

Jurisprudência da Corte Especial

AÇÃO PENAL N. 337-ES (2004/0069899-0)

Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito

Autor: Ministério Público Federal

Réu: Luiz Pereira do Nascimento

Advogados: Dázila Maria Monteiro Bonatto e outro

Réu: Antônio Carlos Toninho de Freitas

Advogados: Eldo Valneide Vichi e outros

Réu: Gilson Antônio de Sales

Advogados: Alecio Jocimar Favaro e outros

Réu: Geraldo Araújo Martins

Advogados: Luís Fernando Nogueira Moreira e outro

Réu: José Alves Neto

Advogados: Robson Mendes Neves e outro

EMENTA

Denúncia. Governador e deputados estaduais. Peculato-desvio e abuso de autoridade. Projeto de lei encaminhado por governador e aprovado pela Assembléia Legislativa. Inconstitucionalidade. Importância vinculada ao Funres — Fundo Fiscal de Investimento Federal. Liberação do dinheiro mediante Lei Estadual aprovada. Precedentes da Corte e do Supremo Tribunal Federal.

1. A denúncia diz respeito a projeto de lei encaminhado por Governador de Estado e aprovado pela Assembléia Legislativa. Nesse caso, o ato apontado como criminoso é complexo, decorrente do processo legislativo, não havendo como separar o ato do governador, encaminhando o projeto de lei, dos atos praticados pelos deputados estaduais, que votaram favoravelmente à lei. Assim, a competência desta Corte abrange, além de Governador de Estado (art. 105, inciso I, alínea **a**, da Constituição Federal), os deputados estaduais.

2. Não há qualquer violação de lei ou da Constituição Federal na delegação feita pelo Procurador-Geral da República, independentemente de sorteio, a Subprocurador-Geral da República para acompanhar processo criminal e propor ação penal nesta Corte.

3. Por força do art. 327 do Código Penal, para efeitos penais, os agentes políticos são considerados funcionários públicos.

4. Ausente posse, mesmo indireta ou jurídica, da importância objeto do projeto de lei e efetuado o alegado desvio, segundo a denúncia, em proveito da Administração estadual, não há falar em peculato-desvio.

5. Regular o processo legislativo, concretamente, no sentido de aprovar Lei Estadual para utilizar importância vinculada ao Funres, do qual o Estado do Espírito Santo participa, não há falar em crime de peculato ou de abuso de autoridade.

6. A garantia constitucional de independência e harmonia entre os Poderes impede o prévio controle de constitucionalidade por parte do Ministério Público Federal em ação penal, que tem o escopo de paralisar processo legislativo. A discussão preliminar a respeito dos projetos de lei é flagrantemente salutar e faz parte do processo democrático. Ocorre que essa fase preliminar de discussão não pode ser capaz de inibir a independência dos parlamentares, com ameaça de processo criminal, quando proferir o voto, não acarretando efeito jurídico a recomendação do Ministério Público para que os deputados não aprovassem a referida lei.

7. Prescreve em dois anos o crime de abuso de autoridade previsto na Lei n. 4.898, de 09.12.1965, art. 4º, alínea **h**, tendo em vista que o art. 6º, § 3º, prevê como possíveis sanções: multa, detenção de 10 dias a 6 meses e perda do cargo e a inabilitação para o exercício de função pública por prazo de até três anos. Aplicação dos arts. 12, 109, inciso VI, e 114 do Código Penal.

8. Denúncia rejeitada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Nilson Naves e Barros Monteiro, rejeitar a preliminar de incompetência e, por unanimidade, rejeitar a denúncia, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp, Eliana Calmon, Paulo Gallotti, Franciulli Netto, Luiz Fux, Francisco Peçanha Martins, Humberto Gomes de Barros, Cesar Asfor Rocha, Ari Pargendler, José Delgado, José Arnaldo da Fonseca e Fernando Gonçalves votaram com o Sr. Ministro-Relator rejeitando a preliminar de incompetência. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp, Eliana Calmon, Paulo Gallotti, Franciulli Netto, Luiz Fux, Nilson Naves, Barros Monteiro, Francisco Peçanha Martins, Humberto Gomes de Barros, Cesar Asfor Rocha, Ari

Pargendler, José Delgado, José Arnaldo da Fonseca e Fernando Gonçalves votaram com o Sr. Ministro-Relator, rejeitando a denúncia. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido, Francisco Falcão, Edson Vidigal e Sálvio de Figueiredo Teixeira. Estiveram presentes o Dr. Robson Mendes Neves e a Dr^a. Helma Sonali Habib Fafá, que dispensaram a sustentação oral reportando-se àquela feita na Ação Penal n. 334-ES.

Brasília (DF), 03 de novembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Presidente

Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Relator

DJ 14.03.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal, em 19.04.2004, contra José Ignácio Ferreira, ex-Governador do Estado do Espírito Santo, e contra os Deputados Estaduais Avílio Machado da Silva, Mateus Vasconcelos, Eval Galazi, Gilson Lopes dos Santos Filho, Bendito Enéas Muqui, Gilberto Furieri, Nasser Youssef Nasr, Gumercindo Gonçalves Vinand, Maria de Fátima Rocha Couzzi, José Esmeraldo de Freitas, Luiz Pereira do Nascimento, Antônio Carlos Toninho de Freitas, Gilson Antônio de Sales, Geraldo Araújo Martins, José Alves Neto, Gilson Gomes, José Mauro Gomes Gama, Antônio Cavallheri, José Carlos Gratz e José Tasso Oliveira de Andrade, todos como incurso nas penas do art. 312 c.c. o art. 14, inciso II, do Código Penal, e do art. 4^o, alínea **h**, da Lei n. 4.898/1965, assim:

“O Ministério Público Federal, por seu membro com ofício perante esta Superior Corte de Justiça (art. 48, inciso II, parágrafo único, da LC n. 75/1993 — LOMPU e Portaria PGR n. 202/2004), apresenta a V. Ex^a. *denúncia* com fundamento no art. 105, I, **a**, da Constituição Federal, e no art. 84, § 1^o, combinado com o art. 78, II, **a**, ambos do Código de Processo Penal, contra José Ignácio Ferreira, cujo último endereço conhecido fica na praça João Clímaco, s/n., Cidade Alta, Centro, Vitória - ES, sendo, por ora, desconhecidas suas demais qualificações,

Avílio Machado da Silva, Mateus Vasconcelos, Eval Galazi, Gilson Lopes dos Santos Filho, Bendito Enéas Muqui, Gilberto Furieri, Nasser Youssef Nasr, Gumercindo Gonçalves Vinand, Maria de Fátima Rocha Couzzi, José Esmeraldo de Freitas, Luiz Pereira do Nascimento, Antônio Carlos Toninho de Freitas, Gilson Antonio de Sales, Geraldo Araújo Martins, José Alves Neto, Gilson Go-

mes, José Mauro Gomes Gama, Antonio Cavalheri, José Carlos Gratz e José Tasso Oliveira de Andrade, todos Deputados do Estado do Espírito Santo, com domicílio na respectiva Assembléia Legislativa, localizada na av. Américo Buaiz, n. 205 — Enseada do Suá, Vitória - ES, sendo, por ora, desconhecidas suas demais qualificações.

Acusa-os da prática dos fatos a seguir descritos, os quais caracterizam os crimes de *tentativa de peculato* e de *abuso de autoridade*, conforme a seguir narrado.

1. No dia 3 de setembro de 2002, no exercício de função relativa ao cargo de Governador do Estado do Espírito Santo, José Ignácio Ferreira dirigiu-se à Assembléia Legislativa do mesmo Estado, através da Mensagem n. 294 (fl. 255 destes autos), encaminhando 'projeto de lei que autoriza o Poder Executivo a utilizar os recursos financeiros provenientes do art. 3º da Lei n. 2.592, de 22 de junho de 1991', recursos esses que se encontravam depositados no Banco de Desenvolvimento do Espírito Santo S/A — Bades, e totalizavam o valor de aproximadamente R\$ 37.517.785,24 (fl. 271).

O mencionado projeto de lei (fl. 256) dispunha, **verbis**:

Art. 1º Os recursos financeiros decorrentes da aplicação do disposto no art. 3º da Lei n. 2.592, de 22 de junho de 1971, com suas alterações posteriores, ficam caucionados à conta do Tesouro Estadual.

§ 1º O disposto no **caput** deste artigo, aplica-se aos recursos até então caucionados junto ao Banco de Desenvolvimento do Espírito Santo S/A — Bades, que providenciará sua imediata transferência ao Tesouro Estadual.

§ 2º Os recursos financeiros caucionados, objeto desta lei, serão disponibilizados pela Secretaria de Estado da Fazenda ao Bades, à medida em que forem solicitados pelo mutuário, com devida aprovação dos projetos de investimentos.

§ 3º Caso não ocorra a disponibilização prevista no § 2º, fica autorizada, como garantia, a utilização dos recursos provenientes das ofertas públicas de que trata o art. 5º da Lei n. 5.245, de 03 de junho de 1996.

Art. 2º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.'

No dia 11 do mesmo mês e ano, o Governador José Ignácio Ferreira, por meio da Mensagem n. 297 (fl. 257), dirigiu-se ao Legislativo estadual encaminhando emenda ao mencionado projeto de lei (que, na Casa Legislativa, recebeu o n. 398/2002).

Nos termos dessa emenda (fl. 258), o projeto de lei passou a ter a seguinte redação:

‘Art. 1º Os recursos financeiros decorrentes do incentivo previsto na Lei n. 2.469, de 28 de novembro de 1969, com suas alterações posteriores, ficam caucionados à conta do Tesouro Estadual.

§ 1º O disposto no **caput** deste artigo, aplica-se aos recursos até então aplicados junto ao Banco de Desenvolvimento do Espírito Santo S/A — Bandes, que providenciará sua imediata transferência ao Tesouro Estadual.

§ 2º Os recursos financeiros objeto desta Lei serão disponibilizados pela Secretaria de Estado da Fazenda ao Bandes, à medida em que forem solicitados pelo investidor.

Art. 3º O Poder Executivo regulamentará a presente Lei no prazo de 30 (trinta) dias contados da data de sua publicação.

Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.’

2. Acontece que os recursos financeiros mencionados no projeto de lei pertencem ao Fundo Fiscal de Investimento — Funres, vinculado à União Federal. Os recursos do Funres provêm do Imposto de Renda e de renúncia de ICMS, e têm a natureza de Fundo Fiscal de Investimento, adstrito à União Federal, e cuja destinação é incentivar empreendimentos econômicos, com o objetivo de promover o desenvolvimento de regiões pouco desenvolvidas (em cumprimento à norma programática contida no art. 3º, III, da Constituição Federal), especialmente, a região do Nordeste, na qual, por força da Lei Federal n. 9.690/1998, o Estado do Espírito Santo inclui-se.

3. Tomando conhecimento da flagrante inconstitucionalidade que o Sr. José Ignácio Ferreira objetivava perpetrar, *abusando* de sua autoridade de governador, de forma a *desviar*, em proveito do Estado do Espírito Santo, dinheiro pertencente ao Fundo Fiscal de Investimento, que, por sua vez, é vinculado à União Federal, e do qual ele, na condição de governador, tinha a posse (já que o dinheiro encontrava-se depositado no Banco daquele Estado) — o Ministério Público Federal, nos termos do inciso XX do art. 6º da Lei Complementar n. 75/1993 (Lompu), expediu *recomendação* aos Srs. Deputados Estaduais, no sentido de não contribuírem, mediante voto de aprovação ao projeto de lei, para a consumação do fato (fls. 126/145 e 149).

4. No entanto, o projeto veio a ser aprovado pela Assembléia Legislativa, com o voto favorável dos Srs. Deputados ora denunciandos, e converteu-se em

lei, a qual, em 17 de setembro de 2002, foi sancionada pelo governador ora denunciando, sob o 7.306, com a seguinte redação (fl. 265):

Art. 1º Os recursos financeiros decorrentes do incentivo previsto na Lei n. 2.469, de 28 de novembro de 1969, com suas alterações posteriores, ficam caucionados à conta do Tesouro Estadual.

§ 1º O disposto no **caput** deste artigo, aplica-se aos recursos até então aplicados junto ao Banco de Desenvolvimento do Espírito Santo S/A — Bandes, que providenciará sua imediata transferência ao Tesouro Estadual.

§ 2º Os recursos financeiros objeto desta Lei serão disponibilizados pela Secretaria de Estado da Fazenda ao Bandes, à medida em que forem solicitados pelo investidor.

Art. 2º O Poder Executivo regulamentará a presente Lei no prazo de 30 (trinta) dias contados da data de sua publicação.

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.'

Portanto, com a edição da pretensa Lei n. 7.306/2002, foi determinada ao Bendes — Banco do Desenvolvimento do Estado do Espírito Santo, a transferência dos recursos financeiros pertencentes ao Funres — Fundo Fiscal de Investimento Federal para o Tesouro do Estado do Espírito Santo.

5. Aprovada a lei, com a pretensa e formal transferência do dinheiro para o Tesouro do Estado do Espírito Santo, o Ministério Público Federal ajuizou *ação cautelar* em face do Estado do Espírito Santo, representado pelo então Governador do Estado e ora denunciando, do Banco de Desenvolvimento do Estado do Espírito Santo e do Banco do Estado do Espírito Santo, objetivando fosse decretada a indisponibilidade do dinheiro em referência (fls. 199/219). Por seu turno, a União Federal impetrou *mandado de segurança* em face do Banco de Desenvolvimento do Estado do Espírito Santo e do Banco do Estado do Espírito Santo (fls. 221/233), objetivando a declaração de inconstitucionalidade da lei, e requerendo medida liminar para 'proibir as autoridades coatoras de praticar qualquer ato que importe em transferência dos recursos do Funres para os cofres do Estado' (fl. 233). Ademais, o Ministério Público Federal ajuizou *ação civil pública por ato de improbidade administrativa* em face dos ora denunciandos, objetivando a condenação deles nos termos do inciso III do art. 12 da Lei n. 8.429/1992 (fls. 379/429).

