



Jurisprudência da Quinta Turma

HABEAS CORPUS N. 21.074 — RJ (2002/0025422-7)

Relator: Ministro Gilson Dipp

Impetrante: Gentil Silva Júnior

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

Paciente: Aziz Lasmar

Advogado: Alfredo Ferreira Abiorana

EMENTA

Criminal. **HC**. Homicídio culposo. Intervenção cirúrgica que resultou na morte de jovem de 18 anos. Denúncia que incluiu alguns dos indiciados e excluiu outros. Arquivamento implícito. Oferecimento de ação penal privada subsidiária da pública. Impossibilidade. Ausência de justa causa evidenciada de plano. Viabilidade do *writ*. Ordem concedida.

I - Hipótese que trata de ação penal privada subsidiária da pública, iniciada por queixa oferecida em função de o Ministério Público, em crime de homicídio culposo, ter deixado de apresentar denúncia contra alguns dos indiciados, ofertando-a contra os demais.

II - Evidenciada a ocorrência de arquivamento implícito — eis que o Ministério Público não teria promovido a denúncia contra os pacientes por entender que não havia prova da prática de delito pelos mesmos — impede-se a propositura de ação penal privada subsidiária da pública.

III - A alegação de ausência de justa causa para o prosseguimento do feito pode ser reconhecida quando, sem a necessidade de exame aprofundado e valorativo dos fatos, indícios e provas, restar inequivocamente demonstrada, pela impetração, a configuração do arquivamento implícito do feito contra o paciente.

IV - O **habeas corpus** presta-se para o trancamento de ação penal por falta de justa causa se, para a análise da alegação, não é necessário aprofundado exame acerca de fatos, indícios e provas.

V - Determinado o trancamento da ação penal privada subsidiária da pública movida contra o paciente.

VI - Ordem concedida, nos termos do voto do Relator.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça: “A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, devendo ser trancada a ação penal privada subsidiária da pública movida contra o paciente.” Os Srs. Ministros Jorge Scartezzi-
ni, Laurita Vaz, José Arnaldo da Fonseca e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 13 de maio de 2003 (data do julgamento).

Ministro Gilson Dipp, Presidente e Relator

Publicado no DJ de 23.06.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de **habeas corpus**, substitutivo de recurso ordinário, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que, por maioria, denegou a ordem anteriormente impetrada em favor do paciente Aziz Lasmar, visando ao trancamento da ação penal privada, subsidiária da ação penal pública, contra ele instaurada, nos termos da seguinte ementa (fls. 320/321):

“Ação penal privada subsidiária. **Habeas corpus**. Intervenção da querelante. Razões escritas e sustentação. Cabimento. Homicídio culposo. Intervenção cirúrgica. Morte de paciente. Denúncia. Equipe médica. Inclusão de uns e exclusão de outros. Omissão do Ministério Público. Trancamento. Vício da procuração. Suprimento. Decadência. Ilegitimidade da querelante. Ordem denegada.

Sendo o querelante parte principal na ação que se quer extinguir, situação que não se confunde com a do mero assistente, parte secundária ou coadjuvante, não se lhe pode negar a qualidade de litigante na relação processual formada com a impetração de **habeas corpus** que vise ao trancamento da ação penal privada por ele proposta, daí que irrecusável a sua intervenção na mesma, podendo inclusive oferecer razões escritas e sustentá-las oralmente.

Por se tratar de ilegitimidade de representante judicial da parte e não de ilegitimidade **ad causam**, não se reconhece vício de representação da querelante ao fundamento de que na procuração que outorgou não consta o nome do querelado nem há menção explícita ao fato criminoso, cuidando a hipótese de nulidade relativa e por isso sanável a qualquer tempo — CPJ, art. 568. No

caso concreto, a arguição seria ainda rejeitada porque referido instrumento contém poderes para o fim especial de oferecer queixa-crime, indicando com precisão os querelados, referindo também que se trata de ação substituta daquela que o MP deveria propor e que há ação penal pública contra outros médicos da mesma equipe da operação que resultou na morte de seu filho, tudo a legitimar o procurador a promover a queixa.

Não conhecendo nosso ordenamento jurídico decisão judicial implícita ante a obrigatoriedade de fundamentação, erigida em garantia pela Constituição Federal, é também impossível haver requerimento implícito, daí ser de obrigação do Ministério Público fundamentar o pedido de arquivamento, se for o caso.

Se a própria denúncia ofertada em face dos outros médicos da equipe operadora refere como circunstância do fato que também concorreu para a morte da vítima a falta de cuidados com o local, que pareceu despreparado pelos peritos, inclusive com falta de equipamentos necessários, cuidado que competia também ou principalmente ao médico operador como chefe de equipe; se a inicial da queixa é minuciosa em atribuir ao querelado uma série de atos e omissões, todas de sua exclusiva responsabilidade, por conta dos quais se entende ser ela um dos causadores da morte da vítima, havendo toda uma detalhada descrição de conduta com base probatória em nível de indícios a apoiá-la, como reconheceu a decisão que se quer anular, resta flagrante, ‘Com isso, o estado de inércia da acusação pública é incontestável e justifica, nos prazos e formas legais estatuídos nos artigos 29, 38 e 41 do Código de Processo Penal, desde que na presença de justa causa, exercitem os legitimados — no caso, naturalmente, a ascendente da vítima — a ação provada subsidiária da pública sem com isso contrariar o comando constitucional citado no artigo 5º, inciso XII. Se a base é consistente a ponto de resistir ao embate do contraditório, a questão é outra, a ser resolvida no processo.’

Ordem denegada.”

Os autos dão conta de que Maria Auxiliadora de Barros Macieira ofereceu queixa-crime em desfavor do paciente e de seu filho dando-o como incurso nas sanções do art. 121, § 3º, do Código Penal.

Isso ocorreu em razão dos fatos a seguir.

Durante a realização de uma cirurgia, o filho da querelante faleceu, em virtude de uma reação alérgica a medicamento e choque anafilático. A equipe médica era composta pelo ora paciente, que era o chefe, Márcio Lasmar, cirurgião, e Luiz Carlos Almeida da Silva, anestesista.

O Ministério Público ofereceu denúncia em desfavor de Luiz Carlos Almeida da Silva e de Geraldo Chini, o qual teria feito o “risco cirúrgico” e afirmado que a vítima não apresentava qualquer antecedente alérgico ou alergia a medicamentos.

Quanto aos demais investigados, componentes da equipe médica, o *Parquet* quedou-se silente, não se manifestando sobre eventual pedido de arquivamento do inquérito.

Diante de tal situação, a mãe da vítima ofereceu queixa-crime contra o paciente e seu filho, pretendendo iniciar ação penal privada, subsidiária da ação penal pública, imputando-lhes a prática de homicídio culposo.

A r. peça acusatória foi recebida no dia 20.07.2001, em relação ao paciente.

Irresignada, a defesa impetrou **habeas corpus** perante o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, pugnando pelo trancamento da ação penal instaurada em desfavor do paciente, sob o fundamento de ocorrência de arquivamento implícito e decadência do direito de queixa.

A Corte Estadual denegou a ordem (fl. 320). Restou vencido o ilustre Desembargador-Relator, que deferia o pedido de trancamento do feito criminal, por entender que não teria havido inércia do Ministério Público, ao deixar de incluir o paciente na denúncia (fls. 326/328).

Daí a presente impetração, na qual se sustenta a nulidade do despacho que recebeu a queixa-crime, eis que não teria atentado para o disposto no art. 43, III, 2ª parte, do Código de Processo Penal.

Aduz-se que não teria ocorrido inércia, omissão ou desídia por parte do Ministério Público, que teria oferecido, tempestivamente, denúncia contra alguns dos investigados. O que se poderia concluir é que o *Parquet* teria entendido que os demais não teriam praticado qualquer delito.

Alega-se, ainda, que a peça acusatória não atenderia ao disposto no art. 41 do CPP, pois a conduta do paciente, durante o ato cirúrgico perpetrado no filho da querelante, seria atípica, além de que não haveriam indícios ou provas idôneas a embasar a ação penal.

Por fim, o impetrante aponta a inobservância do art. 44 do CPP, já que a procuração dada pela querelante ao seu advogado seria omissa quanto à menção do fato criminoso.

Em virtude de tal falha do instrumento de mandado, teria ocorrido a decadência do direito de queixa, eis que estaria expirado o prazo para correções na procuração.

Por fim, requer-se, em liminar, a suspensão do feito criminal e, no mérito, o trancamento da ação penal.

A liminar foi deferida (fl. 347).

A Subprocuradoria Geral da República opinou pela denegação da ordem (fl. 424).

É o relatório.

Em mesa para julgamento.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Trata-se de **habeas corpus**, substitutivo de recurso ordinário, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que, por maioria, denegou a ordem anteriormente impetrada em favor do paciente Aziz Lasmar, visando ao trancamento da ação penal privada, subsidiária da ação penal pública, contra ele instaurada.

Consta dos autos, em síntese, que o Ministério Público ofereceu denúncia em desfavor de dois componentes de equipe médica responsável pela cirurgia que culminou com a morte de André de Barros Macieira.

Quantos aos demais investigados, inclusive o paciente, o *Parquet* foi silente.

Sendo assim, a mãe da vítima oferece queixa-crime, que só foi recebida em relação ao paciente, imputando-lhe a prática, em tese, de homicídio culposo.

Em razões, pugna-se pelo trancamento da ação penal privada, subsidiária da pública, sob as alegações, em suma:

a) inocorrência de inércia do Ministério Público, o que autorizaria a queixa-crime, pois, se a denúncia não incluiu o paciente, é porque o órgão acusatório concluiu que não seria típica a sua conduta;

b) falta de provas a embasar as imputações da queixa-crime;

c) falhas na procuração do advogado da querelante, pois não teria feito menção ao fato criminoso, conforme exigência do art. 44 do CPP, o que resultaria na decadência do direito de queixa.

Passo à análise dos fundamentos da impetração.

O cerne da **questio** orienta-se no sentido da possibilidade de cabimento de ação penal privada, subsidiária da pública, quando o Ministério Público oferece denúncia contra apenas alguns dos investigados, deixando de se manifestar quanto aos demais, a respeito da exclusão do pólo passivo da ação penal.

Inicialmente, nos termos do art. 29 da Lei Processual Penal, o cabimento da ação penal privada subsidiária da pública está condicionado à inércia do Ministério Público.

No presente caso, tem-se que o Órgão Ministerial, efetivamente, tendo conhecimento de todos os investigados, deixou de incluir, na exordial acusatória, alguns deles — inclusive o paciente — não procedendo a nenhum tipo de aditamento e tendo o Magistrado recebido a denúncia, nos termos em que proposta (fl. 91).

Desta forma, trata-se de hipótese de arquivamento implícito, que impede a propositura de ação penal privada subsidiária da pública. Nesse sentido, conforme o pronunciamento do próprio Ministério Público Estadual, às fls. 231/232:

a) não foi apontada a conduta típica do querelado; e

b) o representante Ministerial entendeu, ao deixar de denunciar o paciente e seu filho, que não havia prova da prática de delito pelos mesmos.

Ressalte-se, ainda, que ambos foram inicialmente indiciados — fato que corrobora a inexistência de inércia do Ministério Público.

Nesse sentido, o *Parquet*:

“Como se verifica da narrativa da querelante, não aponta ela qual a conduta típica do querelado Márcio Lasmar, que teria sido causa da morte da vítima, relata apenas que o mesmo teria participado da equipe. Quanto a Aziz Lasmar entende a querelante que sua responsabilidade penal decorre do fato de ter sido médico da vítima e chefe da equipe que o operou.

Todavia, é a própria querelante quem aponta como causa da morte, o choque anafilático, com o antecedente de reação alérgica, causada pela aplicação do Tilatil, pelo médico anestesista.

Exatamente por tais razões o Ministério Público deixou de denunciar os querelados.

Na verdade não houve inércia do Ministério Público, pois efetivamente os dois querelados foram indiciados, mas quanto aos mesmos, o Ministério Público entendeu não haver prova da prática do delito pelos mesmos, denunciando os demais. Se provas novas forem conseguidas, aí sim poderão vir os ora querelados responder judicialmente.

Há que se distinguir a responsabilidade cível que pode ser objetiva, da penal, sempre subjetiva.

Não cabe pois nem que se adite a denúncia para a inclusão dos mesmos e nem a pretendida ação subsidiária.”

Tenho, portanto, que pertinentes as razões do voto-vencido em sede de **habeas corpus**, que concedia a ordem para trancar a ação penal, nos seguintes termos (fls. 327/328):

“A possibilidade de propositura da ação penal privada subsidiária da pública ocorre quando há inércia do Ministério Público, ou seja, não se pronuncia quanto à peça de informação, isto é, deixa decorrer o prazo legal sem oferecer denúncia, requer arquivamento, ou requer a baixa à Polícia Judiciária para realização de diligências indispensáveis ao oferecimento da denúncia etc.

No presente caso, o Ministério Público agiu, porque ofereceu a denúncia.

Está o Ministério Público impedido de promover ação contra terceiro, adiando a denúncia já oferecida, ou oferecendo nova denúncia, salvo quando surgirem novas provas (Súmula n. 594 do STF).

Entendo haver essa possibilidade haja ou não manifestação expressa sobre arquivamento, isto é, requerer ou não expressamente o arquivamento ou deixar de incluir algum investigado na denúncia.

Por essas razões, não pode o ofendido ou seu representante legal promover ação penal privada subsidiária da pública, havendo ato do Ministério Público da abertura de vista.

A propositura de ação penal privada subsidiária da pública pelo sucessor processual contra terceira pessoa, no caso presente, não é possível porque o Ministério Público não foi inerte, apesar de não ter incluído essa terceira pessoa na denúncia.”

Cabe a ressalva de que a alegação de ausência de justa causa para o prosseguimento do feito pode ser reconhecida quando, sem a necessidade de exame aprofundado e valorativo dos fatos, indícios e provas, restar inequivocamente demonstrada, pela impetração, a configuração do arquivamento implícito do feito contra o paciente — hipótese dos autos — devendo ser determinado o trancamento da ação penal privada subsidiária da pública, contra ele instaurada.

Assim, deve ser trancada a ação penal privada subsidiária da pública movida contra o paciente.

Diante do exposto, concedo a ordem, nos termos da fundamentação acima.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 22.633 — RO (2002/0063010-0)

Relator: Ministro Gilson Dipp

Impetrante: Celso Nemirovsky de Siqueira

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia

Paciente: Carlos de Figueiredo

EMENTA

Criminal. **HC**. Homicídio qualificado. Prisão preventiva. Embasamento no não-comparecimento do paciente à sessão do Júri. Ausência de intimação evidenciada. Declarações dos advogados que não substituem a intimação pessoal do réu. Necessidade da custódia não-demonstrada. Ordem concedida.

I - Não se sustenta a custódia preventiva pela conveniência da instrução criminal, devido ao não comparecimento do paciente à sessão do Júri, se evidenciado que o mesmo não fora regularmente intimado para tanto.

II - As informações dos advogados, no sentido de que o paciente compareceria independentemente de intimação, não substitui a intimação pessoal do réu.

III - Exige-se concreta motivação do decreto de prisão preventiva, com base em fatos que efetivamente justifiquem a excepcionalidade da medida, atendendo-se aos termos do art. 312 do CPP e da jurisprudência dominante.

IV - Confirmando-se a liminar deferida, deve ser concedida a ordem de **habeas corpus** para revogar a prisão cautelar decretada contra Carlos de Figueiredo, se por outro motivo não estiver preso, mediante condições a serem estabelecidas pelo Julgador de 1^o grau, sem prejuízo de que venha a ser decretada novamente a custódia, com base em fundamentação concreta.

V - Ordem concedida, nos termos do voto do Relator.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça: “A Turma, por unanimidade, confirmando-se a liminar, concedeu em definitivo a ordem de

habeas corpus para revogar a prisão cautelar efetivada contra Carlos de Figueiredo, se por outro motivo não estiver preso, mediante condições a serem estabelecidas pelo Julgador de 1ª grau, sem prejuízo de que venha a ser decretada novamente a custódia, com base em fundamentação concreta.” Os Srs. Ministros Jorge Scartezini, Laurita Vaz, José Arnaldo da Fonseca e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro-Relator.

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

Ministro Gilson Dipp, Presidente e Relator

Publicado no DJ de 04.08.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de **habeas corpus**, substitutivo de recurso ordinário, contra acórdão do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, que denegou ordem anteriormente impetrada em favor de Carlos de Figueiredo, visando à revogação da prisão preventiva contra ele decretada.

A ementa do aresto possui o seguinte teor:

“**Habeas corpus**. Júri. Prisão preventiva. Ausência de intimação. Nulidade. Inexistência.

Não há falar-se em nulidade na decretação da prisão preventiva do acusado que sem razão justificada deixa de comparecer a julgamento, sendo desarrazoada a alegação de inexistência de intimação mormente em se considerando compromisso dos defensores de que compareceria para a sessão” (fl. 234).

O paciente foi denunciado pela prática, em tese, de homicídio qualificado.

Em razões, pugna-se pela revogação da custódia cautelar contra ele decretada.

