

HABEAS CORPUS Nº 2.490-7 — RJ

(Registro nº 94.0006412-8)

Relator: *O Sr. Ministro Anselmo Santiago*

Impetrantes: *Humberto Telles e outro*

Impetrado: *Desembargador-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*

Pacientes: *Marcílio Gomes da Silva e Armando Avelino Bezerra (presos)*

EMENTA: *Processual Penal. Habeas corpus. Exame criminológico. Negativa. Constrangimento ilegal.*

1. Firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que “Preenchidos os requisitos do art. 112, § único, da Lei nº 7.210/84, a negativa de realização do exame criminológico caracteriza constrangimento ilegal sanável pelo habeas corpus”.

2. Ordem concedida para determinar o exame criminológico.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer parcialmente do **habeas corpus** para determinar a realização do exame criminológico. Votaram com o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros Pedro Aciole e Adhemar Maciel. Ausente, por motivo de licença médica, o

Sr. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro.

Brasília, 17 de maio de 1994 (data do julgamento).

Ministro PEDRO ACIOLI, Presidente. Ministro ANSELMO SANTIAGO, Relator.

Publicado no DJ de 05-12-94.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ANSELMO SANTIAGO: Trata-se de **habeas**

corpus impetrado pelos advogados Humberto Telles e Francisco Jorge da Cunha Bastone, em favor de Marcílio Gomes da Silva e Armando Avelino Bezerra, ao fundamento de que ambos estão sendo vítimas de constrangimento ilegal, apontando-se o Desembargador-Presidente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, como autoridade coatora.

Alega-se na impetração, em síntese, que os pacientes foram condenados pelo Órgão Especial daquele Tribunal de Justiça a penas privativas de liberdade de catorze (14) anos de reclusão, o primeiro paciente, e doze (12) anos e seis (06) meses de reclusão, o segundo paciente, em regime fechado, estando eles presos no 12º Batalhão da Polícia Militar, em Niterói, em regime de prisão especial, até o julgamento dos recursos especial e extraordinário que interuseram.

Tendo atingido o cumprimento de 1/6 da pena que lhes foi imposta, requereram a realização de exame criminológico e progressão do regime fechado para o semi-aberto, o que lhes foi negado pela autoridade coatora, sob o argumento de que estando eles recolhidos à prisão especial não haveria como submetê-los a exame criminológico pela inexistência de Comissão Técnica de Classificação no referido Batalhão de Polícia.

Sustenta-se que a execução em caráter cautelar pode ser procedida, vez que o Órgão Ministerial já teve definido o limite máximo de sua pretensão punitiva. E a decisão ora ata-

cada faria **tabula rasa** de liminares anteriores concedidas, em outros **habeas corpus**, pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça em situações análogas.

Pedem a concessão da ordem, liminarmente, para assegurar-lhes o direito de progressão, se provados no competente exame criminológico.

Processado sem liminar, as informações do Desembargador-Presidente do Tribunal, apontado como coator, vieram aos autos às fls. 27/29, acompanhadas dos documentos de fls. 30/43.

O Subprocurador-Geral da República, Dr. Raimundo Francisco Ribeiro de Bonis, no seu parecer (fls. 45/48), opinou “pelo conhecimento do *writ* mas por sua denegação no mérito.”

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ANSELMO SANTIAGO (Relator): Sr. Presidente, segundo os autos, os pacientes participaram das fraudes praticadas contra a Previdência Social, em coautoria com o então Juiz de Direito Titular da 3ª Vara Cível de São João de Meriti, para tanto utilizando-se procedimento judicial das ações de acidentes do trabalho e das quais resultou desfalque para os cofres públicos em montante que alcançou cifras de milhares de dólares americanos.

Foram eles condenados por infração aos artigos 312 e 288 do Código

Penal, às penas de reclusão em regime fechado, e estão presos, em regime de prisão especial, no 12º Batalhão de Polícia Militar, no aguardo do julgamento dos recursos especial e extraordinário que interpuseram, como referido no relatório acabado de ler.

A ilustrada autoridade coatora, nas suas informações, esclareceu que os pacientes cumpriram um sexto (1/6) da pena corporal, antes de tornar-se definitiva a decisão condenatória, e, em vista disso, requereram eles ao informante lhes concedesse a passagem para o regime mais brando de cumprimento de pena privativa de liberdade, o que “lhes foi

indeferido, sob o argumento de que, exigindo os artigos 34 do Código Penal e 8º da Lei de Execução Penal, em sendo imposto ao condenado cumprir a pena em regime fechado, seja ele submetido a exame criminológico, tal não poderia ser levado a efeito enquanto permanecessem os sentenciados no gozo do privilegiado recolhimento a prisão especial, à vista da inexistência, no estabelecimento custodiador, da necessária Comissão Técnica de Classificação, corpo interdisciplinar encarregado, *nos termos da Lei*, de proceder ao referido exame, o único capaz de nortear a aferição do requisito subjetivo indispensável à pretendida progressão de regime, isto é, o mérito do condenado.

Deixaram os pacientes de interpor o recurso de agravo de que

trata o artigo 197 da Lei de Execução Penal, cujo juiz natural seria o colendo Órgão Especial deste Tribunal de Justiça, para socorrerem-se da via mandamental, consubstanciada no presente *writ*, desenganadamente utilizado como sucedâneo do recurso regular, inclusive não manifestado perante a instância competente, em flagrante supressão da mesma.

Em que pesem, porém, os argumentos distribuídos na peça inicial, está o informante convicto de que nenhuma coação ilegal defluiu, para os apenados, do ato jurisdicional praticado.

De fato. Condenados às penas privativas de liberdade, fixou-lhes o acórdão exequendo o regime fechado para o início da execução (o qual, na realidade, sequer chegou a ser implementado graças ao privilégio prisional outorgado pela legislação processual e estatutária). Neste aspecto, a regra dos artigos 34 do Código Penal e 8º da Lei de Execução Penal é clara e dispensa qualquer interpretação: submetido o penitente ao regime fechado para cumprimento da pena privativa de liberdade, o *exame criminológico é obrigatório*.

Demais disso, o artigo 9º da Lei de Execução Penal estabelece como deve ser realizado o referido exame, que se corporifica em parecer emitido por equipe interdisciplinar, cuja composição está definida no artigo 7º do mesmo di-

ploma legal, mediante a *observação do condenado*, o que pressupõe seu recolhimento ao estabelecimento prisional a que está vinculada a equipe técnica, **ex vi legis**, denominada Comissão Técnica de Classificação. Não existe, pois, Comissão Técnica de Classificação **ad hoc**, como pretendem os pacientes!

Ora, parece curial ao informante que, estando os pacientes recolhidos a quartel da Polícia Militar, em cumprimento à disposição legal que lhes assegura tal privilégio, torna-se inteiramente inviável a realização do exame criminológico imposto pela lei, à vista da inexistência de estrutura carcerária na unidade custodiadora, e, *pour cause*, da equipe interdisciplinar capaz de compor a Comissão Técnica de Classificação, a não ser que a ele se proceda em absoluta afronta ao prescrito na legislação em vigor.

Estes, pois, os motivos que lastrearam as decisões proferidas pelo informante, limitadas apenas à segura aplicação da lei, da qual, por isto mesmo, não pode emergir qualquer constrangimento ilegal.” (fls. 28/29)

Questões idênticas a dos presentes autos foram objeto de apreciação por esta Egrégia Sexta Turma nos **Habeas Corpus** nºs 2.311/RJ, relatado pelo Ministro Adhemar Maciel; 2.292/RJ e 2.461-3/RJ, respectivamente, relatados pelo Ministro Pedro Acioli. Em todos eles ficou assenta-

do, “inclusive com concessão de liminar que a negativa da realização do exame criminológico pelos argumentos expendidos pela autoridade coatora constitui constrangimento ilegal, decidindo pelo deferimento do pedido para se determinar a realização do exame criminológico”.

Nos termos dos precedentes, concedo a ordem, em parte, para determinar a realização do exame criminológico, sem o cabal reconhecimento do alegado direito de progressão do regime fechado para o semi-aberto, como pretende o paciente, eis que o **habeas corpus**, em princípio, não se presta para a discussão de questões subjetivas relativas à progressão de regime prisional. Nesse sentido, já se manifestaram o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

“*Pena*. Progressividade. A passagem de um regime a outro pressupõe o atendimento de requisitos de caráter objetivo e subjetivo. Quanto a estes últimos, impossível é pretender na via estreita do **habeas corpus** o exame respectivo” (HC 68.251-1/DF, Rel.: Min. Marco Aurélio, DJU 07/12/90).

“**Habeas Corpus**. *Progressão de Regime*.”

O **habeas corpus** não se presta ao exame de questão relativa à progressão de regime prisional situada no domínio dos fatos. Recurso improvido” (RHC 1.514/RS, Rel.: Min. Costa Leite, DJU 16/12/91).

Concedo a ordem, em parte.

É o meu voto.

HABEAS CORPUS Nº 2.855-4 — SP

(Registro nº 94.0028235-4)

Relator: *O Sr. Ministro Anselmo Santiago*

Impetrante: *Luiz Manoel Gomes Junior*

Impetrado: *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*

Paciente: *Adilson Sturaro*

EMENTA: *Processual Penal — Habeas corpus — Inquérito policial. Trancamento.*

1. Se um dos fatos em apuração não chega a constituir crime em tese, em relação ao mesmo cabível é o trancamento do inquérito policial.

2. Ordem concedida parcialmente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, conceder parcialmente a ordem, vencidos os Srs. Ministros Luiz Vicente Cernicchiaro e Pedro Acioli. Votaram com o Sr. Ministro-Relator, os Srs. Ministros Vicente Leal e Adhemar Maciel.

Brasília, 12 de dezembro de 1994 (data do julgamento).

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

Publicado no DJ de 27-03-95.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ANSELMO SANTIAGO: Trata-se de **habeas corpus**

impetrado pelo advogado Luiz Manoel Gomes Júnior em favor de Adilson Sturaro, Prefeito Municipal de Colina-SP.

O Vereador Antônio Carlos Paoliello de Andrade formulou representação ao Sr. Des.-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, “na qual relatou fatos caracterizadores, em tese, de ilícitos penais, exibiu documentos e solicitou providências na esfera criminal contra o ora paciente, na condição de Prefeito Municipal de Colina. A respeito do pedido, foi ouvido o Senhor Procurador-Geral de Justiça, que requereu a instauração de inquérito policial por entender que, se comprovados, poderiam os fatos “constituir crime de responsabilidade ou mesmo crime comum, imputáveis tanto ao atual como ao ex-prefeito municipal de Colina”. Deferido o requerimento pelo eminente Desembargador

Dagoberto Salles Cunha Camargo, na época 2º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, foram a representação e os documentos exibidos pelo representante encaminhados à Delegacia Regional de Polícia de Barretos. A autoridade policial providenciou a instauração de inquérito policial”, autuado sob o nº 041/93, desdobrado em seis (6) apensos, um (1) “para cada fato, estando o procedimento investigatório presentemente em fase de processamento” (fls. 295/296).

Daí a presente ordem de **habeas corpus**, que tem por objeto o trancamento dos apensos números 03, 04 e 06 e nos quais estão sendo apurados:

“... denúncia de não atendimento pelo Executivo de inúmeros requerimentos de certidões por parte do Vereador Antônio Carlos Paoliello de Andrade”;

“... irregularidade na compra de medicamento ‘IMURAN’ (sic), pela Prefeitura Municipal de Colina”;

“... irregularidades na alienação do Recinto IX de Julho ao Clube do Cavalo de Colina”.

Na impetração alega-se estar o paciente sofrendo coação ilegal, por inexistir justa causa a sustentar a persecução penal quanto a esses fatos.

O **habeas corpus** foi requerido junto ao Tribunal de Justiça de São Paulo, que não conheceu do pedido e

determinou a remessa dos autos a esta Colenda Corte.

E assim decidiu porque, ao deferir o requerimento ministerial, de abertura de inquérito policial, tornou-se a eventual autoridade coatora.

A Subprocuradoria Geral da República opinou pela concessão parcial da ordem, endossando o parecer do Dr. José Emmanuel Burle Filho, Procurador-Geral de Justiça daquele Estado.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ANSELMO SANTIAGO (Relator): O parecer emitido pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo tem o seguinte conteúdo, **verbis**:

“Ao exame dos autos, opina-se com a *devida vênia*, pela *concessão parcial da ordem*.”

Por primeiro, realmente inexistente *justa causa* a sustentar a persecução penal quanto aos fatos investigados no apenso nº 03, de infração, em tese, ao artigo 1º, inciso XV, do Decreto-lei nº 201/67.

Com efeito, como se depreende da própria cota de requisição de instauração de inquérito policial, reproduzida às fls. 193/197, ali já se fizera menção à atipicidade penal em relação à negativa do alcaide em atender requerimentos de certidões feitos pelo vereador

Antônio Carlos Paoliello de Andrade (fls. 194).

Houve pedido de instauração de procedimento policial não por esses fatos, atípicos penalmente, mas sim por aqueles que mencionara a justificar seus requerimentos indeferidos.

Assim, trecho dali extraído:

“Não pelo crime de responsabilidade que o vereador aponta, que, como dito inexistente nos autos quando feita a colocação acima, mas pelo mérito do que ele alega e por enquanto presume, os fatos merecem ser melhor apurados porque, se constatados, darão margem a providências sérias em Colina.” (fls. 194, **in fine**/195)

É certo que, o vereador, nessa qualidade, deve sempre dirigir-se à Mesa da Câmara em pedidos de informação ao Prefeito Municipal, de forma que eventual recusa possa constituir-se em infração político-administrativa, punível com a cassação de mandato (artigo 4º, inciso III, do referido Decreto-lei nº 201/67).

Fora disso, seus requerimentos de certidão diretamente feitos, poderão ser analisados pela Administração Municipal quanto ao “legítimo interesse” e “indicação de finalidade”, entendido o primeiro como a “existência de direito individual ou da coletividade a ser defendido” e o segundo à “declaração do fim a que se destinam” (**José Celso de Mello**

Filho, em sua obra “Constituição Federal Anotada” — 2ª edição — 1986 — Saraiva, pág. 488).

Por derradeiro, quanto aos fatos investigados no aludidos Apensos nºs 04 e 06, não procedem os argumentos expendidos pelo impetrante, sendo de rigor o prosseguimento do procedimento inquisitório.

As noticiadas irregularidades nas várias compras de medicamento denominado “Imuran” (*Apenso nº 04*), feitas, em plena campanha eleitoral, pelo ex-Prefeito Mário Pinto Neto, conhecido por “Mário Português”, sendo, na época, *seu vice e candidato a Prefeito o ora paciente Adilson (fls. 195)*, revelaram-se procedentes, confessando o proprietário da farmácia e seu empregado (declarações e depoimento xerocopiados às fls. 109 e 124) as ideológicas falsificações das notas fiscais expedidas à Prefeitura (fls. 89/90 e 94/95).

Ora, diante desses robustos indícios, impõe-se o prosseguimento das diligências investigativas sobre esses fatos, penalmente típicos, buscando-se elucidar os reais responsáveis por eventual crime de responsabilidade (artigo 1º, incisos I, III, e V, do Decreto-lei nº 201/67), quer como autor ou partícipe, ou, ainda, outros ilícitos penais comuns, em tese de peculato, falsidade ideológica e infração contra a ordem tributária, previstos respectivamente nos artigos 299 e 312 do Código Penal, e Lei nº 8.137/90.

