



Jurisprudência da Sexta Turma

AGRAVO REGIMENTAL NA MEDIDA CAUTELAR
N. 8.982 — CE (2004/0136803-6)

Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa

Agravante: José Sérgio Teixeira Benevides

Advogados: Eduardo Antonio Lucho Ferrão e outros

Agravado: Heitor Correia Férrer

Advogado: José Júlio da Ponte Neto

Agravados: Luizianne de Oliveira Lins, Ivo Ferreira Gomes, Artur José Vieira Bruno, Francisco Lopes da Silva, Maria Íris Tavares Farias e José Nelson Martins de Souza

EMENTA

Agravo regimental em medida cautelar. Pretensão de revogar liminar concedida. Exaurimento dos efeitos da liminar. Agravo regimental prejudicado.

1. O requerente da cautelar pleiteou medida liminar para aditar efeito suspensivo a recurso especial e para suspender a sessão de cassação designada para o dia 28 de setembro de 2004, até o julgamento definitivo do recurso ou enquanto perdurar o período eleitoral.

2. A liminar foi deferida e referendada tão-somente para determinar a não realização da sessão de cassação do dia 28 de setembro de 2004, não tendo sido acolhido o pedido na extensão pleiteada pelo requerente da cautelar.

3. Diante disso, verifica-se que o presente agravo regimental resta prejudicado, pois a liminar que pretende revogar, nos termos em que concedida, já exauriu seus efeitos com a ultrapassagem da data referida, não estando impedida, ademais, a designação de nova sessão, desde logo.

4. Agravo regimental prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, julgar prejudicado o agravo regimental. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Hamil-

ton Carvalhido, Paulo Gallotti e Paulo Medina. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Nilson Naves. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 19 de outubro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Relator

DJ de 16.11.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa: Cuida-se de agravo regimental interposto por Heitor Correia Férrer e outros em face de decisão que referendou o deferimento parcial de liminar em medida cautelar.

Alegam os agravantes, em suma, a) a inépcia da petição inicial da medida cautelar, uma vez que esta não indica a lide e seu fundamento, nos termos do artigo 801, III, do Código de Processo Civil, e b) a ausência dos requisitos do **fumus boni iuris** e do **periculum in mora**.

É o sucinto relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa (Relator): 1. De início, impende salientar que o presente agravo regimental está prejudicado.

Exsurge dos autos que o Deputado Estadual José Sérgio Teixeira Benevides requereu medida cautelar, com pedido de liminar, para a) atribuir efeito suspensivo a recurso especial e b) suspender sessão de cassação na Assembléia Legislativa do Estado do Ceará designada para o dia 28.09.2004, “até o julgamento definitivo do recurso ou, alternativamente, enquanto perdurar o período eleitoral” (fl. 13).

O ilustre Ministro Nilson Naves houve por bem deferir o pedido de liminar somente para “suspender a realização da sessão designada para amanhã, dia 28” (fl. 94).

Os autos vieram conclusos a este subscritor, ocasião em que a decisão que deferiu a liminar foi referendada “nos seus estritos limites” (fl. 99), isto é, com vista à “não-realização da sessão anteriormente designada” (idem). Registre-se, por oportuno, que a liminar não foi deferida no que concerne à adição de efeito suspensivo ao recurso especial, nem para impedir a realização de nova sessão, limitando-se apenas a obstar a realização da sessão do dia 28 de setembro de 2004.

Logo, o presente agravo regimental está prejudicado, quando pretende a revogação de liminar, cujos efeitos já se exauriram com a ultrapassagem da data referi-

da, nada impedindo a designação de nova sessão desde logo, uma vez que a liminar não foi concedida na extensão pleiteada pelo requerente da cautelar.

2. Diante do exposto, com fundamento no artigo 34, XI, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, julgo prejudicado o agravo regimental, ante o exaurimento dos efeitos da liminar que se visa revogar.

HABEAS CORPUS N. 30.967 — MG (2003/0180018-5)

Relator: Ministro Paulo Gallotti

Impetrante: Antônio Carlos da Silva

Impetrado: Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais

Paciente: Marcos Ventura de Barros (Preso)

EMENTA

Habeas corpus. Calúnia e difamação. Confissão espontânea. Ordem não conhecida.

1. Não sendo possível extrair dos autos elementos que permitam verificar a incidência, na hipótese, da atenuante da confissão espontânea, não deve o *writ* ser conhecido, recomendando as peculiaridades do caso que a referida postulação se faça em revisão criminal, com melhores elementos de avaliação do alegado direito.

2. **Habeas corpus** não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Fontes de Alencar e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Paulo Medina. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Brasília (DF), 11 de novembro de 2003 (data do julgamento).

Ministro Paulo Gallotti, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Cuida-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Marcos Ventura de Barros contra acórdão do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de Minas Gerais que, dando parcial provimento a recurso de apelação manejado pela defesa, condenou o paciente à pena de 1 ano, 11 meses e 10 dias de detenção, no regime inicial semi-aberto, pela prática dos delitos descritos nos artigos 138 e 139, combinados com o artigo 141, inciso II, todos do Código Penal.

Afirma o impetrante que “na reestruturação das penas não foi aplicado o sistema trifásico previsto no artigo 68 do Código Penal Brasileiro, desconsiderada a atenuante obrigatória da confissão espontânea, inquinando de vício insanável não só a decisão da autoridade coatora, externada no aresto em anexo, como também a própria sentença”.

Indeferida a liminar e dispensadas as informações, o impetrante requer, novamente, às fls. 104/105, concessão de liminar para que o paciente seja colocado em liberdade.

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem ou por sua concessão parcial, para que se proceda a nova fixação de pena, mantendo-se, contudo, a condenação do paciente.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator): O *writ* não deve ser conhecido.

Consta do processado que o paciente foi condenado, no Juízo de primeiro grau, à pena de 2 anos e 8 meses de detenção, no regime semi-aberto, pela prática dos delitos de calúnia, difamação e injúria contra funcionário público em razão de suas funções, tendo o Tribunal de origem dado parcial provimento ao recurso de apelação da defesa para absolvê-lo do crime de injúria e, reconhecendo o concurso formal dos demais delitos, estabelecer a reprimenda em 1 ano, 11 meses e 10 dias de detenção.

Alega-se, na impetração, que o acórdão deixou de levar em consideração na fixação da pena a atenuante da confissão espontânea.

Na verdade, não pode esta Corte examinar o pedido, já que não é possível extrair dos autos elementos que permitam verificar ser o caso de aplicação da referida atenuante.

Com efeito, as peculiaridades da hipótese estão a recomendar que a postulação se faça em revisão criminal, com melhores elementos de avaliação do alegado direito.

Diante do exposto, não conheço do **habeas corpus**, considerando prejudicado o pedido de fls. 104/105.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 37.479 — SP (2004/0110695-5)

Relator: Ministro Nilson Naves

Impetrantes: Renato de Luiz Júnior e outro

Impetrada: Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região

Paciente: Felício Sadalla

EMENTA

Suspensão condicional do processo (pretensão). Lei nova (não-alteração). Apropriação indébita previdenciária (forma continuada).

1. Já é de pacífica jurisprudência que a Lei n. 10.259/2001 alterou o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo.

2. Nem por isso, entretanto, a lei nova provocou alteração no instituto da suspensão do processo, cuja aplicação acha-se limitada aos casos de pena mínima cominada igual ou inferior a 1 (um) ano.

3. Dispondo especificamente sobre juizados especiais, a lei nova não poderia, como não pôde e não pode, alterar norma de caráter geral, de aplicação a todo ordenamento penal.

4. “O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano” (Súmula n. 243).

5. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar a ordem de **habeas corpus** nos termos do voto do Sr. Ministro-

Relator. Os Srs. Ministros Paulo Gallotti e Hélio Quaglia Barbosa votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido e Paulo Medina. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 04 de novembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Nilson Naves, Relator

DJ de 09.02.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: A denunciado pelo tipo legal do art. 168-A do Código Penal (“reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa”) foi negado o pedido da suspensão condicional do processo, conforme estes excertos da decisão do Juiz Federal Casem Mazloum:

“A suspensão condicional do processo, prevista na Lei n. 9.099/1995 (art. 89), é um instituto de despenalização, cuja finalidade é, além de outras, evitar que o acusado seja submetido a todo o procedimento e conseqüências da ação penal, bem como desburocratizar e descongestionar a justiça criminal, na medida em que inúmeros atos, onerosos para as partes e para a própria Administração, deixarão de ser realizados. Contudo, embora esteja prevista e inserida na Lei n. 9.099/1995, seu conceito, processamento e aplicação não se confundem com o dos Juizados Especiais, em que são previstos e classificados os crimes de menor potencial ofensivo. A natureza jurídica de ambos é diversa e não há como admitir-se que o legislador, ao prever a pena mínima que possibilitaria a concessão de **sursis** processual, teria se baseado no conceito que conferiu aos crimes de menor potencial lesivo.

O acórdão mencionado pela defesa (fl. 243), pelo que consta da consulta realizada nesta data, no *site* do C. STJ, www.stj.gov.br, restou modificado após julgamento de embargos opostos, conforme se verifica da ementa a seguir transcrita:

‘Penal. Processual penal. Embargos de declaração. Recurso ordinário. Infração de menor potencial lesivo. **Sursis** processual penal. Lei n. 10.259/2001 e Lei n. 9.099/1995. Efeitos infringentes.

I - A Lei n. 10.259/2001, em seu art. 2º, parágrafo único, alterando a concepção de infração de menor potencial ofensivo, alcança o disposto no art. 61 da Lei n. 9.099/1995.

II - Entretanto, tal alteração não afetou o patamar para o **sursis** processual (Aplicação da Súmula n. 243/STJ). Contradição reconhecida

com efeito infringente. Embargos acolhidos, ensejando o desprovimento do recurso ordinário. (EDcl no RHC n. 12.033, Relator Ministro Felix Fischer, j. em 03.12.2002, DJ de 10.03.2003, p. 243, **v.u.**).

Em recente julgado verifica-se que esse mesmo entendimento vem sendo adotado pela Quinta Turma do colendo STJ: ...

(...)

Conforme se vê, apesar de pacífica a jurisprudência do colendo STJ no sentido de que o artigo 2º, parágrafo único, da Lei n. 10.259/2001, de fato derogou o artigo 61 da Lei n. 9.099/1995, o mesmo não se aplica ao instituto da suspensão condicional do processo, que permanece inalterado.

Diante do exposto, indefiro o pedido e determino o prosseguimento do feito.”

O Tribunal Regional Federal da 3ª Região denegou ordem de **habeas corpus** ao denunciado nos termos da seguinte ementa:

“O benefício da suspensão condicional do processo não pode ser concedido a acusado de infringir o disposto no art. 168-A do Código Penal, que prevê pena mínima de dois anos de reclusão, superior ao limite previsto no art. 89 da Lei n. 9.099/1995.

2. A Lei n. 10.259/2001, que instituiu os Juizados Especiais Federais, em nada alterou a regra do art. 89 da Lei n. 9.099/1995; o benefício da suspensão condicional da pena continua viável somente quando a pena mínima cominada para o delito for igual ou inferior a um ano de privação da liberdade.”

Na petição encaminhada ao Superior Tribunal, em substituição ao recurso ordinário, alega o impetrante, resumidamente, que:

“... considerando que a suspensão condicional do processo é um direito público subjetivo, desde que presentes os requisitos para a sua concessão, não pode ser retirado do Paciente o direito de se valer de tal benefício, ao contrário do entendimento da egrégia Turma Julgadora.

(...)

... a simples existência de outros processos-crime (aliás, da mesma natureza do caso presente), não pode ser empecilho à concessão do benefício...

(...)

E mais, o acréscimo resultante da suposta continuidade delitiva não pode ser computado para fins da concessão do benefício da suspensão condicional do processo...

(...)

Nesse passo, e conforme reconhecido pelo v. acórdão alvejado, tal dispositivo legal revogou a definição de crimes de menor potencial ofensivo descrito no artigo 61 da Lei n. 9.099/1995, ampliando o prazo da pena para 2 (dois) anos.

E em relação ao disposto no artigo 89 da Lei n. 9.099/1995, que prevê a possibilidade de suspensão condicional do processo, é certo que o legislador tomou por base o conceito de crime de menor potencial ofensivo.

Isso porque a previsão de que os crimes apenados com pena igual ou inferior a um ano podem ser sujeitos ao benefício da suspensão condicional do processo, tal como dispõe o artigo 89 da Lei n. 9.099/1995, tomou por base justamente a definição objetiva de crimes de menor potencial ofensivo, analisado sob o ponto de vista do artigo 61 do mesmo diploma legal.