As medidas cautelares foram deferidas pela Justiça, impedindo, assim, a transferência do depósito mencionado para o Tesouro do Estado do Espírito Santo.

Assim, por meio da pretensa Lei n. 7.307/2002, notoriamente inconstitucional, e de cujo vício os denunciandos tinham conhecimento prévio, estes praticaram ato lesivo ao patrimônio do Funres, e tentaram desviar para o Tesouro do Estado do Espírito Santo dinheiro pertencente a mencionado Fundo, não alcançando o último intento por circunstâncias alheias às suas vontades.

6. Os atos dos denunciandos transbordaram-se do normal exercício das funções respectivas de governador e legisladores, pois não cabe ao Estado-Membro dispor sobre os recursos pertencentes ao Funres, e, menos ainda, transferi-los para o Tesouro Estadual. A administração do Funres cabe a um órgão colegiado (Geres), vinculado ao Ministério da Integração Nacional (DL n. 880/1969), e a tarefa de estabelecer as diretrizes e prioridades na aplicação desses recursos é delegada ao Ministério da Integração Nacional, nos termos da Lei n. 9.649/1998 (art. 14, IX).

Os denunciandos assim agiram em *abuso da autoridade* decorrente, respectivamente, do exercício dos cargos de governador e de deputado estadual. Com efeito, valendo-se desses cargos, os denunciandos editaram lei em total afronta às normas contidas nos arts. 21, IX, e 167, IV, da Constituição Federal.

E o fizeram conscientemente, porque disso tomaram ciência por meio da *recomendação* formulada pelo Ministério Público Federal (fls. 126/149), e porque a questão havia sido amplamente noticiada na imprensa, conforme dão conta estes autos. Tinham por finalidade não editar uma norma válida; mas, utilizando-se abusivamente do poder legiferante, transferir indevidamente dinheiro afeto à União Federal para o Estado-Membro.

7. Em face do exposto, o Ministério Público Federal requer que, após as formalidades legais, especialmente a notificação dos denunciandos (art. 4º da Lei n. 8.038/1990), seja recebida esta *denúncia*, e, após o regular processo, com a produção das provas pertinentes (dentre as quais, a oitiva das testemunhas abaixo indicadas), seja ela julgada procedente, para condenar os denunciandos como incurso no art. 312, c.c. o art. 14, II, do Código Penal, e no art. 4º, **h**, da Lei n. 4.898/1965” (fls. 703 a 710).

Na mesma data, o Ministério Público Federal ingressou com petição arguindo a inconstitucionalidade do § 1º do art. 84 do Código de Processo Penal, acrescido pela Lei n. 10.628/2003 (fls. 712/713), e requerendo, alternativamente, seja processada a denúncia.

Autuados, inicialmente, como Inquérito n. 363-ES, foram atribuídos a minha relatoria em 23.04.2004, vindo à conclusão em 27.04.2004 (fl. 715).

Em 29.04.2004, assim decidi:

“Preliminarmente, sobre a petição de fls. 720/721, não há como acolher a argüição de inconstitucionalidade. A Corte Especial, em duas oportunidades (Ações Penais ns. 274-AM, de minha relatoria, DJ 19.12.2003, e 247-SP, Relator o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins, DJ 10.11.2003), rejeitou a instauração de incidente de inconstitucionalidade da Lei n. 10.628, de 24.12.2002.

Por outro lado, o Sr. Ministro Carlos Ayres Britto, do Supremo Tribunal Federal, na Medida Cautelar em Reclamação n. 2.381-8, relativa à aplicação e à constitucionalidade da referida lei, assim decidiu monocraticamente:

‘Vistos, etc.

1. Trata-se de reclamação ajuizada pelo atual Vice-Governador do Estado de Minas Gerais, visando à declaração de nulidade do Procedimento Investigatório n. 004/2002, da Promotoria de Justiça Especializada na Defesa do Patrimônio Público da Comarca de Belo Horizonte.

2. Em síntese, sustenta o postulante que, **litteris**:

‘(...) O exame do procedimento revela que — não obstante a solicitação das informações — em verdade, o denominado ‘procedimento investigatório’ — inequívoco inquérito civil realizado à margem de sua disciplina legal — já foi finalizado pelo Ministério Público, que concluiu pela necessidade de imediata propositura de ação de improbidade administrativa, prevista na Lei n. 8.429/1992, em face do ora requerente, do atual Senador da República e então governador do Estado à época dos fatos Eduardo Brandão de Azeredo e de outros 9 (nove) supostos envolvidos. (...)’

3. Liminarmente, o reclamante postula a suspensão do referido procedimento investigatório, até a prolação da decisão de mérito da reclamação.

4. Em 2 de setembro de 2003, admiti a inclusão do Exm^o. Sr. Senador da República Eduardo Brandão de Azeredo, na qualidade de litisconsorte ativo.

5. Instado a se manifestar, o reclamado prestou as informações de fls. 36/43. É o relatório. Decido.

6. Em regulamentação aos arts. 15, V, e 37, § 4^o, da Constituição Republicana, o legislador ordinário editou a Lei n. 8.429/1992 — Lei de Probidade Administrativa —, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício do

mandato, cargo, emprego ou função na Administração Pública direta, indireta ou fundacional. Mesmo depois de mais de onze anos da data de publicação da Lei n. 8.249/1992, o tema relativo à natureza jurídica da ação de improbidade administrativa ainda não foi definitivamente enfrentado por esta excelsa Corte (cf. Rcl n. 2.208, Relator Ministro Marco Aurélio; Rcl n. 2.138, Relator Ministro Nelson Jobim; Rcl n. 2.347, Relator Ministro Celso de Mello).

7. Em verdade, essa discussão, que repercute diretamente na competência deste colendo Sodalício, perdeu relevo com a edição da Lei n. 10.628, de 24 de dezembro de 2002. Com ou sem maior esmero técnico, o referido diploma legal tratou de dizer que a ação de improbidade 'será proposta perante o Tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública'.

8. Acresça-se que se encontra em processamento, nesta colenda Corte, a ADIn n. 2.797, Relator eminente Ministro Sepúlveda Pertence, por meio da qual se examina se a Lei n. 10.628/2002 está em conformidade com a Magna Carta Federal. Até o julgamento final da ação direta, portanto, a lei sob referência integra o ordenamento jurídico pátrio, uma vez que o pedido de medida cautelar visando à suspensão da norma impugnada foi denegado.

9. Ante o exposto, já ressalvado que a lei em causa prossegue vigorando, e dela se depreende que é do Supremo Tribunal Federal a competência para processar e julgar ação de improbidade ajuizada em face de Senador da República, defiro a medida liminar postulada para sobrestar o andamento do procedimento objeto da presente reclamação. Determino, ainda, que sejam eles remetidos a esta Casa Maior da Justiça brasileira' (MC na Rcl n. 2.381-1-MG, DJ 15.10.2003).

A decisão acima reproduzida, proferida em 07.10.2003 e publicada no DJ 15.10.2003, foi confirmada pelo Supremo Tribunal Federal, na sessão plenária de 06.11.2003, ao desprover, por maioria, o agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal. Ficou vencido, apenas, o Sr. Ministro Marco Aurélio.

O Pretório excelso, assim, com essa decisão, deixou claro que a Lei n. 10.628, de 24.12.2002, deve ser cumprida até solução final da ação direta de inconstitucionalidade em trâmite, na qual restou indeferido o respectivo período de suspensão cautelar.

Quanto à denúncia, por ser excessivo o número de denunciados, para evitar tumulto processual e a delonga na solução da ação penal e por conveniência da instrução criminal, deve o processo ser separado nos termos do art. 80 do Código de Processo Penal, divididos os denunciados em grupos.

Ante o exposto, indefiro a inconstitucionalidade argüida pelo Ministério Público Federal e determino seja o presente processo desmembrado em cinco processos iguais, mediante extração de cópia de todas folhas destes autos, com autuação e numeração distintas do presente processo, agrupados os denunciados assim:

1º Processo: José Ignácio Ferreira;

2º Processo: Avilio Machado da Silva, Mateus Vasconcelos, Eval Galazi, Gilson Lopes dos Santos Filho e Bendito Enéas Muqui;

3º Processo: Gilberto Furieri, Nasser Youssef Nasr, Gumercindo Gonçalves Vinand, Maria de Fátima Rocha Couzzi e José Esmeraldo de Freitas;

4º Processo: Luiz Pereira do Nascimento, Antônio Carlos Toninho de Freitas, Gilson Antônio de Sales, Geraldo Araújo Martins e José Alves Neto;

5º Processo: Gilson Gomes, José Mauro Gomes Gama, Antônio Cavalheri, José Carlos Gratz e José Tasso Oliveira de Andrade.’

Após, nos termos dos arts. 4º da Lei n. 8.038/1990, e 220 do Regimento Interno, notifiquem-se os denunciados para, no prazo de quinze dias, oferecer resposta, expedindo-se as necessárias cartas de ordem ao Exmº. Sr. Juiz Federal Diretor do Foro da Seção Judiciária do Estado do Espírito Santo para o cumprimento das referidas notificações.

Intime-se” (fls. 716 a 719).

Desmembrados os autos, com cópia integral do inquérito original, os presentes autos foram autuados como Ação Penal n. 337-ES, vinculados aos denunciados Luiz Pereira do Nascimento, Antônio Carlos Toninho de Freitas, Gilson Antônio de Sales, Geraldo Araújo Martins e José Alves Neto (fls. 723 a 725), e distribuídos à minha relatoria em 18.05.2004 (fl. 726).

Foi expedida carta de ordem de notificação, em 20.05.2004, para que os denunciados apresentassem resposta no prazo de quinze dias (fls. 727/728).

O denunciado Gilson Antônio de Sales, em 26.06.2004, representado pela Procuradoria Parlamentar da Assembléia Legislativa do Estado do Espírito Santo, na sua resposta, sustenta que: a) por mensagem do Sr. Governador de Estado, a

Assembléia Legislativa aprovou a Lei n. 7.346, de 27.11.2002, que revogou a Lei n. 7.306, de 18.09.2002, que ensejou a presente denúncia; b) houve boa-fé e a lei aprovada não afetou “a órbita jurídica patrimonial das pessoas, quer jurídica de direito público ou privado, quer física, porque não foi sequer aplicada” (fl. 757); c) a Constituição Federal consagra a inviolabilidade dos votos dos deputados, estando caracterizada interferência na competência legislativa; d) a conduta dos denunciados é constitucional, ausente o dolo; e) não está presente o sujeito ativo para imputação do crime do art. 312 do Código Penal, já que os deputados estaduais são agentes políticos, não funcionários públicos; f) a inconstitucionalidade de lei não pode ser questionada em ação penal; g) não está caracterizado fato típico; h) está configurada denúncia caluniosa por parte do Ministério Público Federal (fls. 753 a 781).

O denunciado Luiz Pereira do Nascimento, em 26.07.2004, apresentou sua defesa, alegando: a) inviolabilidade no exercício do voto; b) não estão configurados o dolo e os crimes de peculato, na forma tentada, ou de abuso de autoridade; c) ausência de fato típico; d) a denúncia não revela as “condições clássicas da ação (art. 43 CPP)” (fl. 813); e) inépcia da denúncia (fls. 802 a 819).

Os denunciados Geraldo Araújo Martins, em 28.07.2004 (fls. 832 a 850), e José Alves Neto, em 23.08.2004 (fls. 887 a 905), em suas respostas preliminares, alegam: a) a litigância de má-fé; b) incompetência desta Corte, sendo certo que apenas o Governador de Estado deve ser processado no Superior Tribunal de Justiça. Os deputados estaduais devem ser julgados pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região; c) que a conduta descrita na denúncia é atípica, por força dos arts. 5º, incisos IV, VI e XXXIX, e 53 da Constituição Federal; d) que houve violação ao princípio do promotor natural, considerando que o subscritor da denúncia foi escolhido pelo Procurador-Geral da República, sem sorteio; e) que a validade e a constitucionalidade da Lei Estadual está **sub judice**, não havendo decisão definitiva do Poder Judiciário a respeito, não se podendo suprimir instância ou adentrar em análise da alçada do Supremo Tribunal Federal; f) que o crime é impossível e a denúncia inepta, tendo em vista que o voto de um deputado não pode ser traduzido como conduta criminosa. Pedem os denunciados:

“(…)

1. Seja arquivada tal denúncia em razão da imunidade material que atinge o parlamentar no exercício regular de seu mandato, o que impede a instauração da **persecutio criminis**.

2. Acaso superado o requerimento anterior, seja declarada a incompetência desta Casa para julgar os ex-deputados.

3. Seja rejeitada a denúncia.

4. Sejam apurados os crimes cometidos pelos Membros do Ministério Público, que tentaram impedir o exercício do voto dos parlamentares com graves ameaças, abusaram de autoridade e constrangeram ilegalmente, e, após, para satisfazer desejos pessoais, prevaricaram e denunciaram caluniosamente. Valendo a presente como representação para que sejam tomadas as providências cabíveis” (fls. 850 e 905).

