

QUINTA TURMA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 5.239 — BA

(Registro nº 96.0004082-6)

Relator: *O Sr. Ministro Edson Vidigal*

Recorrente: *Robertto Lemos e Correia*

Advogado: *Robertto Lemos e Correia*

Recorrido: *Tribunal de Justiça do Estado da Bahia*

Paciente: *José Maia da Visitação*

EMENTA: *Penal. Processual. Tentativa de homicídio. Pronúncia. Súmula 21 — STJ. Excesso de prazo no julgamento. Convenção americana sobre direitos humanos. Concessão ex officio. Habeas corpus. Recurso.*

1. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, adotada no Brasil através do Decreto 678/92, consigna a idéia de que toda pessoa detida ou retida tem o direito de ser julgada dentro de um prazo razoável ou ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo.

2. A jurisprudência tem sido rigorosa no que diz respeito ao excesso de prazo na instrução criminal, ficando, porém, inerte no que pertine ao próprio julgamento.

3. Considerando que o paciente aguarda seu julgamento, preso e sem data marcada, a pelo menos 1 (um) ano da data da pronúncia, configurado está o constrangimento ilegal ao seu direito de ir e vir.

4. Recurso improvido. Concessão da ordem ex officio.

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, negar provimento ao recurso e conceder a ordem **ex officio**, nos termos do voto

do Ministro-Relator. Votaram com o Relator os Ministros José Dantas e Cid Flaquer Scartezzini. Ausente, justificadamente, o Ministro Assis Toledo.

Brasília, 07 de maio de 1996 (data do julgamento).

Ministro EDSON VIDIGAL, Relator e Presidente (em exercício).

Publicado no DJ de 29-09-97.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: Já se passaram dois (02) anos, feitos no mês passado, que José Maria da Visitação, 20 (vinte) anos, lavrador, festejando seu aniversário na Boite Tatu, povoado Nova Esperança, em Várzea do Poço, Bahia, desentendeu-se com Cristiane Alves da Silva, 15 (quinze) anos, sua namorada.

Bêbados os dois e ele, além disso, muito apaixonado porque ela ameaçou romper o romance, discutiram, se atacaram, resultado — ele acabou riscando-a com a ponta de uma faca conhecida como “sete tostões”, muito usada para descascar laranja.

O laudo do exame de corpo de delito registrou ferimento cicatrizado e parestesia, ou seja, formigamento no ombro esquerdo. (Fls. 12).

Mas José da Visitação teve prisão preventiva decretada, foi denunciado por homicídio (CP, art. 121, § 2º, III (meio cruel) c/c o art. 14, II) e está preso até hoje, desde 30 de julho de 1994, na Cadeia Pú-

blica, em condições, segundo a impetração, desumanas:

“É sabido por todos de Várzea do Poço que a Prefeitura não fornece alimentação aos presos com regularidade e, assim, o Paciente tem literalmente passado fome.

E de fome só não morreu porque a caridade e a solidariedade daquela população não lhe nega um diário prato de comida. O local de custódia é fétido, escuro e sem arejamento.

Lembra bem, as celas medievais contra as quais o Marquês de Beccaria se insurgira. E o homem está lá como um rato, esquecido pela crueza dos sentimentos da sociedade.” (Fls. 04).

A alegação de excesso de prazo foi superada pela sentença de pronúncia proferida pela Juíza, segundo informação de 23 de agosto de 1995, após a impetração do **habeas corpus** em 31 de julho do mesmo ano. E por isso, o Tribunal de Justiça da Bahia denegou a ordem.

Neste Recurso o impetrante lembra que o Ministério Público estadual opinou pelo deferimento da ordem e pede a reforma do Acórdão, ressaltando a condição de miserável do ora paciente, sem defesa suficiente, portanto, assistido judicialmente por cota de caridade. Conclui assim:

“Os 435 dias que o paciente cumpriu em prisão, sem ao menos ser condenado, totalizam tem-

po maior ao que estaria obrigado a cumprir, fosse condenado nas penas do tipo em que deve ser enquadrado a fato, de lesões corporais leves. Desconsidere-se, até mesmo a atenuante de, ao tempo do fato ser menor de idade, de haver colaborado com a instrução criminal, de ser primário e de ter bons antecedentes. Ainda assim, caso a Justiça tivesse se operado com a celeridade que dela se espera, notadamente em se tratando da liberdade da pessoa, e se tivesse condenado o Réu à pena máxima do crime de lesões corporais leves, ele deveria estar em liberdade por haver cumprido integralmente sua pena". (Fls. 56).

O Ministério Público Federal, nesta instância, invocando a Súmula 21 desta Corte, opina pelo improviamento do Recurso.

Relatei.

VOTO

O SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL (Relator): Senhor Presidente, o jovem lavrador que, enciumado, brigou com a namorada porque ela o ameaçou dizendo que não o queria mais, teve prisão preventiva decretada, segundo o Juiz à época, "para assegurar a aplicação da Lei Penal e por garantia da ordem pública." (CPP, art. 312).

Isto foi no dia 15 de abril de 1994.

O ora paciente que, sendo lavrador no povoado Nova Esperança, não morava na sede do Município

de Várzea do Poço, BA, foi recolhido à Cadeia Pública no dia 30 de Julho de 1994, portanto há quase dois (02) anos.

A sentença de pronúncia, encampando a prisão preventiva saiu em 04 de agosto de 1995, ou seja, quase um ano depois; aliás no mês seguinte à impetração do **habeas corpus** por excesso de prazo para a conclusão da instrução criminal.

Diz o impetrante que alguém avisou lá e por isso a Juíza, substituída, ocorreu com a pronúncia.

O Tribunal de Justiça do Estado da Bahia denegou a ordem por entender, como se tem entendido, sempre, que a sentença de pronúncia supera a alegação de excesso de prazo para a conclusão da instrução criminal.

Onze (11) meses, quase um (01) ano, portanto, foram necessários para se formalizar numa sentença contra o ora paciente a acusação de homicídio tentado num caso em que os laudos periciais proclamam ser de leves lesões corporais.

Homicídio tentado ou simples lesões corporais — não é essa a questão que se examina, até porque o pedido originário não cogitou disso.

O que desponta aqui é o atrito entre as normas processuais penais aplicáveis e um bem maior — o *sentimento de Justiça* que, diante do formulário técnico-procedimental, fica nanico, sem cobertura formal para desafiar e vencer a injustiça.

O acusado destes autos está preso há quase dois anos; só depois de mais de um ano sem liberdade veio

a saber formalmente de que acusação tem que se defender perante o Estado-Juiz.

(“O mal da justiça humana — protestava, irônico, **Monteiro Lobato**, da prisão onde foi jogado pela ditadura do Estado Novo; o mal da justiça humana está na falta de uma lei que vou fazer quando for ditador: todos os juízes, depois de nomeados e antes de entrar no exercício do cargo, tem de gramar dois anos de cadeia, um de penitenciária e um de cela, a pão e água e nu em pêlo. Não há nada mais absurdo do que o poder dado a um homem de condenar outros a uma coisa que ele não conhece: a privação da liberdade”).⁽¹⁾

Pouco antes de completar cem dias na prisão já poderia ter sido solto, por excesso de prazo para a formação da culpa. Não apareceu ninguém que, denunciando essa injustificável demora, impetrasse em seu favor uma ordem de **habeas corpus**, no Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

E quando apareceu, mais de um ano depois, por aqueles rincões baianos, um advogado da Capital com essa idéia, foi que o Estado-Juiz despetrou para fazer a sentença de pronúncia, após a impetração do **habeas corpus** e antes do julgamento do pedido.

(1) Roberto de Abreu Sodré, “No Espelho do Tempo, Meio Século de Política”, pág. 51, Ed. Best Seller, S. Paulo, 1995.

A sentença de pronúncia, reza a Súmula 21-STJ, afasta a alegação de excesso de prazo. Pedido inviabilizado. Nos crimes de competência do Tribunal do Júri, o procedimento é bifásico; a primeira fase começa com o recebimento da denúncia e termina exatamente aí, na sentença de pronúncia, após a qual engata-se a segunda fase que só se acaba quando do trânsito em julgado da sentença do Juiz-Presidente do Júri.

Pronunciado o Réu, não se fala mais em excesso de prazo para a formação da culpa. Para cada momento processual há um prazo legal; oitenta e um dias (81), por exemplo, é o prazo razoável admitido pela jurisprudência para a conclusão de toda instrução criminal. E não se pode falar em excesso de prazo para a realização do julgamento?

Está agora o acusado, ora paciente, há quase dois anos na cadeia, regime fechado, sem saber quando vai ser julgado e, nos termos do direito processual até agora entendido, numa visão limitada pela jurisprudência cristalizada, *não há excesso de prazo*. A sentença de pronúncia superou essa alegação.

Como não há excesso de prazo nessa espera do acusado para o julgamento? Não tem ele o direito a ser julgado *sem demora* pelo Estado-Juiz, no máximo dentro de *um prazo razoável*? Mais de um ano na cadeia sem saber sequer quando vai ser julgado não é um excesso de prazo configurador de constrangimento ilegal reparável por **habeas corpus**?

Nosso direito processual penal ainda ignora essa hipótese. Nossa jurisprudência, sem esconder a timidez, apenas assiste, da arquibancada, ao desfile, na passarela das injustiças, de situações deploráveis como esta.

O direito processual não pode ser mais que uma listagem de ritos destinados a garantir a aplicação da lei de maneira igual para todos; não pode ser um conjunto de entraves à pronta realização da Justiça.

Socorre ao ideal de Justiça, em situações como esta, o direito internacional que, para a proteção da liberdade das pessoas nos resta invocar, ante a ausência de lei específica, para proteção da liberdade.

A Constituição Federal vigente não afastou e tanto a doutrina predominante no País quanto a jurisprudência atualizada do Supremo Tribunal Federal asseguram a equivalência dos Tratados ou Convenções a leis federais. Tratados ou Convenções só não têm essa força quando conflitam com a Constituição; aí vale o que está escrito na Constituição.

E o que diz a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que nos termos do Decreto 678/92 está em vigor no Direito Interno Brasileiro desde 09 de novembro de 1992?

Diz:

“Art. 7. Direito à liberdade pessoal.

(omissis)

5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora,

à presença de um Juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e *tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou ser posta em liberdade*, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, *sem demora*, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção ou ordene sua soltura se a prisão ou detenção forem ilegais (...).”

A única ressalva que o Brasil fez ao texto desta Convenção, não se comprometendo, portanto, a cumprir diz respeito aos arts. 43 e 48, **d**, que tratam do direito automático de visitas e inspeções **in loco** da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Nessas hipóteses, o Brasil reserva-se ao direito de ser ouvido antes para, examinando cada pedido, autorizar ou não. Apenas isso; quanto ao mais, é lei federal em vigor no País.

Como a decisão recorrida, escorada na Súmula 21-STJ, recusa a alegação de excesso de prazo apenas quanto à conclusão da instrução criminal, — e foi este fundamento legal do pedido originário — nego provimento ao recurso.

Resta, ainda bem, um porém.

