

HABEAS CORPUS N. 12.567 – SP

(Registro n. 2000.0022573-8)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca
Impetrantes: Rita de Cássia Paulino e outro
Impetrado: Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo
Paciente: Marcelo Henrique do Vale

EMENTA: **Habeas corpus** – Roubo qualificado – Majoração da pena em 2/5 sobre a pena-base – Legalidade – Regime carcerário inicial fechado – Necessidade de motivação, se o crime não é legalmente qualificado como hediondo.

Devidamente fundamentada a majoração da pena em 2/5 sobre a pena-base, em razão da incidência de duas qualificadoras.

Não se tratando de crimes hediondos, a sentença condenatória que fixa, para cumprimento inicial da reprimenda, regime prisional mais severo do que aquele que o condenado teria, em tese, direito, exige fundamentação adequada, sob pena de nulidade. A gravidade do delito, por si só, não pode servir de justificativa para a imposição de regime mais grave.

Ordem parcialmente concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem para, mantendo a condenação e a custódia do paciente, anular a imposição do regime prisional, fixando o regime semi-aberto para o cumprimento da pena. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp, Jorge Scartezzini e Edson Vidigal.

Brasília-DF, 21 de novembro de 2000 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator.

Publicado no DJ de 19.2.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: Trata-se de **habeas corpus** com pedido de liminar, impetrado em favor de Marcelo Henrique do Vale, impugnando acórdão da Décima Quinta Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, que, negando provimento ao recurso de apelação manejado pelo Réu, ratificou decisão de 1ª grau que condenara o ora paciente à pena de 5 anos e 6 meses de reclusão, em regime fechado, e dois meses de detenção, em regime aberto, além do pagamento de treze dias-multa, fixados no referencial monetário mínimo, por infração ao art. 157, § 2º, I e II, c.c. art. 329, **caput**, na forma do art. 69 do Código Penal.

Sustenta o Impetrante falta de fundamentação da sentença e do acórdão no que tange aos seguintes aspectos: a) a exasperação da pena, em dois quintos, em razão das qualificadoras previstas nos incisos I e II do § 2º do art. 157 do CP; b) exasperação na fixação do regime prisional. Nesse ponto, sustenta que o v. aresto não observou o princípio da individualização da pena prevista no art. 5º, inciso LXVI, da CF.

Pleiteia, dessarte, a concessão da ordem para que seja anulada a sentença monocrática, pela falta de motivação da pena e do regime prisional imposto ao Paciente e, ao final, a redução da reprimenda e o estabelecimento do regime semi-aberto como regime inicial de cumprimento de sua pena, nos termos do art. 33, § 2º, alínea **b**, do CP.

Liminar indeferida à fl. 68, pelo então relator Ministro William Patterson.

Informações da Corte-impetrada às fls. 73/74.

Ouvido, o Ministério Público Federal pronunciou-se pelo deferimento parcial da ordem, tão-somente para que seja fixado o regime semi-aberto para o cumprimento da reprimenda imposta ao Paciente.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): Não assiste razão ao Impetrante quanto ao primeiro ponto abordado na impetração, qual seja, a suposta ilegalidade na majoração da pena em 2/5, em razão das qualificadoras previstas nos incisos I e II do § 2º do art. 157 do CP.

A sentença, confirmada em 2º grau, fixou a pena da seguinte forma (fl. 34):

“Para a fixação das penas, observo que o Réu é primário e a pena-base é fixada no mínimo, quer para a imputação do artigo 157, quer pela transgressão ao artigo 329. A pena pelo delito do roubo, que é de quatro anos, é acrescida de dois quintos, majorando-se para cinco anos e seis meses de reclusão, em virtude do reconhecimento da dupla qualificação, quer pelo concurso de agentes, quer pelo emprego de arma de fogo. A sanção pecuniária é calculada obedecendo-se a idêntico raciocínio. Tendo havido o concurso formal, pela transgressão ao artigo 329, o Réu cumprirá ainda a pena de dois meses de detenção, a ser cumprida em seguida a pena de reclusão, na forma do que dispõe o artigo 69 do estatuto repressor.”

Como se vê, o aumento de dois quintos na pena-base, em razão da incidência de duas qualificadoras, está satisfatoriamente fundamentado, não se podendo apontar, até aqui, nenhuma ilegalidade na sentença. A propósito, já decidiu esta Corte:

“Processual Penal. **Habeas corpus**. Dosimetria. Pena-base no mínimo. Valoração de majorantes. Legalidade. Execução. Regime prisional mais gravoso impropriamente fundamentado. Condenado não reincidente. Direito ao regime semi-aberto. Ordem parcialmente concedida.

I – Não se reconhece ilegalidade na exasperação da reprimenda em função da consideração de duas majorantes – concurso de agentes e emprego de arma de fogo – eis que, tratando-se de causas especiais de aumento de pena, admite-se a dupla valoração e a exasperação em até a metade, nos termos da previsão legal.

(...) **Omissis**.

IV – Ordem parcialmente concedida para fixar o regime semi-aberto para o cumprimento da pena imposta ao paciente.” (HC n. 10.115-SP, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU de 22.11.1999).

“Penal e Processual Penal. **Habeas corpus**. Roubo. Concurso de majorantes. Fixação do **quantum** do aumento da pena-base. Fundamentação. Regime inicial.

– Não há ilegalidade, por falta de fundamentação, se o acórdão increpado fixa o aumento da pena-base em três oitavos, considerando

a incidência de duas majorantes (as dos incisos I e II do § 2º do art. 157 do CP) e também a conduta do réu na execução do delito.

(...) **omissis**.

– Precedentes.

– *Writ* parcialmente concedido.” (HC n. 10.042-SP, DJ de 18.10.1999).

Já no que se refere à fixação do regime prisional, tem razão o Impe-trante.

Da simples leitura do decreto condenatório constata-se, de plano, a sua deficiente fundamentação no concernente ao regime inicial de cumprimento da pena. Vejamos.

Ao fixar a pena-base, observou o MM. Juiz sentenciante, **verbis** (fl. 34):

“Torno definitiva a sanção, pois, em cinco anos e seis meses de reclusão, em regime fechado, e dois meses de detenção, em regime aberto, além do pagamento de treze dias-multa, fixada esta no limite mínimo estatuído.

Quer pelo montante da pena, quer pela gravidade do delito, deixo de conceder ao apenado qualquer benefício, inclusive o de apelar em liberdade, devendo iniciar o cumprimento da reclusão em regime fechado.”

Como se pode notar, o MM. Juiz monocrático reconhece expressamente que o Réu é primário, não fazendo menção a maus antecedentes. Assim, se a pena-base foi fixada no mínimo legal, é justamente porque as circunstâncias do art. 59 eram favoráveis ao Paciente. Diante disso, e sendo certo que a pena final imposta não excede a oito anos, caberia, em tese, regime mais favorável que aquele efetivamente imposto, qual seja, o semi-aberto, a teor do art. 33, § 2º, alínea **b**, do Código Penal, c.c. o § 3º nele inserido, que remete às circunstâncias judiciais do art. 59, também do CP.

No caso, porém, o juiz impôs o regime inicial fechado, e o Tribunal de Alçada manteve esse regime também com base em aspectos do crime em si, ou seja, não considerou, para tal agravamento, as peculiaridades da pessoa do Réu ou de sua conduta, malferindo, com isso, o princípio da individualização da pena.

É importante deixar claro que o juiz pode impor regime mais severo

do que aquele em tese cabível. Mas, para tanto, precisa apresentar, com base nos parâmetros legais aplicáveis à espécie, os motivos concretos que o levaram a esta conclusão.

Nessa linha de raciocínio, a gravidade do delito, por si só, não pode servir de justificativa para a imposição de regime mais grave, salvo se o crime é legalmente qualificado como hediondo. Note-se que a gravidade do crime já foi analisada pelo legislador quando cominou as penas em abstrato para cada tipo penal. Logo, se a gravidade do delito não justificou a exacerbação da pena-base – que, **in casu**, repita-se, foi fixada no mínimo legal – não pode servir de causa para colocar o condenado em regime prisional mais severo do que aquele ao qual faria jus pelo **quantum** de pena aplicado. Nesse sentido é a jurisprudência de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal, como se vê a seguir:

“Ementa: **Habeas corpus**.

– O fundamento da gravidade do delito em abstrato não é idôneo – salvo se ele é legalmente qualificado como hediondo – para motivar a imposição de regime inicial fechado, se a pena concreta não excede oito anos.

– **Habeas corpus** deferido em parte.” (HC n. 73.532-1-SP, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 9.8.1996, p. 27.101).

“Ementa: Competência. **Habeas corpus**. Ato de Tribunal de Alçada Criminal.

(...)

Pena. Cumprimento. Regime. Fixação. Gravidade do crime. A gravidade do crime não é suficiente, por si só, a conduzir à imposição de regime mais drástico. Em se tratando de pena não superior a oito anos, dá-se a fixação do regime, consideradas as alíneas **b** e **c** do artigo 33 do Código Penal, bem como a regra do § 3º nele inserido, no que remete às circunstâncias judiciais. Precedentes: Primeira Turma – **Habeas Corpus** n. 73.532-SP, 70.784-RJ e 72.937-SP, relatados pelos Ministros Moreira Alves, Sepúlveda Pertence e Ilmar Galvão, com acórdãos veiculados no Diário Oficial da Justiça de 9 de agosto de 1996, 16 de setembro de 1994, e 1ª de dezembro de 1995, respectivamente: Segunda Turma – **Habeas corpus** n. 75.379-SP, por mim relatado e julgado em 2 de dezembro de 1997.” (HC n. 75.503-8-SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 17.4.1998).

“A fixação do regime inicial de cumprimento da pena deve ser feita, fundamentadamente, com estrita observância dos critérios previstos no art. 59 do Código Penal. A imposição de regime penal mais gravoso, desacompanhada de adequada e suficiente justificação, autoriza a invalidação, nesse ponto específico, da decisão condenatória. Precedentes.” (STF, HC n. 75.119-GO, Primeira Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 6.3.1998).

Esta Corte segue a mesma orientação, conforme se depreende das seguintes ementas:

“Recurso em **habeas corpus**. Regime carcerário fechado. Início. Necessidade de motivação, se o crime não é legalmente apostrofado com a qualificação de hediondo.

Não se tratando de crimes hediondos, a sentença condenatória que fixa, para cumprimento inicial da reprimenda, regime prisional mais severo do que aquele que o condenado teria, em tese, direito, exige fundamentação adequada, sob pena de nulidade.

A gravidade do delito, por si só, não pode servir de justificativa para a imposição de regime mais grave.

Recurso conhecido em parte e, nessa parte, provido.” (RHC n. 9.467-SP, Rel. Min. José Arnaldo, DJ de 20.3.2000).

“Processual Penal. **Habeas corpus**. Execução. Regime prisional mais gravoso impropriamente fundamentado na gravidade do crime. Condenado não reincidente e sem maus antecedentes. Direito ao regime semi-aberto. Ordem concedida.

I – Se o condenado preenche os requisitos para o cumprimento da pena em regime semi-aberto, tendo em vista a quantidade de pena imposta, eis que reconhecida a ausência de reincidência e maus antecedentes na própria dosimetria da reprimenda, não cabe a imposição de regime mais gravoso com fundamento exclusivo na gravidade do delito praticado.

II – Tratando-se de nulidade prontamente verificada, deve ser permitido o devido saneamento via **habeas corpus**.

III – Ordem concedida para fixar o regime semi-aberto para o cumprimento da pena.” (HC n. 10.057-SP, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 8.11.1999, p. 84).

“Penal e Processual Penal. **Habeas corpus**. Roubo. Concurso de majorantes. Fixação do **quantum** do aumento da pena-base. Fundamentação. Regime inicial.

(...) **omissis**

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

– Incompatibilidade da fixação do regime inicial fechado se a quantidade da pena imposta permite seja estabelecido o semi-aberto, e as circunstâncias judiciais, na determinação da pena-base, foram tidas como favoráveis ao réu.

– Precedentes.

– *Writ* parcialmente concedido.” (HC n. 10.042-SP, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 18.10.1999).

Assim, sendo estreme de dúvidas que as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP são favoráveis ao Paciente, constata-se o equívoco na fixação do regime prisional, devendo o mesmo ser corrigido para se conceder ao paciente o direito de expiar a reprimenda imposta no regime a que realmente faz jus pelo **quantum** de pena imposto.

Ante o exposto, concedo em parte a ordem para, mantendo a condenação e a custódia do Paciente, anular a imposição do regime prisional, fixando o regime semi-aberto para o cumprimento da pena.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 16.107 – RJ

(Registro n. 2001.0023445-3)

Relator: Ministro Jorge Scartezzini
Impetrante: Nélcio Andrade
Impetrado: Desembargador-Presidente da Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Paciente: José Carlos de Jesus Rosa (preso)

EMENTA: Processo Penal – Homicídio qualificado – Envolvimento de policial – Crime organizado – Queima de arquivo – Prisão preventiva – Necessidade.

– O **decisum** monocrático lastreou-se em circunstâncias concretas, havendo notícia, inclusive, da utilização do serviço de proteção a testemunhas. O caso é de natureza grave e envolve possível crime organizado, com a participação de policiais civis, o que, evidentemente, agrava ainda mais o quadro fático delituoso. Portanto, sobrepesa ao paciente – detetive de polícia –, além da conduta comum ilibada, a responsabilidade que detém em razão de sua função pública. Destarte, considero incensuráveis os argumentos expendidos pelo Tribunal **a quo**, ao examinar a **questio**, quando alinhavou idêntico ponto de vista.

– Outrossim, registro que as alegações do impetrante, quanto aos bons assentamentos funcionais do paciente, a existência de antecedentes favoráveis, bem como coragem e dedicação, sempre demonstrados, no cumprimento do dever legal, quando dissociados de elementos factuais que as corroborem, não ilidem a decretação da prisão preventiva, conforme pacífica jurisprudência desta Corte e do Pretório Excelso.

– Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça em, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, denegar a ordem. Votaram com o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer e Gilson Dipp. Votou vencido o Sr. Ministro Edson Vidigal. Sustentou oralmente, em 22.5.2001, o Dr. José Gomes de Matos Filho (pelo paciente).

Brasília-DF, 7 de junho de 2001 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Jorge Scartezzini, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini: Trata-se de **habeas corpus** impetrado por Nélio Andrade, em benefício de José Carlos de Jesus Rosa, contra o v. acórdão proferido pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que denegou a ordem ali impetrada, nos termos da seguinte ementa (fl. 105), **verbis**:

“**Habeas corpus**. Prisão preventiva de policial civil, acusado de homicídio e formação de quadrilha. Decreto expedido em face de crime hediondo, com o fim de garantir a ordem pública e por conveniência da instrução criminal. Pleito liminar indeferido. Ação mandamental que não ministra subsídios que afastem o **periculum libertatis**. Ordem denegada. Agravo regimental prejudicado.”

Consta dos autos que o Paciente, detetive da Polícia Civil, foi denunciado pela prática do crime de *homicídio qualificado* (art. 121, § 2º, incisos I e IV, do Código Penal), porque, no dia 4 de fevereiro de 2000, juntamente com Emanuel José de Almeida, teria efetuado, com **animus necandi**, disparos de arma de fogo contra a vítima que veio a falecer.

Por ocasião do recebimento da denúncia, foi decretada a prisão preventiva do Paciente. A defesa, então, impetrou **habeas corpus** perante o Tribunal **a quo**, pleiteando a revogação da constrição cautelar, sob o argumento de ausência de fundamentação, bem como inexistência dos motivos que ensejassem a adoção da medida constritiva. A ordem foi denegada nos termos supramencionados.

Daí o presente *writ*, onde o Impetrante sustenta, sinteticamente, que o decreto de prisão preventiva não foi devidamente fundamentado e que não existem razões para que o Paciente seja mantido sob custódia. Trata-se de policial civil, com domicílio e residência fixos.

Liminar indeferida à fl. 62.

Informações às fls. 103/104.

A douta Subprocuradoria Geral da República, em seu parecer, às fls. 109/113, opina pela denegação da ordem, sob o fundamento de que a decisão que decretou a preventiva encontra-se devidamente fundamentada.

Após, vieram-me conclusos os autos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator): Sr. Presidente, o Impe-trante, com o presente *writ*, pretende a revogação da decisão que decretou a prisão preventiva do Réu, sob o argumento de ausência de fundamentação.

Como relatado, o Paciente, detetive da Polícia Civil, foi denunciado pela prática do crime de *homicídio qualificado* (art. 121, § 2º, incisos I e IV, do Código Penal), porque, no dia 4 de fevereiro de 2000, juntamente com outro co-réu, teria efetuado, com **animus necandi**, disparos de arma de fogo contra a vítima, vindo esta a falecer. Objetivavam, consoante se depreende da imputação fática descrita na denúncia de fls. 30/33, "... eliminar em 'queima de arquivo', ofendido, que era informante da polícia, 'X-9', tendo praticado vários outros crimes com os denunciados e, como havia se desentendido com eles, ameaçou de contar tudo o que sabia a respeito do envolvimento dos policiais da região com o crime organizado".

Inicialmente, acerca do tema, registro que é consagrado, no nosso ordenamento constitucional, o prestígio à liberdade individual, antes do trânsito em julgado. Assim, o direito de ir e vir, na fase processual, somente pode ser coarctado mediante decisão judicial fundamentada, em que se demonstre, concretamente, a necessidade da medida (neste sentido, **Ada Pellegrini Grinover**, in *As Nulidades no Processo Penal*; **Heleno Fragoso**, in *Jurisprudência Criminal*; **Tourinho Filho**, in *Processo Penal*; *entre outros*”).

Outrossim, segundo lições de **Carrara**, secundado por **Weber M. Batista**, in *Liberdade Provisória*, a *prisão preventiva*, *matéria objeto desta impetração*, “responde a três necessidades: de justiça, para impedir a fuga do acusado; de verdade, para impedir que atrapalhe as indagações da autoridade, que destrua a prova do delito e intimide as testemunhas: de defesa pública, para impedir a *ciertos facinorosos*, que durante o processo continuem os ataques ao direito alheio”.

Compulsando os autos, **in casu**, verifica-se que o decreto preventivo ora atacado, encontra-se assim exteriorizado, **verbis** (fl. 38):

“... (omissis).

