

**ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO. CRIME CONTRA A
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. INTERVENÇÃO
ASSISTENCIAL DO ESTADO COMO SUJEITO PASSIVO
SECUNDÁRIO DA RELAÇÃO PROCESSUAL.
LEGITIMIDADE**

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA
APELAÇÃO CRIMINAL Nº 881/94**

Apelantes: 1º Estado do Rio de Janeiro como Assistente do Ministério Público
2º José Cassimiro da Silva

Apelados: 1º Ministério Público de 1º Grau
2º Waldemiro Teixeira Gomes
3º Bartholomeu Alonso

I - Processual Penal. 1. Princípio da transmissibilidade do direito de resposta no procedimento recursal. Havendo apelações do Assistente de Acusação e da defesa, aquele perseguindo a condenação dos réus absolvidos, e este direcionando o seu inconformismo no sentido da reforma da sentença condenatória que alcançou o r. apelante, a falta de prazo para a acusação ou defesa é causa de nulidade do processo (arts. 271, 600, 798, § 5º, a e 564, III, e, *in fine*, CPP). Nesse sentido se posicionam a doutrina e a jurisprudência. Conversão do julgamento em diligência, que se alvitra, para que seja colhida a manifestação do Assistente do Ministério Público em resposta às razões recursais produzidas pelo procurador do r. apelante. *Crime contra a administração pública. Intervenção assistencial do Estado como sujeito passivo secundário da relação processual. Possibilidade e legitimidade.* 2. Preliminar de nulidade do processo suscitada pela defesa dos r. apelados por ilegitimidade *ad causam* do Estado como sujeito de direito e ilegitimidade *ad processum* da Procuradoria-Geral para, como seu representante judicial, ingressar na ação penal como parte supletiva, objetivando reformar a sentença de 1º grau nos capítulos referentes ao reconhecimento da improcedência da denúncia firmada contra os r. apelados. Preliminar improcedente. Tempestividade do apelo e legitimidade formal do Estado para ver plenamente concretizada a condenação dos réus, eis que desfalcado o patrimônio oficial com irreversível desvio de veículo automotor pertencente ao Eg. Tribunal de Justiça do Esta-

do. Extrai-se do Excelso Pretório, a propósito do tema, o seguinte julgado: "Ação penal pública: titularidade privativa do Ministério Público (CF, art. 129, I): compatibilidade com o art. 598 (C. Proc. Penal) que legitima o ofendido ou seu sucessor (CPP, art. 31) para apelar quando não o tenha feito o Ministério Público.

O direito de recorrer, que nasce do processo embora condicionado ao exercício e instrumentalmente conexo no direito de ação, que preexiste no processo - a ele não se pode reduzir, sem abstração das diferenças substanciais que os distinguem.

Em si mesma, a titularidade privativa da ação penal pública veda que o poder de iniciativa do processo de ação penal pública se confira a outrem, mas nada antecipa sobre a outorga ou não de outros direitos e poderes processuais a terceiros no desenvolvimento da conseqüente relação processual.

Ao contrário, a legitimidade questionada para a apelação supletiva, nos quadros do Direito Processual vigente, se harmoniza com a Constituição, não apenas com a garantia da ação privada subsidiária, na hipótese de inércia do Ministério Público (CF, art. 5º, LIX), mas também e principalmente, com a do contraditório e da ampla defesa e a do devido processo legal, das repercussões que, uma vez proposta a ação pública, a sentença absolutória poderá acarretar, *secundum eventum litis*, para interesses próprios do ofendido ou de seus sucessores (C. Pro. Pen., arts. 65 e 66; C. Civil, art. 160). (HC nº 68.413-RJ, ac. un. em Sessão Plenária de 22.05.91, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, RTJ 136/1.193). E do Col. Superior Tribunal de Justiça temos o seguinte pronunciamento: "Mandado de Segurança. Recurso. Ação Penal Pública e assistência. Crime contra a Prefeitura Municipal (...) Tratando-se de ação penal pública promovida pelo Ministério Público do Estado, sendo lesada a Prefeitura Municipal de São Paulo, é admissível o ingresso desta como Assistente. É que o interesse do bem público geral do órgão ministerial não coincide com o interesse secundário da ofendida municipalidade." (RSM nº 546-SP, ac. un. da 5ª Turma, em 17.10.90, Rel. Min. Costa Lima, RT 667/334). No mesmo sentido, cf.: RT 454/399, 552/308, 649/298, 618/294, 688/295; STF, RTJ 49/322, 78/923; STJ, JSTJ 20/284 e 39/312; RJTJSP 136/567 e 137/376; STJ, RJTJSP 128/562; Azevedo Franceschini, *Jurisprudência Penal e Processual Penal*, Ed. Leud, v. 1/353, etc. Crime Funcional. Inobservância da formalidade do art. 514 do CPP. Nulidade. Inexistência. 3. Preliminar de nulidade do processo por inobservância da formalidade prevista no art. 514 do CPP, argüida pela defesa do r. apelante. Pretensão inacolhível. O Supremo Tribunal Federal já deu à publicidade o acórdão assim ementado: "A formalidade do artigo 514 do CPP, de outra

parte, é de ser observada quando a denúncia é instruída com documentos ou justificação a que se refere o art. 513 do mesmo diploma legal, sendo dispensável no caso de a denúncia basear-se em inquérito policial.” (HC nº 70.536-7-RJ, in DJU, de 3.12.93, p. 26.357, apud, Julio F. Mirabete, in *Código de Processo Penal Interpretado*, Ed. Atlas, 1994, p. 591). Preliminares de nulidade que não devem ser conhecidas, visto que tais questões já se encontram definitivamente julgadas por esta Col. Turma, não podendo o Tribunal funcionar como órgão revisor de suas próprias deliberações. Processo Penal. Cerceamento de defesa. 4. Preliminar de nulidade processual levantada pela defesa do r. apelante contra indeferimento de diligência requerida pelo patrono do segundo r. apelado. Inadmissibilidade de seu reconhecimento. Inexistência de qualquer prejuízo à defesa do suscit. nte, posto tratar-se, no caso, de formalidade cuja observância só a outra parte interessa (*Cód. Proc. Penal*, art. 565, in fine). Violação inócurrenente da regra insculpida no artigo 563, da Lei de Ritos. Preliminar de nulidade que deve ser rejeitada. *Crime contra a Administração Pública. Peculato na forma de malversação* (art. 312, par. 1º, CP). Apelações interpostas pelo Estado através a Procuradoria-Geral do Estado e pela defesa do réu condenado, objetivando a primeira a reforma do *decisum* na parte em que absolveu os réus apelados da imputação constante da inicial, e esta, visando obter a absolvição do recorrente por falta de provas, e, alternativamente, a redução das penas ao mínimo cominado pelo tipo. Autoria do crime de peculato impróprio sobejamente demonstrada no processo pelas confissões minuciosas e pormenorizadas do r. apelante e do terceiro apelado em sede policial, na presença de testemunhas, havendo estas reconhecido o segundo apelado como o elemento a quem foi entregue o veículo retirado das dependências do Tribunal de Justiça. Confissões extrajudiciais que foram plenamente albergadas durante a fase de instrução do processo, mostrando-se injustificável a absolvição dos r. apelados pelo crime de que se trata. Por outro lado, impondo-se a confirmação do decreto condenatório que alcançou o apelante, não encontra guarida, à luz dos elementos fáticos revelados pelo processo, a sua tentativa em ver suavizadas as penas impostas pela sentença. Vislumbrando-se da prova dos autos a ocorrência de crime de ação pública, há que se cumprir o determinado pelo artigo 40, do Código de Processo Penal, com remessa de cópias e documentos necessários a eventual instauração de processo crime por delito de tóxicos.

II. PARECER da Procuradoria de Justiça que se posiciona no sentido de, preliminarmente, converter o julgamento em diligên-

cia, facultando-se à Assistência do Ministério Público responder, em contra-razões, à apelação do recorrente e, ao depois da recepção do recurso assistencial, pelo não conhecimento das duas preliminares iniciais de nulidade do processo suscitadas, face à preclusão do direito da parte, porque já decidida a controvérsia por esta Col. Câmara em acórdãos trânsitos em julgado e rejeição da terceira preliminar por improcedentes as alegações; no mérito, pelo conhecimento e provimento do apelo da Assistência do Ministério Público a fim de condenar os r. apelados na forma do art. 312, § 1º e 312, § 1º, c.c. o art. 29, do Código Penal, julgando-se prejudicada, em consequência, a apelação formulada pela defesa, com expedição de mandado de captura contra os réus que se encontram em liberdade.