Irrelevante, agora, diante de recentíssima r. decisão do Supremo

Tribunal Federal, em votação unânime — *dada a público pelo próprio Ministro Paulo Brossard, em artigo jornalístico de sua lavra, que ora anexo*, a alegação feita pelo impetrante sobre a expiração do mandato do então Prefeito Mário Pinto Neto, o que ensejaria, no seu juízo, absurdamente, a impunidade deste e do ora paciente Adilson.

O entendimento atual e predominante, pois, é no sentido de haver *justa causa* para a responsabilização penal por infração ao Decreto-lei nº 201/67, mesmo cessado o exercício do cargo de Prefeito, desde que praticados os fatos nessa condição.

Ademais, esqueceu-se o nobre causídico da possibilidade de co-autoria e participação em crimes de responsabilidade e, também, de eventual tipificação dos retro aludidos ilícitos penais comuns.

De outra parte, quanto à ocorrência apurada no *Apenso n.º 06*, de irregular alienação do “Recinto IX de Julho” ao “Clube do Cavalo de Colina”, destaca-se, também, o **fumus boni iuris**, a ensejar *justa causa* à persecução penal.

Apesar de ter o vereador noticiante Paoliello de Andrade se referido a “alienação” do citado imóvel, pode ter havido cessão irregular de sua posse, vedada expressamente pela real proprietária e concedente do terreno, a Fazenda do Estado de São Paulo (item 3º, letra **b**, da escritura de concessão de direito real de uso reproduzida às fls. 153/154).

Nessa hipótese, poderia ocorrer, em tese, a caracterização do crime

de responsabilidade do inciso II, artigo 1º, do Decreto-lei nº 201/67.

Observe-se que todas as declarações juntadas pelo impetrante referem-se, apenas, a *ato de alienação* (fls. 157/159).

Inexiste, assim, quanto a todos fatos narrados, que estão sendo apurados regularmente nos *Apensos n.ºs 04 e 06 do IP n.º 41/93*, qualquer *coação ilegal* a ensejar concessão da ordem pleiteada.

A jurisprudência tem assentado que *afora os casos aberrantes, em que à primeira vista se possa identificar abuso intolerável de poder, o inquérito policial é mero procedimento investigatório, cujo desenvolvimento e desfecho não devem ser obstados através de habeas corpus, para que se não incorra no risco de coatar as atividades próprias da polícia judiciária e do Ministério Público (RT 599/326)*.

Por todos os motivos expostos, entendendo, *s.m.j. de Vossas Excelências*, que o *writ* deve ser *concedido parcialmente*, expedindo-se em favor do paciente *ordem de trancamento em relação somente ao Apenso n.º 03 do Inquérito Policial n.º 41/93, em trâmite pela Delegacia Seccional de Polícia de Barretos, prosseguindo-se no entanto, as investigações que são realizadas nos demais apensos.*”

Adoto e acolho, como fundamentos do meu voto, o ilustrado parecer acima transcrito.

Concedo parcialmente a ordem para trancar o Inquérito Policial nº

041/93, apenas em relação ao Apenso nº 03, que trata da recusa no fornecimento de certidões e informações, por não constituir o fato infração penal.

É o voto.

VOTO — VOGAL

O SR. MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO: Srs. Ministros, peço licença ao Eminente Ministro-Relator a fim de denegar a or-

dem, mesmo em relação à parte do inquérito policial que se refere à recusa de fornecimento de certidões, podendo estar caracterizado, em tese, o crime de prevaricação, qual seja, o de impedir que alguém obtenha elementos, se for por um sentimento pessoal que eventualmente possa servir de supedâneo a algum procedimento judicial.

Data venia, denego a ordem às inteiras.

HABEAS CORPUS Nº 3.222-5 — RJ

(Registro nº 95.0002518-3)

Relator: *O Sr. Ministro Adhemar Maciel*

Impetrantes: *Augusto Frederico Gaffree Thompson e outro*

Impetrada: *Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*

Paciente: *Aílton Guimarães Jorge*

Advogados: *Drs. José Eduardo Rangel de Alckmin e outros*

EMENTA: *Penal. Crime de quadrilha ou bando. Crime permanente. A manutenção da associação criminosa após a condenação ou mesmo a denúncia constitui novo crime formal de quadrilha ou bando. Incorre bis in idem na nova imputação. Ordem denegada.*

ACÓRDÃO

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

Decide a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, denegar a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro-

Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Votaram de acordo os Srs. Ministros Anselmo Santiago e Vicente Leal. Vencido o Sr. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro.

Brasília, 24 de maio de 1995 (data do julgamento).

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

Publicado no DJ de 02-10-95.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ADHEMAR MACIEL: Os advogados Augusto F. G. Thompson, José Eduardo Rangel de Alckmin e outros impetram a presente ordem de **habeas corpus** em favor de Aílton Guimarães Jorge. Apontam como autoridade coatora a Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

2. O paciente foi condenado pelo juízo da 14ª Vara Criminal da Comarca do Rio de Janeiro-RJ, à pena de 6 anos de reclusão, por infração ao art. 288 do Código Penal. Decisão mantida pela 3ª Câmara Criminal do TJRJ.

Persistindo em se manter na associação criminosa, o Ministério Público ofereceu nova denúncia, com pedido de prisão preventiva, contra o paciente. Recebida a denúncia, e deferida a custódia preventiva pela juíza da 36ª Vara Criminal da Comarca do Rio de Janeiro, impetrou-se **habeas corpus** perante o TJRJ, denegado por sua 2ª Câmara Criminal, em acórdão assim ementado:

“Habeas corpus. Trancamento de ação penal por falta de justa causa e nulidade do processo.

Se a alegação de falta de justa causa e nulidade do processo, resta fulcrada em posição controversa na doutrina penal, não claramente eivada de ilegalidade ou nulidade, mostra-se inidônea à estreita via do **habeas corpus**, para impedir que o juízo natural decida sobre o tema, em cognição normal e necessária.” (fls. 309).

3. Alegam os impetrantes estar o paciente a sofrer constrangimento ilegal, por configurar a ação penal verdadeiro **bis in idem**, uma vez já ter sido condenado pela prática do mesmo crime.

4. O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Dr. Wágner Natal Batista, opinou pela denegação da ordem. O refazimento e reestruturação da sociedade criminosa tipifica novo delito de quadrilha. Para afastar essa presunção seria necessário exame profundo da prova, incabível nos estreitos limites do **habeas corpus**.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ADHEMAR MACIEL (Relator): Em seu memorial, um dos impetrantes, o eminente advogado José Eduardo Rangel de Alckmin, redargüiu que na peça acusatória o Ministério Público não diz que os denunciados tenham interrompido a **societas deliquentium**. Ao contrário, fala que os quadrilheiros “permaneceram associados para

o fim de praticar crimes”. A tese central da acusação baseia-se no entendimento de que, com a primitiva denúncia operou-se a interrupção do crime. Assim, o prolongamento da mesma conduta ensejaria nova denúncia. Ora, a pretendida interrupção constitui mera ficção, o que só se admite no direito penal, se amparada por lei. Não é o caso dos autos, pois.

Senhor Presidente, se a questão, sob o aspecto puramente doutrinário é nova, o mesmo não se dá com os fatos, que já foram apreciados por mais de uma vez por esta Turma.

Não paira dúvida de que a competência é do STJ, pois se trata de **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário. O paciente, através de seus advogados, impetrou **habeas corpus** contra decisão da juíza da 36ª Vara Criminal da Comarca do Rio de Janeiro. O TJRJ, através de sua 2ª Câmara Criminal, denegou o pedido:

“Habeas corpus. Trancamento de ação penal por falta de justa causa e nulidade do processo.

Se a alegação de falta de justa causa e nulidade do processo, resta fulcrada em posição controversa na doutrina penal, não claramente eivada de ilegalidade ou nulidade, mostra-se inidônea à estreita via do **habeas corpus**, para impedir que o juízo natural decida sobre o tema, em cognição normal e necessária” (fl. 309).

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, em 26/09/94, denun-

ciou 28 pessoas sob o fundamento de que elas — **in verbis** — “associaram-se, de forma estável e permanente, juntamente com terceiras pessoas ainda não identificadas, em quadrilha, para fim de cometer crimes, notadamente de corrupção, com o pagamento de propinas a autoridades e agentes do serviço público, ameaças e homicídios, tudo visando à manutenção de suas atividades ilícitas, dentre elas a exploração do jogo do bicho, inclusive com uso de armas”.

Os denunciados, em ordem numérica, são:

01. Castor Gonçalves de Andrade Silva, vulgo “Castor”;
02. Aílton Guimarães Jorge, vulgo “Capitão Guimarães”;
03. José Petros, vulgo “Zinho”;
04. Paulo Roberto de Andrade Silva, vulgo “Paulinho Andrade”;
05. Aniz Abrahão David, vulgo “Anísio”;
06. Antônio Petrus Kalil, vulgo “Turcão”;
07. Haroldo Rodrigues Nunes, vulgo “Haroldo Saens Peña”;
08. Carlos Teixeira Martins, vulgo “Carlinhos Maracanã”;
09. Waldemir Garcia, vulgo “Miro”;
10. Waldemir Paes Garcia, vulgo “Maninho”;
11. José Caruzzo Escafura, vulgo “Piruinha”;
12. Luiz Pacheco Drumond, vulgo “Luizinho Drumond”;

13. Fernando de Miranda Ignácio;

14. João Carlos Andrade e Silva;

15. César Andrade Lima Souto;

16. Américo Siqueira Filho, vulgo “Mequinho”;

17. Sérgio Ires José de Almeida, vulgo “Sérgio Íris”;

18. Norma Bechepeche;

19. Antônio Soares da Silva;

20. Antônio Jaider Soares da Silva, vulgo “Jaider”;

21. Orlando Alves Pereira, vulgo “Orlando Careca”;

22. Abílio da Silva Aleixo, vulgo “Abílio Português”;

23. Humberto Chucrí David, vulgo “Humberto”;

24. Luiz Carlos Batista da Costa;

25. Weber Stabile;

26. Venilton Stabile;

27. Jorge Teixeira da Silva, vulgo “Jorginho da Farmácia” e

28. Cosme Luiz Teixeira da Silva, vulgo “Cosminho”.

O paciente, com se viu da lista, é o denunciado de número 2.

Diz o denunciante:

“Desde tempos pretéritos, os denunciados designados pelos ns. 01 a 12, respectivamente, Castor Gonçalves de Andrade Silva, vulgo “Castor”, Aílton Guimarães

Jorge, vulgo “Capitão Guimarães”, José Petros, vulgo “Zinho”, Paulo Roberto de Andrade Silva, vulgo “Paulinho Andrade”, Aniz Abraão David, vulgo “Anísio”, Antônio Petrus Kalil, vulgo “Turcão”. Haroldo Rodrigues Nunes, vulgo “Haroldo Saens Peña”, Carlos Teixeira Martins, vulgo “Carlinhos Maracanã”, Waldemir Garcia, vulgo “Miro”, Waldemir Paes Garcia, vulgo “Maninho”, José Caruzzo Escafura, vulgo “Piruiinha” e Luiz Pacheco Drumond, vulgo “Luizinho Drumond”, juntamente com duas outras pessoas aqui não denunciadas, em inegável **pactum sceleris**, associaram-se para a prática de determinado jogo de azar, vinculados a nomes de certos animais, o qual tornou-se popularmente conhecido como “jogo do bicho”.

“Com isso, visando à manutenção do domínio de suas áreas de contravenção e ampliação de suas atividades ilícitas, constituíram uma verdadeira organização criminosa que se tornou conhecida como a cúpula do jogo do bicho que, para a consecução de seus espúrios objetivos, tem, a toda evidência, o fim de cometer crimes, dentre os quais se incluem a corrupção de funcionários públicos, seqüestros e a eliminação de pessoas que se controponham a seus negócios escusos.

.....
“Mister observar que, no curso da Ação Penal em tela, os referidos

denunciados nos ns. de 01 a 12, em demonstração explícita de continuação da sociedade criminosa, mantinham, nas cercanias do Palácio da Justiça, quando da realização das audiências pertinentes à ação penal referida “seguranças” fortemente armados, que, para contato com seus “chefes”, dispunham, até, de unidades móveis celulares.

.....

.....

“Releva-se notar que, exatamente após a sentença condenatória já mencionada, passara a ser evidentes os sinais de que os denunciados de ns. 01 a 12, já presos, persistiram em se manter associados para o fim de cometer crimes, notadamente corrompendo agentes do serviço público e tramando o assassinato de autoridades.

.....

“Intimado a prestar esclarecimentos, o então Diretor da DC-POLINTER, Delegado de Polícia Mauro Guimarães, confirmou a utilização de um telefone celular pelos presos, negando, contudo, as notícias publicadas na mídia de que os banqueiros do “Jogo do Bicho” ali presos “bancaram” as obras realizadas na carceragem da DC-POLINTER, classificando tais notícias de “puramente mentirosa e especulativa e que tal fato não é verdadeiro...” (*cópia da informação* — Anexo n. 04).

.....

“O exame dos referidos livros contábeis atesta a disseminação da corrupção patrocinada pelos banqueiros da denominada *cúpula do jogo do bicho* entre autoridades e servidores públicos, constatando-se que distribuía propinas de forma habitual e reiterada (o chamado “PP fixo”), tudo sempre escriturado de forma metódica (*cópia do livro-caixa* — Anexo n. 05).

“Vale acrescentar que os 1º, 2º, 4º, 6º, 8º, 11º, 12º, 13º, 15º, 22º, 23º, 24º, 25º denunciados, respectivamente, Castor Gonçalves de Andrade Silva, “Castor”, Ailton Guimarães Jorge, vulgo “Capitão Guimarães”, (omissis), são, também, réus na ação penal acima mencionada, eis que foram denunciados pela prática do crime definido no art. 333 (corrupção ativa) c/c os arts. 29 e 71 todos do Código Penal (*cópia da denúncia e aditamento* — Anexo n. 06).

“Relembre-se, ainda, que após o reencontro dos denunciados ns. 05 a 12 (Aniz Abrahão David, vulgo “Anísio”, Antônio Petrus Kalil, vulgo “Turcão”, Haroldo Rodrigues Nunes, vulgo “Haroldo Saens Peña”, Carlos Teixeira Martins, vulgo “Carlinhos Maracanã”, Waldemir Garcia, vulgo “Miro”, Waldemir Paes Garcia, vulgo “Maninho”, José Caruzo Escafura, vulgo “Piruinha” e Luiz Pacheco Drumond, vulgo “Luizinho Drumond”, no Instituto Penal Vieira Ferreira Neto, em Niterói, conhecido na mídia e jargão do Sistema Penitenciário como “Sítio do Pica-Pau

Amarelo”, inusitados acontecimentos envolvendo esses denunciados levaram o MM. Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais a adotar medidas, através do Procedimento Especial n. 021/94, instaurado naquela Vara (*cópia dos autos do Procedimento Especial n. 021/94 — dois volumes — Anexo n. 07*).

“Assim é que foram constatadas várias *saidas dos denunciados*, sempre a pretexto de *consultas médicas*, algumas com sinais evidentes de *desvio de rota*, fatos em apuração no âmbito do Ministério Público (*cópia do expediente encaminhado pela 5ª Promotoria de Justiça junto à Vara de Execuções Penais — Anexo n. 08*).”