Para tanto, aduz-se a ausência de suporte jurídico para a manutenção da prisão cautelar do paciente, por não estarem presentes os requisitos autorizadores da segregação processual.

A liminar foi deferida à fl. 209.

A Subprocuradoria Geral da República opinou pela concessão da ordem.

É o relatório.

Em mesa para julgamento.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Trata-se de **habeas corpus**, substitutivo de recurso ordinário, contra acórdão do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, que denegou ordem anteriormente impetrada visando à revogação da prisão preventiva decretada contra o paciente, acusado pela prática, em tese, de homicídio qualificado.

Pretende, a impetração, a revogação da custódia cautelar do paciente.

Em razões, sustenta-se a inexistência de motivos embasadores da prisão.

Merece prosperar a irresignação.

Pelo exame dos autos, verifico que os motivos ensejadores da presente prisão cautelar efetivamente não se sustentam.

O decreto prisional tem o seguinte teor:

Copiar

“O réu Carlos de Figueiredo não compareceu ao julgamento pelo egrégio Tribunal desta Comarca, designado para o dia *07 de março de 2002*. Visando justificar sua ausência, através de seu Advogado — Dr. Marcos Soares, apresentou atestado médico, datado de *05 de março de 2002*, firmado pela Dr^a Vitória Fernandes Dantas, onde consta que o acusado encontra-se internado na Casa de Saúde de Natal S/A desde o dia *25 de fevereiro de 2002*.

A designação desse julgamento deu-se em *11 de dezembro de 2001*, fls. 2583/2588. No atestado médico não consta o CID (Código Internacional de Doenças) e nem mesmo a natureza da moléstia, o que torna carecedor de idoneidade e credibilidade. Por outro lado, se o acusado encontrava-se internado desde o dia *25.02.2002* e o atestado foi emitido em *05.03.2002*, por que somente no *07.03.2002* é que foi apresentado? De que mal padece o réu? Qual a gravidade da enfermidade? Justifica-se a internação do réu por mais de onze dias? Qual a previsão de alta? Estas indagações ficam sem respostas, dada a imprestabilidade do atestado para o fim a que se apresenta.

É de se salientar que no dia *1^a de março de 2002* (sexta-feira) a defesa requereu a juntada de documentos, fls. 2.594/2.602. Tal fato levou este juízo a crer que o julgamento iria se efetivar, pois se o acusado estava internado desde o dia *25.02.2002*, qual a finalidade de se juntar documentos?

O fato de o acusado ter encaminhado atestado médico a este juízo, bem como providenciado a juntada de documentos, constituem evidências que o mesmo tinha pleno conhecimento da data de seu julgamento.

Entendendo que se trata de um artifício do acusado para lograr a almejada impunidade, mormente quando faltam pouco mais de um ano para se operar a prescrição. Com tal propósito, o acusado impetrou **habeas corpus** perante o egrégio Tribunal de Justiça desde Estado objetivando o reconhecimento antecipado da prescrição, o qual foi denegado no dia *10 de dezembro de 2001*. Naquela ocasião, o acusado já apostava na impunidade, tanto é que não compareceu ao julgamento designado para o dia *11 de dezembro de 2001* e sequer apresentou justificativa, demonstrando total desprezo para com a justiça. É certo que o Advogado Marcos Soares apresentou atestado médico, dizendo-se enfermo. Todavia, tal fato não impedia a realização do ato, pois se alguém estava doente era o advogado e não o réu, além do que o acusado tem também como defensor constituído o Dr. Marcos Vilela.

Aliás, advogados não lhe faltam, pois habilitaram-se no feito os advogados Dr. Valdir Troncoso Peres, José Luis Gonçalves Leitão, Jamil Lourenço, Maurício Calixto, Sérgio Guilherme Bretas Berbare, Rubens Moreira Mendes Filho, Pedro Acioli Filho, Georgida Alencar, Marcos Soares e Marcos Vilela.

Pelas razões já expostas, o atestado apresentado não serve para justificar a ausência do réu, a qual se mostra reiterada. Torna-se imprescindível sua segregação, objetivando viabilizar a realização de seu julgamento e a aplicação da lei penal, já que o acusado não acena a possibilidade de comparecer espontaneamente perante este juízo. Em casos desta natureza, ensina **Mirabete**, na obra “Processo Penal”, 2ª ed. (1992: p. 492) ‘recomenda a doutrina que a ausência injustificada do réu em crime inafiançável deve motivar a decretação de sua prisão preventiva. Mas já se tem decidido que a decretação só se justifica se a omissão é reiterada’. No mesmo sentido é o posicionamento de **Hemínio Alberto Marques Porto**.

Assim, a segregação do réu é medida que se impõe para garantia da aplicação da lei penal e da própria credibilidade da justiça.

Isto posto, decreto a prisão preventiva de Carlos de Figueiredo. Expeça-se mandado de prisão, fazendo constar no mandado o endereço do réu em Natal — RN, inclusive o do Hospital Casa de Saúde de Natal S/A. Caso o acusado esteja internado, que se providencie escolta e tão logo receba alta seja transferido para a Cadeia Pública daquele Estado, à disposição deste juízo” (fls. 110/111).

Note-se que a decretação da prisão se deu com base exclusivamente no não-comparecimento do réu à sessão de julgamento pelo Júri — sendo que o paciente não teria justificado a ausência.

Contudo, os autos dão conta de que não houve sua regular intimação para tanto, pois, como ressaltado pela Julgadora monocrática, inclusive, os advogados constituídos teriam afirmado que o acusado compareceria independentemente de intimação pessoal.

Sob este aspecto, tenho que as informações dos advogados, no sentido de que o paciente compareceria independentemente de intimação, não substitui a intimação pessoal do réu.

Assim, conclui-se que, **in casu**, efetivamente não houve a devida intimação pessoal do paciente, razão pela qual o mesmo, em princípio, não estaria obrigado a justificar a sua ausência.

Nesse sentido, adoto as conclusões do Ministério Público do Estado de Rondônia, que elucidaram com precisão a controvérsia:

“Há quando muito, mera presunção de que o acusado tivesse ciência da data designada para seu julgamento, mas não há objetivamente, qualquer outra indicação que se tenha por concreta essa possibilidade.

A certidão expedida pelo meirinho, explicitando que o réu encontra-se residindo em Natal — RN, informando seus advogados que já possuía ele ciência de que seria julgado em 12 de dezembro de 2001 e que compareceria independentemente de intimação, não dissipa se ter de intimá-lo das redesignações, ainda que através de editais” (fl. 196).

Assim, forçoso reconhecer que a medida constritiva excepcional não se encontra justificada.

Sobressai, portanto, a impropriedade da decretação ora atacada, tendo em vista que a determinação de prisão deve ser fundada em fatos concretos que indiquem que a prisão se faz necessária, atendendo aos termos do art. 312 do Código de Processo Penal e da jurisprudência dominante.

A corroborar tal entendimento, trago à colação os seguintes precedentes:

“Processual Penal. Recurso ordinário de **habeas corpus**. Roubo majorado. Prisão preventiva. Fundamentação.

É de se anular a decretação da prisão preventiva que não apresenta fundamentação concreta. Inaceitável a motivação genérica e desvinculada.

Recurso provido”.

(RHC n. 8.570/SP, DJ de 02.08.1999, Rel. Min. Felix Fischer)

“Criminal. **HC**. Extorsão mediante seqüestro. Prisão preventiva. Ausência de concreta fundamentação. Necessidade da medida não-demonstrada. Ordem concedida.

I. Exige-se concreta motivação do decreto de prisão preventiva, com base em fatos que efetivamente justifiquem a excepcionalidade da medida, atendendo aos termos do art. 312 do CPP e da jurisprudência dominante, mesmo em sede de delitos hediondos. Precedentes.

II. Ordem concedida para revogar a prisão cautelar efetivada contra Ronaldo Silva de Oliveira, determinando a imediata expedição de alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não estiver preso, mediante condições a serem estabelecidas pelo Julgador de 1^a grau, sem prejuízo de que venha a ser decretada novamente a custódia, com base em fundamentação concreta.”

(HC n. 12.898/PE, DJ de 25.09.2000, de minha relatoria)

Assim, confirmando-se a liminar, dever ser concedida, em definitivo, a ordem de **habeas corpus** para revogar a prisão cautelar efetivada contra Carlos de Figueiredo, se por outro motivo não estiver preso, mediante condições a serem estabelecidas pelo Julgador de 1^a grau, sem prejuízo de que venha a ser decretada novamente a custódia, com base em fundamentação concreta.

Diante do exposto, concedo a ordem, nos termos da fundamentação acima.
É como voto.

HABEAS CORPUS N. 23.640 — SP (2002/0089078-7)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca

Impetrante: Domingos Antônio Fortunato Júnior

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Domingos Antônio Fortunato Junior

EMENTA

HC. Crime de desvio de verba. Trancamento da ação penal. Falta de justa causa. Discussão acerca da imprestabilidade da denúncia. Alegações sujeitas ao confronto probatório. Competência do Tribunal de Justiça. Aplicação da Lei n. 10.628/2002. Ordem concedida de ofício.

Tem-se no âmbito desta Corte Superior entendimento segundo o qual a interrupção de ação penal por falta de justa causa só se é possível quando diante de fatos que, de plano, afigurem-se incoerentes ou

atípicos, ou quando não se possa inferir deles a exigida autoria. Portanto, o trancamento da demanda afigura-se como medida extrema, cujo fundamento alicerça-se na visualização imediata da inocorrência criminal.

In casu, por mais que a defesa tente demonstrar o contrário, os dados para a continuidade da **persecutio criminis** apresentam-se potencialmente viáveis, sendo, por isso, temerária a paralisação do procedimento, ainda mais diante da ocorrência do fato descrito na denúncia.

De acordo com a Lei n. 10.628/2002, o Tribunal de Justiça passa a ser o competente para julgamento de processo-crime contra ex-prefeito.

Ordem concedida, de ofício, para o fim de determinar o julgamento pelo Tribunal de Justiça.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder, de ofício, a ordem para o fim de determinar o julgamento do processo pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, órgão competente a partir da edição da Lei n. 10.628/2002. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp, Jorge Scartezzini e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 19 de agosto de 2003 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator

Publicado no DJ de 15.09.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: Adoto a exposição ministerial de fls. 147/148:

“Trata-se de ordem de **habeas corpus**, com pedido de liminar, impetrada em causa própria por Domingos Antônio Fortunato Júnior em face do v. acórdão de fls. 125/129, prolatado pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que enviou o feito em epígrafe a esse colendo STJ, reconhecendo-se incompetente para apreciar o *writ*, no qual se postula o trancamento da ação penal instaurada em desfavor do ora paciente/impetrante, prefeito do Município de Bariri — SP de 1989 a 1992, sob a acusação de estar incurso, juntamente

com Edson da Silva e Luiz Antônio Morales, nas sanções do art. 1º, I, do DL n. 201/1967 c.c. os arts. 29, **caput**, 61, II, **g** e 69, **caput**, do CP. Assim decidiu o Tribunal Paulista por ter recebido, em 1998, a denúncia contra os nominados acusados (**vide** fls. 112/115).

Alega o impetrante/paciente, em síntese, que a ação penal tem por base prova ilícita, consubstanciada nas informações obtidas por José Aparecido de Araújo, seu declarado inimigo pessoal e político, junto a instituições bancárias sem autorização judicial. Aduz que por este mesmo motivo esse colendo STJ declarou inválida a denúncia nos autos do Processo-Crime n. 362/1993, nos termos do acórdão exarado no HC n. 9.838/SP. Insiste, portanto, no trancamento pleiteado, inclusive em relação aos co-réus (**vide** fls. 02/13).

O pedido de liminar foi negado à fl. 144.”

Parecer pela concessão **ex officio**.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): Tem-se no âmbito desta Corte Superior entendimento segundo o qual a interrupção de ação penal por falta de justa causa só se é possível quando diante de fatos que, de plano, afigurem-se inócorrentes ou atípicos, ou quando não se possa inferir deles a exigida autoria. Portanto, o trancamento da demanda afigura-se como medida extrema, cujo fundamento alicerça-se na visualização imediata da inócorrência criminal. A propósito, é o julgado:

“Processual Penal — Recurso ordinário em **habeas corpus** — Associação para o tráfico — Prisão preventiva — Quadrilha que abastecia o Morro do Adeus e a Cidade do Rio de Janeiro — Envolvimento de diversos acusados — Necessidade — Gravidade do delito — Ordem pública, Instrução criminal e aplicação da lei penal — Inépcia da denúncia — Inócorrência — Excesso de prazo — Matéria não examinada pelo Tribunal **a quo** — Supressão de instância.

— A extrema gravidade do delito, que envolve complexo esquema de abastecimento de drogas na Cidade do Rio de Janeiro, juntamente com a necessidade de se assegurar a ordem pública, instrução criminal e aplicação da lei penal, justificam o decreto de prisão preventiva, mormente quando alguns dos acusados ostentam grande periculosidade.

— No âmbito deste Colegiado, tem-se consagrado que o trancamento de ação penal por falta de justa causa, pela via estreita do *writ*, somente se viabi-

liza quando, pela mera exposição dos fatos narrados na denúncia, constata-se que há imputação de fato penalmente atípico ou que inexistente qualquer elemento indiciário demonstrativo da autoria do delito pelo paciente.

— A peça vestibular, no caso, contém os elementos necessários de forma a possibilitar ao acusado o pleno conhecimento do fato delituoso que lhe é imputado, permitindo sua ampla defesa.

— É inviável a apreciação de questão, referente ao excesso de prazo para o encerramento da instrução criminal, que não foi examinada pelo egrégio Tribunal **a quo**, sob pena de suprimir-se instância.

— Recurso parcialmente conhecido e, neste ponto, negado provimento.”

(RHC n. 13.438/RJ, Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ de 24.02.2003)

In casu, por mais que a defesa tente demonstrar o contrário, os dados para a continuidade da **persecutio criminis** apresentam-se potencialmente viáveis, sendo, por isso, temerária a paralisação do procedimento. É preciso lembrar que o fato apresentado como delituoso aparentemente ocorrera e que o Paciente, sendo ou não inocente, encontrava-se na chefia executiva naquele momento, restando, a partir daí, necessário o exame do material cognitivo para afastar a indicação acusatória. Ora, com o procedimento instrutório o Paciente terá toda a possibilidade de comprovar as razões de seu inconformismo em maior extensão.

Por outro lado, também não lhe assiste razão o ataque à peça acusatória. Representa ela a descrição dos fatos ocorrentes e a suposta participação do denunciado, em respeito à previsão legal do art. 41, do CPP, caso em que a confirmação de suas disposições será objeto da análise própria do juízo sentenciante, conforme as provas dos autos.

A esse contexto, denego a ordem.

No tocante à competência instituída pela Lei n. 10.628/2002, há de se reverenciar a ponderação ministerial, **verbis** (fls. 148/149):

“Preliminarmente temos a observar que, com a edição da Lei n. 10.628/2002, o Tribunal de Justiça Estadual retomou sua competência para processar e julgar ex-prefeito por desvio de verba pública ocorrido no período de cumprimento do mandato municipal.

É que a lei em referência, que estatui regras de direito processual de aplicação imediata aos processos em curso, prorrogou a competência por foro privilegiado por prerrogativa de função, mesmo quando findo o mandato eletivo

das autoridades, na hipótese de serem acusadas de ilícitos penais, crimes de responsabilidade ou prática de atos de improbidade administrativa.”

Ante o exposto, concedo, de ofício, a ordem para o fim de determinar o julgamento do processo pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, órgão competente a partir da edição da Lei n. 10.628/2002.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 23.913 — SP (2002/0099831-2)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca

Impetrante: Pedro Antônio de Avellar — Defensor Público

Impetrado: Desembargador-Relator do Recurso em Sentido Estrito n. 3551263 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Vanda Aparecida dos Reis

EMENTA

Habeas corpus. Desclassificação na pronúncia. Recurso único da defesa. Pronúncia operada no julgamento pelo tribunal. **Reformatio in pejus.** Ordem concedida.

De acordo com pacífica jurisprudência desta Corte, se o julgamento em 2ª grau de jurisdição agravou a situação do Acusado, sem o devido combate do órgão acusatório, há de ser configurada a **reformatio in pejus**.

In casu, o ato pronunciativo operado pelo Tribunal **a quo** a partir do julgamento do recurso em sentido estrito, contrário à disposição do Juízo singular, não pode ser admitido em hipótese alguma, porquanto somente houve recurso da parte do ente defensivo.

Ordem concedida para reconduzir a decisão singular.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a

ordem para anular o acórdão vergastado e restabelecer a decisão singular. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp, Jorge Scartezzini e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 19 de agosto de 2003 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator

Publicado no DJ de 15.09.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: Do parecer ministerial colhe-se o seguinte sumário (fls. 77/78):

“Em prol de Vanda Aparecida dos Reis, o ilustre Defensor Público, Pedro Antônio de Avellar, ajuíza o presente **habeas corpus** (fls. 2/8), apontando como autoridade coatora a Segunda Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça de São Paulo (fls. 65/73).