Portanto, após compulsar os autos e baseada no juízo que justifica as medidas cautelares, assim como, diante da presença do **fumus**

boni iuris e periculum in mora que consubstanciam a medida preventiva, hei por bem decretá-la, pois que, a gravidade e hediondez das condutas, em tese, reprocháveis deixa patenteado o grave temor social que os acusados representam à paz coletiva e ordem pública, aliado ao fato de que o **modus operandi** do ilícito penal revela que a sua liberdade servirá de estímulo à fuga, *sem embargo do prejuízo que a instrução criminal poderá experimentar pelos conhecidos óbices, tais como, desaparecimento de provas, intimidação de testemunhas, até porque, note-se que os crimes perpetrados foram praticados por policiais civis suspeitos de participarem de crime organizado, formação de quadrilhas e outros ilícitos.*

Dessa forma, não restam dúvidas de que a ordem pública encontra-se violada seja pelo cometimento do delito, seja pela qualidade dos denunciados em tese responsáveis, vez que, divorciados que estão da função que lhes é peculiar.

Sendo assim, presentes os pressupostos e circunstâncias a ensejarem o decreto de prisão processual dos acusados pela plausibilidade, bem como, pelos indícios que brotam da persecução administrativa, diante do que alude o disposto no art. 312 do CPP, merece acolhida a pretensão cautelar examinada.

Isto posto, *adotando as razões acima, além daquelas lançadas pelo Parquet, que passam a fazer parte integrante dessa decisão ... decreto a prisão preventiva ...*” (grifei).

Das razões lançadas pelo Ministério Público Estadual, por ocasião do oferecimento da denúncia, *e que foram adotadas, como visto acima, pelo magistrado local*, ao decretar a preventiva, impõe-se ressaltar (fl. 35):

“... (**omissis**). Saliente-se que este inquérito foi avocado pela Corregedoria da Polícia Civil, em vista dos gravíssimos fatos que envolvem os acusados e uma das testemunhas já foi, inclusive, protegida pelo Provita-RJ, na forma da lei específica, que disciplina o serviço de proteção às testemunhas. Dessa forma, urge garantir-se a integridade física das testemunhas e de seus familiares, a fim de que possam, com tranqüilidade, prestar suas declarações, em juízo, durante a instrução criminal.”

Do relatório policial supracitado, anexado à fl. 43 dos autos, extrai-se que:

“Por conta das investigações do Inquérito n. 111/2000 apurou-se que havia indícios da participação de Marcinho, os sobrinhos do Banqueiro do Jogo dos Bichos de Volta Redonda, o Detetive de Polícia José Carlos de Jesus Rosa e o Policial Militar Heidimar Satassem no roubo à agência bancária do Banco do Brasil de Barra Mansa, em maio, 1999, sendo este fato inicialmente apurado pela 90ª DP, e posteriormente avocado e redistribuído a esta Corregedoria, levando o n. 208/2000.”

Ora, como se verifica de todo o exposto, o **decisum** monocrático guerreado lastreou-se em circunstâncias concretas, havendo notícia, inclusive, da utilização do serviço de proteção a testemunhas. O caso é de natureza grave e envolve possível crime organizado, com a participação de policiais civis, o que, evidentemente, agrava ainda mais o quadro fático delituoso. Portanto, sobrepesa ao Paciente – detetive de polícia –, além da conduta comum ilibada, a responsabilidade que detém em razão de sua função pública. O eminente Ministro Felix Fischer, ao relatar caso análogo, de envolvimento de policial em crime organizado, adotando as razões do parecer ministerial, salientou em seu voto (*HC n. 10.876-Rf*) que “... sua função precípua (de policial) é a proteção do cidadão contra os criminosos. E valendo-se desse cargo, agiu como criminoso, levando o pânico e a insegurança aos cidadãos”.

Destarte, considero incensuráveis os argumentos expendidos pelo Tribunal **a quo**, ao examinar a **quaestio**, quando alinhavou idêntico ponto de vista. Outrossim, registro que as alegações do Impetrante, quanto aos bons assentamentos funcionais do Paciente, a existência de antecedentes favoráveis, bem como coragem e dedicação, sempre demonstrados, no cumprimento do dever legal, quando dissociados de elementos factuais que as corroborem, não ilidem a decretação da prisão preventiva, conforme pacífica jurisprudência desta Corte e do Pretório Excelso (cf. *HC n. 73.847-SP*, Rel. Ministro Maurício Corrêa, DJU de 11.10.1996).

Por tais fundamentos, *denego a ordem*.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: Sr. Presidente, entendo que o decreto de prisão preventiva está suficientemente fundamentado. Primeiro,

porque é comum fazer-se – entre os julgadores – e o fazemos costumeiramente, remissão, transcrevendo as razões ministeriais para integrar a sua manifestação. Como bem colocou o eminente Ministro-Relator, foi bem justificado no parecer ministerial. Segundo, uma testemunha que se encontra protegida para evitar uma possível ameaça ou morte já justificaria o decreto de prisão preventiva. Entendo que, embora o juiz não tenha feito exaustiva fundamentação, tenho-a como suficientemente hábil para ensejar o decreto de prisão preventiva.

Acompanho o Sr. Ministro-Relator, denegando a ordem.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de **habeas corpus**, substitutivo de recurso ordinário, contra decisão do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que denegou ordem originariamente impetrada visando à revogação do decreto de prisão preventiva expedido contra o Paciente, policial civil acusado de homicídio qualificado e formação de quadrilha.

A impetração sustentou, em síntese, a ausência de fundamentação do decreto prisional, ressaltando tratar-se de policial civil com domicílio certo e residência fixa.

O ilustre Ministro-Relator Jorge Scartezzini, entendendo como devidamente fundamentada a necessidade da custódia cautelar, denegou a ordem.

O ilustre Ministro Edson Vidigal, por sua vez, divergiu de tal posicionamento, concedendo parcialmente a ordem para anular o decreto de prisão preventiva, sem prejuízo de que outro possa ser elaborado e, ao mesmo tempo, determinando ao juiz do caso que adote as medidas necessárias a fim de que o Paciente não se ausente do distrito da culpa sem o seu prévio conhecimento, até a correção *desta rota que está indo de encontro ao devido processo legal*.

A impetração encaminhou memorial complementar, visando a esclarecer a alegadamente errônea fundamentação do voto do Ministro-Relator, que, segundo os termos do memorial, teria como único argumento para a manutenção da prisão preventiva do Paciente, o fato de que uma das testemunhas estaria inserida no Programa de Apoio e Proteção a Vítimas e Testemunhas Ameaçadas do Estado do Rio de Janeiro. Observa-se que se tratou de mera presunção de que a testemunha poderia ser morta em função do que

sabia – e, ainda, por outro réu, e não pelo Paciente. Outrossim, refere que a r. testemunha não se encontra mais sob proteção do Provita, sendo que o Ministério Público teria desistido de sua oitiva.

Tenho por acompanhar o Ministro-Relator.

Com efeito. Os autos demonstram que os motivos ensejadores da prisão processual se sustentam.

A necessidade da custódia foi devidamente motivada, tendo sido ressaltada a gravidade e hediondez das condutas em tese praticadas, sobresaindo o grave temor social que os Réus representam à paz coletiva e à ordem pública.

De outro lado, foi feita a ressalva ao possível óbice à instrução criminal – pela própria condição e periculosidade dos agentes – suspeitos da prática de delitos de crime organizado e formação de quadrilhas, entre outros.

Por fim, o Julgador monocrático ainda adotou, expressamente, as razões lançadas pelo órgão do *Parquet*, as quais atentaram para a gravidade dos fatos que envolvem os Réus e para a existência de testemunha protegida pelo serviço de proteção respectivo, o que aumentaria a urgência da necessária garantia às integridades físicas – dos depoentes e seus familiares – proporcionando-se condições mais adequadas para a necessária oitiva das testemunhas durante a instrução do feito.

Ainda que esta última motivação tenha sido possivelmente rechaçada pela impetração, em sede de memoriais – esta não foi a única utilizada para embasar o decreto prisional – o qual se fundou, também, em aspectos mais graves, como a violência do delito e a extrema periculosidade dos agentes.

Não vislumbro, portanto, deficiência no embasamento da segregação provisória, tendo em vista que foi procedido em conformidade com as exigências legais, atendendo aos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, e da jurisprudência dominante (STF: RT 574/461; STF: RT 558/423).

Dessarte, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que a gravidade e a violência do crime são suficientes para embasar a custódia provisória como garantia da ordem pública:

“Periculosidade do réu evidenciada no crime – STF: Esta Corte, por ambas as suas Turmas, já firmou o entendimento de que a prisão preventiva pode ser decretada em face da periculosidade demonstrada pela gravidade e violência do crime, ainda que primário o agente” (in RT 648/347 – **Júlio Fabbrini Mirabete**, 5ª edição, p. 414).

No mesmo sentido, o posicionamento que vem sendo adotado por unanimidade nesta Turma:

“**Habeas corpus**. Prisão preventiva. Fundamentação válida do decreto. Gravidade e circunstâncias do crime. Garantia da ordem pública. Lei n. 9.455/1997. Aplicação exclusiva à prática de tortura. Ordem denegada.

I – Justifica-se a prisão cautelar quando o respectivo decreto encontra-se devidamente fundamentado nos termos do art. 312 do CPP e da jurisprudência dominante.

II – A gravidade e as circunstâncias do delito, que gerou grande clamor social, podem ser suficientes para motivar a segregação cautelar como garantia da ordem pública. Precedentes do STF.

III – A Lei n. 9.455/1997 refere-se exclusivamente à prática de tortura, não ensejando analogia e extensão aos demais delitos previstos na Lei dos Crimes Hediondos.

IV – Ordem denegada.” (HC n. 8.754-GO, do qual fui relator; DJ de 2.8.1999)

De outra banda, cabe a ressalva de que a periculosidade do agente também pode impedir a cassação da custódia cautelar.

A corroborar tal entendimento, trago à colação os seguintes precedentes:

“Processual Penal. Recurso ordinário em **habeas corpus**. Roubo majorado e quadrilha. Prisão preventiva.

A periculosidade demonstrada, nos limites do *writ*, pelo agressivo **modus operandi**, associado ao pavor causado nas testemunhas, indica que a custódia cautelar calcada nestes aspectos desmerece ser casada.

Recurso desprovido.” (RHC n. 9.077-CE, DJ de 22.5.2000, Rel. Min. Felix Fischer).

“Processual Penal. Recurso em **habeas corpus**. Prisão preventiva. Revogação.

1. A periculosidade do paciente, evidenciada pela violência usada na prática dos crimes, recomenda a manutenção da sua custódia.

2. Recurso improvido.” (RHC n. 5.230-PE, DJ de 16.12.1996, Rel. Min. Anselmo Santiago).

“Penal. Processual. Prisão preventiva. Crime cometido com crueldade e violência. Garantia da ordem pública. Primariedade e bons antecedentes. **Habeas corpus**. Recurso.

1. É de se manter a custódia preventiva se, tendo em vista a periculosidade do réu, for necessária para garantia da ordem pública.

2. Ser primário, ter domicílio e profissão fixos não obstam, por si só, a medida cautelar, que deve ser adotada sempre que presentes seus pressupostos ensejadores.

3. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.” (RHC n. 7.750-MG, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ de 14.9.1998).

“Processual Penal. **Habeas corpus** (Emenda Constitucional n. 22/1999). Tentativa de homicídio qualificado e incêndio. Perigo e flagrante. Liberdade.

A periculosidade do acusado, evidenciada diretamente pelas circunstâncias, antecedentes e **modus operandi** na prática do crime, bastam, de **per si**, em delitos graves, para embasar a segregação cautelar no resguardo da ordem pública e da instrução criminal.

Habeas corpus indeferido.” (HC n. 8.430-RS, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 16.8.1999).

Diante do exposto, acompanho o Ministro Jorge Scartezini para denegar a ordem.

É como voto.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Edson Vidigal: Sr. Presidente, Srs. Ministros, se bem entendi, ataca-se um decreto de prisão preventiva que não teria sido fundamentado suficientemente nos termos que exige o Código de Processo Penal, especialmente os pressupostos da prisão preventiva, que são os elencados no art. 312 do mesmo diploma legal; e a fundamentação, segundo a jurisprudência predominante, impõe que haja a motivação. Sustenta-se que a prisão preventiva é medida de caráter excepcional, portanto, sendo de caráter excepcional, carece efetivamente de motivação e de fundamentação.

O eminente Sr. Ministro-Relator deu a conhecer um trecho do decreto da prisão preventiva que se ataca nesta impetração.

De modo que não tenho condições efetivas de avaliar o ataque que se faz ao decreto, porque precisaria conhecer do seu inteiro teor, até para ter noção do grau da motivação.

Quanto ao demais, relatório do delegado de polícia, etc., abstenho-me da apreciação, porque o que se traz no fulcro do **habeas corpus**, da impetração, é o ataque ao decreto de prisão preventiva.

Com essas considerações, peço ao eminente Sr. Ministro-Relator, se possível, que proceda à leitura do inteiro teor do decreto.

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator): V. Ex.^a me permitiria somente um esclarecimento? A prisão preventiva está fundamentada essencialmente no seguinte aspecto: há uma testemunha, que, na sustentação oral da defesa, diz ter ouvido um disparo. Essa testemunha fugiu do local, mas ela é a única testemunha que teria condições de esclarecer o fato criminoso. Ela está sendo protegida, porque está sendo ameaçada. Proteção às testemunhas. Não acredito que se vá dar proteção à testemunha se não há ameaça. Ela está sendo, portanto, protegida. E em razão disso, é que houve a decretação da prisão preventiva. O juiz, na verdade, na sua fundamentação, é falho. Ele adota, no entanto, as razões do Ministério Público, que esclarece esse fato. Portanto, a instrução criminal corre o risco de prejuízo, em função do risco que está passando a presente testemunha-chave do caso, salientada até pela defesa, que teria ouvido um disparo e se evadiu do local. Estava no carro; a vítima entrou na casa desse tal investigador e lá teria sido desferido o tiro e ela faleceu no local. Esta é a razão da prisão preventiva e também a razão pela qual a mantenho.

O Sr. Ministro Edson Vidigal: O entendimento de V. Ex.^a é respeitável. Mas não li o decreto para ter o meu entendimento.

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator): Quero salientar a V. Ex.^a, que com relação ao despacho do juiz, praticamente li sua essência. Acrescenta pouco, a não ser no aspecto que diz: “adoto as razões do Ministério Público Estadual”. Ele é que efetivamente traz à colação esse dado. As razões do Ministério Público são exatamente em função dessa prisão preventiva, do risco de vida da testemunha, que, em benefício da instrução criminal, foi decretada, e é essa a razão pela qual estou mantendo a prisão preventiva.

O Sr. Ministro Edson Vidigal: Sr. Presidente, vê-se claramente dos esclarecimentos prestados pelo eminente Sr. Ministro-Relator que estamos

diante de um obstáculo que confronta com o direito constitucional do ora paciente no que diz respeito ao assegurar do devido processo legal, pois este há que ser assegurado em qualquer momento, fase ou tipo de direito que se pleiteie, especialmente tratando-se da liberdade.

O decreto de prisão preventiva, conforme esclarecido pelo eminente Sr. Ministro-Relator, realmente não satisfaz. S. Ex.^a indefere o pedido, apenas com base em referência feita pelo Ministério Público quanto à existência de uma testemunha que estaria sendo ameaçada e que o seu depoimento poderia comprometer, impedir o desenvolvimento da instrução criminal.

Ainda estou tentado a examinar tanto a manifestação do Ministério Público neste sentido, quanto o decreto de prisão preventiva, mas o eminente Sr. Ministro-Relator não tem a menor dúvida de que, do ponto de vista da fundamentação, o decreto não a atende. A motivação estaria calcada no fato dessa manifestação do Ministério Público Estadual.

Inclino-me por votar concedendo a ordem para anular o decreto de prisão preventiva, sem prejuízo de que outro possa ser elaborado e, ao mesmo tempo, determinando ao juiz do caso que adote as medidas necessárias para que o ora paciente não se ausente do distrito da culpa sem o seu prévio conhecimento, até a correção desta rota que está indo de encontro ao devido processo legal.

Se formos permitir que um processo de uma gravidade como a apontada pelo Ministério Público já se inicie com essa falha, com esse desrespeito, com esse atentado a um princípio constitucional do devido processo legal, iremos, nessa linha, consentir que outras nulidades possam transcorrer mais adiante, que possa ser mais um daqueles casos que irão, ao final, encerrar-se no purgatório da impunidade.

É a sugestão que faço, votando, assim, para que apenas corrijamos a rota. Não se mantenha aquilo que se entende como contrário à imposição da norma, ou seja, para que não prevaleça, sem embargo de ser corrigido o decreto de prisão preventiva, não atendendo ao princípio constitucional do devido processo legal, ele prospere dessa forma. Prudentemente, é o que a minha experiência nesta Corte me impõe que faça nesse sentido, apesar de os esclarecimentos do eminente Ministro-Relator deixarem-me suficientemente esclarecido quanto a esse aspecto.

Concedo parcialmente a ordem.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 16.865 – PE

(Registro n. 2001.0060677-2)

Relator: Ministro Felix Fischer
Impetrante: Fausto F. de Franca Junior
Impetrada: Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco
Paciente: José Geneci Didier da Silva

EMENTA: Penal e Processual Penal – **Habeas corpus** – Homicídio – Júri – Tese principal da defesa não quesitada – Inexigibilidade de conduta diversa – Nulidade absoluta.

I – Se a tese principal da defesa não foi quesitada, a par do evidente prejuízo, a nulidade daí decorrente é absoluta.

II – A recusa na quesitação de uma tese não dispensa fundamentação por parte do Juiz-Presidente do Tribunal do Júri.

III – A exigibilidade de conduta diversa, apesar de apresentar muita polêmica, é, no entendimento predominante, elemento da culpabilidade. Por via de conseqüência, sem adentrar na questão dos seus limites, a tese da inexigibilidade de conduta diversa pode ser apresentada como causa de exclusão da culpabilidade. Especificada e admitida a forma de inexigibilidade, aos jurados devem ser indagados os fatos ou as circunstâncias fáticas pertinentes à tese (*precedentes*).

Writ concedido, anulando-se o julgamento realizado perante o Tribunal do Júri.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem para anular o julgamento realizado perante o Tribunal de Júri para que outro seja realizado. Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Jorge Scartezzini, Edson Vidigal e José Arnaldo da Fonseca votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília-DF, 9 de outubro de 2001 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de **habeas corpus** interposto contra o v. acórdão da colenda Segunda Câmara Criminal do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco proferido em apelação, na qual se almejava a declaração de nulidade do julgamento pelo Tribunal do Júri.

