

Recurso especial. Não conhecimento. Falta de prévio julgamento em "última instância" e, conseqüentemente, de interesse-necessidade. Em se tratando de ação de habeas corpus, a última instância ordinária se dá com a interposição do recurso ordinário stricto sensu, sem o qual é inadmissível recurso em via extraordinária. A presença de primariedade e bons antecedentes não autoriza por si só a liberdade do pronunciado, estando presente o periculum libertatis. O eventual excesso de prazo resta desconfigurado ante a pronúncia do acusado.

Exmo. Sr. Desembargador 3ª Vice-Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

ASSESSORIA CRIMINAL

Recurso Especial n.º 2006.188.00191

Habeas Corpus n.º 2006.059.01980

Recorrente: *Anderson da Silva Bastos*

Recorrido: *Ministério Público*

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, por seu PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA, nos autos da ação penal movida em face de *Anderson da Silva Bastos*, tendo em vista o RECURSO ESPECIAL interposto em favor do réu vem, em tempo hábil e na forma do artigo 27 da Lei n.º 8.038/90, apresentar **Contra-Razões** nos termos abaixo.

A Colenda 4ª Câmara Criminal dessa Egrégia Corte, no julgamento do *habeas corpus* impetrado pela defesa técnica do réu, Anderson da Silva Bastos, concluiu à unanimidade por denegar a ordem.

O recorrente foi pronunciado pelo Juízo da 3ª Vara Criminal – III Tribunal do Júri da Comarca da Capital – como incurso nas sanções do artigo 121, §2º, II c.c artigo 73 c.c artigo 29 todos do Código Penal e artigo 14, da Lei n.º 10.826/03 c.c artigo 29 do CP, na forma do art. 69 do C.P.

O v. acórdão da 4ª Câmara Criminal foi formalizado às fls. 29/30 com a seguinte ementa:

"Habeas corpus - Crime de homicídio triplamente qualificado - Prisão em flagrante - Pronúncia - Manutenção da custódia - Presentes os motivos que justificaram a prisão em flagrante e tendo o réu permanecido preso durante toda a instrução, não há falar em falta de fundamentação para a manutenção da prisão decidida na pronúncia - Crime hediondo que não permite liberdade provisória - Excesso de prazo - Instrução encerrada - Pronúncia - Súmula 21 do STJ - Ordem denegada".

Inconformada, a defesa técnica do recorrente Anderson da Silva Bastos interpõe RECURSO ESPECIAL com fulcro na alínea "a", inciso III, do artigo 105 da Constituição Federal, nos termos da petição com razões de fls. 34/36.

I - QUANTO AOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

a) tempestividade.

Cuida-se de manifestação recursal tempestiva pelo que se afere do cotejo da data mencionada na certidão de fl. 33 referente à publicação no *Diário Oficial* da conclusão do v. acórdão guerreado, com a constante do carimbo protocolar aposto à fl. 34.

b) prequestionamento.

Quanto ao requisito do prequestionamento, o recorrente alega ofensa ao artigo 310 do Código de Processo Penal, impugnação que já foi objeto de *habeas corpus* devidamente apreciado pelo v. acórdão recorrido.

Verifica-se, assim, que, realmente, houve o prequestionamento, pois a matéria foi ventilada nas razões e apreciada na decisão recorrida.

Entretanto, não poderá ser conhecido o recurso, em vista da pendência de outro recurso, recurso este ordinário.

c) Não existência de julgamento em "última instância".

Como é sabido, para que se dê o recurso especial (ou mesmo o extraordinário), em primeiro lugar, deve haver decisão de órgão **judicial**.

Outrossim, ao se referir a Constituição a causas decididas em *única ou última instância*, restringe a interposição do recurso para aquelas decisões em que já se esgotaram os recursos *ordinários* cabíveis e possíveis.

Ocorre que, no caso, o recurso foi interposto de denegação de *habeas corpus* pelo Tribunal de Justiça e, assim, era cabível, ainda, outro recurso ordinário, ou seja, o ordinário *stricto sensu* contemplado pela Constituição

Federal.

Tal recurso ordinário está previsto nos arts. 102, II, e 105, II, da Constituição Federal, sendo que, no primeiro caso, é previsto recurso para o Supremo Tribunal Federal da decisão denegatória de *habeas corpus* em única instância pelos Tribunais Superiores e, no segundo caso, cabe o recurso para o Superior Tribunal de Justiça, "da decisão denegatória de *habeas corpus*, decidido em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios.