Vanda Aparecida dos Reis e Lucimeire Pires Barbosa foram denunciadas pela prática, em concurso material, do delito do artigo 121, § 2º, I e IV, c.c. o artigo 14, II, do CP e do crime do artigo 351, § 1º, também do CP, bem como por cometimento da infração do artigo 10, **caput**, da Lei n. 9.437/1997 (fls. 28/30).

Ocorre que a sentença de pronúncia (fls. 46/48), entendeu que Vanda e Lucimeire não concorreram para a prática da tentativa de homicídio, reconhecendo, ainda, não ter havido conexão entre os crimes a elas imputados e o crime doloso contra a vida. Por isso, foi determinada a remessa dos autos, com relação a elas, para uma das Varas Criminais, para julgá-las pela prática dos crimes do artigo 351, § 1º, do Código Penal e artigo 10, **caput**, da Lei n. 9.347/1997.

Desta decisão recorreu em sentido estrito a ilustre Defensoria, objetivando a despronúncia da acusada.

O acórdão vergastado, por sua vez, negou provimento ao reclamo, pronunciando a ora paciente por cometimento dos delitos do art. 351, § 1º, do Código Penal e do artigo 10, **caput**, da Lei n. 9.437 (fls. 66/73).

Sustenta, em síntese, a impetração que, na espécie, configura-se a **reformatio in pejus**, porque sem recurso do Ministério Público a nova decisão do Tribunal, ao substituir a decisão **a quo** de desclassificação, decidiu de forma contrária ao interesse da paciente quando a pronunciou.”

Parecer pela concessão da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): O caso há de merecer o devido reparo, tendo em vista a patente **reformatio in pejus** surgida com o julgamento da causa em 2ª grau de jurisdição. Com efeito, o ato pronunciativo operado pelo Tribunal **a quo** a partir do julgamento do recurso em sentido estrito, contrário à disposição do Juízo singular, não pode ser admitido em hipótese alguma diante da inexistência de recurso próprio do órgão de acusação.

Conforme anotado na r. sentença às fls. 46/48, não havia indícios de participação da Paciente na conduta criminosa sujeita ao julgamento da Corte Popular, sendo-lhe, porém, indicada conduta diversa cuja competência se dispunha a outro Juízo. Por essa razão, o Tribunal, diante de recurso único da defesa, não poderia entender o contrário, visto que o apelo do Réu não poderia servir como mecanismo de agravamento de sua situação, sob pena da quebra do princípio pertinente.

A esse contexto, têm-se os seguintes julgados desta Casa:

“Habeas corpus. Investigação probatória. Vedação. Reformatio in pejus.

1. A pretensão de absolvição pela ausência de material fático vinculando o paciente ao processo criminal, esbarra na vedação de investigação probatória em sede de **habeas corpus**, hipótese apenas admitida quando a clareza do elemento de convicção oferecido não deixar alternativa ao julgador, indicando apenas e exclusivamente uma solução.

2. Pacífico entendimento jurisprudencial representa reforma para pior, em recurso exclusivo do réu, o aumento da quantidade de pena fixada na sentença, ainda que o Tribunal venha a reduzir o quantitativo total da sanção, mediante atenuação do excessivo rigor utilizado em primeiro grau.

3. Ordem parcialmente concedida.” (HC n. 21.677/AL, STJ, Sexta Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 17.03.2003, p. 291)

“Processual Penal. Recurso ordinário em habeas corpus. Reformatio in pejus indireta.

I - Nova sentença que substitui a anulada, partindo da pena definitiva maior que a pena base anterior, constitui agravamento vedado, embora no total, o apenamento seja inferior.

II - Recurso provido.” (RHC n. 2.681/RJ, STJ, Sexta Turma, Rel. Min. Pedro Aciole, DJ de 07.02.1994, p. 1.201)

“Embargos de divergência em recurso especial. Processual Penal. Reformatio in pejus indireta.

Ressalvadas as situações excepcionais como a referente à soberania do Tribunal do Júri, quanto aos veredictos, em regra, a pena estabelecida, e não impugnada pela acusação, não pode ser majorada se a sentença vem a ser anulada em **habeas corpus** impetrado em favor do réu.

Ordem concedida.” (HC n. 9.871/SP, STJ, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 13.12.1999, p. 163)

No mesmo sentido, por sinal, foi a opinião do *Parquet*, **verbis** (fl. 78):

“No caso em estudo, considerando que, da sentença **a quo**, recorreu tão-só, a paciente, com o objetivo de alcançar a decisão de despronúncia, permanecendo silente o Ministério Público, ao Tribunal era defeso, na apreciação do recurso da acusada, concluir pela sua pronúncia, como o fez.

Evidencia-se, assim, a ocorrência da **reformatio in pejus**, porquanto em sede de recurso exclusivo da defesa o Tribunal agravou a situação da ora paciente. Isso decorre, claramente, da regra contida no art. 617 do Código de Processo Penal, cujo comando tem inteira aplicação à espécie.”

Ante o exposto, concedo a ordem para anular o acórdão vergastado e restabelecer a decisão singular.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 24.672 — SP (2002/0125229-9)

Relator: Ministro Jorge Scartezzini

Impetrante: Antônio Roberto Sanches

Impetrada: Quinta Câmara Criminal de Julho/2002 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Valdecir Cardoso (Preso)

EMENTA

Processo Penal — **Habeas corpus** — Formação de quadrilha — Furto qualificado tentado — Prisão em flagrante — Liberdade provisória — Fuga do réu — Quebra de fiança — Garantia da ordem pública — Impossibilidade — Ausência de prova de participação — Vedado exame do material cognitivo.

— A liberdade provisória não pode ser concedida nas hipóteses em que se impõe a decretação de prisão preventiva, máxime quando se destina à garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal e para assegurar eventual aplicação da lei penal, porquanto o paciente teve a fiança quebrada pela configuração de sua fuga e tinha efetiva e intensa participação na organização criminosa, **ex vi** art. 7º, da Lei n. 9.034/1995.

— A medida constritiva em questão não viola o princípio da presunção de inocência que, em verdade, não impede a tutela cautelar.

— A primariedade, os bons antecedentes, além da residência fixa e do emprego definido não impedem a constrição cautelar quando esta se mostrar necessária. Inteligência desta Corte e do Pretório excelso.

— Com relação à alegação de inexistência de provas de participação do acusado no evento delituoso, cumpre ressaltar que, para sua verificação, é necessário o exame de todos os fatos e provas colhidos até então, o que é inviável pela via escolhida.

— Ordem denegada.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 04 de fevereiro de 2003 (data do julgamento).

Ministro Jorge Scartezzini, Relator

Publicado no DJ de 24.03.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini: Cuida-se de **habeas corpus**, substitutivo de recurso ordinário, impetrado por Antônio Roberto Sanches, em favor de Valdecir Cardoso contra v. acórdão proferido pela colenda Quinta Câmara Criminal do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que *denegou a ordem ali impetrada*.

Consta dos autos que o paciente, preso em flagrante delito, foi denunciado, juntamente com outros doze co-réus, como incurso nas sanções do art. 155, §§ 1º e 4º, incisos I e IV, c.c. art. 14, inciso II, e art. 288, parágrafo único, todos do Código Penal.

Relaxada a sua prisão mediante o pagamento de fiança, esta foi quebrada por não ter sido o réu localizado para que se efetivasse a sua citação, determinando-se novamente a constrição do paciente.

Irresignada, a defesa impetrou **habeas corpus** perante o egrégio Tribunal **a quo**, alegando estar o paciente sofrendo constrangimento ilegal diante da determinação de quebra de fiança. Argumentou ser o paciente primário e advogado militante na Comarca de Jales — SP e, ainda, não estarem presentes as hipóteses autorizadoras da constrição cautelar. A ordem, contudo, restou denegada.

No presente *writ*, o impetrante, em síntese, repisa os argumentos já apresentados naquela egrégia Corte.

O pedido de liminar foi indeferido à fl. 242.

Solicitadas as informações de praxe, as mesmas vieram aos autos às fls. 248/249.

A douta Subprocuradoria Geral da República, às fls. 365/367, opinou pela denegação da ordem.

Após, vieram-me conclusos os autos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator): Senhor Presidente, através do presente *writ*, pretende-se a concessão de liberdade provisória ao paciente, acusado de formação de quadrilha e furto qualificado tentado, alegando: a) ausência dos requisitos ensejadores da prisão preventiva; e b) não restar comprovada a participação do paciente no referido delito. Aduz, ainda, que o réu possui residência fixa, emprego definido, além de ser primário e detentor de bons antecedentes.

O *writ* improcede.

Com efeito, a quebra de fiança e a posterior negativa da liberdade provisória fundou-se em circunstâncias concretas e justificadas.

Como noticiou o douto magistrado de primeiro grau, após longa investigação e a quebra do sigilo telefônico do paciente que resultou na prisão em flagrante dos co-réus e do próprio paciente, com um fardo material utilizado para a prática do crime em apuração (dois caminhões; segmento de corrente rompida com um cade-

ado trancado, intacto; uma barra de ferro, de cerca de meio metro; alguns pedaços de corda; petrecho de selaria; vestimentas; e uma lanterna, em condições de uso), sendo que, pelo que se infere, o objetivo dos réus era o furto de cerca de 55 (cinquenta e cinco) cabeças de gado de uma fazenda no Município de Jales — SP.

Preso em flagrante, o paciente foi beneficiado com a liberdade provisória mediante o pagamento de fiança e cumprimento de certos requisitos.

Tentada a sua citação esta restou frustrada, por estar o réu, segundo informações prestadas pela sua cônjuge, em lugar incerto e não sabido. Configurado o quebraimento da fiança, foi expedido novo mandado de prisão. Tais fatos restaram muito bem salientados pelo r. **decisum** guerreado ao decretar a quebra da fiança (fls. 281/282):

“Com efeito, ao acusado Valdecir Cardoso foi concedido por este Juízo o benefício da liberdade provisória mediante o pagamento de fiança.

A fiança foi devidamente recolhida e, realizada audiência de advertência, foi o acusado Valdecir colocado em liberdade provisória.

Ocorre, no entanto, que o acusado Valdecir deixou de cumprir a obrigação de comparecer a atos do inquérito.

Nesse sentido, segundo o documento de fl. 336, o acusado Valdecir não foi localizado em sua residência, em seu escritório, tampouco em sua propriedade rural, a fim de ser notificado para participar de atos do inquérito policial, dificultando assim a conclusão do procedimento investigatório.

A propósito da questão, cabe ser registrado que relatório policial de fl. 336 dá conta que a esposa do acusado Valdecir afirmou que logo após este ter saído da cadeia ele teria “desaparecido”, não sabendo declinar seu paradeiro.

Nesse passo, sendo obrigação primordial do acusado comparecer a todos os atos do inquérito e do processo criminal, estabelece a lei que ocorre a quebra da fiança quando o acusado deixa de comparecer apesar de legalmente intimado a fazê-lo.

Sobre a questão, impende ser ressaltado que o acusado não foi localizado no endereço declinado nos autos por ocasião de sua colocação em liberdade, tampouco nos demais endereços existentes nos autos, inclusive profissional (fl. 336), inviabilizando assim a sua intimação para comparecimento a ato da polícia judiciária.

Assim sendo, com fundamento nos artigos 342 e 343, do Código de Processo Penal, julgo quebrada a fiança prestada pelo acusado Valdecir Cardoso e, em consequência, determino o seu imediato recolhimento à prisão,

declarando ainda a perda de metade do valor da fiança. Expeça-se mandado de prisão.”

Com efeito, como requisito para a constrição cautelar, além da prova de materialidade do delito e indícios de autoria, deve o Juiz medir e pesar os elementos colhidos, para aferir a necessidade da medida excepcional, como garantia da ordem pública, econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal (art. 312, do Código de Processo Penal).

No caso **sub judice**, a decisão denegatória do pedido de liberdade provisória também se encontra devidamente fundamentada, já que comprovada a materialidade e presentes os indícios de autoria (réu preso em flagrante), além de apoiar-se na garantia da ordem pública (ter sido atribuída ao réu a autoria mediata do delito de furto, por ser ele mentor do crime executado por outros integrantes da quadrilha); por conveniência da instrução criminal; e para assegurar eventual aplicação da lei penal (voltar a fugir do distrito de culpa).

O v. acórdão, ao apreciar a questão, alinhou:

“Com efeito, conforme se depreende da leitura de fls. 103/104 e 131/132 o paciente encontrava-se desaparecido. Ora, como se vê, agiu corretamente o nobre Juiz de 1ª grau ao decretar a quebra da fiança concedida ao paciente.

Compulsando-se os autos constata-se que, ao contrário do alegado pelo impetrante, encontram presentes na espécie as hipóteses que autorizam a decretação da custódia cautelar.

Realmente, infere-se, pela análise dos autos, que o paciente Valdecir Cardoso é advogado militante na Comarca de Jales, gozando de prestígio junto à sociedade local e homem de posses. De mais disso, ficou constatado que toda a atividade criminosa era por ele dirigida de seu escritório advocatício.

Assim, não é difícil se concluir que, se Valdecir for posto em liberdade, poderá: a) continuar a orientar outros ladrões de gado ou mesmo alguns integrantes de seu bando, que, por ventura, permaneceram em liberdade, pondo em risco a ordem pública; b) ameaçar ou manipular as testemunhas de acusação, prejudicando o normal andamento da instrução criminal e c) voltar a fugir do distrito da culpa frustrando a futura aplicação da lei penal.

Por isso, como se vê, as hipóteses previstas no art. 312, do Código de Processo Penal, encontram-se presentes na espécie.

O fato de o paciente ser primário, com residência fixa e ocupação lícita, não impede a decretação da prisão preventiva.

A primariedade e os bons antecedentes do agente não impedem a decretação da prisão preventiva.” (Fls. 352/353)

Outro não é o entendimento desta Corte que, em reiteradas oportunidades, tem afirmado que não é possível a concessão do benefício da liberdade provisória com ou sem fiança, nos casos em que se encontrarem presentes os requisitos para custódia cautelar. Neste sentido, destaco:

“Processual Penal. Prisão preventiva. Pagamento de fiança. Liberdade provisória. Descabimento.

1. *A liberdade provisória, com ou sem fiança, não pode ser concedida nas hipóteses em que se impõe a decretação da prisão preventiva, máxime quando se destina à garantia da ordem pública, dado que o paciente revela personalidade voltada para o crime, pois praticou o segundo delito quando em gozo do benefício de liberdade provisória, não tendo a primariedade e a residência fixa o condão de elidir a constrição.*

2. Recurso ordinário improvido.” (RHC n. 10.215/RJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 02.10.2000)

Por outro lado, a alegação genérica de inocência também não comporta apreciação pela via estreita escolhida. Tal desiderato importa no necessário exame dos fatos e provas colhidos durante a instrução criminal.

Cabe ressaltar que a manutenção da prisão preventiva depende de prova da materialidade do delito e, apenas, indícios com relação à autoria. A materialidade restou comprovada, não sendo sequer questionada.

Como se vê da transcrição acima feita existem fortes indícios de autoria do ora paciente que foi inclusive preso em flagrante.

Em conseqüência do exposto, a medida constritiva em questão não viola o princípio da presunção de inocência que, em verdade, não impede a tutela cautelar. Sob esse prisma, **Hélio Tornaghi**, in “Compêndio de Processo Penal”, Tomo III, pp. 1.037/1.038, com precisão esclareceu:

“A situação do réu durante o processo está ligada, não propriamente a qualquer presunção, de inocência ou de culpa, mas ao convencimento que o juiz vai haurindo da prova, à medida que essa vai sendo feita. Pode o juiz a princípio suspeitar que o réu é culpado, ou que é perigoso, ou que se prepara para fugir, ou qualquer outra coisa, e depois verificar que a suspeita era infundada. Ou, ao contrário, pode vir a convencer-se de fatos que militem contra o réu e que a princípio lhe tenham passado despercebidos. No sistema das provas legais essa contínua e permanente avaliação da prova era feita segundo

cânones preestabelecidos em lei. O que deve ser regulada não é propriamente a presunção de inocência ou de culpabilidade, pois onde entra a prova já não há que falar em mera presunção. Regulada deve ser a situação do acusado ou melhor os câmbios de situação e dos direitos, deveres, faculdades, poderes e encargos decorrentes de cada um.”

Ademais, as circunstâncias de *primariedade*, *bons antecedentes*, *residência e emprego fixos*, por si só, não obstam a constrição preventiva quando esta demonstra, inequivocamente, necessária para garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal. A propósito:

“Penal. Processual. Latrocínio e tráfico de entorpecentes. Prisão preventiva. Fundamentação. Primariedade e bons antecedentes. **Habeas corpus**.

1. A periculosidade do réu, evidenciada pelas circunstâncias em que o crime foi cometido, basta para embasar a custódia. Precedentes deste STJ.

2. O que não se admite é a prisão decretada ao exclusivo fundamento de que hediondo o crime. Fundamentada a custódia, na forma exigida pela CF/1988, art. 93, IX, e pela lei penal, não se reconhece o constrangimento ilegal alegado.

3. *Ser primário, de bons antecedentes, com domicílio e profissão fixos não obstam, por si só, a medida cautelar; que deve ser adotada sempre que presentes os pressupostos ensejadores.*

4. **Habeas corpus** conhecido; pedido indeferido.” (HC n. 17.289/MG, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ de 12.11.2001) — grifei.