Depreende-se dos autos que o Paciente, denunciado por infração ao artigo 121, § 2º, inciso IV, do Código Penal, foi pronunciado e condenado, pelo Tribunal do Júri, como incurso nas penas do artigo 121, **caput**, do Código Penal a 13 (treze) anos de reclusão.

Irresignada, a defesa apelou, sendo negado provimento ao apelo pelo egrégio Tribunal **a quo**.

Daí o presente *writ* em que o Impetrante alega, em síntese, nulidade do julgamento, uma vez que o júri, também por deficiência da defesa, não teria tido oportunidade para se manifestar acerca da tese da inexigibilidade de conduta diversa, sustentada durante os debates, mas que não constou dos quesitos.

Liminar deferida à fl. 185.

Informações prestadas à fl. 189.

A douta Subprocuradoria Geral da República se pronunciou pela concessão da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): Em primeiro lugar, se – tal como consta da ata do júri – a defesa apresentava uma tese principal, a inocorrência de sua quesitação deveria ter sido justificada. Se houve desistência – o que é pouco provável – isto deveria ter ficado consignado, até mesmo porque poderia caracterizar situação inaceitável do Réu ter restado indefeso. Se houve recusa, ela deveria ter sido esclarecida e fundamentada. A não-quesitação, aí, evidentemente acarretou prejuízo ao Réu. A nulidade é de caráter absoluto.

“Nulidade. Ausência de exame de defesa apresentada. Prestação jurisdicional. Se é certo que incumbe ao Estado-Juiz a entrega da prestação jurisdicional de forma completa, com emissão de entendimento sobre as matérias de defesa apresentadas e demais fatos que

tenham surgido no desenrolar da instrução criminal, não menos correto é afirmar-se que o vício de procedimento deve exsurgir ao primeiro exame. Constatado que tanto a sentença quanto o acórdão que a confirmou revelam apreciação de questões suscitadas pela defesa – no caso, a inexigibilidade de conduta diversa quanto ao porte de arma sem a devida licença – descabe cogitar de nulidade. O fato de o acusado ter sido vítima anteriormente de dois assaltos e estar se dirigindo a estabelecimento bancário para sacar valores não é idôneo ao afastamento da proibição que resulta do disposto no artigo 19 da Lei de Contravenções Penais e, portanto, a legitimidade do porte de arma sem a licença pertinente.” (STF, HC n. 69.614-SP, Segunda Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 4.12.1992).

*Em segundo lugar, a exigibilidade de conduta diversa, segundo entendimento predominante, é elemento da culpabilidade. Portanto, a tese da inexigibilidade de conduta diversa, em si, encontra amparo em nosso ordenamento jurídico como um todo. A **quaestio**, todavia, reside, penalmente, nos seus limites e, processualmente, em sede de júri, na quesitação. Esta deve ser formulada sobre fatos ou circunstâncias fáticas adequadas à hipótese escolhida de inexigibilidade de conduta diversa, pois os jurados não respondem diretamente acerca de teses, mas, isto sim, a respeito de questões fáticas (cf. José Henrique Pierangeli, in Escritos Jurídicos Penais, 2ª ed., RT, p.p. 118/120 e REsp n. 2.492-RS, Quinta Turma, Relator Min. Assis Toledo, DJU de 6.8.1990). E, por maior razão não podem ser indagados a respeito de cláusulas genéricas (v.g., do tipo “o réu agiu justificadamente?”, ou, ainda, “o réu procedeu em inexigibilidade de conduta diversa?”). Já os limites da inexigibilidade de conduta diversa, estes, sim, têm admitido e ainda admitem muita polêmica na doutrina e, de certa forma, na jurisprudência. E, isto porque o Direito Penal, conforme, inclusive, observa E. R. Zaffaroni (in Derecho Penal. Parte general, obra com a colaboração de A. Alagia e A. Slokar, Ediar, 2000, p. 712), “en la actualidad, y desde una reseña histórica, se destaca la imposibilidad de espacio alguno de la inexigibilidad en un derecho penal de la fidelidad que niega relevancia a los motivos particulares de un sujeto para no cumplir el deber”. O debate é intenso até mesmo sobre a **quaestio** da supralegalidade como se vê, v.g., comparativamente, nas obras de C. Roxin (Derecho Penal. Parte general. Tomo I, Editorial Civitas, 1997, p.p. 959 e segs.), E. Bacigalupo (Derecho Penal. Parte General, 2ª ed., 1999, Hammurabi, p.p. 390 e segs.), G. Jakobs (Derecho Penal, 2ª ed., 1997, Marcial Pons, p.p. 615 e segs. e p.p. 714 e segs.), G. Stratenwerth (Derecho Penal. Parte general, I, Edersa, 1976,*

p.p. 188 e segs.) **H. H. Jescheck** (Tratado de Derecho Penal PG, Ed. Comares, 1993, p.p. 453 e segs.), **G Quintero Olivares** (Curso de Derecho Penal, PG, Barcelona, Cedecs Editorial, 1996, p.p. 328 e segs.) e **Muñoz Conde & García Arán** (Derecho Penal, PG, 2ª ed., 1996, Tirant do Blanch, p.p. 408 e segs.), entre os autores alienígenas. Entre os nossos, desde **A. Bruno**, passando por **E. Custódio da Silveira**, a matéria tem merecido abordagem de relevo, a saber, v.g.: **René A. Dotti** (Curso de Direito Penal, PG, Forense, 2001, p.p. 426 e segs.), **L. A. Machado** (Direito Criminal, PG, RT, 1987, p.p. 143 e segs.), **H. C. Fragoso** (Lições de Direito Penal, PG, Forense, 15ª ed. p.p. 210 e segs.), **Damágio E. de Jesus** (Direito Penal, vol. 1, Saraiva, 24ª ed., 2001, p.p. 480 e segs.), **J. F. Mirabete** (Manual de Direito Penal, vol. 1, Atlas, 15ª ed., p.p. 198 e segs.), **João Mestieri** (Manual de Direito Penal, vol. 1, Forense, p.p. 184 e segs.), **L. Régis Prado** (Curso de Direito Penal, vol. 1, RT, 20ª ed., 2001, p. 276), **J. Cirino dos Santos** (A Moderna Teoria do Fato Punível, Freitas Bastos, 2000, p.p. 248 e segs.), **Ney Moura Telles** (Direito Penal, PG-1, Atlas, 2ª ed., p.p. 284 e segs.), **Joe Tennyson Velo** (O Juízo de Censura Penal, SAF, 1993) e **Leonardo Isaac Yarochevsky** (Da Inexigibilidade de Conduta Diversa, Del Rey, 2000).

Como precedente básico, acerca da tese em si, tem-se:

“Penal e Processual Penal.

– *Inexigibilidade de outra conduta*. Causa legal e supralegal de exclusão de culpabilidade, cuja admissibilidade no Direito brasileiro já não pode ser negada.

– *Júri. Homicídio*. Defesa alternativa baseada na alegação de não-exigibilidade de conduta diversa. Possibilidade, em tese, desde que se apresentem ao júri quesitos sobre fatos e circunstâncias, não sobre mero conceito jurídico.

– *Quesitos*. Como devem ser formulados. Interpretação do art. 484, III, do CPP, à luz da reforma penal.

Recurso especial conhecido e parcialmente provido para extirpar-se do acórdão a proibição de, em novo julgamento, questionar-se o júri sobre a causa de exclusão da culpabilidade em foco.” (STJ, REsp n. 2.492-RS, Quinta Turma, Rel. Min. Assis Toledo, DJU de 6.8.1990).

O mesmo entendimento foi seguido no HC n. 12.917-RJ, julgado em 18.9.2001 (Relator Sr. Min. Jorge Scartezzini, Quinta Turma), como se verifica em trecho do voto-condutor, **in verbis**:

“Com efeito, no que tange ao reconhecimento da causa supralegal de exclusão de culpabilidade, apesar de não serem unânimes a doutrina e a jurisprudência, o melhor entendimento me parece ser aquele em que se admite como tese de defesa, permitindo-se, com isso, a quesitação a respeito da inexigibilidade de conduta diversa.

A propósito, o eminente Ministro Assis Toledo, por ocasião do julgamento do REsp n. 2.492-RS, ao examinar o tema aqui controvertido, salientou que é possível admitir-se causa supralegal desde que seja considerada a ‘não-exigibilidade’ em seus devidos termos, não como juízo subjetivo do próprio agente do crime, mas como um momento do juízo de reprovação da culpabilidade, a ser emitido pelo juiz ou Tribunal.

Alertou porém, que não se deveria perguntar aos jurados, que se tem por leigos, teses ou conceitos jurídicos, mas fatos ou circunstâncias fáticas, como estabelece o art. 484, inciso III, do CPP, devendo ser apresentada de forma a ser seu entendimento perfeito e inteligível a estes.

Sob este prisma, corroborando tese esposada por **Adriano Marrey, Alberto Silva Franco e Rui Stoco**, in Teoria e Prática do Júri, Revista dos Tribunais, destaque artigo apresentado por **Rogério Lauria Tucci**, in Tribunal do Júri – Estudo sobre a Mais Democrática Instituição Jurídica Brasileira, Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p.p. 242/244, **verbis**:

‘Se a defesa alega que, em determinadas circunstâncias históricas concretas em que agiu o réu, não se podia exigir dele conduta diversa, pode o juiz formular quesito a respeito dessa tese?’

Sim.

O juiz deve formular o quesito da inexigibilidade de conduta diversa, ainda que não haja previsão legal expressa para a hipótese.

Para **Aníbal Bruno**, sob a ótica da concepção normativa da culpabilidade, ‘exclui-se a reprovação e, portanto, a culpabilidade, se ocorrem circunstâncias em face das quais não se pode exigir de quem atua em comportamento ajustado ao dever. A não-exigibilidade de conduta diversa, em princípio, exclui do agente o juízo de culpável’ (Direito Penal, 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense,

1984, tomo II, p. 31). **Magalhães Noronha**, por sua vez, assevera que, 'se a culpabilidade é juízo de reprovação social, é censurabilidade; compõe-se de outro elemento: a exigibilidade de outra conduta', pois 'culpável é a pessoa que praticou o fato, quando outra conduta lhe era exigida, e, ao revés, exclui-se a culpa pela inexigibilidade de comportamento diverso do que o indivíduo teve' (Direito Penal, 17^a ed., São Paulo: Saraiva, 1986, v. I, p. 100). **Damásio Evangelista de Jesus**, sustentando a concepção finalista da culpabilidade (normativa pura), também ensina que 'só há culpabilidade quando, devendo e podendo o sujeito agir de maneira conforme o ordenamento jurídico, realiza conduta diferente, que constitui o delito. Então, faz-se o objeto do juízo de culpabilidade. Ao contrário, quando não lhe era exigível comportamento diverso, não incide o juízo de reprovação, excluindo-se a culpabilidade' (Direito Penal. 10^a ed., São Paulo: Saraiva, 1985, v. 1, p. 417). Assim, a conduta somente será reprovável 'quando for possível fazer-se recair um juízo de reprovabilidade em face de suas características pessoais e das circunstâncias em que o agente atuou' (Escritos Jurídico-Penais. Das Penas e sua Execução do Novo Código Penal. São Paulo: RT, p. 206). E, como lembra **Walter Marcilgil Coelho**, 'a culpabilidade é sinônimo de reprovabilidade. O comportamento é culpável porque censurável. Assim, a essência da culpa é a reprovação, a afirmação da culpabilidade não pode prescindir de um juízo valorativo de conduta humana, e esse elemento normativo é fundamental à configuração da culpa penal, deixando em segundo plano o simples nexos psicológico da antiga 'concepção clássica. E em que termos se fará esta avaliação? Quando se poderá afirmar que a ação criminosa é culpável, isto é, reprovável? Quando as circunstâncias do fato não impediam o agente de motivar-se de acordo com o dever, segundo **Goldschmidt**; ou, em outras palavras, indagando-se sempre da exigibilidade ou na exigibilidade de outra conduta, nas circunstâncias em que atuou o agente do crime, segundo **Feudenthal**' (*op. cit.*, Erro de Tipo e Erro de Proibição no Novo Código Penal, p. 88).

As circunstâncias do fato, as quais **Frank**, em sua obra *Estrutura do Conceito de Culpabilidade*, chamava de concomitantes, não podem ser desprezadas na análise da conduta e, especialmente, de sua reprovabilidade. Como lembra **Heitor Costa Junior**, 'não

se duvida hoje que a autodeterminação humana está limitada pelas circunstâncias'. Na célebre lição de **Ortega y Gasset** 'eu sou eu e as minhas circunstâncias' (O Direito Penal e o Novo Código Penal Brasileiro, A Reforma da Parte Geral do Código Penal Brasileiro, Porto Alegre, 1985, p. 51).

Como se vê, na estrutura da culpabilidade está a exigibilidade de um comportamento adequado ao dever, isto é, a conduta típica deve ser praticada em situação em que seja lícito exigir do agente, individualmente considerado no seu momento histórico, comportamento diferente. Não basta o cometimento de um fato típico e antijurídico para que surja a reprovação da conduta: é imprescindível que o agente, nas circunstâncias do fato, e em face de sua situação pessoal, tenha a possibilidade de realizar outra conduta, de acordo com o ordenamento jurídico. A inexigibilidade de conduta diversa, portanto, exclui a culpabilidade. E, obviamente, além daquelas circunstâncias legais e específicas de exclusão da culpabilidade em face da inexigibilidade de conduta diversa (v. Código Penal, artigo 22), há outras que, posto não previstas expressamente em lei, devem ser consideradas pelo julgador. Aliás, **Aníbal Bruno**, mesmo advogando uma concepção clássica a respeito do conceito de crime, afirma que o princípio que norteia a não-exigibilidade de conduta diversa com caráter de causa geral de exclusão da culpabilidade 'está realmente implícito no Código e pode aplicar-se, por analogia, a casos semelhantes aos expressamente previstos no sistema. Na realidade, são casos de verdadeira lacuna na lei, que a analogia vem cobrir pela aplicação de um princípio latente no sistema legal. É a analogia **in bonam partem**, que reconhecemos como tendo aplicação no Direito Penal' (Direito Penal. Parte geral. v. II, 102).

Destarte, a inexigibilidade de outra conduta constituiu princípio de direito penal, devendo, portanto, além das hipóteses que foram consagradas por lei, ser admitida como causa supralegal de exculpação. Não verifico, assim, nenhum obstáculo à sua acolhida como tese defensiva. Entendimento diverso contrariaria o sistema penal em vigor, infringindo o princípio da culpabilidade que, como é sabido, é aceito sem restrições pelo ordenamento penal brasileiro. Pode-se afirmar que, sua não-aceitação, em última análise, violaria o princípio maior da ampla defesa.

No mesmo sentido, esta Corte Superior de Uniformização, em julgado da relatoria do ilustre Ministro José Arnaldo, assim decidiu:

‘No julgamento pelo Tribunal do Júri, tendo a defesa formulado, em debates orais, a tese de inexigibilidade de conduta diversa, o quesito correspondente deve ser formulado aos jurados, ainda que não haja expressa previsão legal sobre tal tese nos dispositivos do Código Penal, sob pena de nulidade da decisão popular por configurar cerceamento do direito de defesa’ (RT 750/589).”

Como a tese não foi, **in casu**, votada, com forte indicativo de recusa desmotivada, o guerreado julgamento do júri, é nulo.

Portanto, voto no sentido de se anular o julgamento mencionado para que outro seja realizado.

HABEAS CORPUS N. 18.969 – RS

(Registro n. 2001.0137858-6)

Relator: Ministro Edson Vidigal
Impetrante: Paulo Cremonesi e outro
Impetrada: Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região
Paciente: Arilson de Paula Nunes

EMENTA: Processual Penal – Interrogatório mediante carta precatória.

1. Por se tratar de um dos meios de prova da defesa, convém que o interrogatório do réu seja realizado pelo próprio juiz que preside a causa, devendo ser admitida a sua realização mediante carta precatória somente em casos excepcionais, quando o réu encontrar-se preso ou efetivamente impossibilitado financeiramente de comparecer perante o juiz natural.

2. Pedido de **habeas corpus** conhecido, mas indeferido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem. Os Srs. Ministros José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer, Gilson Dipp e Jorge Scartezzini votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília-DF, 5 de fevereiro de 2002 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Edson Vidigal, Relator.

Publicado no DJ de 11.3.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Edson Vidigal: Respondendo processo criminal em Porto Alegre, sob a acusação de sonegação fiscal (Lei n. 8.137/1990, art. 1^a, inciso I), Arilson de Paula Nunes, jogador do Sport Clube Corinthians, conhecido como Paulo Nunes, por se encontrar morando em São Paulo-SP, pediu para ser interrogado mediante carta precatória.

Deferido o pedido pela Juíza-processante, ajuizou o Ministério Público correição junto ao Tribunal Regional Federal da 4^a Região.

Consignando que tal ato processual só pode ser realizado mediante carta precatória em casos excepcionais, determinou a Corte que o Réu fosse interrogado perante o próprio juiz natural, por não vislumbrar qualquer empecilho para tanto.

Daí a impetração deste **habeas corpus**, no qual, destacando o fato do Paciente ser atleta profissional, bem como que teria que arcar com todas as despesas para a sua ida e de seus advogados, pugnam os Impetrantes seja concedida a ordem para garantir a Paulo Nunes o direito de ser interrogado em São Paulo.

Informações prestadas às fls. 29/34.

Manifesta-se a Subprocuradoria Geral da República pelo indeferimento do pedido (fls. 36/37).

Relatei.

VOTO

O Sr. Ministro Edson Vidigal (Relator): Sr. Presidente, a jurisprudência tem admitido a realização do interrogatório via carta precatória, mas somente em circunstâncias excepcionais.

Por se tratar de um meio de prova da defesa, convém que o interrogatório seja realizado pelo próprio juiz que preside a causa.

Todavia, estando o Réu preso em outra circunscrição judiciária ou ante a efetiva impossibilidade do seu comparecimento perante o juiz natural por razões materiais, dentro do princípio da razoabilidade, deve ser viabilizado o interrogatório mediante carta precatória.