Nesse sentido, inclusive, já se pronunciou a jurisprudência do próprio egrégio Superior Tribunal de Justiça:

‘A suspensão condicional do processo prevista na Lei n. 9.099/1995 se circunscreve no princípio da discricionariedade regulada, na vontade consciente do acusado e seu defensor, e da desnecessidade da aplicação da pena privativa de liberdade de curta duração, tendo em vista o menor potencial ofensivo da infração’ (STJ — HC n. 5.027 — Relator Flaquer Scartezini — DJ de 28.04.1997).

Portanto, verifica-se que de acordo com o entendimento da própria jurisprudência, a possibilidade de aplicação do benefício da suspensão condicional do processo é indissociável do conceito de crimes de menor potencial ofensivo, recentemente modificado pela Lei n. 10.259/2001.”

O Ministério Público Federal emitiu parecer pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): A Lei n. 9.099, de 1995, que dispõe sobre juizados especiais, diz o seguinte em seus arts. 61 e 89, respectivamente:

— “Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial.”

— “Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a

denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a 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).”

Em 2001, sobreveio a Lei n. 10.259, que dispõe em seu art. 2º, desta forma:

— “Compete ao Juizado Especial Federal Criminal processar e julgar os feitos de competência da Justiça Federal relativos às infrações de menor potencial ofensivo.

Parágrafo único. Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta lei, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa.”

A resposta à pergunta se a lei nova alterou a anterior relativamente ao conceito de “infrações de menor potencial ofensivo” foi afirmativa, e o foi depois de longas e proveitosas discussões. Não cheguei, eu mesmo, a me manifestar expressamente. Ao vir para a Sexta Turma, já encontrei pacificado o tema. Tendo eu participado dos trabalhos de elaboração dos documentos que deram origem à Lei n. 10.259, tenho lá minhas dúvidas sobre a alteração do aludido conceito. Se, oportunamente, perguntado fosse, teria respondido pela negativa.

Todavia a atual pergunta é se a lei nova não teria também alterado o que reza o indicado art. 89, porquanto nele se fala em pena mínima cominada igual ou inferior a 1 (um) ano, enquanto a lei nova, como se viu, fala em 2 (dois) anos.

A resposta há de ser negativa, porque a lei nova, dedicando-se especificamente a juizados especiais, não poderia, como não pôde e não pode, bulir com norma anterior de cunho geral, a saber, com norma que, embora inserida em diploma também dedicado a juizados especiais, possui amplo caráter jurídico por se tratar de norma que se aplica a todo o ordenamento jurídico. Veja-se a orientação do Superior Tribunal, entre tantos outros, no seguinte julgado (HC n. 19.445, Ministro Hamilton Carvalhido, DJ de 1ª.03.2004): “Tal redefinição das infrações de menor potencial ofensivo em nada repercute na suspensão condicional do processo, relativa que é a todo e qualquer delito...”

De mais a mais, é preciso notar, vindo a pêlo, o que está estatuído na Súmula n. 243: “O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano.”

Denego a ordem.

HABEAS CORPUS N. 37.803 — SE (2004/0118783-7)

Relator: Ministro Nilson Naves

Impetrantes: Renilson Cruz Silva e outro

Impetrado: Desembargador-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe

Paciente: Cléber de Arimatéia Santos (Preso)

EMENTA

Prisão (temporária e preventiva). Instrução criminal (fases). Interrogatório do réu (audiência). Prazo (excesso).

1. A instrução é uma seqüência de atos destinada a colher elementos de convicção. Certamente que há prazos para a realização desses atos.

2. A lei processual penal admite se excedam prazos, desde que por motivo justo. Inexiste, nos autos, justificativa para um excesso significativo.

3. Caso em que há evidente excesso de prazo, porquanto marcada audiência para o interrogatório do réu, o primeiro dos atos da instrução processual, mais de 6 (seis) meses após a designação.

4. Ordem de **habeas corpus** concedida.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 21 de outubro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Nilson Naves, Relator

DJ de 09.02.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo em que se questiona a necessidade da prisão preventiva e em que se alega excesso de prazo.

Para a sua instrução, foram prestadas informações pelo Tribunal de Justiça de Sergipe, **in verbis**:

“O Paciente teve sua prisão decretada, para fins de garantia da ordem pública, em 06 de abril deste ano, uma vez que o crime fora perpetrado com violência.

O interrogatório do réu foi designado para o dia 29 de outubro de 2004, após o recebimento da denúncia do Ministério Público.

Foi, em 14 de junho do ano em curso, indeferida uma liminar **Habeas Corpus** n. 227/2004.

Instada a se manifestar sobre o **habeas corpus** impetrado perante este Tribunal de Justiça, a Douta Procuradora de Justiça emitiu Parecer no sentido de se denegar a ordem.

Através do Acórdão n. 2.623/2004 o **mandamus** foi denegado assentando-se, a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Sergipe, na necessidade da segregação para manutenção da ordem pública e, uma vez que com a instrução criminal em curso não há se falar na existência de constrangimento ilegal.”

O acórdão que originalmente negou a ordem tem esta ementa:

“Elementos dos autos comprovam a necessidade da manutenção do paciente em ergástulo, não preenchendo os requisitos à concessão de liberdade.

Denúncia recebida, interrogatório já designado e instrução criminal a ser iniciada, ou seja, feito sob regular tramitação, afastando o argumento de excesso prazal. Constrangimento ilegal não caracterizado. *Writ* denegado. Decisão unânime.”

O parecer da Subprocuradora-Geral da República Zélia Oliveira, em nome do Ministério Público Federal, foi pela denegação da ordem, conforme esta ementa:

— O constrangimento ilegal por excesso de prazo só pode ser reconhecido quando a demora for injustificada (precedentes do STJ).

— Justifica-se eventual dilação do prazo para conclusão da instrução criminal na hipótese de feito complexo, por aplicação do princípio da razoabilidade.

— Dispõe o art. 312 do Código de Processo Penal que a segregação cautelar do réu se justifica para garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal.

— A primariedade e os bons antecedentes do réu, tomados isoladamente, não têm o condão de revogar a segregação cautelar, se o decreto prisional está convincentemente fundamentado.

— Pela denegação da ordem.”

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): Data a denúncia contra o paciente, oferecida somente contra ele, de 11.02.2004; a prisão preventiva, de 06.04.2004; e a designação de dia e hora para o interrogatório, de 13.04.2004, de designação, vejam, para o dia 29.10.2004. Isto é, em 13.04.2004, foi designada a audiência do interrogatório para 29.10.2004: 6 (seis) meses e tanto após a designação, portanto.

Ao interrogatório seguiram-se os atos alusivos à defesa prévia e à inquirição das testemunhas, “devendo as da acusação ser ouvidas em primeiro lugar”. Quanto a elas, reza o art. 401 do Código de Processo Penal: “As testemunhas de acusação serão ouvidas dentro do prazo de 20 (vinte) dias, quando o réu estiver preso, e de 40 (quarenta) dias, quando solto.”

A mim se me afigura, pela indicação das datas que acabei de fazer, que salta à vista o indicado excesso de prazo. Evidentemente que o caso é daqueles em que se considera ilegal a coação “quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei” (Código de Processo Penal, art. 648, II). Em ocasião bem próxima, escrevi a seguinte ementa para o HC n. 36.869:

“Prisão (temporária e preventiva). Instrução criminal (fases). Testemunha de acusação (audiência). Prazo (excesso). Necessidade da prisão (razões).

1. A instrução é uma seqüência de atos destinada a colher elementos de convicção. Certamente que há prazos para a realização desses atos.

2. Quando o réu estiver preso, diz a lei, as testemunhas de acusação não de ser ouvidas dentro do prazo de 20 (vinte) dias, salvo, diz a jurisprudência, a existência de razões que a contento justifiquem seja o prazo dilargado.

3. Caso em que há evidente excesso de prazo, sobretudo em decorrência da expedição de cartas precatórias.

4. Sendo a prisão preventiva cautelar constrictiva da liberdade, certamente que a decisão que a impõe e a decisão que a mantém pressupõem razões de sua necessidade.

5. Caso em que a prisão também perdeu as razões de sua necessidade à vista também do fato de os demais réus já se encontrarem em liberdade.

6. Ordem de **habeas corpus** concedida.”

Segundo a parecerista, “o eventual excesso de prazo encontra-se justificado, uma vez não provocado arbitrariamente pelo Juízo ou pelo Ministério Público, mas, sim, resultante de diligências usualmente demoradas.” Em lugar algum e em momento nenhum encontrei a justificativa para excesso tão significativo e tão intrigante, tão em prejuízo de princípios que cumpre sejam preservados em nome do Estado Democrático de Direito, em nome do melhor dos direitos e em prol da liberdade de todos nós, de todos, sem distinção, isso porque podemos detestar o pecado, jamais o pecador.

Em mais de uma passagem, a lei processual penal admite se excedam prazos. É certo que, aqui, ali e acolá, fale em motivo justo. Isso sói acontecer com todos que lidamos — a lide é de todo o Judiciário brasileiro — com pilhas e pilhas de processos. Mais de uma vez, evoquei, em situações assemelhadas, o castigo imposto por Zeus a Sísifo, porque de tal castigo é que padecemos. Qual a solução? Pois bem, o momento não é azado para pormos em mesa o assunto, aliás, o certo é que ele nunca saiu mesmo da mesa de debate.

No caso presente, não vejo escapatória para a alegação da existência do excesso de prazo, de que alguém está preso por mais tempo do que determina a lei, daí o motivo que me leva a conceder, como concedo, a ordem de **habeas corpus** a fim de que o paciente acompanhe o processo em liberdade, salvo, evidentemente, se estiver preso por outro motivo.

RECURSO ESPECIAL N. 279.429 — SP (2000/0097650-4)

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido

Recorrente: Iuri Carlos de Lima

Advogados: José Roberto Navarro e outros

Recorrente: Ricardo José da Assunção

Advogada: Dorina Maria Rodrigues Alcântara — Defensora Pública

Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA

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

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

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

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

4. Recursos especiais prejudicados, em face da declaração da extinção da punibilidade do crime.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, declarar extinta a punibilidade do crime, pela prescrição da pretensão punitiva, prejudicado o exame dos recursos especiais, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Paulo Gallotti, Paulo Medina e Fontes de Alencar votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Brasília (DF), 21 de outubro de 2003 (data do julgamento).

Ministro Hamilton Carvalhido, Presidente e Relator

DJ de 15.12.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: Recursos especiais interpostos por Iuri Carlos de Lima e Ricardo José de Assunção contra acórdão da Décima Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo que, negando provimento aos apelos, manteve integralmente o **decisum** de primeiro grau que condenou os réus à pena de perda do cargo e inabilitação para o exercício de qualquer função pública por três anos, como incursos no artigo 6º, parágrafo 3º, alínea **c**, da Lei n. 4.898/1965.

Divergência jurisprudencial e negativa de vigência ao artigo 92, inciso I, do Código Penal, fundam a insurgência especial (Constituição da República, artigo 105, inciso III, alíneas **a** e **c**).

Recursos tempestivos (fls. 1.969 e 2.068), respondidos (fls. 2.034/2.037 e 2.081/2.083) e admitidos na origem (fl. 2.085).

O parecer do Ministério Público Federal é no sentido de que se julgue prejudicado o presente recurso, em face da prescrição da pretensão punitiva, **verbis**:

“Recurso especial fundado no art. 105, III, **a** e **c**, da Lei Magna. Abuso de autoridade. Prescrição da pretensão punitiva (subseqüente) consumada. Parecer no sentido de ser declarada extinta a punibilidade. Julgando-se prejudicado o recurso.” (Fl. 2.096)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Senhores Ministros, recursos especiais interpostos por Iuri Carlos de Lima e Ricardo José de Assunção contra acórdão da Décima Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo que, negando provimento aos apelos, manteve integralmente o **decisum** de primeiro grau que condenara os réus à pena de perda do cargo e inabilitação para o exercício de qualquer função pública por três anos, como incursos no artigo 6º, parágrafo 3º, alínea **c**, da Lei n. 4.898/1965.

Divergência jurisprudencial e negativa de vigência ao artigo 92, inciso I, do Código Penal, fundam a insurgência especial (Constituição da República, artigo 105, inciso III, alíneas **a** e **c**).

Estes, os fundamentos da sentença condenatória, no particular:

“(…)

16 - Ante o exposto, julgo procedente a presente ação penal para, com fundamento no art. 3º, letra **i**, c.c. artigo 4º, letra **b**, art. 6º, § 3º, letra **c**, todos da Lei n. 4.898/1964, condenar os réus Iuri Carlos de Lima, RG/SP n. 15.897.506, Ricardo de Freitas Guimarães, RG/SP n. 23.599.870-9, Valter Aparecido de Carvalho Silva, RG/SP n. 21.707.771-7, João Jorge Lopes, RG/SP n. 4.305.717 e Ricardo José de Assunção, RG n. 11.759.120-8, à pena correspondente à perda do cargo que exercem e à inabilitação para o exercício de qualquer outra função pública por prazo de 03 (três) anos. Transitada esta em julgado, remetam-se cópias aos órgãos administrativos aos quais os acusados pertencem, para fins da efetiva aplicação da pena que lhes foi imposta.” (Fl. 1.804).