“Recurso ordinário em **habeas corpus**. Prisão preventiva. Excesso de prazo. Improcedência. Complexidade do feito. Concurso da defesa para a demora da instrução. Súmula n. 64/STJ. Decreto de custódia preventiva devidamente fundamentado. Autoria. Indícios de envolvimento do paciente. Exame aprofundado de provas inviável nesta via estreita.

Não se evidencia excesso de prazo na instrução criminal ante a manifesta complexidade do feito: existência de vários réus, necessidade de oitiva de testemunhas por carta precatória, delitos praticados em dois Estados da Federação. Concurso da defesa para a demora da instrução criminal. Incidência da Súmula n. 64, desta colenda Corte.

Primariedade e bons antecedentes não elidem o decreto de custódia preventiva quando proferidos com lastro nos dispositivos do Código de Processo Penal. Decreto de prisão preventiva devidamente fundamentado.

Inviável, na via do **habeas corpus**, exame aprofundado de provas de forma a atestar a inocência do paciente. Indícios de participação presentes nos autos.

Recurso desprovido.” (RHC n. 11.257/BA, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 22.10.2001) — destaquei.

Ante o exposto, *denego a ordem*.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 24.758 — SP (2002/0127655-1)

Relator: Ministro Jorge Scartezzini

Impetrante: José Augusto Menezes

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

Paciente: José Augusto Menezes (Preso)

EMENTA

Penal e execução penal — Dosimetria da pena — Inocorrência de constrangimento ilegal — Progressão de regime prisional — Tráfico ilícito de entorpecentes — Impossibilidade — Crime equiparado a hediondo.

— Inexiste constrangimento ilegal na dosimetria da pena que observou, corretamente, o critério trifásico de aplicação da pena.

— De outro lado, é inviável a progressão de regime prisional nos crimes hediondos ou equiparados.

— Ordem denegada.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 04 de fevereiro de 2003 (data do julgamento).

Ministro Jorge Scartezzini, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini: Trata-se de **habeas corpus** impetrado José Augusto Menezes, em benefício próprio, contra o v. acórdão proferido pelo e. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que deu parcial provimento ao recurso de apelação ali interposto.

Consta dos autos que o paciente foi condenado pela prática do delito previsto no art. 12 c.c. art. 18, II, III e IV, da Lei n. 6.368/1976, à pena de 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida em regime integralmente fechado. Inconformado, apelou, tendo o recurso obtido parcial êxito, reduzindo-se a pena imposta para 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão.

Daí, o presente *writ*, onde o impetrante sustenta, em síntese, constrangimento ilegal na fixação da pena, porquanto não foi observada sua primariedade e seus bons antecedentes. De outro lado, alega que a majoração da pena foi ilegal.

Por fim, sustenta que a Lei n. 8.072/1990, que veda a progressão de regime foi revogada com o advento da Lei n. 9.455/1997.

Sem pedido de liminar.

Informações às fls. 35/36.

A douta Subprocuradoria Geral da República, em seu parecer, às fls. 87/89, opina pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator): Sr. Presidente, como relatado, o impetrante, no presente *writ*, alega a ocorrência de duplo constrangimento ilegal. O primeiro oriundo da dosimetria da pena e o segundo na impossibilidade de progressão de regime prisional.

O **habeas corpus** improcede.

Com efeito, no que tange à dosimetria da pena, o Tribunal **a quo**, ao reduzi-la para 06 anos e 08 meses de reclusão, salientou (fls. 82/83):

“A pena comporta pequeno reajuste.

A Magistrada considerou na primeira fase da dosimetria a certidão de fl. 168, que na verdade se refere a processo onde houve transação penal tendo sido cumprido integralmente o acordo. Tal fato, por não ter havido exame de mérito, não pode ser considerado para efeito de reconhecimento de maus antecedentes. Assim, opta-se pela fixação da pena-base em quatro anos de reclusão, justi-

ficado o acréscimo de um terço em razão dos mesmos fatores que autorizaram idêntica majoração para os co-réus. Na seqüência, correto o acréscimo de dois terços pelas causas de aumento previstas no artigo 18 da Lei n. 6.368/1976. A pena total é de seis anos e oito meses de reclusão. A pena pecuniária, observados os mesmos critérios, é fixada em cento e dez dias-multa, no piso mínimo.

O regime de cumprimento de pena é o integral fechado. Não há que se falar em inconstitucionalidade do artigo 2º, parágrafo primeiro, da Lei n. 8.072/1990. Nesse sentido o entendimento do próprio Supremo Tribunal Federal (RTJ 147/598). E esta situação não foi alterada pela Lei n. 9.455/1997, pois se o legislador quis ser complacente com o torturador, esta brandura não pode ser estendida automaticamente ao traficante (RTJ 146/611).”

Como se verifica, num primeiro momento, a Corte **a quo** considerou acertado o acréscimo de um terço em razão das circunstâncias judiciais e legais analisadas pelo magistrado de primeiro grau que ressaltou (fl. 56):

“Analisando as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, o réu possui maus antecedentes conforme certidão criminal de fl. 168; quanto à personalidade, constatou-se sua astúcia ao tentar empreender fuga no momento em que viu a ré, sua comparsa, ser desmascarada na posse da droga, esta com destino à carceragem da Casa de Detenção. Ainda quanto à culpabilidade, tem-se que sua participação, previamente ajustada e com unidade de propósito, na empreitada delituosa foi decisiva para que Janelúcia efetivasse o intento criminoso, qual seja, introduzir 16,660kg de “maconha” no interior do estabelecimento prisional.”

Assim sendo, entendo que a dosimetria, como efetivada, obedeceu ao critério trifásico de aplicação da pena, merecendo destaque a culpabilidade e personalidade do réu. De outro vértice, incensurável o aumento de pena em razão do art. 18, da Lei n. 6.368/1976.

No que tange à progressão de regime prisional, observo que o réu foi condenado por tráfico, sendo pacífico, nesta Corte, a impossibilidade do referido benefício, já que se trata de crime equiparado a hediondo.

Por tais fundamentos, *denego a ordem*.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 25.166 — DF (2002/0142683-7)

Relator: Ministro Gilson Dipp

Impetrante: Fábio Wesley Faustino

Impetrada: Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça
do Distrito Federal e dos Territórios

Paciente: Fábio Wesley Faustino (Preso)

Advogado: Raimundo Nonato Portela

EMENTA

Criminal. **HC**. Homicídio qualificado. Crime hediondo. Execução de trabalho externo. Impossibilidade de vigilância direta. Interpretação sistemática. Incompatibilidade entre o trabalho externo e a necessária vigilância. Ordem denegada.

I - Não obstante este Tribunal já ter decidido pela possibilidade de concessão de trabalho externo a condenado em regime fechado, é requisito indispensável, à concessão da benesse, a obediência a requisitos legais de ordem objetiva e subjetiva, além da vigilância direta.

II - Na hipótese, sobressai a impossibilidade prática de concessão da medida, tendo em vista a impossibilidade de se designar um policial, todos os dias, para acompanhar e vigiar o preso durante a realização dos serviços extramuros.

III - Não merece vingar a alegação de que, se a Lei n. 8.072/1990, ao não proibir expressamente o trabalho externo, estaria permitindo o mesmo, eis que tal pensamento não resiste à lógica de uma interpretação sistemática, que revela a incompatibilidade entre a execução de trabalho externo ora tratado e a necessária vigilância que se faria necessária.

IV - Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça: “A Turma, por unanimidade, denegou a ordem.” Os Srs. Ministros Jorge Scartezzini,

Laurita Vaz, José Arnaldo da Fonseca e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro-Relator.

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

Ministro Gilson Dipp, Presidente e Relator

Publicado no DJ de 09.06.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Cuida-se de **habeas corpus**, substitutivo de recurso ordinário, impetrado em favor de Fábio Wesley Faustino, contra decisão proferida pela Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, que denegou ordem anteriormente impetrada em seu favor, nos termos da seguinte ementa (fl. 34):

“**Habeas corpus**. Execução penal. Paciente condenado por crime hediondo. Regime integralmente fechado. Decisão concessiva de trabalho externo reformada pelo Tribunal. Cumprimento do acórdão determinado pelo juiz da execução.

— Nenhuma ilegalidade ou abuso de poder comete o juiz em determinar o recolhimento do condenado a local destinado ao cumprimento de penas em regime fechado, em obediência a acórdão proferido pelo tribunal, que deu provimento a recurso do Ministério Público para reformar decisão concessiva de trabalho externo.”

Sustenta-se, em resumo, que a fixação do regime integralmente fechado não é incompatível com a concessão de benefício de trabalho externo.

A Subprocuradoria Geral da República opinou pela denegação da ordem (fls. 40/46).

É o relatório.

Em mesa para julgamento.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Cuida-se de **habeas corpus**, substitutivo de recurso ordinário, impetrado contra acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, que denegou *writ* ali impetrado em favor do paciente.

Consta dos autos que o paciente foi condenado a uma pena de 12 (doze) anos de reclusão, a ser cumprido em regime integralmente fechado, como incurso no art. 121, § 2º, inciso II, do Código Penal.

Após o cumprimento de 1/4 da sanção, pretendeu, junto ao Juízo das Execuções Penais, a concessão do benefício do trabalho externo, tendo sido seu pedido atendido.

Inconformado, o Ministério Público apresentou recurso em sentido estrito desta decisão, sob o argumento de que a realização de trabalho externo, por preso condenado por crime considerado hediondo, é incompatível com o regime integralmente fechado.

O recurso ministerial foi provido, nos termos da seguinte ementa (fl. 29):

“Recurso de agravo interposto pelo Ministério Público — Réu condenado por crime hediondo à pena de reclusão em regime integralmente fechado — Autorização para o trabalho externo — Incompatibilidade com a Lei n. 8.072/1990 — Recurso provido. O direito ao trabalho externo é incompatível com a Lei n. 8.072/1990. Conquanto satisfeitos os requisitos previstos na LEP, o benefício somente pode ser conferido ao condenado que, em tese, faça jus à progressão de regime prisional.”

Diante disso, o Juiz das Execuções determinou o retorno do paciente ao estabelecimento compatível com o cumprimento de sanção em regime integralmente fechado.

Da decisão que determinou o regresso do paciente ao regime integralmente fechado, foi impetrado **habeas corpus** perante o Tribunal **a quo**, com o fim de se restabelecer o exercício do trabalho externo.

A ordem foi denegada, motivo pelo qual se impetrou o presente *writ*, através do qual se sustenta, em suma, a compatibilidade do regime integralmente fechado com o exercício de trabalho externo, eis que a Lei n. 8.072/1990 não dispõe em sentido contrário.

Não assiste razão ao paciente.

Inicialmente cabe a ressalva de que, não obstante este Tribunal já ter decidido pela possibilidade de trabalho externo a condenado em regime fechado (HC n. 19.062/DF; REsp n. 183.075/MG), é requisito indispensável, à concessão da benesse, a obediência a requisitos legais de ordem objetiva e subjetiva, além da vigilância direta, mediante escolta.

In casu, sobressai a impossibilidade prática de concessão da medida.

Com efeito, não é possível a designação de um policial, todos os dias, para acompanhar e vigiar o preso durante a realização dos serviços. Desta forma, resulta verdadeira incompatibilidade entre o trabalho externo em questão e o rigor exigido no cumprimento das reprimendas dos crimes hediondos.

Assim, alegação de que a Lei n. 8.072/1990, ao não proibir expressamente o trabalho externo, estaria permitindo o mesmo, não merece vingar, eis que tal pensamento não resiste à lógica de uma interpretação sistemática que, procedida, revela a incompatibilidade entre a execução de trabalho externo ora tratado e a necessária vigilância, indispensável à concessão do benefício.

Outrossim, cabe referir ainda a manifestação da Subprocuradoria Geral da República, em sede de parecer (fls. 45/46):

“Interpretando sistematicamente seus dispositivos, todavia, permite-se concluir que existe vedação implícita, ante a impossibilidade de sua conciliação com institutos ali previstos, mormente no seu art. 2º, § 1º.

De considerar, ademais, que dita lei também não proíbe expressamente a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (art. 44, do Código Penal), nas hipóteses em que a condenação não é superior a quatro anos e o crime não foi cometido com violência — entorpecentes, por exemplo — no entanto, não só o Supremo Tribunal Federal como essa augusta Corte já proclamaram a inadmissibilidade de tal permita (HC n. 97.567/RJ, Rel. Min. Oscar Corrêa), ao fundamento de que é impossível a aplicação de benefícios consignados na parte geral do Código Penal aos que cometem crimes previstos na Lei dos Crimes Hediondos, seja por ser esta especial, seja porque o rigor do regime carcerário de tal lei a torna incompatível com aquele benefício.

Desse modo, os mesmos fundamentos que desautorizam a substituição da pena hão de valer para não se permitir o trabalho externo, a fim de evitar a burla ao regime integral fechado, admitindo, por vias transversas, o sistema progressivo de execução.

O condenado por crime hediondo pode — e deve — trabalhar, sim, mas dentro do estabelecimento penal onde se encontra custodiado.”

Desta forma, não merece censura o acórdão recorrido.

Diante do exposto, denego a ordem, nos termos da fundamentação acima.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 25.591 — SP (2002/0159268-9)

Relator: Ministro Jorge Scartezini

Impetrantes: Dirceu Eugênio Pinheiro Grohmann e outro

Impetrada: Sexta Câmara Criminal de Julho/2002 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Paciente: Fabrício Sarmento dos Reis

EMENTA

Processo Penal — Uso de drogas — Princípio da insignificância — Delito de perigo presumido — Trancamento da ação penal — Inviabilidade.

— O crime inserido no art. 16, da Lei n. 6.368/1976 é delito de perigo presumido ou abstrato, não importando para sua caracterização a quantidade apreendida em poder do infrator, esgotando-se o tipo simplesmente no fato de carregar consigo, para uso próprio, substância entorpecente.

— Ordem denegada.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 03 de junho de 2003 (data do julgamento).

Ministro Jorge Scartezzini, Relator

Publicado no DJ de 18.08.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini: Trata-se de **habeas corpus** impetrado por Dirceu Eugênio Pinheiro Grohmann e Carlos Alexandre Vajs Fidencio, em benefício de Fabrício Sarmento dos Reis, contra o v. acórdão proferido pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que denegou a ordem ali impetrada.

Consta dos autos que o paciente, em 24 de março de 2002, foi preso em flagrante delito, pela prática do delito de uso de substância entorpecente, tendo-lhe sido imputada a conduta descrita no art. 16 da Lei n. 6.368/1976.

Impetro **habeas corpus** perante o Tribunal **a quo**, pleiteando o trancamento da ação penal, sob o argumento de que a conduta do paciente era atípica em

razão da ínfima quantidade de substância entorpecente apreendida (maconha). A ordem restou denegada.

Daí, o presente *writ*, onde os impetrantes reiteram os argumentos expendidos, pretendendo, desta forma, o trancamento do feito.

Liminar indeferida, às fls. 67/69.

A douta Subprocuradoria Geral da República, em seu parecer, às fls. 67/69, opina pela denegação da ordem.

Após, vieram-me os autos redistribuídos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator): Senhor Presidente, pretende-se, através do presente *writ*, o trancamento da ação penal pelo reconhecimento da atipicidade da conduta perpetrada pelo paciente (uso de substância entorpecente).

Como meio de ver satisfeita sua pretensão, invoca o “princípio da insignificância”, asseverando que o mesmo deve ser aplicado ao caso, diante da pequeníssima quantidade de droga apreendida — 0,4g de “maconha” —, que não apresentaria nenhum potencial ofensivo à sociedade.

Não merece prosperar a intenção do paciente na medida em que o delito inscrito no art. 16, da Lei n. 6.368/1976 é delito de perigo presumido ou abstrato, não importando para sua caracterização a quantidade apreendida em poder do infrator, esgotando-se o tipo simplesmente no fato de carregar consigo, para uso próprio, substância entorpecente.

Situação similar já foi objeto de análise por esta Corte, merecendo o seguinte acórdão:

“Penal. **Habeas corpus**. Tóxicos (art. 16 da Lei n. 6.368/1976). Pequena quantidade. Princípio da insignificância. Perigo presumido.

I - O delito previsto no art. 16 da Lei de Drogas é de perigo presumido ou abstrato.

II - O princípio da insignificância não pode ser utilizado para neutralizar, praticamente **in genere**, uma norma incriminadora. Se esta visa às condutas de adquirir, guardar ou trazer consigo tóxico para exclusivo uso próprio é porque alcança, justamente, aqueles que portam (usando ou não) pequena quantidade de drogas (**v.g.**, “um cigarro de maconha”) visto que dificilmente alguém adquire, guarda ou traz consigo, para exclusivo uso próprio, grandes

quantidades de tóxicos (**v.g.**, arts. 12, 16 e 37 da Lei n. 6.368/1976). A própria resposta penal guarda proporcionalidade, no art. 16, porquanto apenado com detenção, só excepcionalmente e, em regra, por via da regressão, poderá implicar em segregação total (**v.g.** art. 33, **caput**, do Código Penal).