Após dizer que no dia 14/01/94 e em 17/01/94 o presidente do TJRJ havia recebido um manuscrito assinado pelo preso Almir Gonçalves Teixeira, dando conta que havia um plano para matar — **in verbis** — “O Dr. Antônio Carlos Amorim, Dra. Denise Frozard, Dr. Roberto Marinho, um procurador e a promotora da VEP Dra. Celma (*cópia dos autos do Procedimento Especial n. 02/94 — fls. 05/06/ — Anexo n. 07*).

Mais para a frente, a denúncia fala que com ordem judicial foi feita uma gravação (do dia 03/03 a 01/05/94) das conversas telefônicas pelos denunciados Aniz Abraão David, Antônio Petrus Kalil, Haroldo Rodrigues Nunes, Carlos Teixeira Martins, Waldemir Garcia, Waldemir Paes Garcia, José Caruzo Escafura e Luiz Pacheco Drumond. Acrescenta textualmente a denúncia:

“Com efeito, os textos reproduzidos das gravações comprovam, eficazmente, que os denunciados referidos controlam suas atividades ilícitas de dentro da unidade prisional, “negociando”, corrompendo e determinando empreitadas criminosas, inclusive, a *eliminação de pessoas*, sempre visando à manutenção de seus *espúrios feudos*, acabando por transformar o Instituto Penal Vieira Ferreira Neto em peculiar *bunker (sic)* da *cúpula do jogo do bicho* (*cópia dos autos do Procedimento Especial n. 021/94 — fls. 77/107 e 337/365 — Anexo n. 07*).

Passemos, agora, ao decreto de prisão.

A juíza da 36ª Vara Criminal às fls. 75/82, após falar genericamente em **periculum libertatis** dos réus, enfoca aspectos principais dos 13 anexos ao processo. A certa altura, diz:

“Os 2º a 12º Réus, na condição de reclusos, vêm agindo de forma inaceitável, ao que tudo indica, valendo-se do assessoramento proporcionado pelo grupo — a denominada “Cúpula” —, para ignorar os regulamentos do DESIPE, a Lei de Execução, em demonstração de pouco acatamento à Justiça Criminal.”

Bem mais para a frente, continua a eminente magistrada:

“Os pressupostos do art. 312 do C.P.P. estão presentes, pela docu-

mentação que aponta para a existência material da infração, havendo indícios suficientes e idôneos acerca da autoria.

“Diga-se que o mesmo acerca das circunstâncias que autorizam sua decretação: a ordem pública deve ser garantida, ante a intranquilidade trazida ao meio social pela ação de agentes organizados, dispondo de equipamentos, instalações, armamento e dinheiro fácil.

“Podem, deste modo, prosseguir sem maiores transtornos em suas atividades ilícitas.

“Outrossim, persiste o fundado receio de que venham a pressionar e subornar funcionários no exercício da função, causando constrangimento e desassossego àqueles que tentam exercer suas precípuas atribuições, e aos cidadãos ordeiros, que respeitam a lei.

“Há, também, suspeitas de que, apesar da segregação dos líderes condenados, continuam as práticas ilegais, de modo violento e intimidador, como o homicídio de Norival e as notícias de suborno a Delegados de Polícia, ora respondendo a processo criminais.

“A conveniência da instrução penal aponta a perspectiva de intimidação ou aliciamento de testemunhas, através de métodos pouco ortodoxos e, **in casu**, previsíveis, de molde a inviabilizar a aplicação da lei penal.

“Por todo o exposto, acolho o requerimento da Promotoria e, com

base nos artigos 311 e 312 do Cód. Processo Penal, decreto a prisão preventiva de todos os Réus”.

Em seu voto, o eminente Des. Carlos Brazil argumentou:

“Por outro lado, os Impetrantes clamam pelo trancamento da ação penal, que tramita na 36ª Vara Criminal, Comarca da Capital, alegando ausência de justa causa e nulidade do processo.

“Asseveram que esse processo penal é um desdobramento da ação que motivou a condenação do Paciente na 14ª Vara Criminal, pois, o crime de quadrilha é permanente e, se houve uma condenação anterior, o crime persistiria, não podendo vir a ser condenado, pelo mesmo crime, que não estaria estanque.

“Em abono de sua tese, trazem lições de ilustres Juristas. Todavia, um deles, **Mirabete**, entende, em resumo, referindo-se ao crime de quadrilha que, *se após o oferecimento da denúncia, persistir a associação criminosa, passa esta atitude a constituir novo crime.*

“Outros autores entendem diferentemente e outros, ainda, marcam subjetivamente, um momento, para que se tenha uma nova infração, ou seja, um ponto de estancamento da primeira ação.

“Ainda, nas suas considerações os Impetrantes admitem que, poucos autores se preocupam com a questão (fls. 16), isto é, que a maioria

dos juspenalistas se desinteressaram pelo tema.

“Portanto, como se verifica, a matéria no seu ponto fulcral é controvertida, indubitavelmente, e, por isso mesmo, foi repelida a exceção da coisa julgada em despacho fundamentado, não existindo, assim, o **bis in idem**, a **prima facie**, deixando o Juízo, esta questão de fundo, entrelaçada, fortemente, com o mérito, para a decisão final.

“Ora, é lição pacífica doutrinária que, a falta de justa causa só justifica o **habeas corpus**, quando a contestação aos fatos e ao direito, não incursiona no contraditório, e, na hipótese, ocorreu o crime em tese e não se pode, nesta estreita via, proceder a valoração de questão controvertida, doutrinariamente, em tema, inclusive, árido, no tratamento dos Tribunais e estudiosos, em questão que adentra **in meritum causae**, sendo inadequado o remédio heróico, com a sua sumária cognição aprofundada deste exame, subtraindo-se ao Ministério Público o exercício do **jus accusationis**, a pretexto de não estar provado, exatamente, aquilo que o órgão do *Parquet* se propõe provar no curso da instrução.

“É, outrossim, inadmissível o trancamento da ação penal regularmente instaurada com base em pretendida justa causa e nulidade do processo, não claramente manifesta e, se pretender discutir

no bojo do **mandamus**, matéria controvertida, doutrinariamente, significando o trancamento o condão intolerável de, sumariamente, suprimir o pleno e cabal exame de todos os elementos que pudessem trazer as partes e, a decisão do mérito que, em última análise, constituem o fundamento da própria jurisdição.

“Finalmente, não se mostrando, como se demonstrou, clara, límpida e manifestamente ilegal a ação penal guerreada, não se pode, no campo singelo do **habeas corpus**, ausente nulidade radical ou frente à patente falta de criminalidade, trancar a referida ação.

Por tais considerações, denega-se a ordem”.

Senhor Presidente, li com atenção o excelente memorial do advogado José Eduardo Rangel de Alckmin. Sua tese é de que o crime de quadrilha, por ser permanente, pode não se interromper só pela denúncia ou pela sentença. Tais fatos jurídicos não têm o condão de se sobreporem à realidade fática, segmentando a atividade criminosa num “antes” e num “depois” da denúncia. E a realidade fática, *de acordo com a denúncia*, é que o crime de quadrilha, pelo qual o paciente e outros comparsas foram condenados pela juíza da 14ª Vara, não sofreu nenhuma interrupção. Ao contrário, prolongou-se depois da própria sentença condenatória. Logo, a nova ação penal configura um **bis in idem**.

Senhor Presidente, os impetrantes têm razão num ponto. As questões de direito, por mais complicadas que possam se apresentar ou por ensejarem mais de uma saída jurídica para a solução do caso concreto, podem e devem ser resolvidas através da ação de **habeas corpus**. Só as questões peçadas de fatos controversos é que não têm como ser resolvidas, uma vez que o **habeas corpus** é um típico “processo de prova documental” (*Urkundenbeweisprozess*). No caso concreto, como mostrou o relator **a quo**, ainda que de um modo um tanto vacilante, há justa causa para a denúncia. Os fatos constituem, em tese, crime de quadrilha. Por mais de uma vez já abordei a questão, embora não diretamente, no sentido de que nada impede, após a denúncia ou mesmo após a condenação, a configuração de um novo crime formal de quadrilha ou bando. Também trouxe à colação a mesma lição de **Mirabete**:

“Sendo a formação de quadrilha ou bando um crime permanente, a coisa julgada a respeito da imputação pelo art. 288 incide sobre um só crime constituído por estado delituoso que persiste e cujo momento consumativo se protraí no tempo, cabendo contra o agente, a propositura de uma única ação penal relativa ao crime de bando ou quadrilha (RJDACRIM 6/244). Entretanto se após o oferecimento da denúncia a respeito do delito persistir a associação criminosa, passa esta a constituir

novo crime. O fato imputado em posterior ação penal é outro, pois a primeira imputação refere-se à associação até a data do oferecimento da denúncia, incorrendo o **bis in idem** na nova imputação” (“Manual de D. Penal”, Atlas, 6ª ed., 3 vol., pág. 190. Destaque do relator).

Assim, Senhor Presidente, não vejo, não obstante o esforço dos impetrantes, como trancar a ação penal.

Com tais considerações, denego a ordem.

É como voto.

VOTO — VOGAL

O SR. MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO: Srs. Ministros. Com grande satisfação, saúdo a presença do Eminentíssimo Subprocurador-Geral da República em nossas assentadas. S. Exa. é um cultor do Direito Penal e seus pareceres sempre ponderados; por isso, vou pedir vênias a S. Exa. para fazer algumas anotações a sua douda fala.

Já se disse, o Direito Penal sacrifica a verdade real em favor da verdade formal. Em outras palavras: o Estado, por necessidade de obedecer ao princípio da anterioridade da lei penal, precisa, antes da prática da conduta, através de lei em sentido formal, defini-la como infração penal. Assim, por mais imoral, censurável que seja o comportamento humano, do ponto de vista penal, será irrelevante dada a tipicidade. Aliás,

o grande penalista argentino **Sebastian Soler**, em seu tratado, diz expressamente — e a imagem é feliz — que o Direito Penal é um arquipélago, o que vale dizer, conjunto de várias partes desconexas. Não compreende, não ocupa todo o oceano. É uma conquista histórica. Tenho a impressão que um Tribunal Superior há de ser atento a essas ponderações e ao entendimento de que o nosso Direito Penal, como a maioria dos direitos penais, não acompanha, dada sua formalidade, muitas vezes, a celeridade da criminalidade; por isso, determinadas infrações penais ficam como que desatualizadas no tempo.

É tradicional na nossa Constituição, desde 1824 e não interrompida sequer em período de autoritarismo, **nullum crimen, nulla poena sine lege**. Além disso, é labor fecundo dos penalistas saber projetar a estrutura, a ontologia de cada figura delituosa.

Por isso, peço vênua ao Eminentíssimo Procurador da República, a quem respeito constantemente, para dizer que o crime de quadrilha é eventualmente permanente. Não é da sua essência, da sua estrutura, dos elementos constitutivos, a necessidade de se prostrar no tempo. Três ou mais pessoas podem reunir-se com o intuito, propósito de praticar crimes. Entretanto, logo em seguida, pode haver a desconstituição desse propósito. A associação, antes mesmo de praticar as infrações penais imaginadas desconstituiu-se, não se projetando no tempo.

O que é permanência, do ponto de vista penal? É prostrar-se no tempo, projetar-se durante algum tempo juridicamente relevante. Ao contrário do crime de casa de prostituição, definido no art. 229.

Este sim, essencialmente permanente, porque se refere a:

“Manter por conta própria ou de terceiro casa de prostituição ou lugar destinado a encontros para fins libidinosos”.

Manter é da ontologia da conduta, projeção no tempo. Assim, se alguém abrir casa de prostituição, mas fechá-la em seguida, não houve crime, pois não houve manutenção nem permanência. Nisso a doutrina praticamente é unânime. Valho-me, inclusive, do excelente parecer apresentado pelo impetrante, subscrito pelo prezado amigo — talvez o mais festejado penalista vivo da Argentina, com quem tenho tido oportunidade de debater em vários congressos internacionais — **Eugenio Raul Zaffaroni**, que mostra, com base na doutrina italiana, e principalmente na doutrina tedesca, fonte principal de sua cultura jurídica, que há de se fazer necessária a permanência. Hoje, na literatura italiana, a não ser pronunciamento de **Antolisei**, crime de quadrilha é, eventualmente, permanente.

Sendo crime preparatório, e não deixa de ser crime preparatório — é mais uma impugnação que peço licença para fazer — se não fosse a exceção do art. 31, impondo a defini-

ção do art. 228, a simples preparação, ou ajuste, seria desnecessário, atípico, equiparar-se-ia a uma **societas sceleris**, eventual co-autoria. E não há dúvida que existe o concurso; nos atos preparatórios como os crimes imaginados, uma vez acontecidos, há pluralidade de condutas. Isso é crime. Não há dúvida alguma.

Entretanto, não é caso excepcional. Confrontemos o art. 289 e o art. 291. O primeiro refere-se a:

“Falsificar, fabricando ou alterando uma moeda metálica ou papel moeda de curso legal no país ou no estrangeiro”.

É crime de moeda falsa. Mas, para preservar o bem jurídico, o Estado antecipa-se e pune, no art. 291, “petrechos para falsificação de moeda”. Imagine-se o seguinte: se alguém foi colhido, preso, com moeda falsa e constatado que dispunha de uma organização, petrechos, é evidente, ele comete dois crimes. Pergunto, entretanto; se aqueles petrechos continuarem na sua casa, se esses elementos materiais necessários ali continuarem e não forem apreendidos, sendo condenado, imediatamente será ele denunciado e punido por novo crime de petrechos para falsificação de moeda? Aqui, segundo **Giuseppe Raim**, que li no voto anterior, é flagrante, é evidente o **ne bis in idem**. Estaria a mesma ação, a mesma conduta, na hipótese, a mesma preparação, sendo punida várias vezes.

Ouvi, inclusive do Eminentíssimo Relator, que esse crime se projeta no

tempo e que o Estado não pode ficar de mãos atadas, indiferente, assistindo, pura e simplesmente, ao desenrolar do acontecimento. Por isso, é necessário punir uma vez, punir duas, três, quatro e assim sucessivamente. Isso contrasta, com o devido respeito, com interpretação lógico-sistemática do Código Penal e do Direito Penal em qualquer que seja o país. Temos, além dos crimes permanentes, todos sabem, o crime instantâneo de efeito permanente. Aquele em que o resultado é irreversível, acontecerá sempre, sendo impossível recuperar os seus efeitos: é o homicídio. Alguém mata, a vítima morre, o crime é instantâneo, mas o efeito é permanente. E qual a reação do Estado, não só do Estado Brasileiro, mas de qualquer Estado? Pune a pessoa uma vez só. De doze a trinta anos, no máximo, trinta anos, embora o efeito seja irrecuperável. Não é o efeito em si, senão cairemos no **versare in re illicita**, no direito objetivo. **Data venia**, estou diante do Ilustre Constitucionalista. O Direito Penal, por força da nossa Carta Magna é de responsabilidade subjetiva. Não prospera nenhuma hipótese de responsabilidade objetiva no nosso Direito. Vejam os Senhores, a resposta jurídica é normativa, não é fática. A prosperar, **data venia**, o entendimento que me parece majoritário nos votos já tomados, por via indireta, decretar-se-á a prisão perpétua no Brasil. Ela é literalmente proibida no nosso ordenamento. Estaremos, portanto, por um somatório de penas, punindo, quando o próprio

Código Penal determina que nenhuma pena pode ser superior a trinta anos. A Constituição proíbe a prisão perpétua.

