

Jurisprudência da Sexta Turma

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL N. 244.783 – RS

(Registro n. 2000.0001297-1)

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido

Embargante: Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul – Ipergs

Procuradores: Justino Adriano Farias da Silva e outros

Embargado: V. acórdão de fl. 193

Embargados: Nelci Terezinha do Amaral e outros

Advogados: Eryka Farias de Negri e outros

EMENTA: Processual Civil – Embargos de declaração – Contradição – Omissão – Inexistência – Fixação de verba honorária em sede de recurso especial – Possibilidade – Conhecimento do recurso especial – Matéria de mérito.

1. Em negando vigência à lei federal ou contrariando-a a decisão impugnada, o Tribunal, conhecendo do recurso especial, *aplicará o direito à espécie*, como preceitua o artigo 257, *in fine*, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

2. Em sendo exigência indeclinável da aplicação do direito à espécie a decisão de matéria de fato não compreendida nos fatos julgados e assim recebidos, cumpre ao Tribunal Superior, por sem dúvida, produzir os juízos de fato necessários à aplicação plena da lei federal à causa.

3. Aplicação do direito federal à espécie, por outro lado, é expressão denegatória da natureza de recurso de cassação ao recurso especial, que, conseqüentemente, devolve ao Tribunal Superior, no âmbito de seu cabimento e objeto próprio, a decisão da causa, aplicando-se-lhe a regra do artigo 512 do Código de Processo Civil, **verbis**: “O julgamento proferido pelo tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida no que tiver sido objeto de recurso”. Todo efeito de cassação é estranho ao recurso especial.

4. Conhecendo o recurso especial e aplicando o direito à espécie, para julgar o pedido inicial procedente ou improcedente, o Tribunal Superior estabelece os honorários advocatícios, sem que, com

isso, subverta os fatos que recebe como julgados na Corte **a quo**. O mesmo acontece quando se declara a incidência do § 4º, e não, do § 3º do artigo 20 do Código de Processo Civil na espécie, eis que a verba honorária é estabelecida à luz doutros limites, sendo defeso ao Tribunal Superior negar a natureza do recurso especial e transformá-lo, neste caso, em recursos de cassação.

5. Declarada a norma federal incidente, infringida ou de vigência negada pelo **decisum** impugnado na via especial, os efeitos resultantes dessa incidência e a subordinação dos fatos a esses feitos são matérias da competência deste Superior Tribunal de Justiça e, não, da parte, a cuja vontade não estão, evidentemente, submetidas.

6. É prática da Sexta Turma que, em se tratando de recurso especial interposto com fundamento na alínea **a** do permissivo constitucional, conhece-se, ou não, do recurso, reconhecendo-se ou não se reconhecendo a violação da lei federal. Dessa forma, neste caso, a decisão de conhecimento do recurso é decisão de mérito, qual seja, decide-se pela invocada violação de lei federal, daí porque não há falar em qualquer omissão na decisão. Em se tratando, contudo, de recurso especial conhecido pelas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, o recurso especial deve ter sido conhecido e provido.

7. Embargos de declaração parcialmente acolhidos para retificar o dispositivo do voto-condutor.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, acolher parcialmente os embargos de declaração, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Fontes de Alencar e Fernando Gonçalves votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausentes, ocasionalmente, o Sr. Ministro Vicente Leal e, justificadamente, o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília-DF, 29 de maio de 2001 (data do julgamento).

Ministro Fernando Gonçalves, Presidente.

Ministro Hamilton Carvalhido, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: Embargos de declaração opostos pelo Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul – Ipergs, ao acórdão desta Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, assim ementado:

“Recurso especial. Processual Civil. Previdenciário. Verba honorária. Autarquia previdenciária estadual.

– Nas causas em que for vencida autarquia previdenciária estadual, a verba honorária deverá ser fixada segundo os critérios do § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil.

– Precedentes.

– Recurso conhecido.” (fl. 193).

Alega o Embargante omissão no acórdão que deixou de consignar o resultado do julgamento pelo provimento ou desprovimento do recurso especial interposto, eis que, **verbis** “(...) O conhecimento é apenas o resultado do julgamento quanto aos pressupostos de admissibilidade dos recursos, restando omissos o julgado quanto à proclamação do julgamento de mérito”. (fl. 199).

Sustenta, ainda, a contradição no julgado, na medida em que se fixou o percentual da verba honorária, no percentual de 10%, com base no artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil, sem que fosse determinada a anulação do julgado e a remessa dos autos ao Tribunal Estadual.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Sr. Presidente, trata-se de embargos de declaração nítidos e essencialmente infringentes, em que se pretende o reexame da decisão, vazada nos seguintes termos:

“(...) a questão está na fixação de verba honorária nas causas em que for vencida autarquia previdenciária estadual.

A matéria já registra precedentes neste Tribunal, que firmou entendimento, no sentido de que os institutos de previdência dos Estados, por força de sua natureza jurídica de autarquia, estão compreendidos no conceito de Fazenda Pública.

Desta forma, no que se refere às verbas honorárias, aplica-se-lhes o § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil, que é expresso em estabelecer que, nas causas em que for vencida a Fazenda Pública, os honorários serão fixados consoante apreciação eqüitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas **a**, **b** e **c** do § 3º.

In casu, o acórdão impugnado assim decidiu:

‘(...)

Quanto à verba honorária, é de ser mantida, pois os honorários advocatícios devem ser fixados em 15%, de modo a remunerar com justeza o trabalho do advogado, observadas as disposições do art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil. *No caso, inaplicável o § 4º do dispositivo indigitado, por não se tratar de Fazenda Pública e sequer causa de valor inestimável. Ademais, como exposto, a fixação em 15% afigura-se correta e justa, não correspondendo a um quantum excessivo.*’

(...) (fl. 147 – nossos os grifos).

Ao que se tem, merece reforma o acórdão impugnado, por aplicável à espécie o § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil.

A verba honorária estabelecida, contudo, bem atende aos honorários justos, na espécie, no percentual de 15%, considerados o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação de serviço e a natureza e importância da causa.

Posto isso, conheço do recurso para reformar a decisão recorrida, no referente ao título legal da verba honorária, mantida, no mais, a decisão e, assim, os honorários de 15% sobre o valor da condenação.” (fls. 188/189).

Como se vê, manteve-se o percentual de 15%, estabelecido para os honorários advocatícios, na forma do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

O recurso especial foi instituído pela Constituição Federal de 1988, que lhe transferiu parte das funções atribuídas ao recurso extraordinário.¹

1 **In José Carlos Barbosa Moreira**. Comentários ao Código de Processo Civil, vol. V, p. 548, 6ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1993.

Próprio da competência do Superior Tribunal de Justiça, a finalidade precípua do recurso especial é a de assegurar a eficácia e a uniformidade de interpretação da lei federal, como na letra do artigo 105, inciso III, da Constituição da República:

“Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

(...)

III – julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal;
- c) der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.”

Tem-se, assim, que as questões de direito são a matéria do recurso especial, cujo objeto, por força de sua natureza mesma, é o *fundamento jurídico* infraconstitucional da decisão de única ou última instância, permanecendo-lhe estranho o seu *fundamento de fato*, cujas questões² não são devolvidas ao Tribunal Superior.

As questões de direito, assim, são a matéria própria do recurso especial, recebendo o Superior Tribunal de Justiça, ao conhecê-lo e decidi-lo, os fatos relativos a tais questões de direito, *como julgados na decisão impugnada*.

De tal correta afirmação, contudo, não se deve deduzir a incompatibilidade do recurso especial com todo e qualquer juízo que não seja exclusivamente jurídico e, por conseqüência, com os juízos de fato.³

Em negando vigência à lei federal ou contrariando-a a decisão impugnada, o Tribunal, conhecendo do recurso especial, *aplicará o direito à espécie*,

2 *Questão de fato* é a relativa aos fatos do mundo, livres de valoração jurídica. *Questão de direito* é a relativa à *qualificação jurídica* do(s) fato(s).

3 Juízo de fato – afirmação ou negação de um fato.

como preceitua o artigo 257, **in fine**, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

Aplicar o direito à espécie, por sem dúvida, é, primariamente, aqui, declarar os efeitos da lei federal que incidiu *nos fatos julgados na Corte a quo e assim recebidos*, sem devolução qualquer, na instância extraordinária, do recurso especial.

Em sendo exigência indeclinável da aplicação do direito à espécie a decisão de matéria de fato não compreendida nos fatos julgados e assim recebidos, cumpre ao Tribunal Superior, por sem dúvida, produzir os juízos de fato necessários à aplicação plena da lei federal à causa.

É o que ocorre, precisamente, nos casos de conhecimento de recurso especial para procedência ou improcedência do pedido inicial, ao se estabelecer, por exemplo, no âmbito dos ônus da sucumbência, os honorários advocatícios devidos pela parte-vencida, fixação essa que implica a produção de juízos de fato e normativos de fato (alíneas **a**, **b** e **c** do § 3º do artigo 20 do Código de Processo Civil), e que, de resto, deve ser fundamentada por imperativo constitucional.

A aplicação do direito à espécie, como se vê, pode conseqüencializar a produção de juízos de fato, sem que se esteja a adentrar na fundamentação de fato *não devolvida* do **decisum** impugnado, que negou ou infringiu os efeitos da lei federal incidente e não lhes subordinou os fatos do mundo.

A doutrina registra várias decisões nesse sentido, sendo indúvidoso que tanto o Supremo Tribunal Federal, quanto o Superior Tribunal de Justiça, decidindo recursos extraordinário e especial, deles conheceram para julgar procedente ou improcedente o pedido inicial, fixando, com a edição de juízos de fato e normativos de fato, os honorários advocatícios, em razão da sucumbência, ao aplicar à espécie a norma do artigo 20 do Código de Processo Civil.

Veja-se, **ad exemplum**, o seguinte precedente jurisprudencial:

“Processo Civil. Honorários de advogado. Embargos do devedor. Natureza jurídica. Ausência de condenação. Aplicação do art. 20, § 4º, CPC. Apreciação equitativa. Doutrina. Precedentes. Recurso provido parcialmente.

I – Segundo a boa doutrina, os embargos têm o caráter de ação pela qual o devedor formula uma pretensão consistente na anulação da

execução ou no desfazimento ou restrição da eficácia do título executivo. Trata-se, portanto, de ação constitutiva, visto destinar-se à desconstituição da relação processual da execução ou da eficácia do título executivo.

II – Na linha do sistema vigente, acolhidos os embargos do devedor, incide a regra do § 4º do art. 20, CPC.

III – A questão relacionada com o **quantum** dos honorários advocatícios está normalmente envolta com os fatos da causa, pelo que, em princípio, inapreciável no âmbito do recurso especial. Cuidando-se, no entanto, de questões de direito ou quando a estipulação feita nas instâncias ordinárias desborda dos critérios estipulados em lei, seja porque se distanciam do juízo de equidade, seja porque desatendem aos limites previstos, a Turma tem conhecido dos apelos visando à alteração do quantitativo escolhido, para elevá-los ou reduzi-los.

IV – Na espécie, os critérios legais recomendam a majoração da verba honorária.” (REsp n. 279.064-SC, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, in DJ de 5.3.2001).

A aplicação do direito federal à espécie, por outro lado, é expressão denegatória da natureza de recurso de cassação ao recurso especial, que, conseqüentemente, devolve ao Tribunal Superior, no âmbito de seu cabimento e objeto próprio, a decisão da causa, aplicando-se-lhe a regra do artigo 512 do Código de Processo Civil, **verbis**:

“O julgamento proferido pelo tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida no que tiver sido objeto de recurso.”

Como preleciona **Barbosa Moreira**:

“(…) Só quando o fundamento do recurso consista em **error in procedendo** é que o Supremo Tribunal Federal, ao dar-lhe provimento, anula a decisão da instância inferior e, se for o caso, faz baixar os autos, para que outra ali se profira. Salvo nessa hipótese, o acórdão do Supremo Tribunal Federal, seja qual for o sentido em que este se pronuncie, substitui, na medida em que se conheça da impugnação, a decisão contra a qual se recorreu: incide o art. 512.”⁴

4 In Comentários ao Código de Processo Civil, vol. V, p. 533, 6ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1993.

Todo efeito de cassação é estranho ao recurso especial.

A toda evidência, incabe recurso especial, quando se visa ao reexame puro e simples do **quantum** dos honorários, porque próprio da fundamentação de fato do **decisum**, cabendo, todavia, por óbvio, em vindo a insurgência especial fundada em questão federal com sede no título jurídico da verba honorária.

Assim, por exemplo, quando se violou os limites do § 3º do artigo 20 do Código de Processo Civil ou quando se o aplicou, negando incidência ao § 4º do mesmo artigo 20 do Código de Processo Civil, que, acolhendo resquícios do autoritarismo, contemplou o Estado com limites menores, estabelecendo-lhe um injustificável privilégio.

Conhecendo o recurso especial e aplicando o direito à espécie, para julgar o pedido inicial procedente ou improcedente, o Tribunal Superior estabelece os honorários advocatícios, sem que, com isso, subverta os fatos que recebe como julgados na Corte **a quo**.

O mesmo acontece quando se declara a incidência do § 4º, e, não, do § 3º do artigo 20 do Código de Processo Civil na espécie, eis que a verba honorária é estabelecida à luz doutros limites, sendo defeso ao Tribunal Superior negar a natureza do recurso especial e transformá-lo, neste caso, em recursos de cassação.

Pretende o Embargante, não que se subordine a espécie à norma do § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil, mas, sim, à moda de cassação, em sendo sucumbente o Poder Público, que apenas se a declare como incidente e se remeta à Instância **a quo** a decisão dos honorários advocatícios, com o que se lhe reabrirá, como é óbvio, a via extraordinária, submetendo o feito a tempos de prescrição social, na medida em que a prestação jurisdicional, ainda que parcialmente, se torna inútil para o homem, que está aqui e agora.

Declarada a norma federal incidente, infringida ou de vigência negada pelo **decisum** impugnado na via especial, os efeitos resultantes dessa incidência e a subordinação dos fatos a esses efeitos são matérias da competência deste Superior Tribunal de Justiça e, não, da parte, a cuja vontade não estão, evidentemente, submetidas.

De outro lado, é prática da Sexta Turma que, em se tratando de recurso especial interposto com fundamento na alínea **a** do permissivo constitucional, conhece-se, ou não, do recurso, reconhecendo-se ou não se reconhecendo a violação da lei federal. Dessa forma, neste caso, a decisão de conhecimento

do recurso é decisão de mérito, qual seja, decide-se pela invocada violação de lei federal, daí porque não há falar em qualquer omissão na decisão. Em se tratando, contudo, de recurso especial conhecido pelas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, o recurso especial deve ter sido conhecido e provido.

In casu, no entanto, o recurso especial está fundado nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, razão pela qual o recurso deveria ter sido conhecido e provido.

Pelo exposto, acolho parcialmente os embargos para conhecer e dar parcial provimento ao recurso especial, declarando a incidência do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil, mantendo-se o percentual de 15% fixado para a verba honorária.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 13.692 – ES

(Registro n. 2000.0062202-8)

Relator: Ministro Fontes de Alencar
Impetrante: Homero Junger Mafra
Impetrado: Desembargador-Suplente do Corregedor-Geral de Justiça do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo
Pacientes: Ilma Chrisóstomo Siqueira (presa), Vander Lima Rubert (preso) e Gessy Siqueira (preso)
Sustentação oral: D'Alembert Jorge Jaccoud (pelos pacientes)

EMENTA: Habeas corpus.

– O disposto na sentença não pode ser modificado por ato singular do Corregedor.

– Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da

Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem para, declarando a nulidade do ato impugnado, restabelecer a sentença monocrática, assegurando aos pacientes o direito de recorrerem em liberdade. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Vicente Leal, Fernando Gonçalves e Hamilton Carvalhido. Ausente, por motivo de licença, o Sr. Ministro William Patterson.

Brasília-DF, 14 de novembro de 2000 (data do julgamento).