Nesse sentido, Min. Vicente Cernicchiaro:

“CC. Processual Penal. Interrogatório. Precatória. O interrogatório é meio de prova e de defesa. Ideal seria que sempre fosse tomado pelo juiz processante. O Judiciário, no entanto, precisa ser realista. A extensão territorial do País impede o deslocamento das pessoas de uma comarca para outra. Some-se a isso o ônus das despesas. O Código de Processo Penal, além disso, não consagrou o princípio da identidade física do juiz. Em havendo necessidade, admissível se faz a renovação do ato pelo magistrado que prolatará a sentença. Admissível, pois, a tomada do interrogatório no juízo deprecado.”

O caso em tela não apresenta qualquer situação excepcional para que seja concedida a benesse ao acusado.

Pelo contrário, conforme destacou o acórdão recorrido, o Requerente é um dos profissionais mais bem pagos do futebol brasileiro.

Assim, conheço do **habeas corpus**, mas indefiro o pedido.

É o voto.

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 11.623 – SP

(Registro n. 2001.0090942-4)

Relator: Ministro Edson Vidigal

Recorrentes: Lázaro Biazus Rodrigues e outros
Advogados: Dirceu Aguiar e outros
Recorrido: Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo
Paciente: Nelson Gonçalves de Oliveira (preso)

EMENTA: Recurso em **habeas corpus** – Roubo qualificado – Revogação de prisão preventiva – Ausência de justa causa para a ação.

1. Ante a informação de que o acusado já se encontra em liberdade, encontra-se prejudicado o pedido de revogação do decreto de sua prisão preventiva.

2. Como a denúncia narra fato tipificado criminalmente e alegada negativa de autoria não se apresenta incontroversa, não há falar-se em trancamento da ação penal por ausência de justa causa.

3. Recurso ordinário parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso e, nessa parte, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer, Gilson Dipp e Jorge Scartezzini votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília-DF, 5 de fevereiro de 2002 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Edson Vidigal, Relator.

Publicado no DJ de 18.3.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Edson Vidigal: Acusado de roubo qualificado (CP, art. 157, § 2º, I e II, c.c. arts. 29 e 70, por três vezes), Nelson Gonçalves de Oliveira foi preso preventivamente.

Em **habeas corpus**, foi requerida a revogação do decreto de sua prisão preventiva, bem como o trancamento da ação, por ausência de justa causa.

Considerando devidamente fundamentado o decreto construtivo e presentes os requisitos para instauração da persecução criminal, o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo negou o pedido.

Daí a interposição deste recurso ordinário, no qual se alega negativa de autoria e ausência de necessidade da segregação do acusado.

O Ministério Público é pelo parcial conhecimento do impetração e, nessa parte, pelo indeferimento do pedido (fls. 77/82).

Relatei.

VOTO

O Sr. Ministro Edson Vidigal (Relator): Sr. Presidente, a questão relativa à revogação da prisão preventiva de Nelson encontra-se prejudicada.

Conforme bem analisou o ilustre Subprocurador-Geral da República José Flaubert Machado (fls. 83/85), a prisão preventiva já foi cassada, por força de decisão proferida pela Corte **a quo**, no **Habeas Corpus** n. 392.060-4, já tendo sido expedido o competente alvará de soltura.

Passo ao exame da alegada ausência de justa causa para a persecução criminal.

Por pertinente, destaco a narração do crime contida na denúncia (fls. 33/35):

“Segundo se apurou, os indiciados resolveram assaltar uma casa e, após analisarem as diversas casas da região, decidiram pela casa onde estavam as vítimas, tendo em vista que na garagem da mesma havia 3 (três) automóveis estacionados. Após a escolha da causa, os indiciados permaneceram nas imediações aguardando o momento mais propício para a abordagem.

Em determinado momento, após perceberem que uma mulher estava entrando na casa e que ela ofereceria pouca resistência, os indiciados colocaram o plano em ação. Armado com um revólver, Nelson abordou a referida senhora e anunciou o assalto, chegando a derrubá-la no chão. Em seguida, Nelson ingressou na casa com o revólver apontado para a cabeça da mulher, no que foi seguido pelos

indiciados Willian e Daniel. Estando já no interior da casa, os indiciados disseram tratar-se de um assalto e determinaram às vítimas sob a mira de revólver. Enquanto isso, Willian e Daniel muniram-se de facas que estavam na própria casa. Em seguida, Willian e Daniel passaram a vasculhar a casa à procura de bens e valores que pudessem ser subtraídos.

Após subtraírem os objetos e valores acima descritos, os indiciados conduziram as vítimas para um dos quartos da casa, onde pretendiam deixá-las trancadas. Ocorre que, como nenhum dos quartos tinha chave, os indiciados disseram para as vítimas que continuariam na casa e matariam as mesmas caso elas saíssem do referido quarto.

Em seguida, os indiciados evadiram-se do local levando com eles a arma do crime e o produto da subtração, que posteriormente foi repartido entre os 3 (três).

Após perceberem que os indiciados já haviam deixado a casa, as vítimas saíram do quarto e levaram o fato ao conhecimento da autoridade policial.

Nas investigações e diligências que se seguiram, a autoridade policial logrou esclarecer a autoria delitiva, apreendendo parte da **res** em poder dos indiciados (fl. 5), que foram reconhecidos pelas vítimas (fls. 11/14).”

Consigno que a denúncia narra fato efetivamente delituoso.

Sustenta o Recorrente negativa de autoria, afirmando que ao invés dele, o terceiro culpado seria “Adriano Luiz de Souza”, conforme teria concluído o Delegado no seu relatório final.

Efetivamente, a autoridade policial, em seu relatório, não menciona o nome do paciente.

Todavia, a sua inocência não se apresenta patente nos autos.

No testemunho de Willian da Silva (fl. 69), afirma ele ser “Souza”, parecido com Nelson, o paciente.

E não resta claro nos autos, por qual motivo, ao invés de indicar o nome “Souza”, o membro do Ministério Público acusou expressamente Nelson Gonçalves de Oliveira, sob o argumento de que as vítimas teriam reconhecido os indiciados e de que teriam sido encontrados com eles parte da **res** furtiva.

Como se vê, a questão se apresenta nebulosa, é possível que “Souza” seja na realidade Nelson, como também é possível que não.

Nada resta claro nos autos.

Assim, como a inocência do Paciente não se apresenta incontroversa, inviável faz-se o reconhecimento da ausência de justa causa, vez que para a análise do pedido, ter-se-ia impreterivelmente que se realizar efetiva dilação probatória, o que não se admite no rito sumário do **habeas corpus**.

Nesse sentido, destaco precedente em que fui relator:

“Penal. Processual. Inépcia da denúncia. Trancamento da ação penal. **Habeas corpus**.

1. A falta de justa causa só pode ser reconhecida quando a ausência de tipicidade resulte do próprio fato, independentemente da apreciação de provas a serem produzidas no decorrer da instrução criminal (...)” (HC n. 11.137-MS, DJ de 5.6.2000).

E Ministro Gilson Dipp:

“Criminal. HC. Extorsão mediante seqüestro. Trancamento de ação. Falta de justa causa não evidenciada. Excesso de prazo. Inocorrência. Prisão preventiva. Ausência de concreta fundamentação. Necessidade da medida não demonstrada. Ordem concedida em parte.

I – A falta de justa causa para a ação penal só pode ser reconhecida quando, de pronto, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático-probatório evidencia-se a atipicidade do fato, a ausência de indícios a fundamentarem a acusação ou, ainda, a extinção de punibilidade (...)” (HC n. 12.393-BA, DJ de 25.9.2000).

Pelo que, conheço em parte do recurso e, nessa parte, nego provimento.

É o voto.

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 11.639 – PI

(Registro n. 2001.0086555-5)

Relator: Ministro Edson Vidigal

Recorrente: Jânio Maciel de Andrade Gomes
Advogados: José Santana Mauriz e outros
Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado do Piauí
Paciente: Jânio Maciel de Andrade Gomes

EMENTA: Processual – **Habeas corpus** – Lesão corporal – Prisão preventiva – Fundamentação – *Sursis* processual – Réu foragido que já responde a outro processo – Lei n. 9.099/1995, art. 89.

1. Decreto de prisão preventiva para a garantia da instrução criminal devidamente fundamentado, em virtude do réu ter se evadido do distrito da culpa, após o suposto cometimento do crime.

2. Além do fato de estar foragido, como o réu encontra-se respondendo a outro processo, pela mesma prática delituosa, resta inviabilizada a concessão da suspensão condicional do processo, conforme vedação legal.

3. Recurso a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Os Srs. Ministros José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer, Gilson Dipp e Jorge Scartezini votaram com o Sr. Ministro-Relator.

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

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Edson Vidigal, Relator.

Publicado no DJ de 15.10.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Edson Vidigal: Segundo a acusação, após uma discussão banal em um bar, Jânio Maciel Andrade Gomes teria desferido um golpe, com a utilização de uma cadeira, contra Raimundo Nonato de Araújo Conceição, causando-lhe ferimento.

Por isso foi denunciado pelo cometimento de lesão corporal, por motivo fútil (CP, art. 129 c.c. art. 61, II).

Em **habeas corpus**, foi requerido o trancamento da ação penal, a revogação do decreto de prisão preventiva, bem como reclamado a falta de audiência prévia para o oferecimento da suspensão condicional do processo, nos termos da Lei n. 9.099/1995.

A ordem foi negada, consignando o Tribunal de Justiça do Piauí que, na medida em que o Réu encontra-se foragido, indício sério e grave de que o Paciente pretende não se submeter à aplicação da lei penal, a prisão preventiva mostra-se como medida necessária, não cabendo a aplicação da Lei n. 9.099/1995, art. 89 (fl. 53).

Neste recurso, sustenta-se que o Paciente não se encontra foragido, destacando não ter comparecido à audiência de interrogatório, conforme o edital publicado, em face do pedido de adiamento feito pelo membro do Ministério Público. Daí reclamar pela perfeita aplicação ao caso do *sursis* processual. Por fim, aponta a inexistência de qualquer motivo a ensejar o seu decreto de prisão preventiva.

O Ministério Público Federal opina pelo não-provimento do recurso (fls. 90/92).

Relatei.

VOTO

O Sr. Ministro Edson Vidigal (Relator): Sr. Presidente, conforme relatado, a prisão preventiva de Jânio Maciel deu-se justamente em virtude da sua fuga após o suposto cometimento do delito.

Em casos tais, este Tribunal Superior tem entendido pela efetiva necessidade da cautela, como medida para assegurar o regular andamento da instrução criminal e eventual aplicação da lei penal.

Observe-se:

“Criminal. HC. Prisão preventiva. Fundamentação válida da custódia. Fuga do réu. Garantia à aplicação da lei penal. Condições pessoais do réu. Irrelevância diante da necessidade da custódia. Ordem denegada.

I – Justifica-se a prisão cautelar quando o respectivo decreto encontra-se devidamente fundamentado nos termos do art. 312 do CPP

e da jurisprudência dominante, sendo que a fuga do réu pode ser suficiente a fim de motivar a segregação provisória para garantir a aplicação da lei penal.

II – Eventuais condições pessoais favoráveis do réu, como família constituída, residência fixa e ocupação lícita, por exemplo, não são garantidoras do direito subjetivo à liberdade provisória, se outros elementos dos autos recomendam a custódia preventiva.

III – Ordem denegada.” (HC n. 12.221-SP, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 25.9.2000).

“Recurso ordinário. Prisão preventiva. Fundamentação. Réu foragido.

Decreto de prisão preventiva suficientemente fundamentado, tendo o MM. Juiz tomado tal medida como garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal, levando em conta, para tanto, a gravidade do delito.

A fuga do réu, de **per si**, justifica o decreto de prisão preventiva. A alegada inocência do réu, bem como o reconhecimento do crime continuado, implicam exame aprofundado de provas.

O princípio da presunção de inocência não impede a segregação cautelar quando presentes os seus pressupostos legais. Primariedade, bons antecedentes e ocupação lícita. Circunstâncias que, isoladamente, não inviabilizam a custódia preventiva, quando fundada nos requisitos dos artigos 311 e 312 do CPP.

Prejudicado o HC n. 11.401 por constituir uma mera repetição do pedido.

Recurso desprovido” (RHC n. 9.570-SP, Rel. Min. José Arnaldo, DJ de 7.8.2000).

Quanto à alegação de que o Paciente, após a citação editalícia, não compareceu em juízo para o interrogatório, apenas em virtude do pedido de adiamento realizado pelo Ministério Público, não se tratando de réu foragido, como não é possível dilação probatória nesta via constitucional, mostra-se inviável o exame da insurgência.

Por fim, quanto à reclamada audiência prévia para a proposta do *sursis* processual, melhor sorte não acompanha o Recorrente.

A Lei n. 9.099/1995 é clara ao impor a observância de determinados pressupostos para a concessão do benefício:

“Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a 1 (um) ano, abrangidas ou não por esta lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).”

Neste caso, além do fato do Réu estar em lugar incerto e não sabido, encontra-se respondendo a outro processo pela mesma prática delituosa, o que, por si só, já impede a concessão do benefício.

Pelo que, nego provimento ao recurso:

É o voto.

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 9.828 – SP

(Registro n. 2000.0027320-1)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca
Recorrente: Luiz Antônio Rivetti
Advogado: Antônio Sérgio Altieri de Moraes Pitombo
Recorrido: Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo
Paciente: Luiz Antônio Rivetti

EMENTA: Recurso em **habeas corpus** – Penal e Processual Penal – Crime contra a propriedade intelectual – Despacho que recebe a queixa-crime – Fundamentação – Trancamento de ação penal – Inépcia da denúncia – Não-individualização da conduta dos que-relados, nos crimes de autoria coletiva – Temperamento do art. 41 do CPP.

Assentada jurisprudência desta Corte no sentido de que o despacho de recebimento da denúncia – dada a sua natureza de decisão

interlocutória simples – prescinde de fundamentação substancial quanto ao mérito da acusação, sendo suficiente que o magistrado examine perfunctoriamente a existência das condições da ação e a caracterização, em tese, da infração penal.

Em se tratando dos denominados crimes de autoria coletiva, a doutrina e a jurisprudência têm admitido, em atenuação aos rigores do art. 41 do CPP, que haja uma descrição geral, calcada em fatos, da participação dos agentes no evento delituoso, remetendo-se para a instrução criminal a decantação de cada ação criminosa. Precedentes do STJ e do STF.

Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp, Jorge Scartezini e Edson Vidigal.

Brasília-DF, 7 de dezembro de 2000 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator.

Publicado no DJ de 5.3.2001.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso ordinário em **habeas corpus** interposto por Luiz Antônio Rivetti, por seu ilustre patrono, contra acórdão de fls. 683/689, proferido pelo egrégio Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, que, em Oitava Câmara Criminal, por unanimidade, denegou ordem requerida para trancar ação penal de iniciativa privada, a que responde o ora paciente.

Narram os autos que contra o Paciente e seus sócios foi oferecida queixa-crime, imputando-lhes a prática do tipo penal descrito no art. 12 da Lei n. 9.606/1998, que define os crimes contra a propriedade intelectual.

Buscando o trancamento da ação penal, o Paciente ingressou com pedido de **habeas corpus** perante a Corte Estadual, sob alegação de inépcia

da queixa-crime, por não descrever pormenorizadamente a conduta dos agentes, bem como falta de fundamentação do despacho que a recebeu.

Denegada a ordem, interpôs-se o presente recurso ordinário, em que se reiteram as alegações expendidas na impetração originária.

Contra-razões do Ministério Público Estadual às fls. 740/749.

Processado o recurso, subiram os autos a esta Corte.

Ouvido, propugna o Ministério Público Federal pelo desprovemento do recurso, em parecer subscrito pela Dra. Cláudia Sampaio Marques.

É o relatório.

VOTO

Qual visto, o presente recurso tem por escopo o trancamento da ação penal de iniciativa privada deflagrada contra o Paciente, acusado da prática do tipo penal descrito no art. 12 da Lei n. 9.606/1998. Aduz, em síntese, inépcia da queixa-crime, por não descrever pormenorizadamente a conduta do agente, bem como falta de fundamentação do despacho que a recebeu.

Não prospera a irresignação.

Primeiro, porque a jurisprudência pátria já assentou o entendimento de que o despacho de recebimento da denúncia ou queixa-crime – dada a sua natureza de decisão interlocutória simples – prescinde de fundamentação substancial quanto ao mérito da acusação, sendo suficiente que o magistrado examine perfunctoriamente a existência das condições da ação e a caracterização, em tese, da infração penal.

Nesse sentido, à guisa de exemplo (fl. 757):

“Penal e Processual Penal. Recurso ordinário em **habeas corpus**. Queixa-crime. Recebimento. Fundamentação. Calúnia. Imunidade judiciária. Inocorrência. Princípio da indivisibilidade da ação penal. Violação. Ausência. Dolo. Decadência. Apreciação. Impossibilidade.

I – Reiterada jurisprudência desta Corte no sentido de que o recebimento da denúncia ou queixa-crime dispensa fundamentação (art. 516 do CPP).

(...)” (RHC n. 9.038-RS, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 14.2.2000, p. 46).

“Penal. Processual. Preventiva. Recebimento de denúncia. Fundamentação. Fiança. **Habeas corpus**.

1. Não há constrangimento ilegal quando o decreto de prisão preventiva está suficientemente motivado e fundamentado.

2. *Tratando-se de mera providência interlocutória, o despacho que recebe a denúncia do Ministério Público dispensa fundamentação. (Precedentes do STJ).*

3. Não se concede fiança quando, em concurso material, a soma das penas mínimas cominadas for superior a dois anos de reclusão.

4. **Habeas corpus** conhecido; pedido indeferido.” (HC n. 5.266-MS, Quinta Turma, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ de 28.4.1997, p. 15.882).

“Penal. Processual. Estelionato. Denúncia. Inépcia. Fundamentação do despacho de recebimento. Preventiva. Fundamentação. **Habeas corpus**. Recurso.

1. Não sendo inepta a denúncia e estando fundamentado o decreto de prisão preventiva não há constrangimento ilegal, reparável por **habeas corpus**.

2. *O despacho de recebimento da denúncia não carece de fundamentação mais acurada sob pena de incursionar em pré-julgamento. Inexistência de constrangimento ilegal.*

3. Recurso conhecido e improvido; HC **ex officio** para, afastando-se a aplicação da Lei n. 9.271/1996, já que o crime é de 1994, determinar o prosseguimento do processo.” (RHC n. 6.195-SP, Quinta Turma, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ de 4.8.1997, p. 34.788).

