

VOTO

O Sr. Ministro **Moreira Alves** (Relator): 1. Correto o parecer da Procuradoria-Geral da República. Com efeito, a jurisprudência desta Corte já se firmou no sentido de que é prescindível a requisição do réu preso para acompanhar inquirição de testemunha em juízo deprecado, bastando que o defensor, como no caso o foi, tenha sido intimado da expedição da carta precatória, bem como de que não há necessidade de intimação do advogado do réu da data da inquirição de testemunha em outra comarca, se foi ele intimado da expedição da precatória (assim, nos HCs 75.030, 68.083, 69.203 e 70.313).

2. Em face do exposto, indefiro o presente *habeas corpus*.

EXTRATO DA ATA

HC 80.149 — SP — Rel. Min. **Moreira Alves**. Pacte.: *Jefferson Agnezini*. Impte.: *Mauro Márcio Seadi Filho*. Coator: *Superior Tribunal de Justiça*.

Decisão: A Turma indeferiu o pedido de *habeas corpus*. Unânime. Ausente, ocasionalmente, o Ministro **Sepúlveda Pertence**.

Presidência do Senhor Ministro **Moreira Alves**. Presentes à sessão os Senhores Ministros **Sydney Sanches**, **Octavio Gallotti**, **Sepúlveda Pertence** e **Ilmar Galvão**. Subprocurador-Geral da República, Dr. *Miguel Frauzino Pereira*.

Brasília, 27 de junho de 2000 — SILVANA MACÊDO SOARES, p/ Coordenador.

Habeas Corpus nº 80.315—SP (Primeira Turma)

Relator: O Sr. Ministro *Sepúlveda Pertence*

Paciente: *Roberto Gomes*

Impetrante: *Sheila Kleinsinger*

Coator: *Superior Tribunal de Justiça*.

I — Ministério Público: sucumbência no provimento da apelação da defesa, apesar de com ele ser ter posto de acordo o Promotor de Justiça.

A independência funcional dos agentes do Ministério Público é, de fato, incompatível com a pretensão de que a concordância do Promotor com a apelação vinculasse os órgãos da instituição que oficiam junto ao Tribunal, de modo a inibi-los de interpor recurso especial contra a decisão que, provendo o recurso da defesa, desclassificou a infração.

II — *Habeas corpus*: inexigibilidade de prequestionamento da decisão impugnada.

Não se sujeita o recurso ordinário de *habeas corpus* nem a impetração substitutiva dele, ao requisito do prequestionamento na decisão impugnada: o ponto, suscitado na impetração ao STJ, não obstante o silêncio do acórdão a respeito, pode ser conhecido pelo Supremo Tribunal.

III — Individualização da pena: regime de cumprimento de pena: critério legal.

A gravidade do tipo incidente, para todos os efeitos legais, se traduz na escala penal cominada.

Se, nos limites dela, a pena imposta comporta determinado regime de execução, não cabe, para impor outro, mais severo, considerar novamente, e como única razão determinante, a gravidade em abstrato da infração cometida: o regime de estrita legalidade que rege o Direito Penal não admite que, à categoria legal dos crimes hediondos, o juiz acrescente, segundo a sua avaliação subjetiva ditada por seus preconceitos, a categoria dos crimes repugnantes, de modo a negar ao condenado o que lhes assegura a lei.

Quando a pena é fixada no mínimo legal — a pressupor que sejam favoráveis ao réu as circunstâncias de individualização do art. 59, Cpen., que são também as que se hão de levar em conta na determinação do regime inicial de execução (CPen., art. 33, § 3º) — cabe deferir o HC para conceder o regime menos severo compatível com o *quantum* da sanção aplicada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, *deferir*, em parte, o pedido de *habeas corpus*.

Brasília, 29 de agosto de 2000 — **Moreira Alves**, Presidente — **Sepúlveda Pertence**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Sepúlveda Pertence**: Condenado por roubo consumado e agravado (CP, art. 157, § 2º, I e II) pela sentença de primeiro grau a 5 anos e 4 meses de reclusão, em apelação, logrou o paciente obter a desclassificação do crime para roubo tentado, reduzida a pena a 2 anos e oito meses e abrandado o regime inicial fechado para o aberto.

O Ministério Público, no Estado, que, nas contra-razões de apelação, concordara com a desclassificação para tentativa de roubo, contra o seu

acolhimento em apelação interpôs recurso especial, provido pelo STJ para restabelecer a sentença, em acórdão do Ministro José Dantas, assim ementado — fl. 159.

“Criminal. Roubo.

— Consumação do crime. Farta jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, sobre consumir-se o crime desde a retirada da *res* da esfera de vigilância da vítima, ainda que momentaneamente”.