O Eminentíssimo Relator fez-se impressionar pela fala do Ilustre Procurador, dizendo que, a prevalecer o voto que proferira eu no **habeas corpus** anterior, o paciente teria um *bill of indemnity*, peça de desculpas ao Eminentíssimo Ministro Adhemar Maciel, que é um mestre da língua inglesa. **Data venia**, é erro de perspectiva. Há de se distinguir — e vou usar a expressão do nosso douto Procurador — que, a vingar a tese, haveria o direito adquirido à prática do crime. Não é isso. Ninguém tem direito adquirido à prática do crime. Toda pessoa tem o direito adquirido, isso sim, de não ser punido duas vezes pelo mesmo fato. Essa é a distinção, Procurador. Ninguém pode ser punido duas vezes pelo mesmo fato. Se a conduta já foi punida **data venia**, não é possível que se repita. É o arquipélago de que falar Soler; é o ensinamento dos autores alemães e dos autores italianos. Como poderia fazer o flagrante, se o crime já está punido? Peço vênias aos Eminentíssimos Ministros para afirmar, no caso, a falta de justa causa. Quando ocorre esse instituto jurídico? Quando a denúncia descrever fato atípico, estiver extinta a punibilidade ou houver ilegitimidade **ad causam**. Se, no caso concreto, demonstrado, caracterizado e narrado, literalmente, na imputação, que o paciente fora já condenado pelo crime de quadrilha e que

estaria prosseguindo, é **data venia, bis in idem**. O fato é atípico. É observação inicial de que o direito penal sacrifica a verdade real em favor da verdade formal para garantir o direito de liberdade. Por exemplo: todos estão de acordo e ninguém contesta que, do ponto de vista de efeito negativo, socialmente visto, o furto de uso é igual ao furto. Entretanto, o furto de uso é atípico. Há reclamações e postulações para, no âmbito da neocriminalização, ampliar-se a figura. Enquanto isso não acontecer, por estarmos no estado de direito democrático, peço vênias aos Eminentíssimos Ministros a fim de conceder o **habeas corpus**, reconhecendo falta de justa causa. Há, sem dúvida **bis in idem**; com o respeito devido, mais uma vez, peço desculpas para dissentir da douta maioria.

O SR. MINISTRO ADHEMAR MACIEL (Relator): Sr. Presidente, estou me lembrando de uma expressão muito conhecida do Sr. Ministro Oliver Wendell Holmes da Suprema Corte Americana, que fez uma observação muito importante, a de que tomar em consideração que o Direito não é só lógica. Às vezes, há uma tendência, sobretudo em matéria de Direito Penal, de se aplicar essa lógica matemática, o que pode levar a uma derrocada. Impressionou-me a questão do *bill of indemnity*, do Dr. Ribeiro de Bonis. Não quero fazer polêmica, apenas deixo registrado esse ponto. Em matéria de direito temos que ter um certo cuidado senão cairemos em formalismo exagerado.

O SR. MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO: **Data venia** de V. Exa., a questão é preocupante; não sou considerado formalista, sou até chamado, em outros lugares, de defensor do Direito Alternativo. Tenho dito, no momento em que a norma formalizada se revele contrastante com os valores jurídicos, há de ser superada. Norma formalizada, como a lei é um momento histórico.

Repito as palavras de **Giuseppe Bettiol**: “O Direito não poderia reduzir-se à jurisprudência abstrata, mas haveria de buscar os fatos concretos”. Sempre foi o meu sentido. Mas há que pensar o seguinte, Excelência: Direito Penal é um Direito Formal, é como o Direito Tributário. V. Exa. não pode ampliar o fato impositivo. Direito Penal e Direito Tributário nasceram na mesma época, voltaram-se para os mesmos valores, juridicamente vistos, embora de lados diferentes: o Direito Penal, para defender a liberdade, e o Direito Tributário para defender o patrimônio. O Direito se define. Ocorre que pode haver, não há dúvida alguma, a influência da cultura, dos usos e costumes, na interpretação da norma jurídica. A isso sou sensível. Na semana passada, em uma palestra proferida na Universidade de Santos, recordava um fato. Naquela cidade passei a minha infância — estava na praia, um dia, e na esquina da Avenida Bartolomeu de Gusmão com Conselheiro Nébias, via um aglomerado, uma moça e policiais, por ali; fomos ver o que era; a moça estava sendo presa porque saíra da

praia portando maiô de corpo inteiro, entretanto não tivera a cautela de vestir-se com um robe de chambre. Àquela época, era menino, não sabia nem que existia Direito Penal — mas o crime estava definido. Hoje, não houve mudança literal alguma. Entretanto, acredito se o policial fizesse hoje aquela prisão, seria indiciado no crime de abuso de autoridade. São os usos e costumes que se movimentam, que se modificam. O que não podemos é desprezar a norma, o tipo, caso contrário, dar-se-á marcha-à-ré. Iremos a período anterior à Beccaria, ao período da vitória dos postulados da Revolução Francesa, caindo no autoritarismo. Não é possível. Fico com receio de ampliarmos a extensão punitiva, gerando uma infração penal que não existe. Isso só aconteceu no tempo mais remoto do período de Hitler, quando, para definir o crime, dizia que se devia invocar o são sentimento do povo germânico.

Por considerar o fato descrito na denúncia, **data venia**, peço desculpas para manter meu entendimento e dissentir da douta maioria.

VOTO

O SR. MINISTRO VICENTE LEAL: Sr. Presidente, também peço vênia ao entendimento que consagra a tese de que, na espécie, não haveria, com a denúncia, a descontinuidade da ação delituosa. Penso que não se pode, assim, **prima facie**, trancar uma ação penal, consideran-

do a circunstância de que essa organização criminosa seria uma continuação da outra.

O **habeas corpus** é uma medida muito estreita, e não se pode, por sua via, fazer grandes indagações de ordem fática. Todavia, em face da tese jurídica, à primeira vista, sem um estado mais profundo, tendo a filiar-me à linha de **Mirabete**, que foi adotada pelo Ministro-Relator. Não se poderia admitir que, com a denúncia, pudessem os réus dar continuidade ao crime. Seria uma forma de, em sendo um crime de quadrilha — mesmo depois de instaurada ação penal, em que o Estado procura coibir a ação delituosa — poder ela, de forma impune, continuar atuando naquela atividade criminosa sob o fundamento de que, em sendo um crime con-

tinuado e permanente, bastaria uma só acusação.

Creio que são ações que se separam. Embora, faticamente, possa parecer uma única ação, e uma ação de natureza permanente, quando o Estado desenvolve uma atividade no sentido de exercer o **jus puniendi** e propõe, perante o Estado-Juiz, a instauração de uma ação penal, fatos posteriores não podem estar englobados naquela primeira ação penal. Parece-me de difícil aceitação a idéia de que uma primeira conduta, determinada, visualizada e denunciada perante o Judiciário para sua punição, pudesse ter continuidade após a instauração da ação penal.

Por isso, sem um estudo maior e completo sobre o assunto, para acompanhar o Sr. Ministro-Relator.

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 4.320-2 — SP

(Registro nº 95.0002457-8)

Relator: *O Sr. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro*

Recorrente: *José Aparecido Castilho*

Recorrido: *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*

Paciente: *Donizete Aparecido Silva*

Advogado: *Dr. José Aparecido Castilho*

EMENTA: RHC — Processual Penal — Denúncia — Representação — Retratação — A denúncia imputa infração penal. Sem vício, quando condicionada, for apresentada representação, em tempo hábil. A retratação é admissível até ao oferecimento da denúncia (CP, art. 102). A retratação, como ato jurídico, precisa manifestar-se sem vício. Sem nenhum efeito, entretanto, porque nula, resultante de vício na manifestação da vontade. No caso sub judice evidenciada ameaça à mãe da vítima para formulá-la.

ACÓRDÃO

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

Brasília, 07 de março de 1995 (data do julgamento).

Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 04-09-95.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO: Recurso Especial interposto por José Aparecido Castilho, em favor de Donizete Aparecido Silva, contra v. acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo denegatório de **habeas corpus**.

O paciente fora denunciado pela suposta prática dos crimes previstos nos arts. 213 c/c 14, II e art. 214, todos do Código Penal, tendo sua prisão preventiva decretada.

A ordem fora impetrada sob a alegação de não se poder reabrir inquérito, com oferecimento de denúncia, quando não houver provas novas, sendo no caso, indispensável a comprovação da violência. Argüiu-se,

também ter havido renúncia ao direito de queixa e que esta não pode sofrer retratação e nem poderia o órgão ministerial promover a ação penal por ser esta de índole privada.

O v. acórdão decidiu:

“No que tange à impossibilidade de reabertura do inquérito com oferecimento da denúncia sem a ocorrência de novas provas, verifica-se que “tais provas existem, pois trata-se exatamente da ação penal movida contra a ofendida e onde se concluiu que sua vontade teria sido viciada pela coação”.

Assim sendo, a ação penal ajuizada está formalmente perfeita com todos os requisitos necessários para o seu prosseguimento.

Quanto à tese alternativa da revogação da prisão preventiva do paciente, percebe-se à evidência que a r. decisão é de ser mantida” (fls. 133).

Parecer do Ministério Público Federal opinando pelo improvimento do recurso (fls. 188/198).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO (Relator): No douto voto do ilustre Desembargador Lúscula Goulart está consignado:

“Pelo que se infere dos autos, na madrugada de 30 de junho de

1991 o paciente foi autuado em flagrante em razão dos fatos narrados na denúncia (fls. 66/68), consoante se vê do auto de fls. 70/77, oportunidade em que a ofendida fez sua representação, alegando não possuir condições financeiras para promover a ação penal privada.

Contudo, ao depois, passou ela a comportar-se de modo contrário ao externado no auto de prisão em flagrante, não comparecendo para submeter-se ao exame médico legal, ora recusava-se a responder as perguntas que lhe eram formuladas, culminando por retratar-se da representação anteriormente feita, inocentando o paciente das acusações, dizendo que os atos sexuais teriam ocorrido com seu consentimento.

Diante desse fato novo foi requerido e deferido o arquivamento do inquérito policial (fls. 86/88), mas instaurada a competente ação penal contra a ofendida por suposta violação do artigo 340, do Código Penal (cf. fls. 93/94)" (fls. 131).

Ela, todavia, absolvida, restando caracterizado que a retratação fora fruto de coação dirigida tanto a ela como à sua mãe.

A defesa, por isso, argüiu vários argumentos: a retratação da retratação, ainda que possível, deveria operar-se no prazo útil para o início da ação penal; por isso, no caso, não devolve a ação ao Ministério Públi-

co; ademais, o inquérito arquivado não pode ser reaberto, sem provas novas; invocado, por isso, a Súmula 524, STF.

A denúncia imputa crime, cometido mediante violência, ou seja, coação física.

A representação foi manifestada em tempo hábil.

A retratação é importante. Admissível até ao oferecimento da denúncia (CP, art. 102).

A retratação, como ato jurídico, precisa manifestar-se sem vício. Restou evidenciado, em ação, que a vítima a oferecera em razão de ameaças tanto a ela como à sua mãe. Afetada, assim, a manifestação de vontade, necessária ao legal aperfeiçoamento do instituto.

Nesse diapasão, sem nenhum efeito a retratação, porque nula, resultante de vício na manifestação de vontade.

Em sendo assim, não produziu efeito. Logo, permanece íntegra a representação e, em consequência, a legitimidade do Ministério Público para propor a ação penal.

O fato delituoso teria ocorrido aos 30 de junho de 1991 (fls. 3). Assim, não se operou a extinção da punibilidade, pela prescrição.

Quanto ao reviver do inquérito policial, também não assiste razão ao Recorrente. De um lado, não foi reaberto, pois, os elementos necessários já haviam sido recolhidos. De outro, afastando a incidência da Súmula 524, STF, o resultado da ação penal a que foi submetida a repre-

sentante é fato novo, sem dúvida, fundamental.

No tocante à inépcia da denúncia, também ausente o fomento do bom Direito, nas razões de recurso.

A peça acusatória identifica as partes, narra o fato de modo a situá-lo, no tempo e no espaço, descrevendo, ademais, a conduta do réu. Enseja, assim, desenvolver o direito de defesa plena. Leio a denúncia (fls. 20/22).

O despacho de prisão preventiva está suficientemente fundamentado. Lastreia-se no fato (bem descrito) de o réu e seus familiares exercerem ameaças à vítima e às testemunhas, “chegando mesmo a tentar subornar a mãe da vítima” (fls. 24).

Aliás, na mencionada ação criminal a que a vítima tal asserção restou evidenciada.

Nego provimento ao recurso.

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 4.582-0 — RJ

(Registro nº 95.0023670-2)

Relator: *O Sr. Ministro Adhemar Maciel*

Recorrente: *Roberto Bellúcio Júnior*

Advogado: *Dr. Roberto Bellúcio Júnior*

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

Paciente: *Olaf Henrik Unkel*

EMENTA: *Constitucional e Processual Penal. Habeas corpus. Tráfico de cocaína. Estrangeiro. Prisão em flagrante. Alegação de nulidade por ter sido o interrogatório policial feito sem a presença de tradutor e sem a oportunidade de comunicação com familiares e com o consulado. Inexistência de nulidade diante do contexto. Recurso ordinário improvido.*

I — Alemão, já radicado no Brasil há mais de três anos e meio, vindo com brasileira e com filho brasileiro, foi preso em flagrante por ter no interior de seu apartamento grande quantidade de pasta de cocaína já preparada para a venda a varejo. De acordo com o auto de prisão em flagrante, constou que falava o português e dispensava a comunicação a familiares e ao consulado. Mais tarde, por ocasião do interrogatório judicial, alegou que não falava a língua portuguesa. Foi-lhe dado intérprete. Já condenado, ajuizou habeas corpus com o fito de anular todo o processado por violação das garantias constitucionais. Também aduziu excesso de prazo.

II — No mundo jurídico, tornou-se internacionalmente conhecido o caso “*Miranda v. Arizona*”, julgado pela Suprema Corte norte-americana em 1966: o custodiado tem o direito de ficar em silêncio quando de seu interrogatório policial e deve ser advertido pela própria polícia que tem direito, antes de falar, de comunicar-se com seu advogado ou com seus familiares. A própria Constituição brasileira de 1988 consagra tal cláusula como “direito fundamental” (art. 5º, inc. LXII e LXIII, § 2º). Mas, do bojo dos autos infere-se que não houve a violação deduzida, e que o paciente entendia o português. Por outro lado, no curso do processo o paciente teve ampla possibilidade de defesa. Também não se pode falar em excesso de prazo: a sentença condenatória foi proferida antes do ajuizamento do habeas corpus.

III — Recurso ordinário improvido.

ACÓRDÃO

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

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

Brasília, 19 de setembro de 1995 (data do julgamento).

Ministro ADHEMAR MACIEL,
Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 27-11-95.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ADHEMAR MACIEL: Trata-se de recurso ordi-

nário interposto em favor de Olaf Henrik Unkhen contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que denegou ordem de **habeas corpus** impetrada pelo advogado Roberto Bellúcio Júnior.

2. O paciente foi preso em flagrante, infringindo o disposto no art. 12 da Lei n. 6.386/76. Em 09/01/95, impetrou ordem de **habeas corpus** perante o TJRJ. Em 24/02/95, foi condenado a 5 anos de reclusão e a 89 dias-multa.