Writ indeferido” (HC n. 8.827/RJ, Rel. p/ o acórdão Ministro Felix Fischer, DJ de 11.10.1999).

Como se vê, conceder a ordem no presente caso, considerando que a conduta do paciente seria atípica, significaria negar vigência ao art. 16, da Lei n. 6.368/1976.

Por todo o exposto, *denego a ordem*.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 27.483 — SP (2003/0040032-5)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca

Impetrante: José Marin Neto Terceiro

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

Paciente: Eduardo Romano Costa (Preso)

EMENTA

Habeas corpus. Homicídio qualificado. Pronúncia. Nulidades não verificadas. Paciente que evade do local do fato. Preventiva a ser confirmada. Ordem denegada.

“A exclusão de qualificadora imputada ao réu na denúncia somente pode ser feita pelo Juiz da pronúncia se manifestamente descabida, nunca se, para tanto, há necessidade de exame valorativo dos fatos, sob pena de usurpar competência do Tribunal do Júri.

Ainda que não se dispense fundamentação da sentença de pronúncia quanto ao acolhimento das qualificadoras, deve o Juiz fazê-lo em linguagem comedida, de modo a não influenciar os Juízes leigos quando do julgamento, hipótese ocorrida no caso, pelo que inócua a alegada nulidade por falta de motivação.

Se o réu respondeu ao processo encarcerado, por força de prisão preventiva, a manutenção da custódia por ocasião da pronúncia não constitui constrangimento ilegal, tanto mais que o crime hediondo não admite liberdade provisória, além de ser o réu portador de maus antecedentes.”

Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar o pedido. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp, Jorge Scartezzini e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 12 de agosto de 2003 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator

Publicado no DJ de 08.09.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: Colhe-se do parecer ministerial de fls. 155/158 o seguinte relato:

“Impetrou-se **habeas corpus** em favor de Eduardo Romano Costa, sob a alegação de que estaria a sofrer constrangimento ilegal da parte do egrégio Juízo da Comarca de Regente Feijó — SP, que o pronunciou por infração ao art. 121, § 2º, I e IV, c.c. o art. 29, do Código Penal.

Alegaram, os impetrantes, que a prisão provisória foi decretada sem a devida fundamentação, não estando configuradas as qualificadoras, tanto que o co-réu, já julgado pelo Tribunal do Júri, teve excluídas da condenação as referidas circunstâncias; sustentaram, também, que foi reconhecida pelo egrégio Juízo, a existência de antecedentes criminais, o que não corresponde à realidade dos fatos; sustentando que o paciente tem direito de recorrer em liberdade, pleiteou a concessão da ordem (fls. 150/151).

O *writ* foi denegado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao seguinte fundamento:

“Inicialmente, cumpre destacar que o paciente se encontra preso preventivamente, desde 14 de abril de 2001, tendo sido ele pronunciado aos 7

de outubro do mesmo ano; como se vê, a custódia cautelar foi mantida durante toda a instrução do feito, não havendo motivo para que, agora, prolatada a r. sentença de pronúncia, seja o réu colocado em liberdade.

E, no que toca com a alegada falta de fundamentação, melhor sorte não assiste aos ilustres impetrantes; é que o MM. Juiz **a quo**, descrevendo a conduta do paciente, deu efetiva aplicação ao disposto no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, motivando seu livre convencimento, tanto na seara dos indícios de autoria, como também das qualificadoras mencionadas na r. decisão.

Lembre-se que, nesta fase, vigora o princípio do **in dubio pro societate**, tratando-se, a fase prevista no artigo 406 do Código de Processo Penal, de mero juízo de admissibilidade da acusação, devendo qualquer dúvida sobre a imputação ser resolvida pelo egrégio Conselho de Sentença.

Há ainda a destacar que a exclusão das qualificadoras, verificada com relação ao co-réu, pelo Tribunal do Júri, em nada impede a submissão do paciente a julgamento pela figura qualificada do homicídio, e isto porque vem consagrado na Constituição da República (artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea **c**), o princípio da soberania dos veredictos, não ficando as decisões dos jurados atreladas a qualquer outro decisório.

Por fim, anote-se que os “antecedentes criminais”, aos quais o egrégio Juízo impetrado faz referência, devem ser interpretados à luz do disposto nos artigos 408, § 2º, e 594, ambos do Código de Processo Penal, de modo que não há qualquer ilegalidade a ser reconhecida.

Posto isto e adotada a judiciosa manifestação ministerial, da lavra do Dr. Fábio Antônio Pineschi, denegam a ordem. (Fls. 151/152)

Daí o presente **habeas corpus**, objetivando o reconhecimento de que o Paciente sofre ilegal constrangimento, por estar preso, processado em feito manifestamente nulo, por falta de motivação do convencimento judicial ao decidir quanto à manutenção das qualificadoras e da prisão do réu para recorrer. (Fl. 4).

Alega que a douta Magistrada **a quo**, em diversos pontos de seu decisório, deixou de dar a conhecer a motivação do seu convencimento, impedindo que as partes — especialmente o paciente — pudessem ter condições de verificar o raciocínio seguido pela sentenciante, a ótica da apreciação dessa ou daquela prova, os fundamentos (ou ausência de) expendidos para acolher ou

desacolher uma alegação da acusação ou da defesa, a base jurídica aplicada ao assunto detalhado e outras nuances para aferir se houve análise de todo o processo; diz que não há crime hediondo no caso, visto que não caracterizadas as qualificadoras imputadas — motivo torpe e recurso que dificultou a defesa da vítima —, tanto assim que foram repelidas pelo Júri quando do julgamento do co-réu. (Fls. 7/8)

Alega ainda que o paciente sofre de constrangimento ilegal, por não ter sido apreciado, na sentença de pronúncia, seu pedido de liberdade provisória, nos termos do artigo 408, § 2º, embora sendo primário e de bons antecedentes, acrescentando que mesmo fosse hediondo o crime imputado ao paciente, haver-se-ia de ventilar, para eventual preservação da prisão preventiva, específica fundamentação por parte do julgador monocrático. (Fls. 12/13)

Pede, ao final, a concessão da ordem, liminarmente, determinando, o quanto antes, seja o paciente posto em liberdade, concedendo-se a ordem, ao final para ser ratificada a liminar, liberando o paciente, não sem antes reconhecer a nulidade da r. sentença de pronúncia, por falta de fundamentação. (Fl. 27)

Denegada a liminar, foram prestadas as informações.”

Parecer pela denegação.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): Início pela contestação da custódia preventiva.

De acordo com o juízo determinante da prisão preventiva, alguns dados serviram à constrição, dentre eles anotou-se (fl. 39):

“A decretação da prisão preventiva dos réus é de rigor.

Encontra-se bem constatada a materialidade delitiva e presentes indícios suficientes acerca da autoria, onde foi ceifada a vida de jovem indivíduo desta cidade.

Com efeito, o presente feito narra crime gravíssimo, daqueles que desassossegam a população da comunidade.

Frise-se, por oportuno, que a prisão temporária foi decretada e posteriormente seu prazo prorrogado, porém, apenas co-acusado William encontra-se recolhido.

Os demais acusados, após a prática do crime, abandonaram o distrito da culpa, dificultando a aplicação da lei penal.

Estas circunstâncias bem demonstram a necessidade da decretação da prisão preventiva, revestindo-se esta dos elementos necessários e imprescindíveis para a segregação dos agentes, estando ainda solidamente alicerçadas em fatos concretos que autorizam a medida.”

Frente a essas circunstâncias, difícil o deferimento da pretensão de soltura, pois, como visto, os requisitos legais estão amplamente atendidos. Mesmo que se pudesse averiguar a robustez dos argumentos contrários, dependente quase sempre do juízo de convencimento local, a garantia da ordem pública e a valoração quanto à aplicação da lei penal revelaram a necessidade do decreto preventivo, já que o alicerce utilizado corresponde à disposição legal. Este, aliás, tem sido o pensamento desta Casa, conforme os precedentes:

“RHC. Homicídio triplamente qualificado. Seqüestro e cárcere privado. Prisão preventiva. Fundamentação e motivos para a sua decretação ainda válidos. Garantia da ordem pública. Excesso de prazo. Superado pela decisão de pronúncia (Súmula n. 21/STJ). Pedido de extensão de julgado concessivo de liberdade provisória a co-réu. Impossibilidade. Concessão do benefício com base em motivos de caráter pessoal.

“A grande comoção que o delito causa na sociedade, gerando expectativa de impunidade, é motivo para a decretação da segregação cautelar” (HC n. 8.025/PI, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 14.12.1998).

In casu, trata-se de paciente acusado de ser um dos mandantes do assassinato do Prefeito Municipal de Igarapava — SP, crime cometido com extrema violência inclusive com ofensas psicológicas e físicas aos familiares da vítima. Ordem pública que deve ser preservada.

Ante o advento da sentença de pronúncia, contestada por recurso em sentido estrito, fica superada a alegação de constrangimento ilegal por excesso de prazo (Súmula n. 21/STJ).

Não viola o princípio da igualdade a concessão de liberdade provisória a co-réu, eis que o benefício foi concedido por motivos de ordem pessoal, não extensível.

Recurso desprovido.”

(RHC n. 12.323/SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 26.08.2002)

“**Habeas corpus**. Co-autoria em homicídio triplamente qualificado. Prisão preventiva. Sentença de pronúncia. Manutenção da custódia. Desnecessidade. Ausência de fundamentação. Inocorrência.

1. A fundamentação das decisões do Poder Judiciário, tal como resulta da letra do inciso IX do artigo 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. Não há falar em ausência de fundamentação da sentença de pronúncia, eis que demonstrados, à sociedade, a necessidade do encarceramento do paciente, não somente em *garantia da ordem* pública, em decorrência do *clamor* público e da grande repercussão que o delito tomou na mídia nacional, mas também pela asseguuração da aplicação da lei penal, diante da possibilidade de fuga dos acusados.

3. Eventuais condições pessoais favoráveis ao réu, tais como residência fixa e ocupação lícita, não lhe são garantidoras ao direito à revogação da prisão processual, se existem outras que lhe recomendam a custódia cautelar.

4. A jurisprudência já assentou o entendimento de que a custódia cautelar não constitui violação do princípio constitucional da presunção de inocência. (Precedentes do Supremo Tribunal Federal).

5. Recurso improvido.”

(RHC n. 10.855/AC, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 1^a.10.2001)

É de notar, portanto, que a custódia provisória encontra-se bem arrazoada na fundamentação apontada pela decisão singular, sobretudo porque a evasão do distrito da culpa justifica a atuação jurisdicional desfavorável, não havendo o que repor.

O Paciente, em sentido contrário, procura dissentir do entendimento sufragado pelas instâncias anteriores de que os pressupostos anotados e as suas indicações não se assemelham à realidade, pois inexistentes. Contudo, tais comprovações demandariam minucioso exame das provas, bem como, a oportunidade de colheita de novos elementos, ainda mais quando o distanciamento voluntário da investigação encaminha o intérprete ao sentido contrário.

Sendo o remédio constitucional conduzido por procedimento sumário e de cognição antecipada, o inconformismo em torno dos elementos justificadores da decisão combatida desmerece a respectiva aderência, porque não cogitados de plano.

Quanto aos demais pontos da impetração, muito bem pontuou a opinião ministerial, **verbis** (fls. 158/160):

“Não se desconhece que pode o Juiz singular, na fase de que cuida o art. 408, do Código de Processo Penal, ao pronunciar o réu, afastar qualificadora

que lhe foi imputada na denúncia, quando *manifestamente improcedente, sem qualquer apoio nos autos, de todo descabida*.

É defeso ao Juiz, contudo, excluir, de logo, circunstância que qualifique o crime de homicídio e expressamente descrita na peça acusatória se, para isso, tem que externar juízo valorativo acerca dos fatos descritos, para concluir que esta ou aquela qualificadora não se caracterizou.

É que tal atribuição é privativa do Tribunal do Júri que, nos termos da Constituição Federal (art. 5º, inciso XXXVIII, **d**), tem competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Não se há de esquecer que o art. 408, do Código de Processo Penal, impõe limites ao Juiz singular, vez que, nesta fase, ainda vigora o princípio segundo o qual **in dubio pro societate**, pelo que deve o Juiz pronunciar o acusado, segundo os termos da denúncia, se houver prova da existência do crime e indícios de que o réu é seu autor, somente lhe sendo dado afastar qualquer qualificadora, nesta fase, *se manifestamente descabida*. Caso contrário, ainda na dúvida quanto à sua caracterização, deve mantê-la, ao pronunciar o réu, para que o Júri Popular, em sua soberania, decida quanto à sua procedência, ou não.

Ainda que não se dispense fundamentação da sentença quanto ao acolhimento das circunstâncias qualificadoras, deve o Juiz fazê-lo em linguagem comedida, de modo a não influenciar os Juizes leigos quando do julgamento.

No caso dos autos, a denúncia imputou ao réu o crime previsto no art. 121, § 2º, incisos I e IV, do Código Penal, porque motivado por vingança decorrente de simples discussão pretérita que chegou às vias de fato, havendo a vítima esbofetado o mentor intelectual do crime, agindo os réus de surpresa.

E a vingança, segundo a jurisprudência pátria, pode ser considerada motivo torpe, a depender do que a provocou.

A vítima, de outro lado, foi colhida de surpresa, cercada por dois ou três agressores, tendo sido alvejada quando caída ao solo, ao tentar fugir dos acusados, o que lhe dificultou a defesa.

Na sentença de pronúncia, o MM. Juiz entendeu caracterizadas as qualificadoras ao seguinte fundamento:

“As qualificadoras alinhadas na denúncia devem ser levadas a julgamento pelo Tribunal do Júri, em coerência, aliás, com o relato da denúncia a respeito dos fatos, aceito nesta sentença. Há indícios de ter sido o crime cometido mediante recurso que dificultou a defesa da vítima, pois o réu Eduardo desceu do carro conduzido por Éderson e se aproximou pas-

sando a desferir-lhe tiros inopinadamente. Também cometido por motivo torpe eis que, conforme se apurou, na noite anterior aos fatos, durante um evento festivo, a vítima e o denunciado Éderson, se desentenderam, trocando agressões. Assim, o denunciado Éderson, na condução de seu veículo, juntamente com os companheiros, Eduardo e Willian, os quais se prontificaram, partiram para o sítio do evento.

Ademais, há indícios da divisão de atribuições entre os denunciados, tendo em vista, que Éderson foi o mentor intelectual, uma vez que anteriormente agredido pela vítima, Willian, forneceu a arma e Eduardo, foi o responsável pelos disparos.” (Fl. 134)

A sentença, em assim sendo, com o comedimento de linguagem indispensável nessa fase processual, deu os motivos pelos quais entendia caracterizadas as qualificadoras imputadas ao réu na denúncia, deixando ao Júri, em sua soberania, decidir a respeito de sua ocorrência, ou não.

Não padece, portanto, do vício que lhe inculca o impetrante.”

Ante o exposto, denego a ordem.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 28.544 — RJ (2003/0085246-1)

Relator: Ministro Felix Fischer

Impetrante: João Simões Vagos Filho — Defensor Público

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

Paciente: Everaldo da Conceição (Preso)

EMENTA

Processo Penal. **Habeas corpus**. Art. 213 c.c. 224, **a**, na forma do art. 226, II, todos do CP. Apelação. Defensor Público. Ausência de intimação pessoal da data designada para o julgamento do recurso. Cerceamento de defesa. Nulidade absoluta.

I - A teor dos arts. 5º, § 5º, da Lei n. 1.060/1950 e 370, § 4º, do CPP, a intimação do Defensor Público ou dativo deve ser pessoal, sob pena de nulidade absoluta por cerceamento de defesa.

II - O Defensor Público responsável pela defesa do acusado deve ser *pessoalmente* intimado da inclusão em pauta, bem como, em caso de adiamento, da nova data designada para julgamento do recurso sob pena de nulidade insanável. Precedentes.

III - Vício não sanável, mesmo com o comparecimento casual do Defensor Público à sessão de julgamento, por evidente cerceamento de defesa, na medida em que se frustrou o direito do réu em se ver devidamente representado, bem como a possibilidade de apresentação de memoriais ou mesmo de sustentação oral.

Writ concedido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem para anular o julgamento da Apelação Criminal n. 2002.050.05187, devendo outro ser proferido, com a prévia intimação pessoal do defensor dativo da nova data designada para o julgamento do apelo. Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Jorge Scartezzini, Laurita Vaz e José Arnaldo da Fonseca votaram com o Sr. Ministro-Relator.

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

Ministro Felix Fischer, Relator

Publicado no DJ de 28.10.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Cuida-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Everaldo da Conceição, contra decisão proferida pela colenda Terceira Câmara Criminal do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que negou provimento à apelação interposta pela defesa e proveu o recurso ministerial, para estabelecer o regime integralmente fechado para o cumprimento da pena privativa de liberdade imposta ao ora paciente. O respectivo decisório tem a seguinte ementa:

“Apelação.

Estupro.

Prova.