É que considerando que a privação da liberdade por mais um ano, a título de prisão provisória, fere o

direito de todo ser humano a ser julgado por Tribunal estatal num prazo razoável, consignado na Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, art. 7, Item 5, a qual, adotada pelo Brasil vigora no direito interno com força de lei federal; considerando que o ora paciente está preso há quase dois anos sem data marcada para julgamento; entendendo que isto também é excesso de prazo configurador de constrangimento ilegal reparável por **habeas corpus**, concedo o **habeas corpus ex officio** para determinar a imediata soltura do Réu ora pacien-

te a fim de que aguarde o julgamento em liberdade.

É o voto.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Senhor Presidente, a excelência de seu voto leva-me a acolhê-lo, mesmo porque terminou em fidelidade à nossa jurisprudência. Quanto à concessão da ordem **ex officio**, convenha-se ser um ato de justiça, que se completa pelas particularidades do caso; por isso acompanho o voto de V. Exa.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 3.775 — SP

(Registro nº 93.0030269-8)

Relator: *O Sr. Ministro Cid Flaquer Scartezzini*

Recorrente: *João Francisco Vanni (preso)*

Advogado: *Pedro Saliba*

Tribunal de Origem: *Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo*

Impetrado: *Juízo de Direito da 25ª Vara Criminal de São Paulo-SP*

Recorrido: *Ministério Público do Estado de São Paulo*

EMENTA: RMS — Penal — Obtenção de cópias de processo findo — Contenção de despesas — Legalidade.

— O indeferimento de pedido de cópia integral de processo findo não constitui violação de direito líquido e certo, por se basear em contenção de despesas, na extração de cópias de meros despachos.

— **Recurso improvido.**

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 do recurso e lhe negar provimento. Votaram com o Relator os Srs. Ministros José Arnaldo, Felix Fischer, Edson Vidigal e José Dantas.

Brasília, 26 de maio de 1997 (data do julgamento).

Ministro EDSON VIDIGAL, Presidente. Ministro CID FLAQUER SCARTEZZINI, Relator.

Publicado no DJ de 01-09-97.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO CID FLAQUER SCARTEZZINI: Trata-se de recurso ordinário constitucional em mandado de segurança impetrado por João Francisco Vanni (réu preso) contra o v. acórdão da Oitava Câmara do E. Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo que, por unanimidade, julgou o impetrante carecedor da segurança, na qual, alegava, em resumo, que requereu ao MM. Juiz da Vigésima Nona Vara Criminal da Capital paulista, cópias integrais do processo em que se viu condenado à pena de 1 ano e 6 meses de reclusão e multa, e, que necessitava destas cópias para instruir revisão criminal.

Desta forma, o indeferimento do pedido, com supedâneo no Provi-

mento nº 58/89, da E. Corregedoria Geral da Justiça, fere direitos líquidos e certos, assegurados na Constituição Federal e na Lei de Execuções Penais.

As razões de recurso são mera reiteração do pedido original.

A douta Subprocuradoria Geral da República, opinando, é pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO CID FLAQUER SCARTEZZINI (Relator): Sr. Presidente, das informações de (fls. 117/120), tem-se que o recorrente requereu, por três vezes, cópias de peças do processo em questão, e foi prontamente atendido pelo magistrado.

Por outro lado, como acentua a douta parecerista (fl. 156), "... a vedação contida no Provimento nº 50/89 (fl. 32), é de contenção de despesa, pois não há necessidade de reprografar folhas do processo que contém meros despachos. Ao recorrente basta indicar as peças de seu interesse, como já fez em mais de uma oportunidade e foi atendido..."

Não poderia, o v. acórdão, ter decidido de outra forma como o fez às fls. 135/138, das quais destaco, **verbis**:

"A digna Autoridade impetrada esclareceu, nas informações, que deferiu vários pedidos de extração de cópias do processo efetuadas pelo impetrante, os quais

foram atendidos, respectivamente, em 30.08.90, 26.12.90 e 25.02.93.

Ora, inexistindo recusa por parte da autoridade em atender a pretensão do impetrante, falta uma das condições da ação, que é o interesse de agir.

Logo, inexistente ofensa a direito individual líquido e certo do impetrante, porque lhe foram fornecidas, em mais de uma ocasião, cópias das principais peças do referido processo e o Provimento

nº 50/89, da E. Corregedoria Geral da Justiça, de incontestável legalidade, veda expressamente “o atendimento de pedidos de cópias integrais dos processos”, ainda que se trate de requerente preso (itens 37.3 e 37.4).”

Desta forma, não havendo qualquer lesão a direito individual, líquido e certo, conheço mas nego provimento ao recurso.

É como voto.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 4.172 — MT
(Registro nº 94.0006936-7)

Relator: *O Sr. Ministro Cid Flaquer Scartezzini*

Recorrente: *Carlos Alberto Alves da Rocha*

Advogado: *Vicente Bezerra Neto*

Tribunal de Origem: *Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso*

Impetrado: *Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso*

Recorrida: *Procuradoria Geral do Estado de Mato Grosso*

Advogada: *Maria das Dores Geraldina Coutinho*

Recorrida: *Graciema Ribeiro de Caravellas*

Advogada: *Roberto Tsukasa Kinoshita*

EMENTA: RMS — Magistrado — Promoção — Merecimento — Pressupostos.

— A promoção de magistrado na entrância, pelo critério do merecimento, deve obedecer aos requisitos na alínea b, inciso II, do art. 93, da Constituição Federal, que apenas habilitam o magistrado a concorrer à vaga existente (alínea c), cuja promoção só se torna obrigatória se o nome do juiz figurar por três vezes consecutivas ou cinco alternadas em lista de merecimento, ex vi da alínea a, do comando constitucional.

— Recurso improvido.

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 do recurso e lhe negar provimento. Votaram com o Relator os Srs. Ministros José Arnaldo, Felix Fischer, Edson Vidigal e José Dantas.

Brasília, 03 de junho de 1997 (data do julgamento).

Ministro EDSON VIDIGAL, Presidente. Ministro CID FLAQUER SCARTEZZINI, Relator.

Publicado no DJ de 08-09-97.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Trata-se de recurso ordinário constitucional (art. 105, II, b), interposto por Carlos Alberto Alves da Rocha, Juiz de Direito da Comarca de Diamantino, contra decisão do Plenário do E. Tribunal de Justiça do Mato Grosso, que denegou a segurança, no qual objetivava anular o ato da Presidência daquele Tribunal que promoveu a Juíza Graciema Ribeiro de Caravell, fazendo-o por acórdão assim ementado:

“Ementa — Magistrado — Promoção por merecimento — Requisitos — Ausência de um dos requisitos.

Para ser promovido por merecimento o magistrado deve reunir

todos os requisitos previstos no artigo 93, II, b, da Constituição Federal, ou seja: a) contar dois anos de exercício na respectiva entrância e b) integrar a primeira parte da lista de antigüidade da entrância.

Inexistindo magistrados com ambos os requisitos e que aceite a promoção, todos os demais juízes que não tenham tais requisitos podem concorrer à promoção por outra entrância.” (fl. 74)

O ora recorrente alega violação do art. 93, II, b, da CF, aduzindo que a invocada norma não permite a recusa da sua promoção, já que após a exclusão daqueles que não aceitaram a vaga, era o único que tinha os requisitos para obter a promoção por merecimento.

Subiram os autos e, nesta Superior Instância, a douta Subprocuradoria Geral da República opina pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI (Relator): Sr. Presidente, do bem lançado parecer da Subprocuradoria Geral da República, **permissa venia**, extraio o seguinte trecho:

“A autoridade coatora afirma que, apesar do recorrente integrar a quinta parte da lista de antigüidade, o mesmo não está há dois anos na respectiva entrân-

cia, descumprindo assim um dos dois requisitos constantes do art. 93, II, **b**, da Lei Maior. E em não havendo entre os que possuíam ambos os requisitos quem aceitasse a vaga, aplicou-se a regra contida no referido dispositivo, no qual é permitido, nessa hipótese, a inobservância do cumprimento de tais critérios.

Eis a regra constitucional aplicada ao caso **sub examine**:

“art. 93

II — promoção de entrância para entrância, por antigüidade e merecimento, atendidas as seguintes normas:

- a) é obrigatória a promoção do juiz que fique por três vezes consecutivas ou cinco alternadas em lista de merecimento;
- b) a promoção por merecimento pressupõe dois anos de exercício na respectiva entrância e integrar o juiz a primeira quinta parte da lista de antigüidade desta, salvo se não houver com tais requisitos quem aceite o lugar vago;
- c) aferição de merecimento pelos critérios de presteza e segurança no exercício da jurisdição e pela freqüência e aproveitamento em cursos reconhecidos de aperfeiçoamento;
- d) na apuração da antigüidade, o Tribunal somente poderá recusar o juiz mais antigo pelo voto de dois terços de seus membros, conforme procedimento próprio, repetindo-se a votação até fixar-se a indicação.”

Da leitura das alíneas do inciso II do artigo supra, depreende-se logo que, como bem decidiu o Tribunal **a quo**, “inexistindo magistrados com ambos os requisitos e que aceitem a promoção, todos os demais juizes que não tenham tais requisitos podem concorrer à promoção para outra entrância”. Assim sendo, a Juíza Graciema encontrava-se, tanto quanto o recorrente, habilitada para concorrer à promoção. Ademais, ainda que o recorrente cumprisse ambos os requisitos da letra **b**, mesmo assim sua promoção não configuraria direito líquido e certo, porquanto os dois pressupostos — ter dois anos de trabalho na entrância e integrar a lista de antigüidade — apenas habilitam o magistrado ao pleito, não provocando qualquer obrigatoriedade de ser promovido, já que dependente da aferição do merecimento, nos termos da alínea **c** antes transcrita.

Só há obrigatoriedade da promoção por merecimento quando o nome do juiz figurar em lista por três vezes, **ex vi** da alínea **a**, o que não se vislumbra, **in casu**. E se acaso se tratasse de promoção por antigüidade, mesmo nessa hipótese o Tribunal poderia recusar o recorrente pelo voto de dois terços de seus membros, de conformidade com a letra **d** do inciso II do art. 93.”

Com razão a douta Subprocuradoria Geral da República, pelo que, concorde com este entendimento, nego provimento ao recurso.

É como voto.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 7.358 — RS

(Registro nº 96.0040362-7)

Relator: *O Sr. Ministro José Arnaldo*

Recorrentes: *Silvia Fernanda Castro de Oliveira e outros*

Tribunal de Origem: *Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*

Impetrado: *Secretário de Planejamento e da Administração do Estado do Rio Grande do Sul*

Recorrido: *Estado do Rio Grande do Sul*

Advogados: *Drs. Iacira Marques Fonseca, Patrícia Pereira Medeiros e Albuquerque e outros*

Sustentação Oral: *Dra. Iacira Marques Fonseca (p/ recte.)*

EMENTA: *Recurso em mandado de segurança Administrativo. Dois concursos públicos para o mesmo cargo. Direito à nomeação dos aprovados no primeiro certame. Observância da ordem de classificação.*

— Tendo o segundo concurso para provimento do mesmo cargo sido aberto, e as nomeações dos respectivos concursados aprovados feitas dentro do prazo de validade do primeiro, assiste direito à nomeação dos aprovados no primeiro, ressalvando-se, entretanto, a preferência de candidatos melhor aprovados do que os ora recorrentes.