Ministro Fernando Gonçalves, Presidente.

Ministro Fontes de Alencar, Relator.

Publicado no DJ de 18.2.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Fontes de Alencar: Sr. Presidente, o **Habeas Corpus** n. 13.692 tem como pacientes Ilma Chrisóstomo Siqueira, Vander Lima Rubert e Gessy Siqueira. A sentença está às fls. 32 a 97 – é uma longa sentença. São muitos os pacientes. O Juiz apreciou a situação de cada um dos denunciados. Absolveu alguns, condenou muitos e comentou provas a respeito de Rubert, e as provas não são de nossos interesses.

Vander Lima Rubert, Ilma Chrisóstomo Siqueira e Gessy Siqueira, os pacientes, foram condenados a 6 anos e 8 meses de reclusão e 270 dias-multa. O juiz, afinal, deliberou, pelos motivos que expôs, conceder aos apenados o direito de recorrer em liberdade, sob pena de não se ausentarem do País sem autorização legal. A denúncia está às fls. 109/129: formação de quadrilha, corrupção passiva e lavagem de dinheiro.

O Juiz – como eu disse –, na sentença, deliberou que eles apelariam em liberdade.

O **habeas corpus** volta-se para a decisão do suplente do corregedor que, dando provimento a uma reclamação – acolhendo a reclamação que lhe fizera o Ministério Público Estadual – deliberou individualmente:

“Acolhi a reclamação determinando seja imediatamente restabelecido o custodiamento dos sentenciados que receberam condenação.”

O Ministério Público manifestou-se pela denegação da ordem, estando seu parecer às fls. 247 e seguintes e, desta forma, sumariado:

“**Habeas corpus**. Formação de quadrilha, corrupção passiva e lavagem de dinheiro. Sentença condenatória que concedeu aos réus, que permaneceram presos durante a instrução criminal, o direito de apelar em liberdade. Provimento de reclamação correicional postulada pelo Ministério Público.

Parecer pela denegação da ordem.”

VOTO

O Sr. Ministro Fontes de Alencar (Relator): Sr. Presidente, como visto, volta-se o **habeas corpus** contra ato singular de suplente de corregedor de um Tribunal Estadual. Ato esse cujo conteúdo é de modificação parcial do determinado em uma sentença. Esse ato está às fls. 15 a 19 deste feito. Faço sua leitura:

“Consubstanciam o pleito com o arrazoado lançado às fls. 2/7, a ele acostando cópia integral da decisão condenatória (fls. 8/72) e, sob o principal argumento de ter o mencionado magistrado cometido **error in procedendo**, haja vista que, ao reconhecer e declarar os réus supracitados como infratores dos arts. 288 e 317, ambos do Código Penal, e art. 1^a, inc. V, da Lei n. 9.613/1998, salientando ‘... que se apurou a existência de uma quadrilha agindo na Câmara dos Vereadores de Cariacica, que em comunhão de vontade, praticavam mensalmente o crime de corrupção passiva e também de lavagem de dinheiro... **sic**’, descumpriu texto expresso da Lei n. 9.034/1995, que, em seu art. 9^o, preceitua que, nos crimes nela previstos, o réu não poderá em liberdade, clamando, em princípio, pela concessão de liminar no sentido de ser obstada a expedição de alvará de soltura em favor dos sentenciados acima, e, afinal, no sentido de se dar provimento à reclamação determinando-se ao MM. Juiz-reclamado, que os apenados sejam recolhidos a estabelecimento penitenciário estadual durante a fase recursal.

...(omissis)...

A irresignação do órgão promotorial reside, basicamente, no fato de ter o comando sentencial, em sua fundamentação, reconhecido ‘... a existência de uma quadrilha agindo na Câmara Municipal de Cariacica...’ integrada pelos mencionados réus, aplicando-lhes além das sanções previstas no art. 288 (quadrilha ou bando), as penas cominadas aos crimes previstos no art. 317 (corrupção passiva), ambos do Código Penal, e art. 1^a, inc. V, da Lei n. 9.613/1998 (lavagem

de bens, direitos ou valores), contemplando-os, no entanto, com o direito de apelar em liberdade da decisão condenatória.

Extrai-se da inicial que, assim agindo, teria o Magistrado-sentenciante, segundo a tese do Ministério Público, descumprido, expressamente, o texto do art. 9^a da Lei n. 9.034/1995, que inadmite a concessão de liberdade para apelar ao réu que tenha infringido os crimes nela previstos, cometendo, com isso, **error in procedendo**.

...(omissis)...

A despeito de alterar esta parte da decisão, deixo consignado um registro de apreço ao digno e destemido magistrado Dr. Adrualdo Monte Alto Filho, que em menos de três meses conseguiu instruir e julgar questão de tamanha complexidade.”

Enfim, esse é o ato atacado. O ato do suplente de corregedor que, individualmente, singularmente, monocraticamente, modificou, atendendo a uma reclamação, uma parte da decisão condenatória, exatamente aquela parte que possibilitava aos condenados apelar em liberdade. Conquanto me pareça bastante simples o caso, há considerações que merecem ser feitas. Primeiro, em relação a essa Lei n. 9.034, que se volta para as organizações criminosas – não é para o bando, a quadrilha definida no Código Penal, mas para as organizações transnacionais, aliás, ela chega a deixar isso explícito na epígrafe do capítulo primeiro:

“Da definição de ação praticada por organizações e dos meios operacionais de investigação e prova.”

Embora o art. 1^a mencione quadrilha ou bando, o art. 2^a diz:

“Em qualquer fase de persecução criminal que verse sobre ação praticada por organizações criminosas, são permitidos, além da já prevista na lei, os seguintes procedimentos:...”

Enumera uma série de possibilidades, que não vêm ao caso agora. Ressalto que no art. 2^a a lei menciona as ações praticadas por organizações criminosas. Se fosse para cuidar de quadrilha e bando, aqueles tipos definidos no Código Penal, não haveria necessidade dessa lei. Aliás, o Direito Penal brasileiro, uma vez que outra, se mostra pródigo dessas impropriedades; veja-se no Código de Processo Penal, que está aí, que fala de um procedimento

especial para crime de responsabilidade de servidor público, e, no entanto, crime de responsabilidade tem uma conotação política e esta tem lei própria de 1970.

É o que me parece ter acontecido aqui: a referência à quadrilha ou bando no art. 1^ª está deslocada, sob pena de se entender que esta lei se vincula ao crime de quadrilha e bando constante do Código Penal; estaria, então, revogado o artigo da Lei dos Crimes Hediondos, que fala em cumprimento de pena em regime integralmente fechado, no seu art. 10:

“Os condenados por crimes decorrentes de organizações criminosas iniciarão o cumprimento da pena em regime fechado.”

Estaria derogado – o art. 2^ª da Lei n. 8.072.

Essa seria a primeira visão, mas tenho certeza de que a nossa atenção não se deve voltar para este aspecto, mas para o art. 9^ª da Lei n. 9.034/1995, que é do seguinte teor:

“O réu não poderá apelar em liberdade, nos crimes previstos nesta lei.”

E, com fundamento neste dispositivo, o Corregedor decidiu extrair da sentença a parte que permitia aos condenados apelar em liberdade. Contudo, a lei que diz respeito à lavagem de dinheiro – pois foram também condenados por lavagem de dinheiro – é de 1998, lei ordinária, especial, posterior à Lei n. 9.034/1995, e diz:

“Os crimes disciplinados nesta lei são insusceptíveis de fiança e liberdade provisória. Em casos de sentença condenatória, o juiz decidirá, fundamentadamente, se o réu poderá apelar em liberdade.”

Derrogou o art. 9^ª da Lei n. 9.034, de 1995. Penso também que o caso não se resolveria por aí. Temos um **habeas corpus** em que a motivação do pedido é a impropriedade do ato praticado pelo Corregedor do Tribunal do Estado, que extirpou da sentença condenatória a possibilidade que o juiz definira de poderem os condenados apelarem em liberdade.

A Constituição de 1891 estabeleceu a competência da União para legislar com exclusividade sobre o processo da Justiça Federal. Com o advento revolucionário da década de trinta, com a Carta de 1937, retomou-se para a União a competência para legislar privativamente sobre Direito

Processual. Rogo a atenção dos Senhores para a circunstância de que aquela primeira Constituição republicana estabelecia a competência da União para legislar sobre processo da Justiça Federal; em consequência disto, ante os poderes implícitos da primeira Constituição republicana, os Estados legislaram sobre Direito Processual. Já na Constituição de 1937, sob o império autoritário do Estado Novo, a União açambarcou todo o poder legislante referente ao Direito Processual. Todavia, o advento da reconstitucionalização do País de 1946 não alterou este aspecto, porque a Constituição de setembro de 1946 também mantinha, reservava para a União, a competência exclusiva para legislar sobre Direito Processual. E, assim, aquelas que se lhe seguiram, a Constituição de 1967, a Emenda de 1969. A Constituição de 1988 disciplina diferentemente de todas as Constituições anteriores. Dispõe:

“Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I – Direito Civil, Comercial, Penal, Processual, Eleitoral, Agrário, Marítimo, Aeronáutico, Espacial e do Trabalho:

(...)

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

(...)

XI – procedimento em matéria processual;

(...)”

Então, hoje os Estados podem legislar sobre procedimento em matéria processual.

Fiz essa digressão para chegar à lei local, porque a decisão tomada pelo Corregedor do Espírito Santo tem fulcro, base, suporte, na Lei Local de Organização Judiciária; seria uma atribuição do Corregedor – no seu entender – a providência adotada.

Pudessem os Estados, no atual sistema constitucional brasileiro, legislar sobre matéria processual, não tenho dúvida de que o Corregedor teria agido dentro da esfera própria de sua atividade. Mas, os Estados não legislam sobre Direito Processual, apenas em relação a procedimentos em matéria processual; e criar-se, com qualquer nome que seja, um instrumento que funcione num sistema como recurso, é ofender a Constituição.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, em um caso de Santa

Catarina, apreciou esse tema, em que a lei catarinense criou um determinado tipo de recurso, e a excelsa Corte dispôs que o Estado legisla sobre procedimentos e não pode legislar sobre recurso, porque recurso é essencialmente processo, e não cabe ao Estado legislar sobre processo. É o que aconteceu aqui; o caso a que me reporto, de Santa Catarina, tem na sua ementa o seguinte:

“Mostra-se insubsistente, sob o ângulo constitucional, norma local que implique criação de recurso.”

Se uma norma local estabelece que, por via de representação, um Corregedor pode modificar a sentença, está criando recurso e se assim o faz, age com eiva de inconstitucionalidade, e é o que ocorre aqui.

Este é o ato do Corregedor com eiva gritante de inconstitucionalidade. Ante o exposto, concedo o **habeas corpus**.

VOTO

O Sr. Ministro Vicente Leal: Sr. Presidente, estou de pleno acordo com o voto do Sr. Ministro-Relator.

Efetivamente, a matéria tinha que ser agitada pela via recursal própria, e não por uma medida administrativa adotada pelo Sr. Corregedor.

Concedo a ordem.

HABEAS CORPUS N. 15.910 – MS

(Registro n. 2001.0011315-0)

Relator: Ministro Fontes de Alencar
Impetrante: Levy Dias Marques
Impetrado: Desembargador-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul
Paciente: José Aparecido Rodrigues

EMENTA: Habeas corpus.

- Decreto de prisão preventiva sem fundamentação bastante.
- Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. 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 Vicente Leal, Fernando Gonçalves e Hamilton Carvalhido. Ausente, por motivo de licença, o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília-DF, 3 de dezembro de 2001 (data do julgamento).

Ministro Fernando Gonçalves, Presidente.

Ministro Fontes de Alencar, Relator.

Publicado no DJ de 18.2.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Fontes de Alencar: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo do recurso ordinário constitucional contra acórdão da Turma Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, que denegou ordem impetrada em favor de José Aparecido Rodrigues.

O acórdão referido está desta forma ementado:

“**Habeas corpus**. Prisão preventiva. Fatos objetivos que demonstram a necessidade da medida. Ordem denegada.

Se o magistrado fundamenta exaustivamente o decreto de prisão preventiva apontando as razões de fato que autorizam a medida para assegurar a aplicação da lei penal, impõe-se a denegação da ordem.” (fl. 197).

Alega o Impetrante, em síntese, inexistirem os pressupostos autorizadores para a decretação da prisão preventiva.

À fl. 118 deneguei a providência liminar pretendida. Reiterado o pleito, reexaminado o ponto, a deferi (fl. 202).

Manifestação do Ministério Público Federal pela concessão da ordem.

VOTO

O Sr. Ministro Fontes de Alencar (Relator): Ao se pronunciar pela concessão da ordem, ponderou o Subprocurador-Geral da República, Arx Tourinho:

“Legitimidade e interesse processuais demonstrados. Na benevolente compreensão do colendo Superior Tribunal de Justiça, há de se ter a impetração como substitutiva de recurso ordinário constitucional.

No mérito, razão assiste ao Paciente.

O Paciente está denunciado, juntamente com dois outros acusados, por delito tipificado no artigo 12 c.c. artigo 18, III, da Lei n. 6.368/1976, sendo que os denunciados Daniel de Oliveira e Claudinei Alves foram presos em flagrante.

A custódia preventiva foi decretada, a partir de requerimento do Ministério Público, sendo deferida, ao fundamento único de o Paciente residir em cidade próxima ao vizinho país Paraguai, sendo necessária para aplicação da lei penal.

Está dito **expressis verbis**: ‘O fato do representado residir na cidade de Coronel Sapucaí-MS, limítrofe com o país vizinho do Paraguai, coloca em xeque seu comportamento em responder à ação penal ora ajuizada, bem como cumprir eventual pena corporal, caso seja condenado. Por esta razão, a aplicação da lei penal mostra-se seriamente ameaçada’ (fls. 98/99).

Não se encontra no ato judicial atacado qualquer outro pressuposto, ensejando a segregação provisória.

Note-se que a prisão preventiva foi decretada em 1^a de dezembro do ano transato, e, cerca de vinte dias antes, o Paciente, por seu advogado, dirigira petição ao delegado de polícia federal de Dourados, colocando-se à disposição para prestar esclarecimentos, em virtude de ter sido mencionado no auto de prisão em flagrante lavrado contra os demais denunciados (fl. 66).

Efetivamente, no dia 16 de novembro, o Paciente compareceu na delegacia de polícia, onde foi qualificado e ouvido (fls. 70/72).

Percebe-se, claramente, a ilegalidade na decretação da custódia preventiva.

Ninguém pode ser preso preventivamente pelo simples fato de morar em cidade vizinha a outro país, sofrendo mera conjectura de que poderá evadir-se à aplicação da lei penal.

A decretação da custódia prévia haverá sempre de estar embasada em fatos comprovados e não em simples suposição, repudiada pela ordem jurídica, ainda mais quando os fatos apontados não induzem intenção do Paciente em furtar-se ao distrito da acusação.

Doutrina **Fernando Pedroso**:

‘Assim, para a decretação da prisão em apreço, não bastam os simples temores subjetivos do magistrado de que o réu venha a atentar contra a ordem pública, conturbar a instrução ou subtrair-se de eventual aplicação da lei penal. As suspeitas do juiz, subjetivamente fundadas, são insuficientes para a adoção da medida extrema (E. Schmidt, Deutsches Strafprozessrecht, 1967, 118), cumprindo que os fatos, que caracterizam a necessidade, sejam objetivamente determinados (Eduardo Kern, Strafverfahrensrecht, 132). Por conseguinte, ‘não basta a mera suposição, o temor sem base em prova (grifamos), de que venha o acusado a perturbar a ordem pública, a prejudicar a instrução ou a fugir da aplicação da lei penal’ (Processo Penal – O Direito de Defesa, Ed. Rev. dos Tribunais, 2ª ed., p. 103).’

A jurisprudência não vacila:

‘Ementa: Penal. Processual. Prisão preventiva. Fundamentação. Habeas corpus substitutivo.