Quanto à alegação de inépcia da inicial acusatória, por não descrever pormenorizadamente a conduta dos agentes, também não procede. É que, em se tratando dos denominados crimes de autoria coletiva – como no caso –, a doutrina e a jurisprudência têm admitido, em atenuação aos rigores do art. 41 do CPP, que haja uma descrição geral, calcada em fatos, da participação dos agentes no evento delituoso, remetendo-se para a instrução criminal a decantação de cada ação criminosa. Nesse sentido:

“**Habeas corpus**. Crime de não-recolhimento de contribuições previdenciárias. Trancamento da ação penal por inépcia da denúncia.

Não-individualização da conduta dos denunciados, nos crimes societários. Temperamento do art. 41 do CPP.

Não é inepta a denúncia que permite o enquadramento típico.

Em tema de crime de sonegação de tributos, a responsabilidade, em tese, é dos dirigentes da empresa, certo, ainda, por outro lado, que *nos crimes societários, em que não se mostre de logo possível a individualização dos comportamentos, tem a jurisprudência admitido, em atenuação aos rigores do art. 41 do CPP, que haja uma descrição geral, calcada em fatos, da participação dos pacientes no evento delituoso. Precedentes do STJ e do STF.*

Ordem denegada.” (HC n. 10.873-SP, Rel. Min. José Arnaldo, DJ de 21.2.2000) (grifei).

“Processual Penal. **Habeas corpus**. Roubo. Quadrilha. Inépcia da denúncia. Falta de justa causa. Indícios de autoria. Delito plurissubjetivo de condutas paralelas e delito eventualmente plurissubjetivo. Narrativa genérica. Condutas homogêneas. Prisão preventiva. Fundamentação.

I – O trancamento de ação por falta de justa causa somente é viável se não demandar o profundo exame probatório.

II – Nos delitos plurissubjetivos de condutas paralelas e nos eventualmente plurissubjetivos, quando as ações são homogêneas, não se torna imprescindível a pormenorização da atuação de cada agente.

III – (...) **omissis**” (grifei) (HC n. 11.349-MG, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 26.6.2000).

“Penal. Processual. Crime societário. Denúncia. Individualização da conduta. Inépcia. Ação penal. Trancamento. **Habeas corpus**.

1. Nos crimes societários ou de autoria coletiva, não é imprescindível que a denúncia descreva a participação individual de cada acusado.

2. Descrevendo a denúncia crime em tese, havendo, portanto, materialidade e autoria, não se fala em inépcia para trancar ação penal por falta de justa causa.

*3. **Habeas corpus** conhecido; pedido indeferido. (grifei)” (HC n. 10.988-AC, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ de 15.5.2000).*

Do Supremo Tribunal Federal:

“Inépcia da denúncia. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem se orientando no sentido de que é admitida a narração genérica dos fatos, sem discriminação da conduta específica de cada denunciado (CPP, art. 41), quando se trata de crime multitudinário, eis que só a instrução pode esclarecer quem concorreu, participou ou ficou alheio à ação ilícita ou ao resultado com ela obtido; no caso, a denúncia indica o fato imputado ao paciente e possibilita o exercício do direito de defesa. Precedente. (STF, Segunda Turma, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJU de 7.2.1997, p. 1.337) – **Alfredo de Oliveira Garcindo Filho**, Jurisprudência Criminal do STF e do STJ.”

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 10.743 – SP

(Registro n. 99.0027648-5)

Relator: Ministro Gilson Dipp
Recorrente: Márcia Elizabeth de Andrade Campos Kodel
Advogado: Agenor Massaro Filho
Tribunal de origem: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Impetrado: Juízo de Direito Corregedor Permanente da 1ª Vara
Cível de Mogi das Cruzes-SP

EMENTA: RMS – Administrativo – Servidora pública estadual – Processo administrativo-disciplinar – Suspensão preventiva – Legalidade do ato – Controle do Judiciário – Lei n. 10.261/1968 – Violação vislumbrada – Nulidade – Mandado de segurança – Efeitos patrimoniais pretéritos – Impossibilidade.

I – O ato administrativo deve reger-se pelo princípio da legalidade, segundo o qual o administrador público encontra-se vinculado aos comandos normativos, devendo atuar à luz da legislação. Ausente ou maculado o dispositivo legal, deverá o Poder Judiciário exercer o controle da legalidade do ato administrativo, desde que provocado.

II – O art. 265 da Lei n. 10.261/1968 – Estatuto dos Funcionários Civis do Estado de São Paulo – dispõe expressamente que o servidor submetido a processo administrativo-disciplinar poderá ser suspenso preventivamente pelo prazo de 30 (trinta) dias, com o escopo de averiguar as supostas faltas cometidas.

III – **In casu**, ficou provado que no momento da aplicação da medida preventiva à servidora, o processo administrativo já havia ultrapassado a fase instrutória. Neste diapasão, descabida a suspensão para averiguação de faltas, devendo ser invalidada a medida preventiva imposta, por total ausência legal.

IV – Os Verbetes Sumulares n. 269 e 271, ambos do Supremo Tribunal Federal, são claros ao vedar a concessão de efeitos patrimoniais pretéritos em sede mandamental, pois esta ação não se confunde com a de cobrança.

V – Recurso conhecido e parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso, tão-somente para extirpar qualquer suspensão aplicada à recorrente, que extrapole os limites definidos na Lei n. 10.261/1968. Os Srs. Ministros Jorge Scartezzini, Edson Vidigal, José Arnaldo da Fonseca e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília-DF, 18 de setembro de 2001 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Gilson Dipp, Relator.

Publicado no DJ de 15.10.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de recurso ordinário interposto por Márcia Elizabeth de Andrade Campos Kodel, Oficiala de Justiça, lotada na Comarca de Mogi das Cruzes-SP, com base na alínea **b**, inciso II, do art. 105 da Constituição Federal, contra v. acórdão do Tribunal de Justiça do

Estado de São Paulo, que denegou mandado de segurança, onde a ora recorrente pleiteia a nulidade do ato administrativo, consubstanciado na sua suspensão preventiva pelo prazo de 30 (trinta) dias, a partir de 17 de julho de 1998, não obstante já se encontrar sentenciado o processo administrativo. Ao final, pleiteia seu regresso ao serviço público.

O v. acórdão recorrido resumiu o julgado ao seguinte teor:

“Mandado de segurança. Pleito de nulidade de ato administrativo. Suspensão da servidora, após prolação de sentença em processo administrativo. Regularidade. Aplicação do artigo 265 da Lei n. 10.261/1968. Ordem denegada.” (fl. 49).

Não satisfeita com o **decisum**, a Recorrente interpôs o presente apelo ordinário repisando toda a tese lançada na impetração, qual seja, que o art. 265 da Lei n. 10.261/1968 (Estatuto dos Funcionários Cíveis do Estado de São Paulo), faculta à autoridade administrativa a suspensão preventiva de servidor, no curso de processo administrativo, tão-somente para averiguação das faltas cometidas. Logo, encontrando-se sentenciado o processo administrativo, não há falar em averiguação de faltas. Neste sentido, sustenta a Recorrente, a nulidade da medida cautelar imposta fora dos limites legais.

Por derradeiro, requer a devolução dos descontos efetivados, na fração de 1/3 dos seus vencimentos, em razão da suspensão preventiva, devendo tal importância lhe ser restituída com a devida correção legal.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento do recurso (fls. 76/79).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Primeiramente, o recurso comporta conhecimento, pois foi interposto em tempo hábil e precedido do respectivo preparo, cuja guia encontra-se acostada à fl. 66.

Ultrapassado o conhecimento, passo ao mérito propriamente dito.

Examinando os autos, pode-se verificar que no mandado de intimação juntado à fl. 13, restou consignado, de forma expressa, que a suspensão preventiva imposta à servidora teve por escopo preservar o bom andamento dos trabalhos forenses.

Em sua peça recursal, a Recorrente aduz o seguinte:

“A Lei n. 10.261/1968 – Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado de São Paulo – em seu artigo 265 determina que ‘*Poderá ser ordenada pelo chefe da repartição, a suspensão preventiva do funcionário, até 30 (trinta dias), desde que o seu afastamento seja necessário para averiguação das faltas cometidas, cabendo aos Secretários de Estado prorrogá-las até 90 (noventa) dias, findos os quais cessarão os efeitos da suspensão, ainda que o processo administrativo não esteja concluído*’. (Grifo meu).

Vê-se que se a respeitável sentença já tinha sido prolatada, então não há que se falar em averiguação de faltas como o douto Magistrado em 1ª instância fez constar no mandado; que a Apelante tinha sido suspensa por trinta dias, fundamentando que a suspensão era para preservar o bom andamento dos serviços forenses. Tal fundamentação não é válida, porquanto a lei já citada não prescreve que a suspensão é para preservar o bom andamento de serviços, mas, sim, para averiguar faltas cometidas dentro do processo administrativo. Ora, a Apelante somente poderia ser suspensa se houvesse diligências para averiguação das faltas cometidas. Se a respeitável sentença já tinha sido prolatada, como poderiam ser averiguadas faltas cometidas? Ora, o Magistrado, quando prolatou a r. sentença, deu fim à sua jurisdição. E isso não foi o que aconteceu. Será que pode-se desprezar a exegese da lei?

Entende a Impetrante que não cabe ao Judiciário legislar, mas sim, aplicar a lei. E, neste caso, a lei não foi aplicada, pois se fosse, ela, Apelante, não poderia ser suspensa preventivamente.” (fls. 63/64).

Diante das razões deduzidas pela Recorrente, denota-se que a solução da controvérsia estabelecida passa necessariamente pela interpretação da legislação de regência, especificamente do art. 265 da Lei n. 10.261/1968, o qual dispõe em que situação se dará a suspensão preventiva do servidor, no curso do processo administrativo.

Ora, pela simples leitura do dispositivo legal verifica-se, sem sombra de dúvidas, que a medida cautelar da suspensão objetiva a averiguação de faltas cometidas pelo servidor. Encontrando-se sentenciado o processo administrativo, de maneira lógica, o mesmo já ultrapassou a fase probatória que é o momento processual específico em que ocorre a denominada averiguação de faltas cometidas, justamente para formar a convicção do julgador.

Ademais, ficou provado nos autos que a medida preventiva fora determinada após a sentença e por motivo diverso que não aquele especificado na Lei n. 10.261/1968. Convém salientar, que a Administração Pública é regida pelo princípio da legalidade, ou seja, a autoridade administrativa só poderá fazer o que a lei permite.

Acrescente-se, ainda, os atos administrativos vinculados poderão ter sua legalidade controlada pelo Poder Judiciário, a quem cabe, em caso de ofensa, adequá-lo aos contornos legais, a fim de verificar a conformidade do ato com a lei.

Em sendo assim, conclui-se que assiste razão à Recorrente em pleitear a reforma do v. acórdão combatido, uma vez que o “Estatuto dos Servidores” especificou a finalidade para a qual será imposta a pré-falada suspensão, e o Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Mogi das Cruzes surpreendeu a servidora ao expedir ato em desconformidade com o art. 265, suspendendo a mesma por motivo que a lei não autorizava.

Neste diapasão, escoreito o parecer do ilustre Representante do Ministério Público Federal, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza, do qual extraio o seguinte excerto:

“O recurso deve ser provido. Embora não esteja expresso no ato impugnado, a autoridade apontada como coatora impôs a *suspensão preventiva* da recorrente com fundamento no artigo 265 da Lei Estadual n. 10.261/1968, que dispõe:

‘Art. 265. Poderá ser ordenada, pelo chefe de repartição, a suspensão preventiva do funcionário, até 30 (trinta) dias, desde que o seu afastamento seja necessário para averiguação de faltas cometidas, cabendo aos Secretários de Estado, prorrogá-la até 90 (noventa) dias, findos os quais cessarão os efeitos da suspensão, ainda que o processo administrativo não esteja concluído.’

A referida norma legal autoriza a *suspensão preventiva*, nos prazos que indica, somente quando ‘o afastamento seja necessário para averiguações de faltas cometidas’, vale dizer, quando for necessária à melhor apuração das faltas objeto do procedimento administrativo disciplinar.

Entretanto, na hipótese em exame, a autoridade apontada como coatora determinou a *suspensão preventiva* da Recorrente com o objetivo de preservar ‘o bom andamento dos trabalhos forenses’, ficando

claro que deixou de observar os pressupostos de fato e de direito previstos no art. 265 da Lei n. 10.261/1968, circunstância que revela a inexistência do motivo legal e a conseqüente invalidade do ato administrativo. A ausência de motivo torna inválido o ato administrativo.

Vale ressaltar que a aplicação da *suspensão preventiva* foi renovada quando já se havia encerrado a instrução probatória no procedimento disciplinar, a despeito da referida medida, nos termos da lei, somente ser admitida quando *seja necessário para averiguações de faltas cometidas*.

O bom andamento dos trabalhos forenses não pode ser assegurado mediante a prática de ato ilegal, nem com a desconsideração aos direitos assegurados ao servidor público.” (fls. 77/79).

Por derradeiro, no tocante ao pedido formulado na impetração relativo à devolução dos valores descontados em razão da medida imposta à servidora indiciada, verifica-se, nesse particular, não assistir razão à Recorrente. Afinal, a via do mandado de segurança é distinta da ação de cobrança, pois não se presta para vindicar a concessão de efeitos patrimoniais pretéritos, a teor do disposto nos Verbetes Sumulares n. 269 e 271 do Pretório Excelso, **verbis**:

“269. O mandado de segurança não é substituto de ação de cobrança.”

“271. Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais, em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria.”

Ante o exposto, conheço do recurso ordinário e dou-lhe parcial provimento, tão-somente para extirpar qualquer suspensão aplicada à Recorrente, que extrapole os limites definidos na Lei n. 10.261/1968.

É como voto.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 11.528 – RO

(Registro n. 2000.0004325-7)

Relator: Ministro Gilson Dipp

Recorrente: Elia Massumi Okamoto
Advogado: Raimundo Reis de Azevedo
Tribunal de origem: Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia
Impetrado: Desembargador-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia
Recorrido: Estado de Rondônia
Procuradores: Leri Antônio Souza e Silva e outros

EMENTA: RMS – Administrativo – Transposição funcional – Enquadramento no plano de carreiras, cargos e salários – Exigibilidade da licenciatura plena ou habilitação equivalente – Interpretação do art. 15, II, da Lei Complementar n. 92/1993 do Estado de Rondônia.

I – A teor do decidido no RMS n. 11.009-RO: “A Lei Complementar n. 92/1993, que institui o plano de carreiras, cargos e salários dos servidores do Poder Judiciário do Estado de Rondônia, assegurou aos Técnicos Judiciários a transposição para os novos padrões funcionais instituídos, exigindo, para tanto, curso superior com diploma em licenciatura plena ou nível de bacharelado.”.

II – **In casu**, a Recorrente não atendeu ao dispositivo legal, pois fomentou o pedido de transposição funcional com diploma de licenciatura curta. Em sendo assim, escorreito o v. acórdão a quo ao denegar a segurança, por absoluta ausência do direito líquido e certo invocado.

III – Recurso conhecido, mas desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso. Os Srs. Ministros Jorge Scartezzini, Edson Vidigal, José Arnaldo da Fonseca e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro-Relator.

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

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Gilson Dipp, Relator.

Publicado no DJ de 15.10.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de recurso ordinário interposto por Elia Massumi Okamoto, fundado no art. 105, II, **b**, da Constituição Federal, contra v. acórdão do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia denegatório da segurança impetrada. A ementa do v. aresto resumiu o julgado ao seguinte teor:

“Mandado de segurança. Plano de cargos e salários do Poder Judiciário. Enquadramento. Transposição para nível superior. Servidor detentor de licenciatura curta. Ausência de requisito legal. Ordem denegada.

Para efeito de enquadramento do servidor público em cargo de nível superior, a que se refere a Lei Complementar n. 92/1993, é necessária a apresentação do diploma de nível superior de licenciatura plena ou bacharelado.” (fl. 71).

Em suas razões, a Recorrente repisa a tese trazida à exordial, sustentando ter direito à transposição para o cargo de técnico judiciário, padrão 33, classe “c”, nível superior, tendo em vista que preenche todos os requisitos exigidos pela Lei Complementar n. 92/1993, que instituiu o plano de carreiras, cargos e salários dos servidores do Poder Judiciário do Estado de Rondônia.

Aduz, ainda, que a lei em comento assegurou a transposição dos servidores detentores de nível superior, sem fazer distinção quanto à espécie de licenciatura – plena ou curta.

Contra-razões às fls. 91/94.

Parecer do Ministério Público Federal, às fls. 103/107, opinando pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Primeiramente, registre-se que o recurso comporta conhecimento, pois foi interposto em tempo hábil e precedido do respectivo preparo.

Ultrapassado o conhecimento, passo ao exame do mérito propriamente dito.

Consoante anteriormente relatado, insurge-se a Recorrente contra ato do Ex.^{mo} Sr. Desembargador-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, consubstanciado no indeferimento de seu pleito relativo à transposição para o cargo de técnico judiciário, padrão 33, classe “c”, nível superior, conforme previsto na Lei Complementar n. 92/1993, que instituiu o plano de carreiras, cargos e salários dos servidores do Poder Judiciário do Estado de Rondônia.

Em seu arrazoado, aduz que a lei em comento assegurou a transposição dos técnicos judiciários portadores de nível superior, *sem fazer distinção quanto à espécie de licenciatura – plena ou curta*.

Em que pesem os argumentos expendidos pela Recorrente, em nenhum momento conseguiram infirmar a fundamentação do v. acórdão **a quo** que concluiu, em síntese, pela impossibilidade do pedido, justamente porque a transposição pretendida somente atingiu os servidores detentores de *diploma de conclusão de curso superior em grau de bacharelado ou licenciatura plena*.

Somente para aclarar a controvérsia, a Lei Complementar n. 92/1993, em seu artigo 28, assegurou aos ocupantes de cargos ou empregos públicos a transposição para os novos cargos da estrutura implantada, nos seguintes termos:

“Art. 28. Os atuais ocupantes de cargos ou empregos públicos, admitidos na forma do art. 37, inciso II, da Constituição Federal, e do art. 19 das Disposições Constitucionais Transitórias da mesma Carta, que estejam exercendo até a data da publicação desta lei complementar cargos cujas características se identifiquem com as especialidades das carreiras integrantes dos 2 (dois) grupos de atividades instituídos por lei, serão transpostos e incluídos, com os respectivos cargos ou empregos na categorias, classes, níveis e padrões, na nova estrutura, *obedecido o grau de escolaridade, segundo os Anexos VI, VII, VIII e IX.*” (grifo nosso).