— Recurso provido.

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 do recurso e dar provimento para determinar que seja assegurado o direito de preferência à nomeação dos recorrentes em relação aos candidatos aprovados no concurso posterior, ressalvadas, entretanto, a preferên-

cia dos candidatos melhores classificados no concurso anterior e a diversidade dos prazos de validade. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Felix Fischer, Edson Vidigal, José Dantas e Cid Flaquer Scartezini.

Brasília, 12 de maio de 1997 (data do julgamento).

Ministro EDSON VIDIGAL, Presidente. Ministro JOSÉ ARNALDO, Relator.

Publicado no DJ de 04-08-97.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ ARNALDO: Cuida-se de recurso ordinário interposto de decisão que, denegando a ordem requerida por concursados, restou assim ementada (fl. 109):

“Concurso público.

Auditor de finanças públicas.

Realizado um certame para provimento do cargo a ser exercido no Gabinete de Orçamento e Finanças e na Contadoria e Auditoria Geral do Estado, e outro concurso, posteriormente, para o mesmo cargo, a ser exercido, porém, nas Superintendências da Administração Financeira e da Administração do Pessoal, desimporta que os aprovados nesse último concurso tenham sido nomeados antes da nomeação de todos os demais aprovados no primeiro certame.

Segurança denegada.”

Na presente irresignação, reafirmam as argumentações anteriormente expendidas, alegando seu direito líquido e certo na preferência de suas nomeações dentre os demais candidatos nomeados pelo segundo concurso.

Argumentam que o cargo de Auditor de Finanças é único dentro da Secretaria da Fazenda do Estado do Rio Grande do Sul, sendo que o art. 17 da Lei nº 8.533/88 estabelece que a lotação do Auditor decorrerá de ato do titular da pasta, não podendo o Decreto nº 33.507/90 ter criado

3 (três) cargos dentro da própria Secretaria da Fazenda.

Foram oferecidas as contra-razões pelo Estado, afirmando que a lotação dos cargos iniciais da carreira de Auditor foram devidamente regulamentados pelo Decreto nº 33.507/90.

O Ministério Público Federal opinou no sentido do provimento parcial do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ ARNALDO (Relator): As regras administrativas que norteiam as nomeações de candidatos aprovados em concurso público, estão insertas no princípio de que “a aprovação em concurso público gera mera expectativa de direito, e não liquidez e certeza da nomeação”, e no enunciado da Súmula 15/STF, **verbis**: “Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação.”

Esta Corte já se pronunciou em caso análogo, também proveniente do Rio Grande do Sul (RMS 1.854/RS, rel. Min. Peçanha Martins), improvendo o recurso. Mas lá, não tinha sido efetivada qualquer nomeação relativamente ao segundo concurso, o que se visava impedir era a suspensão das suas próprias inscrições, tanto que assim se considerou: “É certo que a mera abertura de concurso não implica em nomeação

de novos candidatos, invertendo a ordem de classificação...”

Aqui, por sua vez, prende-se a irresignação ao fato de estarem sendo nomeados candidatos aprovados no segundo concurso, dentro do prazo de validade do primeiro concurso, no qual foram aprovados os ora recorrentes, todos para o mesmo cargo de Auditor de Finanças Públicas Estaduais.

O Ministério Público Estadual, em sua manifestação, assim argumentou (fls. 138 e 139):

“... No caso o concurso tem prazo e é dentro deste prazo que devem ocorrer as nomeações dos candidatos aprovados, observada rigorosamente a ordem classificatória.

No caso se verifica também que foram chamados à nomeação os candidatos aprovados no segundo concurso, o subsequente, marginalizando-se aqueles aprovados no concurso antecedente. Houve preterição do direito dos impetrantes, que se mostra, *no momento da impetração*, líquido e certo. *Os concursados do concurso antecedente tem prioridade à nomeação antes dos aprovados no concurso subsequente.*

Por outro lado confirmado está o direito do candidato aprovado em o primeiro concurso quando, no prazo de validade do mesmo, se abre um segundo, o que demonstra a existência de vagas e o afã da Administração Pública em preenchê-las.

É o que se depreende da análise do art. 37, incisos III e IV da Carta Federal e gizado por **José Afonso da Silva**, in Curso de Direito Constitucional Positivo, pág. 579, cujo contexto transcrevi em o Parecer de fls. 79 e segs.

....

E se esta nomeação, dos aprovados no concurso antecedente, não acontece, o que se vê é o ferimento do direito, no caso líquido e certo, incontestado, mesmo porque, como se vê dos autos, foi ampla e claramente configurado no momento impetratório.”

Anteriormente, na instância a quo, já se manifestara (fls. 80/82):

“Ensina José Afonso da Silva que

“Não basta, pois, estar aprovado em concurso para ter direito à investidura. Necessário também é que esteja classificado e na posição correspondente às vagas existentes, durante o período de validade do concurso, que será de até dois anos, prorrogáveis uma vez por igual período (art. 37, III). O texto diz até “dois anos “, o que vale dizer que não pode ter prazo algum, ou seja, o concurso pode ter sido realizado para o preenchimento das vagas existentes no momento de sua abertura, constante do edital. Isso parece significar que o prazo de validade de concurso não é um direito subjetivo a eventuais candidatos a cargos

e empregos públicos. Há porém, o texto dúbio declarando que durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego na carreira (art. 37, IV). Examinado isoladamente, esse dispositivo parece criar um direito subjetivo dos concursados à convocação para a nomeação, ainda depois de esgotado o prazo do concurso e ainda que já existam novos concursados, mas isso seria um contra-senso. Esse inciso tem que ser estendido com harmonia com o inciso III do mesmo artigo. Se aqui prevê prazo de validade de concurso e esse prazo foi estabelecido, o direito de ser convocado só perdura dentro desse prazo e de sua prorrogação. Se porventura, se realiza novo concurso dentro do prazo de validade do anterior, aquele que foi aprovado neste não precisa impugnar sua realização, porque aí o seu direito de ser convocado, para ocupar o cargo ou emprego na carreira, permanece intacto, e essa abertura de novo concurso confirma seu direito, porque demonstra a existência de vagas. Aberto o concurso, dentro do prazo de validade do anterior, pode reivindicar, desde logo, sua nomeação para uma dessas vagas. (in Curso de Direito Constitucional Positivo, pág. 579).

“Preleciona Diógenes Gasparini:

“Nada impede que, durante o prazo de validade de um concurso outro seja aberto, levado a efeito e classificados os aprovados. O que não se pode dentro desse prazo é nomear os classificados do concurso posterior, enquanto existir concursados anteriores com direito à nomeação” (in Direito Administrativo, pág. 128.)”

Entretanto, tenho que o provimento do recurso tem suas limitações, por isso que acolho a seguinte manifestação do d. representante do Ministério Público Federal, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza (fls. 146):

“... ”

Resulta, portanto, que os dois concursos foram realizados para o preenchimento de cargos iguais da mesma carreira, razão pela qual os aprovados no primeiro certame durante o prazo de sua eficácia, não podem ser preteridos pelos candidatos aprovados na segunda seleção pública.

Tal conclusão, entretanto, não autoriza a que os requerentes sejam nomeados antes daqueles candidatos que, no mesmo certame, obtiveram melhor classificação, nem que os respectivos certames tenham prazo de validade diversos. Portanto, ao meu ver, porque inexistente prova suficiente a respeito desses fatos, não se pode desde logo atender integralmente a pretensão dos recorrentes.

Assim sendo, o parecer é no sentido de que *se dê provimento ao recurso para que se reconheça o direito de preferência à nomeação dos recorrentes em relação aos candidatos aprovados no concurso posterior, ressalvadas, entretanto, a preferência dos candidatos melhores classificados no concurso anterior e a diversidade dos prazos de validade.*" (grifei)

Para finalizar, a título de informação, esclareço que o ilustre Subprocurador-Geral supracitado, dá notícia de recurso semelhante em andamento nesta Corte, o RMS 6.177/RS, de relatoria do Exmo. Sr. Ministro Edson Vidigal.

Do exposto, dou provimento ao recurso nos exatos termos expendidos pelo representante do Ministério Público Federal, aqui já citados.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 7.724 — RS
(Registro nº 96.0061166-1)

Relator: *O Sr. Ministro Edson Vidigal*

Recorrentes: *Ana Cecilia Gaspar Seganfredo e outros*

Advogados: *Antonio Pinheiro Machado Netto e outros*

Tribunal de Origem: *Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*

Impetrado: *Secretário de Administração e dos Recursos Humanos do Estado do Rio Grande do Sul*

Recorrido: *Estado do Rio Grande do Sul*

Advogados: *Silvia Opitz e outros*

EMENTA: *Constitucional. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 10.098/94, art. 216, § 2º. Eficácia suspensa ex nunc. Impossibilidade da Administração praticar ato com base na norma suspensa.*

1. Deferida liminar pelo STF determinando a suspensão ex nunc da eficácia do § 2º do art. 276 da Lei nº 10.098/94, faz-se incabível a realização de ato pela Administração com base na norma suspensa.

2. Recurso improvido.

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 do recurso e lhe negar provimento. Votaram com o Relator, os Srs. Ministros José Dantas, Cid Flaquer Scartezini, José Arnaldo e Felix Fischer.

Brasília, 10 de junho de 1997 (data do julgamento).

Ministro EDSON VIDIGAL, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 18-08-97.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: Servidores públicos do Rio Grande do Sul impetraram Mandado de Segurança contra ato do Sr. Secretário da Administração e dos Recursos Humanos da Secretaria da Saúde e Meio Ambiente.

Alegam que, por força do art. 276 da Lei nº 10.098/94, passaram a integrar o Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Cíveis do Estado do Rio Grande do Sul.

Sem lograr êxito ao tentar vetar esse artigo, ajuizou o Governador a Arguição de Inconstitucionalidade nº 1.150-2/600.

O STF concedeu liminar parcialmente, suspendendo a eficácia do art. 276 na parte que determina a transposição automática dos fun-

cionários nomeados interinamente e contratados para o regime estatutário.

Considerando que já tinham sido integrados ao regime estatutário antes da decisão dada pelo Supremo, entraram os impetrantes com pedido de aposentadoria, requerendo as vantagens do novo regime.

O pedido foi indeferido pela autoridade impetrada, alegando que nenhuma vantagem proveniente do art. 276 da Lei nº 10.098/94 poderia ser deferida em razão da suspensão de sua eficácia. Razão pela qual foi impetrado este **mandamus**.

Analisando o ato da autoridade apontada como coatora, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul denegou a segurança, entendendo como correto o indeferimento dos pedidos de aposentação.

Inconformados, interpuseram os impetrantes Recurso Ordinário para este Superior Tribunal, reportando-se à fundamentação expendida na inicial.