3. A 2ª Câmara Criminal do TJRJ denegou a ordem, em acórdão assim ementado:

“Habeas corpus. Flagrante. Ausência de nomeação de intérprete. Nulidade. Ilegalidade da prisão. Excesso de prazo. Inocorrência.

Não há que se falar em nulidade do flagrante por, ausência de nomeação de intérprete, se o agen-

te, ao se qualificar, embora noticie ser estrangeiro, fala, no entanto, o idioma português, e no Brasil tem a profissão de mestre de obras.

Se as formalidades legais foram observadas por ocasião da lavratura do auto de prisão em flagrante, não há como se inquiná-lo de nulo.

Se a instrução do feito chegou a seu termo, não há que se cogitar padecer o paciente de constrangimento e muito menos que o mesmo seja ilegal. Ordem denegada”.

4. O recorrente, reeditando as razões da impetração, sustenta a ilegalidade da prisão em flagrante, por falta de nomeação de intérprete, pois se trata de paciente estrangeiro. Além disso, pretendendo discutir matéria nova, alega ausência de materialidade do crime e falta de justa causa para a ação penal, o que ensejaria o seu trancamento.

5. A pedido do Ministério Público Federal pediu-se ao juiz de primeiro grau para enviar a sentença condenatória, que se acha às fls. 245/258.

6. O Ministério Público Federal, em parecer do Dr. Wágner Natal Batista, manifestou-se pelo improviamento do recurso. A falta de nomeação de intérprete, quando da prisão em flagrante delito de estrangeiro não contamina de nulidade o auto se o mesmo se comunica no idioma pátrio, uma vez que, por esse modo, não ocorreu omissão de formalidade

essencial do ato. Acrescente-se que nenhum prejuízo ao paciente foi demonstrado. Ademais, a alegação de excesso de prazo deixou de ter significado com a prolação há mais de um ano da sentença condenatória.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ADHEMAR MACIEL (Relator): Como se acabou de ouvir do relatório, o impetrante/recorrente quer anular todo o processado ao fundamento de que o paciente, alemão de Schüttersmühle, teve seus direitos constitucionais violados por ocasião de sua prisão em flagrante. Não teve oportunidade de comunicar-se com familiares ou com o consulado no Rio de Janeiro. Pior ainda, foi dado como se falasse o português. Ora, tal fato não é verdadeiro, tanto que necessitou de intérprete por ocasião de seu interrogatório judicial. Alega, mais, excesso de prazo.

No mundo jurídico, famoso se tornou o caso “*Miranda v. Arizona*” [384, U.S. 436 (1966)], quando a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu por um voto (5 a 4) que o custodiado, que não entendia bem o inglês, não era obrigado durante seu interrogatório policial (*custodial interrogation*) a confessar o crime e deveria ser admoestado pela própria polícia de seu direito de ficar em silêncio (*remain silent*) e consultar seu advogado antes de dizer qualquer coisa (*Miranda Warnings*). Hoje, nossa própria Cons-

tituição, seja diretamente (art. 5º, inc. LXII e LXIII), seja indiretamente (art. 5º, § 2º), rotula tais direitos como fundamentais.

No caso concreto, constou do auto de prisão em flagrante — o que pode não significar muito no contexto — que o paciente falava português e havia dispensado a comunicação a familiares e ao consulado.

Diz o auto de prisão de fl. 7:

“...: Olaf Henrik Unken, filho de Johan Unkel e de Lucia Inkel, nascido na Alemanha, em 9.5.1945, falando o idioma português, com profissão mestre de obras, residente na Rua Felipe de Oliveira 4/309, Copacabana, de cor branca. Nesta oportunidade, pela autoridade foi-lhe dada ciência de seus direitos constitucionais vigentes pela Lei Brasileira, tendo o mesmo declinado não desejar entrar em contacto com seu consulado, bem como não apresentou nem desejou manter contacto com seu advogado”.

O juiz monocrático, Dr. Geraldo Luiz Mascarenhas Prado, em sentença minuciosa e lastreada, diz em certa altura de sua sentença (fls. 245/258):

“Com efeito, policiais investigando tráfico de entorpecentes em *boîtes* de Copacabana chegaram a Lena Rosa de Araújo, que vendia cocaína na *Boîte* Ciciolina. Ocorre que depois de localizarem

e identificarem a referida mulher, não a prenderam, pois Lena, de acordo com os policiais, não trazia consigo substância entorpecente. Todavia, a jovem indicou seu fornecedor, um alemão que morava no endereço mencionado na inicial. Tratava-se de Olaf, que só foi encontrado mais tarde, naquela madrugada, em um bar, também em Copacabana, levando os policiais à sua casa, onde estiveram antes, sem serem atendidos. Na residência encontravam-se a mulher e o filho brasileiros de Olaf, achando os agentes, escondida, grande quantidade de cocaína, embalada de forma a facilitar a venda no varejo e, ainda, balança e outros petrechos, que agora o Ministério Público pretende caracterizem o tipo penal do artigo 13 da lei antitóxico.

.....
.....
“Com efeito, Olaf, cidadão alemão vivendo no Brasil há mais de três anos e meio (fl. 80), malgrado afirme ainda não falar português, convivendo há quatro anos com a brasileira Edna, com quem tem um filho (fl. 97) é acusado de guardar substância entorpecente, usando para isso o imóvel da Rua Felipe de Oliveira, 309, Copacabana.

“A polícia chegou ao réu partindo, como é comum nestes casos, de denúncia anônima, informando que na *Boîte* Ciciolina havia uma mulher traficando cocaína. A mu-

lher foi identificada como Lena (fl. 99) e apesar de não estar portando drogas, identificou seu fornecedor, o réu, levando os policiais à residência dele.

“O acusado não foi encontrado em casa, mas em um bar, nas proximidades, desacompanhado da esposa — *muito embora não fale português* — tendo franqueado a residência aos policiais, depois de posto a par da suspeita. No apartamento onde estavam a mulher e o filho de Olaf — situação mais tarde negada, ao certo para construir o álibi necessário — a cocaína foi encontrada por indicação de Lena, resultando a prisão do agente.

.....

“A ingênua negativa de autoria igualmente não prospera porque se não era o réu o efetivo ocupante do imóvel, e Olaf não fala português, como aceitar que o acusado haja deixado a casa de um amigo de madrugada, sozinho, para cobrar de uma brasileira, “*o aluguel em atraso*?””

Desse modo, Senhores Ministros, não me impressiona a argumentação do impetrante/recorrente de que o paciente não fala o português e, em decorrência, nulo é o processo por violação das cláusulas constitucionais. A solicitação de intérprete por ocasião do interrogatório judicial, assim, perde sua força na inferência de que ele não tinha noção do que estava fazendo por não saber o idioma de **Camões** e só falar o de **Goethe**. Por outro lado, impende ressaltar que o **habeas corpus** foi ajuizado quando já havia sido proferida a sentença condenatória. O que importa é que o paciente, durante a instrução do processo, teve toda a oportunidade de defender-se.

Por fim, não se pode cogitar mais de excesso de prazo. A sentença, como já se repetiu mais de uma vez, já foi proferida.

Com tais considerações, conheço do recurso para negar-lhe provimento.

É como voto.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 2.599-8 — RJ

(Registro nº 93.0004957-7)

Relator: *O Sr. Ministro Anselmo Santiago*

Recorrentes: *Edison de Assumpção Freitas e outros*

Advogados: *Drs. Pedro Augusto Guimarães e outros*

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

Impetrados: *Secretário da Defesa Civil do Estado do Rio de Janeiro, Secretário de Administração do Estado do Rio de Janeiro e Secretário de Economia e Finanças do Estado do Rio de Janeiro*

Recorrido: *Estado do Rio de Janeiro*

Advogado: *Dr. Renato Lima Charnaux Serta*

EMENTA: *Constitucional e Administrativo. Servidores públicos — Proventos — Teto constitucional — Exclusão das vantagens de natureza pessoal.*

1 — A limitação constitucional imposta aos servidores públicos, em matéria de extipêndios funcionais, resulta de imposição constitucional consubstanciada no art. 37, XI, da Carta Política da União, não podendo, no âmbito do Poder Executivo, ultrapassar a remuneração percebida por Secretários de Estado.

2 — Excluem-se, no entanto, da composição desse teto constitucional as vantagens de ordem pessoal ou aquelas que se refiram à natureza ou local de trabalho, por traduzirem benefícios resultantes da situação funcional particular de cada agente público.

3 — Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo no julgamento, por unanimidade, dar provimento ao recurso. Votaram com o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros Vicente Leal, Luiz Vicente Cernicchiaro e Adhemar Maciel.

Brasília, 24 de abril de 1995 (data do julgamento).

Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO (art. 101, § 2º, do RI/STJ), Presidente. Ministro ANSELMO SANTIAGO, Relator.

Publicado no DJ de 19-06-95.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ANSELMO SANTIAGO: Está assim concebida a parte expositiva do parecer do Ilustre Subprocurador-Geral da República Raimundo Francisco Ribeiro de Bonis (f. 193/196):

“Trata-se de recurso ordinário, constitucional (art. 105, II, letra

b, da C.F.), interposto por Edison de Assumpção de Freitas, Edier de Souza Soares e Nerilson Tupiraça Figueira Martin, do v. acórdão do 3º grupo de Câmaras Cíveis do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que lhes denegou mandado de segurança, impetrado para o fim de lhes assegurar, na qualidade de Coronéis da Reserva Remunerada do Corpo de Bombeiros do Estado do Rio de Janeiro, desde 1988, não sofram os descontos que passaram a ser-lhes efetuados nos proventos da inatividade “sob a rubrica excesso Lei 1.373/88, por força da Resolução nº 1.850, de 25.03.91.”

Na impetração sustentaram que nos contra-cheques emitidos em março de 1991, os imetrantes sofreram descontos inaplicáveis a eles, pois com ofensa aos diplomas legais com fundamento nos quais foram concedidos seus soldos, vantagens e gratificações, alcançados ao longo de toda sua vida profissional, expressamente mencionados nos decretos do Exmo. Sr. Governador que os transferiu para a reserva remunerada, desde o ano de 1988.

Merece transcrição o item 5 da postulação inicial, que resume os argumentos dos impetrantes, e onde porfiam por demonstrar a **legitimatío ad causam** passiva dos três Secretários de Estado convocados à lide mandamental:

“5. Desse modo, as várias parcelas incorporadas passa-

ram a fazer parte de um todo indissociável, inclusive as referentes às diversas gratificações e às remunerações dos símbolos relativos aos cargos em comissão, que constituem *direito pessoal do servidor*, ativo ou inativo, nos termos da primeira parte do § 6º do citado art. 89 da Carta Estadual, sendo pois sua percepção um direito líquido e certo dos Impetrantes ferido pela Administração Estadual, através do Exmo. Sr. Secretário de Estado de Defesa Civil, que mandou elaborar e assinou a folha de pagamento do contingente do Corpo de Bombeiros, submetendo-a ao Exmo. Sr. Secretário de Estado de Administração, que a liberou e aprovou e a remeteu ao Exmo. Sr. Secretário de Estado de Economia e Finanças, que exarou a sua autorização, sendo, assim, solidários na prática do ato violador de demonstrado direito líquido e certo dos postulantes.

Nenhuma dessas parcelas pode ser objeto de redução, quer de forma direta, quer de forma indireta como ocorreu ao se fixar um teto remuneratório — e no caso arbitrariamente eleito — posto faltar a ato dessa natureza o indispensável respaldo legal, como se verá um pouco mais adiante.”

Acrescente-se que os impetrantes, tanto na Inicial, como na irrisignação manifestada, sustenta-

ram que a Constituição Federal em seu art. 37 e seguintes não prevê teto ou limite de retribuição ou remuneração *no que respeita a proventos*, os quais, ainda na tese dos impetrantes, podem alçar-se a valores superiores aos vencimentos atribuídos a qualquer cargo da administração pública.

Nessa linha de raciocínio afirmam que, além de desfrutarem de direito adquirido, receberam, como *inativos*, tratamento constitucional diferenciada em relação aos *ativos*.

Invocaram acórdão do Supremo Tribunal Federal, proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade, de nº 14-4, que decidiu que as verbas definidas como vantagens pessoais, não podem sofrer qualquer limitação, até porque são individualizadas.

Apontaram, ainda, conflito entre a regra constitucional da irredutibilidade de vencimentos e a fixação de um teto remuneratório.

O *writ* foi denegado, resumido o acórdão, com felicidade, em sua ementa:

“Servidor público. Limite máximo de remuneração. Constitucionalidade da lei que o estabelece. Aplicabilidade aos proventos da aposentadoria e da reserva remunerada.

A lei que estabelece os limites máximos de remuneração dos servidores públicos estaduais, nos termos do artigo 37,

inciso XI, da Constituição Federal, não padece do vício da inconstitucionalidade e é aplicável tanto aos servidores ativos como àqueles que já se encontram na inatividade, porquanto o termo *remuneração* abrange os vencimentos e os proventos da aposentadoria ou da reserva remunerada. Se tal não bastasse, o artigo 17 das Disposições Constitucionais Transitórias mandou aplicar, expressamente, os limites constitucionais de remuneração aos proventos da aposentadoria. Não há falar em direito adquirido em relação a proventos percebidos com base em leis que violam as normas constitucionais que fixam limites máximos de remuneração.

Denegação da segurança.”

Resumida a espécie, sobre ela opina, em seguida, a douta Subprocuradoria Geral da República (fls. 196/199) pelo provimento do recurso e concessão da segurança, nestes termos:

“Não há disposições de fácil conciliação, no Texto Maior, sobre a matéria controvertida.

O dispositivo básico referente ao teto da remuneração dos servidores públicos é o art. 37, inciso XI, da Constituição Federal, mas sua interpretação não se faz isoladamente, como se demonstrará, e resulta claro do aresto do Supremo Tribunal Federal, proferido na Ação Direta de Inconstitu-

cionalidade nº 14-DF, publicado na RTJ 130/475.

Os arts. 39, par. 1º e 17 das Disposições Constitucionais Transitórias completam e iluminam-lhe o sentido, como se vê da construção realizada pelo Supremo Tribunal Federal.

O v. acórdão ora recorrido entende que não padece de vício de inconstitucionalidade a Lei Estadual 1.373, de 26.10.88:

“porquanto, após fixar o vencimento dos Secretários de Estado, em seu art. 1º, estabeleceu esse montante, consoante o par. 3º, como limite máximo da remuneração dos servidores estaduais da administração direta e indireta.”

Acrescentou o v. acórdão impugnado que a expressão *Remuneração*, empregada no inciso XI do art. 37 da Constituição é abrangente de qualquer tipo de retribuição pecuniária auferida pelo servidor público, seja ele ativo ou inativo, seja a título de vencimento ou de proventos.

Invoca, ainda, como fundamento jurídico o art. 17 das Disposições Constitucionais Transitórias,

“expresso em determinar a aplicação dos limites constitucionais de remuneração aos proventos da aposentadoria, o que deixa evidente o propósito de atingir tanto os servidores ativos como inativos.”

Observa, ainda, que o mencionado art. 17 não admite a invocação do direito adquirido para justificar a percepção de excesso a qualquer título.

O recurso ordinário repisa os argumentos iniciais, porfiando por reformar o *writ* denegatório, para o que encontra apoio no voto vencido do eminente Des. Mello Serra.