Ao ser impetrado o recurso ordinário da decisão denegatória de *habeas corpus*, discute-se, inclusive, a matéria que seria de apreciação do recurso especial e extraordinário, não se restringindo à análise de toda a matéria de direito, sendo possível a devolução do exame de toda a matéria anterior, inclusive aquela de fato.

Não obstante, após o julgamento de recurso ordinário pelo STJ, será cabível, ainda, a propositura de recurso extraordinário, caso possa ser discutida, ainda, alguma questão constitucional, nos termos do art. 102, III, da CF.

Portanto, sendo ainda cabível *outro recurso ordinário*, inclusive um recurso que admite discussão ampla sobre matéria de fato ou probatória, além daquela pertinente ao recurso especial, incabível é a interposição deste último.

As impugnações extraordinárias estão sujeitas a rígido controle de admissibilidade, consoante os critérios fixados na Lei 8.038/90 e nos Regimentos Internos do STF e STJ, além das Súmulas destes Tribunais.

Como bem concluem ADA PELLEGRINI GRINOVER *et alii*:

"os recursos constitucionais estão sujeitos a rígidos controles de admissibilidade, de sorte que, já no momento de sua interposição, deve o recorrente atentar para as prescrições legais e regimentais pertinentes, cujo atendimento é indeclinável, sob pena de indeferimento ou não conhecimento da impugnação".⁽¹⁾

Destarte, não pode, por este motivo, ser conhecido o recurso.

II. QUANTO AOS ESPECÍFICOS REQUISITOS RECURSAIS DE ADMISSIBILIDADE

O recorrente pretende a reforma do v. acórdão da 4ª Câmara Criminal, com fulcro no artigo 105, III, "a" da Constituição da República.

Sustenta em suas razões: violação ao artigo 310 do CPP, eis que o réu

⁽¹⁾ *Recursos no Processo Penal*, São Paulo: RT, 2ª ed., 1998, pp. 288/289).

faz jus ao benefício da liberdade provisória por ser primário, com bons antecedentes e possuir residência fixa. Aduz, ainda, que não há a presença dos pressupostos e dos fundamentos que justificam a prisão preventiva.

Mesmo não podendo ser conhecido o recurso, como já devidamente demonstrado, também entende o Ministério Público, *ad argumentandum*, que o recurso **merece inadmissão**, eis que ausentes os pressupostos constitucionais específicos, indispensáveis para a sua admissão.

Segundo ADA PELLEGRINI GRINOVER, em obra conjunta já citada, fazendo comentários acerca dos pressupostos do art. 26 da Lei nº 8.038/90:

“... após a exposição do fato e do direito, na qual o recorrente fará um resumo da hipótese concreta que pretende seja reexaminada em sede excepcional, impõe-se a demonstração do cabimento, na qual postulará ao Presidente do tribunal a quo o deferimento, bem como ao órgão ad quem o conhecimento, convencendo-os sobre o enquadramento da espécie em uma ou mais das hipóteses constitucionais de cabimento, além dos demais pressupostos de admissibilidade... Sobretudo é preciso que seja clara e objetiva a fundamentação desses recursos, com a expressa referência à disposição constitucional que os autoriza e, ainda, aos textos da própria Lei Maior ou de Leis ordinárias que se relacionam às questões deduzidas”. (Recursos no Processo Penal, São Paulo: RT, 2ª ed., 1998, pp. 288/289).

Não se pode, assim, vislumbrar-se adequação à **alínea “a”** do inciso III do art. 105 da carta constitucional, pois, efetivamente, não houve qualquer ofensa ao dispositivo infraconstitucional acima mencionado.

Conforme expõem os autores já citados:

“A fórmula utilizada pelo constituinte é, claramente, mais ampla do que a do texto anterior, que não previa recurso extraordinário pela mera contrariedade à letra de tratado ou lei federal, limitando-o ao caso de negativa de vigência... na Carta atual nenhuma dúvida pode subsistir quanto à extensão do cabimento do recurso especial na hipótese de decisão que fere a letra ou o espírito da legislação ordinária editada pela União”. (Recursos no Processo Penal, São Paulo: Revista dos Tribunais, 3º ed., 2001, p. 278).

É que, mesmo com a fórmula mais ampla, não caberia, na espécie, o Recurso Especial.

