

Jurisprudência da Sexta Turma

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL
N. 653.091-PE (2004/0054675-2)

Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa

Agravante: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

Procuradores: Jacira Rosas de Souza e outros

Agravado: Maria Cavalcanti de Bessa

Advogados: Synthia Rosana Accioly Pontes e outros

EMENTA

Agravo regimental em recurso especial. Previdenciário e Processual Civil pensão por morte. Óbito ocorrido antes da CF/1988. Art. 75 da Lei n. 8.213/1991, com a redação dada pela Lei n. 9.032/1995.

— **In casu**, a autora começou a perceber o benefício previdenciário na égide de legislação anterior à Lei n. 8.213/1991 e continua a recebê-lo, periodicamente, até agora. Dessarte, há de se aplicar o art. 75 da Lei n. 8.213/1991, na redação dada pela Lei n. 9.032/1995, a todos os benefícios previdenciários, mesmo no tocante aos concedidos antes de sua vigência, sem que isso configure, a rigor, retroação de lei mais benéfica,

— Em nosso Direito positivo brasileiro, a lei nova, com as ressalvas do art. 5^º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, atua de forma imediata e geral, podendo incidir, inclusive, nas relações que lhe são anteriores, com relação aos efeitos que, por força de sua natureza continuada, seguem se produzindo.

— Colhe-se do inserto na letra do próprio inciso I do art. 471 do Código de Processo Civil que:

“Nenhum Juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo:

I - se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença.”

— Recentemente, a egrégia Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça decidiu que: “*Aplica-se o art. 75 da Lei n. 8.213/1991, na redação dada pela Lei n. 9.032/1995, a todos os benefícios previdenciários,*

mesmo no tocante aos concedidos antes de sua vigência, sem que isso configure, a rigor, retroação de lei mais benéfica, mas apenas seu alcance às situações dos que se encontram em idêntico estado de fato.” (EResp n. 273.866-SP, Terceira Seção, de minha relatoria, DJ 14.03.2005)

— Nego provimento ao agravo regimental.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido e Paulo Gallotti. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Paulo Medina. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Nilson Naves. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 16 de junho de 2005 (data do julgamento).

Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Relator

DJ 1º.07.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa: Trata-se de agravo regimental, interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social — INSS, contra decisão monocrática proferida à fl. 105, que deu provimento ao recurso especial da autora, nos seguintes termos:

“Previdenciário. Recurso especial. Pensão por morte. Óbito ocorrido antes da CF/1988. Art. 75 da Lei n. 8.213/1991. Lei n. 9.032/1995. Aplicação imediata. Aplica-se o art. 75 da Lei n. 8.213/1991, na redação dada pela Lei n. 9.032/1995, a todos os benefícios previdenciários, mesmo no tocante aos concedidos antes de sua vigência, sem que isso configure, a rigor, retroação de lei mais benéfica, mas apenas seu alcance às situações dos que se encontram em idêntico estado de fato. — Recurso da autora a que se dá provimento.”

Em suas razões recursais, sustenta o agravante que: “o benefício havia sido concedido sob a égide da legislação anterior que previa outra forma de cálculo das cotas de pensão. Conclusão diversa enseja inafastável infringência ao art. 5º, XXXVI, da CF/1988 (ato jurídico perfeito), em razão do princípio da irretroatividade e do primado do **tempus regit actum**.” (Fl. 114)

Pleiteia, dessa forma, reforma do julgado.

É o sucinto relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa (Relator): Versam os autos acerca da possibilidade de aplicação de lei previdenciária nova mais benéfica (Lei n. 8.213/1991) a fatos ocorridos na vigência de lei anterior.

O Decreto n. 89.312/1984 — Consolidação das Leis da Previdência Social — em seu art. 48 assim estabeleceu a cota familiar do benefício de pensão por morte devido ao conjunto de dependentes do **de cujus**:

“Art. 48. O valor da pensão devida ao conjunto de dependentes é constituído de uma parcela familiar de 50% (cinquenta por cento) do valor da aposentadoria que ele recebia ou a que teria direito se na data de seu falecimento estivesse aposentado, mais tantas parcelas de 10% (dez por cento) do valor da mesma aposentadoria quantos forem os seus dependentes, até o máximo de 5 (cinco).”

Com o advento da Lei n. 8.213/1991, houve modificação do critério antes estabelecido, passando o art. 75, em sua redação original, a dispor sobre o valor do benefício, **verbis**:

“Art. 75. O valor mensal da pensão por morte será:

a) constituído de uma parcela, relativa à família, de 80% (oitenta por cento) do valor da aposentadoria que o segurado recebia ou a que teria direito, se estivesse aposentado na data do seu falecimento, mais tantas parcelas de 10% (dez por cento) do valor da mesma aposentadoria quantos forem os seus dependentes, até o máximo de 2 (duas);

b) 100% (cem por cento) do salário-de-benefício ou do salário-de-contribuição vigente no dia do acidente, o que for mais vantajoso, caso o falecimento seja consequência de acidente do trabalho.”

Já a Lei n. 9.032/1995 imprimiu nova redação ao referido art. 75, vejamos:

“Art. 75. O valor mensal da pensão por morte, inclusive a decorrente de acidente do trabalho, consistirá numa renda mensal correspondente a 100% (cem por cento) do salário-de-benefício, observado o disposto na Seção III, especialmente no art. 33 desta lei.”

Em nosso Direito positivo brasileiro, a lei nova, com as ressalvas do art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, atua de forma imediata e geral, podendo

incidir, inclusive, nas relações que lhe são anteriores, com relação aos efeitos que, por força de sua natureza continuada, seguem se produzindo.

Colhe-se do inserto na letra do próprio inciso I do art. 471 do Código de Processo Civil que:

“Nenhum Juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo:

I - se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença.”

In casu, a autora começou a perceber o benefício previdenciário na égide de legislação anterior à Lei n. 8.213/1991 e continua a recebê-lo, periodicamente, até agora.

Dessarte, há de se aplicar o art. 75 da Lei n. 8.213/1991, na redação dada pela Lei n. 9.032/1995, a todos os benefícios previdenciários, mesmo no tocante aos concedidos antes de sua vigência, sem que isso configure, a rigor, retroação de lei mais benéfica, mas, tão-somente, seu alcance aos que se encontram percebendo o mesmo benefício de prestação continuada.

A jurisprudência das Turmas que compõem a egrégia Terceira Seção deste Tribunal evoluiu para obviar situações, como a espelhada nos autos, de maneira a estender a lei nova mais benéfica a todos os beneficiários, face ao caráter social das normas previdenciárias.

Recentemente, a egrégia Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça decidiu que: “*Aplica-se o art. 75 da Lei n. 8.213/1991, na redação dada pela Lei n. 9.032/1995, a todos os benefícios previdenciários, mesmo no tocante aos concedidos antes de sua vigência, sem que isso configure, a rigor, retroação de lei mais benéfica, mas apenas seu alcance às situações dos que se encontram em idêntico estado de fato.*” (EREsp n. 273.866-SP, Terceira Seção, de minha relatoria, DJ 14.03.2005)

Dentre muitos julgados, colhem-se os seguintes no mesmo sentido:

“Previdenciário. Violação de dispositivos constitucionais. Impossibilidade de apreciação por esta Corte. Pensão por morte. Cota familiar. Majoração. Benefício concedido antes da CF/1988. Possibilidade. Precedentes da Quinta e Sexta Turmas.

1. O exame de suposta violação a dispositivos constitucionais é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, sendo vedado a esta colenda Corte de Justiça realizá-lo, ainda que para fins de prequestionamento.

2. Consoante recente entendimento esposado pelas Turmas que compõem a egrégia Terceira Seção, as majorações das cotas familiares introduzidas pelas Leis ns. 8.213/1991 e 9.032/1995 aplicam-se aos benefícios concedidos sob a égide da legislação pretérita.

3. Não há falar em retroação da lei, mas em aplicação imediata, uma vez que os efeitos financeiros projetam tão-somente para o futuro.

4. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no Ag n. 539.616-SP Quinta Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ 07.06.2004)

“Previdenciário. Agravo regimental. Agravo de instrumento. Decisão que negou seguimento ao recurso especial. Jurisprudência pacificada. Pensão por morte. Art. 75 da Lei n. 8.213/1991. Lei n. 9.032/1995. Aplicação imediata. 1. O dispositivo legal que majora o percentual concernente às cotas de pensão por morte deve ser aplicado a todos os benefícios previdenciários, independentemente da norma vigente quando do seu fato gerador, não havendo falar em retroatividade da lei, mas em incidência imediata. Precedentes. 2. Agravo regimental improvido.” (AgRg no EDcl no Ag n. 517.298-SP Sexta Turma, Relator Ministro Paulo Medina, DJ 16.02.2004)

2. Do exposto, nego provimento ao agravo regimental.

3. É como voto.

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO
ESPECIAL N. 436.168-DF (2002/0060478-1)**

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido

Embargantes: Ruth Velho Lemos e outros

Advogado: José Gomes de Matos Filho

Embargada: União

EMENTA

Embargos de declaração. Recurso especial. Alegação de erro material e omissão. Inexistência. Pretensão de infringência.

1. Os embargos de declaração são cabíveis quando “houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição;” ou “for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou Tribunal.” (Art. 535 do Código de Processo Civil)

2. Erro material, corrigível a qualquer tempo, é o decorrente de equívoco evidente, de erro datilográfico, aritmético, perceptível **primus ictus oculi**, porque se grafou idéia ou juízo diverso daquele pretendido, em nada se identificando com a pretensão de ver interpretados de forma diversa de como o foram no deslinde da questão federal, pelo órgão julgador, dispositivos de lei aplicáveis, que outra coisa não é que nítida pretensão de reexame meritório do **decisum**.

3. Os embargos de declaração não se prestam ao reexame de matéria já decidida, sendo certo que a pretensão de ver a rediscussão do tema à luz de argumentos outros, alegadamente relevantes para a solução da **quaestio juris**, na busca de decisão infringente, apresenta-se manifestamente incabível em sede de embargos declaratórios, cujos limites encontram-se previstos no art. 535 do Código de Processo Civil.

4. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é firme no sentido de que o magistrado não está obrigado a se pronunciar sobre todas as questões suscitadas pela parte, máxime quando já tiver decidido a questão sob outros fundamentos (cf. EDcl nos EDcl no REsp n. 89.637-SP, Relator Ministro Gilson Dipp, **in** DJ 18.12.1998).

5. Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, rejeitar os embargos de declaração, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Paulo Gallotti, Paulo Medina, Hélio Quaglia Barbosa e Nilson Naves votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Brasília (DF), 22 de junho de 2004 (data do julgamento).

Ministro Hamilton Carvalhido, Presidente e Relator

DJ 25.10.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: Embargos de declaração opostos ao acórdão da Sexta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, assim ementado:

“Recurso especial. Divergência. Ausência de identidade fática. Previdenciário. Averbação de tempo de serviço prestado em atividade rural para fins

de aposentadoria urbana por tempo de serviço no mesmo regime de previdência. Contribuição durante o período de atividade rural. Desnecessidade. Não-ocorrência de hipótese de contagem recíproca.

1. O recurso especial fundado na alínea **c** do inciso III do art. 105 da Constituição Federal requisita, em qualquer caso, tenham os acórdãos — recorrido e paradigma — conferido interpretação discrepante a dispositivo de Lei Federal sobre uma mesma base fática.

2. “O tempo de serviço do segurado trabalhador rural, anterior à data de início de vigência desta lei, será computado *independentemente do recolhimento das contribuições a ele correspondentes*, exceto para efeito de carência, conforme dispuser o regulamento.” (§ 2º do art. 55 da Lei n. 8.213/1991)

3. Em se cuidando de hipótese em que o segurado pretende averbar o tempo em que exerceu atividade rural, para fins de concessão de aposentadoria urbana por tempo de serviço, no mesmo regime de previdência a que sempre foi vinculado, não é exigível a prestação das contribuições relativamente ao tempo de serviço rural exercido anteriormente à vigência da Lei n. 8.213/1991, desde que cumprida a carência, exigida no art. 52 da Lei n. 8.213/1991.

4. Contagem recíproca é o direito à contagem de tempo de serviço prestado na atividade privada, rural ou urbana, para fins de concessão de aposentadoria no serviço público ou, vice-versa, *em face da mudança de regimes de previdência — geral e estatutário —*, mediante prova da efetiva contribuição no regime previdenciário anterior (art. 202, § 2º, da Constituição da República, na sua redação anterior à Emenda Constitucional n. 20/1998).

5. A soma do tempo de atividade rural, para fins de concessão de aposentadoria urbana por tempo de serviço, *no mesmo regime de previdência*, não constitui hipótese de contagem recíproca, o que afasta a exigência do recolhimento de contribuições relativamente ao período, insere no art. 96, inciso IV, da Lei n. 8.213/1991.

6. Recurso improvido.” (Fls. 168/169)

Alega o embargante a ocorrência de erro material no **decisum** embargado ao argumento de que:

“(…)

Data maxima venia, o acórdão ora embargado encerra flagrante e inafastável erro material, pois partiu de premissa errônea para a conclusão do julgado.

Com efeito, em nenhum momento ficou consignado nos autos que o autor pretende averbar o tempo em que exerceu atividade rural com a finalidade de obter aposentadoria urbana perante o Regime Geral da Previdência Social, por se tratar de servidor público regido pela CLT.

Ao revés, colhe-se dos autos, sobretudo da inicial e das razões finais apresentadas pelo autor, que o mesmo é servidor público municipal e pretende obter a Certidão de Tempo de Serviço para averbar o tempo de trabalho na área rural *junto à Prefeitura Municipal de Vargem Grande do Sul, ou seja, perante o regime estatutário, configurando contagem recíproca.*

(...)

Assim, o v. acórdão ora embargado partiu de premissa equivocada, ao entender que o benefício do autor seria deferido pelo RGPS, e acabou por permitir contagem recíproca sem o recolhimento das contribuições (...)” (fls. 172/174).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Senhor Presidente, do acórdão que negou provimento à apelação interposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social — INSS, interpôs-se recurso especial, que restou improvido em acórdão que assim se ementou:

“Recurso especial. Divergência. Ausência de identidade fática. Previdenciário. Averbação de tempo de serviço prestado em atividade rural para fins de aposentadoria urbana por tempo de serviço no mesmo regime de previdência. Contribuição durante o período de atividade rural. Desnecessidade. Não-ocorrência de hipótese de contagem recíproca.

1. O recurso especial fundado na alínea **c** do inciso III do art. 105 da Constituição Federal requisita, em qualquer caso, tenham os acórdãos — recorrido e paradigma — conferido interpretação discrepante a dispositivo de Lei Federal sobre uma mesma base fática.

2. ‘O tempo de serviço do segurado trabalhador rural, anterior à data de início de vigência desta lei, será computado *independentemente do recolhimento das contribuições a ele correspondentes*, exceto para efeito de carência, conforme dispuser o regulamento.’ (§ 2º do art. 55 da Lei n. 8.213/1991)

3. Em se cuidando de hipótese em que o segurado pretende averbar o tempo em que exerceu atividade rural, para fins de concessão de aposentado-

ria urbana por tempo de serviço, no mesmo regime de previdência a que sempre foi vinculado, não é exigível a prestação das contribuições relativamente ao tempo de serviço rural exercido anteriormente à vigência da Lei n. 8.213/1991, *desde que cumprida a carência*, exigida no art. 52 da Lei n. 8.213/1991.

4. Contagem recíproca é o direito à contagem de tempo de serviço prestado na atividade privada, rural ou urbana, para fins de concessão de aposentadoria no serviço público ou, vice-versa, *em face da mudança de regimes de previdência — geral e estatutário —*, mediante prova da efetiva contribuição no regime previdenciário anterior (art. 202, § 2º, da Constituição da República, na sua redação anterior à Emenda Constitucional n. 20/1998).

5. A soma do tempo de atividade rural, para fins de concessão de aposentadoria urbana por tempo de serviço, *no mesmo regime de previdência*, não constitui hipótese de contagem recíproca, o que afasta a exigência do recolhimento de contribuições relativamente ao período, inserta no art. 96, inciso IV, da Lei n. 8.213/1991.

6. Recurso improvido.” (Fls. 168/169)

Foram opostos, então, os presentes embargos declaratórios, fundamentados na alegação de erro material, ao argumento de que:

“(…)

Data maxima venia, o acórdão ora embargado encerra flagrante e inafastável erro material, pois partiu de premissa errônea para a conclusão do julgado.

Com efeito, em nenhum momento ficou consignado nos autos que o autor pretende averbar o tempo em que exerceu atividade rural com a finalidade de obter aposentadoria urbana perante o Regime Geral da Previdência Social, por se tratar de servidor público regido pela CLT.

Ao revés, colhe-se dos autos, sobretudo da inicial e das razões finais apresentadas pelos autor, que o mesmo é servidor público municipal e pretende obter a Certidão de Tempo de Serviço para averbar o tempo de trabalho na área rural junto à *Prefeitura Municipal de Vargem Grande do Sul, ou seja, perante o regime estatutário, configurando contagem recíproca*.

(…)

Assim, o v. acórdão ora embargado partiu de premissa equivocada, ao entender que o benefício do autor seria deferido pelo RGPS, e acabou por permitir contagem recíproca sem o recolhimento das contribuições (…)” (fls. 172/174).

Rejeito os embargos declaratórios opostos.

Na espécie, não há qualquer erro material no **decisum**, cujos fundamentos claros e inequívocos assim se mostram à compreensão:

“Pode a lei nova regular as relações jurídicas havidas entre os servidores públicos e a Administração, extinguindo, reduzindo ou criando vantagens, desde que observada, sempre, a garantia constitucional da irredutibilidade de vencimentos, não havendo falar em direito adquirido a regime jurídico, como é da boa doutrina e da jurisprudência dos nossos Tribunais, valendo invocar, a propósito, a jurisprudência do excelso Supremo Tribunal Federal e, nesta, o Recurso Extraordinário n. 178.802-RS, da lavra do eminente Ministro Maurício Corrêa, **verbis**:

“Recurso extraordinário. Administrativo. Funcionário. Gratificações. Superveniência do Regime Jurídico Único e plano de carreira para os servidores do Município. Incorporação das gratificações aos vencimentos e proventos. Redução dos proventos e existência de direito adquirido às gratificações vigentes ao tempo da aposentação. Alegações improcedentes.

1. Os proventos da inatividade são regulados pela norma vigente ao tempo da sua aposentadoria, *mas o servidor não tem direito adquirido aos critérios legais com base em que **quantum** foi estabelecido, nem a prevalência do regime jurídico então vigente, ainda mais quando, em obediência a preceito constitucional a esse superveniente, lei nova vem disciplinar o regime jurídico e o plano de carreira dos servidores, incorporando aos vencimentos e proventos as gratificações antes percebidas ‘em cascata’ ou ‘repique’, que não são permitidas pela nova ordem constitucional.*

2. Redução de proventos. Alegação improcedente, vez que aos valores desses foram incorporadas duas das três gratificações existentes no regime anterior, de modo a compensar as vantagens então percebidas. Inexistência de direito adquirido a receber gratificações previstas na norma vigente ao tempo da inativação, pois, em face do novo reenquadramento, haveria verdadeiro **bis in idem**.

3. Recurso extraordinário conhecido e provido.” (In DJ 19.04.1996)

E, ainda:

“Servidor público.

A superveniência do novo regime, estabelecido pelas Leis Estaduais ns. 7.074 e 7.122, ambas de 1979, de natureza reestruturatória, afasta o alegado e reconhecido direito adquirido. Não há que falar em ofensa a direito incorporado ao patrimônio do servidor aposentado, que realmente não pode ser subtraído, quando a lei nova lhe assegura situação mais benéfica. Não é possível a soma de vantagens de dois regimes de remuneração.

O primitivo acha-se extinto e o novo, decorrente de reestruturação é mais benéfico ao servidor em atividade e ao próprio inativo.

Desse modo, não procede a acolhida ofensa ao princípio do direito adquirido (art. 153, § 3º). Outra ‘exegese’ conduziria, na espécie, a vulneração do art. 102, § 2º, da Constituição da República.

Recurso provido, julgando-se improcedente a ação.” (RE n. 103.911-PR, Relator Ministro Djaci Falcão, *in* DJ 19.12.1984)

“Magistrado. *Gratificação incorporada aos vencimentos*. Não é vedado aos demais Poderes do Estado alterar os critérios para o cálculo dos vencimentos dos Juizes, desde que não haja redução dos mesmos. Recurso de mandado de segurança não provido.” (RMS n. 17.120-RJ, Relator Ministro Evandro Lins e Silva, *in* DJ 22.05.1968)

“Funcionário. *Gratificação de nível instituída pela Lei n. 8.209/1975 e extinta pela Lei n. 9.265/1981, ambas do Município de São Paulo. Alteração do quadro de ensino municipal. Inexistência de direito adquirido à gratificação incorporada*. CF/1969, art. 153, § 3º.

Se houve alteração no quadro de ensino municipal, pela qual se extinguiu gratificação, mas se absorveu seu quantitativo ao novo padrão de vencimento, não há direito adquirido assegurado ao funcionário de integração da vantagem a seu patrimônio.