Antônio Carlos Toninho de Freitas, deputado estadual também denunciado, em 09.08.2004, na sua resposta, afirma que: a) por mensagem do Sr. Governador de Estado, a Assembléia Legislativa aprovou a Lei n. 7.346, de 27.11.2002, que revogou a Lei n. 7.306, de 18.09.2002, que ensejou a presente denúncia; b) houve boa-fé e a lei aprovada não afetou “a órbita jurídica patrimonial das pessoas, quer jurídica de direito público ou privado, quer física, porque não foi sequer aplicada” (fl. 856); c) a Constituição Federal consagra a inviolabilidade dos votos dos deputados, estando caracterizada interferência na competência legislativa; d) a conduta dos denunciados é constitucional, ausente o dolo; e) não está presente o sujeito ativo para imputação do crime do art. 312 do Código Penal, já que os deputados estaduais são agentes políticos, não funcionários públicos; f) a inconstitucionalidade de lei não pode ser questionada em ação penal; g) não está caracterizado fato típico; h) está configurada denúncia caluniosa por parte do Ministério Público Federal (fls. 853 a 878).

A carta de ordem notificatória, devidamente cumprida, com as respostas dos denunciados, foi juntada nestes autos em 1ª.09.2004 (fl. 735).

Conclusos os autos em 09.09.2004, determinei, em 13.09.2004, abertura de vista ao *Parquet* para falar sobre os documentos juntados (fl. 909).

O Ministério Público Federal, devidamente intimado, recebeu os autos em 16.09.2004 e reiterou, em 21.09.2004, o pedido de recebimento da denúncia (fls. 916 a 920).

Os presentes autos chegaram ao meu gabinete em 29.09.2004 (fl. 921).

Trago os autos a esta sessão para que a denúncia seja, ou não, recebida.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito (Relator): Trata-se de denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal contra Luiz Pereira do Nascimento, Antônio Carlos Toninho de Freitas, Gilson Antônio de Sales, Geraldo Araújo Martins e

José Alves Neto, todos deputados estaduais, como incurso nas penas do art. 312, c.c. o art. 14, inciso II, do Código Penal (tentativa de peculato), e do art. 4º, alínea **h**, da Lei n. 4.898/1965 (abuso de autoridade).

Segundo a peça acusatória, o Governador do Estado do Espírito Santo, José Ignácio Ferreira, denunciado nos autos da Ação Penal n. 334-ES, também de minha relatoria, encaminhou a Mensagem n. 294, em 03.09.2002, à Assembléia Legislativa do mesmo Estado, relativa a projeto de lei que autoriza o Poder Executivo a utilizar os recursos financeiros provenientes do art. 3º da Lei n. 2.592, de 22 de junho de 1991, depositados junto ao Banco de Desenvolvimento do Espírito Santo S/A — Badesp, totalizando, aproximadamente, R\$ 37.517.785,24 (trinta e sete milhões, quinhentos e dezessete mil, setecentos e oitenta e cinco reais e vinte e quatro centavos). No dia 11 do mesmo mês e ano, o Governador de Estado encaminhou emenda ao mencionado projeto de lei, através da Mensagem n. 297. Ocorre que, segundo o Ministério Público Federal, os recursos financeiros objeto do projeto de lei pertencem ao Fundo Fiscal de Investimento — Funres, vinculado à União Federal e provenientes do imposto de renda e de renúncia ao ICM, e têm como destinação incentivar empreendimentos econômicos em regiões de baixo desenvolvimento, aí incluído o Estado do Espírito Santo, por força da Lei Federal n. 9.690/1998. Diante da inconstitucionalidade do projeto de lei, relativa aos recursos dos quais o Governador de Estado teria posse, já que depositados no Banco do mesmo Estado, o Ministério Público enviou recomendação aos deputados estaduais no sentido de não aprová-lo. Entretanto, a Assembléia Legislativa votou favoravelmente ao projeto, sendo sancionada a Lei n. 7.306, de 17.09.2002, determinando-se ao “Bades — Banco do Desenvolvimento do Estado do Espírito Santo a transferência dos recursos financeiros pertencentes ao Funres — Fundo Fiscal de Investimento Federal para o Tesouro do Estado do Espírito Santo” (fls. 707/708). Foram ajuizados diversos procedimentos judiciais, a saber: medida cautelar, mandado de segurança e ação civil pública por ato de improbidade administrativa. Foram obtidas liminares para impedir a transferência do depósito mencionado. O denunciante conclui dizendo que, “por meio da pretensa Lei n. 7.307/2002, notoriamente inconstitucional, e de cujo vício os denunciados tinham conhecimento prévio, estes praticaram ato lesivo do patrimônio do Funres, e tentaram desviar para o Tesouro do Estado do Espírito Santo dinheiro pertencente ao mencionado Fundo, não alcançando o último intento por circunstâncias alheias às suas vontades” (fl. 709). Daí que teriam sido praticados os crimes de peculato, na forma tentada, e de abuso de autoridade. Utilizando-se dos cargos de governador e de deputado estadual, abusaram do poder de legislar para transferir indevidamente dinheiro afeto à União Federal para o Tesouro estadual.

Entendo que a denúncia não deve ser recebida por ausência, na referida peça, de descrição dos crimes de peculato e de abuso de autoridade e, ainda, porque prescrito este último tipo penal. Antes, porém, devo repelir as preliminares de incompetência e de violação ao princípio do promotor natural, ausente sorteio para a indicação do órgão do Ministério Público que funcionaria nos presentes autos.

Primeiro, contrariamente à alegação dos denunciados Geraldo Araújo Martins e José Alves Neto, não há como separar o ato praticado pelo Governador de Estado, de encaminhar projeto de lei à Assembléia Legislativa, do ato praticado pelos deputados estaduais ora denunciados, que, mediante votação, aprovaram o referido projeto. O processo legislativo que culminou com a edição da Lei Estadual n. 7.306, de 18.09.2002, constitui ato complexo que, no presente caso, teve início com a mensagem do Governador à Assembléia Legislativa, passou pela votação junto ao Poder Legislativo e foi encerrado com a publicação da referida lei na imprensa oficial do Estado do Espírito Santo. Assim, os Deputados Estaduais devem ser processados e julgados nesta Corte juntamente com o Governador do Estado em relação aos mesmos fatos.

No tocante ao princípio do promotor natural e à ausência de sorteio do Subprocurador-Geral da República para atuar no presente feito, igualmente, não têm razão alguma os denunciados Geraldo Araújo Martins e José Alves Neto. A organização do Ministério Público da União é regida pela Lei Complementar n. 75, de 20.05.1993, que, além de dispor que a unidade e a indivisibilidade são princípios institucionais (art. 4º), estabelece que “incumbe ao Procurador-Geral da República propor perante o Superior Tribunal de Justiça (...) a ação penal, nos casos previstos no art. 105, I, a, da Constituição Federal” e que “a competência prevista neste artigo poderá ser delegada a Subprocurador-Geral da República” (art. 48, II e parágrafo único). Pode, assim, ao Procurador-Geral da República delegar sua competência, independentemente de sorteio, a Subprocurador-Geral da República, sendo certo que o ato praticado por este “equivale à atuação do primeiro” (AgRg na NC n. 86-SP, Corte Especial, Relator o Ministro Cesar Asfor Rocha, Relator para acórdão o Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ 11.06.2001). Sobre o tema, a propósito, assim me manifestei, como Relator, no AgRg na APn n. 237-DF:

“Com relação à tese pertinente ao ‘promotor natural’, reitero a fundamentação deduzida na decisão agravada, assentada, até mesmo, em precedente do Supremo Tribunal Federal, assim:

‘Primeiramente, o fato de haver Subprocuradores-Gerais da República oficiando, mediante portaria do Procurador-Geral da República, junto à Corte Especial deste Tribunal Superior, não impede que o mesmo Chefe do Ministério Público Federal, através de outros atos normativos,

mesmo anteriores, nomeie, ou tenha nomeado, Subprocuradores-Gerais da República para acompanhar, especificamente, determinados processos criminais, também, junto à Corte Especial, no caso, os Drs. Eduardo Antônio Dantas Nobre e Raimundo Francisco Ribeiro de Bonis. Segundo já decidiu este Tribunal (AgRg na NC n. 86-SE, Corte Especial, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, DJ 11.06.2001; AgRg na NC n. 278-RJ, Corte Especial, Relator Ministro Barros Monteiro, DJ 02.06.2003) e o Supremo Tribunal Federal (HC n. 82.507-9-SE, Primeira Turma, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 19.12.2002), os atos praticados por Subprocurador-Geral da República, em casos como o presente, decorrem de delegação, constituindo ato do próprio Procurador-Geral. É absolutamente impertinente, portanto, a alegada violação ao princípio do promotor natural' (fl. 2.614)" (Corte Especial, DJ 1ª.12.2003).

Passo agora a demonstrar a ausência de fato típico, não estando descritos na inicial acusatória os crimes de peculato, na forma tentada e de abuso de autoridade.

O art. 312, **caput**, do Código Penal descreve o crime de peculato assim:

“Art. 312. Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio.”

O art. 327, **caput**, do Código Penal, por sua vez, dispõe que “considera-se funcionário público, para efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública”.

Como já decidiu o Supremo Tribunal Federal, os agentes políticos equiparam-se aos funcionários públicos para os efeitos penais, como assentado nos precedentes que se seguem:

“**Habeas corpus**. Calúnia contra funcionário público. Ação penal. Rito. Reconciliação. Agente político.

I - Não tem pertinência o rito estabelecido no estatuto adjetivo para a ação penal por crime de responsabilidade de funcionário público, se o delito a ele imputado não se inscreve no rol dos crimes funcionais.

II - Agente político, como o prefeito municipal, é funcionário público para efeitos penais.

III - Não cabe a reconciliação do art. 520 do CPP em crime de ação pública. Recurso em **habeas corpus** desprovido” (RHC n. 62.496-AM, Segunda Turma, Relator o Ministro Francisco Rezek, DJ 12.04.1985).

“Prefeito municipal. Subsunção ao conceito penal de funcionário público. Reconhecimento da prática do crime de peculato. Extensão desse conceito ao exercente de cargo em comissão.

A noção conceitual de funcionário público, para efeitos jurídico-penais, reveste-se, em nosso sistema normativo, de conteúdo abrangente (CP, art. 327), estendendo-se, inclusive, aos comportamentos definidos em legislação penal extravagante.

O prefeito municipal, que se qualifica como agente político, é considerado funcionário público para efeitos penais. *Precedente: RTJ 113/560(...)*” (HC n. 72.465-5-SP, Primeira Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ 24.11.1995).

Ocorre, porém, que os denunciados, juntamente com o Governador de Estado, não se apropriaram de valor de que tinham posse ou o desviaram em proveito próprio ou alheio. Primeiramente, o dinheiro, segundo o próprio Ministério Público Federal, estava depositado no Banco de Desenvolvimento do Espírito Santo S/A — Bades (cf. fl. 704) e somente após a edição da Lei n. 7.306/2002 é que foi determinada ao referido banco “a transferência dos recursos financeiros pertencentes ao Funres – Fundo Fiscal de Investimento Federal para o Tesouro do Estado do Espírito Santo” (fl. 708). O fato de a instituição financeira ser estadual, por sua vez, não significa que já estivesse o dinheiro à disposição e na posse, mesmo indireta ou juridicamente, do Governador de Estado ou dos deputados estaduais. Por outro lado, a aprovação da Lei n. 7.306/2002 tinha como objetivo, exatamente, transferir a posse do dinheiro ao Tesouro estadual, mediante processo legislativo. Somente com a lei nova é que o governador poderia ter, juridicamente, a posse e utilizar o valor relativo ao Funres, atendendo à diretriz do novo diploma.

Quanto ao tipo objetivo, a norma do art. 312, **caput**, do Código Penal se refere ao verbo “apropriar”, o que não é afirmado na peça acusatória, e ao verbo “desviar”, o que é apontado na denúncia. Ocorre que, segundo **Celso Delmanto**, “na modalidade de peculato-desvio (2ª parte do **caput**), o núcleo é desviar. Pune-se o funcionário que dá ao objeto material destinação diferente daquela para a qual o objeto lhe fora confiado. O desvio deve ser, porém, em proveito (patrimonial ou moral) próprio ou alheio. Se o desvio for praticado em benefício da própria Administração, poderá ocorrer outro delito (CP, art. 315), mas não o peculato” (“Código Penal Comentado”, Renovar, 6ª ed., 2002, p. 618).

Ainda no sentido de que se o desvio for em proveito da própria Administração não haverá crime de peculato: “Direito Penal”, **Magalhães Noronha**, Editora Saraiva, 15ª ed., 1983, vol. 4, p. 224; “Manual de Direito Penal”, **Julio Fabbrini Mirabete**, Editora Atlas S/A, 15ª ed., 2001, Parte Especial, vol. 3, p. 303; “Curso

de Direito Penal”, **Fernando Capez**, Editora Saraiva, 2004, vol. 3, p. 390; “Lições de Direito Penal”, **Helene Cláudio Fragoso**, Editora Forense, 4ª ed., 1984, Parte Especial, vol. II, p. 395.

Na hipótese presente, a denúncia afirma, apenas, que o desvio será “em proveito do Estado do Espírito Santo” (fl. 706), que também é um dos beneficiários dos recursos do Funres, segundo alega o próprio Ministério Público Federal, por força da Lei n. 9.690/1998 (cf. fl. 706). Sendo o alegado desvio em proveito da própria Administração, não há falar em crime de peculato-desvio.

Se tanto não bastasse, a imputação feita pelo Ministério Público Federal encontra óbice na garantia constitucional da independência do Poder Legislativo em relação aos Poderes Executivo e Judiciário, previsto no art. 2º da Constituição da República, competente para aprovar leis segundo a vontade dos agentes políticos eleitos pelos cidadãos e dos interesses da Administração Pública. Sabido, ademais, que no sistema constitucional brasileiro as leis estão submetidas, mediante o devido processo legal, ao crivo do Poder Judiciário, competente para interpretá-las e apreciar a respectiva constitucionalidade.

