

compromisso legal de aplicá-la". (Cf. MÁRIO PORTUGAL FERNANDES PINHEIRO, *Estudos de Direito Penal*, I, Rio de Janeiro, 1975, pág. 93).

9.º — POSTO ISSO, opina a Procuradoria da Justiça pelo **desprovimento** da apelação interposta.

Rio de Janeiro,

Mário Portugal Fernandes Pinheiro
(Assistente)

Aprovo
Mário Tobias
29.º P.J.

**RECURSO EM SENTIDO ESTRITO.
REPRESENTAÇÃO**

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2.ª CÂMARA CRIMINAL

RECURSO CRIMINAL N.º 7.731

Recorrente: Ministério Público

Recorrido: Gilberto Gusmão

Da Decisão que julga extinta a punibilidade pela decadência (art. 108, IV C.P.) cabe recurso em sentido estrito (art. 581, VIII C.P.P.) e não apelação, ainda que a matéria seja apreciada ao final do processo, desde que o julgamento se atenha à questão preliminar da decadência. A apelação, recurso preferencial, só tem lugar quando apenas uma parte da decisão final é atacável por meio de recurso em sentido estrito. Aproveitamento do recurso em face do princípio da fungibilidade.

— O simples despacho de remessa dos autos ao juízo **ad quem**, em matéria de recurso em sentido estrito, não importa na manutenção da decisão ou do despacho recorrido. Reformando ou mantendo julgado, o juiz deve indicar os motivos por que o faz de maneira a ensejar adequada apreciação da matéria por parte da instância superior. Admite-se, quando muito, reporte-se o juiz aos fundamentos já aduzidos na decisão de que se recorre. Interpretação do art. 589 do Código de Processo Penal.

— A lei não prevê forma especial para a representação, já que sua finalidade consiste em levar ao conhecimento da autoridade a notícia do fato, autorizando-a a promover o inquérito policial (se for o caso) e permitindo ao Ministério Público o exercício da ação penal.

— Não há nulidade quando a representação é feita por tio da ofendida, que detinha a guarda provisória da menor deferida pelo Juízo de Menores.

PARECER:

I — Do cabimento do recurso em sentido estrito.

Acertada a decisão do eminente Juiz a **quo** ao receber a apelação interposta pela Promotoria Pública como recurso em sentido estrito. (fls. 102).

Não havendo má fé, como à toda evidência não houve, impera, na matéria, “o princípio da fungibilidade dos recursos, ou teoria do recurso indiferente de GOLDSCHMIDT ou teoria do **tanto vale (Sowohl auch theorie)** (cfr “Prática de Processo Penal”, FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, pág. 230, “Editora Jalovi, São Paulo, Bauru, 1973, 2.ª edição revista e aumentada).

No magistério seguro de JOSÉ FREDERICO MARQUES resta assinalado que “a apelação é o recurso cabível contra “decisões definitivas, ou com força de definitivas, proferidas por juiz singular”, **desde que, de modo expresso, não preveja a lei processual, contra a sentença, o recurso em sentido estrito** (Código de Proc. Penal, art. 593, n.º II).” [in “Elementos de Direito Processual Penal”, volume IV, pág. 226, n.º 1066, “Forense”, Rio, 1.ª edição, 1965, grifos nossos].

É a hipótese dos autos, pois, contra a decisão recorrida, o recurso cabível vem, perfeitamente, indicado na lei (art. 581, VIII do C. P. P.).

Nem se argumente em contrário pelo fato de a decisão ter sido proferida na fase final do processo, tal como o permite o art. 61, parágrafo único, **in fine**, da lei adjetiva penal, já que o ilustre Juiz limitou-se a decidir a respeito da preliminar.

Como sabido, a apelação é recurso preferencial quando, em uma mesma decisão, apenas uma parte pode ser atacada por meio de recurso em sentido estrito e dela, no resto, cabe apelação.

É o que registra, com interessante exemplo, o eminente MAGALHÃES NORONHA.

“Assim se, v.g., na sentença condenatória, é concedido o **sursis** e o Ministério Público não está de acordo com ele, o recurso não é o do art. 581 n.º XI, pois a sentença é intangível para o Juiz que a proferiu, mas o de apelação, embora seu objetivo, para o

apelante, seja exclusivamente a suspensão condicional da pena". (cfr. "Curso de Direito Processual Penal", E. MAGALHÃES NORONHA, pág. 348, n.º 196, "Edição Saraiva", São Paulo, 1971, 4.ª edição, revista e atualizada).

Em nosso entender, bem andou o erudito Magistrado, sem favor um dos maiores conhecedores de processo do nosso País, no receber a manifestação de sucumbência do Ministério Público como recurso em sentido estrito.

II — Necessidade da observância do disposto no art. 589 do Código de Processo Penal, uma questão prévia a ser examinada.