1. A decretação da prisão preventiva exige motivação concreta, não podendo se ater a meras conjecturas do crime ou dilações genéricas às hipóteses legais.

2. Habeas corpus conhecido; ordem concedida para o fim de revogar o decreto de prisão preventiva.’ (RHC n. 8.497-RJ, Relator Min. Edson Vidigal, Quinta Turma. Decisão 4.5.1999. Publicação DJ de 6.9.1999, p. 94).”

De inteira procedência esse posicionamento.

Demais disso, conforme petição de fl. 199, o Paciente

“(...) voluntariamente apresentou-se perante a autoridade policial para que fosse dado cumprimento ao mandado de prisão expedido em desfavor e cujo decreto se discute através deste *writ*.

Com a apresentação voluntária do Paciente, se motivos haviam para sua segregação cautelar, ficam os mesmos inquestionavelmente afastados.”

Acolho sua manifestação.

Posto isso, concedo a ordem impetrada em favor de José Aparecido Rodrigues.

HABEAS CORPUS N. 16.569 – SP

(Registro n. 2001.0048006-3)

Relator: Ministro Paulo Gallotti
Impetrante: Diógenes Nascimento Garcia
Advogado: Valdemar Ferreira Lopes
Impetrada: Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Paciente: Diógenes Nascimento Garcia (preso)

EMENTA: Processo Penal – **Habeas corpus** – Pretensão de ser concedido *sursis* ao paciente – Análise de circunstâncias subjetivas e objetivas – Reincidência reconhecida.

1. Em tese, não é viável em **habeas corpus** examinar a possibilidade de concessão da suspensão condicional da pena, por reclamar a verificação de requisitos objetivos e subjetivos, normalmente incompatível com o perfil do *writ*.

2. Se o Tribunal reconheceu a condição de reincidente do sentenciado, implicitamente está a lhe negar o benefício do *sursis*, sem que se mostre necessária, diante da vedação legal, qualquer consideração a respeito.

3. Pedido conhecido e denegado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Fontes de Alencar, Vicente Leal, Fernando Gonçalves e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília-DF, 4 de setembro de 2001 (data do julgamento).

Ministro Fernando Gonçalves, Presidente.

Ministro Paulo Gallotti, Relator.

Publicado no DJ de 4.2.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Cuida-se de **habeas corpus**, com pedido liminar, impetrado pelo Dr. Valdemar Ferreira Lopes, em favor de Diógenes Nascimento Garcia, desafiando acórdão proferido pela Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o Paciente, preso em flagrante, foi denunciado como incurso no artigo 10, § 3º, IV, da Lei n. 9.437/1997, restando condenado à pena de dois anos de reclusão e multa, sendo-lhe recusado o benefício do *sursis*.

Negada a liminar, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo prestou as informações de estilo.

O Ministério Público Federal opinou no sentido de não ser conhecido o pedido.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator): Em tese, não é viável em **habeas corpus** examinar a possibilidade de concessão da suspensão condicional da pena, para o que se exige a verificação de requisitos de natureza objetiva e subjetiva, estes, por evidente, incompatíveis com o perfil do *writ*.

No caso, contudo, vê-se com clareza que o Tribunal implicitamente recusou o benefício em razão de ter reconhecido que o Paciente era reincidente em crime doloso, circunstância a obstar a suspensão da pena, a teor do disposto no artigo 77, inciso I, do Código Penal, não se mostrando necessário que mencionasse expressamente essa incompatibilidade.

Por isso, ao final do acórdão que manteve a condenação, embora reduzida a reprimenda, anotou-se:

“O regime prisional fechado foi corretamente arbitrado em razão da reincidência e dos antecedentes criminais do apelante e não merece modificação. Pelos mesmos motivos, não faz jus à substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.” (fl. 99).

Do exposto, inexistindo qualquer constrangimento, o meu voto conhece do pedido e denega a ordem.

HABEAS CORPUS N. 16.873 – SP

(Registro n. 2001.0060696-2)

Relator: Ministro Paulo Gallotti
Impetrante: Edílson da Silva Machado
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Paciente: Edílson da Silva Machado (preso)

EMENTA: Processo Penal – **Habeas corpus** – Sentença condenatória – Pena-base fixada no mínimo legal – Réu primário – Bons antecedentes – Regime inicial de cumprimento da pena mais grave do que o legalmente previsto – Impossibilidade – Artigos 33, § 2º, e 59 do Código Penal.

1. Tratando-se de réu primário e com bons antecedentes, fixada a pena-base no mínimo legal, é inadmissível a estipulação de regime prisional mais rigoroso do que aquele previsto para a sanção corporal aplicada, não servindo como justificativa tratar-se de crime de roubo, cuja natureza e gravidade recomendariam sua adoção.

2. **Habeas corpus** concedido para assegurar ao paciente o direito de iniciar o desconto da pena corporal no regime semi-aberto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. 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**, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Fontes de Alencar, Vicente Leal, Fernando Gonçalves e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília-DF, 4 de setembro de 2001 (data do julgamento).

Ministro Fernando Gonçalves, Presidente.

Ministro Paulo Gallotti, Relator.

Publicado no DJ de 4.2.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Cuida-se de ordem de **habeas corpus** impetrada em causa própria por Edilson da Silva Machado contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que deferiu parcialmente pedido de revisão criminal, excluindo a agravante genérica do concurso de agentes e reduzindo a pena aplicada, mas mantendo o regime prisional fechado.

Consta do processado que o Paciente foi condenado, como incurso no art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, a seis anos, dois meses e vinte dias de reclusão, fixada a pena-base no mínimo legal.

Busca a impetração a concessão da ordem para se estabelecer o regime semi-aberto como inicial de cumprimento da pena reclusiva, haja vista a primariedade do Paciente, a quantidade da pena aplicada e as circunstâncias judiciais que lhe são favoráveis.

Prestadas as informações de praxe, a Subprocuradoria Geral é pela concessão da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator): Tem razão o Impetrante.

Na hipótese, o Tribunal **a quo**, ao manter o regime prisional mais severo para o cumprimento da pena corporal, levou em conta tão-somente a gravidade do delito, deixando, contudo, de considerar as circunstâncias indicadas no artigo 59 do Código Penal, todas favoráveis ao Paciente segundo o comando da decisão de 1ª grau.

Em compreensão hoje pacificada no Superior Tribunal de Justiça, tratando-se de réu primário e com bons antecedentes, fixada a pena-base no mínimo legal, é inadmissível a estipulação de regime prisional mais rigoroso do que aquele previsto para a sanção corporal aplicada, não servindo como justificativa tratar-se de crime de roubo, cuja natureza e gravidade recomendariam sua adoção.

Veja-se o precedente:

“Processual Penal. Pena-base fixada no mínimo legal. Regime inicial de cumprimento da pena mais grave (fechado). Impossibilidade.

1. Se o paciente, além de réu primário, tem a seu favor a pena-base fixada no mínimo legal, em razão de as circunstâncias judiciais lhe serem todas favoráveis, não há razão para a imposição de regime inicial de cumprimento da reprimenda mais rigoroso (fechado), ainda que fundado na gravidade do delito, sob pena de não se levar em conta as balizas do artigo 33, § 2º, do Código Penal, que, conjugadas sistematicamente com os critérios do artigo 59 do CP, resultam nas diretrizes a serem seguidas. Fixar a pena-base no mínimo legal e agravar o regime inicial da sanção penal são fundamentos incompatíveis. Precedentes da Sexta Turma.

2. Ordem concedida.” (HC n. 14.847-SP, Relator o Ministro Fernando Gonçalves, DJU de 18.6.2001).

Ante o exposto, concedo a ordem para garantir ao Paciente o direito de iniciar no regime semi-aberto o cumprimento da pena a que foi condenado na ação penal de que aqui se cuida.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 16.994 – SP

(Registro n. 2001.0067307-2)

Relator: Ministro Paulo Gallotti
Impetrante: Antônio Carlos de Toledo Santos Filho
Impetrada: Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região
Paciente: Hector Alexis Garate Gallardo (preso)

EMENTA: Processo Penal – **Habeas corpus** – Tráfico de entorpecentes – Artigo 44 do Código Penal – Lei n. 9.714/1998 – Substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

1. Na linha da jurisprudência amplamente majoritária na Terceira Seção do STJ, compreensão em relação à qual ressalvo meu ponto de vista, não é possível substituir por medida restritiva de direitos à pena privativa de liberdade imposta em condenação pela prática de crime de tráfico de entorpecentes.

2. **Habeas corpus** denegado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, denegar a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Vencidos os Srs. Ministros Fontes de Alencar e Vicente Leal. Os Srs. Ministros Fernando Gonçalves e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília-DF, 20 de setembro de 2001 (data do julgamento).

Ministro Fernando Gonçalves, Presidente.

Ministro Paulo Gallotti, Relator.

Publicado no DJ de 18.2.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Cuida-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Hector Alexis Gallardo, condenado à pena de 4 (quatro) anos de reclusão, em regime fechado, pela prática do delito previsto no artigo 12,

caput, combinado com o artigo 18, I, ambos da Lei n. 6.368/1976, apontando como autoridade coatora a Primeira Turma do Tribunal Federal da 3ª Região.

Pretende o Impetrante que a sanção corporal imposta ao Paciente seja substituída por pena restritiva de direito, a teor do contido no artigo 44 do Código Penal, com a redação que lhe deu a Lei n. 9.714/1998.

Indeferida a liminar e prestadas as informações de praxe, opina a Subprocuradoria Geral da República pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator): Trata-se de matéria já conhecida no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, relativa a ser possível ou não a substituição da pena privativa de liberdade, em crime de tráfico de entorpecentes, por pena restritiva de direito, a teor do disposto no artigo 44 do Código Penal, com a redação imprimida pela Lei n. 9.714/1998.

Tema da mais alta indagação, situado na linha de uma política criminal que busca evitar o encarceramento quando ele não se mostra necessário, tem determinado acesa controvérsia na doutrina e na jurisprudência.

Na Quinta Turma, a solução hoje unânime é no sentido de não ser possível a aludida substituição.

Em nossa Sexta Turma, com a atual composição, há nítida divergência entre os Ministros Fontes de Alencar e Vicente Leal, que consideram viável a medida, e os Ministros Fernando Gonçalves e Hamilton Carvalhido, que a tem como impossível.

Veja-se os precedentes:

A – “Processo Penal. Tráfico de entorpecentes. Substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos. Progressão de regime prisional. Impossibilidade.

– As alterações introduzidas no Código Penal pela Lei das Penas Alternativas (Lei n. 9.714/1998) não alcançam o crime de tráfico de entorpecentes (crime hediondo), cujo cumprimento da pena é em regime integralmente fechado. Impossibilitada, portanto, a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

– Nos delitos previstos na Lei de Crimes Hediondos, o regime de cumprimento de pena é o fechado, vedada a progressão. A Lei n. 9.455/1997 refere-se, exclusivamente, à prática de tortura, não se estendendo aos demais delitos previstos na Lei n. 8.072/1990.

– Precedentes.

– Recurso conhecido e provido para determinar que o cumprimento da pena seja em regime integralmente fechado.” (REsp n. 286.786-SP, Relator o Ministro Jorge Scartezzini, DJU de 28.5.2001).

B – “Processual Penal. **Habeas corpus**. Dilação probatória. Impossibilidade. Substituição de pena privativa de liberdade. Art. 44 do CP. Crime hediondo. Inaplicabilidade. Réu que permaneceu preso durante toda a instrução criminal. Direito de apelar em liberdade. Inexistência.

1. Dizer da contradição de depoimentos é matéria não condizente com a via eleita, augusta por excelência, onde não há espaço para incursão na seara fático-probatória, indispensável para a resolução de questão deste jaez.

2. O art. 44 do Código Penal, com redação dada pela Lei n. 9.714/1998, não se aplica aos crimes hediondos, razão pela qual o paciente, condenado por tráfico de entorpecentes, não tem direito à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

3. Se o paciente foi preso em flagrante delito e enclausurado ficou durante toda a instrução criminal, pela prática descrita no art. 12 da Lei n. 6.368/1976, impõe-se manter o seu **status libertatis**, à míngua de qualquer fato novo que pudesse ensejar a sua liberdade.

4. Ordem denegada.” (HC n. 11.041-SP, Relator o Ministro Fernando Gonçalves, DJU de 21.2.2000).

C – “Processual Penal. **Habeas corpus**. Tráfico de entorpecentes. Decreto judicial condenatório. Recursos especial e extraordinário. Efeitos. Ordem de prisão. Pena privativa da liberdade. Pretensão de substituição por pena alternativa. Lei n. 9.714/1998. Incidência.

– A Lei de Recursos, ainda vigente em matéria de processo penal, em sintonia com o artigo 637 do CPP, preceitua que ‘os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo’ (art. 27, § 2^a), em razão do que a eventual interposição de tais recursos não suspende a ordem de prisão conseqüente de decisão condenatória proferida pelas instâncias ordinárias.

– A Lei n. 9.714/1998, que deu nova redação aos artigos 43 e 47 do Código Penal, introduziu entre nós o sistema de substituição de pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, e por ser mais benigna, tem aplicação retroativa, nos termos do art. 2º, parágrafo único, do estatuto penal, e do art. 5º, XL, da Constituição Federal.

– Embora inexistente o direito subjetivo do réu à substituição da pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos, é de rigor que a recusa à concessão do benefício seja sobejamente fundamentada, com exame das condições objetivas e subjetivas que indiquem a impropriedade do deferimento do pedido.

– **Habeas corpus** concedido.” (HC n. 11.767-SP, Relator para acórdão o Ministro Vicente Leal, DJU de 1.8.2000).

Assim, verifica-se que a Seção que cuida da matéria criminal no STJ, pela maioria de seus integrantes, não vê como razoável a concessão do benefício, na linha, aliás, da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Confira-se:

“**Habeas corpus**. Tráfico ilícito de entorpecente (Lei n. 6.368/1976). Substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos (Lei n. 9.714/1998): inaplicabilidade.

1. O preceito insito no artigo 44 do Código Penal, com a redação dada pela Lei n. 9.714/1998, é regra geral, não podendo ser aplicado à Lei n. 6.368/1976, visto tratar-se de lei especial.

2. A pena privativa de liberdade por crime previsto na lei de tóxicos, equiparável a crime hediondo, tem que ser cumprida integralmente no regime fechado, em face da Lei n. 8.072/1990, impossibilitando assim a sua conversão em pena restritiva de direitos.

3. **Habeas corpus** indeferido.” (HC n. 79.567-RJ, Relator o Ministro Maurício Corrêa, DJU de 3.3.2000).

Não tendo ainda formado convicção definitiva sobre a questão, estando a refletir sobre seu alcance, com a ressalva de meu ponto de vista, denego a ordem.

VOTO-VENCIDO

O Sr. Ministro Fontes de Alencar: Sr. Presidente, fico vencido, concedendo a ordem.

VOTO-VENCIDO

O Sr. Ministro Vicente Leal: Sr. Presidente, fico vencido, mas não posso deixar de registrar que essa matéria é sumamente relevante, pois tem embasamento constitucional.

Entendo que o Tribunal há de refletir com mais cautela sobre esse tema, porque estamos emprestando uma interpretação gravosa em sede de Direito Penal.

Regime prisional integralmente fechado é uma figura de exceção que se tem tentado extirpar do ordenamento jurídico nacional. Ela é contra o sistema constitucional porque quebra o princípio da individualização da pena; é contra o sistema do Direito Penal e, na prática, na realização da justiça penitenciária, tem conseqüências gravosas, pois é contra toda a idéia de recuperação do homem. Assim, é conveniente que sempre se empreste uma interpretação tendente a afastar essa figura insólita do regime integral fechado. Por isso, há de se dar prestígio a essa exegese.

Peço vênia para votar divergindo do Sr. Ministro-Relator, concedendo a ordem.