A Subprocuradoria Geral da República concorda com o argumento de que o art. 39, par. 1º, C.F. deve ser colacionado, para desate da lide. Tem ele a seguinte redação:

“A lei assegurará aos servidores da administração direta, isonomia de vencimentos para cargos de atribuições iguais ou assemelhadas do mesmo Poder, ou entre servidores dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, ressalvadas as vantagens de caráter individual e as relativas à natureza ou ao local de trabalho.”

A ementa do aresto proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 14-DF, é esclarecedora do pensamento do Supremo Tribunal Federal, de inquestionável autoridade como Corte Constitucional que é:

“Relator: O Sr. Ministro Célio Borja.

Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros.

Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional.

Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros.

O parágrafo 2º do art. 2º da Lei Federal nº 7.721, de 06 de janeiro de 1989, quando limita os vencimentos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal — computados os adicionais por tempo de serviço — à remuneração máxima vigente no Poder Executivo, vulnera o art. 39, § 1º, **in fine**, da Constituição, que sujeita a tal limite apenas os vencimentos, excluídas as vantagens pessoais. Compatibilidade do conceito de vencimentos estabelecido na Lei Complementar nº 35/79 e em outros artigos da Lei Maior com a exegese ao aludido dispositivo constitucional.

Procedência parcial da ação para declarar inconstitucionais as expressões "... e vantagens pessoais (adicionais por tempo de serviço)..., constantes do § 2º, art. 2º, da Lei 7.721/89."

Por seu turno, o art. 17 das Disposições Constitucionais Transitórias é de aplicar-se a hipóteses em que vencimentos, remuneração, vantagens e adicionais estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição, o que não é o caso, como demonstrado, uma

vez que, como argumentado no voto vencido, "a aposentadoria é um prêmio concedido ao funcionário depois de longo tempo de serviço e os proventos têm a garantia constitucional para protegê-los" (art. 40, par. 4º, da C.F./88).

Parece, assim, à Subprocuradoria Geral da República, nos termos do voto vencido e do precedente do Supremo Tribunal Federal, que o texto constitucional, ao impor teto de remuneração aos servidores públicos (art. 37, inciso XI), exclui dessa limitação as vantagens de caráter individual e as relativas à natureza ou ao local de trabalho (art. 39, p. 1º, da C.F.). Faz-se, assim, interpretação sistemática, buscando-se solução que concilie as disposições constitucionais referidas, sem apego ao conceito tradicional de *vencimentos e remuneração*, nomenclatura essa adotada sem uniformidade de sentido no Texto Maior.

Manifesta-se, por conseguinte, pelo provimento ao recurso, para concessão do *writ*, nos termos de sua formulação inicial."

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ANSELMO SANTIAGO (Relator): Como acentua com acerto o pronunciamento ministerial, firmou-se a jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal, em relação à matéria, no sentido de

que são imunes ao teto de remuneração previsto no art. 37, XI, da Constituição Federal as vantagens pecuniárias de natureza pessoal percebidas pelos servidores públicos.

Evidencia a consolidação desse magistério jurisprudencial emanado da Suprema Corte a decisão monocrática do eminente Ministro Celso de Mello, não conhecendo do RE nº 171.647-9/CE (DJ de 17.10.94 — Seção I — pág. 27.839), da qual destaca o essencial à solução da controvérsia posta em debate:

“É inquestionável que nenhum servidor público vinculado ao Poder Executivo estadual poderá receber estipêndio que supere os valores pecuniários percebidos, a qualquer título, como remuneração, por Secretário de Estado.

A limitação constitucional imposta aos servidores públicos, em tema de estipêndio funcional, decorre de norma impositiva consubstanciada no art. 37, XI, da Carta Política.

Trata-se de preceito normativo que, além de alcançar a generalidade dos agentes estatais situados em qualquer instância de poder, tem por destinatários todos os entes políticos que compõem o Estado Federal.

A eventual superação desse limite impede que se atribua, com fundamento em suposto direito adquirido, legitimidade ao excesso pecuniário percebido pelo servidor público, eis que situações in-

constitucionais não podem justificar o reconhecimento de quaisquer direitos.

Esse entendimento — segundo o qual não há direito adquirido contra o disposto na Constituição — assenta-se no postulado da irrecusável supremacia das cláusulas constitucionais e reflete tanto a posição do magistério doutrinário (**Carlos Maximiliano**, “Direito Interporal”, pág. 325, item n. 280; **Pontes de Miranda**, “Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 01 de 1969”, tomo VI/385-392, 2ª ed., 1974, RT; **Celso Ribeiro Bastos**, “Comentários à Constituição do Brasil”, vol. 2/191, 1989, Saraiva; **Pinto Ferreira**, “Comentários à Constituição Brasileira”, vol. 1/148-149, 1989, Saraiva; **Francisco Campos**, “Pareceres do Consultor-Geral da República”, vol. 29/386) quanto à orientação jurisprudencial dos Tribunais, especialmente do Supremo Tribunal Federal (RDA 24/57 — RDA 34/205 — RDA 38/259 — RDA 54/215 — RDA 108/65 — RF 134/423 — RTJ 68/9-15).

É por essa razão que **José Cretella Júnior**, ao advertir que situações inconstitucionais não dão ensejo à aquisição de direitos, observa, *verbis*:

“Todo vencimento, toda remuneração, todos os adicionais, assim como todos os proventos de aposentadoria percebidos pelos servidores públicos devem

encontrar base constitucional. Não há nenhum direito adquirido fundado a não ser em norma legal. A **contrario sensu**, toda percepção mencionada, percebida em desacordo com a Constituição, deverá ser reduzida ao limite desta decorrente, não se admitindo, na hipótese, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso, a qualquer título.” (“Comentários à Constituição de 1988”, vol. IX/4.716, item n. 105, 1993, Forense Universitária).”

Sendo esse o quadro normativo emergente do novo sistema de direito constitucional positivo, cumpre ressaltar, uma vez mais, que a remuneração percebida por Secretários de Estado traduz paradigma de observância compulsória, no que se refere aos servidores do Poder Executivo local, de tal modo que esse teto constitucional, por revelar-se inultrapassável, qualifica-se como fator de indiscutível limitação aos valores estipendiários devidos aos agentes públicos vinculados a esse Poder.

Impõe-se ressaltar, no entanto, que as retribuições pecuniárias devidas ao servidor público em razão de circunstância de ordem pessoal ou de caráter funcional (natureza ou local de trabalho não se incluem no cômputo geral da remuneração para efeito de incidência do teto constitucional.

As vantagens de ordem pessoal ou aquelas que se refiram à natureza ou ao local de trabalho traduzem, na realidade, benefícios resultantes da situação funcional particular de cada agente público.

Por efeito de expressa disposição constitucional (CF, art. 39, § 1º), tais vantagens pecuniárias acham-se excluídas dos valores remuneratórios a serem considerados na definição do estipêndio funcional, tendo presente o teto fixado pela Constituição.

Isso significa, na perspectiva delineada pelo caso presente, que as vantagens pecuniárias percebidas pelos servidores militares estaduais ora recorridos — *indenização e gratificação de representação* —, *qualificando-se como benefícios concedidos propter laborem*, ostentam, para os fins a que se refere o art. 37, XI, da Carta Política, posição de absoluta neutralidade jurídica. O valor pecuniário que delas resulta revela-se indiferente ao legislador constituinte, posto que este, ao dispor sobre o estipêndio funcional, ressaltou, de modo explícito, as vantagens devidas em caráter pessoal e concedidas **propter laborem**, estabelecendo critério objetivo que permite distingui-las, *para o específico efeito de incidência do teto constitucional*, dos vencimentos pagos aos servidores públicos.

É por essa razão que a jurisprudência do STF, especialmente a partir da doutrina consagrada no

juízo da ADIn nº 14, Rel. Min. Célio Borja (RTJ 130/475), tem proclamado que se excluem do teto constitucional fixado pelo art. 37, XI, da Carta Política, as gratificações de representação, ainda que incorporadas à remuneração do servidor público por força de legislação local, posto que tais gratificações constituem típicas modalidades de retribuição de caráter pessoal (Ag nº 154.555-CE (AgRg), Rel. Min. Sepúlveda Pertence; RE 141.788-CE, Rel. Min. Sepúlveda Pertence).”

No caso concreto dos autos, a Administração Pública Fluminense abateu dos proventos dos impetrantes, a título de “Excesso Lei nº 1.373/88”, a partir do mês de março de 1991, os valores que ultrapassaram a remuneração percebida pelos Secretários de Estado, atingindo de modo indiscriminado as parcelas que, reunidas, formam os proventos dos recorrentes, entre as quais, sem dúvida, as qualificadas como de natureza pessoal, atitude que se revela ilegítima frente à ressalva do art. 39, § 1º, da Carta Magna.

Acrescento, no **tema decidendum**, que em situação jurídico-administrativa virtualmente idêntica, com a diferença de que o recorrente era o Estado do Rio de Janeiro, o Supremo Tribunal Federal manteve a decisão local concessiva do *writ* (Ag nº 161.417-0-RJ, Min. Ilmar Galvão, D.J. de 18.08.94 — Seção I —, pág. 20.807).

Cuidava-se, ali, como sintetizou o eminente Relator, “de mandato de

segurança impetrado contra os Secretários de Estado da Polícia Militar, da Administração e de Economia e Finanças do Estado do Rio de Janeiro, que determinaram a observância da Lei nº 1.373/88, a qual estabeleceu o teto de remuneração do servidor público, desconsiderando que as parcelas de caráter pessoal, já incorporadas à remuneração, não se sujeitam ao teto constitucional.”

Esclareço, quanto ao ponto, que o diploma legislativo estadual referido é o mesmo aplicado aos recorrentes para reduzir-lhes os proventos. E mais: a ementa que encima o acórdão tido por harmônico com a orientação do Supremo Tribunal Federal exhibe conteúdo semelhante ao da redigida para o voto vencido (f. 136), da lavra do insigne Desembargador Mello Serra.

É preciso reconhecer, todavia, que a lição jurisprudencial deste Colendo Superior Tribunal de Justiça, em particular, da Egrégia Terceira Seção, registra precedentes segundo os quais é legal a redução de parcela dos proventos de servidores públicos inativos para observância do limite máximo de remuneração (MS nº 2.392-2-DF e MS nº 2.401-0-DF, Rel.: Ministro José Cândido de Carvalho Filho, D.J. de 22.11.93 — Seção I — pág. 24.869; MS nº 2.420-3-DF, Rel.: Ministro Assis Toledo, D.J. de 08.11.93 — Seção I — pág. 23.497).

Reflete tal orientação, dentre outros, o acórdão proferido no MS nº 2.306-5-DF, Relator o eminente Ministro Jesus Costa Lima, resumido nesta ementa (D.J. de 11.10.93 — Seção I — pág. 21.279), **verbis**:

“Constitucional e Administrativo. Funcionários. Teto dos proventos no âmbito de cada Poder. Legalidade.

1. A Constituição estabelece — art. 37, XI — um comando para que a lei fixe o valor máximo da remuneração dos servidores dentro do âmbito de cada Poder. Assim, no Executivo, a recebida pelo Ministro de Estado; no Legislativo, os subsídios dos parlamentares e, no Judiciário, os vencimentos percebidos pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal. De outra parte, o artigo 17 do ADCT manda que os proventos de aposentadoria pagos em desacordo com esses tetos sejam imediatamente reduzidos aos limites decorrentes, sem que se possa invocar direito adquirido ou redutibilidade de vencimentos. Portanto, se os impetrantes eram servidores do Poder Executivo, o teto a ser obedecido é a remuneração do Ministro de Estado.

2. Inexistência de ilegalidade ou de abuso de poder, se a autoridade cinge-se a cumprir os estritos limites traçados na lei, obedecendo o teto máximo da remuneração atribuída a Ministro de Estado.

3. Precedentes.

4. Segurança denegada.”

Nenhum dos arestos paradigmáticos, entretanto, examinou a particularíssima e significativa questão relativa a inclusão das vantagens

pecuniárias individuais na composição do teto constitucional previsto no art. 37, XI, do Estatuto Político da União, o que me deixa a cavalheiro para adotar, neste caso, em que a discussão vem a lume, o entendimento firmado a respeito pelo Colendo Supremo Tribunal Federal.

Frente às razões expostas, dou provimento ao recurso para excluir do cômputo geral de remuneração, para efeito de incidência do teto constitucional, as gratificações pessoais incorporadas aos proventos dos servidores públicos recorrentes.

É como voto.

VOTO — VISTA

O SR. MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO: A Constituição da República registra a igualdade de vencimentos e proventos. Nessa extensão deve ser interpretado o disposto no art. 17, ADCT. A Carta Política, visando a tornar eficaz esse dispositivo, de modo radical estatuíu que, para tanto, não poderia ser invocado direito adquirido. Em outras palavras, para evitar qualquer excesso, ajustar-se-iam, imediatamente, todas as situações jurídicas. Com isso, nivelaram-se vencimento e provento. E mais, seriam, imediatamente, ajustado se, “em desacordo com a Constituição”. Visou, dessa forma, efetivar o princípio da isonomia.

“Remuneração”, “vencimento”, “vencimentos”, “proventos” são vocábulos que, muitas vezes, não são em-

pregados tecnicamente. E mais, empregados na Constituição, nem sempre reproduzem os conceitos originários do Direito Administrativo.

A teleologia do dispositivo da Constituição evidencia que a norma (ADCT, art. 17) teve em mira igualar todas as situações objetivamente, ou seja, sem levar em consideração situações subjetivas. O *distingo* resulta do princípio da isonomia. Assim, não faz sentido, a contraprestação do serviço público ser maior, ou menor, tendo em vista as características do cargo, ou da função. Todo analista de sistema, por exemplo, deve perceber o mesmo pagamento a qualquer outro analista de sistema,

tomando-se como referência as características do cargo, ou de sua classificação.

Só assim, dar-se-á a interpretação exata ao disposto no art. 39, § 1º, da Constituição ao ressaltar “as vantagens de caráter individual e as relativas à natureza ou ao local de trabalho”. Aqui, atuam as características subjetivas. Somente tendo-as em conta, respeitar-se-á o princípio da isonomia, ou seja, a igualdade dos desiguais.

Conheço do recurso. Dou-lhe provimento para conceder a segurança, excluindo-se do desconto as verbas de caráter individual.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 5.111-0 — SP
(Registro nº 94.0038081-0)

Relator: *O Sr. Ministro William Patterson*

Recorrente: *Luiz Valter Pereira da Silva*

Advogados: *Antônio dos Santos e outros*

Tribunal de Origem: *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*

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

EMENTA: *Processual. RMS. Recurso sem forma definida. Pedidos impertinentes.*

— O encadeamento ilógico das proposições que compõem os argumentos impedem o conhecimento preliminar de situação jurídica subjetiva do impetrante efetivamente lesada ou potencialmente ameaçada.

— Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Brasília, 11 de setembro de 1995 (data do julgamento).

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

Publicado no DJ de 30-10-95.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: Luiz Valter Pereira da Silva, por seu advogado, intenta o presente Recurso em Mandado de Segurança, contra decisão proferida pelo Pleno do Tribunal de Justiça de São Paulo, que, por votação unânime, indeferiu as petições iniciais dos Mandados de Segurança nºs 19.554 e 19.555, decretando a extinção dos processos sem julgamento do mérito, nos termos dos arts. 267, I, 295, I e parágrafo único, inciso II, do CPC.