E estas, as razões do acórdão impugnado:

“(…)

4. O crime de abuso de autoridade descrito na Lei n. 4.898/1965 sujeita seu autor a sanção administrativa, civil e penal, determinada esta em multa, detenção ou perda do cargo e inabilitação para o exercício de qualquer outra função pública por prazo de até 3 (três) anos, de acordo com a regra do art. 6º, § 3º, do diploma mencionado, e esse sistema punitivo continua em pleno vigor: sanções administrativa, civil e penal, dividida esta em multa, detenção e perda do cargo e inabilitação para o exercício de qualquer outra função por três anos.

5. Na oportunidade da reforma da Parte Geral de 1984, não ocorreu a absorção desse último tipo de sanção pelo dispositivo do art. 92 do CP, que trata dos efeitos da condenação, permanecendo a perda da função pública como pena autônoma da Lei n. 4.898/1965 e, também, como efeito da condenação para os crimes mencionados no inciso I do art. 92 do CP

(…)

15. A r. sentença optou de forma motivada pela fixação da pena de perda da função pública e inabilitação para o exercício de função pública por três anos como necessário à reprovação do ilícito, afastando corretamente, a multa e a detenção cuja imposição ‘equivalaria à mais absoluta impunidade’ (fl. 1.803). Fixou, portanto, a pena justa para o crime, considerando o desvalor da ação e o desvalor do resultado e a culpabilidade intensa dos apelantes.

16. Ante o exposto, rejeitaram as preliminares e negaram provimento aos recursos.” (Fls. 1.952/1.957)

Está o recorrente Iuri Carlos de Lima em que “(…) A sentença condenatória que atribui ao réu somente a pena acessória de perda do cargo e inabilitação para o exercício de função pública por 3 anos, dissociada de uma pena principal, atenta contra o disposto no art. 92, inciso I do CP, com a redação dada pela Lei n. 9.268/1996.” (Fl. 1.977) Pugna, assim, no sentido de que “(…) porquanto os arestos trazidos à colação, mormente os do próprio Superior Tribunal de Justiça, adotam pacífico entendimento de sua aplicabilidade em casos assemelhados ao em comento, aguarda-se um pronunciamento favorável desta egrégia Turma, para cassar o acórdão recorrido, bem como anular a sentença de 1ª grau por ele confirmada, estendendo os efeitos da decisão aos demais co-réus.” (Fl. 1.977)

O segundo recorrente, Ricardo José de Assunção, por sua vez, sustenta que “(…) em face da contrariedade ao disposto no art. 92, I, do Código Penal Brasileiro,

com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 9.268/1996, bem como diante do dissídio jurisprudencial em torno da interpretação que emerge da aplicação do art. 92, I, do Código Penal, em se tratando de pena acessória de perda do cargo cominada pelo art. 6º, § 3º, letra c da Lei n. 4.898/1965, ante aos arestos trazidos a colação, requer pronunciamento favorável desta egrégia Turma, para cassar o acórdão recorrido, bem como anular a sentença de primeiro grau, por ele confirmada, estendendo os efeitos aos demais co-réus.” (Fl. 2.074)

Ocorre, todavia, que, a obstar o exame da pretensão recursal, impõe-se o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva.

Dispõe o art. 6º, § 3º, da Lei n. 4.898/1965:

“Art. 6º O abuso de autoridade sujeitará o seu autor à sanção administrativa, civil e penal.

(...)

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

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

Da análise do citado dispositivo, vê-se que a pena de detenção, porque privativa de liberdade, é a sanção de natureza penal mais grave cominada aos crimes de abuso de autoridade.

Tem-se, assim, que a prescrição da pretensão punitiva, para os crimes previstos na Lei n. 4.898/1965, ocorre, **in abstracto**, em 2 anos, à luz do que determina o artigo 109, inciso VI, da lei material penal, **verbis**:

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

(...)

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

A propósito, o magistério de **Damásio E. de Jesus**:

“Como a lei especial não faz referência ao tema da prescrição, de aplicar-se os princípios do CP (art. 12). Assim, no tocante à prescrição da pretensão punitiva, o prazo é regulado pelo máximo da pena privativa de liberdade. Como é inferior a um ano e (seis meses) decorre em dois anos (CP, art. 109, VI). (...)

Se imposta detenção na sentença, de incidir o disposto no art. 110 do CP variando o prazo prescricional da pretensão executória de acordo com a quantidade da pena aplicada. Como a pena detentiva é inferior a um ano, o prazo prescricional da pretensão executória é de dois anos (CP arts. 110 e 109, VI). Se imposta pena funcional (perda do cargo e inabilitação funcional), ocorre também a prescrição da pretensão executória. O prazo prescricional é de dois anos. Como as disposições especiais não cuidam da prescrição, de incidir o menor prazo do art. 109 do CP (n. VI).” (In “Prescrição Penal”, Ed. Saraiva, 1999, p. 110).

Neste sentido, a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça:

“Penal. Recurso especial. Abuso de autoridade. Prescrição.

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

II - A prescrição da pretensão punitiva se regula, aí, pela pena privativa de liberdade, ocorrendo em dois anos **ex vi** art. 109, inciso VI, do CP. Recurso prejudicado, extinta a punibilidade pela prescrição.” (REsp n. 479.858/SP, Relator Ministro Felix Fischer, in DJ de 28.04.2003)

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

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

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

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

4. Recurso julgado prejudicado em face da declaração da extinção da punibilidade dos crimes.” (REsp n. 176.647/DF, da minha Relatoria, in DJ de 27.08.2001)

“Penal. Abuso de autoridade. Absolvição. Recurso.

— Extinção da punibilidade. Declaração de ofício, com prejuízo do recurso acusatório, quando se verifique a prescrição, pela pena de multa desejada restabelecer, e até mais, pelo máximo da pena corporal cominada.” (REsp n. 139.261/DF, Relator Ministro José Dantas, in DJ de 13.04.1998)

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

In casu, foram os recorrentes condenados à pena de perda do cargo e inabilitação para o exercício de função pública por três anos, cujo decreto condenatório, com trânsito em julgado para a acusação (fl. 1.811v), restou publicado em 30 de dezembro de 1998 (fl. 1.805).

Pelo exposto, declaro extinta a punibilidade do crime, pela prescrição da pretensão punitiva, e julgo, por consequência, prejudicados os presentes recursos por desconstituído o seu objeto.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 303.210 — SP (2001/0015146-9)

Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa

Recorrentes: Caio Monteiro da Silva Neto e cônjuge

Advogados: Paulo Augusto de Campos Teixeira da Silva e outros

Recorrido: Arrigo Antônio Raia

Advogados: Vítor Vicentini e outros

EMENTA

Locação. Fiança que não se extingue após a alienação da empresa. Sucumbência demonstrada. Uma vez trocada a titularidade da empresa, o propósito do fiador em aceitar ser o garantidor da avença deixaria de existir, como sustenta o recurso, o que faz oportuno o pedido de reforma do acórdão guerreado. Interesse recursal presente. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

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

midade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti e Paulo Medina. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Nilson Naves. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 19 de outubro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Relator

DJ de 16.11.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa: Trata-se de recurso especial fulcrado no art. 105, III, **a**, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo egrégio Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, o qual teria negado vigência ao art. 499 do Diploma Processual Civil.

A Corte de origem não conheceu do recurso de apelação interposto pelos recorrentes, tendo em vista a falta de interesse dos réus apelantes, que decorreria de não haver a sentença apreciado o pedido de cobrança dos alugueres devidos pela empresa Geringonça Bar e Restaurante Ltda, ausente a imposição aos fiadores, ora recorrentes, das verbas pleiteadas e, por conseguinte, sucumbência dos mesmos.

Foram opostos embargos de declaração, os quais foram rejeitados pelo Tribunal de origem sob o fundamento de que os recorrentes não se enquadram nas hipóteses do art. 499 do Código de Processo Civil, o qual só propicia à parte vencida, ao terceiro interessado e ao Ministério Público. Por tal razão, foi interposto o presente recurso (fls.150/155)

Contra-razões às fls.158/160, vindo os autos a esta Corte Superior.

É o relatório

VOTO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa (Relator): *1.* A irrisignação merece acolhida.

O presente recurso retrata a irrisignação dos recorrentes, que figuraram como fiadores da empresa locatária, na presente ação de despejo por falta de pagamento c.c. cobrança, tendo em vista alegada negativa de vigência ao art. 499 do Código de Processo Civil, recusa que estaria a impedir sua exclusão do pólo passivo da demanda.

O ponto nodal dos presentes autos consiste em saber se os recorrentes foram ou não, de alguma forma, sucumbentes em razão da sentença proferida em primeiro grau e confirmada pelo egrégio Segundo TAC.

Interessante transcrever a parte dispositiva daquele mencionado **decisum**:

“...Isto posto e considerando tudo o mais que dos autos consta, julgo procedente a presente ação para declarar rescindida a locação em foco, por culpa da inquilina, a qual terá o prazo de quinze dias para desocupação voluntária do imóvel locado sob pena de despejo. Custas e despesas processuais, também pela locatária além de honorários advocatícios que estabeleço em 20% (vinte por cento) sobre o total da condenação. Uma vez que o débito locatício baseado em contrato é título executivo extrajudicial, conforme estabelece o art. 585, IV do Código de Processo Civil (v. RT 714/179 e 732/287, oportunamente o locador poderá promover, nestes mesmos autos, a execução direta do seu crédito.”

A título de conferência, analisando o contrato de locação celebrado entre as partes (fls.07/09 dos autos), percebe-se que a locação foi celebrada entre a empresa Geringonça Bar e Restaurante Ltda e Arrigo Antonio Raia, tendo os recorrentes figurado na relação contratual como fiadores da pessoa jurídica.

De outra banda, o juízo monocrático, ao analisar a preliminar de ilegitimidade de parte, suscitada pelos réus, ora recorrentes, deixou consignado, em seu decisório, que a fiança fora prestada em favor da empresa, não se extinguindo com a alienação da pessoa jurídica a outrem, com subsistência da responsabilidade dos fiadores até a entrega das chaves do imóvel.

Neste ponto, resta evidenciada a sucumbência dos recorrentes, na medida em que haverão de figurar no pólo passivo de execução a ser promovida pelo locador.

Seguindo tal raciocínio, fácil perceber que relativamente aos recorrentes completam-se os pressupostos do artigo 499 do Código de Processo Civil, visto que possuem: 1) *legitimidade para recorrer*, na medida em que se a r. sentença monocrática, decidiu que a fiança prestada prevalece até a entrega das chaves do imóvel, subsistindo a responsabilidade dos fiadores pelo débito locatício e 2) *interesse (necessidade + utilidade)*, evidenciado no constante gravame da insegurança e do desconforto dos recorrentes em figurar no pólo passivo de eventual execução a ser ajuizada pelo locador, razão que os habilita para pleitear o provimento jurisdicional.

Interessante trazer à colação ementas tiradas de julgados desta Corte, as quais têm pontos de identidade com o caso em tela:

“Locação. Fiança. Exoneração dos fiadores. Garantia prestada em razão da amizade ou parentesco com os sócios. Retirada dos sócios. Notificação extrajudicial da vontade de exoneração da fiança. *Fiança* é contrato de natureza **intuitu personae** e se interpreta estritamente. Malgrado distinga-se a pessoa dos sócios da *pessoa jurídica*, é possível a exoneração da garantia prestada à sociedade após a retirada dos sócios em função dos quais se deu essa garantia substituídos por estranhos à fidúcia original. Recurso conhecido e provido”. (REsp n. 299.036/MG; Relator p/ o acórdão Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ de 08.10.2001, p. 242)

“Recurso especial. Civil. Locação. Contrato por prazo determinado. Retirada de sócia da pessoa jurídica. Exoneração da fiança. **Intuitu personae**. 1. É cabível a exoneração da garantia fidejussória prestada à sociedade após a retirada da sócia fiadora, em face da quebra da **affectio societatis**. 2. Tendo a sócia fiadora e seu cônjuge notificado o locador de sua pretensão de exoneração do pacto fidejussório, em razão da sua retirada da sociedade que afiançaram, direito lhes assiste de se verem exonerados da obrigação, uma vez que o contrato fidejussório é **intuitu personae**, sendo irrelevante, no caso, que o contrato locatício tenha sido estipulado por prazo determinado e ainda esteja em vigor. 3. Em se cuidando de contrato de natureza complexa em que a fiança pactuada o é enquanto preservado o contrato societário, faz-se evidente que a resolução de qualquer dos contratos implica a resolução do remanescente, mormente se a essência complexa do contrato foi aceita pelo locador, na exata medida em que locou o imóvel à *pessoa jurídica*, sendo fiadora uma de suas sócias. 4. Recurso provido”. (REsp n. 285.821/SP; Relator Ministro Hamilton Carvalhido, DJ de 05.05.2003, p. 325)

Os julgados acima, em especial o primeiro, deixam transparecer a possibilidade, ao menos, de exoneração da fiança, nos casos em que a garantia fora prestada em razão da amizade cultivada entre fiador e sócios da pessoa jurídica, não obstante esta não se confundir com aqueles; uma vez trocada a titularidade da empresa, como no caso em testilha, o desígnio do fiador em aceitar ser o garantidor da avença deixaria de existir, o que ampara, em princípio, o requerimento de exclusão.