HABEAS CORPUS N. 17.322 – MG

(Registro n. 2001.0081390-7)

Relator: Ministro Fernando Gonçalves
Impetrantes: Francisco Rodarte e outro
Impetrada: Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
Paciente: Carlos Resende Aparecido Salles (preso)

EMENTA: Habeas corpus – Regime prisional semi-aberto – Trabalho externo – Prazo.

1. A atribuição de trabalho externo se distingue nos regimes fechado e semi-aberto pela desnecessidade, quanto a este último, da vigilância direta.

2. No regime semi-aberto, entretanto, não se pode prescindir de um prazo razoável de observação do apenado para conceder-lhe a autorização de trabalho externo. Não há direito à imediata liberação para o trabalho externo, tão logo haja o recolhimento, sem qualquer exame da situação.

3. Ordem conhecida em parte e, nesta extensão, denegada, haja vista não haver requerimento perante o juízo da execução reclamando a atenuação do regime.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer parcialmente da ordem e, nesta extensão, denegá-la. Os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido, Fontes de Alencar e Vicente Leal votaram com o Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília-DF, 4 de outubro de 2001 (data do julgamento).

Ministro Fernando Gonçalves, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 22.10.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves: Trata-se de **habeas corpus**, substitutivo de recurso ordinário, impetrado em favor de Carlos Resende Aparecido Salles que, condenado a 6 anos de reclusão, no regime semi-aberto, por prática descrita no art. 213 c.c. o art. 224 do CP, estaria a sofrer constrangimento, em razão de cumprir pena na cadeia pública da Comarca de Lavras-MG, no regime fechado, em afronta àquele determinado pelo édito condenatório, inclusive impedindo que possa ele exercer trabalho externo.

Prestadas as informações (fl. 45) e indeferida a liminar (fl. 56), opina a Subprocuradoria Geral da República pelo conhecimento parcial da ordem e sua denegação (fls. 59/63).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves (Relator): O Paciente, condenado pela prática do crime do art. 213, **caput**, c.c. os arts. 224, **a**, e 225, § 1º, inc. I e II, c.c. o art. 71, todos do Código Penal, obteve, em sede de **habeas corpus**, pela Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, a substituição do regime prisional fechado pelo semi-aberto, negando-se, outrossim, de início, a pretensão de trabalho externo, por falta de preenchimento dos requisitos legais próprios, a teor da ementa do venerando acórdão de fl. 46, **verbis**:

“Ementa: HC. Crime contra os costumes. Condenação mantida, em parte, pelo Tribunal em grau de apelação. Pena reduzida. Substituição do regime fechado pelo semi-aberto. Pretensão de trabalho externo. Denegação. Reduzida a pena ao mínimo e substituído o regime fechado pelo semi-aberto, não é de se acolher, em sede de HC, a pretensão de trabalho externo, à alegação de inexistência de trabalho interno, se o paciente não preenche os requisitos legais para a obtenção do benefício pretendido.”

Na presente ordem substitutiva, o pleito principal cifra-se no exercício da atividade laborativa externa, em decorrência do regime semi-aberto. Efetivamente, o condenado a cumprir pena neste regime, a teor da letra do art. 35, § 1º, do Código Penal, ficará sujeito a trabalho em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar, sendo admissível, segundo ensina **Mirabete**, a atribuição de trabalho externo que se distingue, nos dois regimes (fechado e semi-aberto) pela desnecessidade, quanto a este, da vigilância direta.

Não se pode, entretanto, mesmo no caso de regime semi-aberto, prescindir de um prazo razoável de observação do apenado, “para que seja possível apurar os demais requisitos exigidos no art. 37” da LEP. **In casu**, o Paciente, tão logo recolhido, fez requerer o benefício, sem qualquer exame da situação.

Neste sentido, não está a merecer censura o venerando acórdão, **ut** precedentes desta Corte, colacionados pelo parecer ministerial e que ostentam as ementas seguintes:

“Processual Penal. Regime semi-aberto. Trabalho externo. Lei de Execuções Penais, art. 37.

1. Para a concessão de trabalho externo pelo Juízo das Execuções, é necessária a observância de requisitos de ordem objetiva o cumprimento mínimo de 1/6 da pena, bem como de ordem subjetiva – aptidão, disciplina e responsabilidade (LEP, art. 37).

2. **Habeas corpus** conhecido; pedido indeferido.” (HC n. 14.288-PB, DJ de 18.12.2000, p. 223, Min. Edson Vidigal, Quinta Turma).

“Penal. Processual. Regime semi-aberto. Trabalho externo. Lapso temporal.

1. A autorização para o exercício de trabalho externo não é consequência direta do regime semi-aberto. Depende, dentre outros fatores, do requisito objetivo – lapso temporal – não atingido pelo paciente quando da impetração.

2. **Habeas corpus** conhecido; pedido indeferido.” (HC n. 10.609-RS, DJ de 2.5.2000, p. 151, Min. Edson Vidigal, Quinta Turma) (fls. 61/62).

Por fim, a circunstância de estar o Paciente, segundo alega, cumprindo a pena no regime fechado, não foi levada a debate a decisão pelas instâncias ordinárias, inexistindo comprovação de pedido ao juízo da execução providências. Sob pena de supressão de instância, o STJ não pode conhecer do requerimento.

Ante o exposto, conheço em parte da ordem, denegando-a, outrossim, nesta extensão.

HABEAS CORPUS N. 17.680 – SP

(Registro n. 2001.0090867-7)

Relator: Ministro Fernando Gonçalves
Impetrante: Brasil César Portella da Silva
Impetrado: Desembargador Segundo Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Paciente: Brasil César Portella da Silva (preso)

EMENTA: Processual Penal – Revisão criminal – Pedido em causa própria – Possibilidade – Inteligência do art. 623 do CPP –

Apresentação concomitante de razões pela Defensoria Pública – Constrangimento ilegal – Inexistência.

1. O art. 623 do CPP autoriza o ajuizamento, pelo próprio condenado, sem intervenção de advogado ou defensor, de revisão criminal. Referido dispositivo, segundo entendimento do STF, secundado por esta Corte, foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

2. Não obstante, o fato de, na espécie, ter sido, concomitantemente, apresentado arrazoado também pela defensoria pública não rende ensejo a constrangimento ilegal, porquanto, em **ultima ratio**, há apenas reforço de defesa.

3. Ordem parcialmente concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem de **habeas corpus**. Os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido, Fontes de Alencar e Vicente Leal votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília-DF, 4 de outubro de 2001 (data do julgamento).

Ministro Fernando Gonçalves, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 22.10.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves: Trata-se de **habeas corpus** impetrado por Brasil César Portella da Silva, apontando como autoridade coatora o Desembargador Segundo Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Segundo se extrai da exordial, o Paciente, condenado a 30 anos de reclusão, por prática descrita no art. 157, § 3º, parte final, c.c. o art. 29, ambos do CP, fez interpor apelação, obtendo redução da pena para 23 anos e 4 meses de reclusão.

Transitada em julgado essa decisão, pelo Paciente foram ajuizadas três revisões criminais: a primeira indeferida, a segunda não conhecida e a terceira em andamento.

Insurge-se a presente impetração, contra a determinação da autoridade coatora de remeter o processo à Vara de origem, para que fosse nomeado um defensor dativo. Argumenta que esse proceder causa-lhe constrangimento, porque, já tendo sido mal patrocinado pela Defensoria Pública, requer seja-lhe assegurado o direito de postular, de próprio punho, o pedido revisional.

Prestadas as informações (fls. 13/14), opina a Subprocuradoria Geral da República pela concessão parcial de ordem (fls. 178/179).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves (Relator): Na espécie, consoante já afirmado, o Paciente, de próprio punho, postula revisão criminal, tendo o Vice-Presidente do TJSP determinado a nomeação de defensor dativo para formalizar o pedido.

Apresentado, por este último, o arrazoado, insurge-se o Paciente contra a intervenção da assistência judiciária, invocando seja aplicado o art. 623 do CPP.

Realmente, o mencionado dispositivo autoriza seja o pedido revisional postulado pelo próprio condenado, sem a intervenção de advogado ou defensor público. Nesse sentido, aliás, já decidiu esta Corte:

“Criminal. HC. Nulidade. Cerceamento de defesa. Revisão criminal proposta pelo próprio réu. Ausência de constrangimento ilegal. Ordem denegada.

I – Não há nulidade por cerceamento de defesa na proposição de revisão criminal pelo próprio réu, *ex vi* do art. 623 do Código de Processo Penal, dispositivo em vigor e que foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

II – Ordem denegada.” (HC n. 13.772-SP, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU de 30.10.2000).

Não obstante, na espécie, o fato de o Procurador do Estado, no exercício da assistência judiciária, ter apresentado também suas razões, antes de

macular a defesa revisional engendrada em causa própria, pelo contrário, só vem a ratificá-la e reforçá-la, não existindo, neste proceder, constrangimento ilegal. Tanto é assim que ambas as petições tomaram o mesmo número no Tribunal de origem.

A propósito, o bem lançado parecer do Ministério Público Federal:

“A ordem merece concessão parcial.

Com efeito, possui o Paciente legitimidade para formular pedido de revisão criminal, independentemente de estar representado por procurador, conforme prescreve o artigo 623 do CPP, em pleno vigor. Nesse sentido já se manifestou a Excelsa Corte, **verbis**:

‘Se é certo que a presença de advogado, na defesa do réu, não profissional do direito, constitui garantia, em princípio, de se deduzirem, com mais segurança, as razões que militam em favor do requerente, não cabe ter como ilegal ou a caracterizar constrangimento ilícito o fato de a Corte de Justiça, a quem, dirigido o pleito revisional formulado pelo próprio interessado, dele conhecer e julgá-lo, sem antes designar defensor público a assistir o requerente. O art. 623 do CPP foi recepcionado na nova ordem constitucional resultante da Carta Política de 5.10.1988, tal como sucede com o art. 654 do mesmo diploma legal, de referência ao **habeas corpus**, não obstante a norma do art. 133 da referida Lei Maior.’ (RT 742/520).

Portanto, assiste razão ao Impetrante, no sentido de que deve ser processado seu pedido revisional, porém, não há motivo para o afastamento da atuação do ilustre Procurador do Estado que formalizou a referida revisão criminal, às fls. 42 a 47, porque não se trata de exclusão do pedido anteriormente formulado pelo Paciente e, sim, de complementação, haja vista que as duas manifestações possuem o mesmo número, qual seja, Revisão Criminal n. 346.496-3/7.

Sendo assim, já que não se vislumbra qualquer prejuízo ao ora paciente, pugnamos pelo processamento dos pedidos revisionais, do Paciente e do Procurador do Estado, como uma única postulação.” (fls. 178/179).

Ante o exposto, concedo parcialmente a ordem para reconhecer o direito de o Paciente postular em causa própria (art. 623 do CPP), sem embargo do patrocínio da Defensoria Pública.

HABEAS CORPUS N. 18.737 – SP

(Registro n. 2001.0125479-6)

Relator: Ministro Fontes de Alencar
Impetrantes: Alberto Zacharias Toron e outros
Impetrada: Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região
Pacientes: João Mário Pugliesi e Solange Aparecida Gomes
Sustentação oral: Alberto Zacharias Toron (pelos pacientes) e Irene Coifman Brauchtein (Subprocuradora-Geral da República)

EMENTA: Habeas corpus.

- Impossibilidade de trancamento do inquérito policial quando o fato investigado é, em tese, delituoso.
- Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo no julgamento, após voto-vista do Sr. Ministro Fernando Gonçalves denegando a ordem de **habeas corpus**, no que foi seguido pelo Sr. Ministro Hamilton Carvalhido, por unanimidade, denegar a ordem de **habeas corpus**. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Vicente Leal, Fernando Gonçalves e Hamilton Carvalhido. Ausente, por motivo de licença, o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília-DF, 11 de dezembro de 2001 (data do julgamento).

Ministro Fernando Gonçalves, Presidente.

Ministro Fontes de Alencar, Relator.

Publicado no DJ de 4.3.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Fontes de Alencar: Trata-se de **habeas corpus**

substitutivo do recurso ordinário constitucional, em favor de João Mário Pugliesi e Solange Aparecida Gomes, apontada como coatora a Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Requerem os Impetrantes, o trancamento do inquérito policial, instaurado para a apuração de eventual crime de patrocínio infiel sob o argumento de falta de justa causa por atipicidade da conduta.

O Tribunal **a quo** denegou o mandado sob a seguinte fundamentação:

“De qualquer modo, a ordem deve ser negada. O inquérito policial não é **a priori**, contra um sujeito, mas *a favor* de um objeto: a verdade dos fatos.

Vetar a busca desta verdade é contrariar a realidade constitucional.

Não há, de outra parte, perspectiva de gravame contra os Pacientes. Por ora, não se menciona qualquer indiciamento. Neste ponto, a impugnação do **habeas corpus** ataca uma inexistência.

No futuro, os Pacientes poderão ser indiciados. Mas não cabe presumir a fundamentação – ou a falta dela – nesta ocasião eventual. O **habeas corpus**, neste ponto, quer fulminar uma eventualidade.” (fls. 129/130).

A medida liminar pretendida a indeferi (fl. 123).

O Ministério Público Federal opina pela concessão parcial da ordem, para ser submetido o caso ao reexame da Corte Regional.

VOTO

O Sr. Ministro Fontes de Alencar (Relator): É sabido que o **habeas corpus** não se presta ao exame da falta de justa causa para a ação penal se isso reclama detido revolver de provas, nem é o meio adequado para examinar o elemento subjetivo da infração. O trancamento de inquérito policial, hipótese excepcional ainda, somente se justifica quando demonstrado inequivocamente que o fato apontado não constitui crime ou inexistiu, ou quando ausente qualquer elemento indiciário da participação do denunciado nos fatos apurados, ou, mais, quando extinta a punibilidade. Nesse sentido, a iterativa jurisprudência desta Corte.

Colhe-se do termo de audiência originário da representação criminal:

“Depoimento pessoal do Recorrente. O Recorrente tem certeza que o acordo foi celebrado com a Reclamada no mês de janeiro deste ano, sendo certo que a sua advogada foi indicada pelo próprio empregador, para que fosse efetuada a homologação; que o depoente não conhecia, até tal ocasião, a advogada que patrocina sua ação; que o depoente reiterou tais fatos perante este Juízo.

O acordo inicialmente apresentado deixa de ser homologado por este Juízo diante da evidente simulação. A presente ação foi ajuizada em 4 de fevereiro de 2000, sendo certo que o acordo na referida data já se encontrava entabulado. Não fosse tudo isso, a advogada que patrocina a ação sequer foi procurada pelo próprio Reclamante, o que evidencia o conluio com a Empresa-reclamada. Isto posto, a 25ª Vara do Trabalho de São Paulo extingue o feito sem julgamento do mérito, vez que a presente ação não contém pretensão resistida.” (fl. 32).

A conduta atribuída aos Pacientes de descrição acima transcrita, constitui, em tese, fato típico.

Posto isso, denego a ordem.

VOTO

O Sr. Ministro Vicente Leal: Sr. Presidente, temos afirmado que, em regra, o **habeas corpus** não é o instrumento próprio para se obstar a realização de investigação policial, mas, também, temos proclamado o pensamento de que, se o fato investigado for absolutamente atípico, ou se não houver a possibilidade do indiciado ter participado do fato, o *writ* poderá ser utilizado, porque a mera submissão de uma pessoa a uma investigação desprovida de justa causa consubstancia, sem dúvida, espécie de constrangimento ilegal, passível de reparação pelo **habeas corpus**.

Neste caso, na expressão do Sr. Ministro-Relator, o fato investigado constituiu crime em tese. Se assim o é, torna-se impossível obstar o prosseguimento da investigação.

Daí porque, em face dos argumentos do ilustre Ministro-Relator, prestigio a posição de S. Ex.^a e denego a ordem de **habeas corpus**.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves: Os fatos giram em torno de eventual prática pelos Pacientes do crime de patrocínio infiel (art. 355 do

Código Penal), haja vista depoimento de reclamante em processo trabalhista, no sentido de ter sido sua advogada indicada pelo próprio empregador, com evidente simulação de acordo levado à homologação perante o Juízo do Trabalho.