Instado a se manifestar, apresentou o nobre representante do Ministério Público Federal, o parecer de fls. 95 a 97, opinando pelo improviamento do recurso.

Relatei.

VOTO

O SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL (Relator): Senhores Ministros, consigno não assistir razão aos recorrentes.

O § 2º do art. 276 da Lei nº 10.098/94, cuja eficácia foi suspen-

sa liminarmente pelo STF, possui o seguinte teor:

“Art. 276 — ...

§ 2º — Os cargos ocupados pelos nomeados interinamente e as funções correspondentes aos extranumerários e contratados de que trata este artigo, ficam transformados em cargos de provimento efetivo, em classe inicial, em número certo, operando-se automaticamente a transposição de seus ocupantes, observada a identidade de denominação e equivalência das atribuições com cargos correspondentes dos respectivos quadros de pessoal.”

Segundo os recorrentes, a suspensão determinada pelo Supremo não lhes atingiria por ter sido determinada **ex nunc**, ou seja, só a partir daquela data não seria mais possível a transferência automática do servidor contratado para o regime estatutário.

Por esse motivo, entendem que o pedido de aposentação não poderia ter sido indeferido pela autoridade coatora, vez que este direito já lhes estava assegurado antes da decisão proferida pelo STF.

Segundo as informações prestadas pela autoridade tida como coatora, os impetrantes só atingiriam o tempo mínimo para inativação se lhes fossem computados em dobro períodos correspondentes a licenças-prêmio não gozadas e convertidas em tempo de serviço, acrescido ainda de período qualificado como insalubre na forma de 2/5 (dois quintos).

Tais vantagens nunca existiram para os recorrentes, vez que trabalhavam sob o ordenamento trabalhista. O pedido de aposentação dos recorrentes só poderia ser deferido, pois, mediante a aplicação do artigo 276, § 2º, da Lei nº 10.098/94, vez que necessária a contagem de tempo de serviço segundo as vantagens do regime estatutário.

Cumprе transcrever o seguinte trecho do voto do Exmo. Sr. Ministro Moreira Alves, relator da ADIn nº 1.150-2:

“A expressão impugnada “operando-se automaticamente a transposição dos seus ocupantes”, que se refere aos nomeados interinamente para cargos públicos e aos extranuméricos e contratados que ocupam funções que são transformados em cargos de provimento efetivo, diz respeito, sem dúvida, a servidores que não são concursados e que, ou também não foram estabilizados por força do disposto no artigo 19 do ADCT da atual Constituição, ou, se alguns o foram, não se submeteram ao concurso público para fins de efetivação a que alude o citado dispositivo do ADCT. Conseqüentemente, é relevante a fundamentação jurídica do pedido de liminar quanto a essas expressões, estando de outra parte, como tem entendido esta Corte em casos análogos, presente o requisito da conveniência de sua suspensão.”

A interpretação lógica da aplicação da decisão liminar dada pelo Su-

premo deve ser entendida no sentido de impossibilitar a concessão de direitos e vantagens decorrentes da transposição de regimes determinada pelo art. 276 da Lei nº 10.098/94 até que seja proferida a decisão final na ADIn sobre a constitucionalidade ou não desse artigo.

O efeito **ex nunc** da decisão implica tão-somente na manutenção dos atos praticados anteriormente, aqueles que ainda viessem a se realizar não poderiam mais se fundamentar naquele artigo, diante da suspensão de sua vigência.

De outra forma, adotando-se o entendimento esposado pelos recorrentes, a referida suspensão não teria qualquer efeito, vez que todos os funcionários contratados teriam passado a integrar o quadro de pessoal no regime estatutário automaticamente desde a edição da Lei nº 10.098, fazendo jus a partir de então a todas as vantagens desse novo regime, independentemente da decisão proferida pelo STF.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 67.537 — SP
(Registro nº 95.0028140-6)

Relator: *O Sr. Ministro Edson Vidigal*

Recorrente: *Ricarlos Empreendimentos Imobiliários Ltda.*

Advogados: *Samir Safadi e outros*

Recorrido: *João dos Santos Carvalho*

Advogado: *José Geraldo Mendes*

EMENTA: *Locação. Contrato por tempo indeterminado. Aplicação da lei nova. Admissibilidade.*

1. Com o advento da Lei 8.245/91, todos os contratos de locação passaram a ser disciplinados por esta legislação, que é aplicável aos ajustes celebrados na vigência da Lei 6.649/79.

2. Recurso não conhecido.

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, não conhe-

cer do recurso. Votaram com o Relator, os Srs. Ministros José Dantas, Cid Flaquer Scartezzini, José Arnaldo e Felix Fischer.

Brasília, 23 de junho de 1997 (data do julgamento).

Ministro EDSON VIDIGAL, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 18-08-97.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: Em ação de despejo por denúncia vazia, proposta com base no art. 55, da Lei 8.245/91, a sentença julgou extinto o processo ao fundamento de que a legislação que rege o contrato de locação é a vigente na data de sua celebração (Lei 6.649/79).

O Segundo Tribunal de Alçada Cível deu provimento à Apelação do locador-vencido, determinando o prosseguimento da ação, ao fundamento de que, com o advento da Lei 8.245/91, as locações passaram a ser regidas por essa legislação, independentemente de quando foram pactuadas.

Manifestou o locatário Recurso Especial fundado na Constituição, art. 105, III, a e c.

Sustenta que a locação deve ser disciplinada pela lei vigente à época da celebração do contrato, e não pela atual Lei do Inquilinato.

Admitido na origem o recurso pela alínea a, com as contra-razões subiram os autos a esta Corte.

Relatei.

VOTO

O SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL (Relator): Senhores Ministros, insurge-se o recorrente contra o entendimento do Acórdão, de que a atual Lei 8.245/91 tem aplicação aos contratos celebrados sob a égide da legislação anterior, qual seja a Lei 6.649/79.

Razão não assiste ao recorrente.

Com o advento da Lei 8.245/91, todos os contratos de locação passaram a ser disciplinados por esta legislação, que só não é aplicável aos processos em curso, por força do disposto no seu art. 76.

Sobre o tema, doutrina **Sylvio Capanema**:

“Na verdade, todas as locações de imóvel urbano, celebradas anteriormente à vigência da lei, passarão a se reger por ela, qualquer que seja a sua natureza, exceto as referidas no parágrafo único do art. 1º.” (**Sylvio Capanema de Souza**, A Nova Lei do Inquilinato Comentada. Forense, 1ª ed., 1993, pág. 350)

A propósito, decidiu esta 5ª Turma, no REsp 59.885-SP, Relator Ministro José Dantas, DJ 28/11/94:

“Locação não comercial. Prazo revisional. Lei nova. — Aplicação imediata. Da regra imperativa, qual a do art. 19 da Lei 8.245/91, não escapam os contra-

tos celebrados antes de sua vigência. Precedentes.”

E também a 6ª Turma, no REsp 27.136-SP, Relator Ministro José Cândido de Carvalho Filho, DJ 17/12/92:

“Lei nova. Aplicação imediata aos contratos vigentes. Prazo revisional trienal para contratos antigos. Prevalência da Lei n. 8.178/91, art. 17, parágrafos 1º e 2º, sobre a Lei 6.649/79, artigo 49, § 5º. A lei nova prevalece sobre a

antiga, no que tange ao prazo revisional de locação, não implicando tal aspecto em violação de direito adquirido ou de contrato, eis que estes não podem prevalecer sobre leis imperativas, cogentes.”

No tocante à alínea **c**, o recorrente não fez o confronto analítico do dissenso, restando desatendido o RI-STJ, art. 255.

Assim, não conheço do recurso por ambos os fundamentos.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 113.816 — AL
(Registro nº 96.0073054-7)

Relator: *O Sr. Ministro José Arnaldo*

Recorrente: *União Federal*

Recorridos: *Maria do Socorro Fagundes e outros*

Advogado: *Dr. George Sarmento Lins*

Sustentação Oral: *George Sarmento Lins (p/ recdos.)*

EMENTA: *Recurso especial. Administrativo. Servidor aposentado. Proventos. Cargos de Técnico do Tesouro Nacional e Auditor Fiscal.*

— A só definição, dada pelo Decreto-Lei 2.225/85, de que os cargos de Auditor Fiscal do Tesouro Nacional e Técnico do Tesouro Nacional compõem a carreira de Auditoria, não é argumento suficiente para a pretendida retificação das aposentadorias em comento.

— Verificando-se que os ocupantes de ambos os cargos não exercem a mesma profissão ou atividade, sendo o primeiro de nível superior e o segundo de nível médio, não há que se falar em cargos de mesma carreira para os fins especificados.

— Recurso provido.

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, retomando o julgamento, por maioria, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Felix Fischer e Cid Flaquer Scartezzi. Votaram vencidos os Ministros Edson Vidigal e José Dantas.

Brasília, 13 de maio de 1997 (data do julgamento).

Ministro EDSON VIDIGAL, Presidente. Ministro JOSÉ ARNALDO, Relator.

Publicado no DJ de 04-08-97.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ ARNALDO: A União interpõe o presente recurso especial, com fulcro no art. 105, III, a, da Constituição Federal, inconformada com a decisão prolatada pelo Eg. TRF da 5ª Região que, em embargos infringentes, recebeu a seguinte ementa (fls. 173):

“Ementa: Embargos infringentes. Administrativo. Servidor público. Técnico do Tesouro Nacional. Aposentadoria com provento equivalente à remuneração da classe imediatamente superior da mesma carreira.

— Por definição legal, Auditor Fiscal e Técnico do Tesouro Na-

cional integram uma só carreira.

— Não se discute nos autos o direito à ascensão funcional, expressamente repellido pelo Eg. STF quando do julgamento da ADIn 837-4-Medida Cautelar, mas sim o direito à percepção de proventos equivalentes à remuneração da classe imediatamente superior.

— *Embargos providos.*”

Afirma-se que, com tal decisão, violaram-se os seguintes dispositivos: art. 184, da Lei 1.711/52, art. 250 da Lei 8.112/90, Decreto-lei nº 2.225/85 e dispositivos que indica da Constituição Federal, alegando, em síntese, que os Auditores Fiscais do Tesouro Nacional e os Técnicos do Tesouro Nacional não integram a mesma carreira.

Os recorridos apresentaram suas contra-razões, e, nesta instância, trouxeram precedente desta Corte no sentido de seus interesses (fls. 199 e segs.)

O recurso foi admitido pelo tribunal de origem, fazendo-se a devida ressalva no sentido de não caber, em sede de recurso especial, apreciação de hostilidade a dispositivo constitucional (fl. 194).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ ARNALDO (Relator): A discussão gira em torno dos cargos de Auditor Fiscal do Tesouro Nacional e Técnico do

Tesouro Nacional, se eles integram a mesma carreira para fins de proventos.

Assim dispõe o art. 1º do DL 2.225/85:

“Fica criada, no Quadro Permanente do Ministério da Fazenda, a Carreira Auditoria do Tesouro Nacional, composta dos cargos de Auditor Fiscal do Tesouro Nacional e Técnico do Tesouro Nacional, conforme Anexo I deste Decreto-lei e com lotação privativa na Secretaria da Receita Federal.”

