

Jurisprudência da Quinta Turma

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL
N. 600.706-SE (2003/0184587-0)**

Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima
Embargante: José Anselmo Santos
Advogado: Carlos Eduardo Reis Cleto
Embargado: Ministério Público do Estado de Sergipe

EMENTA

Penal. Embargos declaratórios nos embargos declaratórios no recurso especial. Lesão corporal de natureza grave. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Art. 44, I, do CP. Inaplicabilidade. Crime cometido com violência contra pessoa. Embargos rejeitados.

1. Já é firme, nesta Corte, o entendimento segundo o qual não se aplica a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados pela prática do delito de lesão corporal de natureza grave.

2. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, rejeitar os embargos. Os Srs. Ministros Felix Fischer e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 15 de março de 2007 (data do julgamento).

Ministro Arnaldo Esteves Lima, Relator

DJ 23.04.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: Trata-se de embargos de declaração opostos por José Anselmo Santos contra acórdão da Quinta Turma desta Corte, assim sumariado (fl. 308):

Embargos de declaração. Recurso especial. Omissão e obscuridade. Não-ocorrência. Efeito infringente. Embargos rejeitados.

1. Não vislumbro existência de omissão e obscuridade a ser sanada no acórdão embargado. Observa-se, claramente, que o que se pretende é a reapreciação da alegada ofensa aos arts. 44 do CP e 168, § 2º, do CPP, finalidade à qual não se prestam, como cediço, os declaratórios, a não ser que haja necessidade de se conceder excepcional efeito modificativo ao julgado, o que não é o caso dos autos.

2. Embargos de declaração rejeitados.

Insiste o embargante na tese de que o benefício da substituição de pena previsto no art. 44, I, do CP não pode ser afastado nas hipóteses em que a violência é modalidade constitutiva do ilícito.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima (Relator): Não vislumbro a existência de omissão a ser sanada no aresto embargado, uma vez que a questão relativa ao art. 44, I, do Código Penal foi devidamente analisada à luz da jurisprudência pacífica desta Corte, no sentido de ser vedado o benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos aos condenados pelo delito de lesão corporal de natureza grave.

Nesse sentido, confirmam-se:

Embargos declaratórios no agravo regimental no recurso especial. Substituição de pena privativa de liberdade. Requisitos objetivos e subjetivos. Lesão corporal grave. Violência. Substituição de pena. Impossibilidade. Art. 44, I do CP

1. Para a substituição da pena privativa de liberdade para a restritiva de direitos é necessário o preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos elencados no art. 44 do Código Penal.

2. No delito de lesão corporal grave, em que a violência não é meio, mas sim, constitutiva do próprio ilícito, não é possível a substituição da pena prisional por restritiva de direitos.

3. Embargos declaratórios acolhidos para suprir a omissão, sem, contudo, atribuir-lhes efeito infringente. (EDcl no AgRg no REsp n. 478.277-MG, Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Sexta Turma, DJ 26.06.2006)

Habeas corpus. Direito Penal. Lesão corporal de natureza grave. Substituição por pena restritiva de direitos. Não cabimento.

1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça firmou já entendimento no sentido de não ser possível, nos casos de lesão corporal grave, a



substituição da pena prisional por restritiva de direitos, *ex vi* do disposto no inciso I do art. 44 do Código Penal. Precedente.

2. *Writ* denegado. (HC 32.240-RS, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, DJ 13.12.2004)

Habeas Corpus. Direito Penal. Crime de lesão corporal. Condenação. Pena-base fixada acima do mínimo legal. Reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis. Delito praticado com violência à pessoa. Benefício da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos. Impossibilidade. Vedação legal. Precedentes do STJ.

1. Fixada a pena-base acima do mínimo legal, em razão do reconhecimento judicial expresso e fundamentado de circunstâncias desfavoráveis, não há como conceder ao paciente o benefício da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, à luz do disposto no art. 44, inciso III, do Código Penal.

2. A condenação por crime cometido mediante o emprego de violência ou grave ameaça à pessoa afasta a possibilidade de concessão do benefício ora formulado. Inteligência do art. 44, inciso I, do Código Penal.

3. Precedentes do STJ.

4. Ordem denegada e, por conseguinte, revogada a medida liminar anteriormente concedida. (HC 26.167-SC, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJ 29.11.2004)

Processual. Recurso especial. Negativa de lei federal e dissídio pretoriano. Não demonstração. Deficiência recursal. Penal. Aferição de legítima defesa putativa e de agravante. Reexame de provas. Súmula n. 7-STJ. Lesão corporal grave. Violência. Substituição de pena. Impossibilidade. Art. 44, I do CP. Confissão. Atenuante. Incidência obrigatória.

(...)

4. Condenado o réu por lesão corporal grave, é notório e evidente estar caracterizada a violência, apta a impedir a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, conforme a letra expressa do art. 44, I do Código Penal.

(...)” (REsp n. 331.075-SC, Relator Ministro Fernando Gonçalves, Sexta Turma, DJ 24.02.2003)

Ante o exposto, rejeito os embargos.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 36.107-SP (2004/0082265-3)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Impetrante: Paulo Roberto de Souza Botelho

Impetrado: Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo

Paciente: Paulo Roberto de Souza Botelho

EMENTA

Habeas corpus. Processual Penal. Nulidade na citação por edital. Cerceamento de defesa. Inocorrência.

1. Embora tenha sido determinada a citação por edital do ora Paciente na Ação Penal n. 114/1992, mesmo estando ele preso, por ocasião de outro processo, em estabelecimento prisional da mesma Unidade da Federação, tal fato não tem o condão de ensejar a aplicação da Súmula n. 351-STF. É que, por ocasião de sua identificação no inquérito policial instaurado, o ora Paciente apresentou nome diverso ao seu, acarretando, com isso, a dificuldade na sua citação pessoal, bem como na informação de que se encontrava preso em algum estabelecimento prisional situado no Estado de São Paulo.

2. O direito constitucional à ampla defesa, um dos pilares inarredáveis do Estado Democrático de Direito, não pode ser desvirtuado para convalidar a própria torpeza de quem, em seu nome, se vale de estratagemas para obstaculizar ao trâmite regular do processo.

3. Ademais, o que se afigura imprescindível no processo penal, sob pena de nulidade flagrante, a teor do disposto no art. 259, do Código de Processo Penal, é de que seja certa e inequívoca a identificação física do acusado, o que restou devidamente observado na espécie.

4. Ordem denegada.

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, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Felix Fischer e Gilson Dipp votaram com a Sr^a. Ministra-Relatora.



Brasília (DF), 6 de fevereiro de 2007 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

DJ 05.03.2007

RELATÓRIO

A Sr^a. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de *habeas corpus*, desprovido de pedido liminar, impetrado por Paulo Roberto de Souza Botelho, em benefício próprio, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Segundo consta dos autos, o Impetrante-Paciente foi processado e condenado pela prática de furto simples, à pena de 1 (um) ano de reclusão, em regime aberto, além de 10 (dez) dias-multa, concedido o sursis pelo prazo de 2 (dois) anos. Tal condenação se deu à revelia do réu, uma vez que, citado por edital, deixou de comparecer ao chamado da Justiça. Ressalte-se que todo o processamento, inclusive a citação realizada, se deu em nome de Marcos Carvalho de Franceschi, que foi o nome fornecido pelo réu, ora Paciente, por ocasião de sua identificação no inquérito policial.

Visando ser reconhecida a nulidade do processo, sob o argumento de que “mesmo estando preso em estabelecimento do Estado, viu-se processado e condenado à revelia, depois de citado por edital, sem sequer ser interrogado.” (fl. 11), impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal paulista, que restou denegado (cf. fls. 9/13)

Houve, então, a impetração do presente *writ*, no qual se reitera os argumentos aduzidos no Tribunal de origem, qual seja, a nulidade da citação por edital de réu preso na mesma Unidade da Federação em que o Juiz exerce sua jurisdição. (Súmula n. 351-STF)

As informações da Autoridade Coatora foram prestadas às fls. 215/216.