2. Diante do exposto, dou provimento ao recurso, para que o apelo interposto tenha apreciados os pontos remanescentes.

3. É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 401.057 — RO (2001/0128105-0)

Relator: Ministro Paulo Gallotti

Recorrente: Abimael Araújo dos Santos

Advogados: Irineu de Oliveira e outros

Recorridos: Ministério Público do Estado de Rondônia e Estado de Rondônia

Procuradores: Evanir Antônio de Borba e outros

EMENTA

Administrativo. Policial militar. Gratificação. Incorporação. Artigo 535 do Código de Processo Civil. Omissão. Não-ocorrência. Ministério Público. Legitimidade. Acórdão, no ponto, com fundamento exclusivamente constitucional. Ação civil pública. Inconstitucionalidade. Declaração incidental. Possibilidade. Recurso especial. Análise de lei local. Súmula n. 280/STF.

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

2. Se o acórdão recorrido decide a legitimidade do Ministério Público para defesa do patrimônio público sob o enfoque exclusivamente constitucional, a matéria não pode ser examinada em recurso especial.

3. Em ação civil pública, é possível declaração incidental de inconstitucionalidade de lei.

4. Na instância especial, descabe apreciar ofensa ou questão que envolva interpretação de lei local (Súmula n. 280/STF).

5. Recurso conhecido em parte, mas desprovido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 09 de março de 2004 (data do Julgamento).

Ministro Paulo Gallotti, Relator

DJ de 17.06.2004

RELATÓRIO

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

“Administrativo. Servidor. Policial militar. Transferência para a reserva remunerada. Decreto-Lei Estadual. Vantagens e tempo de serviço. Inconstitucionalidade.” (Fl. 552)

Opostos declaratórios, restaram rejeitados. (Fl. 574)

Aponta o recorrente violação dos arts. 535 do Código de Processo Civil e 7ª da Lei n. 8.237/1991, bem como dos arts. 1º e 16 da Lei n. 7.347/1985.

Contra-razões às fls 618/629.

Admitido o recurso na origem, subiram os autos a esta Corte.

A Subprocuradoria Geral da República opina pelo não-conhecimento do apelo. É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator): Registre-se, inicialmente, que a petição juntada às fls. 658/661, dando conta de que a situação funcional do recorrente teria sido modificada com o advento da Emenda Constitucional n. 38/2002, veicula tema não apreciado nas instâncias ordinárias, não sendo possível seu exame nesta sede.

O exame de fato superveniente é tema que, na linha da compreensão firmada por esta Corte, não prescinde da exigência do prévio debate pelo acórdão recorrido.

A propósito:

“Recurso especial. Processual Civil. Administrativo. Juros de mora. Percentual. Medida Provisória n. 2.180/2001. Inaplicabilidade.

1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça já está pacificada no sentido de que, nas diferenças decorrentes do pagamento de reajuste nos vencimentos de servidores públicos, devem incidir juros moratórios na taxa de 1% ao mês, em face da sua natureza eminentemente alimentar.

2. Qualquer que seja a natureza jurídica que se atribua à norma dos juro **ex officio iudicis**, não há pretender que se reconheça à Medida Provisória n. 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, eficácia retroativa, de modo a alcançar provimentos jurisdicionais aperfeiçoados sob a regência de norma jurídica diversa e anterior.

3. 'No julgamento do especial, em face do princípio do prequestionamento, que decorre de texto constitucional, não tem cabimento a regra do art. 462 do Código de Processo Civil, em razão da impossibilidade de se considerar fato jurígeno superveniente (...)' (EDcl no REsp n. 97.869/SP Relator Ministro Demócrito Reinaldo, **in** DJ de 30.03.1998). Precedentes do STF"

(REsp n. 530.810/PR, Relator o Ministro Hamilton Carvalhido, DJ de 20.10.2003)

Passo ao exame do especial.

Percebe-se claramente que a pretensão deduzida nos autos foi enfrentada e decidida, tendo o Tribunal de origem apreciado as questões postas ao seu crivo, apresentando-se devidamente fundamentado o julgado. Daí porque não é aceitável a alegação de violação do art. 535 do CPC, não se demonstrando a existência dos pressupostos que autorizariam a oposição de embargos declaratórios, instrumento processual que não se destina ao exame de matérias já devidamente analisadas.

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

Confira-se:

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

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

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

ao comando inserto na sentença exequenda, sendo indevida a incidência de novos critérios, sob pena de ofensa à coisa julgada.

3. Recurso especial conhecido.

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

Ademais, o magistrado não está obrigado a se pronunciar sobre todos os pontos abordados pelas partes, máxime quando já tiver decidido a controvérsia sob outros fundamentos.

Veja-se:

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

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

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

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

IV - Embargos rejeitados.”

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

No que se refere à legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento de ação civil pública em defesa do patrimônio público, colhe-se do voto condutor do aresto hostilizado:

“Como tenho dito reiteradas vezes, o Ministério Público sempre tem interesse de agir quando a pretensão for devolver aos cofres públicos remuneração recebida a mais, causando dano ao Erário.

A Constituição da República ampliou a legitimidade ativa do Ministério Público para propor ações dessa natureza, pois visam a defender interesses

coletivos, intrínsecos no zelo pela integridade do patrimônio público. Assim, rejeito a preliminar” (fl. 554)

Assim, tendo o Tribunal de origem abordado o tema sob o enfoque exclusivamente constitucional, a matéria não pode ser examinada em recurso especial, mas, sim, pela via do extraordinário, simultaneamente interposto e igualmente admitido (fl. 640).

Ainda que superado o óbice, a decisão está em sintonia com julgados desta Corte.

A propósito:

A) “Processual Civil. Embargos de divergência (arts. 496, VIII, e 546, I, CPC). Dano ao Erário público. Ação civil pública. Legitimação ativa do Ministério Público Federal. Leis ns. 7.347/1985 e 8.078/1990 (art. 1º).

1. Dano ao Erário municipal afeta o interesse coletivo, legitimando o Ministério Público a promover ação civil pública objetivando a defesa do patrimônio público. A Constituição Federal (art. 129, III) ampliou a legitimação ativa do Ministério Público para a defesa dos interesses coletivos. A legislação ordinária de regência filiou-se a essa ordem constitucional.

2. Precedentes jurisprudenciais.

3. Embargos acolhidos.”

(Embargos de Divergência no REsp n. 77.064/MG, Relator Ministro Milton Luiz Pereira, DJ de 11.03.2002)

B) “Recurso especial. Processual Civil. Remuneração de prefeito. Apelação interposta pelo Ministério Público Estadual. Legitimidade.

Após a vigência da nova ordem constitucional, o campo de atuação do Ministério Público foi devidamente ampliado, tanto que esta Corte fez editar a Súmula n. 99.

A questão emoldurada na ação declaratória tem a característica de interesse da comunidade do respectivo Município, devendo o Tribunal **a quo** examinar o mérito da apelação interposta pelo Ministério Público.

Recurso provido.”

(REsp n. 235.360/PR, Relator o Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ de 29.04.2002)

C) “Processual Civil. Ação civil. Ministério Público. Legitimidade.

1. O Ministério Público tem legitimidade ativa para promover ação civil pública com a pretensão de exigir a devolução de remuneração a maior recebida por vice-prefeito, conforme decisão do Tribunal de Contas.

2. Após vigência da CF/1988 foi ampliada a legitimidade ativa do Ministério Público para propor ação civil pública, especialmente, na defesa dos interesses coletivos, presentes em tal concepção, de modo inequívoco, o de se zelar pela integridade do patrimônio estatal.

3. Inteligência do art. 1º da Lei n. 7.347/1985, fazendo-se aplicação do comando posto no art. 129, III, da CF/1988.

4. Precedentes: REsp n. 67.148/SP (Relator Ministro Adhemar Maciel, DJ de 04.12.1995, p. 42.148) e AI n. 97.838/GO (Relator Ministro Pádua Ribeiro, DJ de 28.03.1996, p. 9.234).

5. Recurso provido para se afastar a extinção do processo.”

(REsp n. 190.886/MG, Relator o Ministro José Delgado, DJ de 30.08.1999)

A apontada impossibilidade de declaração de inconstitucionalidade de lei em ação civil pública não tem consistência, pois, ao contrário do alegado, o acórdão hostilizado decidiu a causa com estrita observância do regramento legal aplicável à espécie, como se vê:

“É consabido que o nosso ordenamento jurídico conjuga duas espécies de controle da constitucionalidade das leis: o difuso e o concentrado, sendo este último de competência da Corte Suprema, em caso de confronto com a Carta da República.

Assim, cabível o exercício por via de exceção ou incidental (**incidenter tantum**) do controle de constitucionalidade, cujos efeitos fazem somente coisa julgada formal, e cuja sentença declara a existência ou não do vício alegado. Por isso, afasto a preliminar argüida” (fl. 554)

Nesse sentido, julgados desta Corte e do Supremo Tribunal Federal:

A) “Processual Civil. Ação civil pública. Declaração incidental de inconstitucionalidade. Possibilidade. Efeitos.

1. É possível a declaração incidental de inconstitucionalidade, na ação civil pública, de quaisquer leis ou atos normativos do Poder Público, desde que a controvérsia constitucional não figure como pedido, mas sim como causa de pedir, fundamento ou simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal, em torno da tutela do interesse público.

2. A declaração incidental de inconstitucionalidade na ação civil pública não faz coisa julgada material, pois se trata de controle difuso de constitucionalidade, sujeito ao crivo do Supremo Tribunal Federal, via recurso extraordinário, sendo insubsistente, portando, a tese de que tal sistemática teria os mesmos efeitos da ação declaratória de inconstitucionalidade.

3. O efeito **erga omnes** da coisa julgada material na ação civil pública será de âmbito nacional, regional ou local conforme a extensão e a indivisibilidade do dano ou ameaça de dano, atuando no plano dos fatos e litígios concretos, por meio, principalmente, das tutelas condenatória, executiva e mandamental, que lhe asseguram eficácia prática, diferentemente da ação declaratória de inconstitucionalidade, que faz coisa julgada material **erga omnes** no âmbito da vigência espacial da lei ou ato normativo impugnado.

4. Embargos de divergência providos.”

(Embargos de Divergência no REsp n. 439.539/DF, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 28.10.2003)

B) “Processual Civil. Ação civil pública. Ministério público. Declaração incidental de inconstitucionalidade. Lei municipal. Possibilidade. Precedentes do STJ e STF.

— Tratando-se de controle difuso de constitucionalidade, é cabível a ação civil pública com fundamento na inconstitucionalidade, **incidenter tantum**, de lei ou ato normativo federal ou local.

— Recurso especial conhecido e provido para determinar o prosseguimento da ação no Juízo **a quo**.

(REsp n. 202.281/MG, Relator o Ministro Francisco Peçanha Martins, DJ de 29.09.2003)

C) “1. Recurso extraordinário. Ação civil pública. Ministério Público. Legitimidade. 2. Acórdão que deu como inadequada a ação civil pública para declarar a inconstitucionalidade de ato normativo municipal. 3. Entendimento desta Corte no sentido de que ‘nas ações coletivas, não se nega, à evidência, também, a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade, **incidenter tantum**, de lei ou ato normativo federal ou local.’ 4. Reconhecida a legitimidade do Ministério Público, em qualquer instância, de acordo com a respectiva jurisdição, a propor ação civil pública (CF, arts. 127 e 129, III). 5. Recurso extraordinário conhecido e provido para que se prossiga na ação civil pública movida pelo Ministério Público.”

(Recurso Extraordinário n. 227.159/GO, Relator o Ministro Néri da Silveira, DJ de 17.05.2002)

Quanto à incorporação da gratificação, a par do artigo 7^a da Lei n. 8.237/1991 ter sido invocado somente em sede de embargos de declaração, veja-se o que disse o Tribunal de origem:

“No que concerne à gratificação equivalente à de Secretário de Estado, constante dos proventos do recorrente, em tese, respaldada pelo art. 1^o da LC n. 118/1994, que alterou a LC n. 58/1992, entendo não ter fundamento.

(...)