A petição inicial de **habeas corpus** direciona-se no sentido da ausência de tergiversação, nada havendo de concreto a subsidiar a representação criminal.

Em contraposição, além do pedido de providências por parte da Justiça do Trabalho (25ª Vara da Justiça do Trabalho de São Paulo), **ut** fl. 23, há, também, o depoimento da empregada e reclamante, situações indicativas da falta de viabilidade do **habeas corpus**, diante da exigência de investigação probatória para esclarecimento do busílis.

Em assim sendo, acompanho o Ministro Fontes de Alencar, denegando a ordem.

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 10.484 – SP

(Registro n. 2000.0092142-4)

Relator: Ministro Vicente Leal
Recorrente: Ordem dos Advogados do Brasil – Secção de São Paulo
Advogado: Vagner da Costa
Recorrido: Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo
Paciente: João Emílio Galinari Bertolucci

EMENTA: Constitucional – Processual Penal – **Habeas corpus** – Crime de apropriação indébita – Inquérito policial – Tipicidade – Elemento subjetivo – Exame de provas – Improriedade do *writ* – Justa causa evidenciada – Prestação de contas – Prescindibilidade – Inocorrência de constrangimento ilegal.

Não consubstancia constrangimento ilegal, passível de reparação por via de **habeas corpus**, a instauração de inquérito policial para apurar fato que, em tese, configura crime de apropriação indébita, cuja inexistência deve ser demonstrada após encerrada a investigação.

O trancamento do inquérito policial por ausência de justa causa, postulado na via estreita do **habeas corpus**, somente se viabiliza quando se constata, de pronto, a atipicidade da conduta imputada ou a inexistência de elemento demonstrativo da autoria do delito praticado pelo impetrante.

Se a descaracterização do elemento subjetivo do crime requer profundo exame de questões de fato, o tema situa-se fora do alcance do **habeas corpus**, que não é instrumento processual próprio para se obter sentença de absolvição sumária.

A prévia prestação de contas não é indispensável à caracterização do crime de apropriação indébita.

Recurso ordinário desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Fernando Gonçalves, Hamilton Carvalhido e Fontes de Alencar votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, por motivo de licença, o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília-DF, 6 de dezembro de 2001 (data do julgamento).

Ministro Fernando Gonçalves, Presidente.

Ministro Vicente Leal, Relator.

Publicado no DJ de 18.2.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Vicente Leal: A Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional de São Paulo, impetrou **habeas corpus** em favor do advogado João Emílio Galinari Bertolucci, sob a argumentação de que estaria ele sofrendo constrangimento ilegal, tendo em vista a instauração de inquérito policial destinado a apurar a prática do delito de apropriação indébita, delito previsto no art. 168 do Código Penal.

O Paciente teria deixado de repassar ao seu constituinte, Francisco Renato Araújo Simonetti, valores referentes a levantamento efetuado nos autos de ação trabalhista promovida perante a 1ª J CJ de Guarulhos-SP.

Pugnou a Impetrante pelo trancamento do inquérito policial, alegando, em essência, que: (a) o Paciente ficou de posse dos referidos valores porque seu cliente, nada obstante vários chamados, não quis comparecer para o acerto de contas, inexistindo, assim, a intenção de apropriar-se; (b) seria necessária a propositura de prévia ação de prestação de contas para que se caracterizasse o ilícito imputado ao Paciente, já que este tem, ainda, o direito de compensar honorários ainda não recebidos.

A Dra. Juíza de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Guarulhos-SP concedeu apenas parcialmente a ordem, para que não fosse o Paciente indiciado. Entretanto, determinou o prosseguimento do inquérito, por não vislumbrar a alegada atipicidade do fato, e por entender que as questões relativas ao levantamento do dinheiro e ao pagamento de honorários advocatícios deveriam ser ainda esclarecidas pelo inquérito policial.

A egrégia Quarta Turma do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo manteve a decisão proferida em 1º grau, asseverando a desnecessidade da propositura de ação de prestação de contas para a caracterização do crime de apropriação indébita, sobretudo quando se trata de inquérito policial destinado simplesmente à apuração de fato, sem ainda, manifestação judicial e a pendência pode ser resolvida com mais facilidade. Outrossim, afirmou o Tribunal de origem a necessidade do inquérito para a elucidação dos fatos referidos.

Inconformado, o Impetrante interpõe o presente recurso ordinário, reeditando os argumentos expendidos na inicial da impetração, e pugnando pela concessão da ordem, para que seja determinado o trancamento do inquérito policial.

Nesta Instância, a douta Subprocuradoria Geral da República, em parecer de fls. 125/129, opina pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Vicente Leal (Relator): Tenho que o presente recurso não merece prosperar.

Com efeito, não consubstancia constrangimento ilegal, passível de reparação por via de **habeas corpus**, a instauração de inquérito policial para apurar fato que, em tese, configura crime de apropriação indébita, cuja inexistência deve ser demonstrada após encerrada a investigação.

Ademais, o trancamento do inquérito policial por ausência de justa causa, postulado na via estreita do **habeas corpus**, somente se viabiliza quando se constata, de pronto, a atipicidade da conduta imputada ou a inexistência de elemento demonstrativo da autoria do delito praticado pelo Impetrante.

É certo que o **habeas corpus**, pela sua magnitude constitucional, como instrumento de proteção da mais relevante franquia democrática, o direito de locomoção, não pode sofrer restrições descabidas. Todavia, o seu rito especial, no qual não há espaço para dilação probatória, impossibilita a sua utilização para o deslinde de temas que envolvam longa indagação sobre matéria de fato controvertida, como é o caso dos autos.

Assim, mostra-se descabido o uso do *writ* para fazer trancar investigação policial, em especial na hipótese em que para o pleno conhecimento do tema seria necessário um profundo exame de questões de fato, em fase de apuração pela Polícia Judiciária. No caso, portanto, havendo fundada suspeita da autoria e da prática de apropriação indébita, descabe impedir-se que continuem as investigações policiais.

Ressalte-se, ainda, que somente após o curso regular da ação penal, com plena realização da prova e sua discussão no contraditório, poderá o juiz da causa decidir sobre a inexistência do dolo de apropriar-se, elemento subjetivo do delito aqui em exame.

Por outro lado, conforme entendimento consagrado neste STJ, a prévia prestação de contas não pode ser considerada como indispensável para a caracterização do crime de apropriação indébita. A propósito, vejam-se os seguintes julgados:

“RHC. Trancamento de ação penal. Apropriação indébita. Prestação de contas. Desnecessidade. Recurso desprovido.

1. A prévia prestação de contas não é indispensável à caracterização do crime de apropriação indébita. Precedentes.

2. Recurso desprovido.” (RHC n. 8.682-RS, Quinta Turma, Rel. eminente Ministro Gilson Dipp, DJ de 21.9.1999).

“Penal. Processual. Apropriação indébita. Indícios de autoria. Prestação de contas. Trancamento do inquérito. **Habeas corpus**. Recurso.

(...)

2. Não se exige para caracterizar o crime de apropriação indébita a prévia prestação de contas.

3. Recurso conhecido, mas não provido.” (RHC n. 7.012-SP, Quinta Turma, Rel. eminente Ministro Edson Vidigal, DJ de 16.2.1998).

Isso posto, nego provimento ao recurso.

É o voto.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 13.626 -0 DF

(Registro n. 2001.0101586-8)

Relator: Ministro Vicente Leal
Recorrentes: Mauro Antonio Órrego da Costa e Silva e outros
Advogados: Flávio Lemos de Oliveira e outro
Tribunal de origem: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios
Impetrado: Presidente do Tribunal de Contas do Distrito Federal
Recorrido: Distrito Federal
Procuradores: Tatiana Barbosa Duarte e outros
Sustentação oral: Bruno Albano Vizzotto (pelos recorrentes) e Rogério Marinho Leite Chaves (pelo recorrido)

EMENTA: Administrativo – Mandado de segurança – Servidores públicos distritais – Vencimentos – Medida Provisória n. 1.053/1995 – Política monetária – Norma de caráter nacional – Possibilidade jurídica do pedido.

– A possibilidade jurídica do pedido configura-se como a previsão ou a ausência de vedação expressa em lei ao pedido formulado pelo autor na inicial.

– Esta colenda Corte já se pronunciou no sentido de que as normas que tratam de política monetária têm a natureza de lei nacional,

ou seja, são aplicáveis no âmbito das três esferas do Poder Nacional, atingindo, de consequência, os servidores federais, distritais, estaduais e municipais.

– Configurada, **in casu**, a possibilidade jurídica do pedido, impõe-se o retorno dos autos à Instância **a quo** para o exame do mérito da impetração.

– Recurso ordinário provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Fernando Gonçalves, acompanhando o Sr. Ministro-Relator, no que foi seguido pelos Srs. Ministros Hamilton Carvalhido e Fontes de Alencar, acordam os Srs. Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Fernando Gonçalves, Hamilton Carvalhido e Fontes de Alencar votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, por motivo de licença, o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília-DF, 4 de dezembro de 2001 (data do julgamento).

Ministro Fernando Gonçalves, Presidente.

Ministro Vicente Leal, Relator.

Publicado no DJ de 18.2.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Vicente Leal: Nos autos de mandado de segurança impetrado por servidores públicos contra ato omissivo do Ex.^{mo} Sr. Presidente do Tribunal de Contas do Distrito Federal, objetivando o reajustamento dos seus vencimentos no percentual de 10,87% previsto na Medida Provisória n. 1.053/1995, o Conselho Especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, por maioria, julgou os Autores carecedores de ação, ao proclamar o entendimento de que a pretensão deduzida não encontra amparo legal, tendo em vista que as disposições da norma em análise restringem-se aos servidores da Administração Federal. O julgado em tela restou consolidado na ementa do seguinte teor:

“Constitucional. Administrativo. Processo Civil. Mandado de segurança. Reajuste de 10,87%. Servidores civis do DF. Carência de ação. Extinção do processo.

1. Em decorrência do princípio federativo, lei federal concessiva de reajuste de vencimentos não se aplica aos servidores do Distrito Federal, exigindo-se, para tanto, lei formal aprovada pela Câmara Legislativa, daí resultando a carência da ação proposta.

2. Processo extinto.” (fl. 163).

Irresignados, os Impetrantes interpõem o presente recurso ordinário, com esteio no art.105, II, **b**, da Constituição Federal, reeditando as razões apresentadas na peça inicial e pugnado pela reforma do julgado.

Sustentam que a Medida Provisória n. 1.053/1995, agora convertida na Lei n. 10.192/2001, que dispõe sobre medidas complementares ao Plano Real, assegurou aos servidores públicos o reajustamento em seus proventos no percentual de 10,87%, relativo ao IPC-r apurado pelo IBGE entre janeiro e junho de 1995.

Pugnam, outrossim, pelo afastamento da tese de impossibilidade jurídica do pedido, sustentando que a referida medida provisória, por tratar de política monetária, reveste-se de caráter nacional, abrangendo os servidores do Distrito Federal (fls. 194/211).

Oferecidas as contra-razões (fls. 215/232), ascenderam os autos a esta colenda Corte.

A douta Subprocuradoria Geral da República, em parecer de fls. 238/242, opina pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Vicente Leal (Relator): A pretensão deduzida no *writ* que deu origem ao presente recurso ordinário centra-se no pedido de aplicação aos vencimentos de servidores públicos do Distrito Federal do percentual de 10,87%, referente ao IPC-r apurado pelo IBGE no período compreendido entre a última data-base da categoria, ocorrida em janeiro de 1995, e junho do mesmo ano, nos termos do art. 9^a da Medida Provisória n. 1.053/1995 e suas reedições.

O Conselho Especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal extinguiu o feito sem julgamento do mérito ao fundamento de que, em vista da autonomia político-administrativa conferida constitucionalmente ao Distrito Federal, o pedido dos Impetrantes dirigido à aplicação de legislação federal aos seus vencimentos revela-se juridicamente impossível.

Pugnam os Impetrantes, em suas razões recursais, pela reforma desta decisão, a fim de que os autos retornem ao Tribunal **a quo** para apreciação do mérito da demanda, argumentando em prol da possibilidade jurídica do pedido.

Tenho que o recurso merece provimento.

Ressalte-se, inicialmente, que a possibilidade jurídica do pedido ocorre com a previsão ou a ausência de vedação expressa em lei ao pedido formulado pelo Autor na inicial.

In casu, pugnam os Impetrantes, servidores públicos do Distrito Federal, pela aplicação aos seus vencimentos de disposições inseridas na Medida Provisória n. 1.053/1995 que, segundo o Tribunal **a quo**, tem seu alcance limitado aos servidores da Administração Federal.

Ressaltam os Recorrentes que a supracitada norma, por tratar de política monetária, reveste-se de caráter nacional, abrangendo os servidores de todas as esferas da Administração.

De fato, esta colenda Corte já se pronunciou no sentido de que as normas que tratam de política monetária têm a natureza de lei nacional, ou seja, são aplicáveis tanto aos servidores federais como aos distritais, estaduais e municipais.

A propósito, cite-se os seguintes precedentes, **verbis**:

“Administrativo. Mandado de segurança. Servidor público distrital. Conversão de vencimentos. URV. Lei n. 8.880/1994. Aplicabilidade. Efeitos financeiros a partir da impetração.

– A Lei n. 8.880/1994, como norma de ordem pública, por via da qual modificou-se o Sistema Monetário Nacional, possui aplicação geral e eficácia imediata.

– Dentro dessa linha de pensamento, a regra de conversão deve ser comum, ou seja, aplicável tanto aos servidores federais como aos distritais, estaduais e municipais.

– Esta colenda Corte já firmou jurisprudência no sentido de que

o mandado de segurança não é via adequada para o pagamento de diferenças anteriores ao ajuizamento da ação.

– Recurso especial parcialmente conhecido.” (REsp n. 280.370-DF, Relator Ministro Vicente Leal, DJ de 18.6.2001).

“Processual Civil. Mandado de segurança. Servidores públicos do Tribunal de Contas do Distrito Federal. Conversão de salários em URV. Lei n. 8.880/1994. Diferença de 11,98%. Efeitos patrimoniais da decisão concessiva. Termo **a quo** a partir da impetração. Súmula n. 271-STF.

1. A conversão dos salários dos servidores públicos civis e militares em URV, a partir de março de 1994, deve observar o respectivo valor na data do efetivo pagamento, e não do último dia do mês (ADIn n. 1.797-PE, Rel. Ministro Ilmar Galvão). Devido o reajuste de 11,98% aos servidores do Tribunal de Contas do Distrito Federal.

2. Todo o disposto na Lei n. 8.880/1994, que cuidou de instituir nova moeda, é de cumprimento obrigatório por parte dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Competência exclusiva da União para legislar sobre sistema monetário.

3. Prevalece o entendimento jurisprudencial no sentido de que a concessão do mandado de segurança não produz efeitos financeiros em relação a período anterior à sua impetração (Súmula n. 271-STF); devem tais valores ser buscados administrativamente, ou pela via judicial própria.

4. Recurso conhecido e parcialmente provido.” (REsp n. 273.856-DF, Relator Ministro Edson Vidigal, DJ de 4.12.2000).

Dessa forma, resta patente a possibilidade jurídica do pedido aduzido pelos Impetrantes, ora recorrentes.

Cite-se, ainda, trecho do parecer exarado pelo preclaro membro do *Parquet* Federal, que analisa a questão com a devida percuciência, **verbis**:

“Cumpre registrar que, tendo sido extinto o *writ*, sem julgamento do mérito, cabe a este egrégio Superior Tribunal de Justiça, tão-somente analisar as razões da extinção, sem adentrar no mérito da causa, caso contrário, estaria procedendo à inaceitável supressão de instância.

