

VOTO VISTA

O Sr. Ministro **Luiz Vicente Cernicchiaro**: Este recurso insiste em nulidade, ao fundamento de o membro do Ministério Público que ofertou a denúncia, antes, participara de investigação de fatos, promovendo diligências.

O Ministério Público é parte (sentido processual). Ademais, titular da ação penal relativamente ao crime de homicídio. Em sendo assim, lógico, tem legitimidade para escorar a denúncia que vai oferecer, notadamente, agora que se consagra a necessidade de a imputação ter apoio material. Não basta a simples descrição formal.

O v. acórdão, por isso, evidencia-se incensurável.

Este caso não se confunde com julgado desta Sexta Turma, impugnando a legalidade de o órgão do Ministério Público acompanhar o inquérito policial e, ao depois, depor, como testemunha, a respeito dos fatos coligidos.

O testemunho é meio de prova (a testemunha é instrumento). Como tal, deve ser isenta. Evidente, quem participou da coleta probatória, no inquérito policial, está impedido de depor em juízo. Está, sem dúvida, comprometido com a versão registrada. Testemunha, sabido, há de ser pessoa isenta.

Acompanho o eminente Relator.

Nego provimento ao recurso.

Recurso Especial nº 49.500-8-SP (Registro nº 94.0016622-2)

Relator: *Ministro Assis Toledo.*

Recorrente: *Ministério Público do Estado de São Paulo.*

Recorrido: *Luiz Carlos Bonfatti (réu preso).*

Advogado: *Paulo Sérgio de Almeida.*

EMENTA: Penal – Pena – Fixação.

No Direito brasileiro não se admite a redução da pena abaixo do mínimo legal, por incidência de mera circunstância atenuante.

Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento para restabelecer a sentença, nos termos do voto do Ministro-Relator. Votaram de acordo os Srs. Ministros **Edson Vidigal**, **Jesus Costa Lima**, **José**

Dantas e Cid Flaquer Scartezzini.

Brasília-DF, 29 de junho de 1994 (data do julgamento). Ministro Jesus Costa Lima, Presidente. Ministro Assis Toledo, Relator.

Publicado no DJ de 15.08.1994.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Assis Toledo: *Luiz Carlos Bonfatti* foi denunciado e condenado à pena de três anos de reclusão pela prática do crime previsto no art. 12 da Lei nº 6.368/1976.

Irresignado, apelou o réu, tendo a Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo dado parcial provimento ao recurso para reduzir a pena imposta, fixando-a em dois anos e seis meses de reclusão. O acórdão ficou assim ementado:

"Confissão espontânea. Delito de autoria conhecida. Irrelevância. Atenuante obrigatória. Inteligência do art. 65, III, d, do Código Penal.

A confissão espontânea perante a autoridade policial ou judiciária, ainda que não se trate de delito de autoria ignorada ou atribuída a outrem, configura a atenuante obrigatória prevista no art. 65, III, d, do Código Penal.

Pena. Fixação da pena básica. Incidência das agravantes e atenuantes obrigatórias. Inexistência de restrição pelos limites máximo e mínimo da cominação em abstrato. Exegese do art. 68 do Código Penal.

As circunstâncias agravantes e atenuantes previstas nos arts. 61, 62 e 65, todos do Código Penal, sempre incidirão sobre as penas básicas, por força do disposto no art. 68 do mesmo diploma legal, ainda quando essas se encontrem já nos limites mínimo e máximo da cominação em abstrato." (fl. 128).

Contra essa decisão, interpõe o Ministério Público Estadual recurso especial pela letra c do permissivo constitucional, sustentando que o acórdão recorrido divergiu do entendimento adotado por outros tribunais no tocante à impossibilidade da redução da pena abaixo do mínimo legal, pela incidência de circunstância atenuante.

Contra-arrazoado (fls. 147/150), o recurso foi admitido (fls. 152/153).

Nesta instância, a douta Subprocuradoria Geral da República, em parecer da lavra do Dr. *Edinaldo de Holanda Borges*, opina pelo provimento, *in verbis*:

"Propugna o diligente Ministério Público de São Paulo pela reforma de acórdão do egrégio Tribunal daquele Estado, que deu provimento a recurso da defesa, em matéria criminal, para reduzir a pena do réu a quem do mínimo legal.

Sobreleva o entendimento dominante nesta egrégia Quinta Turma de que, *no Direito brasileiro não se admite a redução da pena abaixo do mínimo legal, por incidência de mera circunstância atenuante* (REsp nº 15.695, Relator Min. Assis Toledo)

Pelo exposto, o alvitre é no sentido do provimento do recurso, face à concorrência dos requisitos a tanto." (fl. 158).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Assis Toledo (Relator): Demonstrada a divergência com acórdãos do Supremo Tribunal Federal e desta Corte, exibidos às fls. 140/142, conheço do recurso.

O juiz, na sentença, estabeleceu a pena mínima possível aplicada à espécie, que é de três anos de reclusão.

Assim, não poderia o acórdão reduzir esse cálculo por aplicação de uma circunstância atenuante, a confissão espontânea (art. 65, III, d, do Código Penal).

É o que decidiu esta Turma, no REsp nº 15.695-PR, citado como paradigma:

"Penal. Pena. Fixação. No Direito brasileiro, não se admite a redução da pena abaixo do mínimo legal, por incidência de mera circunstância atenuante. Recurso especial conhecido e provido." (REsp nº 15.695-PR. Quinta Turma do STJ, j. em 18.12.1991, Rel. Min. Assis Toledo, DJU de 17.02.1992, p. 1.381). (fl. 142).

Ante o exposto, conheço do recurso, pela letra c, e dou-lhe provimento para cassar o acórdão recorrido e restabelecer a sentença de 1º grau.

É o voto.