PARECER

Egrégia Câmara

1. José Cassimiro da Silva, Bartholomeu Alonso e Waldemiro Teixeira Gomes, vulgo "Cromado", responderam a processo - crime perante o Juízo de Direito da 24ª Vara Criminal da Comarca da Capital, incurso os dois primeiros no artigo 312, § 1º, c/c o art. 61, al. f, do Código Penal e o último acusado no artigo 312, § 1º c/c o art. 29, do mesmo diploma legal, tudo consoante denúncia ali ofertada pelo ilustre Promotor de Justiça Dr. Marcos Ramayana Blum de Moraes (Fls. 02/04).

O processo seguiu os seus trâmites regulares, e, no instante culminante da prestação jurisdicional, a Drª Juíza de Direito condenou José Cassimiro da Silva às penas de 3 (três) anos de reclusão e 50 (cinquenta) dias multa, no menor valor diário, pela incidência do artigo 312, § 1º, do Código Penal, absolvendo os demais acusados com fulcro no artigo 386, incisos IV e VI, respectivamente, do Código de Processo Penal, em decisão da lavra da digna Drª Maria Helena Salcedo de Magalhães (Fls. 305 *usque* 320).

Intimados da sentença o dr. Promotor de Justiça e os réus, como o órgão ministerial deixou *transitar em julgado* a sentença, à luz do que se percebe dos autos (Fls. 321 e 322), ingressou, nos autos, o Estado do Rio de Janeiro, como *Assistente de Acusação*, representado pela Procuradoria-Geral do Estado através o culto Procurador, Dr. Francesco Conte, com apelo do *decisum* na parte em que absolveu os demais réus da imputação relacionada pela inicial (Fls. 324, alto), enquanto o réu José Cassimiro da Silva, pessoalmente, manifestou a sua irrisignação para com o decreto de reprimenda (V. Fls. 363).

A Assistência de Acusação, em dissertação recursal, apresenta, primeiro, um quadro esquemático da questão (Fls. 326/327), e no item F deixa consignado que:

"(...) não padece dúvida de que há interesse público ao exame da matéria, pelo órgão *ad quem*, porquanto o 2º acusado é

servidor dos quadros da Corregedoria-Geral da Justiça e, naturalmente, a decisão condenatória produzirá efeitos na esfera administrativa, no constante ao aspecto disciplinar”. (Folhas 328).

Prossegue o talentoso e digno dr. Procurador, ao enfatizar, mais adiante, que o recurso é *tempestivo* porque ajuizado em obediência ao parágrafo único, do artigo 598, do Código de Processo Penal, que marca o prazo de quinze dias, a correr do dia em que terminar a marca do Ministério Público para interposição do recurso. E se o termo *a quo* tem suporte no dia 21.4.94 para que o ofendido, supletivamente, interponha o competente recurso de apelação, é temporânea a manifestação do Estado do Rio de Janeiro, exercida que foi em 06.05.94 (V. Fls. 323 vº e 325).

Superada a questão da *tempestividade* da manifestação recursal, ingressa o dr. Assistente no problema referente ao interesse do Estado, como sujeito passivo particular ou secundário em pleitear a aplicação da lei penal à conduta dos r. absolvidos, trazendo à colação ensinamentos doutrinários na defesa de seu ponto de vista (Fls. 331/335), concluindo que

“Não colhe objetar, contra a presente intervenção do Estado, com a alegação de que o órgão do Ministério Público atua em nome do Poder Público e, por isso, seria uma superfetação a ingerência da Administração Pública na ação penal. E não colhe, de vez que nem sempre o Ministério Público manifesta a vontade estatal, como, também, há casos em que os interesses do *Parquet* e os do Estado afiguram-se divergentes ou incongruentes.”

E logo adiante, a d. Assistência complementa esse leque de observação ao referir que

“É o que, extreme de dúvida, ocorre na hipótese vertente, em que o Estado experimentou lesão em bem jurídico de sua propriedade (veículo automotor), emergente de fato ilícito.”

“A assertiva de que o Ministério Público atua em nome do Estado e, de conseguinte, manifesta a vontade estatal, há de ser temperada, pois, na espécie dos autos, a omissão do *Parquet* ficou distante, anos luz, do interesse da Administração Pública.”

“Visualizada, sem reservas, a atuação do Ministério Público em nome do Estado, como titular da volição estatal, como, então explicar essa constelação de ações ajuizadas por aquele órgão em favor do Estado? Amostra expressiva e eloqüente constitui a ação cautelar inominada cuja juntada da xerocópia da petição inicial ora se requer. Ajunte-se, em reforço, que, inobstante a robusta e convincente prova existente nos autos, o Ministério Público não interpôs o recurso de Apelação contra a r. sentença de fls. 305/320, em seus capítulos absolutórios.” (Fls. 335/336).

E, ao depois de mostrar a legitimidade da intervenção do Estado do Rio de Janeiro, como parte interessada secundária na exata solução da demanda, com citação de inúmeros precedentes recolhidos no direito pretoriano, inclusive do Eg. Supremo Tribunal Federal, a d. Assistência de Acusação traz o seguinte remate:

“Triplo, aliás, é o interesse do Estado na sorte da ação penal em apreço: primeiro lugar, a reforma, pela instância superior, dos capítulos absolutórios da sentença, produzirá efeitos administrativos, no atinente ao aspecto disciplinar, porquanto o 2º acusado é servidor dos quadros deste E. Tribunal de Justiça; em segundo lugar, o Estado preserva o seu direito à satisfação de dano emergente do fato ilícito; e, em terceiro lugar, o Estado tem o dever legal e ético de pugnar pela perfeita realização da Justiça, sob todas as luzes.” (Fls. 335/345).

Por derradeiro, ao incursionar na análise do mérito da causa, a d. Assistência de Acusação sustenta que o quadro probatório é robusto e convincente para ancorar a condenação dos réus absolvidos pelo evento danoso descrito na denúncia (Fls. 345/352).

O r. apelante, por seu ilustrado patrono, em exposição recursal, arguiu duas *preliminares* de nulidade do processo, a saber:

1) Nulidade da ação penal por inobservância do rito processual prescrito para os crimes cometidos por funcionários públicos, consistente na *resposta preliminar* contida no art. 514, do Código de Processo Penal e,

2) Nulidade processual decorrente do indeferimento de diligência postulada pelo co-réu *Waldemiro Teixeira Gomes*, com prejuízos para o r. apelante face à projeção que teria para a defesa deste acusado (Fls. 382/383). No mérito, examina a prova, crítica a sentença prolatada pela eminente Dra. Juíza *a quo*, entende que inexistem elementos de prova capazes de ensejar o decreto de reprovação e persegue, a final a absolvição do r. apelante, ou então, a diminuição das penas para o mínimo legal cominado em abstrato pela lei, com a concessão do *sursis*, vez que preenchidos os requisitos legais (Fls. 382/387).

O órgão ministerial, contrariando o apelo do acusado, registra que o recurso interposto pelo Estado do Rio de Janeiro é próprio e tempestivo, visto que está legitimado ao apelo em razão de efetiva lesão em seu patrimônio pela ação delituosa do réu. Quanto ao mérito, o nobre Dr. Promotor de Justiça salienta que a sentença deve ser reformada na parte em que absolveu os réus apelados. E ao incursionar no cerne dos elementos probatórios revelados pelo processo, acentua que

“Finalmente, não colhe o argumento expendido na r. sentença de que o réu Waldemiro, homem com trânsito em ambientes os mais diversos, mas todos de alto nível econômico, sujeitar-se-ia a praticar crime por CR\$ 10.000,00 (dez mil cruzeiros reais). Porém, esquece-se de que o carro - sim o carro - avaliado em quase dois milhões de cruzeiros reais, à época, ficou em seu poder. Ora, então não praticou o crime por causa daquela ínfima quantia, mas pelo carro. Eis o proveito da empreitada criminosa para o terceiro acusado. Os dez mil cruzeiros lhe foram dados por uma razão qualquer, insere no ajuste envidado pelos co-réus, até mesmo ardil de Waldemiro para pagar menos pelo automóvel subtraído”. (Fls. 393/394).

Referentemente à apelação do primeiro acusado, o dr. Promotor de Justiça consigna que as preliminares de nulidade do processo devem ser rechaçadas pela Eg. Câmara e, no mérito, diz que a condenação foi bem aplicada, sendo incensurável a fixação das penas ao réu, à vista das circunstâncias e conseqüências do crime, não merecendo acolhida o apelo, também nesse ponto (Fls. 393/394).