Recurso extraordinário conhecido e provido.” (RE n. 116.241-SP, Relator Ministro Ilmar Galvão, *in* DJ 25.10.1991)

“Magistrados. *Incorporação de gratificações a vencimentos, sem a redução destes*.

Ainda que as gratificações estejam previstas em lei de organização judiciária, podem elas ser incorporadas a vencimentos sem as restrições temporais ou formais a que estejam sujeitas leis daquela natureza, porquanto a concessão ou a supressão de vantagens pecuniárias de magistrados não está contida no âmbito da organização judiciária.

Não-ocorrência, no caso, de violação do princípio constitucional da irredutibilidade de vencimentos, porquanto a extinção das gratificações se deu mediante a sua incorporação aos vencimentos, que, assim, não foram diminuídos.

Recurso extraordinário conhecido e provido.” (RE n. 113.431-ES, Relator Ministro Moreira Alves, **in** DJ 25.09.1987)

E também a deste Superior Tribunal de Justiça:

“Recurso em mandado de segurança. Administrativo. Professor aposentado. Reestruturação na carreira. Redução de coeficientes.

Com a reestruturação da carreira dos profissionais da educação do Estado do Mato Grosso do Sul e a aplicação da legislação que fixou o novo piso salarial para a respectiva categoria, não houve redução nos proventos do impetrante, ao contrário.

A jurisprudência é firme em dispor que não há direito adquirido a regime jurídico, e muito menos a percentuais de gratificações, quando tal não importe redução no montante da remuneração.

Recurso desprovido.” (RMS n. 13.978-MS, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, **in** DJ 04.11.2002)

“RMS — Administrativo — Servidor público estadual — Extinção do órgão de lotação originária — Reestruturação do Estado — Desmembramento dos vencimentos — Lei Estadual n. 12.287/1994 — Ofensa aos princípios constitucionais da irredutibilidade de vencimentos e da isonomia não configurada — Inexistência de direito adquirido a regime jurídico — Precedentes.

I - Conforme cediça jurisprudência do Pretório excelso e desse colendo Tribunal, inexistente direito adquirido quanto a regime jurídico, ressalvada contudo, a manutenção das verbas remuneratórias anteriormente percebidas. Precedentes: REsp n. 209.681-RJ e RMS n. 10.467-PR.

II - *Desta forma, comprovada a inexistência do decesso remuneratório, em face do desmembramento dos vencimentos introduzido pela Lei n. 12.287/1994, não há direito líquido e certo a ser amparado na via mandamental, pois não restaram malferidos os princípios constitucionais da irredutibilidade de vencimentos e da isonomia.*

III - Recurso ordinário conhecido, mas desprovido.” (RMS n. 8.762-CE, Relator Ministro Gilson Dipp, **in** DJ 04.06.2001 — nossos os grifos)

Posto isso, tem-se, na espécie, que os recorridos são ocupantes de cargos do Grupo Polícia Federal, composto pelos Peritos Criminais, pelos Técnicos de Censura e pelos Delegados de Polícia Federal, que, embora possuíssem o mesmo teto final na carreira, representado pela referência 25, tinham início em posicionamento diferenciado, eis que os Peritos Criminais e os Técnicos de Censura iniciavam sua carreira na referência 5, enquanto os Delegados de Polícia Federal já iniciavam sua carreira na referência 12.

Com a edição do Decreto-Lei n. 2.251/1985, de 26 de fevereiro de 1985, que “dispõe sobre a criação da Carreira Policial Federal e seus cargos, fixa os valores de seus vencimentos e dá outras providências”, a Carreira Polícia Federal restou reestruturada nos seguintes termos:

“Art. 1^o Fica criada, no Quadro Permanente do Departamento de Polícia Federal, a Carreira Polícia Federal, composta de cargos de Delegado de Polícia Federal, Perito Criminal Federal, Censor Federal, Escrivão de Polícia Federal, Agente de Polícia Federal e Papiloscopista Policial Federal, conforme o Anexo I deste decreto-lei, com os encargos previstos na Constituição Federal e na legislação específica.”

E o aludido Anexo I instituiu como classe inicial do Grupo Polícia Federal, da Carreira Polícia Federal, o Padrão I da Segunda Classe, em correlação às antigas referências de 5 a 12, aglutinando-as todas num mesmo patamar.

A Segunda Classe restou assim disposta:

Referência	Padrão	Classe
16	V	Segunda
15	IV	
14	III	
13	II	
5 a 12	I	

Com isso, unificou-se o Grupo Polícia Federal, composto pelos Peritos Criminais, pelos Técnicos de Censura e pelos Delegados de Polícia Federal, tendo todos os cargos do Grupo início no Padrão I da Segunda Classe.

Entenderam, todavia, os Peritos Criminais e os Técnicos de Censura que dita aglutinação, a par de injusta, feriu seus direitos já adquiridos em face das promoções que haviam auferido antes da edição do Decreto-Lei n. 2.251/1985.

É que os Peritos e Censores já haviam sido beneficiados com diversas alterações no posicionamento de suas respectivas carreiras, com conseqüentes

aumentos vencimentais, tendo a nova lei posicionado, indevidamente, no mesmo nível da carreira, servidores recém-empossados e servidores que já há tempos se dedicavam à função.

Ajuizaram, assim, ação ordinária, alegando, para tanto, que, quando da alteração no posicionamento inicial do cargo de Delegado da Polícia Federal, realizado por força do Decreto-Lei n. 1.732, de 20 de dezembro de 1979, foram consideradas as promoções anteriormente concedidas, respeitando o posicionamento anterior de cada um na carreira. Concluem, assim, que agora possuem o mesmo direito que, segundo sustentam, estaria assegurado no art. 10 do Decreto-Lei n. 2.251/1985:

“Art 10. Ficam asseguradas a todos os ocupantes dos cargos da Carreira Policial Federal as gratificações, indenizações e vantagens atualmente concedidas aos integrantes do Grupo Polícia Federal (PF-500), aplicando-se as mesmas bases de cálculo e percentuais ou valores para a respectiva classe a que pertença o funcionário.”

Ocorre, entretanto, que, a despeito de se haver concedido o pretendido reposicionamento no REsp n. 136.225-DE, o art. 10 do Decreto-Lei n. 2.251/1985 não possui o elastério interpretativo que pretendem os servidores e que lhe conferiu o Tribunal **a quo**.

Com efeito, o dispositivo invocado limita-se a estabelecer que os demais integrantes da Carreira Policial Federal, a saber, Escrivão de Polícia Federal, Agente de Polícia Federal e Papiloscopista Policial Federal, terão os mesmos direitos concedidos aos integrantes do Grupo Polícia Federal, composto pelos Delegados de Polícia Federal, Peritos Criminais Federais e Censores Federais. Nada mais.

Ininvocável, portanto, na espécie, o art. 10 do Decreto-Lei n. 2.251/1985, visando à obtenção de reposicionamentos outros na carreira, diversos do especificado no Anexo I daquele diploma legal, inexistindo, na espécie, violação a direito dos recorrentes, por indubitado que inexistente direito adquirido a regime jurídico, máxime em se considerando que, **in casu**, não ocorreu decesso remuneratório.

Nesse sentido:

“Constitucional. Administrativo. Funcionário público. Carreira de assistente social. Lei n. 7.341/1985. Reposicionamento. Direito. Inexistência.

— O regime jurídico estatutário não tem natureza contratual, em razão do que inexistente direito à imutabilidade de situação funcional, sen-

do lícito à Administração proceder a reestruturação orgânica de seus quadros funcionais, respeitado o princípio constitucional da irredutibilidade de vencimentos.

— A Lei n. 7.341/1985, que ampliou a estrutura ao quadro de Assistente Social, não promoveu qualquer tipo de transformação ou reclassificação de cargos na escala funcional, preservando as mesmas referências existentes anteriormente, o que não autoriza o reposicionamento dos servidores no último nível funcional criado.

— Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 196.748-RJ, Relator Ministro Vicente Leal, *in* DJ 05.04.1999)

“Constitucional. Administrativo. Funcionários públicos ativos. Auditores fiscais do Estado do Ceará. Lei n. 12.582/1996. Reclassificação funcional. Possibilidade. Princípio da irredutibilidade de vencimentos. Observância.

— A ordem constitucional confere à Administração Pública poder discricionário para promover a reestruturação orgânica de seus quadros funcionais, com a modificação dos níveis de referências das carreiras para realizar correções setoriais, desde que respeitado o princípio constitucional das irredutibilidade de vencimentos.

— A Lei n. 12.582/1996, conquanto tenha alterado a nomenclatura, as classes e as referências do Grupo TAF, de modo a promover uma reclassificação de cargos na escala funcional, não acarretou qualquer decréscimo remuneratório para os servidores em atividade que, em razão disso, não têm direito adquirido em permanecer na última referência do novo modelo.

— Recurso ordinário desprovido.” (ROMS n. 9.341-CE, Relator Ministro Vicente Leal, *in* DJ 18.12.2000)

Gize-se, por outro lado, que, diversamente do reposicionamento ora questionado, efetuado pelo Decreto-Lei n. 2.251/1985, no reposicionamento outrora deferido aos Delegados, por força do Decreto-Lei n. 1.732/1979, cuidou a norma, ela mesma, de resguardar expressamente as promoções já conquistadas antes da modificação na carreira, como é da letra do seu art. 4º, alínea **b**, **verbis**:

“Art. 4º O Anexo IV dos Decretos-Leis ns. 1.525, de 28 de fevereiro de 1977, e 1.660, de 24 de janeiro de 1979, fica alterado na forma do correspondente Anexo deste decreto-lei.

a) a supressão e o deslocamento de referência não implicam que os servidores nela posicionados mudem de classe, sendo-lhes atribuída a referência inicial estabelecida no reescalonamento, excetuado o caso previsto no art. 3º desde decreto-lei;

b) *nas hipóteses do art. 3º e da alínea anterior, os aumentos por mérito obtidos pelo servidor, até a data da vigência deste decreto-lei, na categoria funcional a que pertença, serão aplicados desde a referência inicial em que ficar posicionado;*” (nossos os grifos).

E, inexistindo, **in casu**, disposição legal semelhante, aplicável à espécie, o deferimento da pretensão, nos moldes antes efetuados relativamente aos Delegados, resultaria em concessão de aumento pelo Poder Judiciário, sob o fundamento de isonomia, vedado pelo Enunciado n. 339 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, **verbis**:

“Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia.”

Nesse sentido:

“Recurso em mandado de segurança. Administrativo. Oficiais de gabinete do TJDF. Função comissionada. Reenquadramento. Equiparação com o STF. Impossibilidade. Aumento de remuneração. Vedação da Súmula n. 339-STF. Lei n. 9.607/1998. Restrição ao quadro de pessoal do STF. Precedente.

A providência requerida implica verdadeiro reenquadramento e conseqüente aumento de vencimentos dos respectivos cargos, sendo inviável em sede mandamental e, ainda, em razão da vedação da Súmula n. 339-STF.

A Lei n. 9.607/1998, que teria procedido ao enquadramento da FC-06 para os ocupantes de cargo de Oficial de Gabinete do Supremo Tribunal Federal, aplica-se tão-somente no âmbito daquela Corte, não podendo ser estendida a outros Tribunais.

Precedente (RMS n. 11.721-DF, Relator Ministro Vicente Leal).

Recurso desprovido.” (RMS n. 11.989-DF, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, **in** DJ 27.05.2002)

Pelo exposto, dou provimento ao recurso para julgar improcedente o pedido.

Honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atribuído à causa, na forma do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

É o voto.” (Fls. 226/234)

Todavia, estão os embargante em que o acórdão recorrido incidiu em erro material, aduzindo, para tanto, que:

“(…)

Ocorre, porém, que o art. 1º do DL n. 2.251/1985, aliás, transcrito no v. acórdão (fl. 230), insere na Carreira Polícia Federal *todos* estes cargos, i.e., *Delegado, Perito Criminal, Técnico de Censura, Escrivão, Agente de Polícia e Papiloscopista Federal*.

(…)

Como visto, *todos* aqueles cargos estão incluídos na *Carreira Policial Federal*. Ora, o art. 10 do referido decreto-lei não se refere a Escrivão, Agente de Polícia ou Papiloscopista, mas a *todos* os ‘ocupantes da *Carreira Policial Federal*’, ou seja *aos cargos de Delegado, Perito, Censor, Escrivão, Agente de Polícia e Papiloscopista*.

(…)

Assim e ao contrário do que foi afirmado no v. acórdão, *as vantagens até então concedidas aos integrantes do Grupo Polícia Federal foram asseguradas não apenas aos Escrivães, Agentes de Polícia e Papiloscopista, mas também aos Delegados, Peritos e Censores*.

Daí é que, com todas as vênias, o v. acórdão incidiu em erro material, ao entender uma situação quando é outra que se afigura, erro este de extrema relevância na conclusão do v. acórdão.

Igual erro se verifica, **concessa venia**, na assertiva constante do v. acórdão de que estar-se-ia a cuidar de aumento sob o fundamento da isonomia, pois **in casu** não se cuida de aumento de vencimentos, que abrangeria todos, indistintamente, da mesma carreira ou categoria. No caso em tela trata-se apenas e tão-somente da aplicação de progressões *já obtidas* àqueles, e *somente àqueles* que as obtiveram.

(…)” (fls. 243/244).

Ocorre que, acerca do erro material, é de se ter em conta a letra do art. 463, inciso I, do Código de Processo Civil:

“Art. 463. Ao publicar a sentença de mérito, o juiz cumpre e acaba o ofício jurisdicional, só podendo alterá-la:

I - para lhe corrigir, de ofício ou a requerimento da parte, inexatidões materiais, ou lhe retificar erros de cálculo;”

Tem-se, assim, que, erro material, corrigível a qualquer tempo, é aquele decorrente de equívoco evidente, de erro datilográfico, aritmético, perceptível **primus ictus oculi**, senão vejamos:

“Processual Civil — Indenização — Honorários de advogado — Incidente de atualização de cálculo referente à aplicação do BTN à época — Erro material — Inocorrência — Violação aos preceitos da Lei Processual Civil não caracterizada — Prequestionamento ausente — CPC, art. 604 — Inaplicabilidade — Dissídio jurisprudencial não configurado.

(...)

*A regra do art. 463, I, do CPC não pode ser interpretada de forma ampliativa, extensiva, servindo para sanar apenas os equívocos evidentes, manifestos, óbvios que podem ser constatados **prima facie**.*

Divergência jurisprudencial que desatende as regras para sua comprovação não se presta a configurar o dissenso alegado.

Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 180.856-PR, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, **in** DJ 04.06.2001 — nossos os grifos)

“Processual Civil. Conta de liquidação. Erro material. Quando ocorre. CPC, art. 463, I. Interpretação.

I - Erro material é aquele perceptível **primu ictu oculi** e sem maior exame, a traduzir desacordo entre a vontade do juiz e a expressa na sentença. Não-caracterização, no caso.

II - Dissídio pretoriano não demonstrado.

III - Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 15.649-SP, Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, **in** DJ 06.12.1993)

Na espécie, ao que se tem, embora se alegue a existência de erro material, dele efetivamente não se cuida, nem tampouco de mero erro de fato, sendo certo, por outro lado, que, nos termos do art. 535 do Código de Processo Civil, os embargos declaratórios não se prestam à correção de eventual **error in iudicando**, frise-se, incorrente na espécie, que, por indubitado, somente pode ser sanado por meio do instrumento processual adequado.

Da simples leitura das razões dos embargos de declaração opostos, verifica-se que os embargantes, sob o pretexto de que o acórdão embargado teria incorrido em

erro material, têm o nítido propósito de obter o reexame da matéria versada nos autos, na busca de decisão infringente, pretensão manifestamente incabível em sede de embargos declaratórios, cujos limites encontram-se previstos no art. 535 do Código de Processo Civil.

No referente à alegada omissão, quanto à violação do princípio da hierarquia, é firme o entendimento em todo o constructo doutrinário e jurisprudencial no sentido de que as partes não podem inovar em sede de declaratórios, uma vez que estes não se prestam a novo julgamento da questão decidida.

In casu, ao que se tem dos autos, a questão da violação do princípio da hierarquia não se constituiu em objeto do acórdão recorrido, tampouco das contra-razões ao recurso especial, e somente foi trazida aos autos quando da oposição dos embargos de declaração, não havendo falar, por conseguinte, em omissão qualquer a ser suprida.

Outro não é o entendimento que se recolhe na doutrina, valendo, por oportuno, anotar a lição do mestre **José Carlos Barbosa Moreira**, que reforça a conclusão de que “Inexiste omissão suprível através dos embargos declaratórios se trata de matéria cuja apreciação dependia de provocação da parte, que não ocorreu.” (**In** “Comentários ao Código de Processo Civil”, Volume V, 8ª ed., p. 539).

Demais, a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é firme no sentido de que o magistrado não está obrigado a se pronunciar sobre todas as questões suscitadas, máxime quando já tiver decidido a questão sob outros fundamentos (cf. EDcl nos EDcl no REsp n. 89.637-SP, Relator Ministro Gilson Dipp, **in** DJ 18.12.1998), valendo acrescentar que “(...) Não cabe ao Tribunal, que não é órgão de consulta, responder a ‘questionários’ postos pela parte sucumbente, que não aponta de concreto nenhuma obscuridade, omissão ou contradição no acórdão, mas deseja, isto sim, esclarecimentos sobre sua situação futura e profliga o que considera injustiças decorrentes do **decisum** de inadmissibilidade dos embargos de retenção.” (EDcl no REsp n. 739-RJ, Relator Ministro Athos Carneiro, **in** DJ 12.11.1990)

Pelo exposto, rejeito os embargos.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 30.966-SP (2003/0179995-0)

Relator: Ministro Paulo Medina

Impetrante: Ordem dos Advogados do Brasil

Advogados: Luiz Fernando Sá e Souza Pacheco e outro

Impetrada: Terceira Câmara Criminal de Julho/2003 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Belmiro Hernandez

EMENTA

Penal e Processual. Exploração de prestígio. Ação penal. Justa causa. Materialidade. Prova. Inexistência. Trancamento. Possibilidade.

Evidenciada a inexistência de materialidade da conduta, uma vez que a única prova do suposto fato constitui a palavra da vítima, por ela mesma infirmada, cabível o trancamento da ação penal, por falta de justa causa.

Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido e Paulo Gallotti votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Brasília (DF), 27 de abril de 2004 (data do julgamento).

Ministro Paulo Medina, Relator

DJ 31.05.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Medina: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário, impetrado pela Ordem dos Advogados do Brasil em favor de Belmiro Hernandez, contra acórdão da Terceira Câmara Criminal de Julho/2003 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, prolatado nos autos do HC n. 424.074-3/0-00 (fls. 247/267).

O paciente responde a processo perante a 1ª Vara Criminal da Comarca de Guararapes-SP (Ação Penal n. 332/2002, da 1ª Vara Criminal de Guararapes-SP), porque denunciado como incurso nas penas do art. 357, parágrafo único, do Código Penal.

Narra o impetrante que a exordial foi recebida, encontrando-se o feito na fase instrutória (fl. 5).

Alega que é “flagrante, no entanto, a ilegalidade e injustiça da medida, com a submissão do paciente à humilhante condição de réu em processo penal por conduta claramente atípica”.

Requer o trancamento da ação penal, por falta de justa causa.

Opina o Ministério Público Federal pela concessão da ordem, sob o argumento de que “sobressai a ausência de indícios a caracterizar a materialidade do fato” (fls. 273/277).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Medina (Relator): o paciente foi denunciado pelo Ministério Público em exercício na Comarca de Guararapes-SP porque

“no dia 09 de maio de 2002, (...) solicitou a quantia de R\$ 166,00 em dinheiro, insinuando que a mesma se destinaria à Doutora Juíza de Direito desta Comarca, visando obter a liberdade provisória de seu filho André Luiz das Dores Ferreira”

Após relatar as circunstâncias do fato, narra a exordial (fl. 130):

“Assim, no dia dos fatos, o advogado Belmiro Hernandez esteve na casa de Odete das Dores e disse à mesma que precisava de R\$ 166,00, pois a Juíza havia dito que não dava mais para segurar André preso, pois já havia passado muito tempo.

Odete ainda perguntou ao agente Belmiro Hernandez se não havia como soltar André e depois acertarem, ao que Belmiro respondeu que não, pois teria que dar os R\$ 166,00 para a juíza, inclusive falando para Odete providenciar R\$ 150,00, que ele completaria com R\$ 16,00.

Belmiro Hernandez ainda disse a Odete que sem entregar o dinheiro para a juíza, esta não soltaria André, visto que o dinheiro seria o pagamento de uma taxa à juíza e que sem o dinheiro ele não conseguiria soltar o rapaz.”

É que o paciente, na qualidade de advogado, peticionou ao Juízo a liberdade provisória de André (fls. 147/149), concedida por decisão proferida em 17.05.2002 (fl. 158).

A Corte ordinária denegou a ordem sobretudo por entender necessário o revolvimento da prova condensada no bojo dos autos (fls. 247/267).

Conforme bem registrou o parecer ministerial, a denúncia assenta exclusivamente no primeiro depoimento da suposta vítima, Sr^a. Odete das Dores Oliveira (fls. 136/139), uma vez que as testemunhas não presenciaram o fato, sobre o qual sabem apenas aquilo que a própria D. Odete lhes dissera.

