penal e 2^a, inciso II, do Decreto-Lei n. 201/1967, fundam a insurgência especial (Constituição da República, art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**).

São estes os fundamentos do acórdão recorrido, no que importa à espécie:

“(…)

No encerramento da denúncia foi requerido, liminarmente, o afastamento de Quirino de Alencar Avelino como Prefeito eleito e empossado, na Prefeitura Municipal de Itaueira, em razão das eleições realizadas no ano de 2000, e sendo formulado o referido pedido *‘com o fito de salvar o patrimônio e o interesse público diante da perniciosa administração improbo’*, como afirmou o representante do Ministério Público Superior, em partes da denúncia, já anteriormente abordadas.

Considerando o que consta do teor do inciso n. II do art. 2º do Decreto-Lei n. 201/1967, deve ser acolhida a denúncia contra os acusados, Quirino de Alencar Avelino e Quirino Avelino Neto, e portanto determino o afastamento do exercício do cargo de Prefeito Municipal de Itaueira com relação ao primeiro denunciado, durante a instrução criminal.

No que diz respeito ao afastamento do cargo, como consta do parágrafo anterior, o denunciado em referência, através dos advogados do mesmo, observe o que é facultado no inciso n. III do art. 2º da Lei n. 201/1967, no tempo oportuno, para os fins aplicáveis ao presente caso, no futuro, na forma determinada por lei.

A medida em tela é adotada, porque já foram requeridas provas, as quais serão apuradas, em documentações internas, que se acham, na Prefeitura respectiva ou em quaisquer outros locais, onde forem pedidas, obedecendo às exigências da lei.

O afastamento temporário do exercício do cargo, na Prefeitura Municipal com relação ao Prefeito em referência, é para que o mesmo não tenha a oportunidade também de influenciar negativamente, na apuração das provas, que de quaisquer naturezas sejam necessárias e na hipótese de serem pedidas, nas formas admitidas por lei.

(...)

Dado ao exposto, recebo a denúncia de fl. 02 até fl. 10, no que diz respeito aos dois (2) denunciados e com o afastamento de Quirino de Alencar Avelino durante a instrução criminal, ‘em todos os casos’, tudo como já ficou consignado no teor do relatório.” (Fls. 634/636 — nossos os grifos).

Em estes, os dispositivos apontados pelo recorrente como violados:

“Art. 619. Aos acórdãos proferidos pelos Tribunais de Apelação, Câmaras ou Turmas, poderão ser opostos embargos de declaração, no prazo de 2 (dois) dias contado da sua publicação, quando houver na sentença ambigüidade, obscuridade, contradição ou omissão.” (Código de Processo Penal)

“Art. 2º O processo dos crimes definidos no artigo anterior é o comum do juízo singular, estabelecido pelo Código de Processo Penal, com as seguintes modificações:

(...)

II - Ao receber a denúncia, o Juiz manifestar-se-á, obrigatória e motivadamente, sobre a prisão preventiva do acusado, nos casos dos itens I e II do artigo anterior, e sobre o seu afastamento do exercício do cargo durante a

instrução criminal, em todos os casos.” (Decreto-Lei n. 201/1967 — nossos os grifos).

E o acórdão os teria violado porque:

“(…)

De início, é de se argüir a violação, pelo v. acórdão sobre os embargos de declaração — fls. 744 a 746, do disposto no art. 619 do Código de Processo Penal vigente, uma vez que as omissões, obscuridades e contradição contidas no v. acórdão principal — fls. 629 a 636, tendo o Tribunal de origem se negado a enfrentá-las, na medida em que não conheceram de ditos embargos.

(…)

É que, com a defesa escrita, o recorrente argumentou expressamente sobre a desnecessidade da medida extrema, alegando que a denúncia tratava de fatos verificados em período pretérito, ou seja, no ano de 1995, quando ele desempenhava anterior administração, cujos documentos de prestação de contas ventilados na peça acusatória não mais se encontram sob a guarda da Prefeitura Municipal, estando, em verdade, nos arquivos do Tribunal de Contas do Estado e da Câmara Municipal.