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem. (Fls. 187/193)

É o relatório.

VOTO

A Sr^a. Ministra Laurita Vaz (Relatora): Em que pese a relevância dos argumentos levantados pelo Impetrante/Paciente, de que, a teor da Súmula n. 351-STF, é nula a citação por edital de réu preso na mesma Unidade da Federação em que o Juiz exerce sua jurisdição, tendo havido, assim, cerceamento ao seu direito de defesa, tenho que a ordem não merece ser concedida.

As informações prestadas pela Autoridade Coatora narram os seguintes fatos:

“Por fatos ocorridos em 20 de agosto de 1990, Marcos Carvalho de Franceschi foi denunciado, perante o Juízo da Primeira Vara Criminal da Comarca de São Paulo, como incurso no art. 155, *caput*, do Código Penal. Recebida a exordial acusatória, designou-se o dia 5 de maio de 1992 para interrogatório. (Doc. n. 1)

Expedido mandado de citação, não foi Marcos localizado, sendo redesignado o interrogatório para o dia 3 de agosto de 1992. Publicado o edital de citação pela Imprensa Oficial do Estado em 14 de julho de 1992, constou o nome de Marcos Carvalho de Franceschi. Ausente o réu na data marcada, tentou-se obter, sem sucesso, informações sobre seu paradeiro, restando decretada sua revelia. (Doc. n. 2)

Em 17 de fevereiro de 1993 realizou-se a audiência de instrução. Ausente Marcos e presentes seus defensores nomeados, foi declarada encerrada sua instrução. Em 26 de abril de 1993 sobreveio sentença condenatória, que apenou Marcos Carvalho de Franceschi, nos termos da denúncia, a 1 ano de reclusão, em regime aberto, além de 10 dias-multa, concedido o sursis pelo prazo de 2 (dois) anos, com a condição do art. 78, § 1º, c.c. o art. 48 do Código Penal. Expedido mandado de intimação, não foi o réu localizado, sendo intimado por edital. A sentença transitou em julgado em 10 de setembro de 1993. (Doc. n. 3)

Designada audiência admonitória e intimado por edital, não compareceu o sentenciado, sendo revogado o sursis concedido e expedido mandado de prisão e guia de recolhimento em nome de Marcos. (Doc. n. 4)

Anoto, por derradeiro, que foi impetrado pelo paciente perante esta Corte, o *Habeas Corpus* n. 407.934/2006, de argumentos semelhantes ao do presente *writ*. Indeferida a liminar, a Segunda Câmara, por votação unânime, denegou a ordem, ao argumento de que apesar do paciente encontrar-se preso por outro processo na data da citação, não houve vício no chamamento por edital, pois estava encarcerado com outro nome e teria se identificado com nome falso no processo onde houve a citação editalícia. Consignou-se, ainda, que à época da citação e da decretação da revelia, ainda não vigia a nova redação do art. 366 do Código de Processo Penal, dada pela Lei n. 9.271/1996. O aresto restou irrecorrido (doc. n. 5).” (Fls. 45/46)

Como se vê acima, muito embora tenha sido determinada a citação do ora Paciente na Ação Penal n. 114/1992, mesmo estando ele preso, por ocasião de



outro processo, em estabelecimento prisional da mesma Unidade da Federação, tal fato não tem o condão de ensejar a aplicação da referida Súmula, pois, por ocasião de sua identificação no inquérito policial instaurado, apresentou nome diverso ao seu, acarretando, com isso, a dificuldade na sua citação pessoal, bem como na informação de que se encontrava preso em algum estabelecimento prisional situado no Estado de São Paulo.

Cumprido asseverar que o direito constitucional à ampla defesa, um dos pilares inarredáveis do Estado Democrático de Direito, não pode ser desvirtuado para convalidar a própria torpeza de quem, em seu nome, se vale de estratégias para obstaculizar ao trâmite regular do processo.

No mesmo sentido, citando situações análogas, são as lições doutrinárias a seguir reproduzidas, *in verbis*:

“(…)

4. *Correção da qualificação do acusado a qualquer tempo*: se a ação penal é sempre movida contra pessoa certa, ainda que duvidosos os seus dados de qualificação (nome, filiação, profissão, endereço etc.), pode-se retificar ou incluir tais elementos, em qualquer momento processual, inclusive se já tiver havido condenação e estiver o feito em plena execução da pena. Por outro lado, é possível que o réu apresente documentos de outra pessoa, passando-se por quem efetivamente não é. Tal conduta não é suficiente para anular a instrução ou a condenação, bastando que o juiz, descoberta a verdadeira qualificação, determine a correção nos autos e no distribuidor, comunicando-se ao Instituto de Identificação.” (*in Código de Processo Penal comentado*, Guilherme de Souza Nucci, 5ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, p. 546)

“(…)

Se o acusado, no entanto, declinou um endereço falso ou incorreto na fase inquisitorial, não há que se falar em nulidade por não ter sido ele procurado no verdadeiro, uma vez que, nesse caso, terá dado causa à irregularidade (art. 565, CPP) (RJTDTACRIM n. 11/49 e 3/183)” (*in Curso de Processo Penal*, Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Maluly, 3ª ed., Ed. Forense, p. 339)

Ademais, há de se salientar que, mesmo tendo sido a ação penal sido processada com a qualificação equivocada do réu, ainda assim não se verifica qualquer ilegalidade, pois, o que se afigura imprescindível no processo penal, a teor do disposto no art. 259, do Código de Processo Penal, é de que seja certa e inequívoca a identificação física do acusado. Sobre o assunto, confira-se o excerto retirado da obra “Curso de Processo Penal”, de Eugênio Pacceli de Oliveira:

“(…)

De outro lado, é de se ver ainda que mesmo a impossibilidade concreta de identificação do acusado com seu verdadeiro nome (qualificação civil) não impedirá a instauração e o desenvolvimento da ação penal, desde que e se possível a sua identificação física, por meio de descrição precisa dos tratos e demais características físico-corporais do acusado que permitam a sua completa individualização.” (6ª ed., Editora Del Rey, p. 396)

Em sendo assim, não vejo merecer qualquer reparo o acórdão ora hostilizado, que bem afastou a alegação da existência de nulidade da citação editalícia, utilizando-se, para tanto, dos seguintes fundamentos:

“Visa o impetrante-paciente a nulidade do processo, alegando que mesmo estando preso em estabelecimento do Estado, viu-se processado e condenado à revelia, depois de citado por edital, sem sequer ser interrogado.

As informações complementares, vindas da Vara das Execuções Criminais dão conta de que o paciente foi preso em 31.01.1991, em cumprimento a mandado de prisão expedido em outro processo, tendo fugido do presídio em 08.09.1999 e recapturado em 21.03.2001, estando, atualmente, cumprindo pena no regime fechado. (Fls. 11/118)

Assim, à data da citação ele estava mesmo preso.

Contudo, há que se atentar para detalhe importante. É que o paciente diz chamar-se Paulo Roberto de Souza Botelho, de RG n. 14.413.989, filho de Ari Botelho e de Maria Aparecida Souza Botelho (fls. 27, 119 e 125). Identificou-se no inquérito, porém, como sendo Marcos Carvalho de Franceschi, filho de José Vital Palma Franceschi e de Cecy Carvalho, portador do RG n. 26.925.312 (fls. 155/157, 158/162). Usou outro nome, portanto.

Da guia de recolhimento expedida em razão da condenação, não ficou constando que ele usava outro ou outros nomes, donde a conclusão de que havia, nos autos do processo, essa informação, vale dizer, não sabia o juiz desse detalhe.

(…)

Vê-se da certidão do oficial de justiça que Marcos Carvalho de Franceschi — nome que o impetrante-paciente usou — não era conhecido nos endereços em que procurou. Talvez — apenas talvez — Paulo Roberto de Souza Botelho, o impetrante-paciente fosse conhecido, mas isso é mera presunção.