O voto condutor do acórdão recorrido, assevera fls. 157/162:

“A decisão impugnada limitou-se a negar seguimento a recurso não previsto em lei, que o impetrante interpusera contra descabido agravo regimental oposto a decisão outra, que indeferira impertinente correição parcial contra v. acórdão, que julgara recurso em sentido estrito, mantendo sentença de pronúncia, menos quanto à inclusão do nome do réu no rol dos culpados.

A inicial não estabelece qualquer vinculação lógica entre os fatos alegados e a decisão impugnada, cujos motivos sequer discute.

Observe-se que a anulação da decisão atacada pelo *writ*, se fosse decretada só para argumentar, jamais determinaria qualquer alteração nos julgados do Juízo originário e em sede recursal, ou em **habeas corpus**, ao revés do que se postula nas impetrações. Há, em suma, manifesta incompatibilidade lógica entre os fundamentos, que informam a **causa petendi** e o pedido de cada petição vestibular.

Ante o nível das petições iniciais, remetam-se cópias das mesmas e deste acórdão à O.A.B. — Seção de São Paulo para eventuais providências.”

No presente recurso o recorrente após citar vários artigos do CPC, inúmeras leis e revistas dos Tribunais, conclui fls. 181:

“Do pedido: Pretende o recorrente o cumprimento de todos os

requerimentos, provas, declarações de pobreza, procuração, dispositivos legais, constitucionais, jurisprudenciais contidas nesta e inclusas de fls.: 2/7, 45, 47, 166/167. Principalmente as jurisprudenciais contidas nesta, **ab ovo**. Pretendem as nulidades e reformas, reconsideração, retratação, complementação das decisões, despachos, parecer, v. acórdãos julgados de fls.: 51/58, 59/139 e 141/145, 149/152, 157/162, 171/173. Pretende o prequestionamento, divergência, uniformização e unificação de todas as jurisprudências. Pretende o cumprimento do artigo 125, I, II, arts. 126, 130, 446, I, II, 339, 340, I, II, III, art. 341, I, II, todos do CPC.”

O Ministério Público Federal, opina pelo improvido do recurso editando a seguinte ementa — fls. 201/203:

“Recurso ordinário em mandado de segurança — Mandamus tido como inepto, com a extinção do processo sem julgamento do mérito recurso que mantém o mesmo vício ademais, impetração de flagrante inutilidade.”

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON (Relator): Transcrevo a conclusão de manifestação do Ministério Público do Estado de São Paulo — fls. 191:

“No caso concreto, todavia, o recorrente não se teve no aspecto da admissibilidade da tutela jurisdicional, e, olvidando sempre não ter sido julgado o mérito, trouxe aos autos mais petição inepta. Exposições em que — como naquela de embargos declaratórios — “os argumentos postos são alguns de nenhuma compreensão ou motivação, como os alusivos à jurisprudência não aplicada, ao cerceamento de defesa, às normas legais e constitucionais apontadas como descumpridas...” (fls. 172)

Em suma, o mesmo encadeamento ilógico das proposições que compõem os argumentos da inicial reforçam, aqui, o decreto de extinção do feito. E autorizam neste improvido o recurso.”

Por sua vez o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Dr. Celso Roberto da Cunha Lima, afirma — fls. 202:

“O recurso, embora tempestivo, padece do mesmo mal, pois embarralha fatos, doutrina, jurisprudência, num autêntico cipal que não permite penetrar no âmago da questão.”

Efetivamente, o encadeamento ilógico das proposições que compõem os argumentos impedem o descortino preliminar de situação jurídica subjetiva do impetrante efetivamente lesada ou potencialmente ameaçada.

Após o confuso pedido transcrito no relatório, o recorrente conclui o

recurso da seguinte forma: — fls. 182.

“A *vista do exposto* e pelo todo alegado nesta e nos autos, requer-se a V. Exa., se digne processar e dar provimento ao competente recurso ordinário em mandado de segurança nos conformes dos artigos, supracitados c/c requerimentos, provas, declaração de pobreza, dispositivos legais, constitucionais e jurisprudências as de fls. 2/7, 45, 47, 166/167 e jurisprudências invocadas e inclusas nesta **ab ovo**, para que, sejam afasta-

das todas as irregularidades contidas nas r. decisões, despachos, parecer e julgados de fls. 51/58, 59/139, 141/145, 149/152, 157/162, 171/173, para que, os julgadores se retratem, se considerarem, reformem e complementem e tornem nulas todas as suas decisões e julgados em face das irregularidades contidas nos autos **ab ovo**. Prossiga-se o feito.”

Nada mais precisará ser dito para se realçar o acerto do v. acórdão recorrido.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

RECURSO ESPECIAL Nº 31.521-0 — PR

(Registro nº 93.0001406-4)

Relator: *O Sr. Ministro William Patterson*

Recorrente: *Ministério Público do Estado do Paraná*

Recorrido: *Darci Francisco de Mello (preso)*

Advogado: *Dr. José Aparecido Froes*

EMENTA: *Processual Penal. Júri. Soberania, qualificadora.*

— A qualificadora no homicídio não é mera circunstância da pena, mas do crime. Reconhecida pelo júri, o Tribunal não pode, ainda que sob o fundamento de considerá-la contrária à prova dos autos, desclassificar o crime e retificar a pena, no julgamento da apelação.

— Preserva-se a soberania do júri, ocorrendo a hipótese, submetendo-se o réu a novo veredicto popular.

— Precedentes do STJ.

— Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso especial por ambos os fundamentos e lhe dar provimento para que o réu se submeta a novo julgamento. Votaram os Srs. Ministros Luiz Vicente Cernicchiaro, Anselmo Santiago, Vicente Leal e Adhemar Maciel.

Brasília, 18 de setembro de 1995 (data do julgamento).

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

Publicado no DJ de 13-11-95.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: Trata-se de recurso especial manifestado com fulcro no art. 105, III, alíneas a e c, hostilizando acórdão da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Paraná, de cuja ementa se lê:

“Homicídio — Meio cruel — Circunstância qualificadora reconhecida pelos jurados — Erro no tocante ao seu julgamento que importou em erro na aplicação da pena — Provimento do apelo para, com fulcro no item III, letra c do artigo 593 do Código de Pro-

cesso Penal, afastar a qualificadora, reduzindo, em decorrência, a reprimenda — Precedentes jurisprudenciais.”

Sustenta o recorrente violação ao disposto no art. 593, inciso III, letra c, do Código de Processo Penal, bem como a ocorrência de divergência com a jurisprudência de outros Tribunais, trazendo à colação, a guisa de paradigma, o RHC nº 66.334-6/SP, examinado pelo Supremo Tribunal Federal, assim ementado:

“Recurso em Habeas Corpus nº 66.334-6-SP” (Tribunal Pleno)

Relator: O Sr. Ministro Moreira Alves

Paciente: Divacy Emiliano de Oliveira

Coator: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

“Habeas corpus. Júri. Apelação do Ministério Público contra a acolhida pelo Júri de qualificadora do crime. Alegação de ilegalidade do acórdão que, dando provimento à apelação, determinou que o paciente fosse submetido a novo Júri. Interpretação do art. 593, III, c, do Código de Processo Penal.

O artigo 593, III, c, do Código de Processo Penal se refere a erro ou injustiça praticados pelo Juiz-Presidente quando da aplicação da pena ou da medida de segurança, e não sobre qualquer ponto a respeito do qual se tenha manifestado o Júri em seu veredicto.

Sendo a qualificadora elemento accidental do crime, e não circunstância da pena, o erro em seu julgamento não enseja apelação com fundamento na letra **c** do inciso III do artigo 593 do C.P.P., mas, sim, na letra **d** desse dispositivo (quando “for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos”), e, conseqüentemente, o seu provimento — como ocorreu no caso concreto — acarretará seja o réu submetido a novo julgamento pelo Júri.

Habeas corpus indeferido.” (STF — RHC nº 66.334-6-SP — rel. Min. Moreira Alves — DJU 19.05.89).”

Postula o recorrente, ao final, que este Tribunal casse o acórdão recorrido, determinando, em conseqüência, seja o réu submetido a novo julgamento perante o Tribunal do Júri, a teor do disposto na alínea **d**, do inciso III, do art. 593, do Código de Processo Penal.

Admitido o recurso, manifestou-se, aqui o Ministério Público Federal, pelo conhecimento do recurso especial, por ambas as alíneas, mas, apenas, para o fim de cassar o acórdão proferido, restaurando-se, todavia, a plenitude do veredicto popular e da sentença do juiz-presidente.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON (Relator): A questão a ser deslindada é: Pode o Tribunal

de Justiça afastar a circunstância qualificadora do homicídio, reconhecida pelo Conselho de Sentença, e, em conseqüência, reduzir a reprimenda?

O recorrente ao elencar as suas razões, analisa, com precisão, o tema jurídico, abonando os argumentos delineados no já transitado RHC — nº 66.334-6-SP, para concluir que não é correto afirmar-se que a qualificadora é mera circunstância da pena, mas do crime.

Ora, outro não tem sido o entendimento deste Superior Tribunal conforme se vê através das seguintes ementas:

“Processo Penal. Júri. Qualificadora.

A qualificadora é elemento do crime, e não circunstância da pena, pelo que, na hipótese de o Júri acolhê-la, contrariamente à prova dos autos, a conseqüência é a submissão do réu a novo julgamento popular, não podendo o Tribunal simplesmente excluí-la e retificar a pena. Precedentes.

Recurso conhecido e provido”. (Rel. Min. Costa Leite — in DJ 26/11/90).

“Processual Penal. Júri. Soberania.

Reconhecida pelo Júri circunstância qualificadora do crime de homicídio, não pode o Tribunal, sob fundamento de considerá-la contrária à prova dos autos, desclassificar o crime e retificar a pena, no julgamento da apelação.

Ocorrendo essa última hipótese, a solução que preserva a soberania do Júri é a submissão do réu a novo julgamento.

Recurso especial conhecido e provido.” (Rel. Min. Assis Toledo — in DJ — 17/10/94).

O eminente Ministro Vicente Cernicchiaro ao examinar caso semelhante fez extensa análise da doutrina estrangeira a respeito do assunto, concluindo na mesma linha de raciocínio dos precedentes citados.

Ao ensejo, peço, vênia para transcrever os seguintes lances contidos no voto proferido no REsp nº 13.768-SP:

“Assim, não tenho dúvida, dado adotar a concepção de o tipo do injusto ser um corte da realidade, o tipo legal de crime alberga a culpabilidade. O homicídio qualificado é um dos casos.

Distinta é a situação das circunstâncias aplicáveis às infrações genericamente consideradas adaptáveis, como regra geral, a qualquer delito. Daí a redação do art. 61 do Código Penal, cujo rol só é aplicável se cada caso não constituir ou qualificar o crime.

Ao lado de tais considerações quanto à natureza jurídica do crime qualificado, relevante se faz invocar a soberania do Tribunal do Júri (Const., art. 5º, XXXVIII, c). Aliás, mitigada apenas quando a decisão for manifestamente contrária à prova dos autos. Mesmo assim, o julgamento será anulado. Jamais reformado.

Ainda. O Júri é questionado especificamente quanto às qualificadoras e genericamente a respeito das agravantes e atenuantes.

O art. 484, IV do Cód. Proc. Penal é incisivo:

“Se for alegada a existência de causa que determine aumento de pena em quantidade fixa ou dentro de determinados limites, ou de causa que determine ou faculte diminuição de pena, nas mesmas condições, o juiz formulará os quesitos correspondentes a cada uma das causas alegadas.”

E o mesmo art. 484, parágrafo único dispõe:

“Serão formulados quesitos relativamente às circunstâncias agravantes e atenuantes, previstas nos arts. 44, 45 e 48 do Cód. Penal, observado o seguinte:

I — para cada circunstância agravante, articulada no libelo, o juiz formulará um quesito;

II — se resultar dos debates o conhecimento da existência de alguma circunstância agravante, não articulada no libelo, o juiz, a requerimento do acusador, formulará o quesito a ela relativo;

III — o juiz formulará sempre um quesito sobre a existência de circunstâncias atenuantes, tenham ou não sido articuladas ou alegadas;

IV — se o júri afirmar a existência de circunstâncias atenuantes, o juiz questionará a respeito das que lhe parecerem aplicáveis ao caso, fazendo escrever os quesitos respondidos afirmativamente, com as respectivas respostas.”

O Júri, assim, responde a respeito do fato delituoso e de circunstâncias referentes à aplicação da pena. E o faz soberanamente, ou seja, de modo a não ser contestado pelo Presidente ou julgado de 2ª instância. Nada pode ser acioado de errado ou injusto. O úni-

co tempero, registrou-se, será a anulação do julgamento, quando manifestamente contrário à prova dos autos.

O Presidente do Tribunal do Júri, no aplicar a pena, vincula-se às respostas, ainda que outra seja a sua convicção pessoal.”

Ante o exposto, conheço do recurso, por ambos os fundamentos, dando-lhe, em consequência, provimento, a fim de que o réu seja submetido a novo julgamento pelo Tribunal do Júri.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 52.744-0 — SP

(Registro nº 94.0024997-7)

Relator: *O Sr. Ministro William Patterson*

Recorrente: *Pichu Mercadinho da Criança Ltda.*

Advogados: *Drs. Flávio Lemos Belliboni e outros, e Ubiratan Mattos e outros*

Recorrida: *Therezinha Cecília Marina Mesquita de Castro*

Advogado: *Dr. Paulo Sérgio Ferreira de Castro*

EMENTA: Locação. Ação renovatória. Decadência. Citação. Prazo.

— Se o atraso na citação decorreu de culpa da máquina judiciária, sendo certo, ainda, que a parte cumpriu, oportunamente, suas obrigações processuais, descabe invocar a exigência do § 3º do art. 319, do CPC, atualmente já revogada, como condição de prorrogação do prazo previsto no caput.

— Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

Brasília, 12 de setembro de 1995 (data do julgamento).

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

Publicado no DJ de 30-10-95.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: O digno Presidente do Colendo Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, assim relatou a espécie, ao apreciar a admissibilidade do procedimento:

“Trata-se de recurso especial, interposto por locatária em autos de ação renovatória de contrato de locação, com fundamento no artigo 105, III, a e c da Constituição Federal, sob a alegação de ofensa aos artigos 141, II, 143, I, 219, §§ 1º e 2º, 263 do Código de Processo Civil, 51, III, § 5º da Lei

8.245/91. Indica julgados para confronto e, ainda, pleiteia o recebimento do recurso no duplo efeito, pedido, entretanto, não passível de apreciação nesta oportunidade, de vez que tal análise exorbita os limites da competência desta Presidência, que se confina ao exame de admissibilidade do recurso interposto.”

Decidiu pelo prosseguimento do recurso ao entender que as conclusões do acórdão recorrido agita questão federal suscetível de exame pela via escolhida, bem como a jurisprudência divergente citada enseja igual solução.

O Ministério Público Federal, opinou pelo não conhecimento do recurso (fls. 332/336).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON (Relator): Extraio do v. acórdão recorrido os seguintes lances:

“O prazo determinado da locação sob exame tinha seu término assinado em 1º de fevereiro de 1992 (cfr. fl. 22), quando, em 26 de julho de 1991, se protocolizou a inicial desta ação renovatória (cfr. fl. 2). Proferiu-se o despacho liminar em 31 de julho seguinte, determinando-se a citação da locadora (fl. 78), o que só ocorreu em 25 de setembro posterior (fl.