O réu *Waldemiro Teixeira Gomes*, por seu ilustrado e culto patrono, argüiu preliminar de nulidade do processo por ilegitimidade *ad causam* do Estado do Rio de Janeiro e, por via de conseqüência, de ilegitimidade *ad processum* da Procuradoria-Geral do Estado como seu representante para denunciar inconformidade recursal contra a sentença absolutória (Fls. 412). Fazendo considerações acerca do entendimento das normas processuais que dizem respeito à Assistência do Ministério Público, traz a registro alguns arestos de nossos Tribunais em abono a sua sustentação, nesses termos:

“No tocante ao discurso opinativo do Ministério Público, no que deveria ser contra-razões ao recurso da Procuradoria do Estado, no tópico “DO RECURSO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO”, vêm considerações que só poderiam ser admitidas *de lege ferenda*. *De lege lata*, se a Constituição de 1988 não interferiu na exegese dos arts. 268 e 598 do Código de Processo Penal, que continuam em vigência e reclamando aplicação, o interesse da Fazenda Estadual na recomposição de seu patrimônio, no processo penal, é ainda defendido e representado em juízo pelo Ministério Público.”

“A Carta Constitucional, ao contrário do que se possa pensar, outorgou ao *Parquet*, ampliando suas atribuições, *MESMO NO ÂMBITO CIVIL*, titularidade para proteção do patrimônio público, isso no inciso III, de seu artigo 129.”

No que concerne à legislação infraconstitucional, a Lei nº 6.025, de 12.02.1993 (*sic*) instituiu como verdadeira função institucional do Ministério Público, EXERCER A DEFESA DOS DIREITOS ASSEGURADOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E ESTADUAL, para a garantia do respeito, sempre que se tratar de interesse dos poderes ESTADUAIS E MUNICIPAIS, dos ÓRGÃOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ESTADUAL OU MUNICIPAL, direta ou indireta, isso nos incisos I e II, de seu art. 27.”

“Por outro lado, a Constituição Estadual, no seu art. 173, sem embargo de emprestar à Procuradoria a representação judicial do Estado, ressalva no seu § 3º, as atribuições do Ministério Público. Não há referência alguma a lhe competir ingressar, representando o Estado, como parte Assistente do Ministério Público na ação penal pública ou para recorrer em matéria criminal. Sua atuação está sempre atrelada aos serviços jurídicos da administração direta e indireta no âmbito do Poder Executivo e a defesa dos interesses legítimos do Estado, vinculados aos de natureza financeira-orçamentária, a cobrança judicial e

extrajudicial da dívida ativa, etc. Por conseguinte, não vai longe o tempo em que competia ao Ministério Público a defesa dos interesses do Estado em MATÉRIA CRIMINAL.”

“Cabe ao *Parquet*, por sua atuação no processo criminal por delito cuja persecução seja feita por ação pública incondicionada, “conseguir” o título judicial que haverá de permitir a recomposição do patrimônio público atingido por infração contra a administração pública praticado por funcionário (*sic*). Para a Procuradoria-Geral do Estado resta a atribuição de executá-lo judicialmente, até porque a coisa julgada em sede criminal só permitirá defesa quanto ao *quantum* indenizatório ou reparatório.”

“O recebimento do recurso em primeira instância não obsta, ou não impede, a segunda instância de não conhecê-lo. É o que se aguarda das luzes e da experiência dos íncritos magistrados que integram (*sic*) a Egrégia Câmara preventa diante da ilegitimidade *ad causam* do Estado do Rio de Janeiro (como sujeito passivo secundário do crime de peculato), para recorrer da sentença absolutória, e por decorrência lógica, da douta Procuradoria-Geral do Estado para representá-lo em domicílio criminal” (Fls. 419/421). (Os destaques e as maiúsculas são do arrazoado).

Ao enveredar pelo fundo da lide, o nobre e culto patrono do réu prestigia a sentença, com citações de pronunciamentos de nossos Colégios Judiciários no sentido de mostrar a inviabilidade da condenação do recorrido com apoio em provas extrajudiciais para, derradeiramente, pugnar pela manutenção do decreto absolutório em favor de *Waldemiro Teixeira Gomes*, porventura ultrapassada a questão preliminar do *não conhecimento* do apelo assistencial (Fls. 421/428).

O terceiro apelado - Bartholomeu Alonso - por seu digno e talentoso patrono, em contra-razões, também argúi a preliminar de não conhecimento do apelo da Assistência do Ministério Público, por ilegitimidade da Pessoa Jurídica de Direito Público interpor apelação criminal como parte interessada no deslinde da causa, bem como a impossibilidade jurídica de o Estado se fazer representar, pela Procuradoria, em sede criminal. Quanto ao mérito, a defesa expõe os seus argumentos em prol do acerto com que se houve a sentença de primeiro grau no ponto em que absolveu o r. apelado, e protesta, por fim, pelo improvimento do apelo acaso suplantada a preliminar suscitada (Fls. 439/442).

Alçado o processo ao âmbito desta Col. Corte de Justiça, providenciou-se a anexação aos autos de cópias dos *Habeas-Corpus* n^{os} 064/94 e 507/94, em que foram pacientes o r. apelante e o segundo r. apelado, em acórdãos de que foi relator o eminente Des. Adolphino Ribeiro (Fls. 448/450 e 484).

Requeridas diligências por esta Procuradoria de Justiça (Fls. 455), restaram *indeferidas pelo r. despacho* proferido pelo eminente Des. Relator, sendo que, notadamente àquela constante da *al.c.*, de fls. 455, o ilustre magistrado deixou acentuado que

“Omissis.....

E, finalmente, quanto ao *item c*, pelos mesmos motivos o Estado não tem que responder ao recurso do 2º apelante José Cassimiro, o que já se (...) arrazoado pelo M. P. de 1º grau” (V. Folhas 456 vº).

Esses os fatos merecedores de enfoque à conta de relatório, na forma do artigo 43, inciso III, da Lei nº 8.625/93.

2. Preliminarmente, somos pela conversão do julgamento em diligência, a fim de se facultar ao Assistente de Acusação o oferecimento de contra-razões ao apelo manifestado pelo nobre patrono do réu José Cassimiro da Silva, isso em obediência ao princípio da transmissibilidade do direito de resposta no procedimento recursal. Havendo apelações do Assistente de Acusação e da Defesa, aquele perseguindo a condenação dos réus absolvidos, e este direcionando o seu inconformismo no sentido da reforma da sentença condenatória que alcançou o r. apelante, a falta do prazo para a acusação ou defesa é causa de nulidade do processo (arts. 271, 600, 798, § 5º, *a* e 564, III, *e*, *in fine*, do Cód. Proc. Penal). Nesse sentido se posicionam a doutrina e a jurisprudência. Cf. Walter Acosta, *in Processo Penal*, 3ª ed., 1959, pp. 133-34; Spinola Filho, *in Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, Ed. Borsoi, vol. II/283, nº 562; Fernando da Costa Tourinho Filho, *in Processo Penal*, Ed. Saraiva, 6ª ed., 1982, vol. 2/421; Damásio E. de Jesus, *in Código de Processo Penal Anotado*, Ed. Saraiva, 10ª ed., 1993, p. 179; Júlio Fabbrini Mirabete, *in Processo Penal*, Ed. Atlas, 3ª ed., 1994, p. 338 e *Código de Processo Penal Interpretado*, Ed. Atlas, 1994, p. 325, nº 975.3, todos no sentido de que o Assistente tem direito a contra-arrazoar as razões de apelação da defesa. No campo da jurisprudência o Col. Superior Tribunal de Justiça deixou estampada a decisão abaixo mencionada, *in verbis*:

“(...) O assistente de acusação não é “delegado” do Ministério Público, o qual age em defesa da sociedade, enquanto o assistente atua em nome do ofendido ou de seu representante legal, podendo arrazoar os recursos por ele próprio interpostos, segundo previsão legal (...)” (Ac. un. da 5ª Turma, em DJU, de 4.10.93, p. 20.563, Rel. Min. Costa Lima, *in* “Jurisprudência Criminal do STF e do STJ”, Ed. Juruá, 1994, p. 171).

O Eg. Supremo Tribunal Federal, examinando o problema sobre a falta de intervenção da parte para contra-arrazoar o recurso, decidiu que

“Razões do apelado. Falta de intervenção do advogado. Nulidade. A falta de intimação, para efeito do transcurso do prazo para razões de apelado afetou a instância (art. 600, c.c. o art. 564, III, *e*, *in fine*, CPP). Nulidade do julgamento.” (In “Revista Trimestral de Jurisprudência”, vol. 53/150).

Há que assegurar à Assistência de Acusação o direito de responder ao arrazoado defensivo do r. apelante, até mesmo para salvaguarda da intangibilidade do chamado “devido processo legal”, aquele conjunto de garantias constitucionais que, a partir do artigo 35 da Carta Magna de 1215, tutelam os direitos processuais dos litigantes, dando

ao processo configuração não apenas técnica, mas também ético-política.” (V. Cândido Dinamarco, in “Honorários Advocáticos em Apelação”, RJTJSP, vol. 103/8).