Destarte, podemos concluir que não houve o alegado vício na citação por edital, decorrente do fato de o paciente estar preso por outro processo, à



época do chamamento, pois estava preso com outro nome, tendo sido identificado com nome falso no processo onde houve a citação por edital. Assim porque, *ex vi* do art. 565 do Código de Processo Penal, não pode alegar nulidade quem a ela deu causa. Nesse sentido, decisão do Supremo Tribunal Federal, *in* HC n. 77.732-6-SP, DJU 05.02.1999, p. 9.” (Fls. 139/141)

Ante o exposto, denego a ordem.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 42.780-PR (2005/0048222-6)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

R. p/ o acórdão: Ministro Felix Fischer

Impetrantes: Eduardo Antônio Lucho Ferrão e outro

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

Paciente: Eduardo Camacho

EMENTA

Processual Penal. *Habeas corpus*. Latrocínio e estupro real. Interrogatório. Delação de co-réu. Participação de defensor do delatado. Condenação. Conjunto probatório.

I - O interrogatório, nos termos da novel legislação (Lei n. 10.792/2003), continua sendo, também, um meio de prova da defesa (arts. 185, § 2º, 186, *caput* e parágrafo único, do CPP), deixando apenas de ser ato personalíssimo do juiz (art. 188, do CPP), uma vez que oportuniza à acusação e ao advogado do interrogado a sugestão de esclarecimento de situação fática olvidada.

II - A sistemática moderna não transformou, de forma alguma, o interrogado em testemunha. Ao passo que esta não pode se manter silente, aquele, por seu turno, não pode ser induzido a se auto-acusar (o silêncio, total ou parcial, é uma garantia do réu, *ex vi* art. 5º, LXIII, da CF e art. 186, parágrafo único, do CPP).

III - Apesar de ser meio de prova da defesa, aquilo que é dito no interrogatório integra o material cognitivo por força do princípio da comunhão probatória.

IV - A participação de advogados dos co-réus não tem amparo legal, visto que criaria uma forma de constrangimento para o interrogado.

V - A delação (prevista no art. 187, § 2º, II, do CPP), por si só, na esteira de ensinanças do Pretório Excleso, é que deve ser valorada com muita cautela.

VI - Se a decisão atacada não deu destaque decisivo à delação, não há que se reconhecer qualquer modalidade de error na estreita via do *habeas corpus*.

Writ denegado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento, por maioria, denegar a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Felix Fischer, que lavrará o acórdão. Votou vencida a Srª. Ministra Laurita Vaz que concedia a ordem. Votaram com o Sr. Ministro Felix Fischer os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima e Gilson Dipp. Sustentou oralmente na sessão de 14.02.2006: Dr. Marcelo Leal de Lima Oliveira (p/ pacte)

Brasília (DF), 12 de dezembro de 2006 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

DJ 12.02.2007

RELATÓRIO

A Srª. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, impetrado em favor de Eduardo Camacho, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná que não conheceu do *writ* originário.

Consta que o ora Paciente, absolvido pelo Juízo monocrático, foi condenado, em sede de apelação criminal, à pena de 30 (trinta) anos de reclusão, pela prática dos crimes tipificados nos arts. 157, § 3º, 2ª parte; 213, *caput*; e 226, inciso I; c.c. os arts. 29 e 69, todos do Código Penal.

Irresignada, a Defesa impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal de Justiça paranaense, alegando nulidade absoluta do processo. Argumentou que o co-réu, ouvido duas vezes em sede policial e quatro vezes durante a fase judicial, somente



em seu último interrogatório resolveu afirmar que o ora Paciente teria participado do delito, depoimento preponderante para a sua condenação. Asseverou que esse interrogatório “foi tomado ao arropio da Lei, gerando flagrante nulidade de caráter absoluto ao referido processo” (fl. 3), pois, embora o Defensor do co-réu estivesse presente, o Defensor do Paciente não foi intimado do ato, o que feriu o contraditório e a ampla defesa, pela não aplicação das regras trazidas pela reforma do Código de Processo Penal introduzidas pela Lei n. 10.792/2003, em vigor quando deste último interrogatório.

A Corte Estadual, contudo, não conheceu da ordem, em acórdão assim ementado:

“*Habeas corpus*. Estupro em concurso material com latrocínio. *Writ* impetrado erroneamente contra ato do juiz de 1ª grau. Condenação em segunda instância. Análise recursal *in totum*. Inexistência de lacuna. Mandado de prisão expedido por este Tribunal, o qual é a autoridade coatora. Ordem não conhecida.

I - Sendo condenado a 30 (trinta) anos de reclusão como incurso nos delitos de estupro e latrocínio pela Colenda Quarta Câmara Criminal do extinto Tribunal de Alçada, foi expedido mandado de prisão, situação esta que faz desta Relatoria a autoridade coatora e não o Juízo Singular.

II - O fato de eventual nulidade não ter sido aventada em razões de recurso não faz com que o Juízo Monocrático seja a autoridade coatora, vez que a prestação jurisdicional desta Corte foi plena, encerrando-se a atuação deste Relator com o julgamento dos Embargos de Declaração.” (apenso IV)

Os Impetrantes reiteram no presente *writ* os argumentos deduzido na origem, sustentado ainda que, “em momento algum, foi oportunizado a que a defesa do paciente se manifestasse requerendo esclarecimentos, impossibilitando, assim, o exercício do contraditório e da ampla defesa trazidos como corolário da nova legislação processual penal” (fl. 6), a teor do disposto no art. 188, do Código de Processo Penal, alterado pela Lei n. 10.792/2003. Afirmam, outrossim, que, “dentro da nova sistemática, o interrogatório do acusado deve transcorrer com as mesmas garantias constitucionais exigidas para a produção da prova testemunhal” (fl. 5). E, assim, o Defensor constituído de um dos co-réus deve ser intimado para o interrogatório dos outros, sob pena de nulidade absoluta, por cerceamento de defesa.

Requer, assim, liminarmente, a expedição de contra-mandado de prisão e, no mérito, a declaração de nulidade da condenação do Paciente.

O pedido de liminar foi indeferido nos termos da decisão de fls. 12/13.

Por estarem os autos devidamente instruídos, foram dispensadas as informações do Tribunal de origem.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 16/22, opinando pela denegação da ordem, em parecer que guarda a seguinte ementa:

“*Habeas corpus*. Latrocínio. Estupro. Alegada nulidade. Art. 188, CPP. A ausência do patrono do co-réu não gera a nulidade do interrogatório. Condenação, ademais, que se baseou na palavra firme da vítima sobrevivente, bem como em outros elementos de prova.

Parecer pela denegação do *writ*.”

É o relatório.

VOTO VENCIDO

A Sr^a. Ministra Laurita Vaz (Relatora): No caso em tela, Abel de França foi preso em flagrante e confessou os crimes de latrocínio e de estupro pelos quais restou condenado pelo Juízo processante. Durante a instrução criminal, depois de ter sido re-interrogado, acabou por apontar Eduardo Camacho, o ora Paciente, como seu cúmplice que, entretanto, restou absolvido por falta de provas.

Em sede de apelação, o Tribunal de Justiça paranaense deu provimento ao recurso ministerial para também condenar Eduardo Camacho pelos mesmos crimes, levando em consideração I - o depoimento da vítima do estupro que o teria reconhecido pela voz, II - as “diversas contradições apontadas nos depoimentos das testemunhas de defesa” e III - a delação promovida pelo co-réu Abel. (Fl. 625, apenso, IV)

Arguem os Impetrantes, em suma, nulidade da condenação por se basear em prova produzida pela delação do co-réu, durante sua reinquirição, sendo que o Defensor do Paciente não foi intimado para o ato, impossibilitando o exercício do contraditório e da ampla defesa, em desprezo ao novo regramento trazido pela Lei n. 10.792/2003, em vigor quando desse último interrogatório.

Cumpre ressaltar que antes da vigência da Lei n. 10.792, de 1^a de dezembro de 2003, o Superior Tribunal de Justiça havia firmado o entendimento de que o interrogatório judicial era ato personalíssimo do magistrado, dispensando a intervenção da acusação ou da defesa. Assim, a simples ausência de defensor não caracterizava qualquer nulidade.