A toda evidência, o servidor público ao passar para inatividade deve conservar a remuneração da atividade. Entretanto, o princípio refere-se estritamente às vantagens de natureza permanente e, repise-se, as gratificações por cargos de confiança têm caráter transitório.

A permanência da gratificação nos proventos do recorrente constitui-se em absoluta afronta aos princípios da igualdade, proporcionalidade e moralidade administrativa, e por isso não deve subsistir. (Fl. 556)

(...)

É bom frisar que o art. 42 da Constituição da República, com redação alterada pela Emenda Constitucional n. 18/1998, que autorizou o Estado a legislar sobre sua polícia militar, não lhe permite contrapor-se às regras da União, tampouco permite que o Estado federado conceda benefício que nem mesmo a União oferece a seus servidores, quer civis, quer militares.

Disso tudo, só posso concluir que o inativo não tem direito à gratificação de Secretário de Estado, porque a lei em que fundamenta seu direito não autorizou, já que a gratificação é de natureza transitória. (Fl. 557)

(...)

É certo que a Lei Complementar Estadual n. 58/1992 determina que é facultada ao policial militar ao assumir cargo em comissão a opção pela remuneração do seu cargo efetivo, sem prejuízos das gratificações daquele cargo ou função, passando estas a comporem a estrutura remuneratória.

Todavia, esta não lhe dá o direito de incorporar aos proventos da aposentadoria ou mesmo a sua remuneração permanente. (Fl. 559)”

Decorre daí que o acórdão recorrido decidiu o mérito da controvérsia com base em fundamentos de natureza constitucional e em dispositivos de lei estadual, temas que desbordam do recurso especial, instrumento processual que se destina a garantir a autoridade e aplicação uniforme da legislação federal.

A propósito, confirmam-se:

A) “Processual Civil. Recurso especial. Exame reflexo de direito local. Inadmissibilidade.

1. Não se conhece do recurso especial que, a despeito da invocação de dispositivo infraconstitucional violado, exige uma análise reflexa sobre direito local. Incidência da Súmula n. 280/STF.

2. Recurso não conhecido”

(REsp n. 222.197/PE, Relator o Ministro Edson Vidigal, DJ de 19.06.2000)

B) “Agravo regimental em agravo de instrumento. Falta de demonstração analítica da divergência. Deficiência de fundamentação do recurso especial. Ofensa ao art. 6º da LICC. Direito local. Impossibilidade. Exame dos critérios de fixação dos honorários advocatícios. Incidência da Súmula n. 07 do STJ.

1. O conhecimento do recurso especial fundado na alínea c do permissivo constitucional requisita, em qualquer caso, a demonstração analítica da divergência jurisprudencial invocada, por intermédio da transcrição dos trechos dos acórdãos que configuram o dissídio e da indicação das circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, não se oferecendo, como bastante, a simples transcrição de ementas ou votos (art. 255, § 2º, do RISTJ).

2. É inadmissível o recurso especial quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.

3. Não se conhece do recurso especial que, a despeito da invocação de dispositivo infraconstitucional violado, exige uma análise reflexa sobre direito local. Incidência da Súmula n. 280/STF.

4. É vedado, em sede de recurso especial, o exame dos critérios de fixação dos honorários advocatícios, porque enseja reexame de matéria fático-probatória, cuja apreciação está entregue, exclusivamente, às instâncias ordinárias. Incidência do Enunciado n. 07 da Súmula do STJ.

5. Agravo regimental improvido.”

(AgRg no Ag n. 289.349/SP, Relator o Ministro Hamilton Carvalhido, DJ de 29.10.2001)

Por fim, mencione-se precedente desta Sexta Turma ao apreciar hipótese idêntica à dos autos:

“Recurso especial. Direito Processual Civil. Omissão. Inexistência. Pre-

questionamento. Questão constitucional. Ação civil pública. Declaração de inconstitucionalidade **incidenter tantum**.

1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento segundo o qual deve a parte vincular a interposição do recurso especial à violação do art. 535 do Código de Processo Civil, quando, mesmo após a oposição de embargos declaratórios, o Tribunal **a quo** persiste em não decidir questões que lhe foram submetidas a julgamento, por força do princípio **tantum devolutum quantum appellatum** ou, ainda, quando persista desconhecendo obscuridade ou contradição argüidas como existentes no **decisum**.

2. Em havendo o Tribunal **a quo** se manifestado sobre toda a matéria deduzida em sede de apelação, não há falar em violação do art. 535 do Código de Processo Civil, à ausência de omissão, contradição ou obscuridade a ser suprida ou dirimida, eis que os embargos de declaração não se prestam ao prequestionamento explícito.

3. “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.” (Súmula do STF Enunciado n. 282).

4. Tendo a questão da legitimidade do *Parquet* para ajuizar ação civil pública em defesa do patrimônio público e social sido decidida pelo Tribunal **a quo** sob enfoque constitucional — artigo 129, inciso III, da Constituição Federal —, seu exame escapa ao âmbito de cabimento do recurso especial, nos termos do art. 105, inciso III, da Constituição Federal.

5. O Pleno do Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento no sentido de que não há usurpação de sua competência por consequência da declaração incidental de inconstitucionalidade de lei em sede de ação civil pública. (RE n. 227.159/GO, Relator Ministro Néri da Silveira, **in** DJ de 17.05.2002).

6. Recurso parcialmente conhecido e improvido.”

(REsp n. 373.960/RO, Relator o Ministro Hamilton Carvalhido, DJ de 22.09.2003)

Ante o exposto, conheço em parte do recurso especial, mas lhe nego provimento.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 432.029 — MG (2002/0050284-2)

Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa

Recorrente: Sebastião Alves de Freitas

Advogado: Wiliam Riccaldone Abreu — Defensor Público

Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais

EMENTA

Recurso especial. Penal. Crime de falsa identidade. Autodefesa. Recurso provido.

1. Esta Corte já firmou entendimento no sentido de que a conduta do réu, de se atribuir falsa identidade perante à autoridade policial, não se subsume ao delito tipificado no art. 307 do Código Penal, tratando-se de hipótese de autodefesa, amparado, em última instância, pelo direito constitucional de permanecer em silêncio, consagrado no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal.

2. Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

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

Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Relator

DJ de 16.11.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa: Trata-se de recurso interposto por Sebastião Alves de Freitas, com fundamento no artigo 105, inciso III, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Alçada Criminal do Estado de Minas Gerais, que, negando provimento ao apelo da defesa, manteve a condenação nos exatos termos da sentença.

Inconformada, alega a defesa dissídio jurisprudencial no sentido de que não comete crime previsto no art. 307 do Código Penal, aquele que se atribui falsa identidade perante à autoridade policial, como recurso de autodefesa (fls. 220/226).

Admitido o recurso (fl. 247), a Subprocuradoria Geral da República é pelo seu improvimento (fls. 254/258).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa (Relator): 1. Consta dos autos que o recorrente foi condenado como incurso nos arts. 157, § 2º, I e II, e 307, ambos do Código Penal, sendo-lhe imposta a reprimenda de 6 anos e 2 meses de reclusão, em regime fechado, e 4 meses de detenção, em regime semi-aberto, respectivamente.

O Tribunal **a quo**, negando provimento ao apelo defensivo, manteve integralmente a sentença condenatória.

Inconformado com o **decisum**, alega o recorrente dissídio jurisprudencial, pretendendo a absolvição, em relação ao delito de falsa identidade.

2. O recurso merece provimento.

3. Com efeito, esta Corte já firmou entendimento no sentido de que a conduta do réu, de se atribuir falsa identidade perante à autoridade policial, não se subsume ao delito tipificado no art. 307 do Código Penal, tratando-se de hipótese de autodefesa, amparado, em última instância, pelo direito constitucional de permanecer em silêncio, consagrado no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal.

Nesse sentido, julgados de ambas as Turmas Criminais desta Corte Superior:

“Penal. Pessoa autora de outro delito. Falsa identidade perante a autoridade policial. Mecanismo de autodefesa. Atipicidade da conduta.

1. Não configura a conduta típica do art. 307 do Código Penal, o fato de a pessoa, indiciada, se atribuir falsa identidade, perante a autoridade policial, porquanto trata-se, na verdade, de mecanismo de autodefesa, amparado, em última análise, pelo direito constitucional de permanecer em silêncio.

2. Recurso conhecido mas improvido.” (REsp n. 337.684/MG, Sexta Turma, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJ de 24.02.2003)

“Penal. Recurso especial. Roubo majorado. Consumação.

(...)

III - Na linha de precedentes desta Corte, não comete o delito previsto no art. 307 do Código Penal o réu que, diante da autoridade policial, se atribui falsa identidade (Precedentes).

Recurso parcialmente provido.” (REsp n. 615.588/SP, Quinta Turma, Relator Ministro Felix Fischer, DJ de 16.08.2004).

Dessarte, dou *provimento* ao recurso para, afastando a incidência do art. 307 do Código Penal, absolver o recorrente do crime de falsa identidade.

**RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS
N. 14.261 — PR (2003/0050719-0)**

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido
Recorrente: Ricardo Alberto Escher
Advogado: Ricardo Alberto Escher
Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná
Paciente: João Max Bonfim (Preso)

EMENTA

Recurso em **habeas corpus**. Homicídio qualificado. Prisão em flagrante. Excesso de prazo. Encerramento. Instrução criminal. Ocorrência. Nulidade. Oitiva de testemunhas. Ausência do réu que se encontrava sob custódia do Estado. Nulidade relativa. Prejuízo indemonstrado.

1. A edição de pronúncia, a um só tempo, faz superado o eventual excesso de prazo havido na instrução criminal e remete o deslinde da questão de nulidade anterior ao **decisum**, enquanto relativa, a reclamar efetiva ocorrência e demonstração de prejuízo à defesa, se ainda for o caso e em sede de **habeas corpus** originário, para tempo posterior ao seu trânsito em julgado, impugnável que é perante a Corte Estadual.

2. Recurso prejudicado.

ACÓRDÃO

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

midade, julgar prejudicado o recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Paulo Gallotti e Paulo Medina votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalho.

Brasília (DF), 02 de março de 2004 (data do julgamento).

Ministro Hamilton Carvalho, Presidente e Relator

DJ de 03.05.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalho: Recurso ordinário contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná que, denegando *writ* impetrado em favor de João Max Bonfim, preservou-lhe a custódia cautelar, decorrente de flagrante delito, nos autos do processo da ação penal a que responde como incurso nas sanções dos delitos tipificados nos artigos 121, parágrafo 2º, inciso IV e 121, parágrafo 2º, inciso IV, combinado com os artigos 14, inciso II, e 29, todos do Código Penal, em acórdão assim ementado:

“**Habeas corpus**. Excesso de prazo. Instrução encerrada. Fase do art. 406 do CPP. Aplicação da Súmula n. 52 do STJ. Ordem denegada.

Com a informação da autoridade apontada como coatora de que o processo se encontra na fase de alegações do art. 406 do CPP, ou seja, estando encerrada a instrução, aplica-se o enunciado da Súmula n. 52/STJ, não mais havendo que se cogitar de excesso de prazo.” (Fl. 333).

Alega o impetrante nulidade da audiência de instrução que colheu a oitiva de testemunha exclusiva de defesa, “(...) que se realizou sem a presença do paciente (...)” (fl. 381), sustentando, que “(...) A presença do réu à audiência é tão importante para sua defesa, que a Constituição lhe garantiu tal direito (...)” (fl. 384).

Aduz, também, excesso de prazo para o término da instrução criminal, afirmando que, independentemente da causa da demora para o encerramento da instrução, gera-se constrangimento ilegal a ser sanado.

Pugna, ao final, pelo provimento do recurso, com reforma do acórdão, sanando, assim, o constrangimento ilegal.

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

“Recurso em **habeas corpus**. Prisão preventiva. Excesso de prazo. Constrangimento ilegal. Fase do art. 406 do CPP. Inexistência. Audiência de inquirição de testemunhas. Ausência do réu. Nulidade.

— Encontrando-se o processo na fase do art. 406 do CPP, fica superada a alegação de excesso de prazo para a formação da culpa.

— Aplicação do enunciado da Súmula n. 52/STJ: ‘Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo’.

— Ordem denegada.” (Fl. 395)

O presente feito foi-me redistribuído em 09 de janeiro de 2004, por força da aposentadoria do Ilustre Ministro Fontes de Alencar.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Senhores Ministros, duas são as questões. A primeira é a da nulidade da audiência de instrução em que se produziu o depoimento de uma das testemunhas arroladas pela defesa, o que teve lugar sem a presença do paciente, e a segunda, a do excesso de prazo para o encerramento da instrução criminal.

Ocorre que o paciente foi já pronunciado, como informou o Juízo à Relatoria do Gabinete, o que prejudica o conhecimento do presente recurso.

Primeiro, por força da incidência do Enunciado n. 21 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça.