Demais disso, na minha compreensão, não é possível aceitar, fora do devido processo legal, assim como regulado na Constituição Federal e nas Constituições estaduais, um controle de constitucionalidade prévio, com caráter de interferência no processo de formação das leis, por meio da atuação do Ministério Público junto à Assembléia Legislativa do Estado do Espírito Santo para impedir a aprovação da lei sob pena de responsabilização criminal. Isso, a meu sentir, é demais que violenta o sistema jurídico, fere a independência do Poder Legislativo e atravanca o controle jurisdicional da constitucionalidade das leis. É preciso considerar também que a discussão preliminar a respeito dos projetos de lei, com veiculação pela imprensa, é salutar e faz parte das sociedades livres, não submetidas a regime autoritário de concentração de poder. Mas essa característica das sociedades democráticas não pode ser capaz de inibir a independência dos parlamentares, eleitos pela vontade popular, com ameaça de processo criminal, quando proferir o seu voto. Este é o sentido e o alcance do art. 53, **caput**, da Constituição Federal, segundo o qual “os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos”, aplicado aos deputados estaduais por força do art. 27, § 1º, também da Constituição Federal.

Entendimento em sentido contrário ao ora adotado, pelo menos na minha compreensão, sem dúvida alguma, significa coação inaceitável ao exercício do mandato legislativo. Os temas controvertidos que são objeto de apreciação pelo Poder Legislativo, e que podem ensejar interpretações variadas e provocar acesos

debates, não podem ser inibidos pela intervenção com caráter de intimidação do Ministério Público, não fosse pela natureza do processo legislativo, com liberdade dos parlamentares assegurada na Constituição Federal, pela simples razão de que caberá ao Poder Judiciário, por meio judicial adequado, fazer o controle jurisdicional da constitucionalidade, nas suas diversas e hoje amplas modalidades.

Anote-se que a legitimidade conferida pela Constituição Federal ao processo legislativo envolvendo a edição da Lei Estadual n. 7.306, de 17.09.2002, por si só, afasta a tipicidade do crime de abuso de autoridade apontado na denúncia com base no art. 4º, alínea **h**, da Lei n. 4.898, de 09.12.1965, que dispõe:

“Art. 4º. Constitui também abuso de autoridade:

(...)

h) o ato lesivo da honra ou do patrimônio de pessoa natural ou jurídica, quando praticado com abuso ou desvio de poder ou sem competência.”

Evidentemente, não se pode falar em abuso, desvio de poder ou ausência de competência se o processo legislativo é assegurado por normas e princípios constitucionais próprios do estado de direito, constitucional e democrático. Por outro lado, em nenhum momento, aponta a denúncia circunstância que tenha contaminado o processo legislativo, assim, por exemplo, a prática de atos de corrupção no exercício do direito de voto. A eventual divergência entre os interesses do Estado-Membro e da União Federal ou incompatibilidade entre leis federais, estaduais e municipais não podem, só por isso, acarretar processos criminais contra os agentes políticos, muito menos com fundamento em abuso de autoridade.

O tipo penal relativo ao crime de abuso de autoridade apontado na denúncia exige, ainda, “ato lesivo da honra ou do patrimônio de pessoa natural ou jurídica”. Ocorre que a denúncia não demonstra ou afirma que tenha, efetivamente, ocorrido lesão ao patrimônio de qualquer entidade de direito público ou privado, não havendo tipificação do crime, igualmente, por esta razão.

Não bastassem as razões antes deduzidas, o crime de abuso de autoridade, previsto no art. 4º, alínea **h**, da Lei n. 4.898, de 09.12.1965, está prescrito.

O § 3º do art. 6º da Lei n. 4.898, de 09.12.1965, estabelece que:

“Art. 6º (...)

(...)

§ 3º A sanção penal será aplicada de acordo com as regras dos arts. 42 a 56 do Código Penal e consistirá em:



- a) multa de cem cruzeiros a cinco mil cruzeiros;
- b) detenção por 10 (dez) dias a 6 (seis) meses;
- c) perda do cargo e a inabilitação para o exercício de qualquer outra função pública por prazo até 3 (três) anos.”

Temos, então, para o crime de abuso de autoridade, penas de multa, de detenção de até seis meses e a perda de cargo e a inabilitação para o exercício de outra função pública.

A lei especial, entretanto, não cuida dos prazos prescricionais, devendo incidir as regras do Código Penal por não se admitir a imprescritibilidade penal e por incidência do art. 12 do mesmo diploma, que estabelece:

“Art. 12. As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso.”

Na hipótese presente, então, o prazo prescricional é de dois anos, nos termos dos arts. 109, VI e parágrafo único, e 114, incisos I e II, do Código Penal, que assim dispõem:

“Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto nos §§ 1^a e 2^a do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

(...)

VI - em 2 (dois) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano.

Parágrafo único. Aplicam-se às penas restritivas de direito os mesmos prazos previstos para as privativas de liberdade.”

“Art. 114. A prescrição da pena de multa ocorrerá:

I - em dois anos, quando a multa for a única cominada ou aplicada;

II - no mesmo prazo estabelecido para prescrição da pena privativa de liberdade, quando a multa for alternativa ou cumulativamente cominada ou cumulativamente aplicada.”

A jurisprudência firme das Quinta e Sexta Turmas desta Corte, competentes para a matéria penal, adota a orientação acima, acolhendo o prazo prescricional de dois anos. Anote-se:

“Penal. Recurso especial. Abuso de autoridade. (Lei n. 4.898/1965). Prescrição.

I - As regras gerais acerca da prescrição se aplicam aos delitos previstos na Lei n. 4.898/1965.

II - A prescrição da pretensão punitiva se regula, aí, pela pena privativa de liberdade, ocorrendo em dois anos **ex vi** art. 109, inciso VI, do CP

Recurso não conhecido” (REsp n. 153.820-MG, Quinta Turma, Relator o Ministro Felix Fischer, DJ 11.05.1998).

“Penal. **Habeas corpus**. Prescrição da pretensão punitiva. Trancamento da ação penal.

Crime de abuso de autoridade, com pena máxima prevista em seis meses de detenção. Denúncia recebida mais de dois anos após o cometimento do fato. Extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva.

Ordem concedida” (HC n. 11.598-SE, Quinta Turma, Relator o Ministro Felix Fischer, DJ 22.05.2000).

“Penal. Recurso especial. Abuso de autoridade. (Lei n. 4.898/1965). Condenação. Multa. Prescrição. REsp intempestivo. HC de ofício.

I - Se os embargos de declaração não foram conhecidos eles não interrompem o prazo do recurso especial. Só a interposição de embargos conhecidos, ainda que rejeitados, é que ensejam a nova contagem de prazo (precedente).

II - As regras gerais acerca da prescrição se aplicam aos delitos previstos na Lei n. 4.898/1965.

III - A pena de multa atinente ao delito em questão prescreve, também, em dois anos **ex vi** art. 114, inciso I, do CP

Recurso prejudicado, declarando-se, de ofício, extinta a punibilidade” (REsp n. 124.151-SP, Quinta Turma, Relator o Ministro Felix Fischer, DJ 16.11.1999).

“Recurso especial. Lei n. 4.898/1965. Abuso de autoridade. Prescrição.

1. Realizado o tempo da prescrição da pretensão punitiva, declara-se extinta a punibilidade do delito.

2. Sendo certo que a prescrição da pena de multa ocorre no mesmo prazo estabelecido para a prescrição da pena privativa de liberdade, quando cumulativamente cominadas (art. 114, inciso II, do Código Penal), e, ainda, que as penas mais leves prescrevem com as mais graves (art. 118 do Código Penal), tem-se que a prescrição da pretensão punitiva, para os crimes previstos na Lei n. 4.898/1965, ocorre, **in abstracto**, em 2 anos, à luz do que determina o art. 109, inciso VI, da lei material penal.

3. No caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incide sobre a pena de cada um isoladamente (art. 119 do Código Penal).

4. Recurso julgado prejudicado em face da declaração da extinção da punibilidade dos crimes” (REsp n. 176.647-DF, Sexta Turma, Relator o Ministro Hamilton Carvalhido, DJ 27.08.2001).

“Embargos de declaração no recurso especial. Arguição inovadora de prescrição. Questão não apreciada no julgamento do recurso especial. Art. 61, CPP. Abuso de autoridade. Lei n. 4.898/1965. Prescrição em 02 (dois) anos.

Nos termos do art. 61 do Código de Processo Penal, ‘em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-lo de ofício’.

Os crimes previstos na Lei n. 4.898/1965 possuem a prescrição regulada pelo Código Penal (art. 12), ocorrendo em dois anos **ex vi** do art. 109, VI, CP, em razão da pena mais grave, a saber, privativa de liberdade.

Embargos de declaração acolhidos, para se extinguir a punibilidade, pela superveniência da prescrição da pretensão punitiva” (EDcl no REsp n. 226.308-SP, Sexta Turma, Relator o Ministro Paulo Medina, DJ 03.06.2003).

“Recurso especial. Penal. Sentença condenatória. **Sursis**. Audiência admonitória. Não-ocorrência. Trânsito em julgado para a acusação. Apelação da defesa. Acórdão que absolveu o réu. Lapso temporal. Ocorrência da prescrição superveniente. Art. 6º, § 5º, da Lei n. 4.898/1965 (Lei de Abuso de Autoridade). Pena acessória. Pena de multa. Art. 118 do CP. Extinção da punibilidade decretada de ofício.

1. Não se verifica, **in casu**, a causa interruptiva da prescrição prevista no art. 117, V, do Código Penal, uma vez que não foi realizada a audiência admonitória para ciência pelo Réu das condições do **sursis**, de forma que não se iniciou o cumprimento da pena.

2. Da publicação da sentença condenatória, transitada em julgado para a acusação, até o julgamento do presente recurso especial transcorreu período de tempo suficiente à configuração da prescrição superveniente, já que ausente qualquer marco interruptivo (art. 117, CP).

3. A Lei n. 7.209/1984 aboliu as penas acessórias no Código Penal, convertendo as penas de inabilitação para o exercício de função pública e de perda de cargo público, respectivamente, em pena restritiva de direitos (art. 47, I, do CP) e efeito da condenação (art. 92, I, do CP). A Reforma de 1984, no entanto, não atingiu o § 5º do art. 6º da Lei n. 4.898/1965 (Lei de Abuso de Autoridade), permanecendo como pena acessória o afastamento das funções de natureza policial ou militar, no Município da culpa.

4. Na prescrição, a pena acessória, assim como a pena de multa (art. 118 do CP), acompanham a pena privativa de liberdade.

5. Declaração, de ofício, da extinção da punibilidade estatal pela prescrição da pretensão punitiva superveniente, nos termos do art. 107, inciso IV, c.c. os arts. 109, inciso VI; 110, § 1º, e 118 do Código Penal.

6. Recurso especial prejudicado” (REsp n. 255.646-MG, Quinta Turma, Relatora a Ministra Laurita Vaz, DJ 15.09.2003).

“Recurso especial. Lei n. 4.898/1965. Abuso de autoridade. Prescrição.

1. A pena de detenção, porque privativa de liberdade, é a sanção de natureza penal mais grave cominada aos crimes de abuso de autoridade.

2. A prescrição da pretensão punitiva, para os crimes previstos na Lei n. 4.898/1965, ocorre, **in abstracto**, em 2 anos, à luz do que determina o art. 109, inciso VI, da lei material penal.

3. A pena de perda do cargo e inabilitação para o exercício de função pública, prevista no art. 6º, § 3º, alínea **c**, da Lei n. 4.898/1965, é de natureza principal, assim como as penas de multa e detenção, previstas, respectivamente, nas alíneas **a** e **b** do mesmo dispositivo, em nada se confundindo com a perda do cargo ou função pública, prevista no art. 92, inciso I, do Código Penal, como efeito da condenação.

4. Recursos especiais prejudicados, em face da declaração da extinção da punibilidade do crime” (REsp n. 279.429-SP, Sexta Turma, Relator o Ministro Hamilton Carvalhido, DJ 15.12.2003).

No caso concreto, antes de demonstrar a prescrição, devo tecer alguns esclarecimentos sobre o andamento destes autos, comprovando a regularidade processual nesta Corte, sobretudo a partir do momento em que o presente feito, quando inquirido, restou atribuído à minha relatoria.

O presente feito foi autuado, inicialmente, como Inquirido n. 363-ES e distribuído ao Sr. Ministro Vicente Leal em 15.01.2003, tendo sido encaminhado ao Gabinete do Relator em 16.01.2003 (fl. 636).

Foram os autos requisitados do gabinete em 03.02.2003 (fl. 636) e restituídos no dia seguinte (fl. 699).

Em 07.02.2003, determinou o Relator vista ao Ministério Público Federal (fl. 699), retornando os autos do *Parquet* mais de um ano depois, em 20.04.2004 (fl. 702), protocolada a denúncia em 19.04.2004 (fl. 703).

O presente feito foi atribuído à minha relatoria em 23.04.2004, vindo à conclusão em 27.04.2004 (fl. 715).

Em decisão de 29.04.2004, repeli a inconstitucionalidade da Lei n. 10.628/2002, argüida pelo Ministério Público Federal, e determinei, diante do grande número de acusados (vinte e um), para agilizar o andamento do feito, que o processo fosse desmembrado em cinco (fls. 716 a 719).

Os presentes autos foram, então, autuados em 17.05.2004 e distribuídos à minha relatoria em 18.05.2004 (fls. 723 a 726).

Foi encaminhada a carta de ordem notificatória para os acusados responderem à denúncia mediante ofício de 20.05.2004 (fls. 727/728).

Em 17.08.2004, conclusos os autos, solicitei informações relativas ao cumprimento da carta de ordem (fls. 730 e 732).

A carta de ordem, devidamente cumprida, foi juntada em 1º.09.2004 (fl. 735), verificando-se que as respostas dos acusados foram apresentadas em 28.06.2004 (fl. 753), 26.07.2004 (fl. 802), 06.08.2004 (fl. 832), em 10.08.2004 (fl. 853) e em 23.08.2004 (fl. 887).