3. Ingressando no mundo jurídico dos recursos, notamos existir preliminar de não conhecimento do recurso da Assistência de Acusação suscitada pela defesa dos réus apelados, por ilegitimidade *ad causam* do Estado do Rio de Janeiro como sujeito passivo de Direito e de ilegitimidade *ad processum* da Procuradoria-Geral do Estado para, como seu representante judicial, intervir na ação penal como parte supletiva para pretender a reforma da sentença de primeiro grau nos capítulos referentes à absolvição dos r. apelados pelos fatos constantes da denúncia. *Data maxima venia* dos eminentes subscritores dessa questão prefacial, a preliminar é improcedente a todas as luzes. Com efeito, impende reconhecer, desde logo, a tempestividade do apelo, bem como a legitimidade formal do Estado-Administração para ver plenamente concretizada a condenação dos réus, eis que desfalcado o patrimônio oficial com irreversível desvio de veículo automotor que servia a Desembargadores do Eg. Tribunal de Justiça desta Unidade da Federação Republicana. Se o Assistente de Acusação tomou conhecimento da sentença após *transitar em julgado* para o Ministério Público (Fls. 323vº./324), é óbvio que a partir desse conhecimento começou a fluir o prazo para apelar. *Precedente* do STF: 2ª Turma, Rel. Min. Moreira Alves, in “Revista Trimestral de Jurisprudência,” vol. 105/90. E interposta a súplica no prazo legal, legítima se apresenta a presença do Estado como interessado na resolução da controvérsia, na forma do y. acórdão proferido por esta Col. Turma Julgadora, em ementa do seguinte teor:

“Apelação. Interposição do Estado como Ofendido na Ausência de Recurso do Ministério Público. Legitimidade.

Ao Estado, como sujeito passivo do crime de peculato-furto e conseqüentemente ofendido, é lícito interpor apelação da sentença que absolveu o réu se não o faz o Ministério Público, que não representa em juízo a figura jurídica de direito público, função que cabe à Procuradoria-Geral do Estado. Legitimidade do recorrente. Ordem de *habeas-corporis* denegada.”

No desenvolvimento de seu voto vencedor, assim deixou consignado o seu entendimento o ilustrado e culto Des. Relator Adolphino Ribeiro:

“(…) Também dúvida não subsiste que o Estado se constitui em sujeito passivo de delito de peculato-furto e, conseqüentemente, se reveste da condição de ofendido, pois nesse sentido são uníssonas a jurisprudência e a doutrina.”

“O cerne da questão está em saber se a pessoa jurídica de direito público tem interesse recursal e se a Procuradoria do Estado a representa legitimamente em face das atribuições legais do Ministério Público. Sob o primeiro aspecto é evidente que o Estado foi lesado na ação delituosa e o recurso deixou claro que em sendo o acusado funcionário público o fato produzirá efeito na esfera administrativa disciplinar, enquanto, por outro lado, visa o Estado a preservar o seu direito à satisfação do dano emergente do fato ilícito para o que, reconhece o impetrante,

dependerá o título legítimo que é a sentença condenatória.”
(Fls. 453/454).

É de clareza meridiana que não se confundem as atribuições do Ministério Público com as da Procuradoria-Geral do Estado. Ao Ministério Público incumbe a defesa da Ordem Jurídica, do Regime Democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, CF/88 e art. 167, CE/89), enquanto à Procuradoria-Geral do Estado cabe a Representação Judicial, sejam indisponíveis ou disponíveis os interesses em jogo (art. 134, CF/88 e art. 175, CE/89 e art. 1º, da LC nº 80, de 12.01.94). Ao dizer que o Ministério Público, como titular do *jus puniendi*, representa o Estado, isso significa que a essa Instituição compete a defesa do interesse primário violado pela prática delituosa, subjacente, no caso, ao destinatário do bem jurídico protegido. O Ministério Público é o órgão estatal instituído para a persecução criminal, e, sob esse prisma, o Estado é o sujeito passivo potencial em todos os delitos. Na defesa do interesse público malferido pelo crime, o Ministério Público atua em nome da Sociedade, no interesse do bem geral, que não se confunde, necessariamente, com o interesse da Administração. Cf. Hugo Nigri Mazzilli, in “O Ministério Público na Constituição de 1988”, p. 48, *apud* “Revista dos Tribunais”, v. 688/296. Nessa ordem de interpretação, bem significado se apresenta a decisão emanada do Excelso Pretório sobre a matéria ora enfocada:

“Ação pública: Titularidade privativa do Ministério Público (CF, art. 129, I). Compatibilidade com o art. 598, C. Pr. Pen. que legitima o ofendido ou seu sucessor (CPP, art. 31) para apelar, quando não o tenha feito o Ministério Público.”

“O direito de recorrer, que nasce do processo embora condicionado ao exercício e instrumentalmente conexo ao direito de ação, que preexiste ao processo -a ele não se pode reduzir, sem abstração das diferenças substanciais que os distinguem.”

“Em si mesma, a titularidade privativa da ação penal pública, deferida pela Constituição ao Ministério Público, veda que o poder de iniciativa do processo de ação penal pública se confira a outrem, mas nada antecipa sobre a outorga ou não de outros poderes processuais a terceiros no desenvolvimento da conseqüente relação processual.”

“Ao contrário, a legitimidade questionada para a apelação supletiva, nos quadros do Direito Processual vigente, se harmoniza, na Constituição, não apenas com a garantia da ação privada subsidiária na hipótese de inércia do Ministério Público (CF, art. 5º, LIX), mas também, e principalmente, com a do contraditório e da ampla defesa e do devido processo legal, dadas as repercussões que, uma vez proposta a ação penal pública, a sentença absolutória poderá acarretar, *secundum eventum litis*, para interesses próprios do ofendido ou de seu sucessor (C. Pr. Pen., arts. 65 e 66, C. Civ., art. 160.” (Ac. un. em Sessão Plenária,

de 22.05.91, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, in "Revista Trimestral de Jurisprudência", vol. 1.136/1.193).

E, rimando no mesmo leito de interpretação, o Col. Superior Tribunal de Justiça consagrou o princípio da legitimidade da intervenção do Poder Público, como parte assistente na ação penal pública em aresto do teor abaixo sintetizado:

"Crime contra a administração pública. Intervenção do poder público como assistente de acusação. Admissibilidade. Interesse do bem público geral do Ministério Público não coincidente com o interesse secundário do ente ofendido. Declaração de voto."

"Mandado de segurança. Recurso. Ação penal pública e assistência. Crime contra a Prefeitura Municipal."

"1. Da decisão denegatória de mandado de segurança em única instância cabe recurso ordinário."

"2. Tratando-se da ação penal pública promovida pelo Ministério Público do Estado, sendo lesada a Prefeitura Municipal de São Paulo, é admissível o ingresso desta como assistente. É que o interesse do bem público geral do órgão ministerial não coincide com o interesse secundário da ofendida municipalidade."

"Recurso provido." (Ac. un. da 5ª Turma, em 17.10.90, no MS nº 546-SP, Rel. Min. Costa Lima, in "Revista dos Tribunais", vol. 687/334).

Podemos deixar assinalado, sem receio de equívoco, que a jurisprudência se pacificou nesse campo de exegese. Cf. "Revista dos Tribunais", vol. 454/399, 552/308, 594/326, 618/294, 649/298, 688/295; STF, "Revista Trimestral de Jurisprudência", vol. 49/322 (HC 46.356-SP, 2ª Turma, 10.12.68, Rel. Min. Aduauto Cardoso) e 75/293; STJ, "Julgados do Superior Tribunal de Justiça", vol. 20/224 e 39/318; "Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de S. Paulo", vol. 136/567 e 137/376; 128/562 (STJ), etc. Perfeitamente legítima, assim, se apresenta a intervenção assistencial do Estado no recurso examinado.

4. Suscita-se no processo outra preliminar de nulidade da ação penal consistente na inobservância da formalidade prevista no artigo 514, do Código de Processo Penal, da lavra do defensor do r. apelante. Convém registrar que, a exemplo da outra postulação prévia, esta Eg. Câmara enfrentou e repeliu qualquer vício formal do processo, em acórdão assim redigido:

CRIME DE FUNCIONÁRIO PÚBLICO - PECULATO - ART. 514 DO CÓDIGO PENAL.

"Inafiançável o delito porque presentes os motivos que autorizaram a prisão preventiva (CPP, artigo 324, IV), deixa de ter aplicação a norma do art. 514 da Lei de Ritos que, ademais disso, não é exigível quando instruída a denúncia com inquérito policial, como na espécie. Constrangimento ilegal inexistente. Ordem de *habeas-corpus* denegada." (Fls. 299).