Donde, o presente *habeas corpus*, que o parecer do Ministério Público Federal, da lavra do il. Subprocurador-Geral Raimundo de Bonis, resume com precisão e sobre o qual opina nestes têmos — fls. 165, 167:

“Argumenta a impetrante, em síntese:

a) nulidade do acórdão do STJ, por ter recebido recurso com tese contraditória do Ministério Público e que foi aceita como se coerente fosse, ao argumento de que “Não poderia, portanto, **jamais**, o Ministério Público pretender, através de Recurso Especial, mudar novamente sua posição, passando então a entender que o crime é consumado, e não tentado como ‘achava’ antes em suas contra-razões de apelação. Só por essa razão, *data máxima venia*, o STJ não deveria acolher o Recurso Especial.” (fl.06)

b) nulidade do acórdão do STJ, por ter acolhido recurso com base em fato inexistente, qual seja, uma jurisprudência uniformizada, que na realidade não existe, aduzindo que “... **a jurisprudência é dividida nos tribunais**, não havendo uniformização nenhuma, e não **havendo, portanto, divergência pretoriana.**” (Fl. 13)

c) ausência de fundamentos na sentença, na imposição do regime inicial de cumprimento, ao argumento de que “... não pode o magistrado aplicar pena mais grave do que a permitida em lei, amparando-se tão-somente numa suposta ‘gravidade do crime’, sob pena de incorrer em coação ilegal.” (Fl. 16)

Aduz a impetrante que o paciente permaneceu por 12 (doze) meses em cárcere fechado durante o trâmite do processo de conhecimento e, diante deste fato, já teria cumprido, em razão da detração penal, mais de um sexto da pena total, tendo, portanto, direito à progressão para regime mais brando, na espécie, o regime aberto.

Alega, finalmente, a impetrante a ocorrência da prescrição retroativa desde que:

"a)Ente o recebimento da Denúncia, datado de 26-3-91 (R. Despacho de fl. 41) e o trânsito em julgado do V. Acórdão do Tacrim-SP dando provimento ao Recurso de Apelação (que foi em 1º-6-95), decorreram 4 (quatro) anos, 2 (dois) meses e 6 (seis) dias; portanto, mais de 4 anos se passaram entre um marco processual interruptivo e outro (art. 110, § 1º, e art. 117, do CP).

b)O então acusado tinha, na época dos fatos, menos de 21 anos de idade.

c)A prescrição, considerando-se teoricamente, uma pena de 2 anos e 8 meses, ocorre no período de 8 anos, mas, como o acusado tinha apenas 18 anos de idade, o período prescricional é contado pela metade, ou seja, 4 anos.

d) Se entre o recebimento da denúncia e o acórdão do Tacrim-SP (que são dois marcos interruptivos) decorreram mais de 4 anos, sendo o acusado menor de 21, então a prescrição intercorrente está configurada." (Fls. 26/27)

Informações ofertada à fl. 157.

Eis a apertada síntese da *quaestio juris* aflorada na atividade processual em epígrafe.

Em que pese o laborioso esforço da impetrante, a presente ordem não comporta deferimento.

Com efeito, se nos afigura improcedente a alegação de nulidade do v. Acórdão hostilizado, por ter admitido a tese recursal do Ministério Público, que, outrora, em sede de contra-razões da Apelação, teria se manifestado favoravelmente ao ora paciente, quanto à pretendida desclassificação do crime de roubo qualificado, para a sua forma tentada.

Impende realçar que, não obstante a unicidade e indivisibilidade da instituição do Ministério Público, os seus membros detêm independência em suas manifestações, não se encontrando, dessarte, vinculados a quaisquer posicionamentos de outros membros, ainda que diante de uma mesma *quaestio juris*.

Caso contrário, estaria o Ministério Público, como insti-

tuição, evidentemente, malferindo uma das suas próprias garantias asseguradas constitucionalmente, qual seja, a de independência funcional (art. 127, § 1º, CF/88).

Dessarte, no caso *sub examine*, inexistente a eiva alegada pela impetrante, em face do recebimento e provimento do recurso especial interposto pelo *Parquet* Estadual.

De igual forma, improcede a alegação de nulidade do v. Acórdão hostilizado por ter acolhido o recurso com base em fato inexistente, ou seja, em “uniformização de jurisprudência” sobre a matéria controvertida sustentada no recurso especial.

Ainda que inexistente a uniformização da jurisprudência sobre a matéria jurídica, o órgão julgador tem, diante de sua convicção firmada, o poder-dever de se pronunciar, optando, muitas vezes, por uma das várias teses defendidas, quer seja do ponto de vista doutrinário, quer seja jurisprudencial.

Nesse aspecto, é crucial ressaltar que a orientação e uniformização jurisprudencial vem, como o próprio direito, trilhando de forma dinâmica para um aperfeiçoamento constante, isto é, está sempre em construção e reconstrução, de forma contínua.