Contudo, a novel legislação reformulou toda a sistemática do interrogatório (arts. 185 a 196 do Código de Processo Penal), que passou a constituir instrumento não só de autodefesa mas também de prova, exigindo a instauração de verdadeiro contraditório, sem dispensar a presença do defensor.



Eis, a propósito, a redação de alguns desses dispositivos que alteraram o Código de Processo Penal, *in verbis*:

“Art. 185. O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado.”

(...)

“Art. 188. Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante.”

(...)

“Art. 189. Se o interrogado negar a acusação, no todo ou em parte, poderá prestar esclarecimentos e indicar provas.”

“Art. 190. Se confessar a autoria, será perguntado sobre os motivos e circunstâncias do fato e se outras pessoas concorreram para a infração, e quais sejam.”

De fato, o último interrogatório do co-réu — ocasião em que delatou o ora Paciente como seu comparsa — foi realizado no dia 5 de dezembro de 2003, portanto já sob a égide do novo regramento, mas sem a presença do advogado do delatado que, assim, não teve a oportunidade de contraditar o depoimento.

Ao que se me afigura, mostra-se clara a ofensa ao devido processo legal, diante da inobservância do direito ao contraditório e à ampla defesa. Com efeito, no caso em apreço, prova relevante para a condenação foi produzida em ato realizado sem a presença do defensor do delatado, caracterizando cerceamento de defesa, na medida em que restou tolhida a participação da defesa técnica do Paciente que, se presente estivesse, poderia reperguntar e buscar demonstrar a eventual inverdade das declarações.

Muito embora a reinquirição do co-réu delator em seu interrogatório não esteja explicitamente prevista na legislação processual modificada, essa necessidade deve ser entendida como consectário lógico e inerente ao próprio ato, que mantém seu caráter de meio de autodefesa e de produção de prova, que não prescinde do contraditório.

Assim, nos termos do art. 188 do Código de Processo Penal, o juiz, depois de proceder ao interrogatório, “indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante.” Evidentemente que, havendo no interrogatório do réu delação de comparsa do crime (já denunciado ou não), o delatado passa a ser parte

diretamente interessada no esclarecimento dos fatos, razão pela qual deve-se abrir oportunidade de o defensor deste reperguntar ou, até mesmo, se for o caso, nos termos do art. 229 do Código de Processo Penal, promover a acareação dos acusados.

Esse entendimento, que me parece se apresentar mais consentâneo com os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, os quais passaram a ter altíssima relevância com o novo tratamento dado ao interrogatório, tem sido esposado pela Doutrina mais abalizada, como se pode ver pelos ensinamentos abaixo reproduzidos, *in verbis*:

“(...) admitida a culpa, o juiz indagará se existem outras pessoas envolvidas e quais seriam elas. Indicando algum comparsa, está o réu produzindo a delação. Assim fazendo, possivelmente, o órgão acusatório promoverá o aditamento à denúncia para incluir o co-réu, sendo natural que este tenha interesse em desfazer a indicação de seu nome. Logo, é preciso regulamentar o direito do delatado de fazer reperguntas ao delator, pois, se assim não ocorrer, está-se criando prova absoluta, sem o crivo do contraditório, com ares de incontestabilidade, o que é prejudicial à ampla defesa.

(...) Co-réu, como já vimos, não pode ser testemunha, pois não presta compromisso, nem tem o dever de dizer a verdade. Entretanto, quando há delação (assume o acusado a sua culpa e imputa também parte dela a outro co-réu), sustentamos poder haver reperguntas do defensor do co-réu delatado, unicamente para aclarar pontos pertinentes à sua defesa. Nesse caso, haverá, durante o interrogatório, um momento propício a isso ou, então, marcará o juiz uma audiência para que o co-réu seja ouvido em declarações, voltadas, frise-se, a garantir a ampla defesa do delatado e não para incriminar de qualquer modo o delator.” (*In Código de Processo Penal Comentado*, Guilherme de Souza Nucci, 3ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 387 e p. 411)

“O eminente Adauto Suannes teve oportunidade de salientar que, ‘assegurando a Constituição Federal ampla defesa (da qual não se pode excluir o princípio do contraditório), como poderá o contraditório tornar-se efetivo, se não se permite a presença de um co-réu ao interrogatório do réu que o acusa? Como falar-se em estar sendo obedecido o princípio, se ao defensor do co-réu imputado não se permite, através de reperguntas, procurar mostrar que o imputado está mentindo?’. (RT, 572/289)

Evidente não se conceber a condenação de alguém como base única e exclusivamente na palavra de co-réu, mormente se o seu interrogatório não



ficar sujeito a reperguntas. ‘É inegável que a palavra de um acusado, com relação aos demais, é testemunho. Testemunho e, conseqüentemente, meio de prova; e prova alguma pode ser colhida senão sob o pálio do contraditório’ (Ada Pellegrini Grinover, O processo em evolução, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1996, p. 352).” (In *Manual de Processo Penal*, Fernando da Costa Tourinho Filho, 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 519)

“O art. 191 esclarece que, havendo mais de um acusado, serão interrogados separadamente. Perdeu-se aí uma magnífica oportunidade de aclarar a lei, para dizer que os advogados dos demais co-réus devem, obrigatoriamente, receber intimação para o ato, deferindo-lhes o direito de formular reperguntas e de participar plenamente do ato. Exatamente porque o co-réu (que poderá ser, inclusive, delator de outro) também poderá funcionar como uma espécie de testemunha de defesa ou de acusação, aclarando sobre a participação dos demais implicados, minorando ou agravando essa participação. No entanto, embora não o diga de forma expressa, diz de forma implícita, porque se se pode perguntar ao próprio acusado, com mais razão se pode formular perguntas ao co-réu, porque participe do mesmo fato, prevalecendo o princípio de que, quem pode o mais, pode também o menos. Portanto, havendo co-réus com vários defensores, entendemos que todos devem ser intimados para o ato do interrogatório, estabelecendo-se o contraditório pleno nesta situação.” (In *Da prova Penal*, Irajá Pereira Messias, 3ª ed., Campinas: Impactus, 2006, p. 195)

Ante o exposto, concedo a ordem para, cassando o acórdão do Tribunal *a quo* e a sentença de 1ª grau, somente em relação ao ora Paciente, determinar que o Juízo processante proceda a novo interrogatório do co-réu, com a prévia intimação do defensor de Eduardo Camacho, oportunizando-se-lhe o contraditório; e, concluída a instrução, ao sentenciar o feito, deverá o magistrado observar o princípio da *reformatio in pejus*.

É como voto.

VOTO VENCEDOR

O Sr. Ministro Felix Fischer: A controvérsia gira em torno do fato de que o advogado do ora paciente não teria tido a possibilidade de questionar o co-réu que, em seu interrogatório, realizou delação em relação àquele. Alegam os impetrantes que a nova redação do art. 188, do CPP, dada pela Lei n. 10.792/2003, possibilitaria tal participação, vale dizer, sustentam que a melhor interpretação deste dispositivo legal seria no sentido de que o advogado do co-réu pudesse ter a oportunidade de formular questionamentos ao outro co-réu interrogado.

A Sr^a Ministra-Relatora concedeu a ordem, sob os seguintes fundamentos, *verbis*:

“Ao que se me afigura, mostra-se clara a ofensa ao devido processo legal, diante da inobservância do direito ao contraditório e à ampla defesa. Com efeito, no caso em apreço, prova relevante para a condenação foi produzida em ato realizado sem a presença do defensor do delatado, caracterizando cerceamento de defesa, na medida que restou tolhida a participação da defesa técnica do Paciente que, se estivesse presente, poderia reperguntar e buscar a eventual inverdade das declarações”.

E conclui, afirmando, *litteris*:

“Assim, nos termos do art. 188 do Código de Processo Penal, o juiz, depois de proceder ao interrogatório, “indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante”. Evidentemente que, havendo no interrogatório do réu delação de comparsa do crime (já denunciado ou não), o delatado passa a ser parte diretamente interessada no esclarecimento dos fatos, razão pela qual deve-se abrir oportunidade de o defensor deste reperguntar ou, até mesmo, se for o caso, nos termos do art. 229 do Código de Processo Penal, promover a acareação dos acusados”.