À vista do que contém os autos, forçoso é reconhecer que esta matéria prefacial, a exemplo daquela outra, já mereceu deslinde na esfera deste A. Pretório de Justiça, sendo impossível rever o julgado, porque o Tribunal não pode funcionar como órgão revisor de suas próprias deliberações. A par disso, quando fulminou a pretendida nulidade, esta Col. Câmara deixou assentado o entendimento de que a norma do art. 514, do Código de Processo Penal, é inaplicável aos casos em que a denúncia vem instruída com inquérito policial (art. 5º, I, CPP). O Col. Superior Tribunal de Justiça consagra a tese posta em relevo no aresto acima referido ao decretar que

“A faculdade do art. 514 do CPP, de outra parte, é de ser observada quando a denúncia é instruída com documentos ou justificação a que se refere o art. 513 do mesmo diploma legal, sendo dispensável no caso de a denúncia basear-se em inquérito policial.” (HC nº 70.536-RJ, DJU, de 3.12.93, p. 26.357, *apud* Julio F. Mirabete, in *Código de Processo Penal Interpretado*, Ed. Atlas, 1994, p. 591).

No mesmo diapasão, cf. RHC nº 50.365-PR, in “Revista Trimestral de Jurisprudência,” vol. 66/365; HC nº 60.826-4 in DJU de 02.12.83, p. 19.033, Rel. Min. Néri da Silveira; HC nº 60.826-SP, 1ª Turma, 27.5.83, Rel. Min. Néri da Silveira, in “Revista Trimestral de Jurisprudência,” vol. 110/601 e 115/698-699; RHC nº 1.283-SP, ac. un. da 5ª Turma do STJ, em 16.3.92, Rel. Min. José Dantas, in “Revista do Superior Tribunal de Justiça,” vol. 45/416-417, etc. Todas estas considerações são expendidas em homenagem ao esforço dos ínclitos defensores dos réus porque a matéria já restou deslindada por decisões prolatadas por esta Eg. Câmara e que estariam a desafiar a interposição de recurso ordinário para o Eg. Superior Tribunal de Justiça para eventual retificação (artigo 105, II, *a*, CF/88). Por todas essas razões, entendemos que as duas preliminares iniciais não devem ser conhecidas por preclusão ao direito da parte, acobertadas as questões jurídicas pelo trânsito em julgado formal e material.

5. A defesa do réu apelante suscita outra preliminar de nulidade processual, qual seja, o *indeferimento* pelo dr. Juiz *a quo* de diligência requerida pelo patrono do segundo apelado (V. Fls. 232 e 233). Mas, com o devido respeito ao nobre causídico, nenhuma razão lhe assiste nesta investida. A uma, porque a defesa do réu *José Cassimiro da Silva* não requereu qualquer diligência quando da oportunidade do artigo 499, do Código de Processo Penal, e, assim agindo, entendeu dispensável a produção de prova a favor desse acusado (Cf. Fls. 238); a duas, porque o réu não é titular do direito postulado, inexistindo prejuízo para a sua defesa, requisito indispensável à decretação da nulidade (art. 563, CPP), porque sem essa prova não se anula ato processual (“Revista do Superior Tribunal de Justiça,” vol. 17/172); e a três, porque se trata, no caso, de formalidade cuja observância somente a outra parte interessa (art. 565, 2ª parte, CPP). Ainda que colidentes as defesas, a reclamação a respeito só pode ser feita pelo réu eventualmente prejudicado (“Revista dos Tribunais”, vol. 534/316). Se o alegado vício do ato instrumental não tem repercussão ao direito do réu, não há como acolher-se a nulidade por falta de prejuízo à defesa do requerente. Assim, imprecidentes as alegações, deve ser rejeitada a preliminar de nulidade do processo.

6. No que respeita ao mérito da demanda, revela o processo a existência de apelações interpostas pelo Estado do Rio de Janeiro, representado pela Procuradoria-Geral do Estado e pela defesa do r. condenado, objetivando a primeira a reforma do *decisum* na parte em que absolveu os réus Waldemiro Teixeira Gomes e Bartholomeu Alonso da imputação que lhes foi irrogada pela inicial, e esta, visando obter a absolvição de José Cassimiro da Silva por falta de provas e, alternativamente, a redução das penas ao mínimo cominado ao tipo. Pese embora o respeito que nutrimos pelos ilustres advogados que funcionaram no curso do procedimento criminal, somos de opinião de que o recurso assistencial merece acolhida para os fins ali propostos. Em verdade, ressaí da prova dos autos a certeza da prática de crime contra a Administração Pública, na forma de Peculato-Furto ou Malversação. A autoria desse ilícito – peculato impróprio – está sobejamente demonstrada no processo pelas confissões minuciosas e pormenorizadas do r. apelante (José Cassimiro) e do terceiro apelado (Bartholomeu) em sede policial, na presença de testemunhas, havendo estas relatado que o segundo apelado (Waldemiro) foi o elemento de contacto e a quem o veículo oficial foi entregue pelo recorrente em local previamente acertado entre eles: Armazém nº 01, no Cais do Porto, na pista de subida da Av. Rodrigues Alves! Ultimando o plano concebido pelo r. apelante e pelo terceiro apelado ambos motoristas em serviço na garagem do Tribunal de Justiça agindo em comunhão de interesses, providenciaram a retirada do automóvel marca Opala, cor cinza, Ano 1990, Placa YM-0199, da garagem do Tribunal, com destinação certa: entrega do veículo ao segundo apelado (Waldemiro Teixeira Gomes, o “Cromado”), o qual se encarregou de revender o bem a receptor de seu conhecimento, até porque até hoje não mais se tem notícia sobre a recuperação do veículo... Registre-se que “Cromado” é indivíduo já condenado pela Justiça por crime de homicídio no 2º Tribunal do Júri, além de freqüentador de crimes contra o patrimônio, inclusive com condenação, pessoa, assim, habilitada a receber o automóvel para lhe dar destinação específica (V. Fls. 28/28v. e 225/227).

De inteira pertinência as observações recolhidas ao ensejo do arazoado recursal do eminente e culto representante do Estado, Dr. Francesco Conte, autor de um trabalho de joieragem probatória digno de um relojoeiro suíço, ao salientar *verbis*:

“*Omissis*.....

“36. Verifica-se, com uma nitidez ofuscante, que não há lacunas na indicação do *modus operandi*, subsumindo-se a versão, a talho de foice, nas demais provas produzidas, como, por exemplo, quilometragem do veículo com diferença a maior, o bilhete deixado na garagem pelo 1º acusado solicitando a localização do veículo, a referência à facilidade na obtenção de documentos, o que, de resto, foi confirmado pelo 2º acusado.”

37. Note-se - e é o ponto mais relevante - a riqueza de detalhes com a qual foi descrito o local avençado para a entrega do veículo, feita pelo 1º acusado, conforme albergado a fls. 11 verso; “tendo conduzido o veículo já mencionado e estacionado na pista de subida da Avenida Rodrigues Alves, no lado direito e se dirigindo para a divisória da referida avenida... embaixo do viaduto...”

“38. Não é crível que esse minucioso depoimento, repleto de especificidades, seja obra de pura ficção ou mesmo fruto de engenhosa imaginação. Não e renão.”

“39. Conquanto tenha o primeiro acusado alegado, em juízo, que fora rendido por um casal na Praça Mauá, com a “subtração” do automóvel, absolutamente não se pode desprezar, jamais, o depoimento prestado com extrema e abissal riqueza de detalhes e, ressalta-se, implementado em data precisa à do fato criminoso.”

“40. Observe-se, com olhos de ver, que foi o próprio 1º acusado que indicou os nomes dos 2º e 3º, por ocasião da confissão na prática do crime.”

“41. Pois bem: se o acusado reconheceu e confessou a prática do ato, é compulsória a ilação de que a indicação dos demais participantes (2º e 3º acusados) não o beneficiaria em nada. Rigorosamente em nada.”

“Para corroborar a veracidade dos demais depoimentos prestados na DRFVAT, impõe-se a análise do depoimento do 2º acusado, que, à perfeição, se amolda, em todos os pontos, com o do 1º acusado, salvo no tocante à questão acessória consistente no objetivo que norteou a apresentação do 3º acusado ao 1º.”

“43. Impende salientar que, de forma escoteira e ingênua, o 2º acusado alega que a indigitada apresentação foi ultimada para que o 3º acusado comprasse uma viatura oficial do Tribunal.”

“44. O desvio do objetivo da intermediação, sublinhe-se, não merece credibilidade, na exata medida em que, eventualmente alienados os carros oficiais, o procedimento adotado não é, de maneira alguma, aquele apontado pelo 2º acusado, que pressupõe que o motorista, funcionário público, possa “estabelecer” as condições do negócio.”

“45. A um relance d’olhos, logo se percebe que a malsinada apresentação foi presidida pelo escopo deliberado e consciente de intermediar a *res furtiva*.”