Assim, da simples leitura do dispositivo acima transcrito, verifica-se que o enquadramento somente é possível se obedecido o grau de escolaridade exigido para o cargo.

Consoante dispõe o art. 15, II, da lei em comento, é *exigido o grau de bacharelado ou licenciatura plena* para o provimento de cargo de nível superior, **verbis**:

“Art. 15. Constituem requisitos de escolaridade para a inscrição em concurso público de nível para cargos do quadro de pessoal do Poder Judiciário:

I – (...)

II – Para o nível superior de carreira: diploma de conclusão de curso superior em grau de bacharelado e, nos cursos que couberem, com *licenciatura plena*, bem assim habilitação legal equivalente, quando se tratar de atividade profissional regulamentada.” (grifo nosso).

No caso dos autos, a ora recorrente possui licenciatura curta, não satisfazendo, portanto, os requisitos previstos na lei complementar para a transposição pretendida.

Neste diapasão, cumpre trazer aos autos precedentes desta Corte em caso análogo ao presente:

“Administrativo. Técnico judiciário. Transposição funcional. Nível superior. Licenciatura plena ou nível de bacharelado. Exigência. Lei Complementar Estadual n. 92/1993.

– A Lei Complementar n. 92/1993, que institui o plano de carreiras, cargos e salários dos servidores do Poder Judiciário do Estado de Rondônia, assegurou aos técnicos judiciários a transposição para os novos padrões funcionais instituídos, exigindo, para tanto, curso superior com diploma em licenciatura plena ou nível de bacharelado.

– Recurso ordinário desprovido.” (RMS n. 11.009-RO, Relator Min. Vicente Leal, DJ de 11.12.2000).

Desta feita, irrepreensível a manifestação ministerial lançada nos autos ao asseverar, **verbis**:

“... o curso de licenciatura curta não é considerado curso superior para efeito da transposição de cargos aos servidores que, à época da implantação do PCCS, integravam o quadro de pessoal do Poder Judiciário do Estado de Rondônia.” (fl. 106).

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

É o voto.

**RECURSO EM MANDADO DE
SEGURANÇA N. 11.668 – PR**

(Registro n. 2000.0019499-9)

Relator: Ministro Jorge Scartezzini
Recorrente: Rogério Cabral Monteiro
Advogado: Adel El Tasse
Tribunal de origem: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná
Impetrados: Governador do Estado do Paraná e Secretário de Segurança Pública do Estado do Paraná
Recorrido: Estado do Paraná
Procuradores: Rogério Distefano e outros e Márcia Dieguez Leuzinger

EMENTA: Administrativo – Recurso ordinário em mandado de segurança – Investigador de polícia civil – Apresentação de documento considerado falso (certificado de conclusão de 2º grau) – Não-preenchimento dos requisitos do edital – Nomeação anulada – Demissão – Possibilidade – Independência entre esfera administrativa e criminal – Legalidade – Ampla defesa e contraditório observados – Ausência de liquidez e certeza a amparar a pretensão.

1. Ante a evidência de fraude na inscrição do recorrente em concurso público, mediante a utilização de documento considerado falso, consoante comprovação produzida pela autoridade coatora, deve a Administração Pública anulá-la, em observância aos princípios da moralidade, legalidade e impessoalidade dos atos administrativos. Vislumbrada a lesão ao Erário Público, não podendo esse ato ser convalidado, diante da situação irregular do candidato aprovado e nomeado, o administrador tem o poder-dever de revê-lo, posto que se o candidato que o praticou buscou uma finalidade alheia ao interesse público, diversa da prescrita em lei – no caso concreto, edital –, usando-o em benefício próprio, tal ato é inválido, uma vez que eivado de vício de nulidade desde o nascedouro, não acarretando qualquer direito subsequente a seu beneficiário (cf. precedentes – RMSs n. 52-MA e 7.688-RS, ambos desta Corte, e RE n. 85.557 do STF).

2. Outrossim, não há que se falar em ilegalidade da pena administrativa de demissão, em virtude da existência de arquivamento do inquérito policial, por insuficiência ou ausência de provas, pois são instâncias independentes e autônomas (RMS n. 11.216-MT, de minha relatoria). No mesmo diapasão, afasta-se a assertiva de violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório, porquanto fartamente demonstradas suas observâncias pela autoridade atacada. Ausência de liquidez e certeza a amparar a pretensão.

3. Recurso conhecido, porém, desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça em, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Votaram com o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros Felix Fischer e Gilson Dipp. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Edson Vidigal e José Arnaldo da Fonseca.

Brasília-DF, 13 de novembro de 2001 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Jorge Scartezzini, Relator.

Publicado no DJ de 18.2.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini: Cuida-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por Rogério Cabral Monteiro, com fundamento no art. 105, II, **b**, da Constituição Federal, contra o v. acórdão de fl. 148, proferido pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, que, à unanimidade, denegou a segurança. A ementa do julgado encontra-se expressa nos seguintes termos, **verbis**:

“Mandado de segurança. Policiais civis. Concurso público anulado. Falsidade documental. Ausência de prova que se exigia de plano do vício do ato administrativo. Ato administrativo anulado pela própria Administração, observando-se as formalidades (**sic**) legais não impugnadas, pelo impetrante. Ausência de direito líquido e certo. Segurança denegada.

Não existem as nulidades denunciadas no **mandamus** porque, **prima facie**, não demonstradas, sendo, portanto, legítima a ação da Administração Pública em anular ato administrativo eivado de meio ilícito.”

Alega o Recorrente, nas suas razões, em síntese, que o aresto guerreado contrariou o art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, tendo em vista que, antes do término do procedimento administrativo instaurado para apurar determinados fatos, foi expedido o Decreto n. 4.250/1998, afastando a validade do ato de sua nomeação no cargo de investigador da Polícia Civil do Estado, sem a observância do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (fls. 195/216).

Contra-razões apresentadas às fls. 233/234, em que o Estado do Paraná, devidamente representado, assentou que o processo administrativo foi devidamente concluído, sustentando que não vieram no presente *writ* os elementos documentais completos a demonstrar, em sua materialidade documental, a violação ao direito do contraditório e da ampla defesa.

Devidamente preparado o recurso (fls. 217/218) e estando este tempestivo, subiu o presente a esta Corte. A douta Subprocuradoria Geral da República opina pelo improvimento do recurso (fls. 246/249), vindo-me os autos conclusos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator): Sr. Presidente, o recurso merece ser conhecido, porquanto tempestivo e preparado, porém, desprovido.

Inicialmente, registro que o Recorrente, através de memorial entregue em 2 de agosto p.p., o qual determinei sua juntada, esclarece esta relatoria que o Ministério Público do Paraná requereu o arquivamento do inquérito policial contra ele instaurado, porquanto não havia como se apurar o crime de falso, já que a cópia utilizada não estava autenticada. Feitas tais observações, examino o recurso.

O Recorrente foi nomeado para o cargo de investigador de Polícia Civil do Estado do Paraná de concurso público e provas e títulos, por força do Decreto n. 4.011/1994, o qual tomou posse em 14.4.1994 e cumpriu estágio probatório.

Todavia, o Conselho da Polícia Civil daquele Estado, ao solicitar informações acerca da documentação apresentada pelo Recorrente e outros investigadores, necessária para o cargo – conforme edital –, deparou-se com a situação de utilização de comprovantes de escolaridade falsos, instaurando-se processo administrativo para verificação da autenticidade de referidos documentos. Ressalta-se que estes (certificado de conclusão de 2ª grau, devidamente registrado no órgão competente) eram de apresentação obrigatória para inscrição no certame.

Deste procedimento interno, resultou o Decreto n. 4.525/1998, ora atacado, que exonerou o Recorrente dos quadros da Polícia Civil Estadual.

O egrégio Tribunal de Justiça **a quo** denegou a segurança, entendendo que, **verbis** (fls. 151/152):

“A Administração Pública, por intermédio do Departamento de Polícia Civil do Estado do Paraná, realizou no ano de 1994, concurso público para ingresso na carreira de investigador de polícia, com o objetivo de suprir as vagas existentes em seu quadro funcional.

Dentre outras exigências, havia aquela sobre a comprovação pelo candidato, de conclusão do 2º grau, mediante a apresentação do certificado respectivo, cumpridamente registrado no órgão oficial competente.

O Impetrante atendeu a essa exigência, mas o certificado de conclusão do 2º grau, veio a se constatar, posteriormente, que era falso.

Ante essa evidência, declarou-se nula a Resolução n. 392, de 1994 na parte que homologara o resultado do concurso, em relação aos candidatos que apresentam (**sic**) documentação falsa, dentre os quais, o Impetrante.

A mesma Administração, em face do incidente, instaurou processo administrativo-disciplinar (fls. 41/42-TJ) onde, (segundo ela) foram observadas as normas constitucionais e legais, confirmando-se os fatos objeto das investigações – a falsidade de documento necessário à inscrição no concurso, donde ter resultado a exoneração do Impetrante.

A alegada ausência de defesa no processo administrativo restou indemonstrada; não há, sequer, qualquer comprovação desse fato com a inicial, sede em que, de plano, exigia essa demonstração.

Logo, a anulação do ato administrativo é válida, pois que, não

logrou o Impetrante, como se disse, invalidá-la com suporte em prova indubitosa que, desde logo, acompanhasse o *writ of mandamus*.”

Irretocáveis tais ponderações.

Primeiramente, destaco que a autoridade, ora recorrida, ao determinar a invalidação do resultado do concurso, acarretando a demissão do servidor-recorrente, o fez esculpida nos princípios constitucionais rígidos da moralidade, improbidade e da impessoalidade dos atos oriundos da Administração Pública. O legislador constituinte, ao guindar os princípios da moralidade e impessoalidade dos atos administrativos ao **status** de norma constitucional, o fez com o intuito de ressaltar que, uma vez não observados tais preceitos, os atos irregulares poderiam ser anulados, não importando o tempo decorrido. Não há, assim, como se falar em nomeação e posse válidas, se derivadas de um certame com inscrição, apurada administrativamente, irregular.

Ademais, os atos administrativos devem ser analisados sucessivamente, pois, no caso concreto, primeiro houve o edital, depois a apresentação da documentação e a inscrição, após a realização das provas e, por último, a aprovação do candidato habilitado, a nomeação, a posse e o cumprimento do estágio probatório. Este ato, concurso público, esgotou-se com a proclamação do resultado. Contudo, acarretou sucessivas manifestações do administrador, quais sejam, as de nomear e empossar o aprovado. Estes atos são dependentes do primeiro. *Ora, se o candidato, conforme informações de fls. 39/68, buscou uma finalidade alheia ao interesse público, diversa da prescrita em lei – que no caso do certame é o edital – usando de artifícios para benefício próprio, tal ato é inválido, porquanto eivado de vício de nulidade desde o nascedouro, não lhe ocasionando qualquer direito. Nulo o primeiro, os sucessivos não devem subsistir.*

Celso Antônio Bandeira de Mello, ensina-nos o seguinte a respeito da invalidação:

“Para a Administração, o que fundamenta o ato invalidador é o dever de obediência à legalidade, o que implica obrigação de restaurá-la quando violada. Para o Judiciário, é o exercício mesmo de sua função de determinar o direito aplicável no caso concreto.

O motivo da invalidação é a ilegitimidade do ato, ou da relação por ele gerada, que se tem que eliminar.” (in Curso de Direito Administrativo, Malheiros Editores, 4ª ed., p. 228).

Já **Hely Lopes Meirelles** (in *Direito Administrativo Brasileiro*, RT, SP, 12ª ed., p. 132), bem obtempera que:

“Ato nulo é o que nasce afetado de vício insanável por ausência ou defeito substancial em seus elementos constitutivos, ou no procedimento formativo. A nulidade pode ser explícita ou virtual. É explícita quando a lei comina expressamente, indicando os vícios que lhe dão origem; é virtual quando a invalidade decorre da infringência de princípios específicos do Direito Público, reconhecidos por interpretação das normas concernentes ao ato. Em qualquer destes casos, porém, o ato é ilegítimo ou ilegal e não produz qualquer efeito válido entre as partes, pela evidente razão de que não se pode adquirir direitos contra a lei.” – grifei.

Confira-se, no mesmo sentido, o voto do ilustre Ministro Moreira Alves, quando do julgamento do RE n. 85.557, publicado na RTJ 82, p.p. 300/305, **verbis**:

“Com efeito, dispõe a Súmula n. 346 que a Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos. E declarada a nulidade do ato – que opera **ex tunc** – não há que se falar em direitos dele decorrentes.

A circunstância de os candidatos nele aprovados já terem sido nomeados e se encontrarem em estágio probatório em nada modifica a questão. Nulo o concurso, nulas as nomeações e investiduras. Hipótese, evidentemente, diversa daquela a que se refere à Súmula n. 21:

‘Funcionário em estágio probatório não pode ser exoneração nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade.’

A exoneração ou demissão pressupõe investidura válida, sendo formas de ruptura de vínculo pré-existente entre a Administração Pública e o servidor. Por isso, para que se apure a falta ou a incapacidade alegada como fundamento dessa ruptura, é mister, nos termos da Súmula n. 21, que haja processo administrativo em que se possa defender o servidor regularmente investido.

O mesmo, porém, não ocorre quando se trata de nulidade do ato administrativo em virtude do qual houve a investidura do servidor. Neste

caso, como sucede com qualquer outro ato administrativo – que também pode causar prejuízo ao seu beneficiário –, o que há é o simples restabelecimento da ordem jurídica, violada pela Administração Pública, e passível de ser restaurada por ela mesma. Não teria sentido a exigência do processo administrativo em que tomassem a defesa não de si mesmos – não se trata de falta pessoal ou de incapacidade profissional –, mas do ato impugnado como nulo, por ilegalidade, pela própria Administração que o praticou e que posteriormente reconheceu sua falha, os beneficiários do ato.

Ademais, é de considerar-se que a declaração de nulidade do concurso é ato impessoal, já que atinge a todos os classificados nele, e, não, a este ou àquele candidato.

... omissis.

Se os fatos que justificam a invalidade em causa são, ou não verdadeiros, é matéria que não pode ser examinada no âmbito restrito do mandado de segurança, por depender de prova, razão porque ressalvo aos ora recorrentes as vias ordinárias para a discussão da questão sob esse ângulo.” – grifei.

Este também o entendimento desta Corte, assim ementado:

“Administrativo. Nulidade de concurso. Funcionário em estágio probatório. Demissão.

A Administração Pública pode, por ato próprio, declarar nulo concurso por ela realizado, e, conseqüentemente, as nomeações dele decorrentes, sem necessidade de serem ouvidos, no processo administrativo, os aprovados que já se encontravam em estágio probatório. Recurso conhecido como ordinário, nos termos do art. 105, inciso II, letra **b**, da Constituição de 1988, porém, desprovido, ressalvado aos impetrantes o uso das vias ordinárias para comprovarem ter sido o concurso regular.” (RMS n. 52-MA, Rel. Ministro Armando Rollemberg, DJU de 4.12.1989).

“Administrativo. Concurso público. Evidências de fraude. Anulação. Possibilidade.

1. A Administração, por motivo de conveniência e oportunidade, pode revogar seus próprios atos, mormente quando eivados de vícios que os tornam ilegais (Súmula n. 473-STF).

2. Não se pode desconstituir ato do chefe do Poder Executivo Estadual que anula concurso público pela evidência de fraude.

3. Recurso improvido.” (RMS n. 7.688-RS, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, DJU de 30.6.1997).

Aplicável, à espécie, o Verbete Sumular n. 346 do Supremo Tribunal Federal, do teor seguinte:

“A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.”

Ademais, consoante se depreende das informações, “... a Assessoria de Assuntos Internos da Corregedoria da Polícia Civil comunicou o Secretário do Conselho que, após aprofundar as investigações, efetivamente, verificou a existência de certificados de conclusão do 2º grau falsos. Diante disso, por meio das Resoluções n. 134 e 193/1995, o Secretário de Estado de Segurança Pública declarou nula a Resolução n. 392, de 1994, na parte que havia homologado o resultado do concurso, em relação aos candidatos que apresentaram documentação falsa, incluindo o ora impetrante, tudo mediante publicação nos Diários Oficiais, em 13 de fevereiro e 6 de março de 1995. *Face à gravidade das informações resultantes das diligências, através das Deliberações n. 1.290/1995 e 558/1996, o Conselho de Polícia Civil, considerando o fato de que os investigados já haviam sido nomeados, decidiu pela instauração do competente processo disciplinar, para apuração definitiva dos fatos. O processo disciplinar, realizado em estrita observância às normas constitucionais e legais, culminou com a confirmação dos fatos investigados – falsidade de documento necessário à inscrição no concurso – e, via de consequência, com a edição do Decreto n. 4.250, de 17 de abril de 1998, por meio do qual o Sr. Governador do Estado do Paraná exonerou, entre outros, o ora impetrante do cargo de Investigador de Polícia – 5ª Classe. ...”* (fls. 39/51).

Anexa, ainda, a autoridade acoimada de coatora, xerocópias do interrogatório do ora recorrente junto à Comissão Especial de Disciplina do Conselho da Polícia Civil, no qual se faz acompanhar por advogado devidamente constituído (fls. 55 e verso), e do recurso administrativo, assinado também por causídico por ele nomeado (fls. 60/68).

Logo, não há que se falar em ausência de ampla defesa e contraditório, porquanto, ao contrário do alegado pelo Recorrente, este restou fartamente demonstrado.

A via do mandado de segurança presta-se à defesa de lesão ou ameaça de lesão a direito líquido e certo. Válidas as lições de **Hely Lopes Meirelles**, na obra Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, etc., RT, 13ª edição, p. 13, ensina-nos:

“Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se a sua existência for duvidosa; se a sua extensão ainda não estiver delimitada; se o seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais.” – grifei.