Conhecido o recurso na forma preconizada no item I do presente, impõe-se seja julgamento convertido em diligência para o fim de ser atendida a regra inserta no art. 589 da lei adjetiva penal.

Com efeito, tal como ocorre no processo civil com o agravo, "o juiz a quo se manifesta nos autos, após as partes terem arrazoado, para manter ou reformar a decisão recorrida (Cód. de Proc. Penal, art. 589)". É o ensinamento de JOSÉ FREDERICO MARQUES (in op. cit., n.º 1119, pág. 297) e, mais que tudo, expressa determinação da lei.

Aliás, o recurso em sentido estrito, como ensinam os clássicos, nada mais é que o agravo do processo penal. (cfr. "Apontamentos sobre o Processo Criminal Brasileiro" PIMENTA BUENO, 1959, pág. 518, n.º 313).

No caso, a matéria do recurso não chegou a ser apreciada, determinando o honrado Juiz que os autos subissem sem reexaminar a decisão recorrida para sustentá-la ou reformá-la.

Os comentaristas do Código admitem, quando muito, possa o juiz reportar-se aos fundamentos já constantes da decisão *sub examen*, na hipótese de recurso pobre de razões ou, como diz ESPÍNOLA FILHO, quando os argumentos forem irritantes ou gritantemente desarrazoados (cfr. "Código de Processo Penal Brasileiro Anotado", EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, volume VI, n.º 1232, pág. 121, "Editor Borsoi", Rio, 1961, 5.ª edição).

No caso, nem assim foi feito, limitando-se o douto Juiz a determinar a subida dos autos sem proceder ao reexame da questão como manda a lei. (art. 589 do C.P.P.).

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, apreciando hipótese semelhante, decidiu que o "simples despacho ordinário de remessa de autos ao Juízo *ad quem*, em matéria de recurso em sentido estrito, não implica em manutenção da decisão ou do despacho, de que se recorre", (cfr. ac. da 2.ª Câmara Criminal do T. J. de Minas Gerais, de 22-4-55, no rec. n.º 2014, de Inhapim, rel. Des. Martins de Oliveira — "Minas Forense", vol. XI, pág. 131, *apud* "Repertório de Jurisprudência do Código do Processo Penal", DARCY ARRUDA MIRANDA, vol. X, n.º 9.188, pág. 706, "Editora Revista dos Tribunais Ltda.", São Paulo, 1963).

Por tal razão, opinamos pela conversão do julgamento em diligência para o fim de ser cumprida a regra do art. 589 do nosso ordenamento processual.

III — A questão da decadência do direito de representação.

Não acolhida a questão prévia de natureza processual argüida no item anterior, o recurso interposto pelo combativo Dr. Promotor Público está a merecer, desde logo, provimento.

Equívocou-se o nobre Juiz ao admitir que a condição de procedibilidade, que legitimaria a ação do Ministério Público, decorreu, tão-só e **necessariamente**, do termo de representação apresentado pelo ilustre Dr. Defensor Público junto ao Juízo de Menores. (fls. 3/4).

Partindo daquela premissa, efetivamente a posição assumida pelo Dr. Juiz estaria certa, pois que, aos 12 de abril de 1971, a ofendida já havia completado 18 anos, cabendo a ela o direito de oferecer representação e não ao curador especial.

Porém, douta Câmara, bem antes, o tio da menor (fls. 5), requereu a guarda provisória da menor ofendida, postulando, do mesmo passo, providências de natureza penal contra o réu, por haver seduzido sua sobrinha (item 4, fls. 5), ao mesmo tempo em que pedia fosse a menos submetida ao competente exame médico legal (fls. 5, item 5, b).

Tal se deu em 3 de fevereiro de 1971, quando a ofendida, nascida aos 26 de março de 1953, tinha, apenas, 17 anos (fls. 5, 16-A e 17).

O pedido em questão veio a ser deferido no mesmo dia pelo digno Juiz de Menores (3-2-71 — fls. 5).

Resta indagar se tal requerimento pode valer como condição de procedibilidade, legitimando a intervenção do Ministério Público.

A resposta, evidentemente, só pode ser afirmativa.

Suponhamos, **ad argumentandum**, que, ao invés de remeter o procedimento com vista ao Dr. Defensor Público, o Dr. Juiz de Menores requisitasse, desde logo, à autoridade policial, com base na prova que colheu, a abertura de inquérito, na forma permitida pelo art. 5.º, II do Código de Processo Penal; tal procedimento seria válido?

Não resta dúvida que sim.

A peça de fls. 5, assinada pelo tio da ofendida, que detinha a guarda provisória da menor, valeria como representação.

TORNAGHI, ao tecer críticas à palavra representação adotada em nossa lei, salienta:

“Andou mal a lei ao usar a palavra **representação** para significar o consentimento do ofendido ou de quem lhe supra a incapacidade. A mesma palavra é usada em outros sentidos, como se viu ao tratar da linguagem do Código. Os italianos usam o termo **querela** e os franceses **plainte**. Poderíamos ter empregado **autori-**

zação, permissão, consentimento, anuência, admissão, licença, ou qualquer outra palavra melhor.” (cfr. “Comentários ao Código de Processo Penal”, HELIO TORNAGHI, vol. I, Tomo I, “Forense”. — Rio, 1956, grifos nossos).