Em verdade, a denúncia foi oferecida em 21 de maio de 2002. No entanto, suas declarações foram retificadas em 02 de agosto de 2002, oportunidade em que declarou (fls. 183/184):

“... informa que ainda naquela oportunidade perguntou ao Dr. Belmiro se o dinheiro era para ele ou para a Juíza, tendo inclusive indagado ao mesmo se sem dar o dinheiro à juíza o seu filho não seria solto, oportunidade em que o Dr. Belmiro teria dito que faltava apenas o dinheiro para o rapaz ser solto; que assim, entendeu que o dinheiro pedido seria para a juíza; que lá no escritório o Dr. Belmiro esclareceu a ela que o dinheiro era para ele, para pagamento de seu trabalho, e não para a Juíza;...” (grifei)

O suporte fático da denúncia, que lhe conferira prova da materialidade do suposto delito, foi infirmado pela própria vítima, razão por que cabível o trançamento da ação penal, por falta de justa causa, mercê de prova bastante a definir o tipo.

A propósito, recolho o seguinte precedente desta Turma, ementado naquilo que interessa aqui:

“**Habeas corpus.** Direito Processual Penal e Direito Penal. Delitos contra a honra. Crime de imprensa. Procedimento especial. Inobservância. Preconceito de religião. Crime de ação pública. Ilegitimidade ativa da parte. Nulidade **ab initio**. Atipicidade objetiva e subjetiva do fato. Ocorrência. Trancamento da ação penal.

1. **Omissis.**

2. O art. 41 do Código de Processo Penal, estatuto de validade da acusatória inicial, em obséquio do direito de defesa, assegurado na Constituição da República, requisita a “exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol de testemunhas.”

3. *É indispensável ao regular exercício da ação penal que a queixa ou denúncia esteja fundada em um mínimo de prova, que lhe assegure a viabilidade.*

4. Não há falar em crime, se o fato imputado se oferece, de forma manifesta, atípico, objetiva e subjetivamente.

5. Os crimes de preconceito de cor, raça e religião são de ação pública.

6. Ordem concedida, para o trancamento da ação penal.”

(HC n. 28.375-SC, Relator o Ministro Hamilton Carvalhido, DJ 22.03.2004, p. 367)

Da Quinta Turma, recolho o seguinte aresto, proferido sobre situação similar:

“Criminal. HC. Crime contra as relações de consumo. Gerente de supermercado. Mercadoria em condições impróprias para o consumo. Trancamento da ação penal. Divergência entre fatos narrados pela suposta vítima e termos da denúncia. Imprestabilidade da prova técnica para comprovar materialidade. Ausência de justa causa evidenciada de plano. Viabilidade do *writ*. Ordem concedida.

Evidenciada a flagrante divergência entre os fatos narrados pela suposta vítima e os termos da denúncia oferecida contra o paciente, gerente do setor de perecíveis de um Supermercado, assim como a imprestabilidade da prova técnica produzida, para fins de constatação da materialidade do fato, sobressai a ausência de indícios suficientes para a caracterização do delito contra as relações de consumo ora apurado.

O **habeas corpus** presta-se para o trancamento de feito por falta de justa causa se, para a análise da alegação, não é necessário aprofundado exame acerca de fatos, indícios e provas.

Ordem concedida para trancar a ação penal movida contra o paciente.”

(HC n. 21.733-BA, Relator o Ministro Gilson Dipp, DJ 17.03.2003, p. 246)

Com efeito, verifica-se que a vítima, pressurosa em diligenciar a libertação de seu filho, confundiu-se, de sorte que, assentido o equívoco em depoimento espontâneo posterior, não subsiste a acusação.

Destarte, assiste razão ao Ministério Público Federal, pois não há como prosseguir a persecução criminal, ante a ausência de materialidade, à falta de elementos reveladores de que a quantia referida tenha sido destinada para o fim anteriormente declarado.

Posto isso, acolho o parecer ministerial e *concedo* a ordem.

HABEAS CORPUS N. 32.201-MG (2003/0221600-3)

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido

Impetrante: Sylvio Fausto de Oliveira

Advogado: José Virgílio de Oliveira Molinar

Impetrado: Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais

Paciente: Sylvio Fausto de Oliveira

EMENTA

Habeas corpus. Direito Processual Penal. Crimes contra a honra. Trancamento da ação penal. Descabimento.

1. Não há falar em trancamento da ação penal, quando a acusatória inicial, longe de inepta, mostra-se ajustada ao estatuto legal da sua validade (art. 41 do Código de Processo Penal), descrevendo, em todas as suas circunstâncias, o fato-crime imputado, de modo a ensejar, plenamente, o exercício do direito à ampla defesa, assegurado na Constituição da República.

2. O exame do **animus** do agente é estranho ao âmbito angusto do **habeas corpus**, mormente quando, em tema de crime contra a honra por meio da imprensa, os termos da carta publicada, ao revés de excluí-la, confirmam, **primus ictus oculi**, a tipicidade subjetiva dos fatos.

3. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Paulo Gallotti, Paulo Medina, Hélio Quaglia Barbosa e Nilson Naves votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 10 de agosto de 2004 (data do julgamento).

Ministro Hamilton Carvalhido, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: **Habeas corpus** contra a Primeira Câmara Mista do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais que, por maioria, denegou o *writ* impetrado por Sylvio Fausto de Oliveira, em causa própria, preservando a ação penal a que responde como incurso nas sanções dos delitos tipificados nos arts. 20, 21 e 22 da Lei n. 5.250/1967, em acórdão assim ementado:

“**Habeas corpus** — Imprensa — Crimes contra a honra — Trancamento da ação penal — Medida de exceção — Ausência de justa causa — Análise probatória — Via inadequada — Ordem denegada. Voto vencido.

Não se deve, no nascedouro da ação penal, decretar o trancamento de seu curso, se a denúncia descreve fato que, em tese, configura tipo penal. Somente após a depuração das circunstâncias, providência a ser efetivada durante a instrução criminal, é que se poderá afastar, ou não, a culpabilidade do paciente.

V.V - Ausente o dolo específico na conduta do agente que procura se defender e ao interesse público, não há tipicidade da conduta apurada, o que desautoriza a instauração de ação penal por falta de justa causa.” (Fl. 61)

Noticiam os autos que os crimes de injúria, calúnia e difamação imputados ao impetrante-paciente foram praticados contra a Promotora de Justiça da Comarca de Borda Mata, em razão da publicação, no Jornal Estado de Minas, de 07 de abril de 2002.

Estes, os fundamentos da impetração:

a) ausência de justa causa para a ação penal, pois “Pela simples leitura da carta publicada na seção ‘Carta à Redação’, escrita pelo paciente, simplesmente com **animus defendendi**, nota-se que ela não descreve nenhuma palavra ofensiva, portanto, nenhuma infração penal, não havendo necessidade de contraditório, nem exceção da verdade, para demonstrar aos Eméritos Ministros a flagrante falta de justa causa para o prosseguimento da ação penal.” (Fl. 6);

b) inépcia da denúncia, porquanto “obscura, vaga, sem a descrição de um fato típico determinado e concreto, como também não há uma palavra ofensiva ou injuriosa à honra da vítima (...)” (fl. 5).

Afirma, ainda, que “se as palavras inseridas na ‘carta’ não ridicularizam, humilham, achincalham, não agridem a honra da Promotora de Justiça, é evidente que essa imputação é atípica.” (Fl. 14).

Pugna, ao final, pelo trancamento da ação penal.

A liminar foi indeferida (fls. 78/79).

As informações estão à fl. 83 dos autos.

O Ministério Público Federal veio pela concessão da ordem em parecer assim ementado:

“**Habeas corpus** substitutivo. Crimes contra a honra. Lei de Imprensa. Atipicidade. Falta de justa causa. Precedentes. Parecer pelo trancamento da ação penal.” (Fl. 105)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Senhor Presidente, **habeas corpus** contra a Primeira Câmara Mista do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais que, por maioria, denegou o *writ* impetrado por Sylvio Fausto de Oliveira, em causa própria, preservando a ação penal a que responde como incurso nas sanções dos delitos tipificados nos arts. 20, 21 e 22 da Lei n. 5.250/1967, em acórdão assim ementado:

“**Habeas corpus** — Imprensa — Crimes contra a honra — Trancamento da ação penal — Medida de exceção — Ausência de justa causa — Análise probatória — Via inadequada — Ordem denegada. Voto vencido.

Não se deve, no nascedouro da ação penal, decretar o trancamento de seu curso, se a denúncia descreve fato que, em tese, configura tipo penal. Somente após a depuração das circunstâncias, providência a ser efetivada durante a instrução criminal, é que se poderá afastar, ou não, a culpabilidade do paciente.

VV - Ausente o dolo específico na conduta do agente que procura se defender e ao interesse público, não há tipicidade da conduta apurada, o que desautoriza a instauração de ação penal por falta de justa causa.” (Fl. 61)

Noticiam os autos que os crimes de injúria, calúnia e difamação imputados ao impetrante-paciente foram praticados contra a Promotora de Justiça da Comarca de Borda Mata, em razão da publicação, no Jornal Estado de Minas, de 07 de abril de 2002.

Estes, os fundamentos da impetração:

a) ausência de justa causa para a ação penal, pois “Pela simples leitura da carta publicada na seção ‘Carta à Redação’, escrita pelo paciente, sim-

plesmente com **animus defendendi**, nota-se que ela não descreve nenhuma palavra ofensiva, portanto, nenhuma infração penal, não havendo necessidade de contraditório, nem exceção da verdade, para demonstrar aos eméritos Ministros a flagrante falta de justa causa para o prosseguimento da ação penal.” (Fl. 6);

b) inépcia da denúncia, porquanto “obscura, vaga, sem a descrição de um fato típico determinado e concreto, como também não há uma palavra ofensiva ou injuriosa à honra da vítima (...)” (fl. 5).

Afirma, ainda, que “se as palavras inseridas na ‘carta’ não ridicularizam, humilham, achincalham, não agridem a honra da Promotora de Justiça, é evidente que essa imputação é atípica.” (Fl. 14)

Esta, a letra da exordial acusatória:

“(…)”

1. Consta da peça informativa, que, no dia 07.04.2002, *o denunciado*, no Jornal ‘O Estado de Minas’, o qual é editado e impresso nesta Cidade e Comarca de Belo Horizonte e distribuído para todo o Estado de Minas Gerais, caluniou, difamou e injuriou Maria Regina Cappelli.

2. Segundo consta, *o denunciado*, ao fazer veicular no referido jornal, mais precisamente na seção ‘*Cartas à Redação*’, com o título ‘*Correição Necessária*’, caluniou a vítima, imputando-lhe falsamente, a prática do crime de abuso de autoridade: ‘... Sua última arbitrariedade consistiu em dar-me voz de prisão, no interior de seu gabinete, tão-somente porque não me curvei à sua prepotência e abuso de poder...’

3. Ainda, no mesmo artigo, *o denunciado* difamou a vítima imputando-lhe fato ofensivo à reputação, com os seguintes dizeres: ‘*É uma vergonha para o Ministério Público de Minas o que a Promotora de Justiça da Comarca de Borda da Mata vem aprontando contra o povo dessa Cidade mineira...*’

4. *O denunciado* também injuriou a vítima, ofendendo-lhe a dignidade, quando a chamou de prepotente e autoritária, ao asseverar: ‘... *tão-somente porque não me curvei à sua prepotência e abuso de poder...*’

5. A vítima, Promotora de Justiça, foi ofendida em virtude do exercício de suas atribuições.

6. Representação às fls. 04/08 (art. 40, inciso I, **b**, c.c. o art. 23, inciso II, ambos da Lei n. 5.250/1967).

Assim sendo, estando o *denunciado* incurso nas sanções dos arts. 20, 21 e 22 da Lei n. 5.250/1967 c.c. o art. 23, inciso II, do mesmo Diploma Legal, na forma do art. 69 do Código Penal Brasileiro (...) (fls. 22/23).

Tem-se, assim, que a denúncia, diversamente do que sustenta o impetrante, se ajusta à norma de sua validade, descrevendo com suficiência fatos penalmente típicos (art. 41 do Código de Processo Penal), não havendo, por isso, falar inépcia, tanto quanto em atipicidade dos fatos, eis que os termos da carta publicada na imprensa não excluem eles mesmos, **primus ictus oculi**, a sua tipicidade subjetiva, antes a confirmam, incabendo, por certo, o pretendido trancamento da **actio poenalis**.

Para a certeza das coisas, veja-se o inteiro teor da publicação, **verbis**:

“É uma vergonha para o Ministério Público de Minas Gerais o que a promotora de justiça da Comarca de Borda da Mata vem aprontando contra o povo dessa Cidade mineira. Sua última arbitrariedade consistiu em dar-me voz de prisão, no interior do seu gabinete, tão-somente porque não me curvei à sua prepotência e abuso de poder. Temerosa de que o povo de Borda da Mata compareça na correição ordinária (dia 09 de abril), publicou apenas dois editais, deixando, porém, de indicar o local da correição. O pior de tudo é o corporativismo da Corregedoria do Ministério Público de Minas Gerais que, apesar do nosso requerimento para sanar essas irregularidades, não determinou à Promotoria que publique outro edital, indicando o endereço do local em que se dará a correição. Apelamos para o bom senso do corregedor, esperando que seja designado o local, bem como o afastamento da promotora da Comarca no dia da correição, evitando-se que ela venha coagir humildes cidadãos que desejam fazer reclamações.” (Fl. 25)

Anote-se, em remate, que o réu se defende dos fatos imputados e, não, da classificação jurídica que lhe atribui a acusação pública ou privada, valendo, a propósito, registrar da letra do art. 383 do Código de Processo Penal, **verbis**:

“Art. 383. O juiz poderá dar ao fato definição jurídica diversa da que constar da queixa ou da denúncia, ainda que, em consequência, tenha que aplicar pena mais grave.”

Pelo exposto, denego a ordem.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 33.535-SC (2004/0014900-6)

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido
Impetrantes: Eduardo de Moraes e outros
Impetrado: Tribunal Regional Federal da 4ª Região
Paciente: João Guilherme dos Santos Almeida
Sustentação oral: Guaraci Freitas, pelo paciente

EMENTA

Habeas corpus. Direito Penal. Crime de corrupção ativa. Inca-
racterização. Inocorrência.

1. O delito de corrupção ativa pode ser praticado por interposta
pessoa, não requisitando, necessariamente, para o seu aperfeiçoamento,
em hipóteses tais, que a pessoa, por intermédio da qual o agente oferece
ou promete a vantagem indevida a funcionário público, adira à sua von-
tade no crime já em execução, convertendo-se em autor.

2. O agente que, valendo-se das atribuições de assessor do funcio-
nário, promete ou oferece vantagem indevida, para determiná-lo a prati-
car, omitir ou retardar ato de ofício, comete crime de corrupção ativa,
tipificado no art. 333 do Código Penal.

3. Não transmitida a proposta ao funcionário pelo assessor, carac-
terizada fica a tentativa do delito.

4. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas,
acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unani-
midade, denegar a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro-
Relator. Os Srs. Ministros Paulo Gallotti, Paulo Medina, Hélio Quaglia Barbosa e
Nilson Naves votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Minis-
tro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 05 de agosto de 2004 (data do julgamento).

Ministro Hamilton Carvalhido, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: **Habeas corpus** contra a Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que, denegando *writ* impetrado em favor de João Guilherme dos Santos Almeida, preservou a ação penal a que responde como incurso na sanção do delito tipificado no art. 333 do Código Penal, em acórdão assim ementado:

“**Habeas corpus**. Trancamento de ação penal. Ausência de justa causa não configurada.

1. Se não restou demonstrada a ausência de justa causa, incabível o trancamento da ação penal.

2. Ordem de **habeas corpus** denegada.” (Fl. 524)

Consta dos autos que o paciente, em concurso com Altair Acorde, por intermédio do assessor parlamentar Celso Geraldo Antunes Meneghel, teria oferecido vantagem indevida ao Senador da República Geraldo Althoff, Relator, à época, da CPI do Futebol, para que “não apontasse ilícitos, tampouco concluísse pela responsabilização dos implicados em falcatruas do futebol, patrimônio cultural nacional, especialmente as pessoas vinculadas à Confederação Brasileira de Futebol — CBF, a exemplo de seu Presidente Ricardo Teixeira.” (Fl. 5)

A impetração está fundada na falta de justa causa para a ação penal, em razão da atipicidade da conduta do paciente, eis “que somente poderá restar caracterizado o delito de corrupção ativa, por interposta pessoa, se esta aceitar, previamente, o ajuste com o corruptor e seguir em frente na trama delituosa, com o oferecimento da vantagem indevida ao servidor público com atribuições para ‘praticar, omitir ou retardar ato de ofício.’” (Fl. 8)

E ainda que “o oferecimento verbal de vantagem indevida a uma interposta pessoa, que **não** propõe ao destinatário da oferta o benefício ilícito, é um mero ato preparatório, impunível em sede criminal.” (Fl. 11)

Pugnam, ao final, pelo trancamento da ação penal, por falta de justa causa. Liminar indeferida (fls. 518/520).

As informações estão às fls. 523/527 dos autos.

O Ministério Público Federal veio pela denegação da ordem (fls. 529/534).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Senhor Presidente, **habeas corpus** contra a Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que,

denegando *writ* impetrado em favor de João Guilherme dos Santos Almeida, preservou a ação penal a que responde como incurso na sanção do delito tipificado no art. 333 do Código Penal, em acórdão assim ementado:

“**Habeas corpus.** Trancamento de ação penal. Ausência de justa causa não configurada.

1. Se não restou demonstrada a ausência de justa causa, incabível o trancamento da ação penal.

2. Ordem de **habeas corpus** denegada.” (Fl. 524)

Consta dos autos que o paciente, em concurso com Altair Acorde, por intermédio do assessor parlamentar Celso Geraldo Antunes Meneghel, teria oferecido vantagem indevida ao Senador da República Geraldo Althoff, Relator, à época, da CPI do Futebol, para que “não apontasse ilícitos, tampouco concluisse pela responsabilização dos implicados em falcaturas do futebol, patrimônio cultural nacional, especialmente as pessoas vinculadas à Confederação Brasileira de Futebol — CBF, a exemplo de seu Presidente Ricardo Teixeira.” (Fl. 5)

A impetração está fundada na falta de justa causa para a ação penal, em razão da atipicidade da conduta do paciente, pois o assessor parlamentar recusou-se a levar a proposta ao Senador Geraldo Althoff.

A impetração está fundada na falta de justa causa para a ação penal, em razão da atipicidade da conduta do paciente, eis “que somente poderá restar caracterizado o delito de corrupção ativa, por interposta pessoa, se esta aceitar, previamente, o ajuste com o corruptor e seguir em frente na trama delituosa, com o oferecimento da vantagem indevida ao servidor público com atribuições para ‘praticar, omitir ou retardar ato de ofício’.” (Fl. 8)

E ainda que “o oferecimento verbal de vantagem indevida a uma interposta pessoa, que *não* propõe ao destinatário da oferta o benefício ilícito, é um mero ato preparatório, impunível em sede criminal.” (Fl. 11)

Está, na letra da inicial, a síntese fática:

“(…)

Impende registrar, inicialmente, que a peça vestibular estribou-se no Inquérito Policial n. 503/2001, decorrente da iniciativa do assessor parlamentar, o qual, ao receber a pretensa proposta, consoante se verifica na portaria que instaurou a inquisição e no trecho do depoimento do assessor, procurou, de imediato, o Senador Geraldo Althoff e *relatou* o evento que teria ocorrido no Hotel San Silvestre, na Cidade de Tubarão. Leia-se:

‘Considerando que chegou ao seu conhecimento, através do depoimento do Sr. Celso Geraldo Antunes Meneghel, possível crime de corrupção envolvendo a CPI do Futebol’ (doc. n. 01, fl. 88, grifamos);

‘Que de imediato procurou o Senador Geraldo Althoff e lhe relatou o ocorrido; que S. Ex^a., de pronto, entrou em contato com esta Superintendência e foi combinado este depoimento’ (doc. n., fl. 91, grifamos).

Com assento nestes elementos coligidos na inquisa, o subscritor da inicial acusatória afirma que o paciente teria oferecido vantagem indevida, por intermédio do funcionário público federal Celso Geraldo Antunes Meneghel, Assessor Parlamentar do Exm^a. Senador da República (doc. n. 01, fl. 26, trecho da denúncia, grifos nossos) para que o Relator da CPI do Futebol não envolvesse dirigentes ligados à Confederação Brasileira de Futebol em ‘falcatruas’ no seu relatório final.

Portanto, três proposições serão consideradas, para os presentes fins, incontroversas:

a) a oferta de vantagem indevida foi feita à interposta pessoa (assessor parlamentar Celso Geraldo Antunes Meneghel);

b) a interposta pessoa não aderiu à oferta do corruptor; tanto que, ‘de imediato, procurou o Senador Althoff e lhe relatou o ocorrido’ (doc. n., fl. 91, trecho do depoimento do assessor parlamentar);

c) por fim, o único funcionário público que poderia ‘praticar, omitir ou retardar ato de ofício’ (art. 333 do Código Penal), ou seja, não envolver pessoas ligadas a entidades desportivas em ‘falcatruas’ no relatório final da CPI do Futebol, era o então Senador Geraldo Althoff, Relator da Comissão e quem efetivamente assinou o mencionado relatório.