A denúncia também não requereu qualquer produção de outras provas, a não ser a oitiva de testemunhas sobre as quais o alcaide não tem influência alguma, uma vez que se tratam de comerciantes e de técnicos vinculados ao quadro de pessoal do Tribunal de Contas do Estado do Piauí.

Foi suscitado ainda nos embargos de declaração que o decreto de afastamento do cargo imposto ao ora recorrente, se recente da devida fundamentação legal, porque malferiu o que textua o inciso II do art. 2º do Decreto-Lei n. 201/1967, na medida em que aquela norma exige motivação para adoção da medida extrema em questão, o que não ocorreu no v. acórdão principal — fls. 629 a 636.

*Basta que se veja a petição de embargos de declaração, para se chegar ao entendimento de que o Tribunal **a quo** simplesmente negou a prestação jurisdicional, ao não conhecê-los.*

(…)

Daí se pedir o conhecimento e provimento do recurso especial, para declarar a nulidade do acórdão sobre os embargos de declaração e determinar que a Corte de Justiça de origem proceda com a apreciação dos embargos, deles conhecendo e julgando-o como entender de direito, porque restou violado o art. 619 do CPP e conflitou-se com os julgados acima colacionados do STJ.

Quanto ao acórdão principal — fls. 629 a 636, restou violado o art. 2º, inciso II, do Decreto-Lei n. 201/1967, que exige motivação para decisão que decreta o afastamento de Prefeito, ou seja, a sua concreta e objetiva fundamentação em elementos que digam respeito à necessidade da instrução do processo.

(...)

Com efeito, a jurisprudência do STJ ensina que a decisão que decreta o afastamento do Prefeito do cargo deve se apresentar suficientemente fundamentada, sob pena de nulidade, como ocorreu no caso vertente.

(...)

Importante destacar, dada a grande valia para o deslinde da questão contida nesse recurso especial, que a douta *Procuradoria Geral de Justiça do Piauí*, instada a se manifestar, por ser autora da ação penal pública, sobre os embargos de declaração com pedido de efeito modificativo da parte do acórdão que decretou o afastamento do ora recorrente do cargo de Prefeito, *peticionou às fls. 663 e 664 dos autos, favoravelmente à pretensão deduzida nos declaratórios, que aliás sequer foram conhecidos, conforme já dito, ensejando violação ao art. 619 do CPP, (...)*” (fls. 934/944 — nossos os grifos).

Daí por que pugna o recorrente no sentido de se “(...) reformar a decisão recorrida sobre os embargos, determinando que outro acórdão seja proferido, conhecendo dos mesmos e decidindo-o como entender de direito, bem como para reformar o v. acórdão principal, na parte que decretou o afastamento do cargo de Prefeito, cassando a medida extrema e restabelecendo o direito ao exercício do mandato eletivo do recorrente, por ser medida de inteira justiça!.” (Fl. 945)

De início, quanto à alegada violação do art. 619 do Código de Processo Penal, improcede a pretensão recursal.

É que nos termos do art. 619 do Código de Processo Penal:

“Aos acórdãos proferidos pelos Tribunais de Apelação, Câmaras ou Turmas, poderão ser opostos embargos de declaração, no prazo de 2 (dois) dias contados da sua publicação, quando houver na sentença ambigüidade, obscuridade, contradição ou omissão.”

Na lição de **José Carlos Barbosa Moreira**, “há omissão quando o Tribunal deixa de apreciar questões relevantes para o julgamento, suscitadas pelas partes ou examináveis de ofício (...), ou quando deixa de pronunciar-se acerca de algum tópico da matéria submetida à sua cognição, em causa de sua competência originária, ou obrigatoriamente sujeita ao duplo grau de jurisdição (art. 475), ou ainda mediante recurso, inclusive quanto a ponto acessório, como seria o caso de condenações

em despesas processuais e honorários advocatícios (art. 20), ou de sanção que se devesse impor (por exemplo, as previstas no art. 488, n. II, e no art. 529).” (In “Comentários ao Código de Processo Civil”, volume V, Forense, 7ª edição, p. 539 — nossos os grifos).