De se ver que o pressuposto de admissibilidade se confunde com o próprio requisito de procedência, pois, segundo os autores supracitados:

“Subsiste, porém, na redação da alínea “a”, ora examinada, a confusão entre o pressuposto de admissibilidade do recurso e o seu requisito de procedência, pois, ao contrário das demais previsões de cabimento, nas quais o constituinte aponta somente uma característica objetiva da decisão impugnada (declarar a inconstitucionalidade, julgar válida etc.), exige-se aqui uma valoração sobre uma espécie de erro cometido pelo julgado recorrido (contrariar, negar aplicação)” (obra citada, pp. 278/279).

Mas tal valoração deve se ater à interpretação razoável da norma, conforme orienta a antiga Súmula 400 do STF, súmula esta que se aplica ao hoje Recurso Especial, a ser julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, sob a égide da nova Constituição:

“Decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza o recurso extraordinário pela letra “a” do art. 101, III, da Constituição Federal.”

Conforme já lecionava o Min. Athos Gusmão Carneiro:

“se uma determinada exegese da Lei Federal é razoável, isto é, de acordo com a boa razão, como entender, pela alínea “a”, que tal interpretação está em “contrariedade” com a lei? A mera afirmação de que outra exegese existe e pode ser considerada igualmente razoável não é motivo para que o STJ, no recurso especial pela alínea “a”, deva admitir o recurso e julgar qual das duas interpretações constitui a exata interpretação da lei. A interpretação divergente só autoriza o recurso extremo quando amparadas, uma e outra das exegeses, por decisões de Tribunais diversos. É a alínea “c”. Caso a mera divergência doutrinária permitisse o recurso pela letra “a”, desnecessário seria o permissivo constitucional da alínea “c”.”

Com a pronúncia, não basta que o agente seja primário ou de bons antecedentes para fazer jus à liberdade, pois, consoante ADA PELLEGRINI GRINOVER

e outros,

“... a prisão nessa hipótese não dispensa a verificação concreta do *periculum libertatis*, sem o que não estará justificada a cautela, segundo o contexto das garantias constitucionais; se estavam presentes os motivos para a manutenção do flagrante ou decretação da preventiva e eles subsistem, não há porque conferir ao réu o direito de aguardar o julgamento em liberdade, tão-somente pelo preenchimento dos requisitos de ordem subjetiva do art. 408, § 2º, CPP ⁽²⁾.”

Segundo tal raciocínio, se antes da sentença de pronúncia não havia motivos para se decretar a prisão preventiva, tão só em vista da não primariedade e dos maus antecedentes, não se justificaria a prisão.

Porém, aqui existe uma imposição legal de recolhimento à prisão, que é a regra em se tratando de pronúncia, onde já existe uma decisão fundada no *fumus commissi delicti*, diferentemente da situação anterior do acusado.

De acordo com JOSÉ BARCELOS DE SOUZA:

“... dizendo a lei que o juiz poderá deixar de decretar a prisão se o réu for primário e de bons antecedentes, está exigindo que a imponha, sem outras considerações, na hipótese contrária. Basta não reconheça a primariedade e bons antecedentes, para que, sem outra alternativa, sujeite o réu à prisão, em decorrência da pronúncia, expedindo ordens para sua captura, admitida a fiança, se couber, ou recomendando-o na prisão, exceto se livrar-se solto sem fiança ⁽³⁾.”

E, consoante AFRANIO SILVA JARDIM:

“Trabalhando atentamente com sistema vigente, podemos asseverar que a pronúncia é título autônomo legitimador da prisão do réu. Entretanto, a eficácia coercitiva deste título ficará paralisada se o pronunciado for primário e tiver bons antecedentes.

⁽²⁾ GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antônio Scarance, GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no Processo Penal*. 3ª. ed., São Paulo: Malheiros, 1993, p. 240.

⁽³⁾ SOUZA, José Barcelos. *A defesa na polícia e em juízo*. 5ª. ed., São Paulo: Saraiva, 1980, p. 239.