Para melhor exame da matéria, pedi vista dos autos.

Não obstante os fundamentos contidos no voto da Ex^a. Sr^a. Ministra-Relatora, bem como as alegações dos combativos impetrantes, tenho que a súplica não merece acolhida.

Com efeito, diz o art. 188, do CPP (com a redação nova) que, após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes (leia-se: acusação e defesa do interrogado) se restou algum fato a ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante. Esse dispositivo, a meu ver, se refere especificamente à esclarecimento de fato ou situação fática não observada (“(...) fato para ser esclarecido...”).

Apesar da alteração do art. 188, do CPP, o interrogatório judicial continua sendo uma peça de defesa, até mesmo em razão do disposto no art. 186 e seu parágrafo único. O simples fato do réu poder se manter silente, total ou parcialmente, mostra que de forma alguma ele pode ser considerado testemunha (ver, comparativamente, arts. 206 e 212, do CPP). Não há, em nosso sistema, nenhuma similitude entre réu e testemunhas. Basta ver que se o próprio advogado do interrogado, por infelicidade, fizer uma pergunta embaraçosa, ele, o acusado, pode, até aí, se recusar a prestar o pretendido esclarecimento. Com a



devida vênia, carece de fundamento pretender-se que, no concurso de agentes, o réu devesse ficar submetido ao constrangimento de ter que responder ou até mesmo de ouvir questionamentos dos advogados dos co-réus. Admitir-se esta situação, não prevista em lei, seria uma forma de, indiretamente, permitir uma transgressão às garantias individuais de cada réu (previstas, dentre outros, no art. 5º, LXIII, da Carta Magna e nos arts. 185, § 2º e 186 e seu parágrafo único, ambos do CPP), e até mesmo querer introduzir, entre nós, a indução, através de advogados de co-reús, da auto-acusação. A simples leitura dos dispositivos legais acima mencionados deixa claro que o legislador não inseriu, no *punctum saliens*, o chamado *cross system*. O nosso interrogatório apenas perdeu, em parte, o aspecto de ser ato personalíssimo do juiz. Nada mais que isto. Respeitando opiniões em contrário, penso que não tem o menor suporte a pretensão de sujeitar o réu a perguntas que possam ser embaraçosas por parte de advogado de co-réu e, ainda, julgo inimaginável pretender-se, como dizem alguns, que advogado do terceiro interessado (alheio à relação processual) possa comparecer ao ato de interrogatório para realizar reperguntas na hipótese de delação (legalmente previsível *ex vi* art. 187, § 2º, II, do CPP).

In casu, não há que se falar em violação ao princípio do contraditório, pois além das razões acima vertidas, a defesa do paciente teve concretamente a possibilidade de infirmar as declarações do co-réu antes da prolação da sentença, uma vez que após o interrogatório atacado, foram ouvidas as testemunhas indicadas pela defesa do paciente, houve ainda a fase do 499 do CPP e, por fim, a etapa das alegações finais. O teor da reprochada delação era, pois, do conhecimento da defesa do paciente, a quem se ensejou oportunamente a possibilidade de reação.

E tem mais!

Ao contrário do que se alega, as declarações do co-réu não foram preponderantes para a condenação do paciente. Analisando-se o v. acórdão vergastado, que deu provimento ao recurso do Ministério Público a fim de condenar o paciente, tem-se que a condenação do paciente foi respaldada “pelos robustos depoimentos prestados pela vítima”, aqui já considerado o reconhecimento de voz realizado pela vítima em sede policial, bem como “pelas diversas contradições nos depoimentos prestados pelas testemunhas que serviram, como alibi” (fl. 616, do apenso IV). E é de se frisar que essas provas foram analisadas em 14 páginas, onde o egrégio Tribunal *a quo* procedeu ao cotejo de diversos depoimentos, concluindo, ao final, pela participação do paciente na empreitada criminosa. Só após já reconhecida a prática dos delitos pelo paciente é que foi feita menção, no v. acórdão reprochado, às declarações do co-réu, o qual narrou detalhadamente a

participação do paciente na ação delituosa. É o que se depreende dos seguintes excertos constantes da r. decisão ora hostilizada, *verbis*:

“Primeiramente é de se consignar que, em se tratando de crimes sexuais a palavra da vítima tem valor irrefragável. Sendo que, no presente caso, narrou a vítima Renata — com apenas 14 (quatorze) anos de idade à época dos fatos — precisamente a forma pela qual se deu a prática delituosa, tendo inclusive, confirmado sem sombra de dúvida ser o réu Eduardo Camacho seu agressor e autor do disparo que levou à morte o jovem Tiago dos Santos Bortolon.

(...)

Não somente pelos robustos depoimentos prestados pela vítima verifica-se ser o apelado autor dos crimes denunciados, mas também, pelas diversas contradições nos depoimentos prestados pelas testemunhas que *serviram de álibi*.

(...)

Vislumbra-se pois, que todas as testemunhas que disseram estar com o réu na noite do crime, guardavam precisamente na memória o horário que o réu chegou e foi embora da casa da namorada. Entretanto, acabaram por se contradizerem em pontos importantes que levam à depreciação de seus testemunhos.

Não se tem como desconsiderar as contradições apontadas, vez que, as mesmas conduzem a certeza de um pacto de defesa para inocentar o réu Eduardo Camacho.

Ainda que assim não fosse, o co-réu Abel de França narrou detalhadamente a participação do apelado na ação delituosa” (...). (Fls. 607/620, do apenso IV, grifei)

Como se vê, a delação do co-réu, de forma alguma, pode ser considerada como primordial ou de destaque para a condenação do paciente. Muito pelo contrário, a culpa restou asseverada por vários outros elementos probatórios (v.g., declarações da vítima sobrevivente, reconhecimento de voz, contradições nas versões apresentadas pelas testemunhas de defesa do paciente), tendo o egrégio Tribunal *a quo* apenas feito menção à declaração do co-réu como mero plus probatório ou até *ad argumentandum*.

A questão, em verdade, reside no valor ou peso da delação para condenação de co-réu. Neste particular, na esteira da ensinança do Pretório Excelso (RE n. 213.937-8-PA, Primeira Turma, Relator Ministro Ilmar Galvão, DJ 25.06.1999



e HC n. 73.597-MG, Segunda Turma, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ 13.09.1996), a delação, por si só, deve ser vista com muitas reservas, o que aparentemente foi feito pelo egrégio Tribunal *a quo*, que se baseou fundamentalmente em outros dados probatórios.

No feito em tela, a pretendida anulação do processo — deixando-se de lado a falta de amparo legal — não seria nada convincente, uma vez que o réu a ser interrogado pode guardar silêncio, total ou parcial, em relação ao que lhe for perguntado, tornando a nova inquirição, almejada na prefacial do *writ*, totalmente inócua. E mais ainda. A anulação do processo a partir do interrogatório contestado levaria a uma solução estarrecedora, ao permitir a reinquirição de testemunhas de defesa cujas contradições, apontadas pelo egrégio Tribunal *a quo*, supedanearam a condenação. Por fim, a reiteração dos interrogatórios (*ex vi* art. 196, do CPP) do réu delator foi determinada, não pelo órgão julgador que condenou o paciente (egrégio Tribunal de Justiça), mas pelo magistrado de 1º grau que prolatou em relação a este último um juízo absolutório.

Conseqüentemente, não há nos autos qualquer sintoma de error, razão pela qual, com a devida vênia, divergindo da douta Relatora, voto pela denegação da ordem.

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA
N. 17.745-PR (2004/0006017-4)**

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Recorrente: Cláudio Antônio Simon

Advogados: Omar José Baddaury e outro

T. origem: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

Impetrado: Secretário de Administração e Previdência do Estado do Paraná

Recorrido: Estado do Paraná

Procuradores: Márcia Dieguez Leuzinger e outros

EMENTA

Recurso ordinário em mandado de segurança. Tese de nulidade do acórdão por vício *extra petita*. Nulidade inexistente. Preliminar rejeitada. Pleito de atribuição de efeito suspensivo a recurso administrativo hierárquico. Ausência de previsão legal. Excepcionalidade não verificada na espécie. Direito líquido e certo não evidenciado.