Por sua vez, o art. 184, II da Lei 1.711/52, dispunha:

“Art. 184 — O funcionário que contar 35 anos de serviço será aposentado:

I — com provento correspondente ao vencimento ou remuneração da classe imediatamente superior.

II — com provento aumentado de 20% quando ocupante da última classe da respectiva carreira.”

Vistos os artigos que nos interessam, passemos ao exame da questão.

O deslinde da controvérsia está centrado na questão de pertencerem ou não os dois cargos à mesma carreira. Da leitura apressada do texto supra, pode-se chegar ao entendimento positivo, ou seja, são considerados da mesma carreira. Entretanto, com um exame mais acurado, percebe-se que tal não se afigura.

Valho-me, aqui, das seguintes conceituações expendidas pelo sempre mestre, **Hely Lopes Meirelles**:

“Cargo público é o lugar instituído na organização do serviço público, com denominação própria, atribuições e responsabilidades específicas e estipêndio correspondente, para ser provido e exercido por um titular, na forma estabelecida em lei.

...

Os cargos distribuem-se em classes e carreiras...”

...

Classe— É o agrupamento de cargos da mesma profissão, e com idênticas atribuições, responsabilidades e vencimentos. As classes constituem os degraus de acesso na carreira.

Carreira — É o agrupamento de classes da mesma profissão ou atividade, escalonadas segundo a hierarquia do serviço, para acesso privativo dos titulares dos cargos que a integram.... (in “Direito Administrativo Brasileiro”, 18ª edição, págs. 360/1)

Sob este aspecto, tenho como cabíveis as seguintes argumentações do recorrente:

“Fixadas essas noções, será fácil demonstrar que Técnicos e Auditores do Tesouro Nacional não compõem uma carreira única. Seus ocupantes, portanto, não exercem a *mesma profissão ou atividade* (art. 7º, **caput**, supra).

De fato, o próprio Decreto nº 90.928, de 7 de fevereiro de 1985, que regulamentou o Decreto-Lei nº 2.225/85, estabeleceu que os Auditores exerciam “*atividade de nível superior*” (art. 1º, **a**). Já os Técnicos desempenham “*atividades de nível médio*” (art. 2º, **b**).

A natureza das atribuições, realmente, é bem distinta. Os Auditores estão encarregados da elevada tarefa de “assessoramento e assistência especializadas como vistas à adequação da política tributária ao desenvolvimento econômico, envolvendo planejamento, coordenação, controle, orientação, supervisão e treinamento” (art. 2º, **a**). Enquanto isso, os Técnicos têm incumbência bem diversa (e compatível com o nível de escolaridade exigido para o exercício do cargo), consistente em “atividades de *apoio operacional* relacionadas com os encargos específicos de competência da Secretaria da Receita Federal” (art. 2º, **b**, do Decreto 90.928/85). (grifos nossos)

Resta claro, assim, que TTN's e AFTN's não exercem a mesma atividade. Também não se pode falar em identidade de profissão, pois para uns se exige nível universitário, enquanto para outros basta o secundário.... (f. 177)

Tais argumentos já haviam sido bem delineados pela decisão monocrática, quando assim esclareceu:

“... No caso dos autos, quem ingressa no cargo de Técnico do

Tesouro jamais ascenderá ao cargo de Auditor-Fiscal. Trata-se de carreiras distintas, a primeira de nível médio e a segunda de nível superior, provida mediante seleções díspares e com atribuição escancaradamente separadas. O mero fato de ambas serem disciplinadas através do mesmo diploma e a falta de técnica do legislador que se referiu a “carreira de auditoria do tesouro” não têm o condão de modificar a natureza das coisas, e muito menos de subverter os princípios jurídicos disciplinadores do assunto.” (fl. 107)

Admitindo-se a discutida retificação das aposentadorias em comento, estar-se-ia, pois, admitindo uma ascensão funcional, em frontal descumprimento à norma constitucional que a proíbe — art. 37, II, CF/88. Tal aspecto já fora devidamente considerado pelo ilustre Juiz José Delgado, hoje ministro desta Colenda Corte, **verbis**:

“No particular, é de ser lembrado que, antes da CF/88, havia a possibilidade do Técnico do Tesouro Nacional ascender a cargo de Auditor-Fiscal do Tesouro Nacional após alcançar o último padrão da 1ª classe, desde que preenchesse as condições exigidas para o ingresso neste último cargo, de nível superior, obedecida a regulamentação explícita, conforme regrado no art. 4º do DL nº 2.225/85...

Após a CF/88, esta possibilidade do preenchimento inicial de

cargo público pelo processo de acesso foi vetado, por só se permitir por via do concurso público.” (fl. 132)

Conforme tudo o que foi considerado, voto pelo provimento do presente apelo.

VOTO (VOGAL)

O SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: Senhores Ministros, houve quem registrasse na literatura das idéias políticas que “o coerente é aquele a quem falta a coragem para mudar de opiniões”; no entanto, louvando a incoerência, no bom sentido, do Ministro José Arnaldo, a quem não falta, neste instante, a coragem para mudar de opinião, peço vênia para manter-me na opinião já expendida no caso aqui trazido como precedente, sem embargo de que ainda possa me convencer, em sentido contrário, talvez não tão rapidamente quanto ao Eminentíssimo Ministro-Relator que leu os autos e sobre os quais se debruçou, em exames aprofundados.

Peço todas as vências para, divergindo, não conhecer do recurso da União Federal.

É o voto.

VOTO (VISTA)

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Senhor Presidente, com o meu pedido de vista — suscitado pelo receio de incoerência para com votos passados acaso discordantes de

minha adesão ao precedente colacionado pelo nobre advogado que fora à tribuna, relatoria de V. Exa. (REsp 93.487, Sessão de 14.10.96) —, informei-me sobre serem inteiramente idênticas as hipóteses confrontadas.

Daí que relembro os termos da quele meu voto, também proferido com vista dos autos e não em mera adesão como me parecia (lê voto anexo).

Nessa linha de fundamentos, com a devida vênia do Sr. Ministro-Relator, volto a acompanhar V. Exa.; pelo que, não conheço do recurso.

“ANEXO

Recurso Especial nº 93.487 — CE
VOTO (VISTA)

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Senhor Presidente, relatado o recurso por V. Excia., na sessão p. passada, na conclusão de não conhecimento pela letra a invocada, pedi vista dos autos, para melhor me situar quanto à matéria.

Cinge-se a saber-se se o cargo de Técnico do Tesouro Nacional integra a mesma carreira do cargo de Auditor Fiscal do Tesouro Nacional, para o efeito da aposentadoria favorecida nos termos do art. 184, inc. I, da antiga Lei 1.711/52, tal qual o entendimento do v. acórdão recorrido, assim ementado:

“Ementa: Administrativo. Servidor público. Técnico do Tesouro Nacional. Aposentadoria. Classe inicial do cargo de Auditor-Fiscal do Tesouro Nacional.

— É pacífico na jurisprudência desta Corte que os Técnicos do Tesouro Nacional ocupantes da Classe Especial têm direito a apresentar-se com proventos correspondentes à remuneração da classe inicial do Cargo de Auditor-Fiscal do Tesouro Nacional.

— Apelação e remessa oficial improvidas.” — fls. 82.

Do exame a que me propus, cheguei à conclusão do acerto do v. acórdão atacado, posto em consulta ao art. 4º do Dec.-Lei 2.225/85, textual:

“Art. 4º — ocupante de cargo de Técnico do Tesouro Nacional poderá ter acesso a cargo de Auditor-Fiscal do Tesouro Nacional. Após alcançar o último padrão da 1ª classe e se preencher as condições exigidas para ingresso neste último cargo, *obedecida regulamentação específica*, podendo atingir até o Padrão VI da 2ª Classe de nível superior.

Parágrafo único — *A regulamentação* de que trata este artigo fi-

xará as regras do *processo seletivo*, compreendendo, entre outras disposições, *a obrigatoriedade de prova escrita e eliminatória abrangendo disciplinas e programas idênticos aos exigidos nos concursos públicos para Auditor-Fiscal do Tesouro Nacional*”. (grifei). — fls. 88.

A partir dessa comunicabilidade entre aqueles cargos, sem dúvida que não cabe duvidar-se tratar-se de uma acessibilidade idêntica à dos cargos de uma mesma carreira, não vindo ao caso removerem-se para o favor de que se trata as condições de acesso exigidas para o servidor em atividade, pois que tal favor, como prêmio na passagem para a inatividade, se basta por uma só daquelas condições, isto é, a de ter “alcançado o último padrão da 1ª classe”, segundo a dicção do invocado art. 184, I, da Lei 1.711.

Em conclusão, acompanho o voto do relator, em não conhecendo do recurso.”

RECURSO ESPECIAL Nº 146.056 — RS

(Registro nº 97.0060498-5)

Relator: *O Sr. Ministro Felix Fischer*

Recorrente: *Siham Bowanani*

Recorrido: *Ministério Público Federal*

Advogado: *Manoel Gandara — Curador*

EMENTA: Penal. Art. 12 da Lei nº 6.368/76. Consumação e tentativa. Aplicação da pena privativa de liberdade. Limite de incidência das atenuantes reconhecidas.

I — Se o agente, trazendo consigo ou transportando a droga, é detido quando pretendia exportá-la, o delito previsto no art. 12 da Lei nº 6.368/76 *está consumado*, sendo irrelevante, em sede de tipificação, a tentativa de exportação.

II — A majorante do art. 18, inciso I, da Lei de Tóxicos, alcança as hipóteses de “trazer consigo” ou do “transporte da droga”, visto que se considerou demonstrado o “tráfico com o exterior”.

III — As atenuantes (no caso, as do art. 65, inciso I, e art. 65, inciso III, letra d, do Código Penal) nunca podem levar a pena privativa de liberdade para nível aquém do mínimo legal que é, *até aí*, a reprovação mínima estabelecida no tipo legal.

Recurso conhecido e desprovido.

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 do recurso e negar-lhe provimento. Votaram com o Relator os Ministros Edson Vidigal, José Dantas, Cid Flaquer Scartezzini e José Arnaldo.

Brasília, 07 de outubro de 1997 (data do julgamento).

Ministro EDSON VIDIGAL, Presidente. Ministro FELIX FISCHER, Relator.

Publicado no DJ de 10-11-97.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de recurso especial interposto, com fulcro no art.

105, inciso III, letra c, da Carta Magna, contra v. acórdão do egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no qual se pleiteia: a) reconhecimento da **conatus** no art. 12 da Lei nº 6.368/76; b) redução da pena **in concreto** abaixo do mínimo legal com base em atenuantes (menoridade relativa e confissão espontânea). A ré-recorrente acabou sendo condenada a *4 anos de reclusão* como incurso nas sanções do art. 12 c/ o art. 18, inciso I, da Lei de Drogas.