Verifica-se, ademais, que a decisão vergastada lastreia-se na impossibilidade jurídica do pedido, para declarar o não-conhecimento do **mandamus**: ‘dada a autonomia político-administrativa conferida constitucionalmente ao Distrito Federal (CF/1988, arts. 18, **caput**, e 32, § 1^o), é juridicamente impossível o pedido que vise à aplicação automática de legislação federal, relativa à disciplina remuneratória, aos servidores públicos integrantes dos seus quadros de pessoal e de sua Administração Direta, autárquica e fundacional’.

Como subsídio a uma mais clara compreensão do tema, pertinente trazer à colação, o ensinamento de **Luiz Rodrigues Wambier**, extraído de Curso Avançado de Processo Civil:

‘Há, na doutrina, duas opiniões predominantes a respeito dessa condição da ação. Uma delas sustenta que se estará, sempre, diante de pedido juridicamente possível, quando o ordenamento jurídico contiver, ao menos em tese, em abstrato, portanto, previsão a respeito da providência requerida. Outra sustenta que haverá pedido juridicamente possível sempre que inexistir vedação expressa quanto àquilo que concretamente se está pedindo em juízo.

Com fundamento em autorizada doutrina, entendemos que é preciso mesclar essas duas posições para se concluir que, em matéria de direitos contidos na esfera do Direito Privado, é suficiente a inexistência de vedação expressa quanto à pretensão trazida a juízo pelo Autor.

Assim, ainda que inexista previsão expressa na lei (norma material) quanto ao tipo de providência requerida, se proibição não houver, estar-se-á diante de pedido juridicamente possível.

Em sede de Direito Público, todavia, a questão assume contornos diferenciados, pois é o princípio básico desse ramo do Direito (exs.: Direito Administrativo e Direito Tributário) que só se tem por permitido aquilo que a lei expressamente autorizar, sendo vedado aquilo a respeito de que a lei deixe de fazer qualquer referência.

Assim, diante dessa inegável diferença de tratamento do sistema jurídico para as questões de Direito Privado e de Direito Público, a avaliação da presença, ou não, da possibilidade jurídica do pedido deve ser feita à luz dos princípios que informam um e outro ramo do Direito.’

Com efeito, ainda que se adote a prudente argumentação acima que revela entendimento restritivo quanto ao tema **sub examen**, cumpre observar que a pretensão dos Impetrantes, ora recorrentes, tem por lastro normas jurídicas vigentes e eficazes, sendo, portanto, perfeitamente possível, em tese, o almejado reajuste. Presente, pois, a condição mínima indispensável, para uma aferição preliminar quanto à possibilidade jurídica do pedido. Prosseguir nessa seara não é compatível com o instrumento processual escolhido, pois iria significar o ingresso em análise mais profunda, quanto à efetiva aplicabilidade da aludida legislação aos Impetrantes, configurando-se concreta invasão do mérito da causa.

Demais disso, ‘a impossibilidade jurídica do pedido somente implica o indeferimento da petição inicial quando for manifesta’, sendo certo que ‘a melhor técnica sempre foi a de dar maior crédito à versão do autor, deixando para a sentença o exame do seu mérito’ (fls. 239/241).”

Em face dessas circunstâncias, tenho que o aresto recorrido, que extinguiu o *writ of mandamus* sem julgamento do mérito com base na impossibilidade jurídica do pedido, merece reforma.

Isto posto, dou provimento ao recurso ordinário para, afastando a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, determinar o retorno dos autos ao Tribunal **a quo**, a fim de que este prossiga no julgamento do mandado de segurança.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves: Cuida a espécie de mandado de segurança impetrado por servidor público do Distrito Federal, objetivando reajustar seus vencimentos em um percentual de 10,87%, previsto na Medida Provisória n. 1.053, de 1995, convertida na Lei n. 10.192, de 2001, que, dispondo sobre providências complementares ao Plano Real, assegura aos servidores públicos o reajustamento em apreço, relativo ao IPC-r apurado pelo IBGE entre janeiro e junho de 1995.

A segurança foi denegada pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal, proclamando a carência de ação, dado que as disposições daquele diploma legal são de aplicabilidade restrita aos servidores da Administração Federal.

Houve recurso ordinário, provido pelo eminente Ministro Vicente Leal, ao fundamento de se revestir a norma constante da Medida Provisória n. 1.053/1995, de caráter nacional, versando política monetária e abrangendo os servidores de todas as esferas da Administração, como, por exemplo, ocorrido com a Lei n. 8.880, de 1994.

Conclui, então, o voto pelo retorno dos autos ao Tribunal de origem para, afastada a prejudicial de impossibilidade jurídica do pedido, tenha prosseguimento o mandado de segurança, com julgamento do mérito.

Para melhor exame e capacitação acerca da matéria, pedi vista dos autos, trazendo a lume, de pronto, que a colenda Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, pelo voto do Ministro Jorge Scartezzini, no julgamento do RMS n. 13.694-DF, em 27.11.2001, houve por bem adotar para a matéria em análise idêntico entendimento ao esposado pelo eminente Ministro Vicente Leal, estando o acórdão em questão assim ementado:

“Processo Civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Servidor público distrital. IPC-r. Medida Provisória n. 1.053/1995. 10,87%. Preliminares preclusas. Decadência afastada. Possibilidade jurídica do pedido reconhecida. Carência da ação afastada. Exame do mérito pelo Tribunal **a quo**.

1. As preliminares de falta de interesse processual para agir e ilegitimidade passiva **ad causam**, aventadas em sede de contra-razões de recurso ordinário, encontram-se preclusas, porquanto examinadas na instância ordinária e repelidas, não restaram recorridas. Ademais, correta a posição da Corte de origem ao afastar a decadência, posto que a doutrina e a jurisprudência têm se posicionado no sentido de que, existindo um ato omissivo por parte da Administração, poderá este tornar-se contínuo, não podendo se falar, nestes casos, em decadência da ação mandamental. Cabimento da impetração mantido.

2. A Medida Provisória n. 1.053/1995, bem como suas sucessivas reedições, consubstancia-se em instrumento legal de ordem pública, tendo eficácia plena e imediata, porquanto ao realinhar a economia nacional, acarretou reflexos nas relações trabalhistas estatutárias. Logo, o pedido é juridicamente possível, já que o ordenamento não o proíbe. Se aplicável aos servidores distritais, é outra questão, de certo meritória, devendo ser dirimida pelo Colegiado **a quo**, quando da análise da liquidez e certeza do direito invocado. Carência da ação afastada.

3. Recurso conhecido e provido para, reformando o v. acórdão de origem, afastar a decadência, por impossibilidade jurídica do pedido, e determinar o exame do mérito pelo Tribunal **a quo.**”

Nestas condições, com âncoras no precedente e por disciplina intelectual, acompanho o ilustre Ministro-Relator, dando provimento ao recurso para que o Tribunal de origem, afastada a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, decida sobre o mérito da impetração.

RECURSO ESPECIAL N. 208.184 – RS

(Registro n. 99.0023315-8)

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido
Recorrente: Ministério Público Federal
Recorrida: Maria Hugay Viana Frias
Advogados: Luciana Konradt Pereira e outro

EMENTA: Recurso especial – Estelionato – Dever inerente ao cargo – Artigos 171, § 3º, e 61, inciso II, alínea g, do Código Penal.

1. É possível a aplicação concomitante da causa especial de aumento de pena descrita no art. 171, § 3º, e a agravante prevista no artigo 61, inciso II, alínea g, ambos do Código Penal, já que, enquanto a primeira está fundamentada no titular do bem jurídico ofendido, a segunda revela o interesse em se conferir resposta penal mais rigorosa àquele que se vale da condição de agente público para auferir, para si ou para outrem, a vantagem indevida.

2. Recurso conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Paulo Gallotti, Fontes de Alencar

e Vicente Leal votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Fernando Gonçalves.

Brasília-DF, 17 de maio de 2001 (data do julgamento).

Ministro Hamilton Carvalhido, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 3.9.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: Recurso especial contra acórdão da Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que, dando provimento à apelação interposta por Maria Hugay Viana Frias, afastou da sentença condenatória que lhe foi imposta pela prática do ilícito descrito no artigo 171, § 3ª, do Código Penal, a agravante de violação de dever inerente ao cargo, reconhecendo, em consequência, a prescrição da pretensão punitiva.

O Ministério Público, recorrente, sustenta que a incidência da agravante do artigo 61, inciso II, alínea g, do Código Penal é perfeitamente possível em se tratando de estelionato cometido em detrimento de entidade de direito público ou de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência.

Violação aos artigos 61, inciso II, alínea g, e 171, § 3ª, ambos do Código Penal, fundam a insurgência (Constituição da República, artigo 105, inciso III, alínea a).

Recurso tempestivo (fl. 624), não respondido e admitido (fl. 636).

O parecer do Ministério Público Federal é pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Sr. Presidente, recurso especial contra acórdão da Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que, dando provimento à apelação interposta por Maria Hugay Viana Frias, afastou da sentença condenatória que lhe foi imposta pela prática do ilícito descrito no artigo 171, § 3ª, do Código Penal, a agravante de violação de dever inerente ao cargo, reconhecendo, em consequência, a prescrição da pretensão punitiva.

O Ministério Público, recorrente, sustenta que a incidência da agravante do artigo 61, inciso II, alínea g, do Código Penal é perfeitamente possível em se tratando de estelionato cometido em detrimento de entidade de direito público ou de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência.

Lê-se no voto do eminente Juiz Jardim de Camargo, Relator do acórdão impugnado:

“A condenação da ré Maria Hugay veio lastreada nas provas constantes dos autos que permitiu à julgadora singular um seguro juízo de convencimento. De fato, a prova pericial concluiu que as OPBs emitidas irregularmente foram assinadas pela ré Maria Hugay, que à época era funcionária credenciada a emitir tais ordens de pagamento. A própria Ré, na fase policial, admitiu a emissão das referidas ordens de pagamento, embora, tenha em juízo, alegado que não tinha habilitação, por não ter curso de grafologia para identificar a veracidade ou falsidade das assinaturas do médico, constantes dos cartões dos segurados. Contudo, essa versão, conforme bem ressaltado pela julgadora singular, não encontra respaldo no conjunto probatório, ressaltando-se que as testemunhas de acusação confirmaram a versão policial, no sentido de que a Ré admitiu ter havido pagamento sem a devida documentação.

Entretanto, a sentença merece reforma na parte em que reconheceu a incidência da agravante prevista no artigo 61, inciso II, alínea g, do Código Penal. A denúncia não imputou à Ré o recebimento de qualquer vantagem financeira, mas, sim, que teria concorrido para o crime, ao admitir como verdadeiros os documentos falsificados pelos demais réus. Assim, a violação do dever inerente ao cargo constitui, em verdade, o cerne da conduta criminosa da Ré, pois, se fosse diligente no exercício do cargo, não teria aceito os documentos falsificados. Assim, excluindo-se a circunstância agravante, fica a pena privativa de liberdade redimensionada para 2 (dois) anos de reclusão.

Tendo em vista que a denúncia foi recebida em 7.4.1987 (fl. 2) e a sentença publicada em 11.3.1994 (fl. 565) operou-se a consumação da prescrição da pretensão punitiva em face do decurso de prazo superior a 4 (quatro) anos, para ambos os réus (art. 109, V, CP).

Isto posto, dou provimento aos apelos para declarar extinta a punibilidade da ré Maria Hugay Viana Frias e do réu Lauro Leite, pela ocorrência da prescrição (art. 107, IV, CP).” (fls. 617/618).

E, ainda, na fundamentação trazida pela eminente Juíza Tania Escobar:

“Quanto a Maria Hugay, acompanho o eminente Relator para afastar a disposição prevista no art. 61, II, **g**, do Código Penal, eis que, acolhendo-se a agravante de violação de dever inerente ao cargo, seria punir duas vezes, em face da qualificadora do crime previsto no § 3º do art. 171 do Código Penal, cominando um acréscimo penal de um terço, é penalidade suficiente e necessária ao delito praticado pela funcionária em desfavor da entidade pública a que pertence.” (fl. 619).

Estes, os dispositivos de lei federal a que o acórdão objurgado teria ofendido:

“Art. 61. São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

(...)

II – ter o agente cometido o crime:

(...)

g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão.”

“Art. 171. Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento.

(...)

§ 3º. A pena aumenta-se de um terço se o crime é cometido em detrimento de entidade de direito público ou de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência.”

E o teria feito porque:

“Divergindo da decisão do egrégio Tribunal, o Recorrente entende que a agravante do artigo 61, II, **g**, do Código Penal não é o cerne do crime de estelionato (artigo 171, **caput**, do Código Penal), como também tal agravante nada tem a ver com o aumento de pena do § 3º do artigo 171 do Código Penal (estelionato qualificado).

Não se desconhece, embora não se amolde ao caso presente, que, excepcionalmente, quando o crime for daqueles chamados de crimes

típicos de funcionários públicos, **v.g.**, artigos 312 (peculato) e seguintes do Código Penal, por ser a condição de funcionário público *elementar, do tipo* penal, não deva ser aplicado aumento de pena pela agravante prevista no artigo 61, II, **g**, do Código Penal. Como já se disse, não é o caso dos autos.

Assim, a sentença de 1ª grau andou certa quando aplicou à ré Maria Hugay a citada agravante (pessoal, que não se comunica aos co-réus), porque perfeitamente possível para o crime do artigo 171, **caput**, ou na forma qualificada do § 3º. Ademais, também corretamente, a ilustre julgadora de 1ª grau não fez incidir a circunstância quando do exame do artigo 59 do Código Penal.

(...)

Em suma, o Recorrente entende que a agravante do artigo 61, II, **g**, do Código Penal, não interfere na configuração do tipo do crime de estelionato qualificado (pelo qual não foi condenada a ré Maria Hugay, *mantido* pelo acórdão).

Impõe-se, portanto, seja reformado o acórdão recorrido para, reconhecida a incidência, na espécie, da agravante prevista no artigo 61, II, **g**, do Código Penal, restabelecer *integralmente* a sentença de 1ª grau que condenou a ré Maria Hugay Viana Frias ao cumprimento, em regime aberto, de dois (2) anos e quatro (4) meses de reclusão e ao pagamento de 15 dias-multa.

(...)." (fls. 632/633).

Cinge-se a hipótese em saber se, além da causa especial de aumento de pena prevista no artigo 171, § 3º, do Código Penal, é possível, concomitantemente, a incidência da agravante descrita no artigo 61, inciso II, alínea **g**, também do Código Penal.

Ao que se tem, a violação de dever inerente ao cargo não constitui nem qualifica o crime de estelionato. Afinal, é plenamente possível a configuração da causa especial de aumento de pena sem que haja a participação daquele que integra o serviço público. Da mesma forma, é perfeitamente cabível a aplicação da agravante sem que o estelionato seja cometido contra a entidade pública.

É que, enquanto a causa especial de aumento de pena está fundamentada no titular do bem jurídico ofendido, "em torno do qual gravita o interesse da coletividade" (**in Heleno Cláudio Fragoso**, conf. citação de

Alberto Silva Franco e outros, in Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, Editora Revista dos Tribunais, 5ª ed., Tomo 1, p. 2.246), a agravante descrita na parte geral do Código revela o interesse em se conferir resposta penal mais rigorosa àquele que se vale da condição de agente público para auferir, para si ou para outrem, a vantagem indevida.

In casu, tendo concorrido para a obtenção da vantagem ilícita, assinando, repita-se, “as OPBs emitidas irregularmente” (fl. 617), e, de outro lado, admitindo “ter havido pagamento sem a devida documentação” (fl. 617), certo é que a Recorrida, “funcionária credenciada a emitir tais ordens de pagamento” (fl. 675), ofendeu, a um só tempo, o patrimônio da entidade de direito público e o dever de observância aos mandos próprios do exercício do cargo. Daí o porquê da incidência da agravante e da causa especial de aumento de pena.

Pelo exposto, conheço do recurso para restabelecer a sentença de 1ª grau.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 254.915 – SP

(Registro n. 2000.0035393-0)

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido
Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo
Recorrido: Wilson Luís Brigolin
Advogado: Oswaldo Bim

EMENTA: Recurso especial – Criminal – Apelação – Substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos – Sentença que cumulava pena de multa – Subsistência desta última.