1. Em se considerando que a matéria de fundo do recurso administrativo — não suscitada pelo Impetrante na inicial — foi apreciada pela Corte de origem, tão-somente, como razão de decidir — não fazendo, portanto, parte do *decisum* —, não se vislumbra o alegado vício (decisão *extra petita*), porquanto cuida-se de questão não efetivamente decidida, não induzindo, desse modo, a coisa julgada.

2. Este Superior Tribunal de Justiça tem sido parcimonioso, mesmo em sede de medida cautelar — o que não é o caso dos autos —, no que se refere à concessão de efeito suspensivo a recurso que, de regra, não o possui, estando sempre adstrito a circunstâncias absolutamente excepcionais, o que também não se verifica.

3. O fato de tratar-se de verba de caráter alimentar não se mostra suficiente, por si só, para impingir ao recurso o pretendido efeito suspensivo, sobretudo, em razão do disposto no art. 264 da Lei Estadual n. 6.174/1970 — que não lhe atribui esse efeito (suspensivo) — e ainda tendo em vista a via eleita — mandado de segurança — que, como é consabido, não se presta a tal fim. Precedentes.

4. Recurso conhecido, porém desprovido, ressalvando-se ao Impetrante a utilização das vias ordinárias para a postulação de seu eventual direito, a qual independe do prévio esgotamento da esfera administrativa.

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. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima e Felix Fischer votaram com a Sr^a. Ministra-Relatora. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 1^o de março de 2007 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

DJ 26.03.2007

RELATÓRIO

A Sr^a. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por Cláudio Antônio Simon, em face de acórdão do



Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, que denegou o mandado de segurança nos termos da seguinte ementa:

“Mandado de segurança. Cumulação de proventos de aposentadoria e vencimentos. Professor estadual aposentado em dois cargos. Retorno à atividade em mais um cargo de magistério, mediante concurso público. Declarada ilegalidade da acumulação pela administração. Norma constitucional transitória (art. 11 da Emenda Constitucional n. 20/1998). Interpretação desfavorável ao servidor. Interposição de recurso. Inexistência de efeito suspensivo. Inteligência do art. 264, da Lei Estadual n. 6.174/1970. Violação de direito não configurada. Ordem denegada.

A jurisprudência desta Corte de Justiça é pacífica no sentido de não ser possível a acumulação de proventos e vencimentos correspondentes a três cargos. O máximo permitido são dois, nos casos definidos, em *numerus clausus*, na Constituição da República.

As normas constitucionais têm aplicabilidade imediata, não se podendo invocar contra elas a figura do direito adquirido.

O fato de ter o Impetrante interposto Recurso Administrativo Hierárquico, em nada lhe socorre, posto que o art. 264, da Lei Estadual n. 6.174/1970, dispõe que esse tipo de recurso não comporta efeito suspensivo.” (Fl. 281)

Sustenta, nas presentes razões, em suma, que:

I - “O egrégio Tribunal acabou, data venia, prejulgando lide inexistente (acúmulo de cargos). Antecipou decisão que não cabia em sede de mandado de segurança interposto, porquanto seu objeto é tão-somente a questão do efeito suspensivo do recurso administrativo, como está bem claramente posto na inicial. Não se poderia, sob hipótese alguma, levar em conta o mérito do Recurso Administrativo, que se encontra pendente de apreciação junto ao Governo do Estado do Paraná, e que não é e nunca foi objeto do mandado de segurança.” (Fl. 295)

II - “vê-se claramente que o objeto do *mandamus* visava tão-somente a concessão de efeito suspensivo ao recurso administrativo, com a determinação de restauração do pagamento dos proventos do recorrente, retroativamente à data da suspensão do pagamento.” (Fl. 296)

III - “No que pertine ao objeto do mandado de segurança, que é exatamente a concessão de efeito suspensivo ao recurso administrativo hierárquico, tem-se a considerar que a decisão proferida, foi, data venia, equivocada. (...) Trata-se de verba detentora de natureza alimentar, que não pode ser tratado como se de pouca importância. De fato, transcorridos mais de três meses da ciência do

Impetrante da realização da suspensão do pagamento dos proventos da linha funcional 1 — cargo LG01-V4, não houve julgamento de seu recurso administrativo e o seu pedido de efeito suspensivo não teve sequer a oportunidade de ter sido apreciado pela autoridade competente, o que vem causando inúmeros danos.” (Fls. 298/299)

Requer, ao final, “ a reforma da decisão proferida por esse egrégio Tribunal, para o fim de que seja concedido o pleiteado efeito suspensivo ao recurso administrativo interposto pelo Recorrente ao Sr. Governador do Estado do Paraná, declarando-se a nulidade do julgamento proferido pelo mesmo Tribunal recorrido, na parte em que, adentrando o mérito da questão ainda não resolvida em sede administrativa, considerou ilegal a acumulação dos proventos de inatividade e vencimento do cargo em atividade, do Recorrente, em flagrante decisão *extra petita*, com violação do disposto nos arts. 128 e 459 do Código de Processo Civil”. (Fl. 300)

Foram oferecidas contra-razões às fls. 312/316.

O Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso, consoante parecer de fls. 330/336, assim ementado:

“Recurso ordinário em mandado de segurança. Servidor público civil. Aposentadoria. Professor. Majoração de jornada de trabalho semanal promovida pela administração. Alegação posterior de acumulação vedada de cargos, proventos e vencimentos. Inocorrência. Parecer pelo provimento do recurso.” (Fl. 330)

É o relatório.

VOTO

A Sr^a. Ministra Laurita Vaz (Relatora): De início, passo à análise do alegado vício do acórdão recorrido, consistente em decisão *extra petita*.

Na espécie, compulsando os termos da peça vestibular, constata-se como causa de pedir: a ilegalidade/abusividade da autoridade coatora em não apreciar o recurso administrativo hierárquico interposto pelo Recorrente — sequer o pedido de atribuição do efeito suspensivo —, em vista da urgência que o caso requer, diante do caráter alimentar da verba suprimida e, como pedido: a revogação da ordem de suspensão do pagamento da verba até o julgamento final do recurso administrativo, devolvendo-se ao Impetrante os valores suprimidos desde setembro de 2002.

O Tribunal *a quo* denegou a segurança, em suma, ante os seguintes fundamentos, *in verbis*:



“Entendo assim que o Impetrante não é titular de direito líquido e certo, tendo em vista que a situação descrita nos autos, envolve, indiscutivelmente, acumulação vedada pelo regime constitucional em vigor, não podendo vingar a invocação do direito adquirido, não oponível ao texto constitucional, seja ele oriundo do constituinte originário ou derivado.

Dessa forma, não pode o Impetrante cogitar da existência de direito adquirido pela circunstância de ter sido aprovado em concurso público e provido regularmente no cargo respectivo, sendo que uma vez comprovada a incompatibilidade do exercício funcional em relação à Constituição, o administrador deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos. (Súmula n. 174-STF, que foi reproduzida pela Lei n. 9.784/1999, art. 53)

Por derradeiro, o fato de ter o impetrante interposto Recurso Administrativo Hierárquico, em nada lhe socorre, posto que, como bem anotado no despacho de fls. 236/239, o art. 264, da Lei Estadual n. 6.174/1970, dispõe que esse tipo de recurso não comporta efeito suspensivo.” (Fls. 287/288)

É certo que houve certo excesso de linguagem por parte do Tribunal *a quo* ao apreciar questão não argüida na inicial do mandado de segurança. Todavia, não se cuida de decisão *extra petita*, na medida em que, para se perquirir a alegada urgência na apreciação do recurso hierárquico de sorte a empreender-lhe o almejado efeito suspensivo excepcional — já que não previsto em lei —, entendeu o Colegiado pela necessidade de averiguar-se acerca da existência ou não de plausibilidade na tese invocada no recurso administrativo interposto.