(...)” (fls. 6/8).

Denego a ordem.

É este o tipo inserto no art. 333 do Código Penal:

“Art. 333. Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício.”

Trata-se de crime formal, sendo seguro afirmar, à luz de todo o construto doutrinário a seu respeito, que o delito de corrupção ativa pode ser praticado por interposta pessoa, não requisitando, necessariamente, para o seu aperfeiçoamento, em hipóteses tais, que a pessoa, por intermédio da qual o agente oferece ou promete a vantagem indevida a funcionário público, adira à sua vontade no crime já em execução, convertendo-se em autor.

Com precisão, preceitua **Heleno Cláudio Fragoso, verbis:**

“(…)

A vantagem deve ser oferecida a funcionário público e não a terceiro (amigo ou parente) (cf. **Paul Logoz**, ‘*Commentaire*’ p. 670). *Não se exclui, porém, que o crime possa ser praticado através de outra pessoa, de quem o agente se aproveite para realizar o oferecimento ou fazer a promessa.* Tal pessoa, agindo com conhecimento de causa, será partícipe do crime.

(…)” (**in** “Lições de Direito Penal”, parte especial, 2ª ed., Volume IV, p. 1.168, 2ª ed., Bushatskie, São Paulo, 1965 — nossos os grifos).

Busca, contudo, apoio o impetrante no magistério de **Nelson Hungria**, quando afirma ser “(…) indiferente que a oferta ou promessa seja feita ao funcionário pelo corruptor diretamente ou **per interpositam personam**, devendo notar-se, porém, que se o terceiro aliciado para corromper o funcionário não cumpre a missão, será admissível a própria tentativa (aplicando-se, tão-somente, o art. 27)” (**in** “Comentários ao Código Penal”, Editora Forense, volume IX, p. 430).

A invocada lição de **Hungria** em nada prestigia a tese do impetrante, porque se refere, de modo evidente, aos casos em que o terceiro adere à vontade criminosa do agente, fazendo-se autor, com a incumbência da realização da conduta típica. Por isso, enquanto não age, não há crime em execução.

In casu, repise-se, a proposta de vantagem indevida foi feita através de assessor, que, sem aderir à vontade criminosa do agente, transmitiu-a ao funcionário destinatário, fazendo-se manifesta a consumação do delito.

Pelo exposto, denego a ordem.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 34.470-SP (2004/0040455-9)

Relator: Ministro Paulo Medina

Impetrante: Olavo Domingos Nogueira — Procuradoria da Assistência Judiciária

Impetrado: Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo

Paciente: Jefferson dos Santos Silva (preso)

EMENTA

Penal e Processo Penal. Roubo circunstanciado. Regime inicial.

O regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade deve considerar, além da quantidade da pena aplicada (§ 2º do art. 33 do CP), as condições pessoais do réu (§ 3º do art. 33 c.c. o art. 59 do CP), sendo vedado, em regra, avaliar apenas a gravidade genérica do crime.

Não cabe o regime inicial fechado, se a quantidade da pena imposta pela sentença permite que seja estabelecido o semi-aberto e não se apontam circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu.

Ordem concedida, para garantir ao paciente iniciar o cumprimento da pena a que foi condenado no regime semi-aberto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Ressalvou entendimento diverso o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido, que fará declaração de voto. Os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido e Paulo Gallotti votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Brasília (DF), 15 de abril de 2004 (data do julgamento).

Ministro Paulo Medina, Relator

DJ 23.08.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Medina: Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Jefferson dos Santos Silva, contra acórdão prolatado pela Oitava Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, nos autos da Apelação n. 1397585/7 (fls. 182/188).

O paciente foi condenado, em primeira instância, a cumprir pena de 6 (seis) anos, 6 (seis) meses e 12 (doze) dias de reclusão, em regime inicial fechado, com o pagamento de 28 (vinte e oito) dias-multa, em virtude da prática do delito previsto no art. 157, § 2º, I e II, c.c. o art. 71, ambos do Código Penal.

A Oitava Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo deu parcial provimento à apelação da defesa, apenas para reduzir a pena do paciente

para 6 (seis) anos e 5 (meses) de reclusão, além de 15 (quinze) dias-multa, mantendo o regime fechado para o início do cumprimento da pena.

Alega-se que o paciente está a sofrer constrangimento ilegal decorrente da imposição de regime prisional mais gravoso do que aquele ao qual faz jus, já que determinado unicamente em face da gravidade genérica do delito.

O Ministério Público Federal opina pela concessão da ordem (fls. 49/52).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Medina (Relator): O paciente foi condenado, em primeira instância, a cumprir pena de 6 (seis) anos, 6 (seis) meses e 12 (doze) dias de reclusão, em regime inicial fechado, com o pagamento de 28 (vinte e oito) dias-multa, em virtude da prática do delito previsto no art. 157, § 2º, I e II, c.c. o art. 71, ambos do Código Penal.

Assim se pronunciou o juízo sentenciante acerca do regime prisional:

“O regime inicial de cumprimento de pena é o regime fechado, face ao disposto no art. 33 do Código Penal, em que pese a menoridade do agente, porque crimes como os relatados nos autos são graves e exteriorizam a incapacidade, por parte de seus autores do imediato convívio social, em especial porque vêm intranquilizando a população ordeira e honesta dos grandes centros urbanos, certos de eventual impunidade.” (Fl. 26)

A Oitava Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo deu parcial provimento à apelação da defesa, apenas para reduzir a pena do paciente para 6 (seis) anos e 5 (meses) de reclusão, além de 15 (quinze) dias-multa, mantendo o regime fechado para o início do cumprimento da pena.

Assim se pronunciou aquela Corte quanto à fixação do regime prisional:

“O regime prisional eleito, o fechado para o desconto inicial da sanção privativa de liberdade, é adequado e merece ser prestigiado. A periculosidade do agente de roubo agravado é presumida, tratando-se, ademais, de infração que, pela sua reiteração, traz intranquilidade ao meio social e afronta a ordem pública, fazendo os seus autores por merecer resposta penal mais rigorosa.

Esta egrégia Câmara, em inúmeras oportunidades, tem proclamado que o regime fechado é o único aplicável a autor de roubo, ainda que primário o agente e independentemente da quantidade da pena aplicada (HC n. 354.728/1, Ap n. 1.183.025/6 e Ap n. 1.205.473/2).

Nessa linha de entendimento, o excelso Supremo Tribunal Federal, em julgado recente, deixou assentado que ‘a periculosidade do agente, revelada pela prática do crime de roubo qualificado pelo uso de arma e concurso de pessoas, pode constituir motivação para fixação do regime inicial fechado. A pena-base e o regime prisional têm finalidades distintas, ainda que fixados com utilização dos mesmos critérios: na aplicação da pena vela-se unicamente pela dosagem da reprimenda, enquanto que na fixação do regime objetiva-se tanto a reeducação do agente como a segurança da sociedade. A lei desatrela a pena aplicada do regime prisional, ainda que fundados nos mesmos critérios, ao impor o regime fechado ao condenado à pena privativa de liberdade superior a oito anos de e ao facultar o regime semi-aberto ao condenado à pena de quatro a oito anos (CP, art. 33, § 2º, **a** e **b**), de forma a permitir que o Juiz, levando em conta a periculosidade do agente à segurança da sociedade imponha regime prisional adequado’ (HC n. 75.663-8 — São Paulo, Relator Ministro Maurício Corrêa, DJ 27.04.2001, p. 59).” (Fls. 40/41)

São critérios informadores da fixação do regime prisional inicial a quantidade da pena e a existência de reincidência (CP, art. 33, § 2º), e as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal (CP, art. 33, § 3º).

Vê-se, no caso, que as circunstâncias judiciais não foram analisadas desfavoravelmente ao paciente, sendo, por isso, fixada a pena-base no mínimo legal.

A fixação do regime prisional inicialmente fechado considerou a gravidade abstrata do crime e, por conseqüência, a presumida periculosidade do agente.

Não foram apontadas circunstâncias objetivas capazes de ensejar a imposição de tal regime, razão pela qual não deve o mesmo persistir.

Destaco, a propósito, o seguinte precedente, de minha relatoria:

“Penal e Processual Penal — **Habeas corpus** — Roubo qualificado pelo concurso de agentes, emprego de arma de fogo e contrição da vítima — Participação — Regime inicial.

Na determinação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade deve-se considerar, além da quantidade da pena aplicada (§ 2º do art. 33 do Código Penal), também as condições pessoais do réu (§ 3º do art. 33, c.c. o art. 59 do CP).

A simples presunção de periculosidade em razão da natureza abstrata do delito não enseja a fixação de regime inicial mais gravoso, quando a quantidade da pena imposta permite seja estabelecido o regime semi-aberto.

Writ concedido para fixar o regime semi-aberto.” (HC n. 25.709-SP, Relator o Ministro Paulo Medina, DJ 05.05.2003, p. 323)

No mesmo sentido, confira-se:

“Penal. **Habeas corpus**. Roubo qualificado. Condenação. Réu primário, sem antecedentes. Regime prisional.

— A fixação do regime prisional integra o processo de individualização da pena, regulando-se pela compreensão sistemática do art. 33, § 2º, e do art. 59, ambos do Código Penal, com integração do critério do **quantum** da pena e o critério pertinente às circunstâncias judiciais.

— É de rigor a fixação do regime prisional semi-aberto na hipótese de condenado não reincidente, com pena inferior a 8 anos, sem registro de circunstâncias judiciais desfavoráveis, sendo descabida a imposição de regime fechado apenas em razão da gravidade do delito.

— **Habeas corpus** concedido.” (HC n. 22.120-SP, Relator o Ministro Vicente Leal, DJ 17.02.2003, p. 374)

Portanto, estando o regime mais gravoso assentado apenas na gravidade genérica do delito e na presumida periculosidade do paciente, de rigor a concessão do regime mais favorável, eis que a pena fixada enquadra-se nos parâmetros inscritos na legislação penal pertinente e não se apontam circunstâncias judiciais desfavoráveis ao mesmo.

Posto isso, *concedo* a ordem, para garantir ao paciente iniciar o cumprimento da pena a que foi condenado no regime semi-aberto.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: Senhores Ministros, sem que haja dissídio qualquer, como entendo e tenho decidido, é segura, no direito penal vigente, excluída a hipótese da alínea **a** do § 2º do art. 33 do Código Penal, a inexistência de relação necessária entre a quantidade da pena prisional e o regime inicial do seu cumprimento, restando, ao contrário, bem estabelecido que a pena-base prisional e o seu regime inicial, presididos, embora pela mesma norma, inserta no art. 59 do Código Penal devem ser estabelecidos distinta e fundamentadamente.

Nada impede, por conseguinte, que o Magistrado, fazendo consideração das circunstâncias que informam a individualização da pena prisional, insculpidas no art. 59 do Código Penal, a estabeleça no mínimo legal, à falta de agravante obrigatória e de causa de aumento, fixando, todavia, fundamentadamente, regime de cumprimento diverso do menos grave, sem que incorra em contradição qualquer, porque as circunstâncias individualizadoras da pena estarão, nos casos apontados, a cumprir funções diversas, quais sejam, a do estabelecimento da quantidade da pena e a do regime que presidirá inicialmente o seu cumprimento.

Não há como aceitar em casos tais a tese, que vem sendo esposada em vários julgados, de que, pura e simplesmente, a *pena-base* fixada no mínimo determina a imposição de regime menos grave previsto, porque ilegal e violadora da Constituição Federal, que impõem a individualização da pena.

Por igual, mostra-se-nos absolutamente incabível, nos casos em que o juiz acertada e fundamentadamente estabelece regime diverso do menos grave, mas fixa, erroneamente, a pena mínima, cassá-lo, atribuindo-se ao erro eficácia que não possui, para desconstituir o quanto de individualização acertada, legal e ajustada ao mandamento constitucional.

E dando seguimento a tal indevida relação necessária entre a quantidade mínima da pena e o regime de cumprimento menos rigoroso, se afirma também, para aplicá-la, serem favoráveis as circunstâncias de individualização da pena de prisão, nos casos de existência de causas de aumento, embora inexista entre essas causas e as circunstâncias do art. 59 do Código Penal qualquer distinção ontológica, por isso que não passam de circunstâncias de individualização de obrigatória consideração e aplicação pelo juiz, mas que, como ocorre com as circunstâncias agravantes genéricas, repita-se, em nada são distintas ontologicamente do elenco do art. 59 do Código Penal, estatuto da individualização judicial da pena de prisão.

Tudo parece resultar da equivocada interpretação do art. 68 do Código Penal, que é meramente instrumental às circunstâncias de individualização da pena genericamente elencadas no art. 59 do Código Penal.

É seguro, de resto, que a mandamental heróica não se presta à pretensão de reexame de mérito da pena, nem, constitucionalmente, este Superior Tribunal de Justiça.

Por outro lado, não é menos certo que a fundamentação das decisões do Poder Judiciário, tal como resulta da letra do inciso IX do art. 93 da Constituição da República, constitui-se em condição absoluta de sua validade e, portanto, pressuposto da sua eficácia, substanciando-se na definição suficiente dos fatos e do direito que a sustentam, de modo a certificar a realização da hipótese de incidência da norma e os efeitos dela resultantes.

Daí por que, reafirme-se, afora casos excepcionais de caracterizadas ilegalidades ou abuso de poder, fazem-se estranhos ao âmbito estreito e, pois, ao cabimento do **habeas corpus**, os pedidos de modificação ou de reexame do juízo de individualização da sanção penal, na sua quantidade e no estabelecimento do regime inicial do cumprimento da pena de prisão, enquanto requisitam a análise aprofundada dos elementos dos autos, referentes ao fato criminoso, às suas circunstân-

cias, às suas conseqüências, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade e aos motivos do agente, bem como ao comportamento da vítima.

Havendo, contudo, presunção indubitosa, estranha ao direito vigente, de que da natureza abstrata do crime deve deduzir-se a periculosidade do agente, conseqüencializando-se a dispensa de uma fundamentação efetiva e real na fixação do regime prisional mais rigoroso entre os admitidos, determinada pela lei penal e pela Constituição da República, impõe-se afirmar a caracterização de constrangimento ilegal, superável por **habeas corpus**.

Tal compreensão deu origem aos Enunciados n. 718 e 719 da súmula do Pretório excelso, respectivamente, **verbis**:

“A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.”

“A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.”

Pelo exposto, com essas ressalvas de entendimento, estou a acompanhar o voto do ilustre Ministro-Relator.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 35.361-PB (2004/0064798-4)

Relator: Ministro Paulo Medina

Impetrante: Aluísio Lundgren Corrêa Regis

Impetrada: Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba

Paciente: Ademar Leite Rodrigues Mangueira (preso)

Sustentou oralmente: Dr. Aluísio Lundgren Corrêa Regis, pelo paciente

EMENTA

Processo Penal. Prisão preventiva. Réu foragido. Sentença de pronúncia. Apresentação espontânea. Impedimento. Inexistência.

Nos termos do art. 317 do Código de Processo Penal, a apresentação espontânea do acusado não impede a custódia cautelar, nos casos em que a lei autoriza.

Quando afirmada necessária para evitar constrangimento a testemunhas e para assegurar a aplicação da lei penal, justifica-se a prisão preventiva do réu, também porque esteve foragido durante três anos e meio.

Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Nilson Naves, Hamilton Carvalhido e Paulo Gallotti votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido. Sustentou o Dr. Aluísio Lundgren Corrêa Regis pelo paciente.

Brasília (DF), 1ª de junho de 2004 (data do julgamento).

Ministro Paulo Medina, Relator

DJ 1ª.07.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Medina: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário impetrado em favor de Ademar Leite Rodrigues Madeira, contra acórdão da Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba que, por maioria, manteve, ao denegar a ordem, sua prisão preventiva, decretada em 07.07.2000, nos autos da Ação Penal n. 18/2000, da 1ª Vara da Comarca de Itapora-PB.

Alega o impetrante ser frágil a decisão que manteve a prisão decorrente da sentença de pronúncia, porque não mais afloram os requisitos legais que a lastreiam (fl. 6).

Afirma inexistente a necessidade da custódia por conveniência da instrução criminal e, quanto à garantia da ordem pública, assevera não subsistir a prisão preventiva, simplesmente por haver sido pronunciado por homicídio, pois não bastam, para tanto, o clamor público e a periculosidade **in abstracto** do agente (fls. 08/10).

Argúi que a fuga do réu, ora paciente, também não autoriza a segregação cautelar, porque “empreendida para não se sujeitar à prisão que se afigura ilegal” (fl. 11).

Aduz que ao acusado impôs-se a pecha de fugitivo e, a partir dessa premissa, assentou-se que criaria dificuldades à boa tramitação do processo criminal, mas esse fato mostra-se vazio, pois “a intenção de colaborar com a justiça e ver o deslinde da questão restou pacificada quando o mesmo logrou entregar-se” (fl. 20).

Refere parecer do Ministério Público favorável à revogação da prisão preventiva e entendimento jurisprudencial em suporte à sua convicção para requerer a concessão da ordem, com imediata expedição de alvará de soltura.

Por meio de petição avulsa (Protocolo n. 00060548), reitera os argumentos deduzidos no **habeas corpus** e requer liminarmente, o deferimento do pedido.

O Ministério Público Federal opina pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Medina (Relator): Ademar Leite Rodrigues Madeira, juntamente com outros três indivíduos, foi denunciado como autor intelectual do homicídio (art. 121, § 2^a, incisos I e IV, c.c. o art. 29, ambos do Código Penal) que vitimou Hermes Mangueira Diniz, no Município de Diamante-PB, em 19 de maio de 2000.

O Juiz da causa decretou sua prisão preventiva em 07 de julho de 2000, decisão que não logrou ser executada em face do paciente, porque já foragido (fls. 35/36).

Do **decisum** impugnado, recolho o seguinte excerto (fls. 37/38):

“Está-se diante do velho crime encomendado, com **fumos** políticos e indicando a participação de próceres locais, que possuíam, ou possuem, alguma relação com elementos das Polícias Militar e Civil, ingredientes que, misturados no mesmo cadinho, somente vêm a causar intranquilidade à população local.

Outra circunstância que evidencia o risco que representa para a ordem pública, a manutenção, por agora, do **status libertatis** dos indiciados José Williams Barros, Francisco de Assis Vieira de Lucena, o “Tico da Carmelita” e Ademar Leite Rodrigues Mangueira, é a sua condição de policiais, como demonstram os documentos de fls. 116 **usque** 118 (fichas funcionais da SSP-PB).

Ora, um crime possivelmente maquinado ou executado por policiais, a quem a sociedade confia sua segurança, bem demonstra o grau de risco que a ordem pública estaria a correr, sem a custódia cautelara. Se, como consta dos diversos depoimentos tomados, os indiciados “Tico de Carmelita”, José Williams e Ademar costumavam portar-se, no exercício de suas funções, ou mesmo

fora delas, como verdadeiros “capos”, portando-se como senhores de “cutelo e Baraço” da comunidade, em estreito contubérnio com a polícia local, justificava-se sobejamente o decreto prisional, pois em tal contextura, ninguém poderia sentir-se realmente seguro para dizer o que sabe, na fase judicial. *De ressaltar que a violência da pistolagem já de há muito campeava em Diamante, tomando, à guisa de amostragem, o atentado contra o irmão da vítima e os disparos efetuados contra a residência desta última.*

A insegurança seria tamanha, ao ponto de ser necessária a designação de Delegados Especiais para conduzir as investigações com a necessária isenção e operosidade, tal a tisa de comprometimento das autoridades locais, *demonstrado pela inibição da testemunha ouvida no termo de f. 18, em causar desagrado ao indiciado “Tico de Carmelita”, com o simples fato de prestar depoimento!*

Diante do exposto, acolho a representação formulada pelos Senhores Delegados e, em consequência, decreto a prisão preventiva dos indiciados Francisco de Assis Vieira de Lucena, o “Tico de Carmelita”, Ademar Leite Rodrigues de Mangueira e José Williams Barros, todos bastante qualificados nos autos, bem como do também indiciado José Osman Belarmino da Silva, vulgo “Bode”, cuja prisão temporária converto em preventiva, devendo-se expedir, incontinenti, os respectivos mandados de prisão, na forma da lei.

Àqueles que ainda se encontrarem recolhidos, por força do decreto de prisão temporária, recomendo sua permanência no cárcere onde se encontrem. Aos que forem capturados, o seu pronto segregamento, enquanto perdurarem os motivos que impuseram a adoção da medida.”

Passados três anos, sobreveio sentença de pronúncia, proferida em 30 de junho de 2003, da qual destaco o seguinte trecho, relativo ao paciente:

“Conforme noticiam os autos, a vítima saiu de sua residência e, ainda na calçada, foi alvejada por duas pessoas armadas de espingarda e revólver, não tendo qualquer chance de defesa.

Na pronúncia não é permitido ao Magistrado tecer comentários acerca das circunstâncias legais do crime, tais como atenuantes e agravantes, causas especiais de aumento ou diminuição de pena. Estas competem ao libelo ou ao plenário, devendo o Tribunal do Júri, no momento oportuno, manifestar-se sobre cada uma delas.