1. *Não há confundir pena restritiva de direito consistente em prestação pecuniária com pena de multa*, certo que, enquanto esta última, à luz do artigo 49 do Código Penal “(...) consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa (...)”, estando o valor da condenação, em regra, balizado entre 1/3 e 1.800 salários mínimos, a prestação

pecuniária, por sua vez, na letra do artigo 45, § 1º, do mesmo diploma, “(...) consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos”.

2. Em havendo cominação cumulativa, a substituição da pena prisional em restritiva de direitos, ainda que consistente em prestação pecuniária, não implica arredamento da pena de multa.

3. Condenado o agente à reprimenda superior a 1 ano, e preenchendo os demais requisitos legais, pode haver a substituição desta pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos, nada impedindo a cumulação destas com a pena de multa eventualmente cominada (artigo 44, § 2º, do Código Penal).

4. Deve o acórdão, em homenagem ao princípio **tantum devolutum quantum appellatum**, cingir-se aos limites do pedido, sob pena de nulidade do julgamento.

5. Recurso conhecido e provido para determinar a cumulação da pena substitutiva com a multa anteriormente fixada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Paulo Gallotti, Fontes de Alencar, Vicente Leal e Fernando Gonçalves votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília-DF, 16 de agosto de 2001 (data do julgamento).

Ministro Fernando Gonçalves, Presidente.

Ministro Hamilton Carvalhido, Relator.

Publicado no DJ de 4.2.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: Recurso especial contra acórdão

da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, provendo parcialmente o apelo de Wilson Luís Brigolin, condenado por uso de documento falso, substituiu-lhe a pena privativa de liberdade imposta na sentença (2 anos de reclusão) pela prestação pecuniária de um salário mínimo a uma entidade a ser determinada pelo Juízo da Execução, afastando, por conseguinte, a aplicação da pena de multa fixada cumulativamente àquela (10 dias-multa).

O Ministério Público-recorrente alega a necessidade de se cumular a pena substitutiva (um salário mínimo) com a pena de multa cumulativa fixada na sentença (10 dias-multa).

A insurgência especial está fundada tanto na violação ao artigo 304, combinado com o artigo 297 do Código Penal, quanto na divergência jurisprudencial (Constituição da República, artigo 105, inciso III, alíneas a e c).

Recurso tempestivo (fls. 197/199) e não respondido.

Positivo o juízo de admissibilidade (fls. 214/215).

O parecer do Ministério Público Federal é pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Sr. Presidente, recurso especial contra acórdão da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, provendo parcialmente o apelo de Wilson Luís Brigolin, condenado por uso de documento falso, substituiu-lhe a pena privativa de liberdade imposta na sentença (2 anos de reclusão) pela prestação pecuniária de um salário mínimo a uma entidade a ser determinada pelo Juízo da Execução, afastando, por conseguinte, a aplicação da pena de multa fixada cumulativamente àquela (10 dias-multa).

O Ministério Público-recorrente alega a necessidade de se cumular a pena substitutiva (um salário mínimo) com a pena de multa cumulativa fixada na sentença (10 dias-multa).

A insurgência especial está fundada tanto na violação ao artigo 304, combinado com o artigo 297 do Código Penal, quanto na divergência jurisprudencial (Constituição da República, artigo 105, inciso III, alíneas a e c).

Este, o acórdão recorrido, em sua fundamentação:

“(…) em razão de disposição legal mais favorável ao réu (Lei n. 9.714) que alterou as disposições do Código Penal, e levando em conta as particularidades do caso concreto, substituo a pena privativa de liberdade pela de prestação pecuniária, consistente no pagamento de um salário mínimo para uma instituição pública ou privada, a ser determinada pelo MM. Juiz da Execução. Fica, em consequência, sem efeito a suspensão condicional da pena.

Pelo exposto, é dado provimento parcial ao apelo de Wilson Luís Brigolin para o fim de substituir a pena privativa de liberdade pelo pagamento de prestação pecuniária de um salário mínimo a ser determinada pelo MM. Juiz da Execução.” (fl. 188).

E estes, os fundamentos expostos no acórdão dos embargos de declaração:

“(…) em face da edição da lei nova que favoreceu o acusado, foi tão-somente a substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direito, consistente em uma prestação pecuniária. Resta, desta maneira, intacta a aplicação da pena de multa.

Creu a Turma julgadora que não havia possibilidade de imposição de duas penas de multa ao mesmo fato. Com efeito, é de ser reconhecido que a fixação de outra multa pelo mesmo fato não se torna factível, pois o Código Penal estabelece para aquela figura a pena de multa, sendo, assim, a cumulação indevida.” (fls. 195/196).

As normas federais apontadas como violadas são as seguintes:

“Art. 304. Fazer uso de qualquer dos papéis falsificados ou alterados, a que se referem os arts. 297 a 302:

Pena – a cominada à falsificação ou à alteração.”

.....

“Art. 297. Falsificar, no todo ou em parte, documento público, ou alterar documento público verdadeiro:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.” (in Código Penal).

Ter-se-ia negado vigência a tais normas porque, como se recolhe nas razões do Recorrente:

“– (...) Tendo em vista o desvalor da conduta, o legislador entendeu que o agente de crime de uso de documento falso deve ter como resposta penal pena privativa de liberdade e mais a pena pecuniária, na medida em que se utilizou da conjunção coordenativa aditiva ‘e’.” (fl. 203).

.....
“– (...) inaceitável que o Magistrado desconsidere uma das sanções imposta pelo legislador, ou seja, como no caso, a multa abstratamente cominada.

Correta, por óbvio, a substituição da pena privativa de liberdade por uma pena pecuniária, consistente no pagamento de um salário mínimo para uma instituição pública ou privada, a ser determinada pelo MM. Juiz da Execução (Lei n. 9.714, de 25.11.1998).

Mas não se justifica – repita-se – tenha a colenda Primeira Câmara Criminal Extraordinária do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo feito tábula rasa de uma sanção imposta pelo legislador, ou seja, a pena pecuniária especificada na parte especial.” (fl. 203).

Ab initio, impende ressaltar que *não há confundir pena restritiva de direito consistente em prestação pecuniária com pena de multa*, certo que, enquanto esta última, à luz do artigo 49 do Código Penal “... consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa...”, estando o valor da condenação, em regra, balizado entre 1/3 e 1.800 salários mínimos, a prestação pecuniária, por sua vez, na letra do artigo 45, § 1^a, do mesmo diploma, “... consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos”.

In casu, a bem da verdade, o que fez a Corte Estadual foi substituir a pena privativa de liberdade – reclusão de dois anos, por uma restritiva de direitos, qual seja, prestação pecuniária de 1 salário mínimo a entidade pública ou privada a ser determinada pelo Juízo de Execução.

Manifestou-se também o Tribunal **a quo** pela inacumulabilidade da

referida resposta penal com a pena de multa fixada na sentença (10 dias-multa), afastando, pois, a aplicação desta última. Nesse passo, inobservou a disciplina do artigo 44, § 2º, do Código Penal, que ora se transcreve:

“Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

(...)

§ 2º. Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; *se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direito.*” (nossos os grifos).

Com efeito, da letra de tal dispositivo exsurge que, além de não haver qualquer empecilho à cumulação da pena de prestação pecuniária – que derivou da substituição da privativa de liberdade, com a pena de multa anteriormente fixada –, tinha-se como obrigatória, quando da substituição, a aplicação de outra pena alternativa, seja de multa, seja também restritiva de direitos.

Nada obstante, tendo o presente recurso sido interposto pelo Ministério Público Estadual, cujo objeto se restringe à cumulabilidade da pena de multa com a reprimenda decorrente da substituição da pena privativa de liberdade (prestação pecuniária), qualquer extrapolação acerca desse pedido consubstanciaria decisão **ultra petita**, de toda repugnada pelo ordenamento pátrio.

Pelo exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento para, cassando o acórdão impugnado, determinar a cumulação da pena de prestação pecuniária consistente em pagamento de 1 salário mínimo, a entidade a ser determinada pelo Juízo da Execução, com a pena de multa de 10 dias-multa, anteriormente fixada na sentença condenatória.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 285.472 – SP

(Registro n. 2000.0112010-7)

Relator: Ministro Fernando Gonçalves

Recorrente: Bunny's Indústria e Comércio de Roupas Ltda
Advogados: Romildo Bueno de Souza e outros
Recorridos: Célia Marcolongo Zanatta e outros
Advogado: Salvador Ribeiro dos Santos

EMENTA: Processual Civil – Locação – Ação renovatória – Caráter dúplice – Contestação – Alteração contratual – Julgamento **ultra petita** – Ocorrência – Interpretação restritiva – Pedido.

1. Malgrado possua a ação renovatória caráter dúplice, possibilitando ao réu, na contestação, formular pedidos em seu favor, não exigindo reconvenção, caracteriza julgamento **ultra petita** decisão fixando novo **quantum** do aluguel, sem que haja requerimento nesse sentido, mas, tão-somente, informação no tocante ao seu valor de mercado.

2. O pedido deve ser interpretado restritivamente (art. 293, CPC), ou seja, há necessidade de invocação expressa da pretensão pelo autor e, na espécie, também pelo réu.

3. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti, Fontes de Alencar e Vicente Leal votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília-DF, 16 de outubro de 2001 (data do julgamento).

Ministro Fernando Gonçalves, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 5.11.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves: Trata-se de recurso especial interposto por Bunny's Indústria e Comércio de Roupas Ltda, com fundamento no art. 105, inciso III, letras **a** e **c**, do permissivo constitucional, contra acórdão do 2º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, assim ementado:

“Ação renovatória. A sentença acolheu o pedido, estabelecendo o novo aluguel no valor fixo. A ação renovatória tem por finalidade assegurar a continuação da relação locatícia, bem como ajustar o aluguel a preço de mercado. Assim, não decidiu **ultra petita** o juiz que estabelece o novo aluguel em valor exato, ao constatar que o critério regrado no contrato, que prevê o seu valor em percentual sobre o faturamento, se exige inadequado e distorcido da realidade. Recurso da autora improvido.” (fl. 652).

Afirma a Recorrente violação aos artigos 2º, 128 e 460 do Código de Processo Civil, bem como dissídio pretoriano.

Oferecidas contra-razões e admitido o recurso na origem, ascenderam os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves (Relator): Bunny's Indústria e Comércio de Roupas Ltda fez ajuizar ação renovatória de locação de imóvel comercial, estando assim formulado o pedido inicial, **verbis**:

“A autora, ante o exposto, com a procedência da ação, requer de V. Ex.^a, que se digne a *decretar a renovação da locação em curso*, nas mesmas condições e mantidas as mesmas cláusulas vigentes. Assim, pretende a Autora renovar o contrato de locação por mais 60 meses, nas seguintes condições:

- a) locação pelo prazo de 60 meses (cinco anos), a contar de 1º de maio de 1995 e a se findar em 30 de abril de 2000;
- b) pagamento do aluguel mensal em valor correspondente a 5% do seu faturamento bruto;
- c) manutenção das demais cláusulas contratuais.” (fls. 4/5).

Citados, os Réus contestaram nos seguintes termos, **verbis**:

“No mais, ao contrário do que alega a Autora, não preencheu os requisitos estabelecidos na lei, senão vejamos:

‘Não fez a indicação de fiador em caso de insolvência da locatária.

Não fez nenhuma prova de que os aluguéis pagos foram efetuados de forma correta, pois o aluguel ajustado era de 5% do faturamento bruto mensal.

Por outro lado, o pedido da Autora não merece prosperar, pois também não preenche os requisitos do artigo 72, inciso II, da Lei n. 8.245/1991, de vez que o valor locativo proposto pelo mesmo não corresponde ao valor de mercado real do imóvel, sendo que a quantia é totalmente irrisória e de difícil controle por parte do contestante.

Dessa forma, insurge-se o contestante contra a proposta feita pela Autora, informando a V. Ex.^a que atualmente o valor de mercado para o imóvel em questão encontra-se na faixa de R\$ 12.000,00 (doze mil reais) por mês, menor avaliação.

Portanto, nos termos do § 4º do artigo 72, requer o contestante a V. Ex.^a se digne determinar um aluguel provisório, para vigorar a partir do primeiro mês do prazo do contrato a ser renovado, caso ainda perdure o andamento do processo no importe do valor especificado pela contestante.” (fls. 104/105).

O juiz de 1ª grau julgou procedente a demanda, em decisão assim vazada:

“Superadas as questões preliminares em despacho saneador (fl. 128) resta a apreciação do mérito.

A perícia contábil em nada interferiu no convencimento deste juízo. Ao contrário, reafirmou-o diante do baixo valor encontrado pela aplicação do método da renda.

As circunstâncias demonstram que, realmente, a fixação do valor locativo com base no faturamento não é a mais justa decisão, eis que, segundo a perícia contábil, o valor mensal da locação com base no faturamento seria de R\$ 5.127,07 (fl. 449), muito aquém daquele encontrado pela perícia avaliatória, como também do sugerido pelo assistente-técnico da própria Autora (fl. 253).

Melhor solução, atento à finalidade da ação renovatória que é, além da renovação da locação, a adequação do valor locativo à realidade do mercado, é fixar o valor do aluguel de acordo com a perícia avaliatória.

O sr. perito judicial, em laudo bem elaborado, utilizando-se do

método comparativo de elementos encontrou o valor locativo de R\$ 13.123,00 válido para o mês de maio de 1995 (fl. 229), embora conste a data maio/1994, cujo erro datilográfico foi apreendido até mesmo pelo assistente-técnico da Autora (fl. 240).

O assistente-técnico da Autora, concordando com o método aplicado pelo perito judicial, discorda do elemento comparativo n. 8 sob alegação de tratar-se de imóvel com características diversas. Quanto aos demais elementos, embora confirmados, atribui erros ao perito judicial nas considerações do fator testada, da integralidade dos índices fiscais para o transporte de aluguel e da vantagem de esquina. Sugere a fixação do valor do aluguel em R\$ 9.980,00.

Embora também digno de elogios o trabalho apresentado pelo assistente-técnico da Autora, mais prudente é a aceitação do laudo apresentado pelo perito oficial, profissional equidistante das partes e afeito às avaliações desta comarca.

Para fixação do valor do aluguel, no entanto, há de ser observado o valor pretendido pelos Requeridos em contestação (fl. 105), cujo pleito foi reafirmado em alegações finais.

Isto posto, e o mais que consta dos autos, decreto a renovação do *contrato de locação pelo prazo de cinco anos*, ou seja, de 1.5.1995 a 30.4.2000, fixando o valor do aluguel mensal em R\$ 12.000,00 que será devido desde o dia seguinte ao término do contrato renovado, reajustando-se de acordo com os índices governamentais fixados para atualização de aluguel, mantidas as demais cláusulas contratuais.” (fls. 611/612).

Confirmada a r. sentença pelo 2º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, irresigna-se o Recorrente, afirmando haver julgamento **ultra petita**, porquanto não requerida na inicial a alteração da cláusula contratual relativa ao valor do aluguel, circunstância efetivamente ocorrida.

Com efeito, a ação renovatória possui caráter *dúplice*, ou seja, na contestação pode o Réu formular pedidos em seu favor, sem necessidade de reconvenção.

A propósito, eis o magistério de doutrinadores pátrios, **verbis**:

“O processo renovatório tem caráter *dúplice*, o que quer dizer que a contestação insere um pedido reconvenicional. Por isso a lei determinou que na contestação fosse condensada toda a matéria, que

poderia normalmente ser objeto de reconvenção.” (**Buzaid, Alfredo**. Da Ação Renovatória, 3ª ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 1988, p.p. 536/537).