E segundo, porque, em sendo de natureza relativa a nulidade argüida, a reclamar a efetiva demonstração do prejuízo à defesa, impõe-se que se reserve o deslinde da questão, em sede de **habeas corpus** originário, se for o caso, para após o aperfeiçoamento da pronúncia no trânsito em julgado.

Pelo exposto, julgo prejudicado o recurso.

É o voto.

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS N. 15.316 — SP (2003/0207405-7)

Relator: Ministro Paulo Medina

Recorrente: Marcelo Pereira Pinto

Advogado: Khaled Ali Fares

Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Marcelo Pereira Pinto (Preso)

EMENTA

Recurso de **habeas corpus**. Processo Penal. Prisão temporária. Gravidade do crime. Coação disfarçada para fornecer material biológico. Existência de elementos concretos. Imprescindibilidade. Inexistência. Prisão preventiva. Gravidade do delito. Submissão a exame de ADN. Inexistência de motivos autorizantes. Falta de fundamentação. Constrangimento ilegal caracterizado. Liberdade provisória. Inadmissibilidade em crimes hediondos. Inconstitucionalidade. Denegação. Obrigatoriedade de fundamentação. Recurso provido.

1. Para a decretação da prisão temporária, quando investigados quaisquer dos delitos constantes do inciso III do art. 1º da Lei n. 9.760/1989, deve haver a imprescindibilidade da medida e obrigatoriedade de fundamentação da decisão;

2. A prisão preventiva deve, necessariamente, ser calcada em um dos motivos constantes do art. 312 do Código de Processo Penal e, por força do art. 5º, XLI e 93, IX, da Constituição da República, o magistrado deve apontar os elementos concretos ensejadores da medida;

3. É inconstitucional qualquer decisão judicial contrária ao princípio **nemo tenetur se detegere**. Inteligência do art. 5º, LXIII, da Constituição da República e art. 8º, § 2º, g, do Pacto de São José da Costa Rica;

4. Não foi dado ao legislador ordinário legitimidade constitucional para vedar, de forma absoluta, a liberdade provisória quando em apuração crime hediondo e assemelhado. Inconstitucionalidade do art. 2º, II, da Lei n. 8.072/1990.

5. Ainda que o delito apurado em processo criminal seja catalogado como hediondo ou equiparado, o magistrado está obrigado a fundamentar a decisão que denega a liberdade provisória a partir dos motivos que autorizam a prisão preventiva, dada a natureza cautelar da prisão em flagrante.

6. Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

midade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Hamilton Carvalho e Paulo Gallotti votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalho.

Brasília (DF), 13 de abril de 2004 (data do julgamento).

Ministro Paulo Medina, Relator

DJ de 16.08.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Medina: Trata-se de recurso de **habeas corpus** interposto contra decisão denegatória de restituição de liberdade do Recorrente prolatada pela Terceira Câmara Criminal do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

O Recorrente alega que é réu em processo que se apura prática do delito descrito no art. 213 c.c. arts. 224, a, 225, § 1º, I e 226, II, todos do Código Penal e teve a prisão temporária decretada no dia 27 de março de 2003 pelo júízo primevo.

Segundo ele, o decreto de prisão temporária não encontrava bases fáticas e jurídicas capazes de sustentá-lo, pois sempre colaborou com a Justiça, vez que ofereceu documentos, prestou depoimentos em sede de inquérito policial e nunca se ausentou do distrito da culpa. Possui, ainda, bons antecedentes, atividade laboral lícita e residência fixa, onde mora com os filhos.

Alega que a decretação da prisão cautelar (temporária e, posteriormente, preventiva) tinha como única finalidade constrangê-lo a realizar exame biológico para confrontação de ADN, haja vista que na representação do Delegado de Polícia não foram apontadas as diligências e/ou investigações imprescindíveis ao esclarecimento do caso.

Sustenta que passado o trintídio da prisão temporária, foi decretada a prisão preventiva, após representação da Autoridade Policial e da representante do *Parquet*, ao argumento de que o fato apurado caracteriza-se como crime hediondo e que o Recorrente negou a fornecer material para o exame de ADN.

Impetrou, então, **habeas corpus** no Tribunal **a quo**, que foi denegado através de decisão fundamentada na hediondez do crime e na possibilidade de coação por parte do recorrente sobre a vítima, caso lhe concedida a liberdade.

Afirmou que a vítima não mais reside com a mãe e que fornecerá — conforme dito na oportunidade do interrogatório — material biológico para o exame pericial, de modo a afastar qualquer argumento tendente a fundamentar a prisão provisória.

Ainda, assim, conforme por ele salientado, não se revogou o encarceramento cautelar.

Pugna, por fim, pela concessão do *writ* para que aguarde o julgamento em liberdade, pois ausentes os motivos elencados no art. 312 do Código de Processo Penal.

O Ministério Público do Estado de São Paulo, em suas contra-razões, requer que o recurso seja improvido, pois se trata de crime hediondo, incompatível com a concessão de liberdade provisória.

Alega, por outro lado, que a primariedade e bons antecedentes não impedem a decretação da prisão preventiva.

Ao final, salienta que estão presentes os requisitos exigidos, pois há indícios suficientes de autoria e necessidade para realização das investigações.

O *Parquet* Federal, em seu parecer, opina pelo não-provimento do recurso, conforme ementa:

“Habeas corpus. Prisão preventiva. Requisitos.

1. Estando presentes os requisitos, correta a decisão que decretou a prisão preventiva do paciente.
2. Pelo conhecimento e não-provimento do recurso. É o parecer”.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Medina (Relator): Presentes os pressupostos genéricos e específicos de admissibilidade, conhecimento do recurso.

A legislação processual penal brasileira contempla seis hipóteses legais de prisão, que se dividem em 3 categorias:

1. prisões cautelares — prisão em flagrante (arts. 301 e 302, CPP), prisão preventiva (art. 312, CPP), prisão temporária (Lei n. 7.960/1989);
2. prisões processuais — prisão em virtude de sentença condenatória recorrível (art. 393, I, CPP), prisão em razão de decisão de pronúncia (arts. 282 e 408, § 1º, CPP);
3. prisão em consequência de decisão condenatória transitada em julgado (arts. 674 e 675 e §§, CPP).

As duas primeiras categorias constituem espécies do gênero *prisão provisória*. A diferença entre ambas reside no fato de que as prisões cautelares

“têm por finalidade a asseguaração do resultado profícuo do processo penal de conhecimento de caráter condenatório; as outras duas (prisões processuais), por terem como pressuposto o proferimento de ato decisório de pronúncia ou de condenação, assumem caráter marcadamente processual. Enquanto as tipicamente cautelares firmam-se a fatos extra e meta-processuais, as de caráter processual ocorrem no âmbito de processo em curso, necessariamente vinculadas a ato processual, de que derivam”. (**Sanguiné, Odone**. “Prisão Provisória e Princípios Constitucionais”. In “Fascículos de Ciências Penais”. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, v. 5, n. 2, abr/mai/jun, 1992, p. 107).

Apesar da multiplicidade de possibilidades de encarceramento, a liberdade de ir e vir não pode ser suprimida ao talante dos agentes públicos. A Constituição da República elencou, em seu art. 5º, diversos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, entre os quais, a liberdade. É um bem jurídico tão importante que, apesar da inexistência de um escalonamento hierárquico entre eles, veio previsto no **caput** do artigo, logo após a menção ao direito fundamental *vida*.

A liberdade, assim, só será restringida quando alguém estiver em

“flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente (...)”. (art. 5º, LXI, CR).

Após a promulgação da Magna Carta, discussões surgiram em torno da obrigatoriedade da imposição das prisões processuais, determinadas pelo Código de Processo Penal, pelo fato de constituírem verdadeiras antecipações de pena, o que afrontaria os princípios constitucionais da Liberdade Pessoal (art. 5º, CR), do Estado de Inocência (art. 5º, LVII, CR), do Devido Processo Legal (art. 5º, LIV, CR), da Liberdade Provisória (art. 5º, LXVI, CR) e a garantia de fundamentação das decisões judiciais (arts 5º, LXI e 93, IX, CR). Porém, não é o que cuida estes autos.

Outrossim, há intenso debate entre a **communis opinio doctorum** e a jurisprudência sobre a constitucionalidade da Lei n. 8.072/1990, que prevê os crimes hediondos e seu tratamento, que, na **quaestio**, caracteriza-se na impossibilidade de se conceder a liberdade provisória (art. 2º, II).

Em brevíssimas palavras, demonstro que estou diante de um tema de grande interesse e longe de pacificar-se.

O caso que ora se me apresenta trata da chamada prisão temporária (Lei n. 7.960/1989) e prisão preventiva (art. 312, CPP), respectivamente decretadas pelo juízo monocrático e confirmada, a última, pelo Tribunal recorrido.

Segundo prescreve a Lei Maior, o julgador, para determinar o encarceramento, além de estar vinculado às hipóteses legais, deve, obrigatoriamente, fundamen-

tar sobre a necessidade do decreto prisional, sob pena de nulidade e relaxamento da prisão, conforme mandamento constitucional (arts 5º, LXI e 93, IX, CR).

Com efeito, tendo em vista o princípio constitucional do Estado de Inocência (art. 5º, LVII, CR) e a garantia de fundamentação das decisões judiciais (arts. 5º, LXI e 93, IX, CR), a obrigatoriedade da prisão cautelar não pode provir de um automatismo da lei ou da mera repetição judiciária dos vocábulos componentes do dispositivo legal, e sim do *efetivo periculum libertatis*, consignado em um dos motivos da *prisão preventiva*, quais sejam, a *garantia da ordem pública ou econômica*, a *conveniência da instrução criminal* ou para *assegurar a aplicação da lei penal* (art. 312, CPP) e, quanto à *prisão provisória*, na *imprescindibilidade* (art. 1º, I, Lei n. 7.960/1989) da custódia para apuração dos fatos em sede de inquérito policial, *concretamente demonstrados pelo magistrado*.

Como o primeiro inconformismo do Recorrente combate a prisão temporária contra ele decretada, insta adentrar no tema, ainda que de forma perfunctória.

Após acirradas discussões, estabeleceu-se que a custódia provisória não é automática como pode parecer à primeira leitura do artigo 1º da norma em comento, mas, e somente, quando presentes, concomitantemente, as situações fáticas descritas nos incisos I e III ou I, II e III. Tanto é verdade que no art. 2º, § 2º, é determinada a obrigação de se fundamentar o decreto prisional.

Dessa forma, em todas as hipóteses, a natureza cautelar da prisão deve emergir a partir da realidade objetiva, de forma a evidenciar a *imprescindibilidade* (art. 1º, I) da medida extrema, conforme entendimento esposado por este Tribunal:

“Penal. Processual. Tentativa de roubo. Prisão provisória. Ausência de fundamentação.

1. Para a decretação da prisão provisória, sob o argumento de imprescindibilidade para as investigações do inquérito, impõe-se a efetiva demonstração do **periculum libertatis**, mediante a exposição de motivos concretos, sendo insuficiente para tanto meras conjecturas.

2. Recurso ordinário provido, para revogar o decreto de prisão provisória contra o paciente, por ausência de fundamentação. (RHC n. 11.992/RJ; Recurso Ordinário em **Habeas Corpus** n. 2001/0137270-4. Relator Ministro Edson Vidigal)

Não obstante, não é o que ocorre **in casu**. A r. decisão primeva determina:

“De fato, além das fundadas razões de autoria do crime de estupro, não há dúvida de que a prisão cautelar do averiguado ensejará o prosseguimento eficaz das investigações, mediante a colheita de provas imprescindíveis para o ajuizamento da ação penal.

A par disso, vislumbro que a liberdade do indiciado no curso das investigações, além de sinalizar risco à integridade física e moral da vítima, também poderá redundar em novos abusos aos membros da família.

Posto isso, bem como diante do parecer do Ministério Público, decreto a prisão temporária de Marcelo Pereira Pinto (...).”

Não há apontamento judicial da realidade objetiva ensejadora da prisão provisória, vale dizer, os atos ou fatos envolvendo o Recorrente, supedâneos a amparar o decreto prisional, foram negligenciados pelo juiz **a quo**, o que redundou na inexistência de fundamentação da decisão e contrariedade ao mandamento legal.

Os acontecimentos caso proporcionados pelo indiciado devem ser *realçados* — e não *conjecturados* — pelo magistrado como forma de demonstrar o caráter de imprescindibilidade da prisão temporária, legitimando-a. Porém, não há informações a esse respeito na decisão prolatada em 1ª Instância.

Sob outro aspecto, surpreendentemente, o magistrado acena antecipado juízo de mérito — quando deveria limitar-se aos aspectos processuais — ao afirmar que a liberdade do recorrente “poderá redundar em *novos* abusos aos membros da família” (grifei).