Ante o exposto, julgo procedente a denúncia para pronunciar Ademar Leite Rodrigues Mangueira, anteriormente qualificado, dando-lhe como in-

curso nas sanções previstas pelo art. 121, § 2º, I e IV, do Código Penal Brasileiro, sujeitando-o a julgamento perante o Tribunal do Júri, desta Comarca, em reunião ordinária oportuna.

O acusado teve decretada sua prisão preventiva, sendo que até a presente data não foi capturado. Desta feita, renovem-se os mandados de prisão contra ele, para que aguarde preso o julgamento pelo Tribunal do Júri, consoante determina o art. 408, § 1º, do CPP.

Intimem-se, pessoalmente, o réu pronunciado desta decisão, nos termos do art. 313 do CPP.

O acusado postulou a revogação da custódia cautelar, indeferida nos seguintes termos (fls. 52/56):

“O fim almejado, por sua vez a época e que aliás permanece inalterado até os dias atuais — **periculum in mora** — era a necessidade de resguardar a aplicação da lei penal, pois, em casos tais, deve-se decretar a prisão preventiva do denunciado que se retira do distrito de culpa com a finalidade de se eximir das responsabilidades jurídicas de seus atos, eis que se não fosse desta forma, o feito ficaria parado **ad eterno**, impossibilitando-se a realização do plenário do júri, sem que o acusado tivesse qualquer interesse de atender aos chamados da Justiça, sendo, assim, sempre está presente um dos fundamentos da prisão preventiva, qual seja a fiel aplicação da Lei Penal.

A ausência do réu, mais que obstar a aplicação da lei, o que só seria possível após uma hipotética condenação, impede a regular tramitação do processo, com a necessária realização do julgamento.

[...]

Saliente-se, por oportuno, aliás, que o requerente, logo após o cometimento do ilícito, datado de 19 de maio de 2000, evadiu-se do local do crime, permanecendo como fugitivo até novembro de 2003, quando, depois da sentença de pronúncia, inesperadamente se apresentou em juízo.

Ora, como negar a visível probabilidade de novamente o acusado, em sendo posto em liberdade, impossibilitar a realização do plenário popular, através de sua fuga desta Comarca.

Impossível deferir a possibilidade se aguardar um julgamento em liberdade ao réu que passou 03 (três) anos e 06 (seis) meses sem ser localizado e decorrido apenas 02 (dois) meses de sua segregação já solicite revogação da prisão preventiva decretada desde 07 de junho de 2000.

Ademais, não se tem como acolher a tese defensiva de que a apresentação espontânea do réu foragido já configura sua manifesta intenção em colaborar com a justiça quebrando a base fundamental da prisão preventiva, sobretudo se o ilícito em questão é de extrema gravidade.

[...]

Por fim, não fossem suficientes todos os argumentos expostos para a manutenção da segregação cautelar, ainda estaria assegurada pela razão de que o crime imputado ao solicitante (art. 121, § 2º, incisos I e IV do CP) é crime considerado hediondo — art. 1º, inciso I, **in fine**, da Lei n. 8.072/1990 — e, conforme dispõe esta norma, em seu art. 2º, inciso II, é vedada a possibilidade de concessão de liberdade provisória aos crimes por ela indicados.”

Esta última decisão judicial foi mantida pela Câmara Criminal ora impetrada, em síntese, sob o seguinte convencimento (fl. 116):

“Com efeito, embora se verifique nos autos que o paciente se apresenta, em juízo, de forma voluntária, obviamente que as benesses decorrentes de tal instituto pressupõem um intuito de colaboração com as autoridades administrativas e judiciais na apuração de determinado delito. Ou seja, sua utilidade se manifesta quando o agente, ciente da necessidade de apuração de sua responsabilidade em fato antijurídico, facilita o trabalho do Estado, através de sua ida em tempo razoável às autoridades.

In casu, decretada a prisão preventiva do denunciado em 07 de novembro de 2000, o segregado somente compareceu em juízo em 27 de novembro de 2003, ou seja, mais de três anos após a materialização do acontecimento que lhe foi imputado. Logo, o fim máximo da apresentação espontânea, qual seja, a agilização do esquadramento penal, já restara por demais maculado, com o transcorrer de um tempo absurdo sem qualquer demonstração de interesse para com a integridade da justiça.

Não se pode conceber, assim, que alguém venha a ser beneficiado com um comparecimento realizado em período tão distanciado da concretização do evento a si atribuído, mormente quando este se caracteriza como crime qualificado contra a vida, pois flagrante a ausência do intento de primar pela celeridade no auxílio ao Poder Público.

[...]

Assim, ainda que o peticionário seja primário e tenha bons antecedentes, tais fatores carecem de robustez suficiente para desconstituir um cárcere cautelar, quando este se mostra imperioso, frente aos elementos concretos supra-mencionados.”

Com efeito.

Observo, de início, que não é correta a assertiva do paciente, no sentido de que sua fuga também não autoriza a segregação cautelar, porque “empreendida para não se sujeitar à prisão que se afigura ilegal” (fl. 11).

É que tal decreto foi submetido ao crivo desta Corte no julgamento do HC n. 17.137-PB, ocasião em que a Sexta Turma, acompanhando o voto do Sr. Ministro Fontes de Alencar, Relator do feito, houve por bem não conhecer da impetração, em acórdão assim ementado:

“Habeas corpus.

— Caso não conhecido como substitutivo de recurso ordinário, porque intempestivo.

— Como originário traz matéria não apreciada pelo Tribunal de origem. Não-conhecimento.”

Logo, se ao não conhecer do *writ*, deixou a Turma de conceder, de ofício, ordem para revogar a custódia, não há como dizer de sua ilegalidade.

De outra parte, é certo que ao réu não se exige contribuir para a própria condenação, razão pela qual a fuga não é, em si mesma, fato penalmente relevante, em relação ao condenado.

Com efeito, cabe ao Estado, no exercício do **jus puniendi**, agir no sentido de submeter o acusado a julgamento em tempo hábil, de modo a evitar a prescrição de tal direito.

Contudo, do mesmo modo que não se lhe exige tal contributo, não lhe cabe deduzir, três anos e meio depois do fato, período enquanto esteve foragido, intuito de colaborar com a justiça, posto que, além de irrazoável, não lhe assiste tal inferência, porquanto contraditória.

A propósito, recolho os seguintes julgados:

Habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. Prisão preventiva. Sentença de pronúncia. Art. 121, § 2º, incisos II e IV, c.c. o art. 14, II, e art. 129, **caput**, todos do Código Penal, e art. 10, III, da Lei n. 9.437/1997. Manutenção da custódia. Alegação de falta de justa causa para a manutenção do cárcere cautelar, desnecessidade da prisão cautelar e excesso de prazo para o julgamento pelo Tribunal do Júri. Decisão fundamentada. Inexistência de constrangimento ilegal.

“A ameaça a testemunhas pode ser suficiente para motivar a segregação provisória como garantia da instrução criminal. Ainda que encerrada a ins-

trução do feito, as testemunhas poderão ser inquiridas durante o julgamento pelo Tribunal do Júri. O próprio paciente está dando causa à demora no julgamento pelo Tribunal do Júri.”

Ordem denegada.”

(HC n. 31.663-ES, Relator o Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ 29.03.2004, p. 261)

“**Habeas corpus**. Prisão preventiva fundamentada. CPP, art. 312. Fuga do réu. Excesso de prazo não configurado. Atipicidade da conduta. Análise de fatos e provas. Impossibilidade.

1. Mostra-se devidamente fundamentado o decreto de prisão preventiva, justificado pela necessidade de se assegurar a aplicação da lei penal, quando o réu empreende fuga do distrito da culpa.

2. Não se reconhece excesso de prazo na conclusão da instrução de processo criminal, se a demora decorre da circunstância do réu ter permanecido foragido por três anos.

3. A atipicidade da conduta, para ser reconhecida em sede de **habeas corpus**, há de ser evidente, de modo a prescindir da apreciação detalhada de fatos e provas.

4. Ordem denegada.”

(HC n. 29.698-CE, Relator o Ministro Paulo Gallotti, DJ 05.04.2004, p. 333)

“Processual Penal — Tráfico de entorpecentes — Prisão preventiva — Necessidade — Excesso de prazo — Fuga do réu — Excesso justificado.

— Inexiste constrangimento ilegal na demora para o término da instrução criminal ocasionada pelo réu que empreendeu fuga do distrito da culpa, somente sendo encontrado mais de 03 (três) anos depois. De outro lado, tal circunstância justifica o decreto prisional.

— Ordem denegada.”

(HC n. 24.621-SP, Relator o Ministro Jorge Scartezzini, DJ 24.03.2003, p. 254)

Após tanto tempo fugitivo, não milita em seu favor presunção de que esteja disposto a colaborar com a justiça, até porque será julgado perante o Tribunal do Júri, onde serão renovados os testemunhos e, portanto, como aponta o Magistrado, convém assegurar o desenvolvimento regular do processo.

Presentes os requisitos autorizadores da custódia cautelar, inexistente constrangimento ilegal a sanar.

Posto isso, *denego* a ordem.

HABEAS CORPUS N. 36.824-RR (2004/0099839-4)

Relator: Ministro Nilson Naves

Impetrante: Jaeder Natal Ribeiro

Impetrado: Tribunal Regional Federal da 1ª Região

Paciente: Saturno Cícero de Souza (preso)

EMENTA

Habeas corpus (cabimento). Matéria de prova (distinção).

1. Determina a norma (constitucional e infraconstitucional) que se conceda **habeas corpus** sempre que alguém esteja sofrendo ou se ache ameaçado de sofrer violência ou coação; trata-se de dar proteção à liberdade de ir, ficar e vir, liberdade indubitavelmente possível em todo o seu alcance.

2. Assim, não procedem censuras a que nele se faça exame de provas. Quando fundado, por exemplo, na alegação de falta de justa causa, impõe-se sejam as provas verificadas. O que se veda em **habeas corpus**, semelhantemente ao que acontece no recurso especial, é a simples apreciação de provas, digamos, a operação mental de conta, peso e medida dos elementos de convicção.

3. Admite-se, sem dúvida, **habeas corpus** que questione defeitos da sentença relativos aos seus requisitos.

4. Pedido originário do qual não se conheceu. Ordem, porém, expedida de ofício, a fim de que se julgue, na origem, o mérito da impetração.

ACÓRDÃO

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

midade, não conhecer da ordem, mas conceder o **habeas corpus** de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti e Hélio Quaglia Barbosa votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Paulo Medina. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 07 de dezembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Nilson Naves, Relator

DJ 06.06.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: A impetração sustenta a nulidade da sentença condenatória, porquanto careceria de exame das questões de fato e de direito; não se teria detido na análise da tese veiculada pela defesa. Aponta afronta ao art. 381, II, do Código de Processo Penal. Informa que, em requerimento análogo, em nome do atual paciente e de dois outros réus, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região já denegara a ordem, fê-lo de acordo com este voto:

“Como visto, a ordem impetrada pretende revolver os fatos objeto da instrução criminal, de sorte a substituir o próprio recurso de apelação.

Assim é que, pela via do *writ*, pretende impugnar testemunhos dos policiais federais inquiridos no Sumário, bem como valorar isoladamente declarações prestadas pela testemunha Eliziane de Castro Rabelo, além de argüir cerceamento de defesa pelo patrocínio de um mesmo defensor, muito embora não esclareça onde se situaria a indesejada contradição de interesses dos réus.

Contudo, apesar da possibilidade do manejo do *writ* para atacar decisão condenatória, a hipótese contempla somente aquelas situações que envolvam matéria eminentemente de direito, não se qualificando para reexame do material probatório ou mesmo para reparar possível injustiça quanto à pena aplicada.

É que o **habeas corpus** se apresenta como garantia constitucional à liberdade de locomoção, não se prestando para substituir o recurso próprio nos casos em que se pretenda proceder exame ou mesmo exclusão de provas, circunstância que está a demonstrar dúvidas quanto aos fatos.

Nessas condições, a ordem impetrada não deve prosperar eis que afastou-se dos limites estreitos da questão de direito que viabilizaria sua admissão, para mergulhar no conjunto probatório cuja análise deverá aguardar momento oportuno, em sede de apelação criminal.

Isto posto, denego a ordem impetrada.”

Prestadas as informações de praxe, o Subprocurador-Geral Wagner Natal, em nome do Ministério Público Federal, emitiu o seguinte parecer:

“Preliminarmente cumpre ressaltar que o acórdão proferido pela egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região não analisou o mérito do **habeas corpus** perante ela impetrado, ao argumento de que ‘apesar da possibilidade do manejo do *writ* para atacar decisão condenatória, a hipótese contempla somente aquelas situações que envolvem matéria eminentemente de direito, não se qualificando para reexame do material probatório ou mesmo para reparar possível injustiça quanto à pena aplicada’.

E completou afirmando que dever-se-ia aguardar o momento oportuno, qual seja, a análise da apelação criminal, para que fossem examinados os argumentos ali aduzidos. O andamento processual do recurso de apelação interposto pelo impetrante dá conta que o mesmo ainda não foi julgado, estando atualmente concluso ao Relator com parecer do Ministério Público Federal.

Dessa forma, verifica-se que o Tribunal **a quo** ainda não apreciou os temas trazidos à debate neste *writ*, nem em sede de **habeas corpus** nem em sede de apelação.

Assim, a análise do presente HC mostra-se totalmente inviabilizada, sob pena de incorrer na vedada supressão de instância.

Todavia, entendemos que as matérias aventadas pelo impetrante naquele *writ* não se remetem a questões fáticas e sim meramente de direito, eis que tratam de cerceamento de defesa (não-apreciação da tese da defesa quando da prolação da sentença) e nulidade do processo desde a inquirição da testemunha Eliziane Rabelo por não ter sido observada regra processual.

Sendo assim, ao nosso ver a matéria deve ser reconduzida à origem para novo julgamento, pois, como dito, se aqui decidido, incorrerá em a supressão de instância.

Com essa consideração, manifesta-se o Ministério Público Federal pelo não-conhecimento do *writ* e sugere a concessão da ordem de ofício para determinar o julgamento do mérito do **habeas corpus** impetrado na origem, como entender o Tribunal **a quo**.”

De acordo com informações colhidas na página oficial do Tribunal Regional Federal da 1ª Região em 16.11.2004, a Apelação Criminal n. 2003.42.00.002342-8 tinha como último andamento, em 09.06.2004, sua conclusão ao Relator com parecer do Ministério Público Federal.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): É fidelíssima ao que se decidiu a ementa que assim foi escrita para o acórdão do Tribunal Regional, ei-la em seus três pontos: (I) “a via do **habeas corpus** não se presta para apreciação de suposta nulidade da sentença quando for necessário o reexame do material probatório”; (II) “as questões suscitadas serão objeto de apreciação quando do julgamento do recurso de apelação”; (III) “ordem denegada”.

Tal a circunstância, tenho por exato o parecer do Ministério Público Federal, que aqui tomei por relatório.

Sempre nos lembrou **Pontes** a importância do **habeas corpus**, isso em decorrência de toda a matéria a que o instituto se refere, isto é, a liberdade de ir, ficar e vir (entre outras passagens pontianas, ver os “Comentários à Constituição de 1946”, p. 264 do tomo III). Escreveu **Hungria**, em 1960, na ementa do HC n. 37-921, o seguinte (RTJ-15/116): “**Habeas corpus**; sua concessão. De regra, em **habeas corpus**, não se reapreciam provas; mas uma coisa é reapreciar provas e outra, é reconhecer a imprestabilidade subjetiva de meios e órgãos de prova. Confissão extorquida pela violência, conforme reconhece o próprio acórdão confirmatório da pronúncia. Depoimentos prestados no inquérito policial e não reproduzidos em juízo. Conjecturas que, sem base alguma, não podem ser confundidas com indícios.” A ordem foi concedida.

Confira-se o que disse Victor Nunes no HC n. 42.697 (RTJ-35/517), a propósito das cláusulas “ilegalidade ou abuso de poder” (Constituição de 1946, art. 141, § 23) e “violência ou coação ilegal” (Código de Processo Penal, art. 647):

“Temos portanto, na Constituição e no Código, interpretados conjuntamente, duas noções de ilegalidade mais amplas do que a ilegalidade no sentido estrito, de violação de uma norma legal precisa, ou de dispensa de uma formalidade legal específica. Essas noções mais amplas de ilegalidade são o abuso de poder, que a Constituição menciona, e a falta de justa causa, que o Código de Processo Penal acolheu. Tanto o substantivo *abuso*, como o adjetivo *justo*, são noções que não têm delimitação precisa, exata, milimétrica, incumbindo à jurisprudência, no exame de cada caso, verificar se ocorre o pressuposto da causa justa para fundamentar a restrição imposta ao paciente, ou se, ao contrário, está configurado o abuso de poder, que a qualifica como coação ilegal.

(...)

Ora, formular uma acusação, de que resulte um processo penal, sem que haja os pressupostos de direito, como também os pressupostos de fato, para a

ação penal, é caso, sem dúvida, de uso irregular do poder de denúncia, embora nem sempre fácil de demonstrar.

(...)

Concedo, pois, a ordem, para excluí-lo da denúncia por peculato.”

Ou a tão feliz lembrança do histórico voto de Gonçalves de Oliveira no HC n. 41.296, a favor de Mauro Borges (RTJ-33/597):

“Com esse alto pronunciamento, penso estar perfeitamente justificada, sob o aspecto jurídico, a liminar concedida. Onde estiver a maldade e a injustiça, há de existir o remédio jurídico. *Where is wrong there is a remedy.*

(...)

... mas, prevenindo a jurisdição competente, conheço do **habeas corpus** e o defiro para que não possa a Justiça Comum ou Militar processar o paciente, sem o prévio pronunciamento da Assembléia Estadual...”

E mais: no HC n. 43.413 (RTJ-40/268) — para o qual Vilas Boas escreveu esta ementa: “**Habeas corpus** concedido a réu condenado por infração do art. 305 do Código Penal que, conforme as circunstâncias de fato reconhecido na própria sentença, não se caracterizou. Recurso ordinário provido” —, eis o que escreveu, em seu voto, Pedro Chaves:

“Sr. Presidente, V. Ex^a. começou o brilhante e douto pronunciamento como que se justificando do exame de provas. Mas, ao contrário de Vossa Excelência, acho indispensável o exame das provas, quando se trata de **habeas corpus** fundado na alegação de falta de justa causa. Não conheço outro processo lógico de apreendimento da verdade perante uma alegação, sem o exame das provas. O que a lei não permite, e o que a doutrina desaconselha, é a reabertura de um contraditório de provas, no processo sumaríssimo de **habeas corpus**. Mas, aquelas que vêm através de certidões, aquelas que são incontestáveis perante direito, têm de ser examinadas pelo juiz, porque, senão, este não chegará a saber se há ou não justa causa.

Gosto muito do exame dos fatos, Sr. Presidente. É um processo de raciocínio que sempre adotei. Nunca esboço uma questão de direito sem fazer um preâmbulo para enquadrar o fato.”

A minha compreensão das coisas, principalmente daquelas referentes ao Direito, sempre teve, a propósito do cabimento e do alcance do **habeas corpus**, reflexões semelhantes àquelas aqui lembradas, todas, como se viu, extraordinárias e mui sábias, dignas de registro, ontem, hoje e sempre. Por exemplo, quando fundado na alegação de falta de justa causa, impõe-se sejam as provas verificadas. O que

se veda em **habeas corpus**, semelhantemente ao que acontece no recurso extraordinário, é a simples apreciação de provas — operação mental de conta, peso e medida (consulte-se, por todos, a RTJ-32/703).

Do presente **habeas corpus** originário não conheço. Contudo expeço de ofício a ordem, determinado ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região que julgue o mérito do **habeas corpus** lá impetrado (**Habeas Corpus** n. 2004.01.00.015071-9).

HABEAS CORPUS N. 37.985-RS (2004/0123608-0)

Relator: Ministro Nilson Naves

Impetrante: Luís Carlos Rotta Filho

Impetrada: Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

Paciente: Mauro de Souza Maia (preso)

EMENTA

Instrução criminal. Defensor constituído/defensor nomeado. Alegações finais (defensor nomeado). Defesa (falta/deficiência).

1. As alegações são essenciais, sendo então vedado ao juiz sentenciar o processo sem providenciar o suprimento de eventual omissão do defensor.

2. Quando apresentadas pelo defensor nomeado para o ato as alegações, a nulidade ocorrerá apenas se forem elas deficientes. É a falta de alegações que implica a nulidade.

3. Caso, porém, em que o defensor público exerceu a contento a tarefa para a qual fora nomeado, não se podendo falar sequer de defesa deficiente. Súmula n. 523-STF

4. Em casos tais, impõe-se também, tornando o defensor constituído aos autos, que a nulidade seja de pronto suscitada.

5. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

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

midade, denegar a ordem de **habeas corpus** nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti e Hélio Quaglia Barbosa votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Paulo Medina. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 17 de março de 2005 (data do julgamento).

Ministro Nilson Naves, Relator

DJ 06.06.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: O paciente e outros réus foram condenados por sentença da 10ª Vara Criminal da Comarca de Porto Alegre, como incurso na Lei n. 6.368, de 1976 (art. 12, c.c. o art. 18, III). Da apelação apresentada pela defesa o Tribunal de Justiça não conheceu; deu provimento, no entanto, à do Ministério Público para elevar a pena privativa de liberdade a 5 (cinco) anos e 9 (nove) meses). Esta é a ementa do acórdão:

“01. Fato extintivo do poder de recorrer: deserção.