A *contradição* “(...) é a afirmação conflitante, quer na fundamentação, quer entre a fundamentação e a conclusão.” (Vicente Greco Filho, in “Direito Processual Civil”, 11ª edição, São Paulo, Saraiva, 2ª v., p. 260). “Verifica-se este defeito quando no acórdão se incluem proposições entre si inconciliáveis. Pode haver contradição entre proposições contidas na motivação (...) ou entre proposições da parte decisória, isto é, incompatibilidade entre capítulos do acórdão (...). Também pode ocorrer contradição entre alguma proposição enunciada nas razões de decidir e o dispositivo (...). É ainda concebível a ocorrência de contradição entre a ementa e o corpo do acórdão. Não fica excluída a hipótese de contradição entre proposições constantes da própria ementa (cf., infra, o Comentário n. 359 ao art. 556). Tampouco o fica a de contradição entre o teor do acórdão e aquilo que resultara da votação apurável pela minuta de julgamento, pela ata, pelas notas taquigráficas ou por outros elementos. (...) Não há que se cogitar de contradição entre o acórdão e outra decisão porventura anteriormente proferida no mesmo processo, pelo Tribunal ou pelo órgão de grau inferior. Se a questão estava preclusa, e já não se podia voltar atrás do que fora decidido, houve sem dúvida **error in procedendo**, mas o remédio de que agora se trata é incabível. Também o é na hipótese de contradição entre o acórdão e o que conste de alguma peça dos autos (caso de **error in judicando**).” (José Carlos Barbosa Moreira, ob. cit., pp. 541/543).

A *obscuridade*, por sua vez, assim como a ambigüidade, verifica-se quando há evidente dificuldade na compreensão do julgado. Ocorre quando há a falta de clareza do **decisum**, daí resultando a ininteligibilidade da questão decidida pelo órgão judicial. Em última análise, ocorre a obscuridade quando a decisão, no tocante a alguma questão importante, soluciona-a de modo incompreensível.

In casu, está o recorrente em que “(...) é de se argüir a violação, pelo v. acórdão sobre os embargos de declaração — fls. 744 a 746, do disposto no art. 619 do Código de Processo Penal vigente, uma vez que as omissões, obscuridades e contradição contidas no v. acórdão principal (...)” (fl. 934).

Aduz, ainda, que “(...) com a defesa escrita, o recorrente argumentou expressamente sobre a desnecessidade da medida extrema, alegando que a denúncia tratava de fatos verificados em período pretérito, ou seja, no ano de 1995, quando ele desempenhava anterior administração, cujos documentos de prestação de contas ventilados na peça acusatória não mais se encontram sob a guarda da Prefeitura

Municipal, estando, em verdade, nos arquivos do Tribunal de Contas do Estado e da Câmara Municipal.” (Fls. 934/935)

Por fim, argumenta que “(...) o decreto de afastamento do cargo imposto ao ora recorrente, se recente da devida fundamentação legal, porque malferiu o que textua o inciso II do art. 2º do Decreto-Lei n. 201/1967, na medida em que aquela norma exige motivação para adoção da medida extrema em questão, o que não ocorreu no v. acórdão principal (...)” (fl. 935).

In casu, da simples leitura das razões dos embargos de declaração opostos, verifica-se que o embargante, sob o pretexto de que o acórdão embargado teria incorrido em omissão e contradição, tem o nítido propósito de obter o reexame da matéria versada nos autos, na busca de decisão que lhe seja favorável.

Com efeito, pugna o embargante, ao final, no sentido de que “(...) os presentes embargos sejam acolhidos e providos, imprimindo-lhes efeitos modificativos, para reformar o v. acórdão embargado, afim de sustar a decretação de afastamento do cargo de Prefeito Municipal, o denunciado Quirino Alencar Avelino, cujo exercício com certeza não irá obstruir a instrução criminal, além disso, ser-lhe-á dado o direito de defender-se sob o manto sagrado do princípio constitucional segundo o qual ninguém será considerado culpado senão depois de sentença penal condenatória transitada em julgado (...)” (fls. 647/648).