Conclusos os autos em 09.09.2004, abri vista ao Ministério Público Federal (fl. 909), recebidos os autos na Procuradoria Geral da República em 16.09.2004 (fl. 910v).

Em 21.09.2004, o Ministério Público Federal manifestou-se favoravelmente ao recebimento da denúncia (fls. 916 a 920), vindo os autos conclusos em 29.09.2004 (fl. 921).

Encerrado o relato processual acima, observo que o Governador do Estado do Espírito Santo enviou à Assembléia Legislativa a Mensagem n. 294, encaminhando o Projeto de Lei n. 398/2002, em 03.09.2002 (fls. 261 a 264). Em 11.09.2002, foi remetida ao Poder Legislativo estadual a Mensagem n. 297, encaminhando emenda ao Projeto de Lei n. 398/2002 (fls. 265/266). O referido projeto foi aprovado com votos favoráveis, também, dos denunciados (fl. 315), originando a Lei n. 7.306, em 27.09.2002, publicada no *Diário Oficial* do Estado do Espírito Santo de 18.09.2002 (fls. 273/274).

Assim, considerando a última data, em que publicada a lei, em 18.09.2002, o prazo prescricional de dois anos encerrou em 18.09.2004.

Por todo o exposto, rejeito a denúncia.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Sr. Presidente, também acompanho o voto do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, porque, a rigor, como bem disse S. Ex^a.

deveríamos estar apreciando, em um só momento, a denúncia como um todo em relação a todos os acusados. Para facilitar o trabalho dos que vão atuar no feito, houve o desmembramento.

Rejeito a preliminar suscitada.

VOTO-PRELIMINAR

O Sr. Ministro Luiz Fux: Sr. Presidente, a orientação do Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito está consoante a Súmula n. 122 do nosso Tribunal, que retrata a questão da **perpetuatio jurisdictionis**; e há aqui um precedente do Sr. Ministro Felix Fischer, que cuida de matéria em que houve uma desclassificação e manteve-se a competência em homenagem ao art. 81 do Código de Processo Penal e à Súmula n. 122.

Acompanho o voto do eminente Ministro-Relator, rejeitando a preliminar suscitada.

VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves: Há um ponto preocupante. Aqui, talvez não. Mas há o risco do precedente. Quando o Tribunal rejeita a denúncia relativamente à pessoa com foro especial, o Tribunal perde a competência relativamente às pessoas sem foro especial. É desse caso que estamos cuidando. Já rejeitamos a denúncia apresentada contra o ex-governador. Quanto aos demais réus, cujo foro não é o Superior Tribunal, os autos hão de ser enviados à origem. Entre nós, há precedente no caso Quércia, dos anos noventa. Por isso, voto no sentido de determinar a baixa dos autos.

PRELIMINAR SUSCITADA

Voto Vencido

O Sr. Ministro Barros Monteiro: Sr. Presidente, peço vênica para acolher a preliminar, acompanhando o voto do Sr. Ministro Nilson Naves.

PRELIMINAR SUSCITADA

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: Sr. Presidente, eu veria no afastamento da tese sustentada pelo Sr. Ministro-Relator a possibilidade de uma contradi-

ção. Afirmamos que essa denúncia não traduz fato típico e que houve prescrição. Se, no chamado juízo natural, afirmar-se o contrário, haveria uma contradição em desacato até à autoridade deste Tribunal.

Por isso, peço vênua para acompanhar o voto do eminente Ministro-Relator, rejeitando a preliminar suscitada.

**AGRAVO REGIMENTAL NA EXCEÇÃO DE
SUSPEIÇÃO N. 24-MG (2005/0034943-1)**

Relator: Ministro Edson Vidigal

Agravante: Bruno Diniz Antonini

Excepto: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro

EMENTA

Exceção de suspeição. Rejeição. Agravo regimental. Ausência de capacidade postulatória do excipiente para recorrer.

1. O excipiente, que não é advogado, embora possa argüir a suspeição (RISTJ 275), não tem capacidade postulatória para recorrer de decisão que lhe for desfavorável, porque a permissão regimental se limita, tão-somente, a possibilitar que a própria parte deduza a suspeição, não lhe dando a faculdade de interpor recurso em face do indeferimento do respectivo pedido.

2. A interposição de recurso, por sua complexidade, exige específicos conhecimentos técnico-jurídicos, que o excipiente leigo não tem, pelo que se torna imprescindível a presença de advogado para arrazoar agravo regimental que pretenda interpor.

3. Agravo regimental não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins, Cesar Asfor Rocha, Ari Pargendler, José Delgado, José Arnaldo da Fonseca,

Fernando Gonçalves, Carlos Alberto Menezes Direito, Felix Fischer, Gilson Dipp, Paulo Gallotti, Franciulli Netto e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro-Relator. Impedido o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro, Sálvio de Figueiredo Teixeira, Humberto Gomes de Barros, Hamilton Carvalhido e Francisco Falcão e, ocasionalmente, o Sr. Ministro Nilson Naves e a Sr^a. Ministra Eliana Calmon.

Brasília (DF), 29 de junho de 2005 (data do julgamento).

Ministro Barros Monteiro, Presidente

Ministro Edson Vidigal, Relator

DJ 19.09.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Edson Vidigal: Bruno Diniz Antonini apresentou exceção de suspeição contra o Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, desse Superior Tribunal de Justiça e a Subprocuradora-Geral da República Julieta E. Fajardo Cavalcanti de Albuquerque, por terem ambos se manifestado pelo arquivamento da Representação n. 288-MG, subscrita contra membros do Poder Judiciário local, funcionários públicos e policiais civis do Estado de Minas Gerais, imputando-lhes a prática de crimes de formação de quadrilha, seqüestro, invasão de domicílio, tentativa de homicídio, denúncia caluniosa e falsidade ideológica.

Rejeitada a exceção porque os argumentos do excipiente não se enquadravam em qualquer das hipóteses expressamente arroladas no Código de Processo Penal, art. 254, sobreveio agravo regimental no qual Bruno Antonini requer seja decretada de ofício a nulidade do despacho que determinou o arquivamento da representação em comento.

Sustenta que por ser a exceção medida incidental que suspende o curso do processo principal, deveria ter sido sustado o curso da Rp n. 288, na qual, afirma, está pendente de julgamento agravo regimental interposto contra a decisão que determinou seu arquivamento.

Garante presentes as condições estabelecidas no Código de Processo Penal, arts. 252 e 254.

Diz que não foi feita a comunicação dos crimes hediondos ao Procurador-Geral da República e que todos os delitos objeto da Rp n. 288-STJ são de ação pública, não estando extinta a punibilidade, o que, afirma, impede o arquivamento.

Em nova petição (n. 40.479), torna o agravante, para requerer seja decretada a nulidade do parecer emitido pelo Subprocurador-Geral da República Dr. Moacir

Mendes de Souza, por violação à Lei Orgânica do Ministério Público, ante a inexistência de autorização do Procurador-Geral da República para atuar nestes autos, e, após, sejam os autos encaminhados ao Procurador-Geral para emissão de parecer.

Ouvido, o Ministério Público Federal opinou pelo conhecimento e não-provimento do agravo, destacando a circunstância de o agravante não estar representado por advogado, bem como a legitimidade do parecer emitido pelo Subprocurador-Geral por delegação do Procurador-Geral, manifestada através da Portaria PGR n. 61, publicada no DO de 27.02.2004, p. 45.

Relatei.

VOTO

O Sr. Ministro Edson Vidigal (Relator): Srs. Ministros, este agravo sequer merece ser conhecido.

O Regimento Interno deste Superior Tribunal, em seu art. 275, prevê a possibilidade de a suspeição ser deduzida em petição assinada pela própria parte nos casos previstos em lei, e, no art. 258, prevê o cabimento de agravo a ser interposto pela parte que se considerar agravada por decisão desta Presidência.

No caso concreto, a parte argüiu a suspeição do Ministro Antônio de Pádua Ribeiro e da Subprocuradora-Geral Julieta E. Fajardo Cavalcanti de Albuquerque assinando, de próprio punho, a petição inicial, sem que estivesse representada por advogado legalmente constituído.

Entendo que o excipiente, que não é advogado, embora possa argüir a suspeição, não tem capacidade postulatória para recorrer, porque a permissão regimental se limita, tão-somente, a possibilitar que a própria parte deduza a suspeição, não lhe dando a faculdade de interpor recurso em face do indeferimento do respectivo pedido, a não ser se representado por advogado, legalmente constituído.

Situação semelhante se apresenta na Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei n. 9.099/1995), onde à parte é dada a faculdade de postular em juízo sem a presença de advogado, mas, se desejar recorrer de decisão a si desfavorável, não poderá fazê-lo diretamente (art. 41, § 2^a). Destaco, também, o fato de que embora os recursos em matéria criminal possam ser interpostos diretamente pelo réu independentemente da intervenção de advogado (CPP, art. 577), não possui o mesmo capacidade postulatória para arrazoar a petição do recurso, que somente é conferida a advogado legalmente habilitado perante a Ordem dos Advogados do Brasil.

Isto porque, a interposição de recurso, por sua complexidade, exige específicos conhecimentos técnico-jurídicos, que o excipiente leigo não tem, pelo que se

torna imprescindível a presença de profissional habilitado para arrazoar o agravo regimental que pretenda interpor (precedentes HC n. 26.051-PR, Relator Ministro Felix Fischer; HC n. 7.795-SP, Relator Ministro Fernando Gonçalves).

Com esses argumentos, não conheço do agravo.

É o voto.

**AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR
E DE SENTENÇA N. 64-MT (2004/0177898-6)**

Relator: Ministro Edson Vidigal

Agravante: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária — Incra

Procuradores: Antenor Procópio e outros

Agravados: Benjamim Rampelotto e Gerci Lopes Rampelotto

Advogado: Duilio Piato Junior

Requerido: Tribunal Regional Federal da 1ª Região

EMENTA

Processual Civil. Suspensão de liminar e de sentença. Desapropriação. Fazenda improdutiva. Invasão. Matéria meritória. Lei n. 8.437/1992, art. 4º. Ausência de pressupostos.

1. Para o deferimento do pedido de suspensão é imprescindível a demonstração inequívoca de grave potencial lesivo a um dos bens públicos tutelados pela norma de regência, sendo insuficiente para tanto a simples alegação.

2. Não se pode utilizar a via suspensiva como sucedâneo recursal.

3. Agravo a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins, Cesar Asfor Rocha, Ari Pargendler, José Delgado, José Arnaldo da Fonseca,

Fernando Gonçalves, Carlos Alberto Menezes Direito, Felix Fischer, Gilson Dipp, Paulo Gallotti, Franciulli Netto e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro, Sálvio de Figueiredo Teixeira, Humberto Gomes de Barros, Hamilton Carvalhido e Francisco Falcão e, ocasionalmente, o Sr. Ministro Nilson Naves e a Sr^a. Ministra Eliana Calmon.

Brasília (DF), 29 de junho de 2005 (data do julgamento).

Ministro Barros Monteiro, Presidente

Ministro Edson Vidigal, Relator

DJ 29.08.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Edson Vidigal: Após a instauração de procedimento administrativo de desapropriação para fins de reforma agrária, os proprietários da “Fazenda Boa Esperança”, situada no Município de Campo Verde - MT, ajuizaram ação cautelar em face do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária — Incra alegando que a Lei n. 8.629/1993, com a redação dada pela MP n. 2.183/2001, inviabiliza a desapropriação nos dois anos seguintes à invasão motivada por conflito agrário.

Indeferido o pedido liminar pelo Juízo de 1^a grau, foi interposto agravo de instrumento para o Tribunal Regional Federal da 1^a Região.

Considerando o fato de a fazenda ter sido efetivamente invadida por integrantes do Movimento dos Trabalhadores Sem Terra — MST, o Juiz-Relator Olindo Menezes concedeu efeito suspensivo ao recurso.

Confirmando a decisão monocrática, a Terceira Turma da Corte Regional deu provimento ao agravo de instrumento, determinando a suspensão do procedimento desapropriatório até o julgamento da ação cautelar.

Daí o ajuizamento do pedido de suspensão de liminar nesta Corte, no qual o Incra, destacando a possibilidade da utilização desse instituto “em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade”, nos termos da Lei n. 8.437/1992, art. 4^o, sustentou que o Tribunal Regional Federal da 1^a Região não tinha competência para suspender a execução do Decreto Presidencial de 13 de fevereiro de 2003, que declarou a “Fazenda Boa Esperança” de interesse social para fins de reforma agrária.

Destacou, também, que o Supremo Tribunal Federal, analisando mandado de segurança impetrado pelos proprietários da fazenda, já havia confirmado a validade do apontado decreto.

Enfatizou, por fim, a urgência do pedido eis que a ação de desapropriação deve ser proposta dentro do prazo de dois anos após a edição do decreto.

Indeferido o pedido liminar às fls. 89/91, seguiu-se este agravo regimental, no qual sustenta o Incra a relevância da análise da questão de ordem jurídica argüida. Reitera o argumento de que tendo o ato declaratório da desapropriação base constitucional, a competência para discutir sua validade é do Supremo Tribunal Federal. Acresce, ainda, “a ilegitimidade da concessão da liminar, que além de confrontar o comando constitucional contido no art. 184, § 2º, da CF, ignora e confere provimento em confronto com decisão do STF prolatada em MS” — fl. 97.

Quanto à invasão da “Fazenda Boa Esperança”, alega que teria “ocorrido após todos os atos do Incra que classificaram o imóvel como improdutivo e após a edição do Ato declaratório” — fl. 97, por isso não poderia o TRF-1ª Região aplicar o disposto na Lei n. 8.629/1993, com a redação dada pela MP n. 2.183/2001.