— O réu-apelante encontrava-se foragido. Não pode, assim, ser conhecido seu recurso, visto que não preenchido pressuposto recursal, qual seja o recolhimento do acusado à prisão antes do trânsito em julgado da sentença.

— Lição de **Julio Fabbrini Mirabete**.

— Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

02. Pedidos realizados pela defesa nas contra-razões.

— Os pedidos realizados pela defesa nas contra-razões de apelação (absolvição ou desclassificação do delito capitulado no art. 12 da Lei n. 6.368/1976 e aplicação de penas alternativas em relação ao delito mencionado) não têm passagem.

— O conhecimento dos pedidos, além de afrontar o princípio devolutivo, afrontaria também o princípio da igualdade de condições das partes; visto que ao Ministério Público não seria assegurado o mesmo tratamento. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

03. Da associação para o tráfico:

— Assim como ressaltado pelo ilustrado Procurador de Justiça, Dr. Eduardo Wetzel Barbosa, não há elementos suficientes nos autos para

embasar um juízo condenatório em relação ao delito de associação para tráfico (art. 14 da Lei n. 6.368/1976).

03. Dosimetria da Pena:

— Para dosimetria da pena adota-se o sistema trifásico. Lição de **Heleno Cláudio Fragoso**.

— Em relação à ‘reprovabilidade do fato punível praticado’, ressaltamos (a) que, a culpabilidade, na espécie, apresenta-se em grau intenso, (b) que, as conseqüências são graves e (c) que, as circunstâncias são desfavoráveis. Considerando as circunstâncias apontadas, tratando a espécie de ‘comércio odioso’, onde devem também ser considerados o tipo e a quantidade de droga para fins de fixação da pena, temos que a pena-base não foi fixada em **quantum** suficiente para a reprovação do delito e prevenção do crime. Resta, assim, a pena privativa de liberdade fixada, definitivamente, 05 (cinco) anos de reclusão [pena-base: 05 anos de reclusão. Majorante (art. 18, III): 9 meses (inalterada)].

04. Regime de cumprimento da pena: integral fechado. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. Voto vencido.”

Na petição enviada ao Superior Tribunal, em nome do réu Mauro de Souza Maia, alegou o impetrante o seguinte:

“No tríduo legal, o defensor constituído apresentou defesa prévia (fl. 259 dos autos), juntamente com a defesa do co-réu Lauro.

Aberto prazo do art. 500 do CPP, o Ministério Público apresentou razões finais *devidamente fundamentadas*, propugnando pela procedência da denúncia. A defesa até então constituída, por sua vez, deixou de apresentar alegações finais, conforme se verifica à fl. 377, sendo então as mesmas ofertadas, às fls. 355/364 pela Defensoria Pública, *contudo sem força de opor-se a pretensão acusatória*, uma vez que, demasiadamente inexpressiva. Razão pela qual, a defesa, ora constituída, insurge-se requerendo a nulidade do processo a partir das alegações finais, tendo em vista que a oferta das razões finais da defesa de Mauro de Souza Maia equivale, neste caso, a sua ausência.

A sentença veio às fls. 366 e seguintes, no qual restou condenado o réu, de forma a evidenciar o enorme prejuízo advindo da inexpressiva alegação final apresentada em favor da mesma.

Diante de todo o supra-exposto, manifesta é a nulidade do processo por manifesta ausência de defesa e ofensa aos princípios constitucionais que regem o devido processo legal, sobretudo o da ampla defesa.”

E o impetrante formulou estes pedidos:

“a) Seja deferida a medida liminar para fazer cessar a ilegalidade quanto à nulidade exposta, bem como determinar fique em suspenso o trânsito em julgado da sentença condenatória imposta a Mauro de Souza Maia, até o julgamento da presente ordem;

b) Ao final no mérito, seja julgado procedente o presente *writ* para o fim de declinar ilegal a subsistência da sentença condenatória, tornando nulo o processo a partir da abertura do prazo disposto no art. 500 do CPP, especialmente pela ausência de defesa e observância dos princípios constitucionais, primando-se sobretudo pela necessidade de extrema justiça.”

Indeferi o pedido de liminar e pedi parecer ao Ministério Público Federal, que se manifestou pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): Informa o impetrante que não desconhece a Súmula n. 523 do Supremo e nos conta que, “no caso destes autos, foram oferecidas alegações finais pela Defensoria Pública, ante a ausência do defensor constituído. Contudo, data máxima vênia, de cunho inexpressivo, traduzindo-se em ato de alcance meramente formal, sem força defensiva, o que nos leva à ausência de defesa, e não, a deficiência desta”.

Em primeiro lugar, do tema ora suscitado a instância de origem não tratou. Poderia dele conhecer o Tribunal, embora não tenha conhecido da apelação do réu Mauro de Souza (ora paciente)? A mim me ocorre, respondendo à pergunta, que o conhecimento era, sim, possível. De uma coisa, no entanto, não sei, isto é, se a questão, de fato, foi suscitada na apelação. Todavia isso não me interessa, e acho mesmo que não nos interessa. O Tribunal poderia, sim, conhecer do tema, como conheceu de preliminares suscitadas pela defesa por intermédio do advogado constituído, o qual produziu sustentação oral quando do julgamento das apelações. Porém da falta de defesa em razão da indicada deficiência das razões finais — das razões a que se refere o art. 500 do Código de Processo Penal — a instância de origem não cogitou em momento algum.

Em segundo lugar, as indicações dos autos são no sentido de que, de fato, não faltou fundamentação à indigitada peça produzida pelo defensor nomeado. Daí a opinião, e valiosa, do parecer ministerial, de autoria do Subprocurador-Geral Jair Brandão, conforme estas palavras:

“9. **In casu**, o Magistrado de primeira instância, diante da falta de apresentação das alegações finais pelo advogado constituído pelo réu, nomeou o Defensor Público em exercício na Vara Criminal para apresentá-las, o que foi feito em petição fundamentada, em 10 laudas datilografadas (fls. 122/132).

10. Se nulidade houvesse, caberia à própria defesa, representada pelo mesmo advogado constituído, ora impetrante, levá-la na primeira oportunidade que teve para falar nos autos, ao interpor a apelação (fls. 193/307). Ao contrário, além de silenciar-se sobre o tema, aproveitou os fundamentos das alegações finais, tanto para desenvolver a sua peça recursal, como para sustentá-la oralmente perante o Tribunal **a quo**.

11. Conforme se depreende dos autos, a defesa foi devidamente intimada para a apresentação das alegações finais, quedando-se, contudo, inerte. Ora, se nulidade houvesse, teria sido causada pela própria defesa, que não poderia, agora, suscitá-la em seu favor.

‘Processual Penal. Recurso ordinário em **habeas corpus**. Alegações finais. Nomeação de defensor dativo.

Não constitui nulidade o fato de o defensor constituído, devidamente intimado para apresentar alegações finais, quedar-se inerte, fazendo com que o magistrado nomeie defensor dativo, para a execução do ato processual. (Precedentes).

Recurso desprovido.’

(RHC n. 13.913-MG; Recurso Ordinário em **Habeas Corpus** n. 2002/0175078-7; Relator(a) Ministro Felix Fischer (1.109); Órgão julgador T5 — Quinta Turma; data do julgamento: 19.02.2004; data da publicação/fonte DJ 22.03.2004; p. 320).

‘Agravo regimental em **habeas corpus**. Liminar. Indeferimento. Processual Penal. Alegações finais. Defensor constituído. Intimação. Inércia. Nomeação de defensor dativo. Nulidade. Inocorrência.

Se o defensor constituído, sem renúncia ao mandato, se mostra inerte, apesar de intimado, a nomeação do defensor dativo para substituí-lo na fase das alegações finais não acarreta, de pronto, nulidade. Precedentes.

Agravo regimental a que se nega provimento.’

(AgRg no RHC n. 22.688-RS; Agravo Regimental no **Habeas Corpus** n. 2002/0064452-8; Relator(a) Ministro Felix Fischer (1.109); Ór-

gão julgador T5 — Quinta Turma; data do julgamento: 06.02.2003; data da publicação/fonte DJ 10.03.2003; p. 261; RT, Vol.: 814; p. 555).

12. Por outro lado, inexistindo prejuízo, em termos de relação causal com a condenação, não se reconhece nulidade por suposta defesa deficiente no termos da Súmula n. 523-STF. A propósito, assim tem decidido essa egrégia Sexta Turma, **verbis**:

‘Recurso em **habeas corpus**. Furto qualificado. Crime militar. Defesa deficiente. Ausência de prejuízo. Súmula n. 523 do STF

1. Defesa deficiente não se confunde com falta de defesa, somente anulando o feito, em resultado demonstrado prejuízo para o réu, por conseqüência de sua natureza relativa, mesmo porque o defensor não está obrigado a postular absolvição incabível diante das provas, nem requerer diligências infundadas.

2. ‘No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.’ (Súmula do STF, Enunciado n. 523)

3. Recurso improvido.’

(RHC n. 9.850-PR; Recurso Ordinário em **Habeas Corpus** n. 2000/029150-1; Relator(a) Ministro Hamilton Carvalhido (1.112); Órgão julgador T6 — Sexta Turma; data do julgamento: 13.02.2001; data da publicação/fonte DJ; 13.08.2001; p. 266)

13. Quanto à prisão cautelar do ora recorrente, foi razoavelmente delineada pelo julgador, corroborando, ainda, o fato de o acusado se encontrar foragido do distrito da culpa, o que, por si só, indica, em concreto, a sua vontade em furtar-se da aplicação da lei penal e obstruir o regular andamento da instrução criminal. Contudo, dela não se pode cogitar, uma vez que a prisão do paciente encontra-se agora respaldada por outro título que é a sentença condenatória superveniente.”

Em notas que tempos atrás fiz para a Súmula n. 523 (edição Forense, 1981, trabalho que não teve outras edições, porque as coisas da vida não me deram tempo para lhe dar maiores cuidados), lembrei-me, dentre outros julgados, de dois precedentes do Supremo: *um* de 1969, da relatoria de Luiz Gallotti, segundo o qual, em tema de razões finais, a nulidade só poderia “resultar de não terem sido facultadas ao réu, não de ter o defensor deixado de oferecê-las, apesar de intimado” (RTJ-52/462); *outro* de 1978, da relatoria de Leitão de Abreu, segundo o qual, também em tema de razões finais, “não pode o juiz sentenciar o feito, sem antes providenciar

que se supra a omissão de advogado constituído, que negligentemente deixa de oferecer tais razões” (RTJ-90/808). No caso de 1978, observou Décio Miranda, houvera abandono da causa “a ponto de levar os autos para razões finais e passar dois meses sem qualquer providência, só devolvendo os autos após intimação judicial”. No primeiro caso, a ordem foi denegada; concedida no segundo, evidentemente.

Daqueles tempos em que o Supremo também dispunha do contencioso infra-constitucional, registrei aqui apenas dois precedentes. Existem outros, inúmeros outros, é claro. A Súmula n. 523 foi aprovada em 1969. E a pergunta do momento é se o caso de que estamos cuidando — envolvendo de igual modo as faladas razões finais — é caso em que, realmente, tenha faltado defesa. A falta é que implica a nulidade, isso ao ver também, nos dias de hoje, da orientação do Superior Tribunal, a exemplo daqueles julgados da relatoria dos Ministros Carvalhido e Fischer. Entretanto aqui o paciente não teve tolhida a sua defesa. Foi-lhe pelo Juiz, em determinado momento do processo, nomeado defensor na ausência de defensor constituído. Foram pelo nomeado (defensor público) apresentadas as alegações finais, e não foram e não são alegações oriundas de alguém de pouco tirocínio, não são; foram e são, isto sim, alegações de bom desempenho do múnus atribuído ao nomeado, tal a demonstração feita pelo Ministério Público Federal, cujo parecer estou acolhendo.

Diante de tais aspectos, voto no sentido de denegar a ordem.

Se a minha posição a respeito do regime fosse vencedora nesta Turma, até que proporia se mantivesse o regime inicial fechado constante da sentença e também do voto vencido quando do julgamento das apelações. Como sou vencido, não proponho, no pormenor, a concessão de ofício da ordem.

HABEAS CORPUS N. 41.214-MS (2005/0010801-4)

Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa

Impetrante: Carlos Magno Couto

Impetrada: Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul

Paciente: Eloir França Salazar (preso)

EMENTA

Habeas corpus. Processual Penal. Prisão preventiva decretada um ano e nove meses após a prática do delito. Clamor público. Inacor-

rência. Manutenção da ordem pública, conveniência da instrução criminal e prevenção de outros crimes. Necessidade de fundamentação em fatos concretos. Condições pessoais favoráveis. Ordem concedida. Revogação da preventiva.

1. A prisão preventiva foi decretada um ano e nove meses após a prática do delito, tempo em que o paciente aguardou em liberdade. Impossibilidade de alegação de clamor público.

2. Necessidade de fundamentação da custódia em fatos concretos e não em mera probabilidade. **In casu**, a prisão preventiva restou fundada genericamente na manutenção da ordem pública, na prevenção de outros crimes e na conveniência da instrução criminal.

3. Condições pessoais favoráveis.

4. Ordem concedida para que seja revogada a prisão preventiva do paciente, expedindo-se alvará de soltura, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de que possa ser decretada novamente a custódia, desde que com base em fundamentação concreta.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem de **habeas corpus**. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Nilson Naves, Paulo Gallotti e Paulo Medina. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 07 de junho de 2005 (data do julgamento).

Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Relator

DJ 27.06.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa: Cuida-se de **habeas corpus**, substitutivo de recurso ordinário, em favor de Eloir França Salazar, contra decisão do egrégio Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul que, à unanimidade, denegara *writ* originário, alegando existir o clamor público e o perigo de fuga justificadores da prisão do paciente (fls. 102/106); a seguir, os embargos declaratórios foram rejeitados (fls. 121/124).

Narra a impetração ter o paciente sido denunciado, em 06 de agosto de 2004, por fatos ocorridos em 26 de novembro de 2002, como incurso nas penas do art. 157, § 2º, I, II e V do Código Penal (fls. 27/29); à ocasião, foi requerida a decretação da prisão preventiva de todos os acusados (fls. 36/37); requerimento este que foi acolhido, com a decretação da custódia cautelar do paciente e seus co-réus, para manutenção da ordem pública, prevenção de outros crimes, manutenção do “bom nome do Judiciário” e por conveniência da instrução criminal (fls. 38/39).

Afirma-se também ser o paciente primário, de bons antecedentes, com residência fixa e trabalho definido e com participação apenas material no delito em tela. Os dois pedidos de revogação da prisão foram indeferidos (fls. 87/88 e 89/90), bem como o *writ* originário. Requer-se a concessão da ordem para que possa responder ao processo em liberdade.

O Ministério Público Federal pugna pela concessão da ordem, em parecer assim ementado (fls. 129/134):

“HC. Processual Penal. Prisão preventiva. Art. 312, CPP. Clamor público. Decretação quase dois anos após a ocorrência do crime. Impossibilidade. Conveniência da instrução criminal. Necessidade. Fundamentação concreta. Revogação. Concessão.

— Não se concebe a segregação cautelar em função da repercussão social do delito, mormente quando decretada, quase dois anos após a ocorrência do fato típico (precedente do STJ).

— Juízos de mera probabilidade ou hipotéticos não podem servir de motivação para se decretar a custódia preventiva.

— A constrição processual preventiva, por constituir exceção à regra constitucional que reconhece o princípio da presunção da inocência, somente será possível se preenchidos os requisitos genéricos e específicos previstos no art. 312 do CPP

— Pela concessão da ordem.”

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa (Relator): 1. Com razão o impetrante. Colhe-se dos autos que as diligências policiais tiveram início já no mês de janeiro de 2003 (auto de entrega do dia 15, auto de reconhecimento do dia 14, fls. 34/35), tendo a prisão preventiva do paciente sido decretada tão-somente em 24 de agosto de 2004.

Assim restou fundamentada a decisão que determinou a prisão cautelar dos acusados:

“Está claro que o delito imputado aos representados foi violento e provocou clamor público, esperando a população uma resposta imediata do Judiciário à violência praticada. Assim, a manutenção da ordem pública exige o encarceramento do representado, tanto para prevenir outros delitos da espécie como também para resguardar o bom nome do Judiciário. Acrescente-se que é conveniente para a instrução criminal a prisão do denunciado, para facilitar a colheita de provas, em especial, a oitiva de seus depoimentos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.”

A seguir, quando dos pedidos de revogação da preventiva, a autoridade judicial acrescentou:

“A instrução incompleta dos autos impossibilita qualquer análise ao pedido. Somando-se o requerente não comprovou residência fixa e nem ocupação lícita, fato que não garante que se livrando solto não furtará à instrução processual, assim, entendo permanecerem presentes os pressupostos para a decretação da prisão preventiva do requerente.”

(...)

“Agora, como antes, estão presentes os pressupostos da prisão preventiva, haja vista, o requerente foi denunciado pela prática do delito de roubo qualificado pelo concurso de agentes, uso de arma de fogo e restrição à liberdade da vítima fazendo-a de refém até conseguirem a fuga, crime gravíssimo que causa clamor público, pelo grande número de ocorrências...

(...)

...ficou escondido (*o paciente*) por duas semanas numa chácara, fatos estes que confirmam os pressupostos e os motivos autorizadores da prisão preventiva, pois demonstram que livrando-se solto não há garantia de que não fugirá novamente frustrando-se assim a instrução criminal.”

O acórdão guerreado, por sua vez, considerou legal a prisão, *fundado na decisão do Juízo singular* de existência de clamor público e perigo de fuga e, assim, presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal.

2. Com relação ao perigo de fuga, à possibilidade de prática de outros delitos e à conveniência da instrução criminal, entendo não estarem fundamentadas as decisões das instâncias inferiores; o fato de o paciente ter se escondido por alguns dias logo em seguida à prática do crime não é indicativo de que virá a se furto no caso de condenação penal, mormente por já ter sido encontrado e preso quando da

decretação da preventiva, não havendo nenhuma indicação que, nesta oportunidade, estivesse escondido. **In casu**, trata-se de mero juízo de probabilidade.

3. De igual modo, não há que se falar em clamor público se o paciente somente foi custodiado um ano e nove meses após a prática do crime, tendo permanecido solto durante todo este período. A gravidade do delito, por si só, não é justificadora do clamor público, sendo necessários fatos concretos a comprovar a necessidade da prisão preventiva como garantia da ordem pública.

4. As condições pessoais do paciente são favoráveis, como se depreende dos documentos juntados aos autos (certidão de antecedentes — fl. 46; comprovante de residência — fl. 48; declarações de residência e de ocupação — fls. 50/52; além de comprovantes de empregos anteriores, inclusive anotações em Carteira de Trabalho).

5. Sobre os temas abordados, trago à colação os seguintes acórdãos:

“Processual Penal. **Habeas corpus**. Roubo qualificado. Prisão em flagrante delito. Pedido de liberdade provisória. Indeferimento. Ausência dos requisitos do art. 312 do CPP. Ausência de fundamentação concreta. Necessidade da custódia não demonstrada. Ordem conhecida e concedida.

1. A manutenção preventiva no cárcere, por ser medida excepcional que restringe a liberdade individual, em face da presunção de não-culpabilidade, exige a devida fundamentação calcada em elementos concretos que indiquem a necessidade da custódia cautelar.

2. **In casu**, o indeferimento da liberdade provisória teve por lastro, unicamente, a gravidade do delito e, dela decorrente, a suposta repercussão social do crime, deixando a fundamentação de contemplar qualquer outra situação capaz de justificar a manutenção da prisão processual do paciente para a garantia de ordem pública. Precedentes.

(...)

4. *Writ concedido.*” (HC n. 38.987-PB, Sexta Turma, Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa, **v.u.**, DJ 07.03.2005)

“Criminal. HC. Homicídios qualificados consumados e tentados. Incêndio. Formação de quadrilha. Prisão preventiva. Observância do princípio da presunção de inocência ou da não-culpabilidade. Interpretação restritiva dos requisitos. Ausência de concreta fundamentação. Gravidade dos delitos. Circunstâncias subsumidas no tipo. Prova da materialidade e autoria. *Credibilidade da justiça. Comoção social. Clamor público. Motivação inidônea a respaldar a custódia. Possibilidade de fuga. Necessidade de resguardar a integridade*

das vítimas e familiares. Conveniência da instrução criminal. Meras conjecturas e probabilidades. Necessidade da custódia não demonstrada. Condições pessoais favoráveis. Ordem concedida.

I - A prisão preventiva é medida excepcional e deve ser decretada apenas quando devidamente amparada pelos requisitos legais, em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência ou da não-culpabilidade, sob pena de antecipar a reprimenda a ser cumprida quando da condenação.

II - Cabe ao Julgador, ao avaliar a necessidade de decretação da custódia cautelar, interpretar restritivamente os pressupostos do art. 312 do Código de Processo Penal, fazendo-se mister a configuração empírica dos referidos requisitos.