A **quaestio** está delineada às fls. 265/266, **in verbis**: “Cuida-se de *recurso especial* interposto por Siham Bowanani (fls. 228/246), em face do v. acórdão de fls. 198/209, do *Tribunal Regional Federal da 4ª Região* que, por unanimidade, deu provimento ao apelo apresentado pelo Ministério Público Federal (fls. 148/160), afastando a modalidade de delito tentado para a de crime consumado. O v. aresto restou assim ementado, **verbis**:

“*Tóxico*. As ações de transportar ou ter consigo, amplamente comprovados na instrução, autorizam condenação por crime consumado, mesmo que a ré tenha a intenção de exportar a cocaína que portava. Recurso provido para afastar a minorante” (fl. 209).

Narram os autos que a ora Recorrente foi condenada, em 1º grau, à pena de 02 (dois) anos de reclusão e multa, por infração ao artigo 12, **caput**, c/c artigo 18, I, ambos das Lei nº 6.368/76, na forma tentada, “porque, na data de 28 de junho de 1996, foi a acusada presa em flagrante, na Estação Rodoviária de Porto Alegre/RS, quando embarcava em ônibus com destino a Montevideú, levando consigo uma maleta, em cujo forro escondia 3.006 gramas de substância entorpecente (cocaína)...” (fls. 131/146). Concluiu a MM. Juíza sentenciante que “se a acusada foi presa na rodoviária de Porto Alegre; não houve exportação, mas tentativa de exportação” (fl. 140).

Interposto recurso pelo MPF e uma vez reformada a r. sentença para, então, considerar o delito **sub judice** como tráfico de entorpecentes consumado em sua modalidade “transportar” ou “trazer consigo”, a outrora Acusada, com fulcro na alínea c do permissivo constitucional, aduz divergência jurisprudencial quanto ao artigo 14, II, do Código Penal, buscando retornar à modalidade de crime tentado já considerado pela decisão monocrática. Traz à tona, também, dissídio quanto à possibilidade de redução da pena-

base abaixo do mínimo legal, porquanto teriam a MM. Juíza Federal e o v. acórdão guerreado mantido a pena-base no mínimo legal, não obstante o reconhecimento das atenuantes da confissão espontânea e da menoridade, mas o seu afastamento para a fixação da pena.”

A douta Subprocuradoria Geral da República se pronunciou pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO FELIX FISCHER (Relator): O recurso apresenta dois pedidos: a) o reconhecimento da **conatus** tal como ocorreu em primeiro grau; b) a incidência das *atenuantes* da confissão espontânea e da menoridade relativa, levando a pena definitiva a nível aquém do *mínimo legal*.

Em nenhum dos casos acima, a pretensão recursal pode ser acolhida.

Inicialmente, é bem de ver que o legislador, ao procurar proteger a *saúde pública* contra os malefícios causados pelas drogas, criou uma série de normas incriminadoras, em tutela quase cerrada em torno do referido bem jurídico. No afã de evitar a terrível propagação do uso e comércio de tóxicos, valeu-se, assim, também, dos denominados *tipos mistos alternativos* ou *tipos de conteúdo variado* (v.g., arts. 12 e 16 da Lei nº 6.368/76), procurando impedir a existência ou a criação artifi-

ciosa de desnecessárias e indesejáveis lacunas. Pois bem, os tipos mistos alternativos, como se sabe, apresentam a característica da ocorrência, dentro de um mesmo contexto, da *fungibilidade* entre as modalidades alinhadas no modelo legal de conduta proibida. O tipo apresenta formas diferentes de transgressão da mesma proibição, todas com igual desvalor (v.g., **Damáσιο E. de Jesus**, in “Direito Penal”, vol. I, pág. 210, 20ª ed., 1997, Saraiva; **H. C. Fragoso**, in “Lições de Direito Penal”, PG, Ed. Forense, 15ª ed., pág. 158, nº 131; **Luzón Pená**, in “Curso de Derecho Penal”, PG, I, pág. 311, Ed. Universitas S.A., Madrid, 1996; **R. Maurach/Zipf**, in “Derecho Penal”, PG., 1, pág. 360, Ed. Astrea, 1994). Ora, no caso em tela, a **imputatio facti**, da qual a ré se defendeu, deixa claro que ela trazia consigo, na bagagem, a enorme quantidade de *três mil e seis gramas de cocaína*, quando, então, veio a ser oportunamente detida na rodoviária. Pretendia, é claro, exportar a droga. Não o conseguiu. Todavia, isto não caracteriza a **conatus**. O delito previsto no art. 12 (nas formas de trazer consigo, transportar) já estava, aí, *consumado*.

Sob outro prisma, não se pode olvidar que o tipo do art. 12, mormente nas formas *trazer consigo* ou *transportar*, é *congruente* (nas taxionomias de **R. Maurach/Zipf**, *op. cit.*, págs. 354/356, de **Santiago Mir Puig** in “Derecho Penal”, PE, 4ª ed., PPU, 1996, pág. 205, de **Günther Jakobs** in “Derecho Penal”. Parte General. Fundamentos y teorías de la imputación”, Marcial

Pons, 2ª ed., esp., 1997, p. 215) ou *congruente simétrico* (na sistematização de **E. R. Zaffaroni** in “Manual de Derecho Penal”, Ediar, 6ª ed., págs. 403/404 e in “Tratado de Derecho Penal”, vol. III, págs. 296/298, Ediar; tb. **E. R. Zaffaroni & J. H. Pierangelli** in “Manual de Direito Penal Brasileiro”, PG, RT, 1997, págs. 481/482) bastando o *dolo no tipo subjetivo* (ou dolo genérico na terminologia causal) e prescindindo de qualquer outro elemento subjetivo diverso do dolo (v.g., **animus** de traficar, etc.). Tipo *incongruente* ou *congruente assimétrico* é o do art. 16 que, além do dolo, exige o especial fim de agir, consubstanciado no “*exclusivo uso próprio*”. Conseqüentemente, a ação pretendida de exportar, que acabou limitada aos seus atos de execução, sem atingir a **meta optata**, restou como mero **post factum**, per si, não punível. E, neste item, seria insustentável admitir-se que uma conduta delituosa mais grave (*trazer consigo*) pudesse ser absorvida por outra, concretamente, menos censurável (*tentativa de exportação*), ressalvando-se, por natural, a situação em que pudessem, contextualmente, formar uma figura típica... “privilegiada”. *Dessarte*, inaplicável, **in casu**, a **conatus**. E, no entanto, plenamente correta a incidência da majorante do art. 18, inciso I da Lei de Drogas.

“*Penal. Entorpecente. Tráfico Internacional. Consumo.*”

Réus presos na zona de fiscalização aduaneira brasileira, transportando grande quantidade de tóxicos.

Crime de ação múltipla que já se havia consumado na forma de transportar e trazer consigo, pois a conduta em foco contém todos os elementos do tipo incriminador em exame (art. 14, I, do CP).

Recurso do Ministério Público conhecido e provido.” (REsp 41.180-PR, 5ª Turma-STJ, relator Ministro Assis Toledo, DJU de 14/3/94, pág. 4.531).

“Tóxico — Apreensão em posto de fronteira — Núcleo do tipo.

Tratando-se de apreensão no posto de fronteira, tem-se a configuração do núcleo “transportar”. Exclui-se, por isso mesmo, a possibilidade de considerar outro dos dezoito mencionados no artigo 12 da Lei nº 6.368 e que desaguaria na tentativa — importar substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Tóxico — Agravante — Tráfico com o exterior — Alcance. A causa de aumento prevista no inciso I do artigo 18 da Lei nº 6.368/76 alcança o transporte da droga, sendo que a referência a “tráfico com o exterior” conduz à pertinência na hipótese em que ocorrida a apreensão em posto da fronteira.” (HC 72.658-5-SP, 2ª Turma-STF, rel. Ministro Marco Aurélio, DJ de 27/10/95, pág. 36.334).

Quanto à redução da *pena privativa de liberdade* a quem do mínimo

legal, unicamente com supedâneo em atenuantes, o recurso carece, igualmente, de suporte jurídico válido.

A *individualização da pena*, evidentemente, não existe para delite do magistrado. Ela é uma *obrigação funcional*, a ser exercida com critério jurídico pelo juiz *e*, simultaneamente, uma *garantia* do réu (v.g. art. 5º, inciso XLVI da Carta Magna e arts. 381 e 387 do C. P. P.) e da *sociedade* (v.g. arts. 381 e 387 do CPP). Está, outrossim, vinculada ao princípio da reserva legal (art. 5º, inciso XXXIX da **Lex Maxima**). A nossa legislação fornece o *critério* mencionado na **Lex Fundamentalis** (“a lei regulará a individualização...”) que deve ser respeitado e aplicado com a indispensável fundamentação *concreta* (cfr. princípio da persuasão racional ou princípio do livre convencimento fundamentado, **ex vi** art. 93, inciso IX, 2ª parte da Lei Maior e arts. 157, 381, 387 e 617 do CPP). Ninguém, em nenhum grau de jurisdição, pode, mormente através de paralogismos ou de silogismos destituídos de conteúdo jurídico, realizar a aplicação da pena privativa de liberdade de forma diversa daquela prevista na sistemática legal. O argumento crítico, de carga exclusivamente subjetiva, pessoal, *ou*, então, o pretense exercício de “dikeologia” só acarretam, no fundo, neste tópico, imprevisibilidade, incerteza e injustiça. Uma coisa é exercer a função de aplicador do *Direito*, outra, *em postura mistificadora*, é querer identificar-se com ele (sobre o tema: **Soveral Martins**, in “Processo e

Direito Processual”, 2º volume, págs. 180 e segts., Centelha, Coimbra, 1986).

Em assim sendo, desde a elaboração do C. Penal de 40, passando pelas diversas alterações, até se atingir a modificação ampla realizada pela Lei nº 7.209/84, nunca predominou — nem sequer mereceu destaque — o entendimento de que as *agravantes* e *atenuantes* (ao contrário das *majorantes* e *minorantes*) pudessem levar a pena privativa de liberdade para fora dos limites previstos em lei. E isto, quer seja no sistema bifásico (de **Roberto Lyra**), quer seja no trifásico (de **Nelson Hungria**), agora imposto legalmente (v.g. as ensinanças de **Hungria**, **A. Bruno** e **M. Noronha**, por demais conhecidas).