“46. Verifica-se, outrossim, que os demais detalhes do depoimento do 1º acusado guardam relação de pertinência e harmonia com o depoimento do 2º acusado, inclusive à ida ao pagode, imediatamente após a prática do crime, e ainda, no que se relaciona à divisão do dinheiro (as quantias eram equivalentes).”

“Insta observar que, no depoimento do 2º acusado, há referência ao fato de que se encontrava presente quando o 3º acusado ofereceu a quantia em dinheiro.”

“*Omissis*.....

“Tem o sabor do óbvio a assertiva de que o 2º acusado conhecia os detalhes da apropriação do bem público, e posterior desvio, que iria ser praticado” (Fls. 346/349). (Os relevos são da peça recursal).

Examinando-se a prova dos autos com olhos desarmados e sem qualquer espírito preconceituoso quanto à seriedade da investigação criminal - que a dra. Juíza *a quo* criticou severamente - sem razão, entretanto, *concessa venia*, chega-se à conclusão de que o inconformismo assistencial merece recepção integral. Em primeiro lugar, a propalada existência do “roubo” do automóvel oficial “por um casal” que o r. apelante conduziria no dia do fato, sobre ser inverossímil, foi devidamente inviabilizada pela dra. Juíza de Direito quando da emissão da sentença. A confissão extrajudicial do r. apelante foi considerada plenamente válida, tanto que serviu de suporte para firmar o decreto de reprovação. Em segundo lugar, não assiste razão à nobre magistrada quando apodou de “ridículas” as investigações por não se apontar o dia e a hora em que o veículo fora retirado da garagem do Tribunal (Fls. 309 s.). Ora, a prova é de uma clareza incontestável no sentido de marcar o delito para o dia 23 de dezembro de 1993, por volta das dezesseis horas, momentos após a apresentação do r. apelante a “Cromado” pelo acusado Bartholomeu (V. Fls. 11 verso). Por outro lado, ao depois do sumiço, o veículo foi procurado por funcionários do Tribunal até o dia 27.12.93 (V. Fls. 161), e como resultassem infrutíferas as buscas, com as investigações iniciais, já no dia 30 desse mês a autoria do crime fora levantada por aqueles funcionários que a Presidência do Tribunal de Justiça designara para a missão (V. Fls. 07/08, 11/14 e 15/18). É conveniente ressaltar que as confissões extrajudiciais do r. apelante e do terceiro apelado foram prestadas na DRFVAT na presença do dr. Delegado de Polícia e de testemunhas que assinaram os termos (Fls. 14, *infra* e 18, *infra*), de cuja lisura nos dão conta os depoimentos de Marcos Antônio Fernandes, pessoa ligada ao Gabinete da Presidência deste Tribunal, e de Venâncio Alves de Moura, Policial Militar lotado na Coordenadoria do Tribunal de Justiça, e que jamais permitiram a prática de violência contra a integridade física dos acusados (V. Fls. 35/36v., 37/38, 159/161 e 162/164). Nunca é demais recordar que esses funcionários afirmaram, durante a instrução criminal, a veracidade das confissões dos acusados. Há, entretanto, um dado que não pode ficar despercebido.

O r. apelado Waldemiro, o “Cromado”, foi expressamente reconhecido pelo recorrente, com todas as cautelas legais, como a pessoa que recebeu a viatura oficial (Fls. 28/29), o que foi ratificado quando da acareação de Waldemiro com os demais réus (Fls. 32/33).

É de elementar sabença que os crimes de furto e de roubo sobrevivem à custa de receptação, de que são famulativos, pois garante este último lucros certos ao ladrão e, principalmente, ao receptador das coisas subtraídas. O acusado Waldemiro, procurando fugir à responsabilidade da imputação, negou conhecer o r. apelante, mas admite que é velho conhecido de Bartholomeu há pelo menos cinco anos (Fls. 26vº e 139), embora este tenha afirmado conhecer “Cromado” há quatorze anos aproximadamente (V. Fls. 138). Assim, ninguém melhor que Bartholomeu, conhecido há tanto tempo de “Cromado”, provavelmente ciente de sua vida próspera de crimes,

para servir de “intermediário” à aproximação do segundo apelado a José Cassimiro para a feitura do “negócio”, até porque “tinha mais intimidade com o comprador da Praça Mauá”, sendo o “negócio marcado com este comprador” (Fls. 11v°). Bartholomeu intermediou a conversa de Cassimiro e Waldemiro (Fls. 11v°, 15v°, 28 e 29), com a finalidade de “vender” o automóvel do Tribunal, intermediação esta que encontra ressonância na prova testemunhal arrolada ao processo (Fls. 35/38 e 159/154). Além disso, o acusado Waldemiro exercia, entre outras, as funções de motorista do Des. Alvaro Mayrink da Costa (V. Fls. 28/28 v°), e freqüentava as garagens dos Tribunais, onde conversava com “outros motoristas” (V. Fls. 139), sendo intuitiva a ilação de que “Cromado” chegou à pessoa de José Cassimiro levado pela mão pródiga de Bartholomeu, única forma encontrada para a consumação da transação ilícita. Há informações de que Waldemiro foi visto na garagem do Tribunal por diversas vezes (Fls. 109), sendo certo de que desfilava pelo local (Fls. 205 e 208), não sendo suposição gratuita ou fantasiosa a conclusão de que Waldemiro contactou o r. apelante no dia em que o automóvel foi subtraído da garagem do Tribunal. Ressalte-se, a bem da verdade processual, que o Agente de Segurança Judiciária, Amaro Nogueira Neto, testemunha arrolada pela defesa do segundo apelado, informou que esse acusado dirigia veículo para o Desembargador Alvaro Mayrink e que na tarde do dia 23 de dezembro viu o segundo acusado (Bartholomeu) na garagem do Tribunal (V. Fls. 205). Por tudo isso é pelo menos estranha a conclusão da r. sentença contestada na parte em que refere que “as confissões extrajudiciais não têm qualquer valor, por faltarlhes coerência, lógica, esclarecimentos de pontos essenciais e um mínimo de credibilidade” (Fls. 313). Mas essas dúvidas não evitaram que a nobre magistrada condenasse José Cassimiro pelo crime anotado pela denúncia. Os pontos nebulosos do episódio delituoso devem ser creditados à índole dos próprios criminosos, porquanto ainda que cheguem a confessar a prática dos crimes, deixam brechas para facilitar a sua própria defesa, falando mais alto o espírito de sobrevivência. Por outro lado, constitui observação desapoiada de qualquer elemento de prova reconhecer violência física praticada contra Bartholomeu Alonso, na Polícia, para obrigá-lo a confessar o crime, tanto que Waldemiro, o “Cromado”, ouvido na mesma Distrital no dia trinta um de dezembro, limitou-se a negar peremptoriamente a sua participação no evento, o que basta para demonstrar a isenção com que agiram as autoridades policiais no episódio (Fls. 28/29v°). A par disso, é totalmente fantasiosa a versão criada por Bartholomeu, à vista de seu interrogatório judicial, de que “teria apanhado muito e foi ameaçado de segurar um 12 até que resolveu assinar declarações preenchidas e acostadas a fls. 15/18”. (V. Folhas 128, ao alto). Em torno desse depoimento alguns pontos devem merecer detida análise: a) causa espécie que a dra. advogada do acusado, que com ele manteve contato pelo menos antes da data do interrogatório judicial, nenhuma diligência requeresse no sentido de ser apurada a mencionada “agressão” contra o recorrido (V. Fls. 130); b) quando submetido a exame de corpo de delito o réu comunicou aos peritos que sofrera “agressão com socos em 30.12.93 à tarde, não sabendo a hora e não sendo medicado em hospital” (Fls. 222, alto). Fácil se torna verificar a inveracidade dessa comunicação do réu aos expertos, e isso porque a testemunha Venâncio Alves de Moura, depondo na polícia, esclareceu que somente conseguiu localizar o acusado Bartholomeu na noite do dia 30 de dezembro em sua residência, de onde foi conduzido até o alojamento das garagens do Tribunal de Justiça

e depois levado às dependências da DRFVAT no dia seguinte, 31.12.93, em face do adiantado da hora (V. Fls. 33/34 e 163). Encaminhado que foi esse acusado à Polícia somente no dia 31.12.93, é óbvio que não poderia sofrer violência física no dia anterior para confessar o crime, e c) não se vislumbra do auto de exame de corpo de delito realizado no réu lesão corporal alguma decorrente de eventual tortura praticada contra ele. Muito ao revés, examinando-se cuidadosamente o laudo técnico, vê-se que os peritos apresentaram as seguintes observações:

“*Omissis*.....”