Nessa vertente, impende salientar que a aludida questão, não suscitada pelo Impetrante, foi apreciada pela Corte de origem, tão-somente, como razão de decidir, não fazendo parte do *decisum*. Vale dizer, conquanto enfrentada, a *quaestio iuris* não foi efetivamente decidida, não induzindo, desse modo, a coisa julgada.

Rejeito, pois, a preliminar de nulidade do acórdão impugnado.

No mérito, visa o Recorrente à “concessão de efeito suspensivo ao recurso administrativo hierárquico.” (Fl. 298)

Cumprido destacar que este Superior Tribunal de Justiça tem sido parcimonioso, mesmo em sede de medida cautelar — o que não é o caso dos autos —, no que se refere à concessão de efeito suspensivo a recurso que não o possui, estando sempre adstrito a circunstâncias absolutamente excepcionais, o que também não se verifica.

Na hipótese em tela, o fato de tratar-se de verba de caráter alimentar, concernente ao pagamento dos proventos da linha funcional n. 1 — cargo LG01-V4, não se mostra suficiente, por si só, para impingir ao recurso o pretendido efeito suspensivo, sobretudo, em razão do disposto no art. 264 da Lei Estadual n. 6.174/1970 — que não lhe atribui esse efeito (suspensivo) — e ainda tendo em vista a via eleita — mandado de segurança — que, como é consabido, não se presta a tal fim.

Mesmo que se possa vislumbrar certa plausibilidade da questão de fundo do recurso administrativo hierárquico — conforme o entendimento firmado pelo Ministério Público Federal em seu parecer de fls. 330/336 — não há liquidez e certeza do direito ora vindicado, consubstanciado, repita-se, apenas, na atribuição do mencionado efeito suspensivo excepcional, o que não se admite.

Nesse sentido:

“Constitucional e Administrativo. Oficiais de justiça processo administrativo disciplinar. Pena de demissão. Regimento interno revogado. Aplicação aos recursos interpostos na sua vigência. *Tempus regit actus*. Recurso administrativo. Direito do administrado. Reclamação não conhecida. Ilegalidade. Duplo grau de jurisdição. Ofensa. Princípio da fungibilidade. Aplicação. Efeito suspensivo. Ausência de previsão legal. Recurso parcialmente provido.

I - A lei processual tem aplicação imediata, ficando entretanto resguardados os atos praticados conforme a legislação revogada. Desta forma, deve ser observado o antigo Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (Resolução n. 314), em vigor à data da interposição da reclamação.

II - O duplo grau de jurisdição administrativa ou pluralidade de instâncias, corolário da ampla defesa e contraditório, é direito do administrado.

III - O art. 51 da Lei Estadual n. 14.184/2002, que disciplina o processo administrativo no âmbito da Administração Estadual, estabelecendo que “Das decisões cabe recurso envolvendo toda a matéria objeto do processo” é noma genérica que complementa as lacunas da Lei Estadual n. 59/2001 (Lei de Organização e Divisão Judiciárias do Estado de Minas Gerais), a qual não fixava fase recursal à apuração administrativa.

IV - O princípio da fungibilidade recursal, tem aplicação ao presente caso, ante a existência de dúvida objetiva acerca de qual recurso interpor e a tempestividade da interposição.

V - Na ausência de expressa previsão legal, não existe direito líquido e certo a que seja conferido efeito suspensivo a recurso administrativo.



VI - Recurso ordinário parcialmente provido.” (RMS n. 19.452-MG, Quinta Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ 1^o.08.2006)

“Administrativo. Renovação de Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social-Cebas. Recurso administrativo. Ausência de decisão. Lei n. 9.784/1999.

1. A falta de decisão da administração é reconhecidamente abusiva, já que decorridos mais de dois anos desde a interposição do recurso até o momento.

2. A omissão da administração no julgamento do recurso não é suficiente para ocasionar lesão a direito líquido e certo que justifique a impetração do *mandamus*. Ausência de prejuízo relevante à entidade, pois o recurso contra a decisão que autorizou a renovação do Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social-Cebas não é dotado de efeito suspensivo.

3. Segurança denegada.” (MS n. 10.440-DF, Primeira Seção, Relator Ministro Castro Meira, DJ 12.09.2005)

Ante o exposto, nego provimento ao recurso ordinário, ressalvando ao Impetrante, todavia, a utilização das vias ordinárias para a postulação de seu eventual direito à acumulação de cargos públicos, a qual independe do prévio esgotamento da esfera administrativa.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 605.837-RJ (2003/0205625-0)

Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima

Recorrentes: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

Procuradores: Giuseppina Panza Bruno e outros

Recorrida: Acidalia Borges Gerck

Advogado: Adilson Martins Gomes

EMENTA

Administrativo e Previdenciário. Pensão estatutária. Arts. 3^o e 248 da Lei n. 8.112/1990. Responsabilidade do INSS até a transferência do encargo para o órgão de origem. Precedentes. Recurso especial conhecido e improvido.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se firmou no sentido de que, tendo a pensão por morte sido concedida antes da vigência da Lei n. 8.112/1990, deverá o INSS responder pelo pagamento das diferenças até a transferência para o órgão de origem do servidor. Precedentes.

2. Recurso especial conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso, mas lhe negar provimento. Os Srs. Ministros Felix Fischer e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 15 de março de 2007 (data do julgamento).

Ministro Arnaldo Esteves Lima, Relator

DJ 23.04.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: Trata-se de recurso especial manifestado pelo Instituto Nacional do Seguro Social — INSS, com base no art. 105, inciso III, **a**, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

Insurge-se o recorrente contra *decisum* que deu parcial provimento à apelação da autarquia, conforme ementa abaixo transcrita (fl. 97):

Administrativo e Constitucional. Pensão estatutária. Legitimidade passiva do INSS. Manutenção pelo órgão de origem do servidor a partir da Lei n. 8.112/1990.

1. Nos termos do art. 28 da Lei n. 8.112/1990, a partir da vigência desta, as pensões estatutárias passam a ser mantidas pelo órgão de origem do servidor.

2. Compete ao INSS pagar os benefícios dos servidores públicos federais até o advento da Lei n. 8.112/1990.

3. Preliminar de ilegitimidade passiva do INSS não acolhida.

4. Apelação parcialmente provida.



Nas razões do recurso especial, o INSS alega violação aos arts. 3º e 248, ambos da Lei n. 8.112/1990. Sustenta, em essência, a sua ilegitimidade passiva tendo em vista que o encargo de custear os pagamentos das pensões por morte de servidores pertence à União.

Sem contra-razões (fl. 68), foi o recurso admitido na origem. (Fl. 69)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima (Relator): Destaca-se, por fundamental, que não vislumbro a alegada ofensa aos dispositivos invocados pelo ente autárquico.

Com efeito, o art. 248 da Lei n. 8.112/1990 assim dispõe:

As pensões estatutárias, concedidas até a vigência desta Lei, passam a ser mantidas pelo órgão ou entidade de origem do servidor.

Desse modo, é de se reconhecer que o Tribunal de origem decidiu em consonância com a jurisprudência firmada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que, tendo a pensão por morte sido concedida antes da vigência da Lei n. 8.112/1990, como é o caso dos autos, “cabe ao INSS o encargo de responder pelo pagamento das diferenças até a transferência para o órgão de origem do servidor”. (REsp n. 76.130-CE, Relator Ministro Vicente Leal, DJ 15.05.2000)

Nesse sentido:

Previdenciário. Embargos de divergência em recurso especial. Pensão por morte. Legitimidade do INSS até o advento da Lei n. 8.112/1990. Embargos conhecidos e parcialmente acolhidos.

1. Conforme jurisprudência desta Corte, o INSS é parte legítima para responder pelo pagamento de pensão por morte à sua beneficiária, até a data da transferência do encargo para o órgão de origem, nos termos do art. 248, da Lei n. 8.112/1990, ficando isento do pagamento do benefício somente a partir de então.

