



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 164.315 - SP (2010/0039323-1)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DANIELLE CRISTINA UEMURA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GILBERTO DELFINO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. NULIDADE DA DECISÃO DE RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO. APELAÇÃO. EFEITO DEVOLUTIVO. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELA CORTE ESTADUAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. O efeito devolutivo do recurso de apelação criminal encontra limites nas razões expostas pelo recorrente, em respeito ao princípio da dialeticidade que rege os recursos no âmbito processual penal pátrio, por meio do qual se permite o exercício do contraditório pela parte que defende os interesses adversos, garantindo-se, assim, o respeito à cláusula constitucional do devido processo legal.

2. Da análise dos autos, verifica-se que a Corte de origem não emitiu juízo de valor sobre a nulidade da ação penal em comento em razão da alegada falta de fundamentação da decisão que recebeu a denúncia, tendo em vista que não foi alvo de insurgência nas razões recursais ofertadas, circunstância que evidencia a impossibilidade de análise da impetração por este Sodalício, sob pena de indevida prestação jurisdicional em supressão de instância.

PARECER OFERECIDO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SEGUNDO GRAU. ALEGAÇÃO DE NULIDADE POR FALTA DE POSTERIOR MANIFESTAÇÃO DA DEFESA. PRINCÍPIO DA PARIDADE DAS ARMAS. ATUAÇÃO COMO *CUSTOS LEGIS*. IMPARCIALIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

1. Após a manifestação ministerial como *custos legis* no segundo grau de jurisdição não há contraditório a ser assegurado, tendo em vista que o *Parquet* não atua como parte da relação processual (Precedentes STJ e STF).

2. Ao atuar em sede recursal opinando, a Procuradoria-Geral de Justiça possui a função de *custos legis*, com a atribuição somente de assegurar a correta aplicação do direito, desempenhando atividade fiscalizadora do exato cumprimento da lei, de tal sorte que é dotada de imparcialidade, porquanto não está vinculada às contrarrazões oferecidas pela Promotoria de Justiça, esta sim, parte da relação processual.

3. *Writ* parcialmente conhecido e, nesta extensão, denegada a ordem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer parcialmente do pedido e, nessa parte, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp, Laurita Vaz e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 22 de fevereiro de 2011. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 164.315 - SP (2010/0039323-1)

IMPETRANTE : DANIELLE CRISTINA UEMURA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GILBERTO DELFINO (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública em favor de GILBERTO DELFINO, apontando como autoridade coatora a 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento à Apelação Criminal nº 993.07.005026-8, mantendo as conclusões da sentença que condenou o paciente à pena de 10 (dez) anos, 10 (dez) meses e 19 (dezenove) dias de reclusão, em regime inicialmente fechado, e ao pagamento de 24 (vinte e quatro) dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 157, § 2º, I, c/c art. 70, *caput*, do Código Penal.

Afirma a impetrante que o paciente é alvo de constrangimento ilegal porquanto eivada de nulidade a ação penal, haja vista a ausência de fundamentação da decisão que recebeu a denúncia.

Alega, ainda, a existência de nulidade no processamento do recurso de apelação, por violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa e da paridade de armas. Argumenta que a atuação do Ministério Público no segundo grau de jurisdição não poderia ser considerada isenta, consubstanciando, na verdade, reforço de acusação. Diante disso, para garantia dos princípios citados, deveria ser oportunizada a manifestação da defesa sobre o parecer apresentado.

Pretende, liminarmente, a suspensão do curso da ação penal e, no mérito, requer a concessão da ordem para anular o processo desde o recebimento da denúncia ou para anular o acórdão, expedindo-se alvará de soltura em favor do paciente.

Instrui a inicial com alguns documentos (e-STJ fls. 12 a 37), sendo indeferida a tutela de urgência (e-STJ fls. 42 e 43) e prestadas as informações pela autoridade impetrada (e-STJ fls. 50 e 51), oportunidade em que acostou cópia de diversas peças processuais (e-STJ fls. 52 a 75).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 164.315 - SP (2010/0039323-1)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Inicialmente, cumpre destacar que da leitura do acórdão objurgado, observa-se que a questão referente à nulidade da ação penal em comento em razão da falta de fundamentação da decisão que recebeu a denúncia não foi alvo de deliberação pelo Tribunal de origem, circunstância que impede qualquer manifestação deste Sodalício sobre este tópico, evitando-se, com tal medida, a ocorrência de indevida supressão de instância.