O juiz poderia ter-se utilizado do próprio parecer do *Parquet* para embasar a decisão, mas compulsando os autos, deparei-me com argumentações ministeriais de pobreza franciscana, **verbis**:

“(...) Aduz a douta Autoridade ser necessária a decretação da prisão para o prosseguimento das investigações.

2. Concordo com o pedido formulado.

Inicialmente, cumpre observar que se encontram presentes os requisitos da Lei n. 7.960/1989.

Com efeito, há nos autos fundadas razões de autoria do delito de estupro. Alega a douta Autoridade Policial ser a prisão imprescindível para as investigações do inquérito (inciso I do mesmo dispositivo).

Estando presentes os requisitos legais e, ainda, na esteira do que estabelece a Lei n. 8.072/1990, concordo com a decretação da prisão temporária (...).”

Na mesma esteira, a Autoridade Policial, em sua representação (fl. 53/STJ) para decretação da prisão temporária, sustenta a requisição com simples expressões de efeito como “atos gravíssimos” e “garantindo a aplicação da justiça e a conclusão da investigação policial”, sem referir-se a qualquer acontecimento real protagonizado pelo Recorrente que justificasse a prisão.

Por todo o exposto, não vislumbro a legalidade da prisão temporária por absoluta falta de justificação, não logrando — os agentes públicos intervenientes nesta persecução penal e, principalmente, o juiz — demonstrar os motivos indicadores da imprescindibilidade do decreto prisional.

Com respeito à prisão preventiva, deve-se atentar para o fato de sua decretação depender, necessariamente, da existência de *elementos concretos de probabilidade* — sem os quais torna-se incabível a custódia excepcional — do réu empreender fuga ou colocar em risco a ordem pública ou instrução processual ou aplicação da lei penal (art. 312, CPP), e não ser calcada apenas em juízos subjetivos, premonição ou pressentimentos.

No caso em tela, a Autoridade Policial quando da apresentação do relatório, representou pela decretação da prisão preventiva ao argumento de que

“a versão apresentada pela vítima tornou-se concreta, quando da recusa do mesmo em fornecer material para confronto de DNA, tentando impedir a aplicação da justiça e o retardamento das investigações necessárias ao esclarecimento definitivo dos fatos”.

A representante do Ministério Público pugnou pela decretação da medida preventiva sob a fundamentação de que

“Primeiramente, a menor somente resolveu apontar o seu real agressor depois que foi abrigada em instituição deste Município e se viu protegida e dele afastada. O segundo e ainda mais relevante é que, uma vez que o feto foi preservado, o confronto de DNA da vítima e do denunciado seria prova absoluta a inocentar o réu (caso sua alegação se confirmasse), mas *inexplicavelmente* ele se recusou a submeter-se ao exame para colheita de seu material. Há que se preservar a integridade da vítima e assegurar a instrução criminal. Presentes estão, assim, os requisitos da custódia cautelar, razão pela qual requereu *decrete-se a prisão preventiva de Marcelo Pereira Pinto (...)*”.

O magistrado, acolhendo a pretensão ministerial, decretou a custódia preventiva, **verbis**:

“Decreto a prisão preventiva do acusado Marcelo Pereira Pinto, atendendo ao requerimento formulado pela representante do Ministério Público, porquanto presentes os requisitos legais.

De fato, além das fundadas razões de autoria do crime de estupro, não há dúvida de que a prisão preventiva do averiguado ensejará o prosseguimento eficaz das investigações, mediante a colheita de provas imprescindíveis para a instrução criminal.

Além do mais, a liberdade do averiguado antes da instrução criminal, sinaliza risco à integridade física e moral da vítima, podendo influenciar no depoimento desta e das demais testemunhas arroladas.

O delito praticado é de extrema gravidade, porquanto a vítima à época dos fatos tinha apenas doze anos de idade e, ao que consta dos autos, portadora de distúrbios psicológicos, o que a torna ainda mais frágil.

Ressalto que ao averiguado foi dada a oportunidade de provar sua inocência, bastando apenas que realizasse o exame de DNA, porém, recusou-se a fazê-lo, injustificadamente.

Fundamenta-se, pois, a prisão preventiva nos artigos 311 e 312 do Código de Processo Penal”.

Os motivos ensejadores da custódia preventiva são aqueles enumerados taxativamente no art. 312, CPP. Mas, além disso, os *pressupostos* para sua decretação devem, por óbvio, se fazerem presentes.

Não basta, contudo, ao juiz, para atender à determinação constitucional de fundamentação dos atos decisórios, simplesmente fazer uma indicação genérica do motivo ou repetir o texto legal. É forçoso que se baseie em fatos concretos e aponte a necessidade da medida cautelar extrema.

O decreto judicial menciona o pressuposto *indício de autoria* e, apesar de olvidar a menção à *materialidade* do crime, é suficiente para demonstrá-la, por ora, a mera apuração de fatos indicativos de existência de delito.

Os motivos apontados pelo juiz monocrático para sustentar a decisão são: (1) eficácia das investigações, mediante a colheita de provas imprescindíveis para a instrução criminal, ressaltando “que ao averiguado foi dada a oportunidade de provar sua inocência, bastando apenas que realizasse o exame de DNA, porém, recusou-se a fazê-lo, injustificadamente”; (2) manutenção da integridade física e moral da vítima; (3) evitar qualquer influência no depoimento da potencial vítima e das demais testemunhas arroladas; e (4) que “o delito praticado é de extrema gravidade”.

O Tribunal recorrido, ao denegar a ordem, de forma singela confirmou os mesmos motivos do juízo primevo, sem atentar para várias informações constantes dos autos:

“No que diz respeito à necessidade da prisão cautelar, em razão do crime, considerado hediondo pela Lei n. 8.072/1990, inafastável que pela sua extrema gravidade e pela hipótese do ilícito já ter acontecido inúmeras vezes, como também de se tratar de vítima, que na época detinha doze anos de

idade, somado ao fato de trazer problemas de ordem psicológica, o que a fragiliza ainda mais, como também de se cuidar de acusado com forte inge-rência sobre ela, pois é seu padrasto, inevitavelmente sobressai que a prisão preventiva decretada, não está desmotivada, sendo necessária para que a or-dem pública seja resguardada, assim como a regularidade da instrução crimi-nal e aplicação da lei penal.

É fato que cuida-se de delito que tem causado comoção pública (...)

Ora, o despacho do Magistrado, embora sucinto, ao dimensionar a gra-vidade da infração, que causa repugnância à opinião da sociedade, sinalizou que evidentemente se fazia mister a prisão preventiva para resguardar a or-dem pública e assegurar a aplicação da lei penal, além de prevenir a incolumidade física e moral da vítima, que já salientado no corpo desta decisão, padece de problemas de distúrbios psicológicos. (...)

Outro fato que causa espécie é não querer submeter-se ao exame de DNA, pois, embora garantia constitucional para eximir-se deste propósito, esta diligência de vez afastaria ou não a sua responsabilização.

Evidentemente, se nega a autoria com tanta veemência, mais uma razão para submeter-se ao exame”.

Discorrendo sobre o conteúdo mínimo da garantia de fundamentação das de-cisões, **Antonio Scarance Fernandes**, através das lições de **Tarruffo**, leciona que este conteúdo mínimo deve compreender:

“1. O enunciado das escolhas do juiz, com relação: a) à individualização das normas aplicáveis; b) à *análise dos fatos*; c) à sua qualificação jurídica; d) às conseqüências jurídicas desta decorrentes; 2. Nexos de implicação e coerên-cia entre os referidos enunciados”. (**Fernandes, Antonio Scarance**. “Pro-cesso Penal Constitucional”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 120). Grifei.

Assim,

“Não há dúvida que a exigência de motivação abrange todas as decisões relevantes do processo, definitivas ou interlocutórias, *principalmente quando estas afetem direitos individuais*. Mantém-se, contudo, entre nós, a decisão sem motivação dos jurados, tendo em conta que a própria Constituição garante o sigilo da votação (art. 5º, XXXVIII, **b**)”. (idem *ibidem*). Grifei.

Nesse sentido, **Valdir Sznick** asseverou que o princípio do Estado de Inocência

“serve de norteador no sentido de que as prisões cautelares — *preventiva*, em flagrante, por pronúncia, e prisão temporária — deverão obedecer a esse

princípio — só decretadas *se necessárias* e para a conveniência da instrução processual”. (Sznick, Valdir. “Liberdade, Prisão Cautelar e Temporária”. São Paulo: Leud, 1994, p. 340). Grifei.

O magistrado e o Tribunal **a quo** não analisaram os fatos acaso acontecidos tendentes a demonstrar os motivos consistentes na garantia da ordem pública e eficácia da instrução criminal. Pelo que se depreende dos autos, as observações do juiz não passam de ilações subjetivas desprovidas de sustentáculos fáticos, o que é corroborado ainda, pela simples indicação genérica das normas legais aplicáveis à espécie.

Caso o decreto prisional atentasse para o fato de que a virtual vítima alterou o teor do seu depoimento, em sede policial, a partir do momento em que foi afastada da convivência do Recorrente, poder-se-ia indagar sobre a possibilidade da prisão cautelar. Contudo, ainda assim, não há como subsistir, haja vista que, pelo manifestação do *Parquet*, a simples remoção da pretensa vítima da residência do Recorrente surtiu efeito durante as investigações.

Independentemente do local em que estiver o Recorrente, a menor com ele não manteria contato, pois abrigada em instituição própria e, posteriormente, sob guarda de sua tia, portanto, afastada da residência da mãe e, conseqüentemente, do convívio com o Recorrente, pelo que se torna desnecessária a medida extrema.

Caso, porém, os acontecimentos, **a posteriori** verificados, indicarem a presença desse motivo, nada obsta ao magistrado decretar a prisão preventiva:

Processual Penal. Prisão preventiva. Revogação. Restabelecimento. Fato novo.

I - A prisão preventiva poderá ser revogada pelo juiz, no curso do processo, se se verificar a falta de motivos para que subsista, só podendo ser restabelecida se ocorrer fato novo que a justifique (CPP, art. 316).

II - Recurso provido”. (RHC n. 1.667/PB ; Recurso Ordinário em **Habeas Corpus** n. 1991/0022186-4, DJ de 25.05.1992, p. 7.404. Relator Ministro Carlos Thibau).

Outra sorte não socorre a decisão monocrática ou colegiada quando analisada sob o prisma da alegação de gravidade do delito, pois, ainda sim, é imprescindível, a demonstração, como cediço na jurisprudência, da necessidade da prisão cautelar:

“RHC — Processual Penal — Sentença condenatória — Prisão — Na legislação brasileira, não mais existe prisão preventiva pela natureza da infração penal. Nem mesmo, considerando os crimes hediondos. Impõe-se ob-

servar o princípio da necessidade. Se a restrição ao exercício do direito de defesa decorre exclusivamente da sentença condenatória, materialmente, seria cumprimento antecipado de sanção penal”. (RHC n. 7.886/SP; Recurso Ordinário em **Habeas Corpus** n. 1998/0064593-4, DJ de 17.05.1999, p. 239. Relator Ministro Fernando Gonçalves. Relator p/ o acórdão Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro).

“(…) II - Prisão preventiva: falta de fundamentação concreta de sua necessidade cautelar, não suprida pelo apelo à gravidade objetiva do fato criminoso imputado: nulidade. A fundamentação da prisão preventiva — além da prova da existência do crime e dos indícios da autoria —, há de indicar a adequação dos fatos concretos à norma abstrata que a autoriza como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução ou para assegurar a aplicação da lei penal (CPP, arts. 312 e 315). A gravidade do crime imputado, um dos malsinados ‘crimes hediondos’ (Lei n. 8.072/1990), não basta a justificação da prisão preventiva, que tem natureza cautelar, no interesse dos interesses do desenvolvimento e do resultado do processo, e só se legitima quando a tanto se mostrar necessária: não serve a prisão preventiva, nem a Constituição permitiria que para isso fosse utilizada, a punir sem processo, em atenção à gravidade do crime imputado, do qual, entretanto, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (CF, art. 5º, LVII)”. (RHC n. 68.631/DF — Distrito Federal. Recurso em **Habeas Corpus**. Relator: Ministro Sepulveda Pertence. Julgamento: 25.06.1991. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: DJ de 23.08.1991).

Causa espécie, ainda, a decretação da prisão preventiva tendo por base a alegação de que o Recorrente negou-se a fornecer material probatório para análise de ADN, pois teria colocado em risco a instrução criminal. Além de decretada sem supedâneo legal, contraria, de forma escancarada, o direito a não-auto-incriminação, insculpido no art. 5º, LXIII, da Carta Magna.

O brocardo latino **nemo tenetur prodere seipsum, quia nemo tenetur detegere turpitudinem suam** é aplicado desde a Idade Média, vale dizer, a regra segundo a qual “ninguém pode ser compelido a depor contra si mesmo, pois ninguém é obrigado a auto-incriminar-se” era reconhecida desde os tempos em que os homens eram considerados súditos, categoria muito inferior a *cidadão*, à qual pertence, por determinação constitucional, todos os brasileiros, inclusive o Recorrente.