Esta exata colocação que se apresenta extremamente simples tem efeitos sistemáticos e práticos da maior relevância. Senão vejamos. A primariedade e os bons antecedentes impedem que o réu seja preso por causa exclusiva da decisão de pronúncia, entretanto não altera a incidência das outras normas que disciplinam o sistema de prisão e liberdades provisórias. Para melhor compreensão, pomos um exemplo: se o réu se encontrava preso preventivamente ao ser pronunciado, em sendo primário e de bons antecedentes, sua situação continuará a ser regulada pelo instituto da prisão preventiva e a sua liberdade dependerá da validade desta ou da possibilidade de sua revogação, nos termos do art. 316 do Cód. Proc. Penal.[...] Tendo sido preso em flagrante, o réu primário e de bons antecedentes não terá a disciplina de sua prisão alterada pela pronúncia. Em outras palavras, a manutenção ou não da prisão em flagrante dependerá da sua validade (relaxamento) e da possibilidade legal de ser ela substituída pela liberdade vinculada, nos termos do art. 310 e seu parágrafo único ⁽⁴⁾.

Portanto, mesmo sendo o acusado primário e de bons antecedentes poderá continuar sob prisão provisória quando houver a decretação da pronúncia, bastando seja justificado o *periculum libertatis*, como foi feito na espécie.

Outrossim, inexistente o alegado excesso de prazo.

A instrução criminal fluiu no prazo legal, sendo certo que, se houve demora, se deu em vista do aguardo de precatória (que não suspende o prazo), inclusive sendo precatória de interesse e para oitiva de testemunha de defesa.

Ademais, como se defluiu do feito, houve substituição de medidas cautelares, tendo sido decretada a pronúncia e, na forma da Súmula 21 do STJ, "*pronunciado o réu fica superada a alegação de constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução*".

É que, decretada a prisão de pronúncia, e presentes os requisitos da preventiva antes decretada, passou-se a reger a cautelar agora sob um novo título, ou seja, o da pronúncia.

Ora, em primeiro lugar, o requisito do *fumus boni iuris* está presente pelo simples fato da prova de existência da imputada prática de crime e de indícios veementes de autoria, o que, aliás, resultou demonstrado na sentença

⁽⁴⁾ JARDIM, Afrânio Silva. "Visão sistemática da prisão provisória no Código de Processo Penal". In: *Revista de Direito*, Rio de Janeiro: PGJ-RJ, n° 22, 1985, pp. 41-42.

de pronúncia, e o *periculum libertatis* se faz presente ante a expressa manifestação do juiz, com base nos motivos ensejadores da prisão preventiva, como já defendia ADA PELLEGRINI GRINOVER, e vem se pronunciando, recentemente, o STF.

Na verdade, o legislador do CPP, na espécie, presume o *periculum libertatis* pelo fato de que, no julgamento pelo plenário do Júri (salvo a hipótese de crime afiançável), é necessária a presença do réu, sob pena de sobrestamento da sentença de pronúncia.

Destarte, para o legislador, haveria, na verdade, conveniência para instrução criminal, a justificar o *periculum in mora*, pois como já observava TOURINHO, antes do advento da Constituição - e tal raciocínio não se invalida com a mesma - :

“Não há na sessão do Júri, uma verdadeira instrução criminal, por sinal complexa, porquanto abrange a fase probatória, a fase das alegações e a do julgamento? Não é necessária a presença do réu, sob pena de não realizar a sessão? Então poderá o Juiz decretar-lhe a prisão por conveniência da instrução criminal. Observe-se que a palavra conveniência tem o sentido de interesse, haverá conveniência na sua prisão. Esta poderá encontrar fundamento, também, no art. 312 do CPP, ao falar em assegurar a aplicação da lei penal. Se houve uma pronúncia e, evidentemente, uma probabilidade de condenação, a ausência injustificada do réu bem poderá demonstrar o desejo de subtrair-se ao império da lei penal. ⁽⁵⁾”

Assim, já tendo ocorrido a pronúncia, não há que se falar em excesso de prazo.

Conclui-se, por conseguinte, pela ausência de pressupostos específicos a viabilizar o recurso especial em tela pela alínea “a” do preceptivo constitucional.

Coerente com todo o exposto requer e aguarda o Ministério Público que V. Exa. **inadmita** o recurso interposto, propugnando ao depois, em face do princípio da eventualidade, **pelo desprovimento**, na hipótese de sua admissão e conhecimento.

Rio de Janeiro, 28 de julho de 2006.

MARCELLUS POLASTRI LIMA

⁽⁵⁾ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. Vol. III. São Paulo:Jalovi. 1981.p. 458.

Procurador de Justiça
Assistente Criminal

De acordo:

ALEXANDRE ARARIFE MARINHO
Procurador de Justiça
Assessor Criminal

Aprovo:

MARIJA YRNEH RODRIGUES DE MOURA
Subprocuradora-Geral de Justiça
de Assuntos Institucionais e Judiciais