De tanto, resulta que não há qualquer omissão, contradição ou obscuridade no **decisum**, não havendo se falar em afronta ao art. 619 do Código de Processo Penal.

Veja-se, passo adiante, a alegada violação ao art. 2º, inciso II, do Decreto-Lei n. 201/1967.

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

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

In casu, o afastamento do cargo de Prefeito é de natureza cautelar, sujeitando-se a sua decretação, não apenas em obséquio ao art. 93, inciso IX, da Constituição da República, mas, também, ao próprio art. 2º, inciso II, do Decreto-Lei n.

201/1967, por indubioso, à demonstração da sua *efetiva necessidade*, que em nada se confunde com razões que, não fazendo qualquer consideração relativa à efetiva e concreta probabilização da interferência na prova, *insulam-se na sua mera possibilidade, como na espécie, em que se decretou a medida cautelar*, “(...) para que o mesmo não tenha a oportunidade também de influenciar negativamente, na apuração das provas, que de quaisquer naturezas sejam necessárias e na hipótese de serem pedidas, nas formas admitidas por lei.”

Neste sentido, o entendimento desta Corte Federal Superior:

“Processual — Ação de improbidade — Mandato eletivo — Suspensão — Lei n. 8.429/1992, art. 20, parágrafo único — Pressuposto — Instrução processual.

— A suspensão de mandato eletivo, com fundamento no art. 20, parágrafo único, da Lei n. 8.429/1992 só é lícito, quando existam, nos autos, prova de que o mandatário está, efetivamente, dificultando a instrução processual.

— A simples possibilidade de que tal dificuldade venha a ocorrer, não justifica o afastamento do agente público acusado de improbidade.

— Suspender mandato eletivo, sem prova constituída de que o acusado opõe dificuldade à coleta de prova é adotar, ilegalmente, tutela punitiva.” (MC n. 7.325/AL, Relator Ministro José Delgado, **in** DJ de 16.02.2004)

“Processo Penal — Afastamento de prefeito — Fundamentação — Crimes contra a Administração — Efeito suspensivo — Recurso especial — impossibilidade.

— Tendo a decisão que determinou o afastamento de Prefeito se lastreado em elementos concretos, inexistente constrangimento ilegal a ser reparado pela via do **habeas corpus**. De outro lado, a Lei n. 8.038/1990, não revogou o Decreto-Lei n. 201/1967 (precedentes).

— Esgotadas as instâncias ordinárias e pendente apenas recurso especial interposto e ainda pendente de apreciação quanto à sua admissibilidade na origem, nada impede a execução provisória da decisão condenatória.

— Ordem denegada.” (HC n. 14.290/PA, Relator Ministro Jorge Scartezini, **in** DJ de 26.08.2002)

“Penal. Processual. Prefeito municipal. Recebimento da denúncia. Prazo para manifestação da defesa. Nulidade. Princípio da presunção de inocência. Violação. Exame de provas. Decreto-Lei n. 201/1967, art. 2º, II. Não-revogação. Afastamento do cargo. Fundamentação. **Habeas corpus**.

1. Os prazos, no processo penal, “correrão do dia em que a parte manifestar nos autos ciência inequívoca da sentença ou despacho” (CPE, art. 798, § 5º, c). Dispensável, portanto, a publicação do despacho que determina a juntada, aos autos, de carta de ordem devidamente cumprida. Cerceamento de defesa não reconhecido.

2. Regularmente notificada a defesa, a não-apresentação de resposta no prazo legal não anula o processo.

3. Alegada violação ao princípio da presunção de inocência que não se examina. O **habeas corpus** não é instrumento idôneo à verificação do real número de ações penais instauradas contra o paciente. As provas, nesta instância e via, devem ser incontroversas, e os fatos, convergentes.

4. O Decreto-Lei n. 201/1967, art. 2º, II, não foi revogado, no que concerne ao processo e julgamento dos Prefeitos Municipais quanto às infrações político-administrativas a eles atribuídas. Precedentes deste STJ e do STF.