No tocante à pretensão de ver reconhecida a ocorrência de prescrição retroativa, no caso em comento, de se evidenciar a total improcedência de tal alegação, mormente que tendo sido restabelecida a sentença penal condenatória, a pena *in concreto* será a determinante dos lapsos prescricionais, nos termos do art. 110, do Código Penal. Assim, se o paciente foi condenado à pena de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, a prescrição ocorrerá no prazo de 12 anos, conforme estatui o art. 109, inciso III, do Estatuto Repressivo.

De se registrar que a alegada desfundamentação da sentença penal, no tópico da fixação de pena, se mostra insusceptível de ser apreciada na sede do *writ*, sob pena de supressão de instância, *máxime* que incorreu a apreciação da matéria pelo v. Acórdão fustigado.

Acaso a Suprema Corte assim não entenda, cumpre evidenciar que relativamente à apontada ausência de fundamentação do édito condenatório de primeiro grau, na fixação do regime prisional, ainda que de forma ínfima, o magistrado sentenciante motivou a imposição do regime prisional, nos seguinte termos:

(...)

O crime praticado pelo réu é grave: trata-se de roubo à mão armada com concurso de agentes. O regime fechado é, portanto, o único necessário e suficiente para a repressão e prevenção do crime em questão.” (Fl. 85)

Isto posto, opina o Ministério Público Federal signatário, pelo indeferimento da ordem”.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro **Sepúlveda Pertence** (Relator): Acolho o parecer na réplica irretocável aos primeiros fundamentos da impetração.

A independência funcional dos agentes do Ministério Público é, de fato, incompatível com a pretensão de que a concordância do Promotor com a apelação vinculasse os órgãos da instituição que oficiam junto ao Tribunal, de modo a inibi-los de interpor recurso especial contra a decisão que, provendo o recurso da defesa, desclassificou a infração.

Ao contrário do que assevera o impetrante, não afirma o acórdão recorrido haver jurisprudência uniforme a respeito do tema do recurso especial, qual seja, a consumação do crime de roubo.

Pelo contrário, acolheu a decisão o parecer, que transcrevo, do Ministério Público Federal, que termina por reconhecer — fl. 162:

“Apesar de haver entendimento favorável à tese do Acórdão recorrido, parece-nos, *data venia*, ser mais acertada a orientação dispensada pelo Plenário da Suprema Corte e do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, no sentido de ser consumado o delito de roubo quando a coisa é retirada com violência ou grave ameaça da vítima, não obstante a imediata prisão em flagrante dos autores do crime — fls. 268/270.”

De toda sorte, ao conhecimento do recurso especial bastava a invocação de um julgado discrepante do entendimento da decisão local que desclassificou a infração para tentativa de roubo: e a impetrante mesma lealmente reconhece que dois dos padrões indicados lhe eram desfavoráveis, entre eles, o RE 108.479, da lavra do em. Ministro **Moreira Alves** (RTJ 125/579), a cuja doutrina o aresto do STJ expressamente se alinhou.

À evidência, não há prescrição.

Procede, no entanto, a impetração no que toca ao regime inicial de cumprimento de pena.

Ao contrário do que sustenta o parecer, não se sujeita o RHC, ou HC substitutivo dele, ao requisito do prequestionamento na decisão impugnada: o ponto, suscitado na impetração do STJ, não obstante o silêncio do acórdão a respeito, pode ser conhecido pelo Supremo Tribunal.

A imposição do regime fechado não era, no caso, conseqüência necessária do provimento do recurso especial, pois a pena aplicada — cinco anos e quatro meses de reclusão, mínimo cominado ao delito consumado — sendo impeditivo da manutenção do regime aberto, admitia, porém, porque muito inferior a oito anos, o deferimento do semi-aberto (Cpen., art. 33, § 2º, b).

Para conceder o regime inicial aberto, aduzira o acórdão do Tribunal de Alçada Criminal — fl. 130.

“Não obstante a gravidade do crime, deverá o apelante iniciar o cumprimento da sua pena privativa de liberdade no regime aberto, considerando ser primário, menor de 21 anos e o montante da pena aplicada (CP, art. 33, § 2º, b). Ademais, segundo os autos, esteve o mesmo preso provisoriamente por aproximadamente 9 meses, tempo suficiente para poder pleitear a progressão da pena.”

Optou, não obstante, o STJ, pelo restabelecimento, também no ponto, da sentença, que, a respeito, decidira:

“O crime praticado pelo réu é grave: trata-se de roubo a mão armada com concurso de agentes. O regime fechado é, portanto, o único necessário e suficiente para a repressão e prevenção do crime em questão.”