2. Precedentes (REsp ns. 445.873-RJ, 233.552-PR e 183.008-PB).

3. Embargos conhecidos e parcialmente acolhidos para, reformando o v. acórdão embargado, reconhecer a ilegitimidade passiva do INSS, somente a partir da vigência da Lei n. 8.112/1990. (EREsp n. 151.596-RJ, Relator Ministro Jorge Scartezzini, Terceira Seção, DJ 1º.07.2004; grifei)

Recurso especial. Previdenciário. INSS e União. Pensão. Encargos financeiros. Responsabilidade.

Nos moldes de precedentes desta Corte, “O INSS é parte legítima e tem responsabilidade para responder pelo pagamento das diferenças de pensão verificadas até a data da transferência do encargo para o órgão de origem.” (REsp n. 233.552-PR, DJ 08.03.2000, Relator Ministro Edson Vidigal)

Recurso desprovido. (REsp n. 439.904-RS, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, DJ 09.09.2002; grifei)

Administrativo e previdenciário. Pensão. Revisão. Legitimidade. Art. 248 da Lei n. 8.112/1990.

O INSS é parte legítima para responder pelo pagamento das diferenças de pensão verificadas até a data da transferência do encargo para o órgão de origem do genitor da pensionada (art. 248 da Lei n. 8.112/1990).

Recurso conhecido e provido parcialmente. (REsp n. 183.008-PB, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ 10.05.1999; grifei)

Ante o exposto, conheço do recurso especial e nego-lhe provimento.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 608.798-DF (2003/0205503-7)

Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima

Recorrente: Câmara Legislativa do Distrito Federal

Procuradores: Geraldo Martins Ferreira e outros

Recorrido: Luiz Cláudio Bonfim da Costa

Advogados: Flávio Lemos de Oliveira e outros

EMENTA

Processual Civil. Administrativo. Servidor público. Contagem de tempo de serviço. Câmara Legislativa do Distrito Federal. Ilegitimidade *ad causam*. Personalidade judiciária. Recurso especial não conhecido.

1. A Câmara Legislativa do Distrito Federal é órgão da Administração Direta do Distrito Federal, não possuindo, portanto, personalidade jurídica, mas apenas personalidade judiciária. Significa



que pode estar em juízo apenas para a defesa de suas prerrogativas institucionais, concernentes à sua organização e funcionamento.

2. *In casu*, o mandado de segurança foi impetrado contra ato do Presidente da Câmara que não reconheceu ao autor o direito à contagem de tempo de serviço prestado às Forças Armadas. Destarte, a legitimidade para interpor o presente recurso especial é do Distrito Federal.

3. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso. Os Srs. Ministros Felix Fischer e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 1º de março de 2007 (data do julgamento).

Ministro Arnaldo Esteves Lima, Relator

DJ 19.03.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: Trata-se de recurso especial manifestado pela Câmara Legislativa do Distrito Federal, com fundamento no art. 105, III, **a**, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

Insurge-se a recorrente contra acórdão que concedeu a ordem pleiteada em mandado de segurança para reconhecer ao impetrante o direito à contagem do tempo de serviço prestado às Forças Armadas para todos os efeitos.

Alega, em suas razões de recurso especial, violação aos arts.: a) 1º da Lei n. 5.021/1966, ao argumento de que a concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais pretéritos; b) 1º do Decreto n. 20.910/1932, porquanto a ordem não poderia ter sido concedida a partir da lesão, tendo em vista a prescrição quinquenal; c) 100 da Lei n. 8.112/1990, uma vez que o tempo de serviço prestado à União, Estados, Municípios e Distrito Federal deveria ser contado apenas para efeitos de aposentadoria e disponibilidade.

Contra-razões às fls. 176/187.

O recurso especial foi admitido pelo Tribunal de origem. (Fls. 198/200)
É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima (Relator): O recurso não merece ser conhecido.

A Câmara Legislativa não tem legitimidade ativa para interpor recurso contra decisão proferida em mandado de segurança impetrado contra ato de seu Presidente.

De fato, é órgão integrante da Administração Direta do Distrito Federal, não possuindo, portanto, personalidade jurídica, mas apenas personalidade judiciária. Significa que pode estar em Juízo apenas para a defesa de suas prerrogativas institucionais, concernentes à sua organização e funcionamento.

Na hipótese, todavia, a demanda versa sobre direito a cômputo de tempo de serviço por servidor da Câmara, razão pela qual a legitimidade é do Distrito Federal. A propósito, os seguintes precedentes:

Processual Civil. Cobrança de contribuições previdenciárias de prefeito, vice-prefeito e vereadores. Impetração de mandado de segurança por Câmara Municipal. Personalidade jurídica e judicial. Institutos distintos. Ilegitimidade ativa *ad causam*. Carência de ação. Precedentes desta Corte Superior.

1. Recurso especial interposto contra v. Acórdão que extinguiu o processo, sem exame do mérito, devido à ilegitimidade ativa dos Impetrantes, em face de Mandado de Segurança impetrado pelo Presidente da Câmara Municipal e pelo Prefeito de Três Corações-MG — contra o INSS pleiteando a devolução das importâncias pagas a título de contribuições previdenciárias sobre a folha de salários, no que toca às remunerações dos ocupantes de cargos eletivos, como o Prefeito, o Vice-Prefeito e os Vereadores, assim como não fossem feitas novas cobranças para o recolhimento no pagamento dos agentes políticos referenciados.

2. A jurisprudência desta colenda Corte de Justiça possui entendimento pacífico e uníssono no sentido de que: em nossa organização jurídica, as Câmaras Municipais não têm personalidade jurídica. Tem elas, apenas, personalidade judiciária, cuja capacidade processual é limitada para demandar em juízo, com o intuito único de defender direitos institucionais próprios e vinculados à sua independência e funcionamento; é do



Município a legitimidade, e não da Câmara de Vereadores, para figurar no pólo ativo da ação ajuizada, *in casu*, com o fito de que sejam devolvidas as importâncias pagas a título de contribuições previdenciárias sobre a folha de salários, no que toca às remunerações dos ocupantes de cargos eletivos, como o Prefeito, o Vice-Prefeito e os Vereadores, assim como que não sejam feitas novas cobranças para o recolhimento no pagamento dos agentes políticos referenciados; a relação processual se estabelece entre os ocupantes dos cargos eletivos e o Município; a ação movida pela Câmara Municipal é carente de condição processual para prosseguir, ante a sua absoluta ilegitimidade ativa.

3. Precedentes desta Casa Julgadora.

4. Extinção do processo, sem julgamento do mérito, confirmada.

5. Recurso Especial não provido. (REsp n. 438.651-MG, Relator Ministro José Delgado, Primeira Turma, DJ 04.11.2002)

Administrativo e Processual Civil. Servidor público. Câmara Legislativa do Distrito Federal. Ilegitimidade. Personalidade judiciária. Precedentes. Agravo desprovido.

I - O Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência uniforme no sentido de que as câmaras municipais possuem personalidade judiciária, e não jurídica, o que as permite estar em juízo tão-somente na defesa de seus interesses institucionais.

II - Neste contexto, em se tratando de lide que envolve direitos estatutários dos servidores da respectiva câmara, o legitimado é o Distrito Federal. Precedentes.

III - Agravo interno desprovido. (AgRg no REsp n. 646.433-DF, Relator Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ 03.11.2004, p. 240)

Recurso especial. Administrativo e Processual Civil. Câmara Municipal. Servidores. Ilegitimidade passiva.

A doutrina e jurisprudência desta Corte são absolutamente pacíficas em afirmarem que as Câmaras Municipais têm apenas personalidade judiciária, e não jurídica, motivo pelo qual podem estar em juízo na defesa de seus interesses institucionais.

Tratando-se de demanda envolvendo servidores da Câmara Municipal de São Paulo, na qual pleiteiam verbas salariais, a legitimidade passiva é do respectivo município.

Recurso provido para afastar a Câmara Municipal da relação processual, na qualidade de agente passivo.” (REsp n. 262.028-SP, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, DJ 26.03.2001, p. 452)

Ante o exposto, não conheço do recurso especial.

É o voto.