Ao final, sustenta que a decisão proferida pelo TRF-1ª Região “traz conseqüências desastrosas à ordem jurídica. Quanto ao interesse público, causará graves danos ao programa de reforma e desperdícios dos recursos já gastos, violando os interesses superiores da coletividade para favorecer interesses individuais sem qualquer sustentação jurídica” — fl. 100.

Relatei.

VOTO

O Sr. Ministro Edson Vidigal (Relator): Srs. Ministros, não vejo como prosperar o recurso. Não apresentou o agravante motivos suficientes a ensejar a reforma da decisão impugnada; ao invés, limitou-se a discorrer sobre a questão meritória tratada nos autos originais, sem demonstrar real e grave lesão a um dos bens tutelados pela excepcional medida.

Afirma, a princípio, que o Tribunal Regional Federal da 1ª Região teria proferido decisão ilegítima, na medida em que teria suspenso a execução de ato presidencial cuja competência seria do colendo STF.

Todavia, consoante assentado na decisão liminar às fls. 89/91, “o apontado Decreto Presidencial de 13 de fevereiro de 2003 declara vários imóveis de interesse social para fins de reforma agrária, inclusive a ‘Fazenda Boa Esperança’, e autoriza o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária — Incra a promover as desapropriações, de acordo com a forma prevista nas leis de regência.

A decisão reclamada, verificando a efetiva ocupação irregular por militantes do MST, apenas determinou a suspensão do procedimento desapropriatório instau-

rado pela autarquia federal no tocante à ‘Fazenda Boa Esperança’, uma vez que a Lei n. 8.629/1993, art. 2º, § 6º, impede que um imóvel seja desapropriado para fins de reforma agrária, por dois anos, se tiver sido objeto de invasão motivada por conflito agrário.

Como se vê, a decisão reclamada não sustou os efeitos do ato presidencial, que apenas autorizou o Incra a proceder às desapropriações consoante as normas pertinentes, mas tão-somente suspendeu o procedimento de desapropriação específico quanto ao imóvel rural enfocado, em face de suposto impedimento previsto em Lei Federal.

Logo, não há falar-se em flagrante ilegitimidade”.

Ademais, o acerto ou não da decisão do TRF-1ª Região ao aplicar a na Lei n. 8.629/1993, com a redação dada pela MP n. 2.183/2001, quando, segundo alega o agravante, a invasão da “Fazenda Boa Esperança” teria ocorrido após todos os atos que classificaram o imóvel como improdutivo, não cabe a esta Corte apreciar na drástica via da suspensão, eis que esta não se presta ao exame de suposta lesão à ordem jurídica, não havendo espaço para a análise de eventuais **error in procedendo** e **error in iudicando**, resguardada tão-somente às vias ordinárias.

É entendimento já pacificado nesta Corte Especial que, por mais ampliado que possa ser o conceito de ordem pública, não significa estarem configurados os pressupostos autorizadores da medida, que deve sempre atender ao requisito elementar “gravidade” disposto na Lei n. 8.437/1992, art. 4º: “(...) para evitar grave lesão à ordem, etc.” (Grifo nosso).

Nesse sentido não logrou o Incra demonstrar dados concretos que pudessem indicar perigo de lesão grave e iminente a qualquer dos bens públicos tutelados pela norma de regência, restringindo-se a mencionar a possibilidade da criação de uma situação de conflito social, com conseqüências imprevisíveis — fl. 6, e agora, neste regimental, violação ao interesse público, na medida em que a decisão do TRF-1ª Região poderá causar “graves danos ao programa de reforma e desperdícios dos recursos já gastos” — fl. 100.

Assim, não apontada a real potencialidade lesiva da decisão a justificar o deferimento da medida, tampouco a possibilidade de grave lesão a qualquer dos bens tutelados pela Lei n. 8.437/1992, nego provimento ao recurso.

É o voto.

**AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR
E DE SENTENÇA N. 79-SP (2005/0010544-9)**

Relator: Ministro Edson Vidigal

Agravante: Município de Barueri

Procuradores: Leandro Sarai e outros

Agravada: BB Transporte e Turismo Ltda

Advogados: Antônio Celso Ponce Pugliese e outro

Requerido: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

EMENTA

Suspensão de liminar e de sentença. Lei Municipal n. 1.240/2001. Instituição de “passe livre” para pessoas carentes. Manutenção do equilíbrio econômico-financeiro. Ofensa à ordem e segurança pública não configurados.

1. Mesmo nos contratos administrativos, ao poder de alteração unilateral do Poder Público contrapõe-se o direito que tem o particular de ver mantido o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, considerando-se o encargo assumido e a contraprestação pecuniária garantida pela Administração.

2. No pedido de suspensão não se analisa o mérito da controvérsia, cuja apreciação deve se dar nas vias recursais ordinárias.

3. Sem a demonstração do risco de dano alegado, impõe-se o indeferimento do pedido de suspensão proposto como sucedâneo recursal. Precedentes.

4. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins, Cesar Asfor Rocha, Ari Pargendler, José Delgado, José Arnaldo da Fonseca, Fernando Gonçalves, Carlos Alberto Menezes Direito, Felix Fischer, Gilson Dipp, Paulo Gallotti, Franciulli Netto e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro, Sálvio de

Figueiredo Teixeira, Humberto Gomes de Barros, Hamilton Carvalhido e Francisco Falcão e, ocasionalmente, o Sr. Ministro Nilson Naves e a Sr^a. Ministra Eliana Calmon.

Brasília (DF), 29 de junho de 2005 (data do julgamento).

Ministro Barros Monteiro, Presidente

Ministro Edson Vidigal, Relator

DJ 29.08.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Edson Vidigal: Alegando que a Lei Municipal n. 1.240/2001, que instituiu o sistema chamado de “passe livre” para pessoas carentes residentes em Barueri, rompeu o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão e permissão de prestação de serviços de transporte coletivo celebrados com o Município de Barueri, a empresa BB Transporte e Turismo Ltda ingressou com ação ordinária com pedido de tutela antecipada, sem êxito.

Interposto agravo de instrumento da decisão que indeferiu a antecipação dos efeitos da tutela, a Segunda Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo deu provimento em parte ao agravo para suspender os efeitos da Lei n. 1.240/2001 no ponto em que instituiu o “passe livre”.

Em face de tal decisão, o Município apresentou pedido de suspensão aduzindo ofensa à ordem e segurança pública, pois os beneficiários da lei municipal e demais municípios poderiam se revoltar contra a decisão e gerar manifestações, inclusive com “depredações aos prédios públicos e aos ônibus da requerida a partir do momento em que se tornar pública a suspensão do direito de passe livre das pessoas carentes, já consolidado no espírito dos cidadãos pelo tempo de sua existência” — fls. 04/05.

Asseverou também que existiam duas relações jurídicas distintas entre ele, Município, e a empresa de transporte, sendo uma relativa à permissão e outra à concessão. Sobre a permissão registrou se tratar de ato unilateral e precário, e não um contrato, não havendo contraprestações entre as partes e, muito menos, preservação do equilíbrio econômico-financeiro. Em relação às linhas concedidas, afirmou que o contrato foi firmado em maio de 2002, quando já vigente a lei municipal.

Indeferi o pedido por estarem ausentes os requisitos necessários à concessão da medida. Frisei que não é lícito o Estado, em nome de uma obrigação sua, confiscar vagas em ônibus, sem a correspondente fonte de custeio.

Adveio, agora, agravo regimental, em que o Município repete os argumentos já lançados quando do pedido de suspensão, ressaltando que a Lei Municipal n. 1.240/2001 é anterior à celebração do contrato de concessão e, por isso, a concessionária não pode alegar imprevisibilidade.

Relatei.

VOTO

O Sr. Ministro Edson Vidigal (Relator): Srs. Ministros, esta Corte Especial já decidiu caso semelhante quando do julgamento, em 25.10.2004, do Agravo Regimental na Suspensão de Segurança n. 1.404, em que se discutia a obrigatoriedade das empresas permissionárias de serviço de transporte rodoviário interestadual em realizar gratuitamente o transporte de passageiros idosos, conforme estabelecido pelo Estatuto do Idoso, sumariado na seguinte ementa:

“Agravo regimental. Gratuitade de transporte terrestre interestadual ao idoso. Suspensão de segurança. Indeferimento. Manutenção. Equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Lesão à ordem pública não configurada.

1. Não se examina em pedido de suspensão lesão à ordem jurídica, cuja análise fica resguardada às vias recursais ordinárias.

2. Ao estabelecer um serviço de transporte de natureza assistencial em favor dos idosos de baixa renda, o legislador exigiu, como condição de eficácia do dispositivo, a edição de legislação específica para regulamentar sua execução na integralidade. Diante da inexistência de legislação específica, não há que se falar em eficácia do dispositivo legal.

3. *O serviço de transporte coletivo rodoviário se realiza por ações de empresas mediante contratos de concessão, permissão ou autorização firmados com o Poder Público. São, portanto, contratos administrativos nos quais, desde a celebração, deve estar prevista a forma de ressarcimento, pelo Estado, das despesas da empresa na execução do serviço público.*

4. *Mesmo nos contratos administrativos, ao poder de alteração unilateral do Poder Público contrapõe-se o direito que tem o particular de ver mantido o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, considerando-se o encargo assumido e a contraprestação pecuniária garantida pela Administração.*

5. *A Constituição Federal exige que nenhum benefício ou serviço da seguridade social seja criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio.*

6. Por tratar-se a suspensão de contracautela vinculada aos pressupostos de plausibilidade jurídica do pedido e do perigo da demora, não há prejulgamento do mérito da controvérsia quando no pedido de suspensão exerce o Presidente um juízo mínimo de deliberação indispensável à aferição de existência ou não de **fumus boni iuris**.

7. Não havendo lesão a quaisquer dos bens jurídicos tutelados pela norma de regência, é de ser negada a suspensão requerida.

8. Agravo não provido” (DJ 06.12.2004 — grifei).

Tal decisão pode ser perfeitamente aplicada ao caso, uma vez que esta demanda cuida da instituição de obrigação de transporte gratuito de passageiros carentes por empresa permissionária, sem a correspondente contraprestação pecuniária do serviço prestado.

Quanto às alegações do agravante relativas à precariedade e unilateralidade do ato permissivo e inexistência de fato imprevisível na concessão, verifico que dizem com o mérito da controvérsia cuja apreciação não é possível na excepcional via da suspensão.

Evidencia-se, assim, nítida a pretensão do agravante de utilizar a excepcional via como sucedâneo recursal, a fim de modificar decisão que lhe é desfavorável, o que é inadmissível, consoante orientação desta Presidência, anotada nas Suspensões de Segurança n. 605-BA, n. 626-PB, n. 643-AC, n. 773-PB, n. 815-DE, n. 821-RJ, n. 905-RN, n. 909-AM, dentre outras.

Também não procede a afirmação de afronta à segurança pública ao argumento de que a decisão atacada poderá gerar manifestações ocasionando “depredações aos prédios públicos e aos ônibus da requerida”.

Quanto a esse ponto, cumpre observar que para a concessão da contracautela não basta a mera alegação de dano, sendo imprescindível a demonstração cabal e inequívoca de que a decisão hostilizada possa causar grave e iminente lesão a um dos bens privilegiados pela norma.

Assim, como o requerente restringiu-se apenas a mencionar a possibilidade de eventual risco ao interesse público, sem apresentar qualquer dado concreto como fundamento, tal alegação também não pode servir como justificativa para a concessão da medida extrema.

Com essas considerações, nego provimento ao agravo regimental.

É o voto.

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL
N. 491.055-SC (2004/0031905-6)**

Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito

Embargante: Posto Agrolândia Ltda

Advogados: Jaime Luiz Leite e outros

Embargada: Fazenda Nacional

Procuradores: Ricardo Py Gomes da Silveira e outros

EMENTA

Embargos de divergência. Honorários de advogado. Fazenda Pública. Interpretação do § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil.

1. Vencida a Fazenda Pública, aplica-se o § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil, fixando-se os honorários de acordo com o critério de equidade, não sendo obrigatória a observância, seja dos limites máximo e mínimo, seja da imposição sobre o valor da condenação constantes do parágrafo anterior.

2. Embargos de divergência conhecidos e rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer dos embargos de divergência e, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros e Cesar Asfor Rocha, rejeitá-los, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Quanto ao conhecimento, os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp, Hamilton Carvalhido, Eliana Calmon, Paulo Gallotti, Francisco Falcão, Franciulli Netto, Luiz Fux, Nilson Naves, Barros Monteiro, Francisco Peçanha Martins, Humberto Gomes de Barros, Cesar Asfor Rocha, Ari Pargendler, José Delgado, José Arnaldo da Fonseca e Fernando Gonçalves votaram com o Sr. Ministro-Relator. Quanto ao mérito, os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp, Hamilton Carvalhido, Eliana Calmon, Paulo Gallotti, Francisco Falcão, Franciulli Netto, Luiz Fux, Nilson Naves, Barros Monteiro, Francisco Peçanha Martins, Ari Pargendler, José Delgado, José Arnaldo da Fonseca e Fernando Gonçalves votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausentes, justificadamente, o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira e, ocasionalmente, o Sr. Ministro Edson Vidigal.

Brasília (DF), 20 de outubro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Presidente

Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Relator

DJ 06.12.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Embargos de divergência opostos pelo Posto Agrolândia Ltda ao acórdão de fls. 189 a 193, da Primeira Turma, Relator o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 09.12.2003, assim ementado:

“Processual Civil. Honorários advocatícios contra a Fazenda Pública. Art. 20, § 4º, do CPC. Juízo de equidade. Reexame de matéria fática. Súmula n. 7-STJ.

1. Vencida a Fazenda Pública, os honorários podem ser fixados em percentual inferior ao mínimo de 10%, adotando-se como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.