Ressalte-se que a apelação criminal interposta pelo paciente não veiculou, em suas razões, qualquer inconformismo relativo à mácula na decisão que recebeu a exordial acusatória, cingindo-se a requerer a sua absolvição por insuficiência de provas ou, subsidiariamente, o reconhecimento da tentativa e da prática de crime único, consoante se verifica da peça acostada às fls. e-STJ 25 a 30.

Como é cediço, o efeito devolutivo do recurso de apelação encontra limites nas razões expostas pelo recorrente, em respeito ao princípio da dialeticidade que rege os recursos previstos no âmbito do processo penal pátrio, por meio do qual se permite o exercício do contraditório pela parte detentora dos interesses adversos, garantindo-se, assim, o respeito à clausula constitucional do devido processo legal.

A propósito, confira-se a lição de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes:

*"O princípio da dialeticidade - que impregna todo o **iter procedimental** - tem aspectos próprios no que diz com os recursos: o recorrente deverá declinar os motivos pelos quais pede o reexame da decisão, porque somente assim a parte contrária poderá apresentar suas contra-razões, formando-se o imprescindível contraditório em matéria recursal." (Recursos no processo penal. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 36.)*

Mais adiante, quando dissertam especificamente sobre o efeito devolutivo do recurso de apelação criminal, os aludidos doutrinadores disciplinam:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"A apelação, como todo recurso, devolve ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada e da que pode ser conhecida de ofício.

O âmbito dessa devolução depende, essencialmente, da extensão da impugnação formulada pelo recorrente, podendo a apelação, conforme salientado, ser plena ou parcial. Pode, também, configurar-se, pela soma de apelações parciais da acusação e da defesa, outra hipótese de devolução plena. Frise-se, contudo, que a restrição existente na apelação parcial é relativa à extensão do conhecimento e não à sua profundidade, podendo o tribunal examinar, nos limites da impugnação, aspectos não suscitados pelas partes ou tópicos não apreciados pelo juiz inferior; pode, ainda, produzir prova ou admitir prova nova, desde que observado o contraditório." (op. cit. p. 121.)

Portanto, tendo em vista que o recurso de apelação, nos termos do art. 515 do CPC, aplicado subsidiariamente ao processo penal (art. 3º do CPP), devolve para o Órgão *ad quem* apenas o exame da matéria impugnada, *que se restringe aos limites da impugnação* (excetuando-se, naturalmente, as matérias de ordem pública, examináveis de ofício), o Tribunal impetrado não tratou da questão mencionada - nulidade da ação penal por ausência de fundamentação da decisão que recebeu a denúncia -, mormente porque se encontra no âmbito de uma das inúmeras possíveis teses defensivas, que devem, por óbvio, ser arguidas no momento oportuno e perante o juízo competente, observando-se o indispensável contraditório.

Inviável, pois, o exame da matéria por este Superior Tribunal de Justiça, sob pena de configuração da indevida prestação jurisdicional em supressão de instância.

A propósito:

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI. CONDENAÇÃO: PENA DE 3 ANOS DE DETENÇÃO. APELAÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA, ATIPICIDADE DA CONDUTA, NULIDADES. MATÉRIAS NÃO ANALISADAS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO-CONHECIMENTO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO-OCORRÊNCIA. DENÚNCIA QUE NARRA O FATO E SUAS CIRCUNSTÂNCIAS. FALTA DE JUSTA CAUSA. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE NO ÂMBITO ESTREITO DO WRIT. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO-EVIDENCIADO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. NÃO-OCORRÊNCIA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA.

1. Não havendo manifestação do Tribunal de origem sobre o tema, não pode o Superior Tribunal de Justiça analisá-lo, sob pena de indevida supressão de instância. Precedentes do STJ.

[...]

6. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada." (HC 85.356/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, DJe 7/12/2009).

Além disso, por meio do presente *writ* busca a impetrante, ainda, a declaração de nulidade do acórdão objurgado ao argumento de que a atuação do Ministério Público, no 2º grau de jurisdição, não poderia ser considerada isenta, consubstanciando, na verdade, reforço de acusação.

Entretanto, esta Corte Superior de Justiça firmou o entendimento, na linha de precedentes do Pretório Excelso, no sentido de que após a manifestação ministerial como *custos legis* no segundo grau de jurisdição não há contraditório a ser assegurado, tendo em vista que o *Parquet* não atua como parte da relação processual.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

"PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006, E ART. 16, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO IV, DA LEI Nº 10.826/03. PARECER OFERECIDO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SEGUNDO GRAU. ALEGAÇÃO DE NULIDADE POR FALTA DE VISTA POSTERIOR DOS AUTOS À DEFESA. INOCORRÊNCIA. ATUAÇÃO COMO CUSTOS LEGIS. ART. 610 DO CPP.