Ora, a AUTORIZAÇÃO para o Ministério Público promover a ação penal foi dada de forma inequívoca pelo tio da menor através da petição de fls. 5.

Pouco importa que no aludido petitório não haja referência expressa à expressão “termo de representação.” Pouco importa!

O Pretório Excelso, em manifestação recente, decidiu que a representação não exige forma especial, bastante inequívoca manifestação de vontade de que seja o autor do crime submetido a processo. (cfr. R.H.C. 48340, relator o Ministro BARROS MONTEIRO, 1.ª turma, unânime, apud “Jurisprudência Criminal”, HELENO CLAUDIO FRAGOSO, volume II, pág. 422/423, n.º 413, “Editor Borsoi”, Rio, 1973).

A decisão em questão, que FRAGOSO, com razão, chamou de “exatíssima” (in op cit, vol II, pág. 422, n.º 413), se aplica, à maravilha, ao caso dos autos.

É de se perguntar, ainda, se o tio da menor ofendida teria qualidade para representar.

Sim!

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar hipótese idêntica ao caso dos autos, assentou que “não há nulidade quando a representação e feita por TIO DA OFENDIDA em crime de sedução (cfr. R.E.Cr. 54.107, relator o Ministro VICTOR NUNES LEAL, decisão unânime da 2.ª Turma, apud “Jurisprudência Criminal”, HELENO CLAUDIO FRAGOSO, vol. II, pág. 423, n.º 414, “Editor Borsoi”, Rio, 1973, destaque nosso).

A decisão, que contraria o mandamento inscrito no art. 24 do Código de Processo Penal, constituiu-se em verdadeira solução pretoriana para casos como o presente, onde, em geral, estão envolvidas pessoas pobres, de poucas letras, ignorantes das filigranas legais.

Assim, o termo de representação assinado pelo Dr. Defensor Público aparece como um **plus**, que, apenas, deu forma ao requerimento do tio da menor, conforme praxe seguida no Juízo de Menores, objetivando suprir possíveis deficiências dos requerimentos dirigidos àquele Juízo por pessoas de deficiente instrução.

Veio para ajudar. Não para prejudicar como acabou entendendo o ilustre Juiz.

A representação da lavra da zelosa Defensoria, no nosso entender, constituiu-se numa peça ociosa, desde que vista como condição exigida em lei para o exercício da ação penal. A autorização já estava nos autos, como vimos.

Concluindo, cumpre-nos sintetizar o seguinte:

a) — o requerimento de fls. 5, firmado pelo tio da menor (então com 17 anos) e que detinha a sua guarda provisória, vale, como vimos, como representação, dirigida à autoridade judiciária como permite a lei (art. 39 C.P.P.);

b) — o requerimento em questão foi apresentado, oportunamente, pois que a autoria do crime chegou ao conhecimento do tio da ofendida 5 (cinco) dias antes da representação ser oferecida (fls. 6);

c) — em consequência, nos termos do art. 38 do Código de Processo Penal, não há que se falar em decadência;

d) — a peça de fls. 3/4 apenas deu tratamento jurídico adequado à petição de fls. 5, que deve prevalecer como condição de procedibilidade oportunamente apresentada;

e) — seria rematado despautério, em matéria de exegese, admitir que a representação formal elaborada pela Defensoria Pública no objetivo sadio de acautelar os interesses da menor viesse, por fim, a prejudicar aqueles mesmos interesses que tinha em mira tutelar.

IV — Pelo que ficou registrado, estamos em que, rejeitada a questão prévia suscitada no item II do presente, o recurso merece, desde logo, ser provido para o fim de que, cassada a decisão recorrida, decida o Juízo *a quo* a respeito do mérito da pretensão punitiva do Estado.

É o que nos sabe justo.

Rio de Janeiro, GB, 8 de agosto de 1974.

SERGIO DEMORO HAMILTON

Assistente

APROVO O PARECER.

Rio de Janeiro, /08/1974.

LAUDELINO FREIRE JUNIOR

3.º Procurador da Justiça

Obs.: A Egrégia 2.ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do extinto Estado da Guanabara, por unanimidade de votos, deu provimento ao recurso do Ministério Público para, reformando o despacho recorrido, considerar não extinta a punibilidade do recorrido, porque válida e tempestiva a representação, determinado ao Dr. Juiz *a quo* julgasse o mérito como de direito. Relator o Exmo. Sr. Des. José Murta Ribeiro. in D.O.E.G., Parte III de 13.XI.74, pág. 17.915). O recurso foi interposto pelo Promotor Público Dr. Antônio Francisco Feteira Gonçalves.