Como se vê, repetindo, dos *arts.* 59, 67 e 68 de C. Penal, a Lei nº 7.209/84 impôs um critério de fixação da pena privativa de liberdade. Ele não pode, de forma alguma, ser negado sob pena de se tornarem, os referidos dispositivos, mero ornato do C. Penal. Trata-se de uma regulamentação genérica que não fere qualquer princípio ou norma superior e, portanto, inadmite o **circumvenire legem**. Pela sistemática enfocada, a fixação da pena definitiva pode desdobrar-se em três etapas cuja seqüência está evidenciada. A *pena-base* (e não ponto de partida) é obtida com as *circunstâncias judiciais* (*art. 59 do CP*). A seguir, em segunda operação, devem incidir as *agravantes* e as *atenuantes* (**ex vi arts. 61 a 67 do C.P.**), surgindo, daí, a *pena provisória*. Esta só se torna *definitiva* ou *final* se não houver a

aplicação das denominadas causas legais, genéricas ou específicas, de aumento ou diminuição da pena (*majorantes* ou *minorantes*, **ex vi art. 68 do C.P.**). Como se vê, **primo ictu oculi**, até “à vol d’oiseau”, o critério é claro, a sua seqüência evidente e os limites, nas duas primeiras operações, decorrem não só dos textos mas até por uma questão de elementar lógica. Se assim não fosse, inexistindo os parâmetros apontados, teríamos um sistema de *ampla indeterminação* que é incompatível com o princípio da reserva legal e possibilita constantes tratamentos infundadamente diferenciados. Mas, o C.P., em seu art. 59, II, diz: “dos limites previstos”. No *art. 67*, assevera: “do limite indicado”. É, cumpre sublinhar, o *sistema da indeterminação relativa* (v.g.: **Jair Leonardo Lopes** in “Curso de Direito Penal”, PG., 2ª ed., RT, págs. 231 e segts.; **Damásio E. de Jesus** in “Direito Penal”, vol. 1, PG, pág. 579, 20ª ed., Saraiva; **Heleno C. Fragoso** in “Lições de Direito Penal”, PG., Forense, 1995, 15ª ed., pág. 339; **Álvaro Mayrink da Costa** in “Direito Penal”, PG, vol. I, tomo II, pág. 539, Ed. Forense, 1991; **L. Régis Prado & Cezar Roberto Bitencurt** in “Código Penal Anotado”, RT, 1997, págs. 327 e 334; **Juarez Cirino dos Santos** in “Direito Penal. A nova Parte Geral”, pág. 250, Ed. Forense, 1985; **Maurício Kuehne** in “Teoria e Prática da Aplicação da Pena”, Juruá, pág. 99, 1995 e **Fernando Galvão** in “Aplicação da Pena”, pág. 124, Ed. Del Rey, 1995).

A **questio** não pode merecer solução diversa daquela tradicionalmente adotada. *Primeiro*, qual se

ria a razão de ser do disposto nos arts. 59, 67 e 68 do C.P., mormente se o estatuto repressivo indica, ainda, um mínimo e um máximo de pena privativa de liberdade para cada delito? *Segundo*, admitindo-se, **ad argumentandum**, a redução almejada no recurso especial, qual seria o *limite*? A pena “zero”? Vale lembrar que não foi adotada, entre nós, a discutível concepção *unilateral* na relação culpabilidade/pena (v., comparativamente, **Nilo Batista** in “Introdução Crítica ao Direito Penal” e **H. H Jescheck**, in “Tratado de Derecho”, 4ª ed., Granada, 1993, págs. 384/386, apresentando a polêmica na doutrina alienígena, em particular, envolvendo **Roxin**, **Jakobs**, **A. Kaufmann** e **Achenbach**). *Terceiro*, a alegação de manifesta injustiça, ou de absurdo jurídico, na hipótese de um concurso de agentes em que dois réus, com circunstâncias judiciais favoráveis, são condenados à mesma pena, apesar de um deles ainda ter, a seu favor, mais de uma atenuante, também, **data venia**, não é argumento decisivo. A aplicação da pena não pode ser produto de “competição” entre réus ou delinquentes. Caso contrário, *na participação de somenos* (art. 29, § 1º do C. P.), aí sim, absurdamente, teríamos, constantemente que aplicar a minorante, “premiando” o co-réu que tivesse *menor participação* (o texto, todavia, só diz com a *participação infima*, cfr. ensinanças de **René A. Dotti** in “Reforma Penal Brasileira”, Ed. Forense, 1988, págs. 98/99, e de **Jair Leonardo Lopes**, *op. cit.*, pág. 183). *Por último*, a expressão “*sempre atenuam*” não pode ser

levada a extremos, substituindo-se a interpretação teleológica por uma meramente literal. Sempre atenuam, *desde que a pena-base não esteja no mínimo*, diga-se, *até aí*, *reprovação mínima do tipo*. Se assim não fosse, teríamos que aceitar, também, a hipótese de que as *agravantes* (“que sempre agravam a pena”) pudessem levar a pena acima do *limite máximo* (o outro lado da *ampla indeterminação*). E, isto, como preleciona **A. Silva Franco**, é incompatível com o *princípio da legalidade formal*.

“O entendimento de que o legislador de 84 permitiu ao juiz superar tais limites encerra um sério perigo ao direito de liberdade do cidadão, pois, se, de um lado, autoriza que apenas, em virtude de atenuantes, possa ser estabelecida abaixo do mínimo, não exclui, de outro, a possibilidade de que, em razão de agravantes, seja determinada acima do máximo. Nessa situação, o princípio da legalidade da pena sofreria golpe mortal, e a liberdade do cidadão ficaria à mercê dos humores, dos preconceitos, das ideologias e dos “segundos códigos” do magistrado. Além disso, atribui-se às agravantes e às atenuantes, que são circunstâncias acidentais, relevância punitiva maior do que a dos elementos da própria estrutura típica, porque, em relação a estes, o juiz está preso às balizas quantitativas determinadas em cada figura típica. Ademais, estabelece-se linha divisória inaceitável entre as circunstâncias legais, sem limites punitivos, e as causas de aumento e de diminuição, com limites deter-

minados, emprestando-se àquelas uma importância maior da que a estas, o que não parece ser correto, nem ter sido a intenção do legislador. Por fim, a margem de deliberação demasiadamente ampla, deixada ao juiz, perturbaria o processo de individualização da pena que se pretendeu tornar, através do art. 68 do CP, o mais transparente possível e o mais livre de intercorrências subjetivas.” (A. Silva Franco in “Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial”, 6ª ed., 1997, RT, pág. 1.072).

Enfim, neste ponto, improcede, igualmente, a pretensão recursal que esbarra, inclusive, na orientação pacífica do Colendo *Supremo*

Tribunal Federal (v.g.: a) HC 71.051-4, rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 9/9/94, pág. 23.442; b) HC 70.883-8, rel. Min. Celso de Mello, DJU de 24/6/94, pág. 16.636; c) RTJ 118/928, rel. Min. Sydney Sanches; d) HC 69.342-3, rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 21/8/92, pág. 12.784; e) HC 73.615-7, rel. Min. Maurício Corrêa, DJU de 06/9/96, pág. 31.852). E, esta Turma tem precedentes na matéria, a saber: a) REsp 15.695-PR, rel. Min. Assis Toledo, DJU de 17/2/92, pág. 1.381; b) REsp 46.182-DF, rel. Min. Costa Lima, DJU de 16/5/94, pág. 11.779.

Voto, pois, pelo desprovimento do recurso.

RECURSO ESPECIAL Nº 146.372 — SP

(Registro nº 97.0061049-7)

Relator: *O Sr. Ministro Felix Fischer*

Recorrente: *Instituto Nacional do Seguro Social*

Recorridos: *Aglayr Diez Gimenes e outros*

Advogados: *Tereza Marlene Franceschi Meirelles, e Angelo Antônio Piazzentim e outros*

EMENTA: *Processual civil. Recurso especial. Admissibilidade. Prequestionamento. Dissídio não caracterizado. Art. 255 do RISTJ.*

— Ausente o prequestionamento do dispositivo legal tido como malferido, não merece conhecimento, pela alínea a, o recurso especial interposto (Súmulas 282 e 356 do STF).

— Para caracterização do dissídio, indispensável que se faça o cotejo analítico entre a decisão reprochada e os paradigmas invocados.

— A simples transcrição de ementas, sem que se evidencie a similitude das situações, não se presta para demonstração da divergência jurisprudencial.

— Recurso especial não conhecido.

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, não conhecer do recurso. Votaram com o relator os Ministros Edson Vidigal, José Dantas, Cid Flaquer Scartezzini e José Arnaldo.

Brasília, 07 de outubro de 1997 (data do julgamento).

Ministro EDSON VIDIGAL, Presidente. Ministro FELIX FISCHER, Relator.

Publicado no DJ de 03-11-97.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO FELIX FISCHER: O Instituto Nacional do Seguro Social — INSS interpôs recurso especial com fulcro no art. 105, III, alíneas a e c, da Constituição Federal, contra decisão do egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região que negou provimento ao recurso do INSS por entender que os índices de correção monetária incluídos no cálculo de liquidação de sentença estão corretos.

Alega o recorrente violação ao art. 5º da Lei 7.801/89, ao art. 5º da Lei 7.777/89, ao art. 3º da Lei 8.177/91 e ao art. 15 da Lei 7.730/89.

Requer a exclusão dos índices aplicados e a redução do percentual do IPC de janeiro de 1989 para 42,72%.

Admitido o recurso, subiram os autos a este Tribunal.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO FELIX FISCHER (Relator): O presente recurso não reúne condições para ultrapassar o juízo de conhecimento.

Pela alínea a do permissivo constitucional, percebe-se que os dispositivos legais tidos como malferidos não foram abordados no acórdão recorrido. Sequer foram opostos embargos de declaração para fins de cumprimento ao disposto na Súmula 356/STF.

O prequestionamento, já decidiu a *Corte Especial*, deve ser, em regra, explícito. Confira-se, a respeito, a decisão proferida no EREsp nº 6.854/RJ, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro:

“Recurso especial. Prequestionamento. Necessidade.

I — Orienta-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido da indispensabilidade do prequestionamento da questão federal suscitada no recurso especial. A regra adotada é a do prequestionamento explícito, admitindo-se, em casos excepcionais, o denominado ‘prequestionamento implícito’ (...)” (RSTJ 30/341).

Também neste sentido as seguintes decisões:

“Processual Civil. Agravo regimental. Improvimento. Desapropriação indireta. Prescrição. Súmula 119/STJ. Prequestionamento.

1 — É firme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que o prequestionamento dos dispositivos infraconstitucionais apontados como violados apresenta-se de modo explícito no acórdão recorrido.

2 — O prequestionamento implícito só se admite em casos excepcionais e quando a matéria jurídica, embora sem se referir a qualquer dispositivo legal, for tratada de modo direto na decisão impugnada.

3 — O fato somente da parte suscitar o tema jurídico durante a discussão da lide, sem que tal tenha sido decidido pelo acórdão, não caracteriza prequestionamento, se embargos de declaração não foram interpostos para constituí-lo.

4 — O prazo prescricional para a interposição da ação desapropriatória indireta é de 20 anos. Súmula 119/STJ.

5 — Há de se homenagear decisão que impede recurso especial por ausência de prequestionamento e por o aresto estar de acordo com jurisprudência sumulada do Tribunal.

6 — Agravo regimental improvido.” (AgRg no Ag nº 121.126-SP, Rel. Min. José Delgado — 1ª Tuma/STJ — DJ 18/08/97).

“Processual Civil. Agravo regimental. Viabilização do trânsito de recurso especial. Ausência de prequestionamento explícito. Interpretação de cláusula contratual. Impossibilidade. Veto da Súm. 5/STJ.

Não cabe prover agravo regimental para viabilizar o acesso à via excepcional, no caso em que se encontra ausente o prequestionamento explícito, como também na hipótese em que o recurso especial volta-se contra acórdão fundamentado, basicamente, na interpretação de cláusula contratual.