"Após a manifestação do Ministério Público que atua em segundo grau na condição de custos legis não há contraditório a ser assegurado, pois o parecer não possui natureza de ato da parte (cf. Pretório Excelso, HC 81.436/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Néri da Silveira, DJU de 22/02/2002).

"Ordem denegada".

(HC nº 127.630/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 13/08/2009, DJe 28/09/2009).

"RHC. EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. INSTRUÇÃO CRIMINAL ENCERRADA. SÚMULA 52-STJ. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. (...).

"De igual modo, não importa em ofensa ao princípio do contraditório o parecer do Ministério Público ofertado na condição de fiscal da lei, que se distingue da atuação do Órgão como parte."

"Recurso desprovido.

(RHC nº 15.738/SP, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

QUINTA TURMA, julgado em 03/03/2005, DJ 28/03/2005 p. 290).

Como é cediço, o Ministério Público - instituição permanente prevista no art. 127 da Constituição Federal como essencial à função jurisdicional do Estado -, é o responsável pela manutenção da estabilidade jurídica da sociedade, sendo sua incumbência a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

E, no âmbito do Processo Penal, a atuação do Órgão Ministerial é regulada pelo art. 257 da Lei Penal Adjetiva, ao dispor que "*ao Ministério Público cabe: I- promover, privativamente, a ação penal pública, na forma estabelecida neste Código; e II- fiscalizar a execução da lei*", demonstrando os dois pólos ocupados pelo *parquet*, quais sejam, a posição de sujeito da relação, efetivando o direito de punir do Estado; e o exercício de atividade como *custos legis* no sentido de fiscalizar a correta aplicação das leis.

Sobre a diferença das duas funções exercidas pelo *parquet*, insta destacar o posicionamento doutrinário de Marcellus Polastri Lima, *in verbis*:

"Entretanto, não há como deixar de se reconhecer que o Ministério Público não é parte no sentido material, já que age em nome do Estado, sem interesse particular, tendo antes, inclusive, interesse na busca da verdade real e realização da Justiça, agindo, em regra, imparcialmente. Conforme salienta Hugo Nigro Mazzilli, 'ao contrário, como parte formal, é um dos sujeitos da relação processual, tendo ônus e faculdades processuais, tem direitos públicos subjetivos de disposição do conteúdo formal do processo-vista a ação como direito abstrato'. Entendemos que, conforme a fase ou ato a ser praticado, a posição do Ministério Público variará, acentuando-se às vezes a qualidade de parte e em outras a de custos legis, ou fiscal das leis. Portanto, a identificação da natureza da qualidade da intervenção do parquet pressupõe a verificação da fase da persecução penal em que atue." (Manual de Processo Penal. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.456 e 457).

Nessa ordem de ideias, *in casu*, ao atuar em sede recursal opinando, a Procuradoria-Geral de Justiça possui a função de *custos legis*, com a atribuição somente de assegurar a correta aplicação do direito, desempenhando atividade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fiscalizadora do exato cumprimento da lei, de tal sorte que é dotada de imparcialidade, porquanto não está vinculada às contrarrazões oferecidas pela Promotoria de Justiça, esta sim, parte da relação processual.

Dessa forma, observa-se que, ao ofertar parecer em segundo grau, a participação do *Parquet* é imparcial e opinativa - assegurada sempre a liberdade na sua elaboração -, sendo-lhe permitido, inclusive, opinar em benefício do acusado, motivo pelo qual não há que se falar em manifestação da defesa sobre o parecer apresentado.

Ademais, o fato de não ser oportunizado à defesa a manifestação sobre o parecer do Órgão Ministerial que atua no segundo grau de jurisdição não configura violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa e da paridade de armas, pois a sua atuação se dá no desempenho de atividade de fiscal da lei e não na qualidade de parte com interesse direto na relação processual, não se vislumbrando, portanto, qualquer constrangimento ilegal a ser sanado por esta via.

Ante o exposto, **conhece-se parcialmente do writ** e, nesta extensão, **denega-se a ordem**.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0039323-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 164.315 / SP

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 18062006 50060956534 993070050268

EM MESA

JULGADO: 22/02/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. CARLOS ALBERTO CARVALHO VILHENA

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DANIELLE CRISTINA UEMURA - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : GILBERTO DELFINO (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo Majorado

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente do pedido e, nessa parte, denegou a ordem."

Os Srs. Ministros Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp, Laurita Vaz e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.