Quando, apesar de ter apenas 08 anos de idade, as declarações da ofendida, filha do acusado, são coerentes, estando em consonância com as declara-

rações de sua mãe e com os laudos periciais, que constataram que, apesar da sua pouca idade, a ofendida não era mais virgem, dúvidas inexistem quanto ao fato e à autoria, sendo a condenação consequência lógica.

Regime.

Tendo em vista recente entendimento do STF, em decisão plenária, embora não unânime, de que os tipos básicos dos crimes contra os costumes também são hediondos, a pena privativa de liberdade deve ser cumprida integralmente em regime fechado.

Recurso da defesa a que se nega provimento, provendo-se o do Ministério Público.” (Fl. 22)

Alega o presente *writ* a nulidade do julgamento da Apelação n. 2002.050.05187, tendo em vista a ausência de intimação pessoal do Defensor Público, da data designada para o julgamento do recurso interposto em favor do ora paciente.

Foram prestadas informações à fl. 19.

A douta Subprocuradoria Geral da República, às fls. 26/30, manifestou-se pelo conhecimento parcial do *writ* e, nessa parte, pela sua denegação.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer: A súplica merece acolhida.

Da análise da documentação acostada aos autos, especialmente das informações da egrégia Corte impetrada, verifica-se que não consta dos autos a intimação pessoal do defensor nomeado ao paciente. Confirma-se, oportunamente, o seguinte trecho das informações prestadas pelo egrégio Tribunal **a quo, verbis**:

“As partes apelaram, o Ministério Público para ver fixado o regime integralmente fechado nos termos da Lei n. 8.072/1990, e a douta Defesa pugnando pela absolvição com fulcro no artigo 386, inciso IV, do Código de Processo Penal.

Os apelos tomaram o n. 5.187/2002 e foram distribuídos à colenda Terceira Câmara Criminal desta Corte.

Após o parecer desfavorável da douta Procuradoria de Justiça, veio o relatório, indo os autos ao douto Desembargador-Revisor, que pediu data.

Os recursos foram incluídos na pauta de 31 de março do corrente, certificando-se sua publicação pela Imprensa Oficial.

A despeito da abertura de vista à douta Defensoria Pública por etiqueta-padrão, não foi a mesma pessoalmente cientificada, uma vez que não se vislumbra o preenchimento da etiqueta ou a assinatura do Defensor Público no local de costume.

Fez-se presente, porém, à sessão de julgamento, conforme afirmado na inicial deste **mandamus**, decidindo a Câmara Julgadora, à unanimidade, por negar provimento ao recurso defensivo e prover o ministerial estabelecendo o regime integralmente fechado para cumprimento da reprimenda pelo Paciente.” (Fls. 19/20)

Com efeito, consoante preconiza o art. 5º, § 5º, da Lei n. 1.060/1950, com a redação da Lei n. 7.871/1989, a intimação do Defensor Público ou quem exerça cargo equivalente deve ser pessoal em ambas as instâncias.

Assim, não cumprida essa formalidade essencial quanto à designação da data para o julgamento do apelo, padece o acórdão proferido na apelação criminal de nulidade insanável, por evidente cerceamento de defesa.

Esta Corte Superior, a esse respeito, já se manifestou sobre a necessidade da intimação pessoal do Defensor Público ou dativo, sob pena de nulidade. Confira-se:

“Processo penal. **Habeas corpus**. Defensor dativo. Julgamento de recurso em sentido estrito. Ausência de intimação pessoal. Nulidade absoluta.

O art. 370, § 4º, do CPP assegura ao defensor dativo o direito à intimação pessoal. A falta dessa intimação, por ser nulidade absoluta, enseja a realização de novo julgamento.

Writ concedido.”

(HC n. 16.340/SP, *Quinta Turma*, de minha relatoria, DJ de 13.08.2001).

“**Habeas corpus**. Processual Penal. Recurso em sentido estrito. Ausência de intimação pessoal do Defensor dativo da data designada para o julgamento do recurso, que culminou com decisão desfavorável ao réu. Cerceamento de defesa. Nulidade.

A teor do art. 5º, § 5º, da Lei n. 1.060/1950, com a redação da Lei n. 7.871/1989, c.c. o § 4º do art. 370 do CPP, a intimação do Defensor Público ou dativo deve ser pessoal em ambas as instâncias, sob pena de nulidade absoluta por cerceamento de defesa.

Habeas corpus deferido para anular o acórdão proferido no Recurso em Sentido Estrito n. 263.507.3/4-00 e todos os atos processuais subseqüentes, para que outro julgamento seja proferido com a prévia intimação pessoal do Defensor do Paciente.”

(HC n. 16.024/SP, *Quinta Turma*, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 03.09.2001).

“Processo Penal. Defensor dativo. Ausência de intimação pessoal. Nulidade. Reabertura do prazo recursal. Ordem concedida.

I - Inocorrendo a intimação pessoal do defensor dativo, do acórdão confirmatório de condenação, reconhece-se a nulidade absoluta, ensejando a reabertura do prazo para recurso.

II - Ordem concedida para afastar o trânsito em julgado e reabrir o prazo recursal a partir da intimação pessoal do defensor dativo.”

(HC n. 7.983/SC, *Quinta Turma*, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 31.05.1999).

“Penal. Processual. Defensor dativo. Intimação pessoal. Nulidade do acórdão. **Habeas corpus**.

1. O Defensor dativo tem direito à intimação pessoal, consoante o CPP, art. 370, § 4º. A falta dessa intimação anula o julgamento.

2. Restam prejudicados os demais argumentos da impetração, vez que nova decisão deverá ser proferida, com a devida intimação pessoal do defensor.

3. **Habeas corpus** conhecido; pedido parcialmente deferido.”

(HC n. 9.339/RS, *Quinta Turma*, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ de 06.09.1999).

“Processual Penal. **Habeas corpus**. Defensor dativo nomeado. Acórdão confirmatório da sentença condenatória. Intimação pessoal. Trânsito em julgado. Nulidade.

— O art. 44, da Lei Complementar n. 80/1994, ao prescrever que as intimações e notificações são feitas nas pessoas do Defensor Público, nomeado pelo juiz para defender os interesses do incapaz, do réu preso ou revel e do ausente, encerra um comando imperativo, que há de ser concebido no sentido de que tais comunicações processuais devem ser efetuadas pessoalmente, por mandado, a cargo de Oficial de Justiça.

Habeas corpus concedido.”

(HC n. 9.817/SP, *Sexta Turma*, Rel. Min. Vicente Leal, DJ de 27.09.1999).

Não se deve negar, por outro lado, a existência de alguns julgados no âmbito desta colenda Corte Superior de Justiça no sentido de que, em havendo o Defensor Público comparecido à sessão de julgamento, restaria sanada a ausência de intimação pessoal para o ato processual.

Entretanto, penso que nas hipóteses em que o Defensor Público comparece à sessão de julgamento, por conta de outros processos que não aquele para o qual não fora devidamente intimado, não resta sanado o vício pertinente à ausência de intimação.

Ora, o próprio art. 5º, § 5º da Lei n. 1.060/1950, acrescentado pela Lei n. 7.871/1989, como já visto, determina que a intimação do Defensor Público será pessoal para todos os atos do processo, devendo ser intimado da inclusão em pauta do processo e da data designada para julgamento. Inocorrendo tal intimação, deve-se reconhecer a nulidade absoluta.

Com efeito, esse vício não será convalidado com a simples presença do Defensor Público à sessão de julgamento do recurso, primeiro porque não poderia o Defensor ser surpreendido a acompanhar um ato processual, do qual não foi intimado, e segundo porque a intimação foi feita para que o Defensor comparecesse à sessão de julgamento para defender outros réus, em processos distintos, e não para a defesa da causa em que responde seu representado.

Bem se vê, que tal vício insanável gera prejuízo irreparável ao paciente, configurando evidente cerceamento de defesa, na medida em que frustra o direito do réu em se ver devidamente representado, perante o julgamento do recurso de apelação, bem como a possibilidade de que dispunha de apresentação de memoriais ou mesmo de sustentação oral.

A esse respeito já se manifestou o excelso Supremo Tribunal Federal, **in verbis**:

“Ampla defesa: frustração do direito à sustentação oral no julgamento da apelação.

Viola a garantia de ampla defesa o julgamento de apelação criminal, não obstante já deferido o pedido de adiamento formulado pelo Defensor do acusado.

Frustrado, assim, o direito da parte à sustentação oral, é nulo o julgamento, não cabendo reclamar para declará-la a prova impossível de que, se utilizada aquela oportunidade legal de defesa, outra teria sido a decisão do recurso.”

(HC n. 69.142-1/SP *Primeira Turma*, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 10.04.1992).

“**Habeas corpus**. Crime militar. Apelação. Julgamento realizado sem exame do pedido de adiamento, tempestivo e motivado, formulado pela defesa, que venha a frustrar o seu direito à sustentação oral, evidencia prejuízo suficiente para anulá-lo.

(HC n. 67.556/MG, *Segunda Turma*, Rel. Min. Paulo Brossard, DJ de 29.09.1989).

O próprio colendo Superior Tribunal de Justiça também já exarou entendimento a respeito. Confira-se:

“**Habeas corpus**. Processual Penal. Sentença de pronúncia. Recurso em sentido estrito. Ausência de intimação pessoal do defensor dativo para o julgamento. Cerceamento de defesa. Nulidade.

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

Habeas corpus deferido para anular o acórdão proferido no Recurso em Sentido Estrito n. 169.945-3/7 e todos os atos processuais subseqüentes, para que outro julgamento seja proferido com a prévia intimação pessoal do Defensor, vedada a **reformatio in pejus** indireta. Fica mantida a custódia do paciente em razão da r. sentença de pronúncia”.

(HC n. 21.722/SP, *Quinta Turma*, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 21.10.2002).

Em caso semelhante, esta egrégia Quinta Turma entendeu por haver vício insanável quando o Defensor Público responsável pela defesa do acusado não foi devidamente intimado da inclusão em pauta e data para julgamento do recurso. Tudo isto, apesar do comparecimento de outro Defensor Público. Tais casos encontram-se assim ementados:

“**Habeas corpus** contra ato eivado de nulidade. Ausência de intimação pessoal do Defensor Público para o julgamento.

Consoante preconiza o art. 5º, § 5º, da Lei n. 1.060/1950, com redação da Lei n. 7.871/1989, a intimação do Defensor Público deve ser pessoal em ambas as instâncias. Logo, a falta de intimação pessoal do Defensor Público da inclusão em pauta e da data designada para o julgamento da apelação enseja nulidade absoluta.

Vício não sanável com a simples presença em julgamento de Defensor Público outro que não o da causa.

Concessão da ordem.”

(HC n. 11.101/RJ, *Quinta Turma*, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 20.03.2000).

“Processual Penal. **Habeas corpus**. Réu preso. Júri. Nulidades. Recurso em sentido estrito. Intimação pessoal do Defensor Público.

Sob pena de nulidade absoluta, o Defensor Público responsável pela defesa do acusado deve ser pessoalmente intimado da inclusão em pauta e da data designada para julgamento do recurso em sentido estrito. Vício não sanável com a simples presença em julgamento de outro Defensor Público.

Writ parcialmente concedido.”

(HC n. 12.653/SP, *Quinta Turma*, de minha relatoria, DJ de 26.03.2001).

Por todo o exposto, havendo respaldo legal (art. 648, VI do Código de Processo Penal — processo manifestamente nulo) para a concessão do **mandamus**, concedo a ordem para anular o julgamento da Apelação Criminal n. 2002.050.05187, devendo outro ser proferido, com a prévia intimação pessoal do Defensor dativo da nova data designada para o julgamento do apelo.

É o voto.

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 3.233 — RJ (1993/0017582-3)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Recorrente: Dario Micheli Gadelha

Advogado: Mário Tobias Figueira de Mello

T. origem: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Impetrado: Quarto Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

Recorrido: Estado do Rio de Janeiro

Advogado: Fernando C. de Arruda

EMENTA

Administrativo. Incorporação de vantagem pessoal. Subsecretário de Estado do Rio de Janeiro. Lei Estadual n. 1.649/1990. Julgamento da ADIn n. 489-1 pelo STF. Constitucionalidade. Precedentes do STJ. Recurso provido.

1. Julgada improcedente pelo Supremo Tribunal Federal a ação direta de inconstitucionalidade que visava a Lei Estadual n. 1.649/1990, bem como suspenso pelo STF os efeitos do Decreto n. 16.508/1991

(inciso I, do art. 1º) que sustava a aplicabilidade da norma, há de ser provido o recurso do Recorrente.

2. Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do pedido inicial. Votaram com a Relatora os Ministros José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer, Gilson Dipp e Jorge Scartezzini. Presidiu a sessão o Ministro Gilson Dipp.

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

Ministra Laurita Vaz, Relatora

Publicado no DJ de 30.06.2003

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por Dário Micheli Gadelha, em face do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que denegou a segurança pleiteada pelo Recorrente.

O Impetrante objetivou, por intermédio de ação mandamental, a incorporação de vencimentos, como direito pessoal, por força do disposto na Lei Estadual n. 1.649/1990, a contar da data de 09 de maio de 1990, relativa à percepção do valor correspondente à retribuição básica e representação do cargo em comissão de Secretária de Estado de Planejamento e Controle do Governo do Estado do Rio de Janeiro.

Alegou, para tanto, o desconto mensal e sucessivo de seus vencimentos, incluindo vantagens pessoais, constitui-se em excesso ilegal, pois o decreto emanado pelo Poder Executivo, que determinou a redução de seus vencimentos, não tem o condão de revogar diploma legal oriundo do Poder Legislativo.

A Corte **a quo**, após o exame da querela, concluiu pela denegação da segurança, consonante acórdão assim ementado:

“Administrativo. Lesão de direito que estaria a se reproduzir a cada mês: decadência não ocorrente. Benefício concedido através de lei e sustado em razão de decreto. Não comete ilegalidade ou abuso de poder o funcionário

público que pratica um ato em obediência a seu superior hierárquico. Preliminar rejeitada e segurança denegada.” (Fls. 76/77)

Inconformado, o Recorrente interpôs, tempestivamente, o presente recurso ordinário, reiterando os argumentos expendidos na petição inicial da ação mandamental.

Contra-razões devidamente oferecidas às fls. 90/92.

Opinou a douta Subprocuradoria Geral da República pelo conhecimento e provimento do recurso (fls. 107/110).

É o breve relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): Encontram-se satisfeitos os requisitos de admissibilidade, portanto, conhecimento do presente recurso.

No mérito, entendo que o apelo há de ser provido.

Com efeito, a matéria foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADIn n. 489-1/RJ, proposta pelo Governador do Estado fluminense, sendo que o Pretório excelso declarou a constitucionalidade da Lei n. 1.649/1990, que ampara a incorporação de tal vantagem pessoal percebida pelo ora Recorrente.

Diante da decisão da excelsa Corte, a motivação do ato administrativo e o fundamento do acórdão questionado não podem permanecer.

Nesse sentido, confira-se os seguintes precedentes jurisprudenciais da colenda Quinta Turma, **in verbis**:

“Ementa: Administrativo. Contagem de tempo em dobro. Subsecretário de Estado — Rio de Janeiro — Lei Estadual n. 1.649/1990, art. 6º, parágrafo único. Constitucionalidade. ADIn n. 489-1 STF, Decreto n. 16.508/1991, inciso I do art. 1º. Suspensão liminar dos efeitos. ADIn n. 801-3 — STF

1. Julgada improcedente, no STF, a ação direta de inconstitucionalidade que visava a Lei Estadual n. 1.649/1990, parágrafo único do art. 6º e suspensos liminarmente, também pelo STF, os efeitos do Decreto n. 16.508/1991, inciso I, do art. 1º que sustava a sua aplicabilidade, legítima a contagem em dobro do tempo de serviço prestado como Subsecretário de Estado.

2. Recurso provido.”

(ROMS n. 4.524/RJ, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ de 17.05.1999, p. 218)

“Ementa: Processual Civil. Recurso em mandado de segurança. ADIn n. 489-1.

Vantagem suprimida pela administração sob a justificativa de que o dispositivo legal que lhe dava suporte, parágrafo único do art. 6º da Lei n. 1.649/1990, seria inconstitucional, o que foi reconhecido pelo egrégio Tribunal **a quo**. Decisão do colendo STF na ADIn n. 489-1 declarando a constitucionalidade do referido preceito legal. Portanto, em face do decidido pelo Pretório excelso, a motivação do ato administrativo e o fundamento do **decisum** vergastado não podem subsistir.

Recurso provido.”

(ROMS n. 4.193/RJ, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 03.08.1998, p. 260)

Ante o todo exposto, alinhando-me aos julgados desta colenda Quinta Turma, *dou provimento ao recurso*, determinando a imediata cessação da redução dos vencimentos do Recorrente, pela autoridade impetrada, garantindo-lhe, ainda, o pagamento da vantagem incorporada.

É como voto.

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 4.111 — RJ (1994/0004660-0)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Recorrente: Vanderlei Silveira Lima

Advogados: Adilson Rosa de Souza e outro

T. origem: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Impetrado: Secretário de Estado da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro

Recorrido: Estado do Rio de Janeiro

Advogados: Fernando Lemme Weiss e outros

EMENTA

Administrativo. Concurso público. Policial Militar do Estado do Rio de Janeiro. Exame psicotécnico. Reprovação. Caráter eliminatório. Lei estadual. Inconstitucionalidade formal. Exigência. Inexistência de direito adquirido. Precedente do STJ.