“Não obstante pleiteie a retomada do prédio, o contestante precisa manifestar-se também sobre a proposta do locatário, pois aquela exceção não exime o locador de apresentar defesa de mérito e de formular a contraproposta de que fala o art. 72, § 1º, da Lei n. 8.245, se as condições propostas lhe parecerem inaceitáveis. O STF já teve oportunidade de resolver a matéria nestes termos: ‘Não são incompatíveis, na ação renovatória de locação, as defesas alternativas de retomada para uso próprio e a de maior rendimento do imóvel’.

A defesa alternativa possibilita ao locador insurgir-se contra o pedido e, ao mesmo tempo, pleitear aluguel justo, se não for concedida a retomada do prédio. *Se* apenas pleitear a retomada, sem impugnar a proposta e sem apresentar contraproposta alternativa e cautelar, o locador corre o risco de, indeferida a retomada, ser prorrogado o contrato pelo aluguel ofertado pelo inquilino, embora existam várias decisões arbitrando a renda justa apesar de, na contestação, nenhum pedido ter sido feito quanto a esse ponto.” (**Franco, J. Nascimento**. Ação Renovatória, 2ª ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2000, p.p. 162/163).

“Impugnando a proposta do locatário, o locador apresentará desde logo contraproposta contendo as condições que repute compatíveis com o valor real e atual do imóvel na data em que se inicia o novo prazo (art. 72, II, e § 1º, da Lei n. 8.245).

A contraproposta do locador virá na própria contestação, sem forma reconvenicional, inadmitida no processo renovatório, mas valendo objetivamente como autêntica reconvenção.” (Idem, p. 168).

Nesse sentido:

“Locação comercial. Renovatória. Decretação de carência da ação. Caráter dúplice do processo renovatório. Reconvenção. Implícita na contestação. Desocupação. Prazo de seis meses. Vigência do art. 360 do CPC anterior.

– O processo renovatório tem caráter dúplice, de forma que a contestação contém implícito um pedido reconvenicional.

– Na hipótese de negação da renovatória, tanto por decretação de carência de ação, quanto por improcedência desta, o prazo para desocupação do imóvel é de seis meses.

– Aplicável o art. 360 do Código Processual anterior, por força do art. 1.218, III, do CPC atual.

– Recurso provido.” (REsp n. 29.830-5-SP, DJ de 5.4.1993, Rel. Min. José Cândido).

“Locação comercial. Ação renovatória.

– Caráter dúplice. Possibilidade de acolhimento do pedido de modificação da periodicidade dos reajustes de aluguel, feito na contestação, em razão da inflação existente e para que não haja locupletação ilícita do locatário à custa do locador.

– Precedentes do STJ.

– Recurso especial conhecido e provido.” (REsp n. 35.279-7-RJ, DJ de 20.9.1993, Rel. Ministro Assis Toledo).

Entretanto, na espécie, o Recorrido não formula qualquer requerimento no tocante à alteração da cláusula relativa ao **quantum** do aluguel, caracterizando, assim, julgamento **ultra petita** a fixação pela r. sentença do valor de mercado por ele informado, quando da contestação, pois apreciada questão estranha aos limites da pretensão deduzida em juízo.

Vale ressaltar, ainda, que o pedido deve ser interpretado restritivamente (art. 293, CPC), ou seja, há necessidade de invocação expressa da pretensão pelo Autor e, na espécie, também pelo Réu.

A propósito, a lição de **J. J. Calmon de Passos**, in *Comentários ao Código de Processo Civil*, Ed. Forense, **litteris**:

“Interpretar restritivamente o pedido é tirar dele tudo quanto nele se contém e só o que nele se contém, sem que se possa ampliá-lo por força de interpretação extensiva ou por consideração outra qualquer de caráter hermêutico. Compreendido no pedido só o que expressamente contiver, não o que possa, virtualmente, ser o seu conteúdo. Esse estar contido virtualmente é característico dos chamados pedidos implícitos, ou seja, pedidos que para serem atendidos não reclamam expressa formulação. É a hipótese de prestações vincendas, se a obrigação é de trato sucessivo, como das despesas do processo

(inclusive honorários) que devem ser imputadas ao vencido, independentemente de pedido do vencedor (ver item 102). E, finalmente, a hipótese da inclusão dos juros legais na condenação, ainda quando não expressamente pedidos, nos termos do artigo sob comentário.”

Nesse contexto, a decisão será reduzida aos limites do pedido, consoante acentua **Alexandre de Paula**, in Código de Processo Civil Anotado, Ed. RT, 2ª ed.:

“Por outro lado, nas hipóteses em que o juiz exceda os limites do pedido, a economia processual aconselha a que se aproveite a sentença na parte que neles se contenha, evitando o desperdício de atividade judicial que resultaria da anulação ou da rescisão **in totum**. Vale invocar aqui o princípio **utile per inutile non vitiatur**. Far-se-á apenas a redução da sentença aos limites devidos.”

Outro não é o entendimento desta Corte:

“Processual Civil. Ação de indenização. Acidente do trabalho. Julgamento **ultra petita**. Ocorrência. Exclusão da parte que ultrapassou o pedido. Art. 460, CPC. Recurso parcialmente provido.

– Decisão que, em ação de indenização decorrente de acidente do trabalho, fixa o termo final da pensão mensal na data em que a vítima venha a falecer, havendo, no entanto, pedido que tenha ela fim quando o ofendido completar 70 (setenta) anos de idade, incorre em julgamento **ultra petita**, devendo ser decotada a parte que ultrapassou o requerimento feito na peça de ingresso, ante o respeito ao princípio da adstrição do juiz ao pedido.” (REsp n. 196.398-SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU de 8.3.2000).

“Direito e Processo Civil. Correção e juros. Início da incidência. Julgamento **ultra petita**. Redução ao pedido. Recurso parcialmente conhecido e provido.

I – Nos termos da jurisprudência sumulada do tribunal, ‘incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo’ (Enunciado n. 43), fluindo os juros moratórios ‘a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual’ (Verbete n. 54).

II – Não tendo as instâncias locais deduzido da condenação o

quantum dos salvados expressamente mencionados na própria inicial, impõe-se o reconhecimento do julgamento **ultra petita**, com a redução do valor ao pedido.” (REsp n. 31.484-RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU de 11.9.1995).

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

ADITAMENTO AO VOTO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves (Relator): Srs. Ministros, gostaria de fazer um adendo ao voto a respeito da extinção do processo sem julgamento do mérito, devido à entrega das chaves pelo locatário, caso que o advogado sustentou da tribuna.

A sentença fixa um período anterior à entrega das chaves e esse débito subsistiria.

RECURSO ESPECIAL N. 304.626 – SP

(Registro n. 2001.0020185-7)

Relator: Ministro Vicente Leal
Recorrente: Fazenda do Estado de São Paulo
Procuradores: Marília Pereira Gonçalves Cardoso e outros
Recorridos: João Ricardo Ferreira da Silva e outros
Advogados: Celso Rolim Rosa e outros

EMENTA: Administrativo – Recurso especial – Enquadramento – Servidores públicos estaduais – Prescrição – Obrigação de trato sucessivo.

– A prescrição quinquenal das ações contra a Fazenda Pública atinge o fundo de direito quando o ato lesivo da Administração negar a situação jurídica fundamental em que se embasa a pretensão veiculada.

– Na hipótese, encontrando-se a situação jurídica dos servidores consolidada pelo enquadramento, ainda que errôneo, nos termos

da Lei Complementar n. 567/1988, não se aplica a prescrição da ação, mas o comando incerto na Súmula n. 85-STJ, que disciplina a prescrição quinquenal nas relações de trato sucessivo, em que são atingidas apenas as parcelas relativas ao quinquênio antecedente à propositura da ação.

- Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Fernando Gonçalves, Hamilton Carvalhido e Fontes de Alencar votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília-DF, 20 de novembro de 2001 (data do julgamento).

Ministro Fernando Gonçalves, Presidente.

Ministro Vicente Leal, Relator.

Publicado no DJ de 4.2.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Vicente Leal: Servidores públicos do Estado de São Paulo ajuizaram ação de rito ordinário, postulando o seu correto enquadramento nos níveis estabelecidos pela Lei Complementar n. 567/1955, através do cômputo do tempo de serviço prestado anteriormente ao exercício da função de Agentes Fiscais de Renda do Estado, tendo sido extinto o processo, acolhendo-se a preliminar de prescrição da ação (fls. 47/49).

Em sede de apelação, a egrégia Segunda Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São reformou o **decisum** para afastar a preliminar de prescrição, ao entendimento de que esta atingiu tão-somente as parcelas anteriores ao quinquênio antecedente à propositura da demanda. O julgamento em tela restou condensado na seguinte ementa:

“Prescrição. Fundo de direito. Parcelas. A prescrição só atinge o fundo de direito na hipótese de existir ato negando pretensão do servidor. Inexistindo este, a prescrição atinge apenas as parcelas. Recurso provido para afastar-se a prescrição.” (fl. 80).

Irresignada, a Fazenda do Estado de São Paulo interpõe o presente recurso especial com esteio na alínea **c** do permissivo constitucional, alegando que o acórdão em destaque teria ensejado dissídio entre julgados, ao reconhecer a prescrição apenas em relação às parcelas anteriores ao quinquênio que precedeu o ajuizamento da ação.

Verbera que o não-aproveitamento do tempo de serviço anterior para fins de enquadramento se deu em 1990, iniciando-se neste momento o prazo prescricional, sendo certo que a ação somente foi ajuizada quando já ultrapassados mais de cinco anos desde o marco inicial (fls. 84/90).

Apresentadas as contra-razões (fls. 108/110), o recurso não foi admitido na origem (fls. 112/115), advindo agravo que, provido (fls. 124/125), ensejou a subida dos autos a esta colenda Corte.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Vicente Leal (Relator): A questão emoldurada no presente recurso especial tem sido objeto de inúmeras demandas que ascenderam a este Tribunal, referindo-se ao reconhecimento da prescrição do próprio fundo de direito ou das parcelas relativas ao quinquênio anterior ao ajuizamento da ação, em se tratando de prestações periódicas.

Na hipótese **sub examen**, o Tribunal **a quo**, em sede de apelação, rejeitou a preliminar de prescrição quinquenal da ação, ao proclamar o entendimento de que esta atinge o fundo de direito apenas nos casos em que a Administração, por ato inequívoco, nega a pretensão do Autor, o que não teria ocorrido **in casu**.

Desde logo, cabe deixar consignado que a pretensão recursal não merece agasalho, sendo incensuráveis os fundamentos lançados no acórdão recorrido.

Centra-se, assim, **res in judicio deducta** na discussão quanto à ocorrência da prescrição quinquenal das ações contra a Fazenda Pública, disciplinada pelo Decreto n. 20.910/1932, no seu seguinte dispositivo:

“Art. 1º. As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, seja qual for a natureza, prescrevem em cinco anos, contados da data do ato ou fato do qual se originarem.”

Perfilhando acerca desta questão, a jurisprudência desta colenda Corte tem efetuado a distinção entre a prescrição do próprio fundo de direito, quando o direito de pleitear judicialmente a percepção da vantagem é atingido, e a prescrição das parcelas não reclamadas no quinquênio que antecedeu a propositura da ação, em se tratando de prestações de trato sucessivo. Tal entendimento foi, inclusive, objeto de súmula que assim reza:

“*Súmula n. 85* – Nas relações de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação.”

Oportunas são as conclusões do eminente Ministro Moreira Alves, bastante elucidativas para o deslinde da controvérsia.

“Fundo de direito é a expressão utilizada para significar que o direito de ser funcionário (situação jurídica fundamental) ou os direitos a modificações que se admitem com relação a esta situação jurídica fundamental, como reclassificações, reenquadramentos, direito a adicionais por tempo de serviço, direito à gratificação por prestação de serviço especial, etc. A pretensão do fundo de direito prescreve, em Direito Administrativo, em cinco anos, a partir da data da violação dele, pelo seu não-reconhecimento inequívoco. Já o direito a receber as vantagens pecuniárias decorrente dessa situação jurídica fundamental ou de suas modificações ulteriores é mera consequência daquele, e sua pretensão, que diz respeito ao **quantum**, renasce cada vez que este é devido (dia a dia, mês a mês, ano a ano, conforme a periodicidade em que é devido o seu pagamento), e, por isso, se restringe às prestações vencidas há mais de cinco anos.”

Cabe, ainda, transcrever, a título ilustrativo, a ementa do REsp n. 39.349, de lavra do eminente Ministro Vicente Cernicchiaro, que ventila, com propriedade, a questão, **in verbis**:

“REsp. Prescrição. Fundo de direito. Parcelas vencidas.

Prescreve o fundo de direito quando, por ação ou omissão, o Estado deixa de constituir situação jurídica que enseja a vantagem do funcionário. Prescreve o direito à percepção de parcelas vencidas, anteriores a cinco anos, contados da lide, uma vez constituída a relação jurídica, sendo a relação de trato sucessivo.”

É de se dizer, ainda, que em se tratando de legislação sobre vantagens funcionais, cumpre à Administração Pública, de ofício, independentemente de provocação das partes, zelar pela fiel execução da lei, cabendo ao interessado pleiteá-las a partir do momento de sua violação. Conforme já reiteradamente afirmado, no momento em que ocorre a violação de um direito, considera-se nascida a ação para postulá-lo judicialmente e, conseqüentemente, aplicando-se a teoria da **actio nata**, tem início a fluência do prazo prescricional. Prelecionando sobre esse tema, o eminente Ministro Rodrigues Alckimin lançou precisos ensinamentos por ocasião do julgamento do RE n. 80.913, que por sua clareza e objetividade merecem transcritos:

“O termo inicial da prescrição corresponde ao de **actio nata**. Se a Administração deve praticar, de ofício, ato de reenquadramento, e o pratica excluindo o interessado, desse ato nasce a ofensa a direito e a conseqüente pretensão a obter judicialmente a satisfação. Se a Administração, que deve agir de ofício, se omite e não há prazo para que pratique o ato, pelo que a omissão não corresponde à recusa, ainda não ocorre a recusa, ainda não corre a prescrição.”

Analisando o caso posto em debate nos autos, verifica-se que a Administração se omitiu na constituição da situação jurídica vindicada, qual seja, o correto enquadramento dos servidores, na forma prevista na Lei Complementar n. 567/1988.

Trata-se, portanto, de relação jurídica de trato sucessivo e, por isso, não há como se falar em prescrição da ação ou do fundo de direito, pois não se questiona a situação jurídica dos servidores públicos, consolidada pelo enquadramento, ainda que errôneo, nos moldes previstos na nova legislação estadual.

Nessa hipótese, o lapso prescricional alcança apenas as parcelas relativas ao quinquênio que precedeu ao ajuizamento da ação. Há que se cogitar, todavia, como bem ressaltou o r. juízo monocrático, que esse renascimento periódico deixa de ocorrer quando o próprio direito que consubstancia a vantagem devida é violado por ocasião de expresso indeferimento da Administração Pública, caso em que ocorre a interrupção da prescrição. A partir desta data deve o interessado ajuizar a ação no prazo de cinco anos, pois, caso contrário, o próprio fundo de direito (situação jurídica), prescreverá, vez que o próprio direito terá sido negado. Ou melhor, do expresso ato denegatório do direito vindicado começa a correr o prazo para a ação judicial, caso que não se verifica nos presentes autos.

A propósito, esta mesma linha de entendimento já foi proclamada por esta Corte, conforme se depreende do precedente a seguir colacionado:

“Administrativo. Funcionário do Estado de São Paulo. Vantagens. Prescrição. Hipóteses.

1. Quando a Administração, em decorrência de novo ordenamento jurídico relativo aos funcionários, omite-se, esse procedimento não pode ser elevado à categoria de indeferimento. É indispensável a prática de um ato concreto negando a vantagem. Por outro lado, o recálculo de valores de uma gratificação faz prescrever apenas as parcelas anteriores ao quinquênio precedente à propositura da ação.

2. Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 32.569-SP, Relator Ministro Jesus Costa Lima, DJ de 13.6.1994).

Ante o exposto, não conheço do recurso.

É o voto.