5. A CF, art. 93, IX, exige a fundamentação de todos os decisórios judiciais, sob pena de nulidade. A decisão que determina o afastamento de Prefeito do cargo para o qual foi eleito não é exceção.

6. **Habeas corpus** conhecido; pedido parcialmente deferido, para anular o acórdão recorrido e determinar seja outro proferido, em observância às determinações legais pertinentes.” (HC n. 12.158/PA, Relator Ministro Edson Vidigal, in DJ de 22.05.2000)

Pelo exposto, dou parcial provimento ao recurso para, cassando, *em parte*, o acórdão da Primeira Câmara Especializada Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, determinar o retorno do autos à Corte Estadual para que esta decida, *fundamentadamente*, acerca da necessidade ou não do afastamento cautelar do recorrente Quirino de Alencar Avelino do cargo de Prefeito do Município de Itaueira — PI, desta feita, com a estrita observância do disposto nos arts. 93, inciso IX, da Constituição Federal, e 2º, inciso II, do Decreto-Lei n. 201/1967.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 602.008 — RS (2003/0199395-3)

Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa

Recorrente: Luiz Fernando Ferreira

Advogados: Vítor Maurício Horn e outro

Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

EMENTA

Recurso especial. Processo penal. Inépcia de denúncia. Concurso de agentes. Não-necessidade da pormenorização das condutas. Precedentes deste STJ. Inteligência do art. 569 do Código de Processo Penal. Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, não provido.

1. Não há falar em inépcia da acusatória, quando presentes os pressupostos do art. 41 do CPP propiciando ao denunciado o exercício da ampla defesa, quanto mais em se tratando, como na espécie, de concurso de agentes. Precedentes deste STJ.

2. A denúncia que atende, suficientemente, às exigências legais, permitindo uma adequação típica, o reconhecimento donexo causal e a delimitação e a especificação das condutas, basta ao desencadeamento da **persecutio criminis**.

3. Possível omissão da peça acusatória pode ser suprida a qualquer tempo, antes da sentença final (art. 569 do CPP).

4. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso e negar-lhe provimento, considerando prejudicado o pedido do co-réu, Altair Veríssimo da Silveira. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Nilson Naves, Hamilton Carvalhido e Paulo Gallotti. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Paulo Medina. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

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

Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Relator

DJ de 30.05.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa: Trata-se de recurso especial interposto por Luiz Fernando Ferreira, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição Federal, contra acórdão do egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que, por maioria, negou provimento a recurso em sentido estrito contra

sentença de pronúncia — por tentativa de homicídio qualificado e peculato consumado —, rejeitando a preliminar de inépcia da denúncia.

O recorrente opôs embargos infringentes, que foram rejeitados (fls. 109/125).

Alega, outrossim, violação dos arts. 41 e 381, ambos do Código de Processo Penal, por falta de clareza na exposição do fato pela peça acusatória.

Contra-razões apresentadas (fls. 211/224).

Admissibilidade negativa na origem (fls. 226/231), com agravo de instrumento provido, determinada sua reatuação como recurso especial (fl. 251).

O Ministério Público Federal opina pelo parcial conhecimento e, nessa parte, pelo não-provimento (fls. 246/249).

O co-réu Altair Veríssimo de Silveira protesta por habilitação, como interessado na causa, para aproveitamento do presente recurso, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal (fl. 257).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa (Relator): 1. Matéria devidamente pré-examinada pelo Tribunal **a quo**, afastando o óbice da Súmula n. 282 do STF quanto à alegada violação do art. 41 do CPP, o mesmo não ocorrendo quanto ao art. 381 do CPP, eis que matéria nova ainda não apreciada; daí a admissibilidade, embora positiva, dever ser parcial.

2. Mesma sorte não acompanha o recorrente no mérito.

3. Colhe-se da peça acusatória:

“No dia 22 de outubro de 1990, por volta das 21h30min, na estrada secundária de acesso a Roca Sales, paralela à RS-130, na altura do local conhecido como Santinha, em Encantado, os denunciados Altair Verríssimo da Silveira e Luiz Fernando Ferreira, portando armas de fogo de diferentes calibres, com **animus necandi**, conjugação de esforços e adremente combinados, desferiram inúmeros disparos contra Sérgio Luiz Duarte, alvejando-o na região escapular, no terço superior do braço esquerdo e no terço inferior da coxa esquerda, assim produzindo as lesões somáticas descritas nos autos de exame de corpo de delito de fls.