— Prevista a natureza eliminatória do exame psicotécnico para ingresso em carreira pública, ante a declaração de inconstitucionalidade de

lei estadual que dispunha o contrário, não há que se cogitar em direito adquirido em virtude da retroatividade da exigência.

— Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Ministra-Relatora. Votaram com a Relatora os Ministros Felix Fischer e Gilson Dipp. Ausente, ocasionalmente, o Ministro José Arnaldo da Fonseca. Ausente, justificadamente, o Ministro Jorge Scartezini. Presidiu a sessão o Ministro Gilson Dipp.

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

Ministra Laurita Vaz, Relatora

Publicado no DJ de 04.08.2003

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por Vanderlei Silveira Lima, assistido pela gratuidade judiciária, em face do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que denegou a segurança pleiteada no *writ* originário.

O Impetrante objetivou, por intermédio de ação mandamental, o reingresso no curso de formação de Policial Militar do Estado fluminense, porquanto, ainda que reprovado no exame psicológico, o programa do concurso público não previa o caráter eliminatório dessa fase do certame.

Alegou, para tanto, que tem direito adquirido a continuar no curso de formação, pois o exame psicotécnico somente passou a ser obrigatório por força de medida liminar obtida em sede de arguição de inconstitucionalidade da Lei Estadual n. 1.794, de 25 de fevereiro de 1991, conforme publicação no Boletim da Corporação Militar, n. 169, de 10 de setembro de 1992.

A Corte **a quo**, após o exame da querela, concluiu pela denegação da segurança, consonante acórdão assim ementado:

“Mandado de segurança. Concurso público. Psicotécnico. Legitimidade de sua exigência, com a característica de eliminatório. Segurança denegada.”
(Fls. 45/77)

Inconformado, o Recorrente interpôs, tempestivamente, o presente recurso ordinário, sustentando que embora não classificado nos exames anteriormente realizados e previstos no instrumento convocatório, não poderia ser eliminado por inovação das regras do concurso público (fl. 51).

Contra-razões devidamente oferecidas às fls. 54/56.

Opinou a douta Subprocuradoria Geral da República pelo conhecimento e desprovemento do recurso, nos seguintes termos:

“Administrativo. Concurso público. Exame psicotécnico. Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro. Caráter eliminatório. Admissibilidade.

‘Se a lei estadual prevê, para ingresso em cargos públicos, o exame psicotécnico, não há cogitar em inobservância de preceito constitucional.’ (RMS n. 3.547/RJ, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 16.12.1996, p. 50.890).

— Parecer pelo desprovemento do recurso.”

É o breve relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): Presentes os requisitos de admissibilidade, concheço do recurso.

Cinge-se a controvérsia na legalidade da eliminação de candidato à carreira pública de Policial Militar, reprovado em exame psicotécnico, por inovação das regras do certame público.

Examinando os autos, verifica-se que o edital do concurso não previa o caráter eliminatório do exame psicológico *em virtude do disposto no artigo 1º, da Lei Estadual n. 1.794, de 25 de fevereiro de 1991, in verbis*:

“Art. 1º — Ficam revogadas as disposições legais que impõem o exame psicotécnico como prova eliminatória, nos concursos realizados pelo Estado do Rio de Janeiro.”

Ocorre, todavia, que a citada norma estadual foi declarada inconstitucional pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em sede de controle de constitucionalidade formal, visto que foi inobservado o princípio da privativa iniciativa do Poder Executivo, por versar sobre matéria relativa aos servidores públicos, consoante dicção do artigo 112 da Carta Estadual.

Retirada a vigência do referido artigo de lei, *remanesce*, portanto, o caráter *eliminatório do exame psicotécnico*.

Ademais, a exigência de exame psicológico para candidato a policial militar está acobertada não apenas pela legislação, mas, essencialmente, pela lógica e pela racionalidade, em face das peculiaridades envolventes da função.

Frise-se, ainda, que a matéria foi no pretérito analisada pelo Superior Tribunal de Justiça e assim decidida:

“Ementa: Concurso público. Exame psicotécnico. Lei estadual. Inocorrência de ofensa a preceito constitucional.

— Se a lei estadual prevê, para ingresso em cargos públicos, o exame psicotécnico, não há cogitar em inobservância de preceito constitucional.

— Recurso conhecido, mas improvido.”

(ROMS n. 3.547/RJ, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 16.12.1996, p. 50.890)

Ante o todo exposto, nego provimento ao recurso ordinário.

É como voto.

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 13.168 — DF (2001/0060981-7)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Recorrentes: Francisco Moura de Carvalho e outros

Advogados: Flávio Lemos de Oliveira e outro

T. origem: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios

Impetrado: Presidente do Tribunal de Contas do Distrito Federal

Recorrido: Distrito Federal

Procuradores: Lucas Aires Bento Graf e outros

EMENTA

Recurso em mandado de segurança. Administrativo. Servidor público civil. Vencimento. 11,98%. Servidores empossados após o advento da Resolução n. 82/1994, responsável pelo surgimento da diferença pleiteada. Direito reconhecido. Resíduo incorporado ao patrimônio dos servidores. Precedentes do STF e do STJ. Recurso conhecido e provido.

1. Consoante entendimento pacificado pelo Plenário do excelso Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADinMC n. 2.323/DF, não

há limitação temporal à reposição do percentual de 11,98%, uma vez que o referido resíduo encontra-se incorporado ao patrimônio dos servidores que possuem a data-base de pagamento subordinada à liberação orçamentária estabelecida pelo art. 168 da Carta Magna.

2. Ademais, esta egrégia Quinta Turma, por unanimidade, já manifestou-se, em caso de todo análogo, no sentido de que o servidor é remunerado com o vencimento padrão do seu cargo mais vantagens pessoais. Assim, se há mudança no padrão do vencimento dos funcionários antigos, essa mudança deverá, também, ser estendida aos funcionários novos. (RMS n. 12.962/DF, Quinta Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 03.02.2003).

3. Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, para, reformando o acórdão recorrido, conceder a segurança, determinando a incorporação do índice de 11,98% aos vencimentos dos impetrantes, a partir da data da impenção da ação mandamental, nos termos do enunciado da Súmula n. 271 do STF. Votaram com a Relatora os Ministros José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer, Gilson Dipp e Jorge Scartezini. Presidiu a sessão o Ministro Gilson Dipp.

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

Ministra Laurita Vaz, Relatora

Publicado no DJ de 30.06.2003

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por Francisco Moura de Carvalho e outros, com fundamento no art. 105, inciso II, alínea **b**, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Conselho Especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, ementado nos seguintes termos, **in verbis**:

“Administrativo. Diferença salarial.

A jurisprudência da corte tem reconhecido, em caráter predominante, o direito de servidores à diferença correspondente a 11,98% ilegalmente supri-

mida em março de 1994, exceção feita a servidores admitidos posteriormente ao surgimento do direito.” (Fl. 102)

Alegam os Recorrentes que os servidores públicos que possuíam data-base de pagamento no primeiro dia útil seguinte ao dia 20 de cada mês tiveram redução salarial no percentual de 11,98%, em virtude do critério de conversão de cruzeiros reais em URV, “restando violada a garantia da irredutibilidade dos vencimentos prevista no artigo 37, inciso XV, da Constituição Federal.”

Aduzem, ainda que:

“A alegada redução na tabela salarial consubstancia-se no âmbito do Tribunal de Contas do Distrito Federal, pela obediência à Resolução n. 81, com a redação que lhe deu o art. 2º, da Resolução n. 82, ambas oriundas da Câmara Legislativa do DF

A diferença salarial provocada pela aplicação do fator redução, vem se protraindo ao longo do tempo, considerando-se que os reajustes ocorridos após 1º de março de 1994 foram realizados sobre valores indevidos, uma vez que os vencimentos sobre os quais foram aplicados encontram-se defasados, por força da adoção indevida do critério de conversão. Qualquer percentual de reajuste concedido **a posteriori** também incidiu sobre lastro inferior ao salário devido. É de direito e de justiça, também, que a todos os servidores, inclusive aos que ingressaram na carreira após 1º de março de 1994, são devidas essas diferenças salariais, a partir do ingresso no cargo.” (Fl. 125)

Por fim, requerem a reforma do acórdão atacado, para que se conceda a ordem impetrada nos termos do pedido inicial.

Contra-razões oferecidas pelo Distrito Federal às fls. 135/138.

A douta Subprocuradoria Geral da República, em seu parecer às fls. 144/146, manifestou-se pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): Conforme relatado, os Recorrentes, servidores públicos do Tribunal de Contas do Distrito Federal, impetraram mandado de segurança objetivando a incorporação aos seus vencimentos do percentual de 11,98%, subtraído em virtude da conversão de cruzeiros reais em URV.

O Conselho Especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, após reconhecer que os servidores do TCDF possuem direito à recomposição do índice pleiteado, denegou a ordem por carência da ação, pelos seguintes fundamentos, **in verbis**:

“No caso em análise, contudo, não vislumbro conformar a pretensão dos Impetrantes ao direito invocado. Da análise dos autos, constata-se que foram admitidos nos quadros do Tribunal de Contas do Distrito Federal em 28 de abril de 1997 (fl. 24), 26 de julho de 1999 (fls. 28 e 31) e 29 de julho de 1999 (fl. 34), ou seja, após o advento da Resolução n. 82, de 28.03.1994, a qual adotou os termos do art. 21 da MP n. 434, de 27.02.1994. Sob essa ótica, os servidores contrataram com a Administração sob a nova ordem econômica, não se podendo supor que haja tomado prejuízo entre o padrão anterior e o padrão posterior, eis que não detinham qualquer vínculo com o padrão vencimental antes do Plano Real.

Inadmissível, portanto, a concessão da ordem objeto do presente **mandamus**, porquanto os Impetrantes foram admitidos no serviço público após o surgimento da citada diferença.” (Fls. 106/107)

No entanto, tal entendimento não deve prevalecer.

Com efeito, o Plenário do excelso Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADinMC n. 2.323/DF, pacificou a questão no sentido de que não há limitação temporal à reposição do percentual de 11,98%, uma vez que o referido resíduo encontra-se incorporado ao patrimônio dos servidores que possuem a data-base de pagamento subordinada à liberação orçamentária estabelecida pelo art. 168 da Carta Magna.

Ademais, recentemente, esta egrégia Quinta Turma, em caso de todo análogo, no qual tive a oportunidade de proferir voto acompanhando o Relator, deu provimento ao recurso, por unanimidade, para conceder a ordem, nos termos da seguinte ementa, **in verbis**:

“Recurso em mandado de segurança. Administrativo. Servidor público. Reajuste de 11,98%. Lei n. 8.880/1994. Legitimidade dos servidores empossados após a data da edição da norma pertinente. Direito inerente ao cargo. Carência de ação em relação ao recorrente que se afasta.

Nos termos de precedente já decidido por esta egrégia Turma, ‘o servidor é remunerado com o vencimento padrão do seu cargo mais vantagens pessoais. Assim, se há mudança no padrão do vencimento dos funcionários antigos, essa mudança deverá, também, ser estendida aos funcionários novos...’ (RMS n. 11.893/DF, DJ de 18.03.2002, Rel. Min. Felix Fischer).

Recurso provido, com a extensão da concessão da ordem ao recorrente” (RMS n. 12.962/DF, Quinta Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 03.02.2003)

Ante o exposto, conheço e dou provimento ao recurso, para, reformando o acórdão recorrido, conceder a segurança, determinando a incorporação do índice de 11,98% aos vencimentos dos impetrantes, a partir da data da impetração da ação mandamental, nos termos do enunciado da Súmula n. 271 do STF.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 316.617 — SC (2001/0039992-4)

Relator: Ministro Felix Fischer

Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Recorrido: Márcio Ruzza

Advogado: Imar Rocha

EMENTA

Penal. Recurso especial. Tóxicos. Plantio de **cannabis sativa** (13 pés de “maconha”). Tipo subjetivo. Semi-imputabilidade.

I - O tipo subjetivo, no art. 12, § 1º, inciso II da Lei n. 6.368/1976, se esgota no dolo sendo despicienda a ocorrência ou a demonstração de qualquer finalidade relacionada com o fornecimento comercial ou gratuito a terceiros. Trata-se de *tipo congruente*. A incriminação está aí, também, voltada para o combate à divulgação e disseminação do uso de droga. Já o tipo subjetivo, no art. 16 da Lei n. 6.368/1976, restrito (como tipo misto alternativo) nos núcleos de *adquirir, guardar ou trazer consigo*, é que exige a finalidade adicional do *exclusivo uso próprio*. Trata-se, neste caso, sim, **delictum sui generis**, de *tipo incongruente*.

II - Mantida a semi-imputabilidade (art. 19, parágrafo único da Lei de Drogas), a pretensão recursal só pode ser acolhida em parte.

Recurso parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unani-

midade, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Jorge Scartezzini e José Arnaldo da Fonseca votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 26 de novembro de 2002 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

Publicado no DJ de 24.02.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de recurso especial interposto, com fulcro no art. 105, inciso III, alínea **c** da Carta Magna, contra v. julgado do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina em sede de tipificação na Lei de Drogas. A súplica teve o seu seguimento determinado no provisório juízo de prelibação que, resumindo a **questão** diz: “O Ministério Público, por seu representante, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea **c**, da Constituição Federal, interpôs recurso especial da decisão, por maioria, da colenda Segunda Câmara Criminal desta Corte, que deu provimento parcial ao recurso defensivo, desclassificando o delito do art. 12, § 1º, II, para o do art. 16, c.c. 19, parágrafo único, todos da Lei n. 6.368/1976.

Afirma que a decisão deu ao art. 12, § 1º, II, da Lei de Tóxicos, interpretação divergente das que lhe atribuíram outros tribunais, conforme as decisões então colacionadas.

Aduz, que, ao contrário do esposado no acórdão impugnado, é irrelevante para a tipificação da conduta descrita no art. 12, § 1º, da Lei n. 6.368/1976, a finalidade de mercância do entorpecente.

Não foram apresentadas as contra-razões.

É o relatório.

O dissídio jurisprudencial, está devidamente demonstrado, a teor dos arts. 541 do CPC e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ, pois, enquanto a decisão recorrida considera possível a desclassificação do delito capitulado no art. 12, II, § 1º, para o tipo do art. 16 da Lei de Tóxicos, quando o plantio do entorpecente se destine ao uso próprio do agente, os acórdãos trazidos a título de paradigma (Ap. Crim. n. 8.544-3, TJSP, Rel. Des. Weiss de Andrade, RT 555/324; Ap. Crim. n. 10.455-8, TJPR, Rel. Des. Eros Gradowski, RT 668/303; Ap. Crim. n. 24.593, TJRS, Rel. Des. Antero Ryff Leivas, RJTJRS 83/84; Ap. Crim. n. 695027250, TJRS, Rel. Des. Luis Carlos de Carvalho Leite, RJTJRS 170/150; Ap. Crim. n. 695192773, TJRS, Rel. Des. Sylvio Baptista Neto, j. 21.03.1996), entendem irrelevante a destinação comercial do ma-

terial tóxico para a tipificação da conduta descrita no já citado art. 12, II, § 1º, da Lei n. 6.368/1976.

Ante o exposto, *admito* o recurso.” (Fl. 189)

A douta Subprocuradoria Geral da República se pronunciou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Realmente, o *Parquet* realizou suficientemente (art. 255 do RISTJ) o dissídio pretoriano quanto à **quaestio** da tipificação (art. 12, § 1º, inciso II, **e**, art. 16 da Lei de Tóxicos). Não atacou o ponto autônomo da incidência da minorante da semi-imputabilidade (art. 19, parágrafo único da mesma **lex**). Conquanto este tópico limite a pretensão recursal (que objetivava a íntegra do decisório de primeiro grau), não o prejudica.

O apelo excepcional, de feito, merece — com a ressalva — parcial acolhida.