Finalizando, quanto ao argumento do Recorrente suscitado em memorial, anoto que, consoante decidi no RMS n. 11.216-MT, DJU de 23.4.2001, votação unânime, “... Não há que se falar em ilegalidade da pena administrativa de demissão, em virtude da existência de absolvição na esfera criminal, por insuficiência ou ausência de provas, pois são instâncias independentes e autônomas. ...”

Mais não há que se perquirir.

Por tais fundamentos, *conheço e nego provimento ao recurso ordinário interposto.*

É como voto.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 11.805 – PI

(Registro n. 2000.0029172-2)

Relator: Ministro Jorge Scartezzini

Recorrente: José Saraiva de Menezes

Advogado: Martim Feitosa Camelo

Tribunal de origem: Tribunal de Justiça do Estado do Piauí

| | |
|---------------|--|
| Impetrados: | Comandante-Geral da Polícia Militar do Estado do Piauí e Governador do Estado do Piauí |
| Advogados: | João Emílio Falcão Costa Neto e outros |
| Recorrido: | Estado do Piauí |
| Procuradores: | Antônio Ribeiro Soares Filho e outros |

EMENTA: Processo Civil – Recurso ordinário em mandado de segurança – Servidor público estadual – Policial militar – Gratificação – Incorporação – Preliminar de impedimento do causídico não conhecida, por falta de prova – Intempestividade do recurso afastada – Inépcia da inicial inexistente – Art. 282 do CPC c.c. art. 6º, Lei n. 1.533/1951 – Preenchimento de todos os requisitos – Exame do mérito prejudicado.

1. Quanto a possível impedimento do causídico do recorrente em advogar contra o Estado do Piauí, nos termos da Lei n. 8.906/1994, posto ser, também, policial militar, anoto que não há nos autos qualquer comprovação do alegado. Ao contrário, anexada à inicial há procuração expressa outorgada a este advogado. Nas informações prestadas, nada foi mencionado a este respeito; tampouco no v. aresto atacado. Ora, sem comprovação cabal, nesta oportunidade impossível seu exame, sob pena, inclusive, de supressão de instância. *Preliminar não conhecida.*

2. Com a nova redação dada ao art. 538 do Código de Processo Civil, pela Lei n. 8.950/1994, a fluência do prazo recursal, com a interposição dos embargos declaratórios, é interrompida e não mais suspensa. Recurso ordinário tempestivo. *Preliminar do recorrido rejeitada.*

3. A petição inicial, no caso concreto, descreve de forma objetiva os fatos e alterca o direito subjetivo do impetrante tido como violado, ensejador da via constitucional eleita. Há narração de uma situação e conclusão de que os fatos devem subsumir-se ao direito, estando apta a ser conhecida e submetida ao crivo do Poder Judiciário. Afastada, desta forma qualquer pecha de inépcia da inicial. Inteligência dos arts. 282 do estatuto processual civil c.c. art. 6º da Lei n. 1.533/1951. Análise do mérito prejudicada.

4. Precedente (RMS n. 12.074-PB).

5. Conheço do recurso e dou-lhe provimento para, reformando o v. acórdão de origem, afastar a inépcia da inicial e determinar o retorno dos autos ao Tribunal **a quo** para apreciação do mérito da pretensão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça em, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso para, reformando o v. acórdão de origem, afastar a inépcia da inicial e determinar o retorno dos autos ao Tribunal **a quo** para apreciação do mérito da pretensão. Votaram com o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros Edson Vidigal, José Arnaldo da Fonseca e Felix Fischer. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília-DF, 27 de novembro de 2001 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Jorge Scartezzini, Relator.

Publicado no DJ de 18.2.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini: Cuida-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por José Saraiva de Menezes, com fundamento no art. 105, II, **b**, da Constituição Federal, contra o v. acórdão de fls. 52/54, proferido pelo Tribunal Pleno do Tribunal de Justiça do Piauí que, à unanimidade, acolheu a preliminar levantada pelo Ex.^{mo} Sr. Desembargador-Relator, extinguindo o processo sem julgamento do mérito. A ementa do julgado encontra-se expressa nos seguintes termos, **verbis**:

“Mandado de segurança. Ausência de especificação do **quantum** a perceber e que tipo de gratificação a ser incorporada pelo impetrante.

Extinção do feito sem julgamento do mérito na forma do art. 267, I, c.c. art. 295, parágrafo único, inciso II, do Código de Processo Civil.”

Opostos embargos de declaração (fls. 57/58), os mesmos não foram conhecidos, à unanimidade, por ausência de omissão (fls. 60/63).

Alega o Recorrente, oficial da reserva remunerada da Polícia Militar do Piauí, nas suas razões, em síntese, que a inicial encontra-se devidamente instruída com os documentos de fls. 3 e 7/10, onde especifica o **quantum** a perceber, bem como o tipo de gratificação que deseja incorporar. Afirma, ainda, fazer jus à Gratificação de Incorporação – GAB, vez que preenche os requisitos exigidos pelas Leis Complementares Estaduais n. 13/1994 e 15/1994, sobretudo quanto ao lapso temporal de mais de 10 anos de exercício em função gratificada. Requer, ao final, o provimento do presente recurso com a conseqüente concessão da segurança (fls. 66/70).

Contra-razões apresentadas às fls. 75/78, em que o Estado do Piauí, devidamente representado, assentou, preliminarmente, que o apelo sequer pode se admitido, tendo em vista o advogado do Recorrente ser impedido de advogar contra o Estado por pertencer aos quadros da Polícia Militar do Piauí. Aduz, também, que o recurso não pode ser conhecido pela ocorrência de preclusão. No mérito, pugna pelo desprovimento do recurso, uma vez que “o cargo de delegado de polícia não é de comissão ou de representação”.

Devidamente preparado o recurso (fl. 71) e estando tempestivo, subiu o presente a esta Corte.

A douta Subprocuradoria Geral da República, opina pelo provimento do recurso para que se afaste a inépcia da inicial e se determine a apreciação do mérito da pretensão mandamental pelo Tribunal **a quo** (fls. 85/87), vindo-me os autos conclusos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator): Sr. Presidente, o recurso merece ser conhecido, porquanto tempestivo e preparado, e provido.

Inicialmente, anoto que o Recorrente ajuizou mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato omissivo do Comandante da Polícia Militar do Piauí e do Governador daquele Estado que lhe negou a concessão da incorporação da gratificação de função prevista nas Leis Complementares n. 13/1994 e 15/1994. A liminar foi indeferida pelo Desembargador-Relator. Em decisão unânime, o Tribunal **a quo** indeferiu a petição inicial e extinguiu o processo sem julgamento do mérito por considerá-la inepta. Desta decisão houve interposição de embargos declaratórios, que não foram conhecidos. Nas razões de recurso, o Recorrente, oficial da reserva remunerada

da Polícia Militar do Piauí, aduz que a inicial encontra-se devidamente instruída com os documentos de fls. 3 e 7/10, onde especifica o **quantum** a perceber, bem como o tipo de gratificação que deseja incorporar. Afirma, ainda, fazer jus à Gratificação de Incorporação – GAB, vez que preenche os requisitos exigidos pelas referidas leis complementares estaduais.

Cumpre registrar que, *tendo sido extinto o writ*, sem julgamento do mérito, cabe a esta Corte, tão-somente analisar as razões da *extinção, sem adentrar no mérito da causa, sob pena de proceder-se à inaceitável supressão de instância*.

Primeiramente, *quanto à preliminar de que o causídico do Recorrente, Dr. Martim Feitosa Camelo não pode advogar contra o Estado do Piauí*, nos termos da Lei n. 8.906/1994, posto ser, também, policial militar, *dela não conhece*. Não há nos autos qualquer comprovação do alegado. Ao contrário, anexada à inicial (fl. 6) há procuração expressa outorgada a este advogado. Nas informações prestadas, nada foi mencionado a este respeito. Tampouco no v. aresto atacado. Ora, sem comprovação cabal, nesta oportunidade impossível seu exame, sob pena, inclusive, de supressão de instância.

No tocante à segunda prejudicial, *de intempestividade do recurso ordinário*, melhor sorte não assiste ao Recorrido. Registro que tendo sido publicado o v. acórdão dos declaratórios em 9.6.1999, o último dia para a interposição do ordinário seria no dia 24.6.1999, data em que foi efetivamente interposto este. Afirmando isto, pois, com a nova redação dada ao art. 538 do CPC, pela Lei n. 8.950/1994, a fluência do prazo recursal, com a interposição dos embargos declaratórios, é interrompida e não mais suspensa. Logo, o lapso temporal passa a contar do zero, conhecidos ou não os embargos. Por tais razões, *também rejeito esta preliminar*.

Passo ao exame do recurso ordinário.

Assiste razão ao Recorrente.

Não procede o fundamento adotado pelo Tribunal de origem para julgar o processo extinto, sem exame do mérito, sob a alegação de inépcia da inicial mandamental. Esta atende aos requisitos do art. 282 do Código de Processo Civil c.c. art. 6^a da Lei n. 1.533/1951. Na hipótese **sub judice**, observo que a petição inicial de fls. 2/5, descreve de forma objetiva os fatos e altera, de forma simplista, o direito subjetivo do Impetrante tido como violado, ensejador da via constitucional eleita. Ademais, improcedente a assertiva de que neste falta conclusão lógica do pedido, passível da mácula

da inépcia. A petição inicial é uma somatória composta de uma premissa menor (que são os fatos), de uma premissa maior (que é o direito, bastando uma simples ameaça de violação) e de uma conclusão (que é o pedido, propriamente dito). Assim, narrando o autor uma situação e concluindo que os fatos devem subsumir-se ao direito, ela está apta a ser conhecida e submetida ao crivo do Poder Judiciário, não devendo este, sob pena de afronta ao princípio constitucional de livre acesso à Justiça, deixar de apreciá-la.

Neste sentido, anotou o ilustre representante do *Parquet* Federal, em seu parecer de fls. 85/87, **verbis**:

“... A leitura da petição inicial revela, sem dúvida, que o Recorrente pretende que seja incorporado aos seus proventos, a título de gratificação incorporada, o valor correspondente a 20% da Gratificação de Representação do Comandante-Geral, de modo que a petição vestibular não pode ser considerada inepta. Não se está afirmando que o Recorrente tem direito ao que pretende, mas, apenas, que sua pretensão mandamental deve ser examinada.”

Nesta esteira, em caso semelhante, esta Turma já decidiu, assim ementando:

“Administrativo e Processual Civil. Recurso em mandado de segurança. Servidor militar. Pensão. Redução. Impetração não conhecida pela origem. Admissibilidade e cabimento. Exame de mérito. Impossibilidade.

1. Impetração não conhecida pela origem. Exame nesta Instância que, por isso, há que se restringir à admissibilidade da petição inicial, e ao cabimento do próprio mandado de segurança.

2. A inépcia da petição inicial somente deve ser proclamada quando verificada, de plano, a ausência do direito reclamado pelo autor, ou se não viabilizada a defesa do réu, por impossível a aferição do objeto da lide.

3. O que é vedado, em mandado de segurança, é o exame interpretativo da prova dos autos, não a simples demonstração numérica e documental da redução salarial atacada. O direito invocado, para ser amparado, há de vir expresso em norma legal, e trazer em si todos os requisitos e condições para sua exata aplicação ao caso em exame.

4. Recurso em mandado de segurança conhecido e parcialmente provido.” (RMS n. 12.074-PB, Rel. Ministro Edson Vidigal, DJU de 24.9.2001).

Por tais fundamentos, *tendo rejeitado as preliminares, conheço do recurso e dou-lhe provimento para, reformando o v. acórdão de origem, afastar a inépcia da inicial e determinar o retorno dos autos ao Tribunal a quo para apreciação do mérito da pretensão.*

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 252.729 – PR

(Registro n. 2000.0027769-0)

Relator: Ministro Felix Fischer
Recorrente: Benedito Tavares Filho
Advogados: João dos Santos Gomes Filho e outros
Recorrido: Ministério Público do Estado do Paraná

EMENTA: Penal e Processual Penal – Recurso especial – Estupro presumido (arts. 213 e 224, alínea a, do CP) – Prova da idade da ofendida – (Art. 232, parágrafo único, do CPP) – Cópia de certidão.

I – Não se conhece de recurso, interposto com base no permissivo da alíneas a, na parte em que não se indicou o que teria sido violado (*Súmula n. 284 do Pretório Excelso*).

II – A prova acerca do disposto na alínea a do *art. 224 do CP*, por ser dado fundamental para a adequação típica da **imputatio facti**, deve obedecer às exigências previstas nos *arts. 155 e 232, parágrafo único, do CPP*, mormente quando a ofendida não é de tenra idade ou, então, não está distante da idade-límitrofe de 14 anos.

III – A eventual permissão legal de demonstração subsidiária não se equipara à forma meramente alternativa. Inexistindo motivos para a não-juntada oportuna da prova legalmente exigida, desautoriza a simples substituição – como se opção fosse – por dados outros, carecedores, em situações tais, de força probatória apta

a contornar a expressa e legal limitação e nem desobriga a acusação do **onus probandi**.

Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso e, nessa parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Jorge Scartezzini e José Arnaldo da Fonseca votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Edson Vidigal. Sustentou, oralmente, o Dr. João dos Santos Gomes Filho, pelo recorrente.

Brasília-DF, 21 de fevereiro de 2002 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 11.3.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de recurso especial interposto, pela defesa, com fulcro no art. 105, inciso III, alínea a, da **Lex Fundamental**, contra prestação da tutela jurisdicional de 2ª grau, inicialmente, assim ementada:

“Prova. Cópia xerográfica não autenticada. Eficácia probante. Inteligência do art. 232, parágrafo único, do Código Penal.

Consoante já decidiu o Supremo Tribunal Federal, ‘peças reprográficas não autenticadas, desde que possível a aferição de sua legitimidade por outro meio idôneo, podem ser validamente utilizadas em juízo penal’.

Estupro. Declarações coerentes e firmes da vítima que permitem um juízo de certeza quanto à responsabilidade do réu. Existência de outros elementos de convicção corroborando-as. Condenação mantida.

Tratando-se de crime de estupro, via de regra praticado às ocultas, em lugar ermo, a palavra da vítima, muitas vezes, a única prova de que

se pode utilizar a acusação, tem valor fundamental, máxime quando ela, ouvida nas fases procedimentais próprias, indica com firmeza e sem titubear, o autor do delito, relatando com precisão como este ocorreu.

Pena. Fixação acima do mínimo legal devidamente fundamentada. Redução inadmissível.

Não merece acolhida a pretensão recursal no sentido de redução da pena imposta, se todos os fatores, levados em conta na sua individualização, autorizavam ao Magistrado de 1^a grau, dentro do poder discricionário que lhe é conferido, fixar a reprimenda-base pouco acima do mínimo legal.

Estupro. Crime hediondo. Pena. Cumprimento integral em regime fechado. Art. 2^o, § 1^o, da Lei n. 8.072/1990.

O estupro, em qualquer de suas formas, é considerado crime hediondo, como está expresso no art. 1^o da Lei n. 8.072/1990, e, nos termos do § 1^o do art. 2^o da mesma lei, a pena por crime hediondo deve ser cumprida integralmente em regime fechado.” (fls. 241/242).

Opostos embargos de declaração, adveio o v. julgado com a seguinte ementa:

“Embargos de declaração. Omissão. Inocorrência.

O recurso resulta de equívoco do embargante, posto que, a contrário de omissão o acórdão enfrentou à exaustão o tema, inclusive com invocação do douto parecer ministerial.

Demonstrado que a alegada omissão é infundada, os embargos devem ser rejeitados.” (fl. 287).

Alega o Recorrente, condenado que foi, em 1^a grau, como incurso nas sanções do art. 213 c.c. o art. 224, alínea a, e com o art. 71 do CP, a sete anos e seis meses de reclusão (regime integralmente fechado), que o decisório confirmatório nega vigência ao art. 365, inciso III, do CPC, e 232 do CPP (v. fls. 294 e 304).

A douta Subprocuradoria Geral da República se pronunciou no sentido de parcial provimento do recurso para permitir a progressão de regime.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): Os tópicos da súplica especial em que não se apresentaram os textos havidos como violados desmerecem conhecimento (v.g., erro de tipo, presunção de violência, progressão de regime, etc.). Incide, aí, o óbice insculpido na *Súmula n. 284* da *Augusta Corte*.

Quanto à violação ao *art. 232, parágrafo único, do CPP*, no entanto, o reclamo extremo procede.

De acordo com ensinanças da doutrina, os *arts. 156 e 386 do CPP* e, ainda, o *art. 5º, inciso LVIII, da Lex Fundamental*is, todos eles, obrigam, no processo criminal condenatório, a uma repetição do **onus probandi**, que se, de regra, é *mitigado* para a defesa (favorecida, até mesmo, e pelo menos, com a dúvida relevante e pertinente), é *pleno* para a acusação (cf. **Vicente Greco Filho**, in *Manual de Processo Penal*, Saraiva, p.p. 178 e segs., 1991; **Gama Malcher**, in *Manual de Processo Penal*, Freitas Bastos, 2ª ed., p. 337, 1999; **Camargo Aranha**, in *Da Prova no Processo Penal*, Saraiva, 3ª ed., 1994, p.p. 12 e segs.; **J. F. Mirabete**, in *Código de Processo Penal Interpretado*, Atlas, 8ª ed., p. 412). A extensão da plenitude do **onus** merece, inclusive, maior destaque na dicção de **Afrânio Silva Jardim** (in *Direito Processual Penal, Forense*, 7ª ed., p.p. 220/221). De qualquer modo, a **imputatio**, no que concerne à tipicidade, à adequação típica, e isto sem qualquer polêmica, deve ser totalmente demonstrada pela acusação. E, no caso, trata-se de *estupro ficto* em razão da idade da ofendida (*art. 224, alínea a, do CP*). *Cumpr*e destacar, que a vítima aqui, à época do fato, tinha 13 anos de idade. *A hipótese não se confunde com aquela, extremada e distinta, em que a menor tem tenra idade ou se encontra afastada, longe da faixa limítrofe dos 14 anos.*

A regra inserida nos *arts. 155 e 232, parágrafo único, do CPP* teria que ter sido observada. Não o foi. Fez-se a juntada de cópia não autenticada da certidão de nascimento.