III - *O juízo valorativo sobre a gravidade genérica dos delitos imputados ao paciente, bem como do grau de intensidade e grandeza das lesões supostamente cometidas, a existência de prova da autoria e materialidade dos crimes, a credibilidade do Poder Judiciário e o clamor público e comoção social não constituem fundamentação idônea a autorizar a prisão para garantia da ordem pública, se desvinculados de qualquer fator concreto.*

IV - Aspectos que devem permanecer alheios à avaliação dos pressupostos da prisão preventiva.

V - (...)

VI - Conclusões vagas e abstratas tais como a preocupação de que “os acusados, se colocados em liberdade, venham a reiterar seus atos”, a necessidade da custódia para assegurar a integridade das vítimas e seus familiares, além dos demais integrantes do acampamento, bem como a “possibilidade de perseverança no comportamento delituoso”, sem vínculo com situação fática concreta, efetivamente existente, consistem meras probabilidades, conjecturas e elucubrações a respeito do que o acusado poderá vir a fazer, caso permaneça solto, motivo pelo qual não podem respaldar a medida constritiva para conveniência da instrução criminal.

VII - (...)

VIII - Deve ser cassado o acórdão recorrido, bem como o decreto prisional, para revogar a prisão preventiva do paciente, determinando-se a imediata expedição de alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de que venha a ser decretada novamente a custódia, com base em fundamentação concreta.

IX - Ordem concedida, nos termos do voto do Relator.” (HC n. 41.601-MG, Quinta Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, v.u., DJ 18.04.2005) grifei

6. Diante do exposto, *concedo* a ordem para que seja revogada a prisão preventiva do paciente, expedindo-se alvará de soltura, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de que possa ser decretada novamente a custódia, desde que com base em fundamentação concreta.

É como voto.

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 15.799-SP (2004/0027431-8)

Relator: Ministro Paulo Gallotti

Recorrente: Luís Alberto de Oliveira

Advogada: Cecília Maria do Rosário Fadel

Recorrido: Tribunal Regional Federal da 3ª Região

Paciente: Luís Alberto de Oliveira

EMENTA

Penal. **Habeas corpus**. Prescrição retroativa. Inocorrência.

1. A chamada prescrição retroativa é regulada pela pena concretamente aplicada, ocorrendo com o decurso dos prazos fixados no art. 109 do Código Penal, considerando-se o lapso temporal existente entre a data do crime e a do recebimento da denúncia ou entre esta e a da publicação da sentença condenatória.

2. Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Paulo Medina, Hélio Quaglia Barbosa e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília (DF), 18 de agosto de 2005 (data do julgamento).

Ministro Paulo Gallotti, Presidente e Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Cuida-se de recurso ordinário em **habeas corpus** impetrado em favor de Luís Alberto de Oliveira contra acórdão do Tribunal Federal da 3ª Região assim ementado:

“Penal: extinção da punibilidade. Inocorrência.

I - Não tendo transcorrido o lapso temporal previsto no art. 109, IV, do Código Penal, não há que se declarar a extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal.

II - Ordem denegada.” (Fl. 55)

Sustenta o recorrente, em síntese, que ocorreu a prescrição retroativa entre a data do oferecimento da denúncia e a data da publicação da sentença condenatória, requerendo seja declarada a extinção da punibilidade.

O autos foram a mim distribuídos por prevenção com o HC n. 30.548-SP

A Subprocuradoria Geral da República opinou pelo improvimento do recurso. (Fls. 76/78)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator): Colhe-se do processado que o recorrente foi condenado, em primeiro grau, à pena de dois anos e três meses de reclusão e multa, pela prática dos crimes definidos nos arts. 299, **caput**, e 304, ambos do Código Penal.

Inconformado, impetrou **habeas corpus**, alegando a extinção da punibilidade diante do decurso do lapso prescricional entre o oferecimento da denúncia e o dia da publicação da sentença condenatória.

Denegada a ordem, à unanimidade, pelo Tribunal Federal da 3ª Região, foi manejado o presente recurso, repisando-se os argumentos formulados na inicial.

O inconformismo não merece abrigo.

Os delitos objeto da ação penal de que aqui se cuida foram cometidos em 03.01.1989, a denúncia foi recebida em 20.04.1995 (fl. 17) e a sentença condenatória foi publicada no dia 11.04.2003 (fl. 36).

Nos termos do art. 109, IV, do Código Penal, o prazo prescricional é de oito anos se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro.

No caso, não há como se reconhecer a prescrição da pretensão punitiva, porquanto não decorridos oito anos entre a prática delituosa e o recebimento da denúncia, ou entre esta e a sentença condenatória.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

É como voto.

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 16.779-MG (2004/0150944-9)

Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa

Recorrente: Robson Camargo dos Santos (preso)

Advogado: Francis de Oliveira Rabelo Coutinho — Defensor Público

Recorrido: Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais

EMENTA

Recurso ordinário em **habeas corpus**. Execução penal. Regime prisional aberto. Inexistência de vaga em casa de albergado. Cumprimento da pena em regime mais rigoroso. Constrangimento ilegal. Recurso provido.

1. Inexistindo vaga em casa de albergado, o cumprimento da pena em estabelecimento destinado a condenados submetidos a regime mais rigoroso configura manifesto constrangimento ilegal.

2. Impõe-se a possibilidade de que o sentenciado a que foi determinado o regime aberto cumpra sua pena em prisão domiciliar, até que surja vaga em estabelecimento próprio.

3. Recurso provido para que o paciente cumpra sua pena em prisão domiciliar, até que surja vaga em estabelecimento adequado ao regime aberto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Hamilton Carva-

lhido e Paulo Gallotti. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Paulo Medina. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Nilson Naves. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 16 de junho de 2005 (data do julgamento).

Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Relator

DJ 1ª.07.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa: Trata-se de recurso ordinário em **habeas corpus**, interposto por Robson Camargo dos Santos, condenado à pena privativa de liberdade de 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, em regime semi-aberto, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal — contra acórdão proferido pela Primeira Câmara Mista do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, denegando a ordem originalmente impetrada.

O *writ* originário pretendia revogar decisão proferida pelo Juízo de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Belo Horizonte, que, após conceder ao sentenciado progressão para o regime aberto, determinou sua remoção para o regime adequado, ressalvada a hipótese de não haver vaga no estabelecimento adequado, caso em que deveria ser mantido recolhido no Centro de Remanejamento de Segurança Pública, com recomendação de que fosse lá mantido apenas em horários adequados ao regime aberto.

Fundou-se o indeferimento no argumento de que, apesar da inexistência de casa de albergado na Comarca, o impetrante não sofre qualquer constrangimento ilegal já que, a sua permanência no Centro de Remanejamento foi determinada mediante a condição de ser diariamente posto em liberdade, após os horários determinados para o regime aberto.

Sustenta o recorrente, em síntese, que está sofrendo constrangimento ilegal, por estar “... recolhido nas dependências do Centro de Remanejamento da Segurança Pública — BH, cumprindo naquele estabelecimento prisional inadequado, de direito, pena em regime aberto, mas de fato, pena em regime fechado, em total desvio de execução penal”.

O Ministério Público Federal opinou pelo improvimento do recurso (fls. 47/50).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa (Relator): 1. A irresignação merece provimento.

2. Não obstante os fundamentos do parecer ministerial, no sentido de não estar, **in casu**, configurado o constrangimento ilegal, em função de uma peculiaridade fática, consubstanciada no reconhecimento pelo Tribunal Estadual de que o cumprimento da pena, embora em estabelecimento não específico, está em harmonia com as regras pertinentes ao regime aberto, a ordem deve ser concedida.

3. Como registrado nas informações prestadas pelo Magistrado de primeira instância ao Tribunal **a quo** (fls. 25/27), o recorrente encontra-se recolhido no Centro de Remanejamento da Segurança Pública — BH, estabelecimento inadequado para o cumprimento da pena no regime aberto, aguardando vaga em casa de albergado.

O Relator do acórdão vergastado destacou que, apesar de não haver vaga em estabelecimento compatível com o regime aberto, o recorrente está cumprindo pena nos moldes delineados para tal regime (fls. 29/32):

“(…) Entendo que o regime aberto deve ser cumprido mediante recolhimento, na forma da lei, para pernoite e nos dias de folga, em dependência da cadeia pública ou na própria casa de detenção.

Conforme informações do douto Magistrado, já foi determinada a expedição de Guia de Recolhimento, requisitando vaga à SOP. Assim, não vislumbro qualquer constrangimento ilegal, pois o paciente cumpre pena em regime aberto, embora em estabelecimento prisional impróprio, apenas enquanto aguarda o surgimento de vaga em casa de albergado.”

3. Diante da expressa previsão legal no sentido de que a casa de albergado “... destina-se ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime aberto, e da pena de limitação de fim de semana” (art. 93 da Lei de Execuções Penais), a permanência do recorrente em estabelecimento inadequado não atende aos ditames da sobredita lei, segundo os quais o prédio no qual se cumprirá a pena fixada em regime aberto deverá ser separado dos demais estabelecimentos, bem como não possuir obstáculos físicos contra a fuga e ainda conter local adequado para cursos e palestras (arts. 94 e 95 da Lei das Execuções Penais).

Em face disso, não se houve bem a decisão objurgada, pois, como se afirmou, o estabelecimento prisional próprio do regime aberto é a casa de albergado. Inegável, pois, a violação à legislação de execuções penais, porquanto, **in casu**, o recorrente está aguardando vaga em estabelecimento compatível com o regime em que

atualmente se encontra, porém, enquanto não surge a vaga, permanece cumprindo pena em local impróprio.

Sendo assim, a manutenção do reeducando em estabelecimento inadequado, mesmo que somente no período noturno, não se coaduna com o título executivo condenatório, sob pena de desvio de finalidade da pretensão executória, uma vez que tal solução traz para o apenado gravame maior que o previsto para a execução de sua pena.

4. O recorrente, por isso, não pode ser prejudicado no seu direito subjetivo enquanto aguarda vaga em estabelecimento apropriado. Afinal, a omissão do Estado em não disponibilizar vagas suficientes em local adequado para os condenados a regime aberto impõe um tratamento mais brando até ser resolvida a pendência, até porque, passados mais de um ano da decisão que concedeu o regime aberto, datada de 22 de abril de 2004, o recorrente, conforme informações atualizadas, ainda se encontra aguardando o surgimento da tão almejada vaga.

Outro não tem sido o posicionamento sufragado pela egrégia Sexta Turma desta Corte Superior, de cujo exemplo trago à colação os seguintes arestos:

“Execução penal. Recurso ordinário em **habeas corpus**. Regime aberto. Falta de vaga na casa de albergado.

Configura manifesto constrangimento ilegal submeter o paciente a regime mais rigoroso do que o estabelecido na condenação. Precedentes do STJ.

Recurso ordinário a que se dá provimento, para que o paciente cumpra sua pena em prisão domiciliar, até que surja vaga em estabelecimento adequado ao regime aberto.” (RHC n. 16.582-MG, Sexta Turma, Relator Ministro Paulo Medina, DJ 06.12.2004)

“Processo Penal. Recurso ordinário em **habeas corpus**. Regime aberto. Ausência de vaga em casa de albergado. Possibilidade de concessão de prisão domiciliar.

1. Inexistindo vaga em casa de albergado, mostra-se possível, em caráter excepcional, permitir ao sentenciado, a quem se determinou o cumprimento da reprimenda em regime aberto, o direito de recolher-se em prisão domiciliar albergue.

2. Recurso ordinário em **habeas corpus** provido para conceder a prisão domiciliar ao paciente até que se consiga vaga em casa de albergado.” (RHC n. 12.707-MG, Sexta Turma, Relator Ministro Paulo Gallotti, DJ 23.09.2002)

5. Posto isso, nos termos da fundamentação acima, *dou provimento* ao recurso, para que o paciente cumpra sua pena em prisão domiciliar, até que surja vaga em estabelecimento adequado ao regime aberto.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 489.328-MA (2002/0155828-5)

Relator: Ministro Paulo Gallotti

Recorrentes: Cleomar Peixoto Coutinho e outros

Advogados: Cleomar Peixoto Coutinho (em causa própria) e outros

Recorrido: Estado do Maranhão

Procuradores: Raimundo Henrique N. Soares e outros

EMENTA

Administrativo. Servidor público. Art. 535 do Código de Processo Civil. Violação. Inocorrência. Adicional à gratificação de produtividade. Prescrição. Enunciado n. 85 da súmula do Superior Tribunal de Justiça.

1. Não ocorre omissão quando o Tribunal de origem decide fundamentadamente todas as questões postas ao seu crivo.

2. Segundo precedente da Corte “a Súmula n. 85 do STJ, que prevê que nas relações de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação, não se aplica à hipótese em que se pleiteia o pagamento de valores devidos antes do quinquênio.” (REsp n. 416.129-MA, Relator o Ministro Vicente Leal, DJ 1ª.07.2002)

3. Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Paulo Medina, Hélio Quaglia Barbosa, Nilson Naves e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 02 de agosto de 2005 (data do julgamento).

Ministro Paulo Gallotti, Presidente e Relator

DJ 12.09.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Cuida-se de recurso especial, calcado na alínea **a** do permissivo constitucional, interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Maranhão assim ementado:

“Administrativo e Processual Civil. Apelação cível. Ação dos servidores do grupo TAF reivindicando adicional à gratificação de produtividade referente ao período de agosto/1987 a abril/1991. Prescrição. Extinção do processo com exame do mérito.

I - Decorridos mais de 05 (cinco) anos entre o ajuizamento da ação e o período pleiteado, imperioso o reconhecimento da prescrição. Inteligência do art. 1º do Decreto n. 20.910/1932.” (Fl. 398)

Opostos declaratórios, restaram rejeitados. (Fl. 519)

Sustentam os recorrentes, preliminarmente, ocorrer violação do art. 535 do Código de Processo Civil, afirmando que o Tribunal de origem, mesmo instado em sede de embargos declaratórios, teria sido omissa ao não apreciar questões relevantes ao deslinde da controvérsia.

No mérito, apontam descumprimento do art. 161 do Código Civil de 1916, asseverando que a ação proposta com o objetivo de cobrar parcelas relativas ao adicional à gratificação de produtividade foi ajuizada dentro do prazo previsto no Decreto n. 20.910/1932, visto que o acórdão proferido nos autos do Mandado de Segurança n. 1.517/1993 importou em renúncia tácita da prescrição.

Contra-arrazoado, o recurso foi admitido (fls. 463/467), subindo os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator): Não têm razão os recorrentes.

Percebe-se claramente que a pretensão deduzida nos autos foi enfrentada e decidida, tendo o Tribunal de origem apreciado as questões postas ao seu crivo, apresentando-se devidamente fundamentado o julgado. Daí por que não é aceitável

a alegação de violação do art. 535 do CPC, não se demonstrando a existência dos pressupostos que autorizariam a oposição de embargos declaratórios, instrumento processual que não se destina ao exame de matérias já devidamente analisadas.

De outro lado, não há confundir entre decisão contrária ao interesse da parte e falta de prestação jurisdicional.

Confira-se:

“Recurso especial. Processo Civil. Liquidação. Modificação do critério de cálculo fixado pela sentença liquidanda. Violação à coisa julgada. Ocorrência. Violação ao art. 535 do CPC. Inocorrência.

1. Não há falar em violação ao art. 535 do CPC, se o acórdão recorrido, longe de ser omissivo, deu aos dispositivos de regência a interpretação que, sob sua ótica, melhor se coaduna com a espécie. O fato de não ser satisfatória ao recorrente não tem o condão de macular o julgado atacado, a ponto de determinar provimento jurisdicional desta Corte, no sentido de volverem os autos à instância de origem para que lá seja suprida a falta inexistente.

2. É incontroverso na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que, em sede de liquidação de sentença, é cabível a retificação dos cálculos tão-somente quando constatada a ocorrência de erro material, referente à aritmética e não aos critérios do cálculo, que ficam acobertados pela autoridade da coisa julgada. O **quantum debeatur** a ser apurado deve limitar-se ao comando inserto na sentença exequenda, sendo indevida a incidência de novos critérios, sob pena de ofensa à coisa julgada.

3. Recurso especial conhecido.”

(REsp n. 252.757-SP, Relator o Ministro Fernando Gonçalves, DJ 24.02.2003)

Registre-se, ademais, o entendimento firmado por esta Corte de que o magistrado não está obrigado a se pronunciar sobre todos os pontos abordados pelas partes, máxime quando já tiver decidido a controvérsia sob outros fundamentos.

Veja-se:

“Embargos de declaração. Pressupostos do art. 535 do CPC. Omissão. Inexistência. Excepcionalidade da concessão de efeitos infringentes.

I - Os embargos de declaração são recurso de natureza particular, cujo objetivo é a declaração do verdadeiro sentido de uma decisão eivada de obscuridade, contradição ou omissão (CPC, art. 535).

II - É inviável a concessão do excepcional efeito infringente, quando a oposição dos declaratórios cinge-se a repisar os fundamentos do recurso anterior.

III - A jurisprudência dominante neste Tribunal Superior proclama a incorrência de violação ao art. 535, incisos I e II, do Código de Processo Civil, se o acórdão recorrido, ainda que sucinto, tiver bem delineado as questões a ele submetidas, não se encontrando o magistrado obrigado a responder a todas as alegações das partes, quando já tiver encontrado motivos suficientes para fundar a decisão, nem ater-se aos fundamentos indicados por elas ou a responder um a um todos os seus argumentos.

IV - Embargos rejeitados.”

(EDcl no REsp n. 202.056-SP, Relator o Ministro Castro Filho, DJ 21.10.2001)

Quanto a ter ocorrido a prescrição do direito de pleitear parcelas relativas ao adicional à gratificação de produtividade, esta Sexta Turma teve a oportunidade de apreciar hipótese em tudo semelhante à presente, na qual se reconheceu, a teor do Enunciado de n. 85 da súmula desta Corte, a impossibilidade de serem buscadas prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação.

A propósito, colhe-se da fundamentação do REsp n. 416.129-MA, o seguinte excerto:

“Analisando o caso posto em debate nos autos, verifica-se que a pretensão dos autores envolve o pagamento dos valores devidos a título de adicional à gratificação de produtividade no interregno compreendido entre agosto de 1987 e abril de 1991, devendo-se ressaltar que o direito à percepção do mencionado adicional foi reconhecido, após sua supressão pelo indigitado período, em sede de mandado de segurança processado perante a Corte **a quo**.

O ponto fundamental da questão não se circunscreve à prescrição do fundo de direito, mas sim das parcelas anteriores ao quinquênio que antecedeu à propositura da ação.

In casu, e como declarado pela própria Corte **a quo**, o lapso prescricional alcança as parcelas devidas antes do quinquênio que antecedeu a propositura da presente ação.

Ora, se as diferenças pleiteadas referem-se ao período compreendido entre agosto de 1987 e abril de 1991, e tendo sido a presente ação proposta tão-somente em 1ª de dezembro de 1999 (fl. 11-verso), resta claro que as parcelas requeridas encontram-se prescritas, nos termos da Súmula n. 85 deste colendo Tribunal.

Com efeito, a prescrição atinge as prestações anteriores ao quinquênio que antecedeu o ajuizamento do feito. Tendo este se dado em dezembro de 1999, as parcelas anteriores a dezembro de 1994 encontram-se fulminadas pelo decurso do prazo prescricional.”

No mesmo sentido, anatem-se precedentes específicos: REsp n. 438.919-MA, Relator o Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ 27.10.2004 e REsp n. 442.836-MA, Relator o Ministro Hamilton Carvalhido, DJ 19.02.2004.

Sobre a alegada violação do art. 161 do Código Civil de 1916, tenha-se em conta que o acórdão relativo ao Mandado de Segurança n. 1.517/1993 não pode ser considerado como renúncia tácita à prescrição, visto que ali a discussão travada se referia ao **quantum** do adicional à gratificação de produtividade, sendo a presente ação proposta com o objetivo de ver reconhecido o próprio direito ao recebimento da aludida vantagem.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 511.757-MG (2003/0036243-1)

Relator: Ministro Paulo Gallotti

Recorrentes: Débora da Conceição Maia Beraldo e outros

Advogados: Marcos Chaves Viana e outros

Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

Procuradores: Wanja Meyre Soares de Carvalho e outros

Recorridos: Os mesmos

EMENTA

Administrativo. Servidor público. Quintos. Incorporação. Lei n. 9.527/1997. Transformação para vantagem pessoal nominalmente identificada. Reajuste. Lei n. 9.421/1996. Direito adquirido.

1. Quintos incorporados quando no exercício de função comissionada junto ao Poder Judiciário devem ser reajustados nos valores determinados pela Lei n. 9.421/1996 e, após, sujeitos, exclusivamente, à atualização geral da remuneração dos servidores públicos federais.

2. Após a edição da Lei n. 9.527/1997, a importância paga em razão da incorporação passou a constituir, a partir de 11 de novembro de 1997, vantagem pessoal nominalmente identificada, sujeita exclusivamente à atualização decorrente da revisão geral da remuneração dos servidores públicos federais.

3. Precedente: REsp n. 457.287-MG, Sexta Turma, DJ 26.05.2003.

4. Recurso especial do INSS improvido.

5. Recurso de Débora da Conceição Maia Beraldo e outros provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial do INSS e dar provimento ao recurso especial dos servidores, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Paulo Medina e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Brasília (DF), 16 de março de 2004 (data do julgamento).