Em primeiro lugar, o tipo previsto no art. 12 § 1º, inciso II da Lei de Drogas, voltado contra a difusão das drogas, é *congruente* (cfe. classificação de **R. Maurach, S. Mir Puig e Jakobs**) ou *congruente simétrico* (na taxionomia de **E. R. Zaffaroni**), esgotando-se o tipo subjetivo no dolo, *sendo despicienda* a ocorrência ou a demonstração do *especial fim de agir* (**v.g.** oferta gratuita ou comercialização). A destinação da droga, aqui, pouco importa dado o acentuado perigo que representa o procedimento alinhado no tipo enfocado. Vale destacar que, como a maioria dos delitos contra a saúde pública, tem-se aqui um caso de *perigo presumido*. Afastar a existência de tal modalidade de incriminação seria uma perquirição supralegal ou **de lege ferenda** (**v.g.**, na moeda falsa e no delito de quadrilha, o perigo é, igualmente, ficto, inexistindo óbices quanto à tipificação, quer na doutrina, quer na jurisprudência). *Além do mais*, o *plantio se refere concretamente a 13 (treze) pés de “maconha”*. Portanto, inaplicável na espécie qualquer divagação a um presumido *exclusivo* uso próprio. Bem assim, refoge ao caso a polêmica da atipia absoluta, ou não, do emprego da analogia para a desclassificação em relação ao tipo do art. 16, visto que o tipo subjetivo do art. 12 § 1º, inciso I, *se esgota no dolo*. Improcedente, pois, tal argumentação (da atipia absoluta), da mesma forma que o emprego da suposta analogia **in bonum partem**. *Em segundo lugar*, o tipo previsto no art. 16 da Lei n. 6.368/1976, este sim, funcionando em relação ao art. 12 e §§, como forma *específica e excepcional* de **delictum sui generis**, é que se mostra *incongruente* (cfe. classificação de **S. Mui Puig, R. Maurach e Jakobs**), ou *congruente assimétrico* (na classificação de **E. R. Zaffaroni**). É que, aí sim, o seu tipo subjetivo, além de dolo,

exige a *finalidade do exclusivo uso próprio*. E não é só. O dolo, neste último caso, se refere de maneira alternativa (é tipo misto alternativo) *tão-só* às figuras de *adquirir, guardar* ou, então, *trazer consigo*. Nestas hipóteses, e *tão-somente nelas, em princípio*, é que a legislação exterioriza situações de menor *desvalor de ação*. A imputação descrita na exordial acusatória e, resolvida a questão da destinação, acolhida na instância comum diz: “Por volta do início de setembro de 1999, o denunciado Márcio Ruzza adquiriu sementes de maconha e decidiu efetuar uma plantação destinada à posterior venda a terceiras pessoas ou mesmo cessão gratuita a seus amigos, igualmente dependentes de tal estupefaciente, semeando o solo em terreno de propriedade de sua família — cujo endereço consta do preâmbulo da presente — e também recipientes menores (vasos).

Porém, no dia 12 de novembro desse mesmo ano, por volta das 14h30min, policiais militares foram cientificados de que o denunciado efetivamente estaria cultivando planta destinada à preparação desse aludido entorpecente. Ao chegarem ao local, os milicianos confirmaram a informação e lograram apreender 13 (treze) mudas da planta **cannabis sativa linneu** (conforme auto de fl. 13) com aproximadamente 40 cm de comprimento cada uma, que produz substância tóxica conhecida por “maconha”, esta capaz de determinar dependência física e/ou psíquica.” (Fl. 03). Portanto, dada até a materialidade concreta, a desclassificação operada em sede de tipificação, refoge ao sistema legal em vigor.

O recurso deve ser provido parcialmente, restabelecendo-se a decisão de primeiro grau, *mas com a incidência da minorante* (em 1/3, tal como estabelecido em segundo grau) do art. 19, parágrafo único da Lei de Drogas.

Voto, pois, pelo provimento parcial do recurso.

RECURSO ESPECIAL N. 467.810 — SP (2002/0114890-4)

Relator: Ministro Felix Fischer

Recorrente: Mário Hideschi Maruiti

Advogados: Luiz Fernando Sá e Souza Pacheco e outros

Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA

Penal e Processual Penal. Recurso especial. Homicídio qualificado. Júri. Quesitação. Sentença. Motivo torpe.

I - Os dados que compõem o tipo básico ou fundamental (inserido no **caput**) são elementares (**essentialia delicti**); aqueles que integram o acréscimo, estruturando o tipo derivado (qualificado ou privilegiado) são circunstâncias (**accidentalia delicti**).

II - No homicídio, a qualificadora de ter sido o delito praticado mediante paga ou promessa de recompensa é circunstância de caráter pessoal e, portanto, **ex vi** art. 30 do CP, comunicável.

III - É nulo o julgamento pelo Júri em que o Conselho de Sentença acolhe a comunicabilidade *automática* de circunstância pessoal com desdobramento na fixação da resposta penal **in concreto**.

Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Laurita Vaz e José Arnaldo da Fonseca votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Jorge Scartezzini.

Brasília (DF), 20 de novembro de 2003 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

Publicado no DJ de 19.12.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de recurso especial interposto, com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c** da **Lex Fundamental**, por Mário Hideschi Maruiti, contra v. julgado do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Argumenta a par de divergência jurisprudencial, violação ao parágrafo único, do art. 564 do Código de Processo Penal.

Depreende-se dos autos que o ora recorrente foi condenado pelo Tribunal do Júri à pena de 14 (catorze) anos de reclusão, a ser cumprida no regime inicial fechado, por infração ao disposto no art. 121, § 2º, incisos I e IV c.c. art. 29 todos do Código Penal.

Irresignado, apelou requerendo a anulação do julgamento em razão de defeituosa formulação dos quesitos e a colenda Terceira Câmara Criminal do egrégio

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, à unanimidade de votos, negou provimento ao recurso. No voto condutor tem-se:

“Com efeito, note-se que a jurisprudência referida pelo apelante às fls. 1.036/1.038, não se aplica ao presente caso concreto. O libelo assentou muito bem a conduta imputada ao apelante (fls. 476/477 — arts. 5^a e 6^a), ou seja, idealizador e mandante do crime. Pois bem, o questionário, como de rigor e coerentemente ao libelo, encerrou o quesito: “3^a) O réu Mário Hideschi Maruiti concorreu para a prática do crime como mandante?” (fl. 1.007). Evidentemente, a clareza da pergunta permitiu aos Srs. Jurados, a produção de uma resposta inuvidosa: Sim (fl. 1.008). Aos Srs. Juízes do fato sempre se indagará do comportamento do réu; nunca, da sua classificação como participação ou co-autoria.” (Fl. 1.077).

Opostos embargos de declaração, foram os mesmos rejeitados.

Daí o presente apelo especial em que o recorrente alega a par de divergência jurisprudencial, violação ao parágrafo único, do art. 564 do Código de Processo Penal, sustentando em síntese, que “os quesitos ofertados aos jurados ao final do julgamento obrigatoriamente haveriam de corresponder às versões sustentadas pelas partes” e que “o defeito na elaboração dos quesitos, com a confusão dos conceitos de co-autoria e participação, conduz à nulidade absoluta do feito, sendo inaceitável para o devido processo legal a possibilidade dos senhores jurados terem sido levados a erro em razão de falha no questionário.” (Fls. 1.094/1.118).

Contra-razões apresentadas às fls. 1.132/1.136.

Inadmitido o recurso, subiram os autos a esta Corte por força de agravo de instrumento.

A douta Subprocuradoria Geral da República se manifestou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer: O reclamo procede em parte.

A resposta penal fixada no Tribunal do Júri, e mantida em segundo grau, restou acima do mínimo legal em razão — expressamente — de reconhecimento de *duas qualificadoras*. Pois bem, a reavaliação das respostas dadas pelo Conselho de Sentença, no caso referente ao inciso IV, implicaria no vedado reexame do material cognitivo (*Súmula n. 07/STJ*). Trata-se de circunstância objetiva cuja ocorrência, na hipótese de homicídio a mando, poderia ser previsível por parte do mandante. A

ação dos considerados sicários estaria — e, isto poderia ser reconhecido pelo Conselho de Sentença — na linha de desdobramento causal do acusado. *Todavia*, a qualificadora do inciso I foi erroneamente posta, tanto no libelo como na *quesitação* (v. fls. 476 e 1.007). Quanto ao mandante, o motivo torpe não poderia ter sido delineado como “paga ou promessa de recompensa” (fl. 1.007). E, isto, por si, nulifica o julgamento atacado.

As qualificadoras *não são elementares do tipo*. Estas estruturam tão-somente o denominado *tipo básico* (efe. expressamente se observa de **Heleno C. Fragoso in** “Lições de Direito Penal”, PG, pp. 157/158 e 260/261, 15ª ed., Forense; **Damásio E. de Jesus in** “D. Penal”, PO, vol. 1, pp. 204/206, 432/439. 541/543, 20ª ed. Saraiva; **Cezar Roberto Bitencourt in** “Manual de Direito Penal”, PG, pp. 578/579, 5ª ed., RT). Aquele, acrescido de certas circunstâncias legalmente indicadas, se transforma, conforme o texto, em *tipo derivado (qualificado ou privilegiado)*. **E. R. Zaffaroni (in** “Manual de Derecho Penal”, Parte General, pp. 393/394. Ediar, Buenos Aires, 6ª ed., 1996) mostra que existem, nos tipos, alterações de grau de censurabilidade que podem decorrer da “intensificação de afetação dos bens jurídicos” ou da “maior ou menor culpabilidade” (motivos, estado psíquico etc.). Por seu turno, **Damásio E. de Jesus (ob. cit.,** pp. 542/543) mostra que a distinção entre *elementares* e *circunstâncias* (o que inclui condições) pode ser buscada, na prática, sob duas formas. *Uma*, a exclusão de determinado dado faz surgir a *atipicidade absoluta* (não há mais crime) ou a *atipicidade relativa* (outro tipo básico). Cita o elemento funcionário, na *prevaricação*, como primeira hipótese e, como segunda, o mesmo dado no crime de *peculato*. Nos dois casos, em relação ao tipo fundamental ocorre a *atipia (absoluta, numa, e relativa, noutra)*. São exemplos de *elementares*. No caso de *circunstância (accidentalía delicti)*, a sua remoção não faz desaparecer o crime (*o seu tipo básico*) e nem enseja o surgimento de outro (tipo fundamental diverso). É o caso da supressão do motivo no homicídio. Isto pode excluir a forma privilegiada (relevante valor moral) ou a forma qualificada (motivo fútil etc.) *mas não afeta o tipo fundamental (ob. cit.,* pp. 542/543). E, concluindo, os tipos, sabidamente, podem ser *fundamentais* ou *básicos* (os seus componentes são *elementares*), *derivados*, na forma de *qualificados* ou *privilegiados* (compostos *do tipo básico mais circunstâncias*) e *delicta sui generis* (tipos autônomos com a aparência de privilegiados, *v.g.*, infanticídio). As qualificadoras, enfim, que são objeto do **punctum saliens**, são *circunstâncias — que se encontram ao redor do tipo básico —* que agravam, com novo mínimo e máximo, a figura do homicídio, agravamento calcado *em razões de maior antijuridicidade ou culpabilidade (H. C. Fragoso)*.

Ainda que a redação do art. 30 do CP não seja a ideal, asseverar-se que qualificadoras são elementares do tipo derivado, **data venia**, é o mesmo que

tornar, de vez, destituída de conteúdo a teoria acerca da incomunicabilidade das circunstâncias. A **quaestio** ficaria limitada, sem razão de ser, às agravantes/atenuantes ou majorantes/minorantes (*e o texto não permite tal conclusão*). Portanto, quando se diz que as *circunstâncias e condições subjetivas*, de caráter pessoal, não se comunicam ao co-autor (partícipe ou co-autor propriamente dito), isto se dirige, *também* (não só a agravantes/atenuantes ou a majorantes/minorantes) às *qualificadoras*. O estado de ânimo, a motivação, a condição pessoal etc., caracterizam situações pessoais. E, pessoais que são, não se comunicam. **Ad argumentandum tantum**, o motivo fútil (*pessoal*), evidentemente, não se comunica (**v.g.** REsp n. 192.966/MG, Quinta Turma, j. 13.04.1999, DJ de 716/99). O motivo torpe, idem. São circunstâncias incomunicáveis, tanto na forma de agravante (**v.g.** art. 61, inciso II, alínea **a** do CP) como na de qualificadora (**v.g.** art. 121, § 2º, incisos I e II do CP). Na distinção acima, não se pode olvidar, entretanto, que a *elementar de caráter pessoal* (integrante do tipo básico), esta sim, se comunica (nos crimes funcionais, **v.g.** arts. 312, 316 etc., do CP) desde que do conhecimento do partícipe ou co-autor, em virtude do princípio **nulium crimen sine culpa** (arts. 18 e 19 do CP). Já a *circunstância ou condição de caráter pessoal* é limitada ao agente, *incomunicável* (**v.g.**, a par do que já foi indicado, art. 150, § 2º, 1ª parte; art. 163, inciso IV, 1ª parte, 168, § 1º, inciso 11). O próprio entendimento de **N. Hungria** sobre a questão das comunicabilidades, que ensejou desdobramentos múltiplos, na *última edição de sua obra*, restou alterado, em particular, no comentário ao **delictum sui generis** infanticídio com elogiável admissão expressa de anterior incorporação de concepção doutrinária estranha ao nosso direito positivo. Decerto, **permisa venia**, o refazimento — que o tempo impediu — do comentário ao então art. 26 do CP não teria permitido a detectável incerteza denotativa acerca da distinção entre elementares, de um lado, e circunstâncias e condições, de outro.

No tocante à qualificadora do inciso I (*mediante a paga ou promessa de recompensa*), seguindo-se a diretriz do art. 30 do CP, *ela deve ser considerada pessoal. De um lado*, como ensina **H. C. Fragoso**: “O homicídio mediante paga é a modalidade a que classicamente se denominou assassinio. Implica sempre a participação de duas pessoas, sendo o homicídio qualificado apenas para quem executa o crime mediante paga ou promessa de recompensa. O mandante responde por homicídio qualificado. Não se exclui que mediante a ação de um sicário pratique algum homicídio, por motivo de relevante valor social ou moral. A qualificação do homicídio mercenário justifica-se pela ausência de razões pessoais por parte do executor (indício de insensibilidade moral) e pelo motivo torpe que o leva ao delito. O mandante busca a impunidade e a segurança, servindo-se de um terceiro.” (In “Lições de D. Penal”, PE, V. 1,

p. 40, 1995, Forense). Na mesma linha **Álvaro Mayrink da Costa** in “Direito Penal”, PC, p. 68, Forense. *De outro*, se a limitada *fórmula casuística* desemboca na fórmula genérica “ou por outro motivo torpe”, é inegável a incomunicabilidade visto que este se evidencia pessoal (efe. **Euclides Custódio da Silveira** in “Direito Penal. Crimes Contra a Pessoa”, 2ª ed., p. 62, RT, 1973). Assim, nesta **questio**, de vetusta polêmica (com destaque, **v.g.**, inclusive, para o famoso caso “Fortunato”, RF 197/285 a 288), é de se entender, **ex vi legis**, que a qualificadora da “mediante paga ou promessa de recompensa” é pessoal, incomunicável.

É bem verdade que a exordial acusatória se refere ao *motivo torpe* e à pronúncia, *admitindo* a pretensão punitiva, menciona, após a fundamentação do **iudicium accusationis**, a *torpeza* (cf. fl. 3, no segundo parágrafo da **imputatio facti** e fl. 415). Entretanto, o motivo torpe do mandante não se identifica, *por si e tão-somente*, com a ação dos executores. “Mediante paga ou promessa de recompensa”, *isoladamente*, não é comunicável ao motivo do torpe (*repito, do mandante*).

Sobre o tema, já decidiu esta Turma:

“Penal e Processual Penal. **Habeas corpus**. Homicídio qualificado. Paga e promessa de recompensa. Fundamentação acerca da admissibilidade de qualificadora.

I - Os dados que compõem o *tipo básico ou fundamental* (inserido no **caput**) são *elementares (essentialia delicti)*; aqueles que integram o acréscimo, estruturando o *tipo derivado* (qualificado ou privilegiado) são circunstâncias (**accidentalialia delicti**).

II - No homicídio, a qualificadora de ter sido o delito praticado *mediante paga ou promessa de recompensa* é *circunstância* de caráter pessoal e, portanto, **ex vi** art. 30 do CP, *incomunicável*.

III - Na pronúncia, o juiz deve manifestar-se, objetiva e sucintamente, também, sobre a admissibilidade das qualificadoras que, somente, se totalmente incabíveis, podem ser rejeitadas no **iudicium accusationis**.

IV - É nula a decisão de pronúncia que acolhe a comunicabilidade de circunstância pessoal e deixa de motivar concretamente a admissibilidade de qualificadora.

Habeas corpus concedido.”

(STJ, HC n. 11.764/SE, Quinta Turma, de minha relatoria, DJ de 05.06.2000).

No caso em tela, *consta do libelo*:

“3) Que, terceiras pessoas agiram mediante paga ou promessa de recompensa;

4) Que, terceiras pessoas, para a prática do delito, valeram-se de recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido;

5) Que, terceiras pessoas agiram *a mando* do réu *Mario Hideschi Maruiti*, mediante paga ou promessa de recompensa;

6) Que, o réu *Mario Hideschi Maruiti*, determinando e deliberando a prática homicida, concorreu de qualquer forma para a prática delitiva.” (Fl. 476)

E, *na quesitação*:

“O réu agiu por motivo torpe consistente em paga ou promessa de recompensa?” (Fl. 1.007).

A nulidade é, nesta linha, manifesta. A ausência de protesto oportuno, não convalida tal e relevante lapso. A extrema gravidade do **error** induziu os jurados em solução gravosa para o réu, (cf. *STF*, HC n. 67.757/SP, *Primeira Turma*, Rel. Min. *Sepúlveda Pertence*, DJ de 10.05.1990).

Este aspecto nulifica, por si, o julgamento visto que o equívoco do Conselho de Sentença teve conseqüência na resposta penal **in concreto**. Conseqüentemente, o restante fica prejudicado em termos de apreciação.

Nos termos acima, dou provimento ao recurso.

É o voto.