“O exame direto não apura lesões violentas no momento na região torácica esquerda onde alega a vítima haver dores das pancadas aí sofridas; há manchas amarelo-esverdeadas nesta região que refere ser retirada de tatuagens antigas (*sic*); há ainda nódulo de consistência dura ao nível da articulação esquerda que os peritos não podem filiar ao evento alegado (...)” (Fls. 22vº). (Nossos os relevos).

Se em momento algum se cuidou neste processo de inquirir aos peritos o crime de falsa perícia (artigo 342, CP), o que de concreto se pode extrair da prova é que no laudo técnico houve resposta negativa ao quesito referente à produção de ofensa física contra a integridade física do examinado (V. Fls. 22vº, *infra*).

E a desacreditar ainda mais essa especiosa versão - tardia aliás - de “tortura policial” contra o acusado, não nos eximimos de mencionar os argumentos expostos com bastante argúcia e oportunidade pelo ilustrado Promotor de Justiça Dr. José Castellões Maisonnette, a quem louvamos por seu magnífico e laborioso trabalho ao ensejo de suas contra-razões ao apelo defensivo de José Cassimiro da Silva. Examinando esse aspecto do problema, maximizado no *decisum* da lavra da eminente Dra. Juíza *a quo*, S. Exa. deixou referendado que

“*Omissis*.....”

“Tudo leva a crer, portanto, que Bartholomeu escapou pela via, sempre disponível, da violência policial que, com efeito, existe, o que não significa que exista sempre. É bem de ver que se está tratando de pessoas que, como o acusado, têm acesso às altas autoridades judiciárias deste Estado, de modo que a violência contra eles praticada exporia sobremodo a autoridade policial à reprimenda administrativa e penal. De outra parte, a verificação de eventuais lesões no laudo deve ser tomada com reservas, porque não se pode descartar, aprioristicamente, a possibilidade de auto-lesão ou da lesão consentida, ainda mais diante do que se destacou acima.” (Folhas 393).

Ao ser acareado, no dia 31.12.93, na DRFVAT com Waldemiro Teixeira Gomes, o “Cromado”, o acusado reiterou as suas declarações anteriores e não denunciou tortura policial eventualmente praticada no dia anterior contra a sua pessoa (V. Fls. 33). E o processo não traz notícias de qualquer providência encetada pelos familiares desse acusado quanto à falada violência policial (V. Fls. 30).

Com referência a esse adinículo de prova, existe mais um dado que merece consideração. Marcos Antonio Fernandes, funcionário público diretamente subordinado ao Gabinete da Presidência do Tribunal de Justiça, foi designado pelo ilustre Des. Antonio Carlos Amorim para investigar o desvio criminoso do automóvel oficial, juntamente com o Capitão PM Venâncio Alves de Moura. Revela notar que desse trabalho surgiram as confissões extrajudiciais do r. apelante e de Bartholomeu, bem assim o reconhecimento de Waldemiro por aquele e as acareações produzidas entre os envolvidos, termos policiais que tiveram a presença desses funcionários e do dr. Delegado de Polícia (V. Fls. 14, 18, 24/25, 28/29, 35/36, 37/39, 159/161 e 169 *in medio*), o que descredencia a propalada suspeita de “tortura” policial dirigida contra o terceiro apelado. Se existem confissões dos acusados, com riqueza de pormenores, pelas quais Bartholomeu chegou a informar que fora processado e condenado em 1960 por crime de roubo praticado contra um estabelecimento comercial em Pavuna (V. Fls. 18, embaixo), tal fato encontrou recepção no processo com a juntada de seu boletim de antecedentes (V. Fls. 24). E se os acusados são reconhecidos pelas testemunhas, durante a instrução criminal como os responsáveis pelo crime, isso constitui um dado de extrema relevância para amparar o pedido de decreto condenatório contra os réus absolvidos. E em respeito ao tema posto sob exame, nesta oportunidade, dos umbrais do Excelso Pretório não nos furtamos a colher o julgado em tudo aplicável ao processo em foro:

“Se as vítimas ou testemunhas do evento delituoso apontam, com segurança, em audiência judicial, o acusado presente como o autor do ilícito penal praticado, essa prova possui eficácia jurídico-processual idêntica àquela que emerge do reconhecimento efetuado com as formalidades previstas pelo art. 226 do Código de Processo Penal.”

“Esse meio probatório, cuja validade é inquestionável, reveste-se de aptidão jurídica suficiente para legitimar, especialmente quando apoiado em outros elementos de convicção, a prolação de um decreto condenatório.” (HC nº 68.819-SP, ac. un. da 1ª Turma, em 05.11.91, Rel. Min. Celso de Mello, *in* “Revista Trimestral de Jurisprudência”, vol. 142/213).

Ao lado das confissões de *José Cassimiro* e de Bartholomeu na polícia, minudenciando todos os pontos da conduta criminosa, *José Cassimiro* reconheceu *Waldemiro Teixeira Gomes*, o “Cromado”, como a pessoa a quem entregou o carro oficial subtraído (V Fls. 28/29).

No caso dos autos, a presença de *Waldemiro Teixeira Gomes*, velho conhecido de Bartholomeu Alonso, não aparece nas incidências processuais por mero acaso. Aquele já era conhecido no local pelo réu apelante (Cf. Fls. 11vº, *in medio*), e a este foi apresentado pelo acusado Bartholomeu, que intermediou a aproximação de ambos para a consecução do “negócio” (Fls. 15vº). E o motivo de tudo o terceiro apelado revelou à autoridade policial, *apertis verbis*:

“*Omissis*.....
que teve conhecimento há cerca de três anos, pelo próprio
“CROMADO” de que este efetuava *compra e venda* ilegal de

carros, tendo inclusive presenciado algumas delas, sendo essas que ele presenciou não eram viaturas do Tribunal; que "CROMADO" confidenciou certa vez ao declarante que teria uns amigos que "*atravessam*" os carros por ele comprados, sendo que o declarante desconhece tais amigos, bem como os locais; que o declarante apenas mantém contacto com "CROMADO" fora do horário de trabalho; que sabe que "CROMADO" freqüentava as escolas de samba da Ilha do Governador (...) também podendo ser encontrado em um barzinho localizado na esquina das ruas Miguel Lemos e Barata Ribeiro, isto à noite; que durante os dias pode ser localizado na Churrascaria Chamego do Papai (...) ou nas imediações do Fórum (...) que tem conhecimento de que CASSIMIRO, antes de ausentar-se do serviço por cerca de três anos, dera sumiço em um veículo SANTANA QUANTUM de propriedade da esposa do desembargador Wellington Moreira Pimentel (...) que desconhece completamente o destino das viaturas oficiais do Tribunal de Justiça que desapareceram, sabendo somente sobre o veículo Opala de cor cinza ano 1990, cujas placas desconhece, que foi vendido por CASSIMIRO a CROMADO, transação da qual tomou conhecimento e participou da divisão do dinheiro apurado (...)" (Fls. 17/18). (As maiúsculas são do processo e os relevos são desta Procuradoria).

Diante desse verdadeiro círculo concêntrico a incriminar definitivamente todos os acusados, é despiendo saber a exata importância que "Cromado" teria oferecido aos seus comparsas e com eles dividido para a consumação do desvio da viatura oficial. *Data venia*, não tem sentido a estranheza denunciada na sentença pela eminente Dr^a Juíza *a quo* ao referir ser implausível que "Cromado", ocupando cargo de Assistente Legislativo na Câmara de Vereadores desta Capital e a gozar da irrestrita confiança de Parlamentares e de um eminente Desembargador, fosse pôr a sua pele em risco para receber dez mil cruzeiros reais que os outros acusados disseram que lhe foram entregues. "Cromado" não está sendo processado por haver recebido dez mil cruzeiros reais, e sim, de haver recebido a viatura oficial do Estado, transferindo-a para o receptor de sua confiança. Averte-se que Waldemiro Teixeira Gomes é indivíduo sem o menor escrúpulo, já tendo sofrido condenações por crimes de furto e de homicídio qualificado, sem prejuízo de outras anotações por furto e estelionato (V. Fls. 225/227). Ao lado desses antecedentes desabonadores, é irrelevante saber qual a importância em dinheiro que esse acusado teria repartido com Cassimiro e Bartholomeu e isso porque o seu lucro verdadeiro foi conseguido com a revenda do automóvel oficial ao receptor. Bem por isso, com muita oportunidade e inteligência ponderou o Dr. Promotor de Justiça nas contra-razões, assim:

"Omissis....."

Finalmente, não colhe o argumento expendido na sentença de que o réu Waldemiro, homem com trânsito em ambientes os mais diversos, mas todos de alto nível econômico, sujeitar-se-ia a praticar crime por CR\$ 10.000,00 (dez mil cruzeiros reais).