O evento morte só não se consumou por circunstâncias alheias às vontades dos agentes, eis que, por vício de pontaria, não atingiram órgãos vitais de Sérgio Luiz, que, mesmo sob fogo cerrado, conseguiu empreender fuga.

O crime foi perpetrado de emboscada, eis que a referida estrada vicinal encontrava-se bloqueada por uma barreira de pedra, impedindo a passagem do veículo tripulado por Sérgio Luiz, que não esperava o atentado, já que se dirigia ao local para se encontrar com os denunciados (...) a fim de tratar de assunto comuns à quadrilha.

Logo após a prática do fato acima descrito, nas mesmas condições de local, os denunciados (...) apropriaram-se, na condição de policiais civis, em proveito próprio, de uma caixa de som e de um órgão eletrônico (...) pertencentes a Sérgio Luiz (...)” (sic) (fls. 14/15).

4. Reza, de seu turno, a exposição de motivos do Código de Processo Penal:

“O projeto não deixa respiradouro para o frívolo curialismo, que se compraz em espiolhar nulidade. (...) Não será declarada a nulidade de nenhum ato processual, quando este não haja influído concretamente na decisão da causa ou na apuração da verdade substancial.”

5. Nesse norte, não há falar, **in casu**, em inépcia da acusatória, isso porque presentes os pressupostos do art. 41 do Código de Processo Penal, propiciando aos denunciados o exercício da ampla defesa, máxime em se tratando de “crime coletivo” ou “concurso de agentes”.

Se é certo que, na espécie, a peça acusatória não se mostra ornada de primor acadêmico, não menos certo é que ela atende, ao menos suficientemente, às exigências legais, permitindo adequação típica, reconhecimento do nexu causal, bem como delimitação e especificação das condutas.

De todo modo, eventual omissão pode ser suprida a qualquer tempo, antes da sentença final, nos termos do art. 569 do Código de Processo Penal.

Esse o firme entendimento desta colenda Turma Julgadora:

“**Habeas corpus.** (...). Inépcia da denúncia. Inexistência de indícios de autoria e materialidade. Reexame de prova. Incabimento.

1. Em se mostrando a denúncia ajustada ao art. 41 do Código de Processo Penal, descrevendo, de forma circunstanciada, os crimes imputados ao paciente, não há falar em sua inépcia.

2. Em faltando à acusação pública, no ensejo do oferecimento da denúncia, elementos bastantes ao rigoroso atendimento do seu estatuto formal (Código de Processo Penal, art. 41), principalmente nos casos de crime coletivo ou societário, é válida a imputação genérica do fato-crime, sem a particularização das condutas dos agentes, co-autores e partícipes, admitindo, como admite,

a lei processual penal que as omissões da acusatória inicial possam ser supridas a todo tempo antes da sentença final (Código de Processo Penal, art. 569). (...)

5. Ordem denegada.” (HC n. 14.146/RJ, Sexta Turma, Relator Ministro Hamilton Carvalho, DJ de 09.04.2001)

“Processual Penal. (...) Denúncia. Inépcia. Não-ocorrência. Conduta. Elemento subjetivo. Ausência. Impossibilidade de apreciação na via eleita.

(...).

1. Se o fato foi exposto pormenorizadamente pela acusação, não se torna necessária para o recebimento da denúncia, por se tratar de crime coletivo, a descrição da conduta de cada um dos diretores da empresa, relegando-se esta demonstração para a instrução criminal. Precedentes do STF e do STJ. (...)

4. Recurso improvido.” (RHC n. 9.950/BA, Sexta Turma, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJ de 23.04.2001)

6. Pelo exposto, conheço parcialmente do presente recurso e, nessa parte, lhe nego provimento, restando prejudicado o pedido do co-réu Altair Veríssimo da Silveira.

É como voto.