É critério que a jurisprudência do Tribunal tem iterativamente repudiado, desde, por exemplo, o HC 75.695, 17-2-98, de que fui relator e em cuja ementa consignei:

“Individualização da pena: regime de cumprimento de pena: critério legal.

A gravidade do tipo incidente, para todos os efeitos legais, se traduz na escala penal cominada.

Se, nos limites dela, a pena imposta comporta determinado regime de execução, não cabe, para impor outro, mais severo, considerar novamente, e como única razão determinante, a gravidade em abstrato da infração cometida: o regime de estrita legalidade que rege o Direito Penal não admite que, à categoria legal dos crimes hediondos, o juiz acrescente, segundo a sua avaliação

subjetiva ditada por seus preconceitos, a categoria dos crimes repugnantes, de modo a negar ao condenado o que lhe assegura a lei.

Precedentes do Tribunal.”

Esse entendimento, antes e depois de repetidamente acolhido por ambas as Turmas (HC 74.891, **Gallotti**, 27-5-97, *Informativo* STF 73; HC 75.642, **M. Aurélio**, 24-3-98, *Inf.* STF 104; HC 75.647, **Gallotti**, 7-10-97, *Inf.* STF 97; HC 75.875, **Jobim**, *Inf.* STF 95; HC 75.241, **Galvão**, 9-9-97; HC 75.726, **Galvão**, 11-11-97; HC 76.424, **Pertence**, 3-3-98; HC 76.475, 1ª T., **Moreira**, *DJ* 7-8-98; HC 77.187, **Sanches**, 30-6-98), veio a ser acolhido pela unanimidade do Plenário — HC 77.682, 22-10-98, **Néri da Silveira**, *RTJ* 168/280:

“De acordo com o § 2º do art. 33 do Código Penal, a determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 do mesmo diploma legal, ou seja, com verificação das circunstâncias judiciais. 5. Embora o roubo qualificado, por sua natureza, constitua efetivamente delito grave, essa circunstância, por si só, não é suficiente para, em todos os casos, estabelecer-se o regime inicial fechado para o cumprimento da pena, se esta é fixada em menos de oito anos de reclusão e as circunstâncias judiciais (Código Penal, art. 59) não são desfavoráveis ao réu. 6. *Habeas Corpus* deferido para que, na espécie em exame, o regime inicial de cumprimento da pena seja o semi-aberto.”

De resto, quando — como ocorre na espécie — a pena é fixada no mínimo legal — a pressupor que lhe sejam favoráveis as circunstâncias de individualização do art. 59, CPen., que são também as que se hão de levar em conta na determinação do regime inicial de execução (CPen., art. 33, § 3º) — firmou-se o Tribunal em que, de logo, cabe conceder o regime menos severo compatível com o *quantum* da sanção aplicada (cf., além da decisão plenária referida, HC 77.682, **Néri**, 22-10-98, *RTJ* 168/280; HC 74.891, 1ª T., **Gallotti**, 25-5-97; HC 75.875, 2ª T., **Jobim**, *Informativo* 95; HC 77.169, 1ª T., **Pertence**, 13-10-98; HC 76.738, 1ª T., **Galvão**, 25-8-98; HC 77.099, 1ª T., **Sanches**, 20-10-98).

Por isso, defiro em parte o *habeas corpus* para fixar o regime semi-aberto para o início da execução: é o meu voto.

EXTRATO DA ATA

HC 80.315 — SP — Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**. Pacte.: *Roberto Gomes*. Impte.: *Sheila Kleinsinger*. Coator: *Superior Tribunal de Justiça*.

Decisão: A Turma deferiu, em parte, o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. Unânime.

Presidência do Ministro **Moreira Alves**. Presentes à sessão os Ministros **Sydney Sanches**, **Octavio Gallotti**, **Sepúlveda Pertence** e **Ilmar Galvão**. Subprocurador-Geral da República, Dr. *Edson Oliveira de Almeida*.

Brasília, 29 de agosto de 2000 — SILVANA MACÊDO SOARES, p/ Coordenador.

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Recurso Extraordinário n.º 271.286 (AgRg) — RS (Segunda Turma)

Relator: O Sr. Ministro *Celso de Mello*

Agravante: *Município de Porto Alegre*

Agravada: *Diná Rosa Vieira*

Paciente com HIV/AIDS — Pessoa destituída de recursos financeiros — Direito à vida e à saúde — Fornecimento gratuito de medicamentos — Dever constitucional do poder público (CF, art. 5º, caput, e 196) — Precedentes (STF) — Recurso de agravo improvido.

O direito à saúde represente consequência constitucional indissociável do direito à vida.

— O direito público subjetivo à saúde represente prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade *deve* velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular — e implementar — políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.

— O direito à saúde — além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas — representa consequência constitucional *indissociável* do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por *censurável* omissão, em grave comportamento inconstitucional.

A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional incosequente.