Porém, esquece-se de que o carro sim, o carro avaliado em quase dois milhões de cruzeiros reais, à época, ficou em seu poder. Ora, então, não praticou o crime por causa daquela ínfima quantia, mas pelo carro. Eis o proveito da empreitada criminosa para o terceiro acusado. Os dez mil cruzeiros lhe foram dados por uma razão qualquer, inserta no ajuste envidado pelos co-réus, até mesmo como ardil de Waldemiro para pagar menos pelo automóvel subtraído.” (Fls. 393).

Releva acentuar que dita importância - dez mil cruzeiros reais que “Cromado” teria embolsado na “transação” que efetuou com os outros acusados - constitui para referência nas peças confitentes dos demais acusados. Saber se José Cassimiro e Bartholomeu, como proveito do crime, receberam parte dos setenta mil cruzeiros reais, e “Cromado” o remanescente de dez mil cruzeiros reais é matéria sem importância porque não repercute no contexto probatório. Os acusados, ainda que admitindo a prática da infração penal, não iriam revelar o *quantum* exato do dinheiro que lhes coube pela participação no desfalque do veículo automotor pertencente à Administração Pública.

Com referência ao acusado Waldemiro Teixeira Gomes, o “Cromado”, que se apresenta no processo como Assistente Legislativo da Câmara de Veradores do Rio de Janeiro (Fls. 26, 47, 56 e 139), mesmo que fosse elemento estranho aos quadros do funcionalismo Estadual ou Municipal responderia pelo delito do artigo 312, § 1º, cc. o artigo 29, do referido diploma legal. Como disserta com lapidar clareza o mestre Nelson Hungria,

“*Per definitionem*, o peculato tem como sujeito ativo a pessoa revestida da qualidade de funcionário público; mas no caso de concurso de *extranei*, a estes se comunica, porque elementar do crime, tal circunstância de caráter pessoal, respondendo todos pelo título de peculato (artigo 26).” (*In Comentários ao Código Penal*, Ed. Forense, 1958, v. IV/339). (Os realces são da publicação).

No mesmo leito de interpretação, cf. *Heleno Fragoso*, in *Lições de Direito Penal-PE*, Ed. Forense, 4ª ed., 1984, p. 300, nº 1054; *Júlio Fabbrini Mirabete*, *Manual de Direito Penal*, Atlas Ed., 1985, v. III/278, nº 13.2.3; *Damásio E. de Jesus*, in *Código Penal Anotado*, Ed. Saraiva, 3ª ed., 1993, p. 797; *Celso Delmanto*, in *Código Penal Comentado*, Ed. Renovar, 3ª ed., 1991, pp. 471-72, etc.

Ao lado de todos esses elementos de prova já referidos, avulta a expressiva constatação de que *Sérgio Rodrigues*, vulgo “Estalinho”, funcionário lotado na Corregedoria-Geral do Tribunal de Justiça do Estado, depois de admitir que fazia uso de entorpecentes na companhia de Cassimiro e Bartholomeu, traído ao que parece pelo subconsciente, contou que este último acusado, na noite de 23.12.1993, comentando sobre o desvio da viatura oficial, dissera que “Esta festa vai dar buchicho” (Fls. 82vº e 167), reação pouco compatível daquele que estivesse insciente do desaparecimento criminoso do automóvel oficial.

Parece-nos, assim, com a devida vênia à eminente Drª Juíza *a quo*, ser totalmente contrária à prova dos autos a absolvição dos réus apelados pelo delito que se examina.

No que respeita à tese alternativa do recurso defensivo, que pretende a diminuição das penas do acusado para o mínimo legal cominado ao tipo, possibilitando-lhe a eventual concessão do *sursis*, inatendível é a postulação, *data venia*. No presente processo, bem fundamentada se revelou a sentença condenatória que, para impor ao réu pena excedente ao patamar mínimo, considerou as circunstâncias do artigo 59, do Código Penal, a posição funcional ocupada pelo recorrente e a lesão patrimonial causada ao Erário Público de bem avaliado em quase dois milhões de cruzeiros reais à época do fato (Cf. Fls. 104). Ao tratar da dosimetria da pena criminal o Eg. Supremo Tribunal Federal decidiu de forma irrepreensível que

“Pena-Base. Bons antecedentes e primariedade. O simples fato de o acusado ser primário e possuir bons antecedentes não afasta a possibilidade de fixação da pena-base acima do mínimo legal. É que, além dos antecedentes, o Juiz deve atender, na fixação da pena, à culpabilidade, à conduta social, à personalidade do agente e conseqüências do crime (...)” (HC nº 69.246-RJ, ac. un. da 2ª Turma, em 9.8.92, Rel. Min. Marco Aurélio, in “Revista Trimestral de Jurisprudência”, vol. 142/601).

Se a sentença está bem fundamentada, descabe acolher a súplica para a suavização do castigo corporal. Nesse sentido é iterativa a manifestação do Pretório Excelso: “Revista Trimestral de Jurisprudência”, vols. 139/525, 140/97, 141/196, 141/817, 142/582, etc.

Embora seja primário o sentenciado (V. Fls. 213), não se pode deixar no esquecimento o fato de haver sido ele a pedra angular da atividade criminosa, posto que dele se aproveitou o comparsa Bartholomeu para intermediar a sua aproximação com Waldemiro Teixeira Gomes, o “Cromado”, a quem foi entregue o veículo oficial. A sentença da eminente Drª Juíza *a quo* é, nesse ângulo, incensurável, não comportando modificação, s.m.j.

Como muito bem ressaltou o ilustre Assistente no item 55 de suas razões recursais, à ocasião das informações prestadas pelo Dr. Juiz de Direito nas ações de *Habeas-Corpus* nº 064/94 e 077/94, diante da prova acusatória colhida neste processo, “os delitos encontram-se comprovados à saciedade, não restando dúvidas quanto à autoria.” (Fls. 351).

Como a prova recolhida ao processo revela a existência de crime de ação pública incondicionada - utilização de substância entorpecente - requeremos a extração de traslado das peças de fls. 11/15, 15/18, 82/82vº, 93/93v.º, 134/135, 137/139, 159/161, 162/164 e 167, para remessa à d. Procuradoria-Geral da Justiça do Estado para os fins definidos no artigo 40, do Código de Processo Penal. Alvitramos, ainda, traslado das peças de fls. 02/04, alegações de fls. 234/236, sentença de fls. 305/320, 320-a, 324 a 352 e 391/394 para remessa à d. Corregedoria-Geral do Ministério Público para exame funcional do comportamento do órgão de execução no juízo de primeiro grau.

Nessa ordem de idéias, e em conformidade com tudo quanto restou exposto, o parecer da Procuradoria de Justiça é no sentido de, preliminarmente, converter-se o julgamento em diligência, facultando-se à Assistência do Ministério Público responder, em contra-razões, à apelação do recorrente e, ao depois da recepção do recurso

assistencial, pelo não conhecimento das duas preliminares iniciais de nulidade do processo suscitadas, face à preclusão do direito da parte, porque já decidida a controvérsia por esta Col. Câmara em acórdãos trânsitos em julgado e rejeição da derradeira preliminar por improcedentes as alegações; no mérito, pelo conhecimento e provimento do apelo da Assistência do Ministério Público para condenar os r. apelados na forma do art. 312, § 1º e 312, § 1º, c.c. o art. 29, do Código Penal, julgando-se prejudicada, em consequência, a apelação formulada pela defesa, com expedição de mandado de captura contra os réus que se encontram em liberdade.

Rio de Janeiro, em 4 de outubro de 1994.

LUIZ BRANDÃO GATTI
Procurador de Justiça

À unanimidade de votos, rejeitaram as preliminares argüidas no processo e, bem assim, aquela sobre a ilegitimidade *ad causam* do Estado do Rio de Janeiro e *ad processum* da Procuradoria-Geral do Estado, reiteradas da tribuna pelos advogados dos 2º e 3º apelados; no mérito, também por unanimidade, deram provimento ao recurso do 1º apelante para condenar os réus Waldemiro Teixeira Gomes e Bartholomeu Alonso, por infração do artigo 312, § 1º, do Código Penal, às penas de 3 anos de reclusão e 20 dias-multa, no valor unitário mínimo, regime semi-aberto, expedidos mandados de prisão, prejudicado o recurso do segundo apelante. À unanimidade de votos, foi decidida, também, a remessa de peças à Procuradoria-Geral da Justiça para os fins do artigo 40, do Código de Processo Penal. Julgamento realizado em 29.11.1994, Rel. Desembargador Murta Ribeiro.

Antes do julgamento, o Des. Relator atendeu à sugestão contida no parecer, determinando que se facultasse à Assistência do Ministério Público ofertar contra-razões ao apelo defensivo manifestado pelo r. José Cassimiro da Silva.