2. A fixação da verba honorária com base no art. 20, § 4º, do CPC obedece às diretrizes fixadas nas alíneas **a**, **b** e **c** do § 3º do mencionado artigo, insusceptível o seu reexame em recurso especial por envolver análise de matéria fático-probatória (Súmula n. 7-STJ).

3. Recurso especial não conhecido” (fl. 193).

Para comprovar a divergência, o embargante traz os seguintes precedentes:

“Processual Civil. Ação de indenização. Procedência. Honorários advocatícios. Base de cálculo. Valor da condenação. Art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil.

Os honorários advocatícios, havendo condenação, incidem sobre o valor dela e não sobre o valor da causa.

Recurso conhecido e provido” (REsp n. 153.355-MG, Quarta Turma, Relator o Ministro Cesar Asfor Rocha, DJ 14.06.1999).

“Recurso especial. Processo Civil. Ação de cobrança. Honorários advocatícios. Art. 20, § 3º, do CPC. Valor fixado sobre a condenação.

1. Os honorários advocatícios, quando há condenação, devem ser fixados sobre o valor da mesma e não sobre o valor da causa. Inteligência do art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil.

2. Precedentes (REsps ns. 153.355-MG e 29.756-RJ).

3. Recurso conhecido e provido, para determinar que o percentual arbitrado a título de honorários advocatícios incida sobre o valor da condenação e não da causa” (REsp n. 171.752-PR, Quinta Turma, Relator o Ministro Jorge Scartezzini, DJ 04.10.1999).

O Sr. Ministro Paulo Gallotti admitiu os presentes embargos de divergência, opostos pelo Posto Agrolândia Ltda, em despacho assim motivado:

“Os presentes embargos, em tese, preenchem os requisitos de admissibilidade, pois o dissenso apresenta-se, à primeira vista, caracterizado, a teor do disposto no § 1º do art. 266 do Regimento Interno desta Corte, razão pela qual os admito.

Vista ao embargado para impugnação (art. 267 do RISTJ).

Publique-se” (fl. 221).

A embargada apresentou impugnação (fls. 224 a 227).

Em 11.05.2004, o presente feito foi atribuído a minha relatoria (fl. 229).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito (Relator): A embargante ajuizou ação declaratória contra a União pedindo “seja declarado o direito, em função da inconstitucionalidade da majoração das alíquotas do Finsocial, à compensação dos valores pagos a maior com a devida atualização dos valores integrais, incluídos os expurgos relativos ao IPC de março, abril e maio/1990, e ainda fevereiro de 1991 (Súmula ns. 32 e 37 do TRF da 4ª Região), no mais, correção monetária pelo INPC e juros legais de 1% da data do pagamento indevido” (fl. 13), e, ainda, que “a compensação do Finsocial seja efetuada com a Cofins, ou tributos administrados pela Receita Federal, sem que tal encontro de contas precise ser feito em juízo, visto tratar-se de tributo com lançamento por homologação” (fl. 13).

A sentença julgou procedente, em parte, o pedido e fixou os honorários em R\$ 500,00, aplicando o art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, e o Tribunal Regional Federal da 4ª Região negou provimento à apelação e deu parcial provimento à remessa oficial “para reduzir verba honorária a 10% sobre o valor da causa” (fl. 164).

A embargante ingressou com especial, que não foi conhecido. Decidiu a Primeira Turma, Relator o Ministro Teori Zavascki, ser possível fixar honorários de advogado, vencida a Fazenda Pública, em percentual inferior ao mínimo de 10%, adotando-se como base de cálculo o valor dado à causa, e, ainda, que a “fixação da

verba honorária com base no art. 20, § 4º, do CPC obedece às diretrizes fixadas nas alíneas **a**, **b** e **c** do § 3º do mencionado artigo, insusceptível o seu reexame em recurso especial por envolver análise de matéria fático-probatória (Súmula n. 7-STJ)” (fl. 193).

Os embargos de divergência sustentam que o percentual dos honorários, vencida a Fazenda Pública, deve ser calculado sobre o valor da condenação. Afirma a empresa-embargante que impostos honorários de 10% sobre o valor da causa, “deduz-se que foi aplicado (**sic**) os preceitos do art. 20, § 4º, do CPC” (fl. 208), sem que se tenha feito a conjugação com o § 3º do art. 20, e sem se aperceber, “que restando condenada a Fazenda, à restituição de valores, o preceito contido no § 4º do art. 20 do CPC autoriza apenas, ou o arbitramento dos honorários, ou nos casos de fixação de percentagem, a alteração desta, nunca a mudança da base de cálculo, sendo necessariamente o montante de condenação, como bem determina o § 3º do art. 20 do CPC” (fl. 209).

Os embargos foram admitidos por decisão do eminente Ministro Paulo Gallotti (fl. 221).

A petição dos embargos de divergência, como visto, confina a divergência na circunstância de ter havido a condenação da Fazenda nos honorários de advogado em 10% sobre o valor da causa, quando deveriam ter sido calculados sobre o valor da condenação, segundo entendimento da Quinta Turma, considerando que houve condenação da Fazenda à restituição de valores.

Vejamos as circunstâncias dos autos.

Primeiro, o pedido não cuida de restituição, mas, apenas, de compensação; segundo, o pedido foi julgado procedente, em parte, tão-somente, para deferir a compensação, autorizando a Receita a constituir de ofício “os créditos tributários decorrentes de eventuais diferenças surgidas durante o procedimento de compensação” (fl. 127); terceiro, o acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região decidiu “que o percentual de 10% sobre o valor da causa — R\$ 1.000,00 (03/01) —, na repetição do indébito via compensação, remunera condignamente o trabalho do profissional da advocacia” (fl. 164); quarto, o acórdão embargado considerou que a “controvérsia dos autos está centrada na adoção do valor da causa por base de cálculo da verba honorária, em ação julgada procedente em desfavor da Fazenda Pública, cujo pedido — declaração do direito à compensação tributária — apresenta natureza não só declaratória, como também condenatória” (fl. 190); quinto, diante disso, considerou que o entendimento da Corte é que “a teor do disposto no art. 20, § 4º, do CPC, nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou em que for vencida a Fazenda Pública, e nas

execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, que levará em conta fatores primordialmente factuais, quais sejam, o grau de zelo profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço” (fl. 190), passando a discorrer sobre os critérios para aplicação da verba honorária com base no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil; sexto, não afastou o acórdão a possibilidade de ser a Fazenda condenada em percentual, seja sobre a condenação, seja sobre o valor da causa, não ficando obrigado ao mínimo de 10%, podendo ser inferior.

É bom deixar claro que, de fato, a sentença que defere o direito de compensação tem dupla característica, como posto no acórdão embargado, isto é, é declaratória e condenatória, assim porque tanto declara que a parte tem o direito de compensação como condena a Fazenda Pública a compensar o débito tributário.

O precedente da Quarta Turma (REsp n. 153.355-MG, Relator o Ministro Cesar Asfor Rocha, DJ 14.06.1999) e o precedente da Quinta Turma (REsp n. 443.021-SC, Relator o Ministro Felix Fischer, DJ 21.10.2002), não cuidam da mesma base fática do acórdão embargado, isto é, condenação da Fazenda Pública em se tratando do direito de compensação, sendo, portanto, inaplicáveis.

O paradigma da Quinta Turma, de que Relator o Ministro Jorge Scartezzini (REsp n. 171.752-PR, DJ 04.10.1999), trata de ação de cobrança em que condenado o Estado do Paraná, estabelecendo que “honorários advocatícios, quando há condenação, devem ser fixados sobre o valor da mesma e não sobre o valor da causa”, interpretando o art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil. Este paradigma, portanto, é suficiente para demonstrar a divergência.

Todavia, embora esteja presente o confronto, considero que não devem ser recebidos os embargos. Vejamos.

Na corrente doutrinária que agasalha a interpretação divergente, há quem sustente que o dispositivo malfez o princípio da igualdade, sendo inconstitucional quando privilegia a Fazenda Pública.

Por outro lado, há ainda interpretação no sentido de compatibilizar a regra sob análise de modo a torná-la abrangente, de tal modo que, havendo condenação não se há de excepcionar a regra geral, embora deva o Juiz considerar as disposições do § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil. Nesse sentido, por exemplo, é o precedente da Primeira Seção desta Corte, Relator o eminente Ministro Milton Luiz Pereira (EREsp n. 77.932-SP, DJ 06.04.1998; no mesmo sentido: EREsp n. 86.268-DF, Relator o Ministro Milton Luiz Pereira, DJ 15.12.1997).

Mas o certo é que o § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil é muito claro e expresso ao determinar incidência nas “causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública e nas execuções, embargadas ou não”. Com isso, tenho que a interpretação que se deve acolher é aquela que determina, tal e qual fez o acórdão embargado, a incidência do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, ficando na apreciação equitativa do juiz a fixação dos honorários de advogado, atendidos os critérios das letras **a**, **b** e **c** do § 3º. Fixando o comando legal que os honorários submetem-se à apreciação equitativa do Juiz não há falar, pelo menos na minha compreensão, nem nos limites percentuais nem na obrigatória imposição sobre o valor da condenação.

De fato, **Santo Tomás de Aquino** ao cuidar da *epieikea*, que é para nós a equidade, ensina que ela é uma virtude, autorizando um julgamento de acordo com a “razão justa e o bem comum”, lembrando ser a equidade uma regra superior dos atos humanos, tal como Aristóteles, que afirmou ser a equidade uma parte da justiça comum em sentido amplo (“Suma Teológica”, Tomo IX, Tratado sobre as Virtudes e a Fortaleza, Questão 120, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1956). A *epieikeia* é a palavra grega para significar conveniência, moderação, doçura, bondade, equidade.

Com isso, se a regra legal determina que os honorários serão fixados “consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas **a**, **b** e **c** do parágrafo anterior”, somente são levados em consideração “o grau de zelo profissional”, “o lugar da prestação do serviço”, “a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido pelo seu serviço”, não os limites entre o mínimo de 10% e o máximo de 20%, nem a obrigatória imposição sobre o valor da condenação, tal e qual está no acórdão embargado. A meu sentir, com todo respeito aos que entendem em sentido diverso, seria uma interpretação contra a lei, porquanto o privilégio à Fazenda Pública foi pelo legislador criado. Isso quer dizer que a incidência do § 4º afasta a incidência do § 3º, não havendo, portanto, como trazer para o campo de sua aplicação a obrigatória imposição da verba nos limites máximo e mínimo nem sobre o valor da condenação. Cabe ao juiz fazer a “apreciação equitativa”, o que não exclui a possibilidade de assim proceder, isto é, de usar aqueles limites ou de fixar sobre o valor da condenação, mas não de forma obrigatória, porquanto se assim fosse não seria a fixação dos honorários de acordo com o comando da equidade.

É nesse sentido a clara lição de **Cahali**, quando observa que “exceção no tratamento especial tem em vista a possibilidade de arbitramento da respectiva verba segundo o critério de equidade, e portanto fora dos parâmetros do art. 20, § 3º. Quando vencida na demanda” (“Honorários Advocatícios”, RT, 3ª ed., 1997, p. 488).

Com tais razões, eu conheço dos embargos, mas nego-lhes provimento.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Sr. Presidente, o dispositivo contém uma grave injustiça e fere, a meu ver, o princípio da igualdade das partes. Em se tratando de ação de execução de dívida, a Fazenda Nacional cobra, logo na execução, 20%, mas, quando vencida, nesse caso, incide a regra para estabelecer-se honorários a menor. É uma flagrante injustiça. Mas como não se cuida de examinar as questões mais profundas no que diz respeito ao possível ferimento do princípio maior, ainda que tenhamos feito isso, no que diz respeito à decadência, fico também na letra da lei.

Acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator, conhecendo dos embargos de divergência e os rejeitando.

RECURSO ESPECIAL N. 331.561-SP (2001/0083564-2)

Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha

Recorrente: Delfina Santos Figueiredo — Espólio

Advogado: Carlos Alberto Destro

Recorrido: Daniel Sadakazu Yamashita

Advogado: Miguel Arcangelo Tait

EMENTA

Processual Civil. Preparo. Pena de deserção. Dúvida razoável. Justo impedimento. CPC, art. 519, § 1º.

Havendo fundada dúvida, em face do disposto em Lei Estadual sobre custas, que tem ensejado decisões conflitantes sobre a necessidade de ser efetuado o preparo referente à apelação em sede de embargos à execução, é de ser relevada a pena de deserção, nos termos do art. 519 do Código de Processo Civil, em homenagem ao princípio do amplo acesso à Justiça sob duplo grau de jurisdição.

Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, por maio-

ria, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Vencidos os Srs. Ministros Ari Pargendler, Gilson Dipp e Barros Monteiro. Os Srs. Ministros José Delgado, José Arnaldo da Fonseca, Fernando Gonçalves, Carlos Alberto Menezes Direito, Felix Fischer, Eliana Calmon, Paulo Gallotti, Francisco Falcão, Franciulli Netto, Luiz Fux, Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro e Sálvio de Figueiredo Teixeira e, ocasionalmente, os Srs. Ministros Edson Vidigal e Hamilton Carvalhido.

Brasília (DF), 17 de novembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Nilson Naves, Presidente

Ministro Cesar Asfor Rocha, Relator

DJ 07.11.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha: Cuida-se de recurso especial interposto com base nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão que, em face da não-realização do preparo, julgou deserta a apelação lançada contra decisão proferida em embargos à execução, sob o fundamento de ser descabida a interpretação por analogia ou extensão do preceito contido no art. 6º, inciso VI, da Lei Estadual n. 4.952/1985, que dispensa o pagamento de custas na ação incidental.