83), sem que, no interregno, se tenha observado o disposto no artigo 219 - § 3º, Código de Processo Civil.

A sentença de origem, com es-
peque em que, ao se efetivar essa
citação, já emergira a decadência,
extinguiu o processo.

Adversando-a, a inquilina, em
seu apelo, sustenta que lhe era
bastante a distribuição do pedido
e que, em todo caso, não pode res-
ponder pelo retardamento na cita-
ção.”

E, mais adiante, após citar juris-
prudência e doutrina em abono da
tese acolhida, acrescenta:

“Quanto à demora da citação,
cumpre distinguir entre esse re-
tardamento (a) em si mesmo e (b)
num aspecto modal. Se ao atraso
na citação não deu causa o locatá-
rio, o retardamento não propicia
fatalmente a decadência, consoan-
te amplo entendimento jurispruden-
cial.”

Finalmente, condicionou a não
consumação da decadência, pelo
atraso na citação, atribuível ao ser-
viço auxiliar da Justiça, à providên-
cia prevista no § 3º art. 219, do CPC.

A regra adjetiva dispõe:

“Art. 219

§ 3º Não sendo citado o réu, o juiz
prorrogará o prazo até o máximo
de noventa (90) dias, contanto

que a parte o requeira nos cinco
(5) dias seguintes ao término do
parágrafo anterior.”

A recente Lei nº 8.952, de 13.12.94,
excluiu a cláusula final do dispositi-
vo. Alegar-se-á que a alteração não
alcança a hipótese, pois consumada
na vigência do texto acima transcri-
to. Acontece, porém, que foi construí-
da orientação jurisprudencial em
torno do art. 219, do CPC, levando
em conta as dificuldades de citação,
decorrentes do mecanismo da Justi-
ça. É o que se vê da Súmula nº
78-TRF e, agora Súmula nº 106-STJ.

Parece evidente não ter sido ques-
tionado, nessa linha conceptiva, ou-
tros aspectos, inclusive a cláusula fi-
nal no § 3º daquele preceito. A posi-
ção pretoriana não condicionava, co-
mo não condiciona, o atraso na cita-
ção por culpa da burocracia judi-
ciária, a qualquer ocorrência. E isto
parece de uma lógica irrefutável. Se
a parte cumpriu a sua obrigação,
oportuno tempore, não seria ad-
missível que ainda tivesse de fazer
qualquer requerimento pleiteando a
prorrogação do prazo.

O art. 219, § 3º, prevê situação
que não envolve tal circunstância, ou
seja, a culpa do Judiciário pelo atra-
so na citação. O legislador não pre-
viu esse fato negativo. Daí a razão
de entendimento no sentido de não
acarretar maior encargo àquele que
agiu com presteza.

A alteração do texto, ao contrário
do que se pretende fazer crer, veio

consolidar uma remansosa jurisprudência, estratificada diante de fatos objetivos que não se coadunavam com a sistemática processual.

A prescrição e a decadência punem o negligente, o omissor, o desatento às suas obrigações. Não podem os institutos jurídicos servir de pretexto para, de certa forma, encampar distorções do comportamento judicial.

Como se não bastasse, o art. 51, inciso II, § 5º, da Lei nº 8.245, de 1991, que regula as locações comerciais, é explícita em estabelecer a causa motivante da decadência, isto é, a falta de propositura da ação renovatória nos prazos ali previstos. Isso não acontece com o Recorrente.

Ante o exposto, conheço do recurso especial, por ambas as alíneas e dou-lhe provimento.

RECURSO ESPECIAL Nº 55.168-4 — RJ

(Registro nº 94.0030516-8)

Relator: *O Sr. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro*

Recorrente: *Editora O Dia Ltda.*

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

Advogados: *Drs. José Scalfone Neto e outros*

EMENTA: *REsp — Criança e adolescente — ECA — Sanção administrativa — Adolescente — Falecimento. A criança e o adolescente têm direito ao resguardo da imagem e intimidade. Vedado, por isso, os órgãos de comunicação social narrar fatos, denominados infracionais, de modo a identificá-los. O fenômeno ganha grandeza singular quando a criança e o adolescente integram classe social menos favorecida. Adjetivos desairosos, então, passam a estigmatizar a pessoa. Ainda que agentes de conduta ilícita, não podem ser vilipendiados, expostos à execração pública. O falecimento não modifica o raciocínio. Também quando mortos são dignos de proteção, em homenagem à honra.*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos vo-

tos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, não conhecer do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram os Srs. Ministros Anselmo Santiago, Vicente Leal e

Adhemar Maciel. Ausente, por motivo de licença, o Sr. Ministro William Patterson.

Brasília, 28 de agosto de 1995 (data do julgamento).

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

Publicado no DJ de 09-10-95.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO: Recurso Especial interposto pela Editora O Dia Ltda. contra v. acórdão do Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro cuja ementa traduz a síntese do julgado:

“Conselho da Magistratura. Apelação interposta contra sentença de Juiz da Infância e da Juventude que aplicou multa, a editora de jornal, por infração administrativa, constante na divulgação, em noticiário policial, do nome e endereço completos do menor, identificando-o como viciado e traficante. Do direito que tem o menor infrator de ver sua imagem resguardada por força do estatuído no artigo 247 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Sentença de primeiro grau mantida” (fls. 46).

O recorrente, com base na alínea a do permissivo constitucional, argúi contrariedade do art. 247 do Estatu-

to da Criança e do Adolescente, alegando que em caso análogo, julgado pela 2ª Turma do mesmo Conselho da Magistratura, fora adotado entendimento em sentido contrário ao ora recorrido.

Sustenta:

“A falha do acórdão ora recorrido, **data venia**, se dá justamente na valoração legal da prova, de vez que há entendimento que com a morte do menor cessa a infração ao artigo 247 do Estatuto da Criança e do Adolescente, como se pode constatar do incluso acórdão proferido por outra Turma do mesmo Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, cuja decisão é no sentido absolutamente contrário à decisão recorrida, decisão essa prolatada em apelação decorrente também de Representação apresentada pelo Ministério Público, em situação absolutamente idêntica à destes autos, julgada recentemente pela Segunda Turma, composta pelos Desembargadores Dalmo Silva, Humberto Manes e Genarino Carvalho, sendo interessado o jornal “A Notícia”.

No acórdão acima citado, a Turma entendeu não só que a morte superveniente do menor afasta a ocorrência de infração do artigo 247 do ECA, isto é, que o falecimento seria causa de exclusão daquela infração, como também que a morte teria sido no caso em exame uma punição pertinente, de

vez que a impunidade que vem dominando o cenário policial brasileiro, tem produzido revolta no seio do povo que se tem por injustiçado diante de tanta impunidade” (fls. 52/53).

Contra-razões do Ministério Público Estadual às fls. 62/66.

Recurso Especial admitido por força de agravo de instrumento (fls. 94).

Parecer do Ministério Público Federal pelo não conhecimento do recurso (fls. 104/107).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO (Relator): O Estatuto da Criança e do Adolescente busca resguardar a pessoa, objeto de sua preocupação, evidenciando propósito de proteção. “Atos infracionais” são entendidos como referência a condutas definidas como infração penal. Todavia, a criança e o adolescente não cometem delito, ou contravenção penal. O texto revela preocupação de resguardá-las. Com isso, visa-se a evitar estigma, impedindo, assim, que o futuro seja afetado.

Nada mais perigoso o menor ser definido e conhecido como agente de condutas ilícitas; forma-se rejeição à pessoa, em instante em que a personalidade precisa de resguardo a fim de não gerar repulsa da sociedade. O

fenômeno ganha grandeza singular quando a criança e o adolescente integram classe social menos favorecida, na posição social, de que a condição econômica, quase sempre é requisito de aceitação. Adjetivos desairosos passam, então, a estigmatizar a pessoa.

O art. 247, da Lei nº 8.069/90, dispõe:

“Divulgar, total ou parcialmente, sem autorização devida, por qualquer meio de comunicação, nome, ato ou documento de procedimento policial, administrativo ou judicial relativo a criança ou adolescente a que se atribua ato infracional”.

O v. acórdão recorrido, relatora a ilustre Desembargadora Áurea Pimentel Pereira, encerra:

“Como bem assinalou o Dr. Juiz **a quo**, em sua bem lançada sentença, a prática da infração administrativa, pela apelante, ficou plenamente caracterizada, tendo consistido na publicação, feita no jornal “O Dia” de noticiário policial, no qual o menor André Luiz Gonçalves de Almeida, teve seu nome completo e endereço, divulgados com a indicação, de que o mesmo seria viciado e traficante” (fls. 47).

O recorrente, como razões de recorrer, invoca e postula igual tratamento, acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro,

cujo pormenor reclamado é este: a morte do menor retira a ilicitude, tornando-se descabida a sanção aplicada.

O acórdão paradigma ostenta a seguinte ementa:

“Representação. Razão assiste à defesa cuja finalidade é proteger o menor, que vai se desenvolver, resguardando seu futuro. Entretanto, o menor veio a falecer algumas horas depois de ser ferido. Foi punido com a pena de morte e não haveria pena maior, para um menor, com uma divulgação que acabou por servir de exemplo aos outros menores e seus responsáveis, com proveito para toda sociedade, cansada de tanta impunidade. Recurso a que se dá provimento” (fls. 58).

O aresto, não obstante seu ilustre relator, **data venia**, não sufraga o melhor entendimento.

A criança e o adolescente também tem direito à intimidade, ao resguardo de sua imagem. Se, eventualmente, praticar conduta ilícita, certo,

cumprirá sofrer as sanções. Não pode, contudo, ser vilipendiado e exposto à execração pública.

Os destinatários, diga-se assim, do ECA, como regra, são pessoas social, familiar e economicamente desprotegidos. Isso, contudo, não autoriza serem filmados, projetados na mídia escrita e eletrônica.

Sabe-se, quando isso acontece, exaure-se a condenação social. O estigma se faz presente. Difícil será restaurar a boa imagem.

E pouco importa haver morrido. Também os mortos são dignos de proteção. Caso contrário, a personalidade não ganha grandeza de amparo merecido.

O v. acórdão bem interpretou a norma jurídica. Norma, certo, de pouca eficácia, mercê do desamparo social das crianças e adolescentes a que pertencia a vítima.

Impõe-se, porém, ainda que lenta e pacientemente ter sensibilidade para fatos juridicamente relevantes, como o descrito nestes autos.

Não conheço do Recurso Especial.

RECURSO ESPECIAL Nº 57.531-1 — RS

(Registro nº 94.0037042-3)

Relator: *O Sr. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro*

Recorrente: *Nelson Seligmann Roithmann*

Recorrido: *Município de Porto Alegre*

Advogados: *Drs. Maristela Strieder e outros, e Ana Luísa Soares de Carvalho*

EMENTA: REsp — Processual Civil — Assistência judiciária — Revogação — A Constituição da República recepcionou o instituto de assistência judiciária. Não faria sentido, garantir o acesso ao Judiciário e o Estado não ensejar oportunidade a quem não disponha de recurso para enfrentar as custas e despesas judiciais. Basta o interessado requerê-la. Dispensa-se produção de prova. Todavia, deverá ser revogado o benefício, caso ocorra mudança na fortuna do beneficiário. A profissão gera vários indícios: moralidade, eficiência, cultura, posição social, situação econômica. O médico exerce atividade que, geralmente, confere status social e situação econômica que o coloca, como regra, na chamada classe médica. Presume-se não ser carente, nos termos da Lei nº 1.060/50. Não comete ilegalidade o Juiz que, ao ter notícia do fato, determina realizar prova da necessidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, não conhecer do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram os Srs. Ministros Adhemar Maciel, Anselmo Santiago e Vicente Leal.

Brasília, 13 de março de 1995 (data do julgamento).

Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 04-09-95.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO: Recurso Especial interposto por Nelson Seligmann

Roithmann, com apoio no art. 105, III, a e c da Constituição Federal, contra acórdão unânime da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Narram os autos que o acórdão atacado negou provimento a agravo de instrumento interposto de despacho que, em recurso de liquidação de sentença, revogou o benefício da Assistência Judiciária, que há oito anos lhe foi concedido.

Alega o recorrente que o v. aresto ofendeu o art. 4º da Lei 1.060/50, aos artigos 125, I e II, 334, IV do CPC, bem como divergência com decisões proferidas por outros Tribunais pátrios, uma vez que exigiu, para a concessão da Assistência Judiciária gratuita, a comprovação do estado de pobreza do beneficiário.

O apelo foi contra-arrazoado (fls. 73/85) e admitido com base na alínea c do permissivo constitucional (fls. 90/92).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO (Relator): O Recorrente sustenta que a vigente Constituição da República recepcionou a assistência judiciária. Não há dúvida. Assiste-lhe plena razão. Não faz sentido, garantir o acesso ao Judiciário, sem ensejar os meios necessários. Assim, designado Defensor a quem não possa contratar advogado, isentando o beneficiário, ademais, das custas e despesas judiciais.

Não se discute também bastar ao necessitado fazer afirmação da carência. Há presunção de veracidade. Somente prova em contrário impedirá a concessão do benefício.

O Recorrente afirmou que o Juiz foi precipitado, cancelara o benefício sem a produção da prova necessária. Aponta desrespeito ao disposto no art. 9º, Lei nº 1.060/50 e contraste jurisprudencial.

Mais uma vez, o Direito não pode ser analisado no plano meramente literal da lei.

Sem dúvida, o indeferimento e o cancelamento do benefício reclamam prova em contrário. Esta, contudo, produzida por todos os meios admitidos em Direito.

A prova, ademais, pode evidenciar-se em vários meios ou instrumentos. Além disso, também indiciária.

O Juiz, por exemplo, ante a constatação de mudança na fortuna do

patrimônio do beneficiário, deve modificar a situação jurídica. Impõe-se até por imperativo de isonomia.

No caso dos autos, a decisão impugnada é esta:

“J. O benefício da assistência gratuita foi concedido há oito anos (fl. 9). O autor é médico. Concedo-lhe cinco dias para provar (CF, art. 5º, LXXIV), que persistem as mesmas condições, pena de revogação do benefício. Em 01/06/93” (fls. 22).

O Recorrente, ao invés de promover a explicação, averbou o despacho de ilegal. Daí, o que se seguiu, revogado o benefício (fls. 24).

A teoria geral da prova e a legislação acolhem o — indício — como meio de prova.

A profissão gera vários indícios: de moralidade, de eficiência, de cultura, de posição social, de situação econômica.

O médico exerce atividade que, como regra, confere **status** social e situação econômica que o coloca, como regra, na chamada classe média.

Presume-se, assim, que o médico não é o carente de que trata a Lei nº 1.060/50. Não é, pois, miserável, no sentido jurídico do termo.

Andou bem o MM. Juiz; foi cauteloso, pedindo esclarecimento para caracterizar eventual exceção.

A parte foi rebelde, arrostando as conseqüências da inexplicável resistência.

O v. acórdão, Relator o ilustre Desembargador Luiz Gonzaga Pila Holmeister, é incensurável. Apreendeu, foi sensível à teleologia da norma.

O dissídio jurisprudencial não resiste ao confronto analítico. Os acór-

dãos trazidos à colação encerram que o benefício deve ser concedido quando solicitado e sua revogação depende de prova em contrário.

O aresto recorrido não destoa dessa posição. Apenas, e muito bem, reconheceu haver prova em contrário.

Não conheço do Recurso Especial por ambos os fundamentos.