A acusação teve toda a instrução para provar o elemento fundamental da tipificação abraçada (“não é maior de quatorze anos”). Deveria tê-lo feito **in opportuno tempore** e **ex vi legis**. Optou por cópia não autenticada, corroborada, comodamente, por limitada e incidental prova pessoal (uma testemunha e a mãe da vítima). *Tudo isto, com discussão concreta acerca do error actatis ...*

Não encontra supedâneo em nosso ordenamento jurídico a afirmação de que, em sede de tipicidade, a acusação pode, *de regra*, contornar as limitações probatórias ou restar parcialmente dispensada em homenagem, digamos, à mística verdade real (para muitos, hoje, ao contrário da verdade histórica, um conceito metafísico // Sobre o tema: O Mito da Verdade Real na Dogmática do Processo Penal, de **Francisco das Neves Baptista**, Renovar, 2001). Se, considerando a observação de **Figueiredo Dias** (in Direito Processual Penal, Coimbra Editora Limitada, p. 194), o objetivo, no processo penal, não é a verdade “ontológica” ou “absoluta”, mas a *verdade judicial, prática* e “sobretudo, não uma verdade obtida a todo o preço, *mas processualmente válida*”, a desobrigação reprochada desmerece ser mantida. As restrições, no campo probatório, não podem, sob pena de incursão na seara constitucional (v.g., art. 5^o, incisos LV e LVI, da Carta Magna), ser olvidadas (sobre exigências e limitações probatórias, **Fernando da Costa Tourinho Filho**, in Processo Penal, vol. 3, Jalovi, cap. da prova). **Ad argumentandum tantum**, seria, por acaso, coerente, exigir-se prova plena e legal acerca da *menoridade* (para efeito de inimizabilidade, ou, então, de prescrição, etc.) e *dispensar-se, pura e simplesmente, sem motivos*, a acusação de igual prova (a documental **ex vi arts. 155 e 232, parágrafo único, do CPP**) acerca – *ainda mais* – de elemento fulcral para a adequação típica? Quero crer que não! Da mesma maneira, as regras que permitem *forma subsidiária* de prova não podem ser concebidas como *formas alternativas*. Se algo restou impossível de ser demonstrado nos termos da lei, a forma subsidiária, às vezes, é admitida. Todavia, a *mera opção* – cômoda e não autorizada, *repito* – é que não encontra respaldo no Direito Processual Penal. Aliás, se fosse admitida, a limitação inicial seria – pela via da opção – letra morta ou simples ornato legal. Afastado este enfoque, nem mesmo a *convicção do julgador* – argumento destituído de conteúdo, mas, por vezes, utilizado – pode suprir o não-preenchimento do requisito probatório. Despiciendo mostrar que a transmutação da convicção do julgador em prova implicaria na inimpugnabilidade desta última no plano recursal.

A violação ao **art. 232, parágrafo único, do CPP** é manifesta. A inobservância diz, também, com os **arts. 213 e 214, alínea a, do CP**, e **155 do CPP**.

Voto pelo provimento do recurso, absolvendo-se o Réu **ex vi art. 386, inciso VI, do CPP**.

RECURSO ESPECIAL N. 260.181 – RJ

(Registro n. 2000.0050381-9)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca
Recorrente: União
Recorridos: Maria da Penha do Couto Englander e outro
Advogados: Marco Antônio de Souza Maia e outro

EMENTA: Recurso especial – Administrativo – Militar temporário – Corpo Feminino da Reserva da Aeronáutica – Licenciamento – Ato desmotivado – Arbitrariedade – Impossibilidade.

A jurisprudência desta Corte, por meio de sua Primeira Seção, firmou entendimento no sentido de que, no caso em espécie, ainda que se trate de militares incorporadas à Força para prestação de serviços temporários, seu desligamento, após os 8 anos, não se pode dar por ato desmotivado, sob pena de arbitrariedade.

Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso, mas negar-lhe provimento. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp, Jorge Scartezzini e Edson Vidigal.

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

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator.

Publicado no DJ de 19.2.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: A União interpõe recurso especial, com fulcro no art. 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo egrégio Tribunal Regional Federal da 2ª Região, desta forma ementado (fl. 261):

“Direito Administrativo. Militar.

Recurso fundado em desligamento de militares admitidos na condição de oficiais temporários.

Permanência condicionada à necessidade de serviço de natureza discricionária.

Imperatividade de motivação do ato administrativo, sob pena de arbitrariedade do mesmo.

Improvemento ao apelo da União Federal e à remessa oficial, para confirmar integralmente a sentença **a quo**.”

Sustenta a Recorrente que o **decisum** vergastado afrontou o previsto na Lei n. 6.924/1981 e no Decreto n. 86.325/1981. Alega que, esgotado o período máximo de permanência das Recorridas no Corpo Feminino de Reserva da Aeronáutica – CFRA (oito anos), na condição de convocadas em caráter transitório para suprirem eventuais necessidades de serviço, e não havendo interesse da Administração no engajamento definitivo das Autoras, o licenciamento do serviço ativo é autorizado pela legislação.

Foram apresentadas contra-razões às fls. 296 e 304.

O Tribunal **a quo**, entendendo que o apelo não preencheu os requisitos de admissibilidade, negou seguimento ao recurso (fl. 324), que subiu por força do provimento ao agravo de instrumento ajuizado (fl. 336).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): O acórdão recorrido, entendendo que, ainda que se cuide de oficial temporário, o ato de desligamento deve ser motivado, sob pena de arbitrariedade, encontra-se em perfeita sintonia com o entendimento desta Corte, proferido em autos de mandado de segurança, conforme se pode apurar das seguintes ementas:

“Militar. Mandado de segurança. QFO da Aeronáutica. Permanência na ativa. Ato discricionário. Lei n. 6.924/1981 e Decreto n. 86.325/1981. Direito de igualdade (art. 5^ª da CF). Segurança concedida.

I – À luz da Lei n. 6.924/1981 e do seu regulamento, Decreto n. 86.325/1981, há de ser fundamentado o ato de licenciamento das integrantes do quadro feminino de oficiais da Aeronáutica.

II – A escolha das que deverão permanecer, ou não, na ativa, deve obedecer ao princípio de igualdade previsto na Constituição Federal (art. 5^º), não podendo o ato resvalar para a arbitrariedade.

III – Segurança concedida.” (MS n. 866-DF, DJ de 10.2.1992, Rel. Min. Armando Rollemberg).

“Administrativo. Mandado de segurança. Aeronáutica. Corpo feminino. Licenciamento **ex officio**. Ato impetrado que se lastreia em parecer da comissão de promoções de graduados não juntado aos autos. Inexistência de motivação possibilitadora do *judicial control*. Precedentes do STJ. Segurança deferida.

I – A impetrante, já com 8 anos de atividade militar, requereu sua permanência definitiva na Aeronáutica. Impetrado seu pedido, invocando parecer da comissão de promoções e graduados, que teria sido contrário à sua pretensão ‘em face’ do (seu) desempenho deficiente ao longo da carreira, no aspecto aptidão profissional.

II – O ato administrativo nunca é totalmente revestido de poder discricionário. Sempre existe um que vinculante. Cabia ao impetrado juntar o parecer da CPG ou, então, motivar diretamente seu ato. Em não o fazendo, tal decisão revestiu-se de arbitrariedade. Precedentes do STJ.

III – Segurança deferida.” (MS n. 3.500-DF, DJ de 19.12.1994, Rel. Min. Adhemar Maciel).

Assim, ainda que toda a legislação em apreço determine que, na condição de militar temporária a oficial possa ser dispensada, não havendo garantias de seu aproveitamento nos quadros da Aeronáutica, não se vislumbra qualquer violação à mesma, pois o que se tem em conta é que o ato de desligamento deve ser devidamente motivado.

Dessa forma, nego provimento ao recurso.

RECURSO ESPECIAL N. 286.304 – SC

(Registro n. 2000.0115092-8)

Relator: Ministro Gilson Dipp

Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS

Procuradores: Carlos Silveira Hessel Júnior e outros

Recorridos: Anninha Maria Thomazi e outros

Advogados: Valdemir Tannenhaues e outro

EMENTA: Previdenciário – Benefício – Revisão – Art. 58 do ADCT/1988 – Equivalência em número de salários mínimos – Parâmetro.

O conceito de salário mínimo do art. 58 do ADCT/1988 é o mesmo do piso nacional de salários do Decreto-Lei n. 2.351/1987 que deve ser utilizado como parâmetro no cálculo da equivalência.

Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Jorge Scarcezini e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Edson Vidigal e José Arnaldo da Fonseca.

Brasília-DF, 13 de novembro de 2001 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Gilson Dipp, Relator.

Publicado no DJ de 4.2.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: A espécie foi assim relatada na origem, via do despacho de admissão do recurso, lavra do Juiz Volkmer de Castilho, Vice-Presidente do TRF/4ª Região, **verbis**:

“Trata-se de recurso especial interposto com base no artigo 105, III, **a e c**, da Constituição, contra acórdão segundo o qual, para fins do disposto no art. 58 do ADCT, considera-se o salário mínimo de referência, no período em que vigorou.

Sustenta o Recorrente contrariedade ao art. 460 do CPC, aduzindo que a sentença deveria ser anulada, porquanto não foi pleiteada

pelo Autor a utilização do salário mínimo de referência, como parâmetro para equivalência salarial. Ademais, alega violação ao art. 4^a do Decreto-Lei n. 2.315/1987, pretendendo a utilização do piso nacional de salário para tanto, referindo, também, divergência jurisprudencial.” (fl. 159)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Como se vê, o acórdão determinou fosse levado em consideração no cálculo da equivalência em número de salários mínimos do art. 58 do ADCT/1988, a contar de 4/1989, o salário mínimo de referência (SMR) ao invés do piso nacional de salários (PNS), uma vez que à época estava em vigor o Decreto-Lei n. 2.351/1987.

Tenho que a questão não pode ser resolvida de conformidade com o enfoque dado pelo acórdão. É que a utilização do salário mínimo como parâmetro de medida da revisão determinada pelo art. 58 do ADCT/1988 nada tem a ver com o salário mínimo de referência, segundo qual o INSS pagava os benefícios, na vigência do Decreto-Lei n. 2.351/1987, de 9/1987 a 4/1989. Teria sentido a divisão da renda mensal inicial, pelo salário mínimo de referência, se este tivesse continuado a ser a referência para pagamento de benefício, mas foi abolido pela Lei n. 7.789/1989, a partir de junho de 1989, quando foi restabelecido o salário mínimo, com o mesmo conceito do piso nacional de salários. A divisão da renda inicial pelo valor do salário mínimo de referência daria um quociente em número de salários mínimos de referência e não em número de salário mínimo, conforme conceituado no art. 7^a, inciso IV, da CF/1988.

É de salientar, ainda, que a finalidade do art. 58 do ADCT/1988 não é reajustar os benefícios, mas revisar seus valores iniciais de modo a restabelecer o valor aquisitivo que tinham por ocasião de suas concessões.

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

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 303.229 – DF

(Registro n. 2001.0015186-8)

Relator: Ministro Felix Fischer

Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios
Recorrido: Tibério Fortaleza Vilela
Advogados: Geraldo de Medeiros Pinheiro e outro

EMENTA: Processual Penal – Recurso especial – Crime contra a ordem tributária – Ministério Público – Embargos de declaração – Intimação pessoal e ciência inequívoca da decisão – Vista dos autos – Intempestividade.

É prerrogativa do Ministério Público a intimação pessoal (artigos 18, inciso II, alínea **h**, da Lei Complementar n. 75/1993, e 41, inciso IV, da Lei n. 8.625/1993) e o prazo para recurso começa contar da data em que o representante do *Parquet*, *indiscutivelmente*, recebeu os autos com vista, presumindo-se, aí, também, a *ciência inequívoca da decisão*. Caso contrário, os prazos, na prática, seriam estipulados pelo próprio Ministério Público, sem qualquer controle ou critério juridicamente aceitável.

Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

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

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

Ministro Felix Fischer, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 4.2.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Cuida-se de recurso especial interposto com fulcro no artigo 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal contra o v. acórdão da colenda Segunda Turma Criminal do egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios que não conheceu dos embargos de declaração opostos pelo Ministério Público por intempestivos.

Depreende-se dos autos que o ora recorrido foi denunciado por infração ao artigo 2º, inciso II, em sua combinação com o artigo 11, ambos da Lei n. 8.137/1990, combinados com o artigo 71 do Código Penal.

Inconformado, impetrou **habeas corpus** pleiteando o trancamento da ação penal, tendo em vista o parcelamento do débito tributário.

O egrégio Tribunal **a quo** concedeu a ordem em acórdão assim ementado:

“**Habeas corpus**. Sonegação fiscal. Parcelamento do débito tributário antes do recebimento da denúncia. Punibilidade extinta.

– A concessão de parcelamento de débito tributário, antes do recebimento da denúncia, constitui causa de extinção da punibilidade.” (fl. 232).

O Ministério Público opôs, então, embargos de declaração alegando ter havido omissão e dúvida e objetivando o prequestionamento de matéria federal e constitucional. Entretanto, tais embargos não foram conhecidos por intempestivos. Eis a ementa do v. acórdão ora reprochado:

“Embargos de declaração. Ministério Público. Prazo para sua oposição. ‘Ciente’ lançado nos autos em data posterior à da efetiva entrega dos autos com vista. Intempestividade. Não-conhecimento.

– O **dies a quo** para o Ministério Público interpor qualquer recurso é o de sua intimação pessoal. Aperfeiçoa-se esse ato com o recebimento dos autos com vista, e não com a aposição de data em que afirma ter tomado ciência da decisão.” (fl. 245).

Daí o presente recurso especial, em que se alega violação aos artigos 18, inciso II, alínea **h**, da Lei Complementar n. 75/1993; 41, inciso IV, da Lei n. 8.625/1993; 236, § 2º, do Código de Processo Civil, e 370, § 4º, do Código de Processo Penal, e dissídio jurisprudencial, afirmando que o prazo para a interposição do recurso do Ministério Público começa a contar da efetiva ciência do v. acórdão vergastado.

Contra-razões às fls. 304/306.

A douta Subprocuradoria Geral da República se manifestou pelo provimento do apelo para determinar que os embargos de declaração sejam julgados.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): A controvérsia gira em torno do início da contagem do prazo do Ministério Público para recorrer.

Realmente, a intimação no caso do *Ministério Público é pessoal*, conforme dispõem a Lei Complementar n. 75/1993, em seu art. 18, II, h (“São prerrogativas dos membros do Ministério Público da União: ... II – processuais: ... h) receber intimação pessoalmente nos autos em qualquer processo e grau de jurisdição nos feitos em que tiver que officiar”), e a Lei n. 8.625/1993, em seu art. 41, IV (“Constituem prerrogativas dos membros do Ministério Público, no exercício de sua função, além de outras previstas na Lei Orgânica: ... IV – receber intimação pessoal em qualquer processo e grau de jurisdição, através de entrega dos autos com vista”).

Sob pena de tornar letra morta a prerrogativa, a assertiva genérica da intimação, sem indicação de quem foi intimado e sem o ciente, por óbvio, não pode ter valor. Assim, a certidão genérica carece de sentido, até porque a intimação tem que ser feita na pessoa do agente do *Parquet* com atribuições para recebê-la e não na de funcionário do Ministério Público. Nesta linha, tem-se diversos precedentes, a saber: a) *Embargos de Divergência no REsp n. 123.995-SP*, Terceira Seção, de minha relatoria, julgado em 26.8.1998, publicado no DJU de 5.10.1998; b) *REsp n. 172.040-RN*, Sexta Turma, Relator Ministro Vicente Leal, julgado em 26.8.1998, publicado em 28.9.1998; c) *HC n. 73.422-MG*, Segunda Turma-STF, Relator Ministro Maurício Corrêa, DJU de 19.12.1996, p. 50.161.

Theotonio Negrão (CPC e Legislação Processual em Vigor, São Paulo, Saraiva, 1998, 29ª edição, p. 230, nota 25a ao art. 236) também cita jurisprudência nesse sentido:

“Em recentes julgados do egrégio Plenário do STF, ficou entendido que a intimação do Ministério Público deve ser pessoal, isto é, há de ser feita à pessoa de seu representante, e o prazo para o respectivo recurso é de se contar da data em que lança o ‘ciente’ do julgado – e não daquela em que os autos são remetidos pelo cartório ou secretaria do Tribunal a uma repartição administrativa do Ministério Público, encarregada apenas de receber os autos, e não autorizada legalmente a receber intimações em nome deste” (STF – RDA 176/480).

“Prazo de recurso extraordinário só computável a partir da ciência pessoal do acórdão recorrido, pelo membro do Ministério Público

Estadual, e não desde o simples ingresso dos autos em serviço administrativo da Procuradoria Geral da Justiça (Lei Complementar n. 40/1981, art. 20, V)” (STF – Pleno: RTJ 132/1.300).

“Nos termos do art. 20 da Lei Complementar n. 40/1981, assegura-se ao Ministério Público a intimação pessoal, em qualquer grau de jurisdição. Assim, o prazo para recorrer tem como termo inicial aquela intimação, não incidindo o disposto no art. 506, III, do CPC” (STJ-RT 700/196).

“O início do prazo, recurso para o órgão do Ministério Público, começa a fluir a partir da intimação pessoal de seu representante com a aposição de seu ‘ciente”” (STJ – Quinta Turma, REsp n. 34.288-4-PR, Rel. Min. Flaquer Scartezini, j. 1.9.1993, deram provimento, v.u., DJU de 27.9.1993, p. 19.826, 2ª col., em.).”

Entretanto, essa regra não significa que os prazos do Ministério Público, *tão-somente (e sempre)* começarão a contar a partir da data em que a ciência é anotada nos autos, mas, sim, que o lapso temporal tem início quando, *inequivocamente*, o representante do *Parquet* recebe os autos com vista.

In casu, os autos foram remetidos à Procuradoria de Justiça, para ciência do acórdão, em 3.5.1999 (fl. 237). Em 4.5.2000, foram conclusos ao Sr. Procurador de Justiça, ou seja, já não estavam mais com funcionários da instituição. E, sendo o Ministério Público órgão uno e indivisível, o Procurador que recebeu os autos conclusos poderia recorrer. Assim, o início do prazo para a oposição dos embargos de declaração deve ser deste dia e não no dia seguinte, 5.5.2000, em que o Procurador apôs o ciente nos autos. Caso contrário, os prazos, na prática, seriam estipulados pelo próprio Ministério Público, sem qualquer controle ou critério juridicamente aceitável.

Correta, portanto, a decisão do egrégio Tribunal **a quo** que considerou os embargos intempestivos.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

É o voto.