O recorrente alega violação dos arts. 458 e 535 do Código de Processo Civil, por omissão quanto às normas invocadas nos embargos declaratórios, e ofensa ao art. 511 do mesmo **Codex**, que exige a comprovação do preparo da apelação “na forma da legislação pertinente”, sendo que a Lei n. 4.952/1985 expressamente dispõe sobre a não-incidência da taxa judiciária em embargos à execução. Sustenta, ainda, divergência com os seguintes julgados desta Corte: REsps ns. 158.926; 117.139, 129.950, 102.760 e 62.205, todos do Estado de São Paulo.

O recurso especial não foi conhecido pela egrégia Quarta Turma ao entendimento de que a verificação de ofensa ao art. 511 do CPC somente seria possível a partir da exegese da Lei Estadual n. 4.952/1985, o que encontraria empeco no Verbete n. 280 da Súmula do Pretório excelso.

Contudo, no julgamento dos embargos declaratórios, o referido acórdão foi anulado e a Turma Julgadora, em questão de ordem, decidiu pela remessa do feito à Corte Especial, sob motivação assim sumariada:

“Civil e Processual. Embargos de declaração. Efeito modificativo.

Jurisprudência e doutrina admitem, em caráter excepcional, a conferência de efeitos modificativos aos aclaratórios em hipótese como a dos autos, em que, sanada omissão, deve-se conhecer do recurso pelo dissídio havido entre a decisão atacada via recurso especial e outros julgados deste Superior Tribunal de Justiça, para adoção de uma das teses jurídicas confrontadas.

Embargos parcialmente recebidos, com efeitos infringentes, para anular a r. decisão embargada e, acolhida a questão de ordem, submeter o julgamento do recurso especial à egrégia Corte Especial.”

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha (Relator): A egrégia Quarta Turma deste Pretório, ao verificar a discrepância na jurisprudência desta Corte quanto à possibilidade de se ultrapassar, no julgamento do recurso especial, o óbice contido no Enunciado n. 280 da Súmula do STF, decidiu, em questão de ordem, submeter o feito à apreciação da egrégia Corte Especial.

Vários são os precedentes julgados pelo STJ versando especificamente sobre preparo à luz da isenção estabelecida pela Lei Paulista n. 4.952/1985.

Muitos deles não foram conhecidos em face do citado Verbete n. 280, como se percebe das seguintes ementas:

“Processual Civil. Preparo recursal. Apelação. Embargos à execução. Lei Paulista n. 4.952/1985. Súmula n. 280-STF. Ausência de prequestionamento em torno do art. 511 do CPC e do art. 6º, § 4º, da LEF. Súmula n. 282-STF. Atualização para fins de cálculo de preparo. Art. 34, § 1º, da Lei n. 6.830/1980. Inaplicabilidade.

1. Ausência de prequestionamento em torno dos arts. 511 do CPC, e 6º, § 4º, da LEF. Súmula n. 282-STF.

2. Tese relativa à cobrança da taxa judiciária que gira em torno da Lei Estadual 4.952/1985 não apreciada em sede de recurso especial. Súmula n. 280-STF.

3. Inaplicabilidade, à hipótese dos autos, do art. 34, § 1º, da Lei n. 6.830/1980, que trata de alçada e de como auferir o valor da causa para tal efeito.

4. Recurso especial não conhecido” (REsp n. 250.999-SP, Relatora a eminente Ministra Eliana Calmon, DJ 18.02.2002).

“Comercial e Processual Civil. Apelação. Embargos. Preparo. Ausência. Lei Paulista n. 4.952/1985. Interpretação de Direito local. Incompetência do STJ.

I - Não compete ao Superior Tribunal de Justiça a interpretação de norma de Direito local, qual seja, a que dispensa de preparo a interposição de recurso de apelação contra decisão que julga embargos à execução (Lei Paulista n. 4.952/1985). Precedentes.

II - Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 174.596-SP, Relator o eminente Ministro Aldir Passarinho Junior, DJ 09.04.2001)

“Processual Civil. Agravo no recurso especial. Embargos à execução. Apelação. Preparo. Acórdão fundado em lei local. Impossibilidade.

Não se configura a violação da lei processual civil, como alegado pelo recorrente, se o Tribunal apreciou a controvérsia com apoio na legislação local. Apelo extremo que escapa ao âmbito de competência atribuído a este STJ. Recurso a que se nega provimento.” (AgRg no REsp n. 116.352-SP, Relatora a eminente Ministra Nancy Andrighi, DJ 05.06.2000).

Outros, porém, foram providos para afastar a deserção. Confirmam-se:

“Recurso especial. Processual Civil. Embargos à execução. Apelação. Preparo. Art. 511 do CPC. Não-incidência. Custas da Justiça Paulista. Lei n. 4.952/1985.

Nos termos do entendimento já prestigiado por esta Corte, havendo fundada dúvida, no que diz respeito ao disposto na Lei Estadual paulista acerca da exigência ou não do preparo, atinente à apelação em decisão proferida em embargos à execução, é de ser relevada a pena da deserção.

Precedentes.

Recurso provido, com a determinação de apreciação do mérito da respectiva apelação.” (REsp n. 472.441-SP, Relator o eminente Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ 03.02.2003).

“Processual Civil. Embargos à execução. Preparo. Pena de deserção. Não incidência. Lei Paulista n. 4.952/1985.

Se a taxa judiciária não incide sobre os embargos à execução, por força de Lei Estadual, não é devido preparo da apelação interposta contra a sentença que decidiu os referidos embargos.” (REsp n. 442.714-SP, Relator o eminente Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ 17.03.2003).

“Processo Civil. Embargos à execução (Lei n. 6.830/1980). Apelação. Preparo. CPC, art. 511 (Lei Estadual n. 4.952/1985).

1. A exigência do recolhimento correspondente ao antecipado preparo para o processamento de apelação verberando sentença proferida nos embargos à execução, sem aura da legalidade, não merece ser prestigiada.” (REsp n. 117.139, Relator o eminente Ministro Milton Luiz Pereira, DJ 02.08.1999).

“Processual Civil. Preparo. Pena de deserção. Dúvida razoável. Justo impedimento. CPC, art. 519, § 1º.

Havendo fundada dúvida, em face do disposto em Lei Estadual sobre custas, que tem ensejado decisões conflitantes sobre a necessidade de ser efetuado o preparo referente à apelação em sede de embargos à execução, é de ser relevada a pena de deserção de que cuida o art. 519 do Código de Processo Civil, em homenagem ao princípio do amplo acesso à Justiça sob duplo grau de jurisdição.” (REsp n. 62.205-0-SE por mim relatado, DJ 22.05.1995).

A interpretação das leis estaduais, de fato, foge do escopo do recurso especial e da própria missão atribuída a esta Corte de Justiça pela Constituição Federal.

Daí porque tenho por inteiramente aplicável ao apelo nobre o Enunciado n. 280 da Súmula do STF, segundo o qual “por ofensa a Direito local não cabe recurso extraordinário”.

Contudo, na hipótese dos autos, assim como nos demais casos citados, a verificação de ofensa à legislação federal prescinde da exegese da Lei Estadual.

O Código de Processo Civil, em seu art. 511, dispõe que “no ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará *quando exigido pela legislação pertinente*, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção.”

Certo, assim, que a Lei Estadual pode isentar o recorrente do pagamento do preparo.

A Lei n. 4.952/1985 do Estado de São Paulo dispõe sobre a exclusão da taxa judiciária nos embargos à execução. Seus dispositivos, porém, têm gerado dúvidas entre os litigantes e interpretação controvertida nos tribunais paulistas sobre a necessidade de ser efetuado o preparo referente à apelação.

Ora, se a legislação pertinente gera interpretação conflitante no próprio Judiciário quanto à obrigatoriedade ou não do recolhimento do preparo, não cabe impor à parte a pena de deserção pelo não-pagamento. Não é esse o espírito da norma processual, que, em essência, é instrumento viabilizador da jurisdição e não obstáculo ao acesso à Justiça.

A dúvida razoável sobre a isenção do preparo, no meu entender, impede a pena de deserção, equiparando-se ao justo impedimento de que trata o art. 519 do CPC.

Como se vê, não se cogita aqui da interpretação da norma estadual para dizer se há ou não isenção do preparo no caso concreto, o que, com efeito, seria inviável em sede de recurso especial. Cuida-se da constatação de ser indevida a pena de deserção em casos de justificada dúvida quanto à sua exigência.

Ao julgar o citado REsp n. 62.205-0-SP como Relator e quando ainda integrava a egrégia Primeira Turma, consignei, no que interessa:

“... o próprio r. aresto objurgado realça que, no Estado de São Paulo, a jurisprudência é conflitante sobre a matéria, em face de a Lei Estadual n. 4.952/1985 ter previsto a exclusão da incidência de custas nos embargos à execução, embora também prevendo a incidência de taxa judiciária como preparo de apelação, sem fazer qualquer ressalva.

Tanto gera dúvida a legislação estadual que a decisão sobre a necessidade do preparo, na hipótese cogitada, foi tomada por dois votos a um.

Ora, como destacado pelo eminente Ministro Athos Carneiro, no recurso especial acima indicado, ‘no estado de direito, a plenitude do contraditório bem como a garantia ampla do acesso à Justiça sob duplo grau de jurisdição impõe seja afastada a pena de deserção se a respeito ocorre dúvida razoável’, sobretudo quando o valor do preparo já foi depositado, ainda que tardiamente.”

Registro, ainda, precedente da egrégia Terceira Turma, sumariado na seguinte ementa:

“Deserção. Interpretação dos arts. 511 e 519 do Código de Processo Civil. Embargos à execução.

1. O cenário dos autos recomenda seja relevada a deserção, restituído aos apelantes o prazo para a realização do preparo, presente a controvérsia sobre o cabimento do preparo em embargos à execução no Estado de São Paulo.

2. Recurso especial conhecido e provido, em parte. (REsp n. 213.085-SP Relator para acórdão o eminente Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 11.06.2001).

Diante de tais pressupostos, possível, no âmbito desta Corte, relevar a pena de deserção, determinando que a parte seja intimada na origem a efetuar o preparo, nos termos do art. 519 do CPC.

Sendo assim, conheço do recurso especial e dou-lhe provimento para afastar a deserção e devolver o processo ao egrégio Tribunal a quo a fim de que, ultrapassado o obstáculo, prossiga no julgamento da apelação, como achar de direito.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Ari Pargendler: Sr. Presidente, se bem entendi, a questão resulta do fato de que o Tribunal de Justiça e o Tribunal de Alçada de São Paulo não se entendem a respeito do preparo quando se trata de embargos do devedor, sendo que um exige o pagamento das custas na apelação, enquanto que o outro não, tudo em função do que dispõe a Lei Estadual n. 4.952, de 1985.

Sendo assim, penso que o assunto se esgotou naquela instância, por se tratar de Direito local.

Por isso, não conheço do recurso especial.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado: Sr. Presidente, a Lei Estadual, no caso, não é autônoma, mas derivada da Lei Federal.

Por tais fundamentos, acompanho o voto do eminente Relator para conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento para afastar a deserção e devolver o processo ao egrégio Tribunal **a quo** a fim de que, ultrapassado o obstáculo, prossiga no julgamento da apelação, como achar de direito.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Sr. Presidente, explico que não estou adentrando na discussão sobre a interpretação possível, ou não, da Lei Estadual em face do art. 511 do Código de Processo Civil.

Acompanho o voto do Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha na linha do acórdão da Terceira Turma (REsp n. 213.085-SP), que farei juntar, suplementando o meu voto que concorda às inteiras com o voto proferido pelo Sr. Ministro-Relator.

Conheço do recurso especial e lhe dou provimento para afastar a deserção e devolver o processo ao egrégio Tribunal **a quo** a fim de que, ultrapassado o obstáculo, prossiga no julgamento da apelação, como achar de direito.

VOTO-MÉRITO

A Sr^a. Ministra Eliana Calmon: Sr. Presidente, nos primeiros casos que me chegaram a respeito da lei paulista, não conheci do recurso, seguindo o entendimento do Sr. Ministro Ari Pargendler, no sentido de não conhecer do recurso especial.

Porém, posteriormente, fiz uma reflexão e voltei atrás para votar exatamente como o fez o eminente Relator. Entendo que é a Lei Federal que está sendo questionada e é de se fazer a interpretação do art. 511.

Acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator, conhecendo do recurso especial e dando-lhe provimento para afastar a deserção e devolver o processo ao egrégio Tribunal **a quo** a fim de que, ultrapassado o obstáculo, prossiga no julgamento da apelação, como achar de direito.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Barros Monteiro: Sr. Presidente, peço vênia para acompanhar o voto do Sr. Ministro Ari Pargendler, porque, como mencionou o Sr. Ministro Gilson Dipp, na hipótese de deserção, a apreciação, nesse caso, passa necessariamente pela interpretação da Lei Estadual. Sendo assim, incide a Súmula n. 280 da Suprema Corte.

Com relação ao justo impedimento, penso que a matéria não cabe ser apreciada por esta egrégia Corte a essa altura, uma vez que essa norma não foi invocada no recurso especial.

Não conheço do recurso especial.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Sr. Presidente, penso que a lei paulista pode estabelecer até quando e como se pode fazer, ou não, esse preparo. Em relação a saber se há, ou não, o justo impedimento, trata-se, no caso, de Lei Federal. Então, se a questão já foi examinada, se houve prequestionamento, pedindo vênia à dissidência, também acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator.

Conheço do recurso especial e dou-lhe provimento para afastar a deserção e devolver o processo ao egrégio Tribunal **a quo** a fim de que, ultrapassado o obstáculo, prossiga no julgamento da apelação, como achar de direito.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: Sr. Presidente, acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator, **data venia** da divergência.

Conheço do recurso especial e dou-lhe provimento para afastar a deserção e devolver o processo ao egrégio Tribunal **a quo** a fim de que, ultrapassado o obstáculo, prossiga no julgamento da apelação, como achar de direito.