Ministro Paulo Gallotti, Relator

DJ 05.09.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Cuida-se de recursos especiais interpostos contra acórdão do Tribunal Federal da 1ª Região assim ementado:

“Processo Civil e Administrativo — Mandado de segurança — Modificação da sentença sem provocação das partes — Nulidade — Procuradores Autárquicos do INSS — Incorporação de quintos/décimos quando servidores da Justiça Federal — Manutenção do pagamento — Irredutibilidade de vencimentos — Reajuste de acordo com a revisão geral da remuneração dos servidores — Desvinculação da estrutura remuneratória do Judiciário — Apelação dos impetrantes provida — Remessa oficial e recurso do INSS parcialmente providos.

1. À míngua de provocação por meio de embargos e não sendo caso de correção de erros materiais ou de cálculo, a manifestação do juízo, a título de esclarecimento, que implique modificação do julgado, após a sentença, não

merece ser considerada, porque ofensiva ao disposto no art. 463 do CPC (“Ao publicar a sentença de mérito, o juiz cumpre e acaba o ofício jurisdicional, só podendo alterá-la: (I) para lhe corrigir, de ofício ou a requerimento da parte, inexatidões materiais, ou lhe retificar erros de cálculo; (II) por meio de embargos de declaração”).

2. Os impetrantes, atualmente servidores do INSS, fazem jus ao recebimento das vantagens pessoais que incorporaram quando em serviço na Justiça Federal, assegurada a irredutibilidade do montante destes valores. Contudo, ao ingressarem nos quadros da autarquia, dotada de regime próprio de remuneração, não lhe assiste o direito de revisão de tais parcelas segundo critérios próprios do Poder Judiciário.

3. Os impetrantes têm direito à percepção das vantagens incorporadas no montante percebido até o momento de ingresso nos quadros do INSS. A partir daí, o reajuste segue as revisões gerais de remuneração dos servidores públicos.

4. Apelação dos impetrantes provida. Remessa oficial e apelação do INSS parcialmente providas.” (Fl. 182)

No primeiro recurso, manejado por Débora da Conceição Maia Beraldo e outros, alega-se violação do art. 2º da Lei n. 9.421/1996, sustentando-se o direito à incorporação das funções incorporadas nos valores integrais determinados pelo aludido diploma legal.

Já no apelo interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social — INSS aponta-se contrariedade aos arts. 62 da Lei n. 8.112/1990 e 3º da Lei n. 8.911/1990, afirmando-se que os recorridos não possuem direito adquirido à incorporação das vantagens nos valores antes percebidos no Poder Judiciário.

Contra-razões apresentadas pelo INSS às fls. 239/244.

Admitidos ambos os recursos na origem, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator): A hipótese versa sobre mandado de segurança impetrado por Procuradores Autárquicos do Instituto Nacional do Seguro Social — INSS, todos egressos do quadro de pessoal do Poder Judiciário, objetivando restabelecer o pagamento das vantagens referentes aos quintos incorporados de acordo com os valores fixados pela Lei n. 9.421/1996.

A hipótese é semelhante àquela apreciada por esta Sexta Turma quando do julgamento do Recurso Especial n. 457.287-MG, 26.05.2003, no qual, acompanhando por meus pares, disse:

“Dispõe o art. 15, § 1º, da Lei n. 9.527, **verbis**:

‘Fica extinta a incorporação da retribuição pelo exercício de função de direção, chefia ou assessoramento, cargo de provimento em comissão ou de natureza especial, a que se referem os arts. 3º e 10 da Lei n. 8.911, de julho de 1994.

§ 1º A importância paga em razão da incorporação a que se refere este artigo passa a constituir, a partir de 11 de novembro de 1997, vantagem pessoal nominalmente identificada, sujeita exclusivamente à atualização decorrente da revisão geral da remuneração dos servidores públicos federais.’

A redação do preceito não deixa dúvida que até a data do início de sua vigência a recorrente faz jus ao recebimento da vantagem denominada quintos, decorrente do exercício de função comissionada junto ao Superior Tribunal Militar, no montante correspondente ao percebido pelos servidores daquele órgão.

A referida vantagem, na linha do que foi decidido pelo acórdão recorrido, e em obediência ao disposto na Lei n. 9.527/1997, está sujeita, após 11 de novembro de 1997, exclusivamente, à atualização decorrente da revisão geral da remuneração dos servidores públicos.

De registrar, contudo, que com o advento da Lei n. 9.421/1996, disposta sobre o Plano de Cargos e Salários do Poder Judiciário, anterior, portanto, à modificação instituída pelo referido art. 15 da Lei n. 9.527/1997, os valores das funções comissionadas foram majorados, daí decorrendo a apontada discrepância entre o percebido, a esse título, pela ora recorrente e os servidores desse Poder.

Assim, em respeito ao direito adquirido, no cálculo da vantagem pessoal nominalmente identificada a que faz jus a ora recorrente, deveria ter sido observado o reajuste objeto da Lei n. 9.421/1996, que, embora implementado de forma parcelada, alterou, a partir de sua vigência, os valores dos vencimentos dos cargos das carreiras judiciárias.

A propósito, merece destaque, por sua fundamentação jurídica, decisão administrativa do Plenário do Tribunal de Contas da União versando sobre hipótese semelhante à presente, em que servidor oriundo do Poder Judiciário

pleiteava a atualização dos quintos incorporados em decorrência da referida Lei n. 9.421/1996, **verbis**:

‘De início, cumpre assinalar que é correta a afirmação do recorrente quanto ao fato de que diversos, se não todos, órgãos do Poder Judiciário vêm, naturalmente, atualizando os quintos em consonância com a Lei n. 9.421/1996. Segundo informações colhidas por minha assessoria no STJ, a questão sequer chegou a ser discutida naquele órgão: como dito, pagam os quintos naturalmente, segundo a atualização da Lei n. 9.421.

Já no STF, a questão mereceu algum debate no âmbito administrativo, até o nível da Diretoria Geral daquela Casa. Alguns servidores detentores da vantagem denominada quintos entendiam fazer jus, desde o advento da Lei n. 9.421, à totalidade dos novos valores fixados por essa lei para as funções comissionadas, criadas por transformação dos cargos e funções comissionadas, bem como dos encargos de gabinete, até então existentes. Essa tese não prevaleceu, ante o acolhimento pela Diretoria Geral do STF do parecer do Controle Interno, que faço anexar ao processo.

No TST, e acredito que sirva para toda a Justiça Trabalhista, aplica-se a cada ano determinado pelo § 2º, do art. 4º, da Lei n. 9.421, um redutor. Isto é, em vez de se aplicar um ‘reajuste’ ao valor dos quintos a cada ano, em processo inverso, pega-se o valor integral da função (que só é devido a partir deste ano de 2000) e aplica-se um redutor para se chegar ao percentual determinado pelo dispositivo legal retromencionado para o ano então corrente.

A decisão ora recorrida fundou-se em questão atinente a tema jurídico de significativa dificuldade: ‘Direito Intertemporal’.

Na oportunidade, coloquei-me de acordo com os votos revisores dos Exm^{as}. Ministros Humberto Souto e Benjamin Zymler, que se posicionaram pela derrogação da norma que conferia aos interessados o ‘reajuste’ dos quintos incorporados, bem como entenderam que os requerentes não tinham direito adquirido, mas sim expectativa de direito.

O Exm^a. Ministro-Relator Valmir Campelo restou vencido, entendendo que os requerentes já haviam adquirido o direito ao mencionado ‘reajuste’. Pudemos verificar ainda no relatório que as razões do recorrente também se firmam na mesma conclusão do Relator vencido, isto é, o entendimento externado na decisão recorrida fere direito por eles já adquirido, amparado pelo § 2º, do art. 4º, e § 1º, do art. 14, ambos da

Lei n. 9.421/1996. Alegam, por outro lado, que a questão ventilada nos autos deveria ser solucionada em face das regras aplicáveis à resolução das antinomias jurídicas, pois as disposições retro devem ser tidas como ‘especiais’ frente às disposições gerais posteriores advindas com a Lei n. 9.527/1997.

Inquino-me, desta feita, pelas ponderações do recorrente, acolhendo, assim, o presente recurso, em vista de nova reflexão que procedi acerca da matéria.

Quanto ao aspecto do direito intertemporal ventilado nos autos, socorro-me da obra de **José Eduardo Martins Cardozo** – ‘Da Retroatividade da Lei’, Edição de 1995, Editora Revista dos Tribunais, não no intuito de fundamentar a decisão que proponho, mas em virtude da necessidade de a matéria ser abordada, visto que o foi na decisão recorrida e também nas razões expostas pelo recorrente.

O fato mais importante para que tomasse como referência essa obra é a profundidade do trabalho científico produzido pelo autor, que, sempre antes de colocar a tendência que assume, aponta as diversas teorias e pensamentos dos vários doutrinadores acerca das nuances da matéria, que, como afirma, está longe de ser consensual.

Conquanto tão abrangente seja a obra que acolhi, aproveito os ensinamentos nela contidos para tirar conclusões próprias, sem que signifique estar adotando como minhas as convicções do autor acerca da matéria.

Neste sentido, principio aduzindo que a ‘teoria dos direitos adquiridos’, compreendida no gênero ‘teorias subjetivistas’, tenta esclarecer as relações de direito como um todo, e não apenas ‘as relações de cunho privado’, como talvez tenha transparecido da declaração de voto do Ministro Benjamin Zymler. Aliás, estou certo que S. Ex^a. também tem essa certeza, visto que utilizou o termo ‘predominantemente’.

Segundo **José Eduardo Martins Cardozo**, uma das mais extensas e esclarecedoras obras acerca da teoria do direito adquirido foi produzida por **Gabba**, o qual ‘afirma ser adquirido todo direito que: a) é consequência de um fato idôneo a produzi-lo, em virtude da lei do tempo no qual o fato foi realizado, embora a ocasião de fazê-lo valer não se tenha apresentado antes da atuação de uma lei nova sobre o mesmo; e que b) nos termos da lei sob cujo império se entabulou o fato

do qual se origina, entrou imediatamente a fazer parte do patrimônio de quem o adquiriu'. A partir dessa definição, **Gabba** 'desenvolve sua abordagem em torno do 'conceito de direito' (direito objetivo e subjetivo), do de 'direito como elemento do patrimônio' e, ainda, do de 'fatos aquisitivos'.' (Ob. cit., p. 128)

Não obstante o brilhantismo de **Gabba**, bem como de outros não menos ilustres doutrinadores, a teoria dos direitos adquiridos sofreu inúmeras e fundadas críticas, as quais não foram rebatidas suficiente e eficientemente.

Gaetano Pace 'critica o fato de os defensores da 'teoria do direito adquirido' não terem tomado ciência da 'exigência de conciliar a noção de direito adquirido no quadro da teoria geral do direito', notadamente, 'não identificam o conceito de direito adquirido e de direito subjetivo', uma vez que 'os instrumentos do 'direito transitório' não podem contradizer os conceitos mais certos da teoria geral, que estão na base de todas as zonas especiais do direito'.' (Ob. cit. p. 146)

Não bastasse essa crítica de **Pace**, a mais comum dentre os estudiosos do tema é a de que os adeptos da teoria dos direitos adquiridos não fazem distinção bem sustentada quanto ao conceito de 'direito adquirido' e as 'expectativas' de direito, chegando 'inúmeros autores' a defender 'que esta distinção, básica para o acolhimento da teoria em apreço, seria 'falsa' ou 'impossível' de ser feita em razoáveis padrões de seriedade científica' (ob. cit., pp. 146/147).

Ainda segundo **José Eduardo M. Cardozo**, outro crítico de renome bastante contundente à teoria dos direitos adquiridos é **Paul Roubier**, cujas críticas podem ser assim sintetizadas (ob. cit., p. 148):

'a) a noção de direito adquirido não poderia assegurar proteção aos direitos condicionais;

b) este conceito acabaria por trazer dificuldades nas hipóteses de direitos revogáveis;

c) a noção de direito adquirido não propiciaria soluções claras, no caso das 'situações em curso de constituição';

d) o ato nulo não propiciaria a aquisição de direitos, mas poderia gerar, de forma singular, segundo a doutrina tradicional, o direito adquirido à sua própria anulação;

e) a fórmula do direito adquirido seria inconveniente para considerar todas as situações jurídicas, sendo, por exemplo, incapaz de assegurar a manutenção da maioria na hipótese de uma lei posterior vir a reduzir a idade para a sua respectiva obtenção.'

No que toca ainda às críticas à teoria do direito adquirido, cabe assinalar que os próprios adeptos de tal teoria divergiram bastante quanto a várias questões que tentavam explicá-la, principalmente no que diz respeito ao 'conceito de direito adquirido' e quanto à 'definição de 'retroatividade'', daí partindo para discrepâncias menores (ob. cit., pp. 113/114).

Na verdade, o que tenho procurado com a apresentação destes parágrafos acerca de direito intertemporal, notadamente sobre a teoria dos direitos adquiridos é realçar o aduzido inicialmente: a dificuldade que envolve o tema, longe de ser consensual.

Neste passo, cumpre fazer nova referência, agora sob outro enfoque, à colocação efetuada pelo Ministro Benjamin Zymler quanto ao 'cunho' 'predominantemente' 'privado', do direito adquirido.

Assinalo o fato de ter havido, dentro do outro grupo de teorias que tenta esclarecer as questões que envolvem a 'intertemporalidade conflitual das' normas jurídicas — teorias objetivistas —, os defensores da 'teoria da diferenciação entre as normas de ordem pública e de ordem privada'. Consoante assinala o autor de quem me sirvo, não obstante ser 'uma das poucas que se destaca pelo significativo teor de sua elaboração científica', 'sua adoção propiciaria um 'empirismo' inadmissível, na medida em que exigiria sempre soluções postas caso a caso, ou que a idéia de 'ordem pública' seria em certa medida incerta, o que acabaria propiciando uma 'abertura ideológica' muito grande a certos interesses dominantes na sociedade, que poderiam utilizá-la a seu bel-prazer' (ob. cit., pp. 168 e 171).

Como visto, há sempre críticas levadas a efeito pelos defensores de cada corrente doutrinária. O certo, a meu ver, é que, como salienta **José Eduardo M. Cardozo**, na solução dos problemas suscitados pela intertemporalidade conflitual das normas jurídicas, há sempre prevalência de critérios 'subjetivistas' sobre 'objetivistas', ou vice-versa, mas não a adoção de um critério puro.

Por critério subjetivista devemos entender o fenômeno da intertemporalidade 'frente aos direitos subjetivos gerados pelas normas aos indi-

viduos'; por objetivista, 'as formulações que busquem na análise imediata do direito positivo, ou no processo da sua interação dinâmica com o mundo dos fatos, a elucidação das indagações pertinentes ao Direito Inter-temporal' (ob. cit., pp. 110/111).

Finalmente, abordo um último aspecto da declaração de voto do Ministro Benjamin Zymler. Todavia, agora o faço já dando início à fundamentação que entendo aplicável ao presente processo.

Trata-se da assertiva de que o Supremo Tribunal Federal tem como pacífico o entendimento no sentido de inexistir direito adquirido a regime jurídico por parte dos servidores.

Todos conhecemos, acredito, esta posição do STF

No entanto, a presente hipótese não se enquadra naquela jurisprudência, pois não se trata de questão atinente a regime jurídico alterado, mas relativa a norma especial que fixa nova remuneração a determinada categoria de servidores públicos.

Assim, como salientei inicialmente, estou convencido agora de que o recorrente tem razão, especialmente ao asseverar que para o deslinde destes autos há que se aplicarem as necessárias regras relativas às antinomias jurídicas.

É, de fato, o caso de norma especial contraposta à norma geral posterior.

A Lei n. 9.421, de 24 de dezembro de 1996, criou as carreiras dos servidores do Poder Judiciário, fixando para a categoria novos valores remuneratórios.

Todavia, em face do impacto orçamentário que o incremento salarial de tais servidores representaria se aplicados de uma única vez os novos valores tanto aos cargos efetivos quanto às funções comissionadas, houve-se por bem diluir o aumento em percentuais que só seriam integrais neste ano de 2000.

Nesse caso especificamente interessa mencionar o art. 14 da citada lei. Esse dispositivo estabeleceu a remuneração das funções comissionadas no Poder Judiciário, que passou a não mais contar com cargos em comissão (assim especialmente denominados) e gratificações de representação (arts. 9º, 10, 11 e 12 da Lei n. 9.421). Contudo, o implemento da diferença entre os novos valores das FCs e dos antigos cargos em comissão ou das gratificações de representação seria feito de forma gra-

dual, conforme já assinalado (§ 2º do art. 14 combinado com o § 2º do art. 4º da Lei n. 9.421).

No meu entender estes dispositivos são especiais frente aos estatuídos pela Lei n. 9.527, de 10 de dezembro de 1997. Essa lei, sim, traz disposições gerais para todos os servidores públicos, alterando seu Estatuto e normas gerais complementares.

Ainda no meu modo de ver, o **caput** do art. 15 da Lei n. 9.421 é o único que pode ser tido como norma geral, visto que dispõe acerca de questão relativa ao regime estatutário, remetendo — se é que é necessário — os servidores do Poder Judiciário para a legislação geral aplicável aos servidores públicos como um todo, no tocante à ‘incorporação de parcela mensal da remuneração de cargo em comissão ou função de confiança’.

Todavia, apenas o **caput** do citado artigo contém disposição geral, visto que o § 1º deste mesmo artigo já traz para os servidores do Poder Judiciário regra especial diferente à aplicável aos demais servidores públicos, ao menos sob o entendimento jurisprudencial, inclusive do Supremo Tribunal Federal.

O mencionado parágrafo dispõe que a incorporação do servidor do Poder Judiciário que tenha exercido função ou cargo em comissão em outro órgão ou entidade da Administração Pública Federal ‘terá por referência a função comissionada de valor igual ou imediatamente superior ao do cargo ou função exercida’, contrariamente ao entendimento prevalente, como acima assinalado, que o valor da incorporação deve corresponder à função ou cargo efetivamente exercido.

Portanto, não podemos entender que a Lei n. 9.527/1997 suprimiu a implantação gradual dos novos valores das funções comissionadas estabelecidos pela Lei n. 9.421/1996 para aqueles servidores do Poder Judiciário que detinham quintos quando do advento daquele primeiro diploma legal.

O valor das funções no âmbito do Poder Judiciário, e conseqüentemente das parcelas incorporadas até quando devida a incorporação, é o estabelecido integralmente na Lei n. 9.421/1996, com o redutor estabelecido nesta mesma lei por questões orçamentárias, consoante é feito na Justiça do Trabalho e, ao final, em todo aquele Poder.

De fato, o art. 15 da Lei n. 9.527 extinguiu a incorporação pelo exercício de cargo em comissão ou função comissionada, estabelecendo

em seu § 1º que a parcela a este título deveria ser transformada em vantagem pessoal nominalmente identificada e sofreria apenas os reajustes gerais dos servidores públicos. Mas, repito, quando do advento dessa lei, o valor das funções no Poder Judiciário, e das parcelas a este título incorporadas, já estava estabelecido em um patamar que, todavia, deveria ser implementado gradualmente.

Assim, ambas as leis mencionadas permanecem vigendo harmoniosamente; estou convencido. Pelas regras atinentes à resolução de antinomia, verificamos que não há contradição entre as normas contrapostas.

(...)

(Processo n. 001.073/1998-2, Relator o Ministro Bento Bugarin, publicado no Boletim do Tribunal de Contas da União n. 30/2000)

Conforme consta da referida decisão, a forma de pagamento dos quintos pleiteada nesta ação mandamental é observada administrativamente, inclusive, por esta Corte, sendo certo que os servidores da Casa, detentores do referido benefício, tiveram os quintos incorporados segundo os valores constantes da lei que instituiu o Plano de Cargos e Salários do Poder Judiciário no ano de 1996.

Nesse contexto, dispensar tratamento diverso à recorrente implicaria em afronta ao princípio constitucional da isonomia, razão pela qual voto pelo conhecimento parcial do recurso, para conceder a segurança, assegurando à impetrante a percepção, em seus proventos, a título de Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada, relativamente ao cargo em comissão STM-FC-09, dos valores decorrentes da Lei n. 9.421/1996, deduzidas as parcelas já auferidas.”

Naquele julgado, discutiu-se sobre a revisão dos quintos após a edição da Lei n. 9.527/1997, firmando-se compreensão no sentido de que os servidores que fizeram jus a incorporação dos quintos enquanto integravam o quadro do Poder Judiciário, têm direito adquirido a receber a aludida vantagem nos valores determinados pela Lei n. 9.421/1996.

Aqui, do mesmo modo, a controvérsia gravita em torno do direito de servidores que, já tendo integrado os quadros de pessoal do Poder Judiciário, postulam o recebimento da vantagem pessoal prevista no art. 15, § 1º, da Lei n. 9.527/1997, de acordo com a tabela de remuneração de cargos implementada pela Lei n. 9.421/1996, razão pela qual o entendimento firmado por esta Turma no julgamento do REsp. n. 457.287-MG é de ser integralmente ratificado na presente hipótese.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso do INSS e provejo aquele interposto por Débora da Conceição e outros, assegurando-lhes o direito de receberem os quintos de acordo com os valores determinados pela Lei n. 9.421/1996.

É como voto.