Agravo desprovido. Decisão unânime.” (AgRg no Ag nº 101.237-RS, Rel. Min. Demócrito Reinaldo — 1ª Turma/STJ — DJ 16/06/97).

“SFH. Ação consignatória. Reajustes das prestações. Recurso especial. Ausência de prequestionamento. Dissídio pretoriano. Súm. 83/STJ. Precedentes.

1. O recurso especial pelo permissivo da letra **a** exige o prequestionamento explícito dos dispositivos de lei federal invocados pelo recorrente.

2. No que concerne à alegação de divergência jurisprudencial, o acórdão recorrido está em harmonia com a orientação pacífica desta Corte sobre a legitimidade da CEF, como sucessora do BNH, para integrar as ações referentes aos financiamentos pelo SFH, incidindo a Súm. 83/STJ.

3. Recurso especial não conhecido.” (REsp nº 94.794-MG, Rel.

Min. Peçanha Martins — 2ª Turma/STJ — DJ 07/04/97).

“Processo Civil. Embargos de declaração. Omissão. Contrariedade ao artigo 535, II, do Código de Processo Civil. As sentenças e os acórdãos judiciais devem indicar os respectivos fundamentos legais, cuja referência é indispensável para o conhecimento dos recursos especial e extraordinário. O colendo Supremo Tribunal Federal é rigoroso no exame da admissibilidade do recurso extraordinário, exigindo o prequestionamento explícito. Hipótese em que, tendo havido interposição desse recurso, a omissão do acórdão quanto à menção de normas constitucionais pode frustrar-lhe o conhecimento. Recurso especial conhecido e provido.” (REsp nº 71.629-MG, Rel. Min. Ari Pargendler — 2ª Turma/STJ — DJ 04/12/95).

“Embargos de declaração. Recurso especial indeferido por falta de prequestionamento.

— Inexistem as omissões irrogadas ao acórdão. Não houve o prequestionamento da questão, não havendo nos autos cópia da alegada oposição dos declaratórios.

— A orientação prevalente na Corte é no sentido da indispensabilidade do prequestionamento da questão federal suscitada no recurso especial de forma expressa, admitindo-se, excepcionalmente, a denominada implícita. Precedentes.” (EDcl/AgRg/Ag nº 35.340-CE, Rel. Min. Américo

Luz — 2ª Turma/STJ — DJ 18/10/93).

“Apelação. Deserção. Montante a ser recolhido. Prequestionamento.

I — Questão jurídica não ventilada explicitamente pelo acórdão recorrido (Súmula nº 282-STF).

II — Consignando a intimação o montante do preparo, facilmente apurável mediante simples cálculo aritmético e sendo ele do prévio conhecimento da parte, uma vez que estabelecido no regimento de custas, escoreito apresenta-se o decreto de deserção. Precedentes do STJ.

Recurso especial não conhecido.” (REsp nº 46.725-SP, Rel. Min. Barros Monteiro — 4ª Turma/STJ — DJ 05/09/94).

“REsp — Locação — Renovação — Ausência de prequestionamento — Súm. 282 e Súm. 356/STF.

— A ausência de prequestionamento explícito dos dispositivos tidos por vulnerados inviabiliza o conhecimento do especial, a teor da Súm. 282 e Súm. 356/STF.

— Recurso não conhecido.” (REsp nº 45.142-SP, Rel. Min. Cid Flaquer Scartezini — 5ª Turma/STJ — DJ 01/09/97).

“Agravo regimental. Agravo de instrumento. Recurso especial. Ausência de prequestionamento. Não conhecimento. Súmulas 282 e 356/STF.

— A jurisprudência deste STJ assentou, pacificamente, a orien-

tação de que é de se exigir o prequestionamento explícito para a viabilização do acesso à via excepcional.

— Agravo desprovido.” (AgRg/Ag nº 113.736-MA, Rel. Min. José Arnaldo — 5ª Turma/STJ — DJ 24/02/97).

“*Processual Civil. Recurso especial. Acórdão com fundamento constitucional (CF/1988, art. 202). Incidência da Súm. 126/STJ. Omissão de matéria federal. Ausência de prequestionamento.*”

— A falta de debate explícito sobre a questão infraconstitucional (limitação do valor-teto para o cálculo do salário-benefício) prejudicado o conhecimento do recurso. Ao demais, tudo indica com motivação o acórdão hostilizado na **ratio** da norma constitucional (CF/1988, art. 202), por isso que injustificada, nos termos da Súm. 126/STJ, a abertura da instância especial.

— Recurso não conhecido.” (REsp nº 133.612-SP, Rel. Min. William Patterson — 6ª Turma/STJ — DJ 08/09/97).

“*Processual e Civil — Locação — Ação de despejo para reforma do imóvel — Sentença — Cabimento da denúncia vazia — Apelação — Cerceamento de defesa e julgamento extra petita — Embargos infringentes — Recurso especial — Violação da Lei 6.239/1975 — Ausência de indicação dos dispositivos violados — Ausência de prequestionamento.*”

I — O conhecimento do recurso especial com fundamento no

art. 105, inc. III, alínea a, da Constituição Federal, exige que a violação de dispositivo de lei federal seja demonstrada de forma explícita.

II — Não basta a indicação da lei, é necessário que se individualize quais os dispositivos violados e quais os pontos do acórdão recorrido foram vulnerados.

III — A matéria referente à aplicação da Lei 6.239/1975 não foi ventilada na decisão recorrida, nem foi objeto de embargos de declaração com o objetivo de prequestionamento.

IV — Recurso não conhecido.” (REsp nº 37.333-MA, Rel. Min. Anselmo Santiago — 6ª Turma/STJ — DJ 09/06/97).

O Colendo Supremo Tribunal Federal também se orienta por este entendimento:

“*Recurso extraordinário. Prequestionamento. Matéria trabalhista. Dissídio coletivo. 2. Alegação de ofensa aos arts. 142, par. 1º, e 153, par. 2º, da Emenda Constitucional nº 1/1969. 3. Não ocorreu prequestionamento explícito dos temas constitucionais. 4. Não se conhece de recurso extraordinário contra acórdão acerca de dissídio coletivo, se não houve expresso prequestionamento da matéria constitucional no aresto recorrido ou em embargos de declaração. Súmulas 282 e 356. 5. Recurso extraordinário não conhecido.” (RE 106.496-SP, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 28/04/95).*”

“Agravo regimental — Recursos excepcionais (RE e REsp) — Necessidade de prequestionamento explícito — Recurso especial não conhecido pelo STJ por ausência desse requisito — Alegação de recusa de prestação jurisdicional — Inocorrência — Recurso extraordinário corretamente denegado na origem — Agravo improvido.

Recursos excepcionais — Necessidade de prequestionamento explícito.

— Os recursos de natureza excepcional — recurso extraordinário e recurso especial — reclamam, para efeito de sua cognoscibilidade, a necessária satisfação do requisito concernente ao prequestionamento explícito da matéria de direito que se inclui no domínio temático peculiar a cada uma dessas modalidades de impugnação recursal.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal — pronunciando-se sobre o requisito do prequestionamento — já reconheceu a constitucionalidade da exigência pertinente a esse específico pressuposto de admissibilidade dos recursos de caráter extraordinário (RTJ/144/658).”

(...) (AgRg/Ag nº 170.775-RJ, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 10/05/96).

“Recurso — Prequestionamento. Diz-se prequestionada determinada matéria quando o Órgão julgador haja adotado entendimento explícito a respeito, in-

cumbindo à parte sequiosa de ver o processo guindado à sede extraordinária instá-lo a tanto.

Persistindo o vício de procedimento, de nada adianta articular no extraordinário a matéria de fundo, em relação à qual não houve adoção de enfoque. Cumpre veicular no recurso, não o vício de julgamento, mas o de procedimento, ressaltando-se não haver ocorrido a entrega completa da prestação jurisdicional — inegavelmente matéria pertinente à Carta. A razão de ser do prequestionamento está na necessidade de proceder-se a cotejo para, somente então, dizer-se do enquadramento do recurso no permissivo constitucional.”

(...) (RE nº 195.333-CE, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 27/06/97).

“Direito Constitucional e Processual Civil.

Recurso extraordinário.

Prequestionamento (Súmulas 282 e 356).

Alegação de ofensa ao inc. LIV do art. 5º da C.F. e ao direito de propriedade.

1. O S.T.F., para efeito de Recurso Extraordinário, não dispensa o prequestionamento explícito, no acórdão recorrido, do tema constitucional, fiel às Súmulas 282 e 356.

Isso bastaria, no caso, para o não seguimento do apelo extremo.”

(...) (AgRg/Ag 153.904-RS, Rel. Min Sydney Sanches, DJ 01/03/96).

Dessa maneira, o recurso não pode ser admitido pela alínea **a** por ausência de prequestionamento em relação à matéria discutida.

Com relação ao apelo especial pela alínea **c** do permissivo constitucional, é pacífico neste Tribunal o entendimento de que a demonstração do dissídio não se perfaz com a simples transcrição de ementas, tal como foi feito no presente recurso.

Em obediência ao art. 255 do RISTJ, é indispensável que se faça, entre os acórdãos paradigmas e a decisão reprochada, o cotejo analítico mostrando a similitude das situações.

Neste sentido:

“Recurso especial. Violação de lei federal e dissídio pretoriano não demonstrados. Não conhecimento. Incidência do óbice da Súmula 284/STF. Aplicação do art. 541, parágrafo único, do CPC c/c o art. 255 e parágrafos do RISTJ.

1 — Não obstante o fato de a recorrente sustentar violação de lei federal e dissídio pretoriano, limitando-se à negativa genérica, não indicou em suas razões, claramente, nenhum dispositivo legal que teria sido malferido pelo julgado **a quo**, tampouco, olvidando as recomendações do art. 541, parágrafo único c/c o art. 255 e parágrafos do RISTJ, logrou demonstrar, de forma analítica, com transcrição de trechos divergentes de acórdãos paradigmas, não se aperfeiçoando pela simples ci-

tação de ementas, o verberado dissenso jurisprudencial, incidindo, pois, no contexto delineado, ao conhecimento do recurso especial, o óbice da Súmula 284 da Suprema Corte. **In casu**, apesar de citado o repositório oficial, conforme já afirmado, a recorrente não desenvolveu o cotejo analítico dos paradigmas.

2 — Recurso especial não conhecido.” (REsp nº 88.925-RJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 19/05/97).

“Agravo regimental. Agravo de instrumento. Recurso especial. Alegado dissídio não demonstrado nos moldes exigidos. Ausência de impugnação quanto a um fundamento da decisão agravada. Súmula 182/STJ.

— “É indispensável a demonstração analítica em casos nos quais só a comparação das situações fáticas evidencia o dissídio pretoriano” (REsp 6.650/RJ). Não havendo tal demonstração, não há que dar seguimento ao recurso.

— Deixando o agravo de impugnar um fundamento da decisão agravada, é de aplicar-se a Súmula 182/STJ.

— Agravo improvido.” (AgRg/Ag nº 135.010-RS, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 15/09/97).

Diante destas considerações, não conheço do recurso.

É o voto.