A Convenção Americana Sobre os Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário e, por isso, com envergadura de norma constitucional (art. 5º, § 2º, CR), dispõe em seu art. 8º, § 2º, **g, verbis**:

“Toda pessoa acusada de delito (...) (tem) o direito de não ser obrigada a depor contra si mesmo, nem a declarar-se culpada”.

No Brasil, o texto constitucional prevê determinação semelhante ao consignar no art. 5º, LXIII, que

“O preso será informado de seus direitos, entre os quais permanecer calado (...)”

O dispositivo erige como direito fundamental o direito ao silêncio ao consignar a expressão “permanecer calado”.

Hodiernamente, a interpretação constitucional assume uma posição de suma importância, principalmente nas questões que envolvem lesão a direitos e garantias fundamentais.

“O novo direito constitucional brasileiro, cujo desenvolvimento coincide com o processo de redemocratização e reconstitucionalização do País foi fruto de duas mudanças de paradigma: a) a busca da efetividade das normas constitucionais, fundada na premissa da força normativa da Constituição; b) o desenvolvimento de uma dogmática da interpretação constitucional, baseada em novos métodos hermenêuticos e na sistematização de princípios específicos de interpretação constitucional. A ascensão política e científica do direito constitucional brasileiro conduziram-no ao centro do sistema jurídico, onde desempenha uma função de filtragem constitucional de todo o direito infraconstitucional, significando a interpretação e leitura de seus instintos à luz da Constituição”. (**Barroso, Luís Roberto**. “Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro”. In Revista de Direito Administrativo. v. 225, jul/set 2001. Rio de Janeiro: Renovar, p. 36).

Destarte, os métodos interpretativos tradicionais, apesar de não proscritos da técnica exegética, não possuem a potencialidade necessária a concretizar os ditames constitucionais.

Assim, utilizando-se da hermenêutica constitucional adequada ao contexto do paradigma do Estado Democrático de Direito, ou seja, aplicando-se os princípios da *máxima efetividade* e da *força normativa da Constituição* para justificar uma interpretação extensiva dos direitos fundamentais, o texto do citado dispositivo constitucional desdobra-se em conceitos muitos mais amplos, chegando a determinar que *ninguém pode ser compelido a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, seja em âmbito processual, administrativo ou qualquer outro, que tenha a possibilidade de trazer-lhe prejuízo na seara criminal*.

Dessa forma,

“A interpretação da regra constitucional deve ser no sentido de que a garantia abrange toda e qualquer pessoa, pois, diante da presunção de inocência, que também constitui garantia fundamental do cidadão (art. 5º, inciso LVII, CF e, ainda, Convenção Americana sobre direitos humanos, art. 8º, § 2º) *a prova da culpabilidade incumbe exclusivamente à acusação*. Em decorrência disso, são incompatíveis com os referidos textos quaisquer disposições legais que possam, direta ou indiretamente, forçar o suspeito, indiciado, acusado ou mesmo qualquer pessoa (inclusive testemunha a uma auto-incriminação”. (**Gomes Filho, Antônio Magalhães**. “Direito à Prova no Processo Penal”. São Paulo: RT, 1999, p. 113). Grifei.

Ou seja,

“O princípio **nemo tenetur se detegere** abrange todas as ações, verbais ou físicas, capazes de contribuir para a incriminação de alguém. A recusa em submeter-se a intervenções corporais — colheita de sangue para exame de DNA — e a participar da reconstituição do crime; a negativa em sujeitar-se ao exame de dosagem etílica em delitos de trânsito; a oposição à entrega de documentos que possam comprometer seu possuidor. Todos esses comportamentos, por trazerem potencial lesão ao direito de defesa do acusado, estão encobertos pela máxima”. (**Haddad, Carlos Henrique Borli-do**. “O interrogatório no Processo Penal”. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 136). Grifei.

Portanto, torna-se evidente que o princípio constitucional da não-auto-incriminação

“constitui uma barreira intransponível ao direito à prova da acusação; sua denegação, sob qualquer disfarce, representará um indesejável retorno às formas mais abomináveis de repressão, comprometendo o caráter ético-político do processo e a própria correção do exercício da função jurisdicional”. (**Gomes Filho, Antônio Magalhães**. “Direito à Prova no Processo Penal”. São Paulo: RT, 1999, p. 114). Grifei.

O juiz de 1ª instância, ao decretar a custódia preventiva, e a denegação da ordem pelo Tribunal recorrido lesou, indubitavelmente, direito fundamental do Recorrente, pois, disfarçadamente, teve o intuito de constrangê-lo a submeter-se ao exame pericial. A afirmação é corroborada pela manifestação ministerial transcrita e, principalmente, com a posterior concordância do Recorrente, na oportunidade do interrogatório (fls. 173/STJ), em fornecer material biológico para confrontação de ADN.

Por fim, com fulcro no art. 2º, II, Lei n. 8.072/1990, a liberdade deixou de ser restituída, ao argumento de que o mencionado dispositivo, expressamente, proíbe a

liberdade provisória quando praticado crime hediondo ou assemelhado (fls. 177 e 189/STJ).

Estou a enveredar-me por tema axiologicamente diverso daquele a que deveria estar afeito este caso, mas obrigado a isso por força das decisões monocrática e colegiada atacadas.

Jamais poder-se-ia invocar, **in casu**, o art. 2º, II, Lei n. 8.072/1990 para inadmitir a liberdade do Paciente. Liberdade provisória e prisão preventiva estão em posições de tal forma antagônicas, de modo que, reunidas as condições de um dos institutos, o outro jamais não poderá existir.

Assim, cabe falar em liberdade provisória, tão-somente, quando houver prisão em flagrante. Por outro lado, presentes os pressupostos e motivos da prisão preventiva, deve ser decretada, sendo inadmissível, portanto, liberdade provisória. Caso desapareçam os motivos da custódia cautelar, o encarceramento deve ser relaxado.

O Paciente foi preso preventivamente, ou seja, segundo entenderam os Magistrados que atuaram neste processo, havia motivos para a decretação da medida e, por isso, deveriam negar a liberdade e nunca recorrer ao mencionado dispositivo ordinário.

Posicionei-me no sentido de não admitir a liberdade provisória quando imputada a prática de crimes hediondos e assemelhados quando do julgamento dos processos HC n. 26.755, HC n. 27.780, HC n. 28.967 e RHC 13.060.

Contudo, ao refletir sobre o tema, não poderia coadunar com a perpetuação de situações, a meu ver, contrárias ao ordenamento jurídico e resolvi, por isso, modificar meu convencimento.

Dispõe o art. 5, XLIII, CR:

“A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”.

Como percebe-se, a Constituição remeteu à lei ordinária a regulação das suas prescrições, vale dizer, caberia ao legislador a tarefa de elencar os delitos hediondos e seu tratamento jurídico, conforme determinado pelo texto do dispositivo em comento.

As regulações ordinárias das restrições à liberdade, como direito fundamental que é — fazendo-se a conjugação do **caput** e incisos XLIII e LXI, art. 5º, CR —, devem encontrar permissivo no próprio dispositivo que o menciona, ou seja, os limites ao direito de liberdade devem vir determinados no próprio artigo 5º da Lei

Maior e a sua regulação, na infraconstitucionalidade, deve obedecer as suas prescrições.

Assim, as exceções ao direito de liberdade resumem-se aos casos dos mencionados incisos, que, obrigatoriamente, devem ser fundamentadas pelo juiz e, em relação aos crimes hediondos, só não seriam suscetíveis de fiança, graça ou anistia, não estabelecendo a CR a prisão cautelar obrigatória quando a alguém for imputado um daqueles delitos.

A Doutrina Processual Penal posicionou-se no sentido de que o texto da referida lei fere

“A Constituição Federal com a total vedação de liberdade provisória com ou sem fiança. Argumentou-se, em síntese, que o art. 5º, inciso XLIII, só afirmou a inafiançabilidade dos crimes hediondos, não possibilitando ao legislador ordinário que impedisse, de maneira integral, a liberação provisória da pessoa presa em flagrante, como sucedeu com o art. 2º da Lei n. 8.072/1990”. (**Fernandes, Antonio Scarance**. “Processo Penal Constitucional”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 319).

Contudo, a Lei n. 8.072/1990 foi além e determinou a impossibilidade de conceder a liberdade provisória, indo de encontro aos princípios fundamentais da Liberdade (art. 5º, **caput**, e inciso LXI, CR), do Estado de Inocência (art. 5º, LVII, CR) e da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais (arts. 5º, LXI, e 93, IX, CR), reduzindo o juiz a um mero proclamador e aplicador da vontade do legislador ordinário, que atuou de forma ilegítima e inconstitucional.

A lei infraconstitucional só vigora quando em perfeita consonância com o conjunto principiológico da Lei Maior, caso contrário, resta revogada ou é inconstitucional, classificação que se dá dependendo da data da entrada em vigor da lei.

A Lei dos Crimes Hediondos, pelo exposto, é em vários aspectos, manifestamente inconstitucional, não obstante reiteradas decisões do STF em sentido contrário.

Ora, não se pode prescindir da contemplação da lei à luz dos ditames constitucionais, fugindo ao mister precípua do julgador de hermeneuta e aplicador do ordenamento jurídico.

Sequer questiona-se nos Tribunais a nomenclatura equivocada e espoliadora das leis penais e processuais penais. É flagrantemente incongruente a expressão liberdade provisória e Estado democrático de direito.

A prisão é sempre provisória, seja proveniente de medida cautelar ou sentença condenatória irrecurável, haja vista que não há pena de caráter perpétuo no Brasil (art. 5º, XLVII, **b**, CR). É patente que

“A vedação da liberdade provisória, de forma abstrata e absoluta, a presos em flagrância referentes a determinados delitos fere frontalmente a fórmula fundamental do devido processo legal, na medida que constitui verdadeira antecipação de pena imposta sem processo e sem julgamento, ferindo, assim e conseqüentemente, a garantia de que ninguém poderá sofrer os efeitos de uma condenação penal, antes de ser declarado culpado por sentença transitada em julgado (a chamada ‘presunção de inocência’)”. (**Karam, Maria Lúcia**. “Prisão e Liberdades Processuais”. **In**: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 1, n. 2, abr./jun., 1993, p. 87).

A liberdade é incessante, contínua, tanto que só pode ser restringida nas remotas permissões legais, por autoridade judiciária, que seja competente para expedir o mandado e que a ordem seja fundamentada.

Ou seja, a liberdade, no ordenamento, é regra e perpétua, enquanto a prisão é exceção e provisória. Sempre.

Por isso,

“Não há possibilidade de vedação absoluta da liberdade provisória pelo legislador ordinário para uma determinada tipologia de crimes, por exemplo, os denominados crimes hediondos (tal como ocorreu com a Lei n. 8.072/1990), pois tal disposição incide no vício de inconstitucionalidade. Precisando melhor essa idéia: a lei poderá admitir ou não a liberdade provisória, conforme circunstâncias concretas, mas não vedá-la em caráter genérico e absoluto, pois infringiria os princípios da proporcionalidade, da presunção de inocência e do devido processo legal. *O legislador, mesmo quando autorizado constitucionalmente a editar normas restritivas, permanece vinculado à salvaguarda do núcleo essencial do direito restringido* (**Canotilho**). Será esta lei inconstitucional, mesmo adequada e necessária, quando adote cargas coativas de direitos, liberdades e garantia desmedidas, desajustadas, excessivas ou desproporcionadas em relação aos resultados obtidos. Também vale recordar que essa garantia é aplicável a todas as espécies de prisões provisórias”. (**Sanguinê, Odone**. “Prisão Provisória e Princípios Constitucionais”. **In** Fascículos de Ciências Penais. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, v. 5, n. 2, abr./mai./jun., 1992, p. 98). Grifei

Ora, não estamos mais a viver sob os auspícios do Estado liberal, em que o julgador era a “boca” da lei, não lhe sendo permitido qualquer atividade hermenêutica. O Estado democrático de direito exige do magistrado a interpretação e o obriga a apontar os fatos, indícios e preceitos legais em que se baseou para prolatar sua decisão.

Na matéria constante do caso **sub judice**, apesar das lições nos manuais de processo penal e nas universidades oferecerem solução simples e satisfatória, certo é que, no cotidiano forense, os operadores do Direito e, principalmente, os nobres julgadores, vêm ombreando com a moderna teoria jurídica, fato que acarreta profundo abismo entre a epistemologia/dogmática e a prática do Direito.

Olvidam-se que o Direito

“Não pode ser entendido senão em função da realização de valores, no centro dos quais se encontra o valor da pessoa humana. Aliás, toda a ordem jurídica não teria sentido se não tivesse por fim ou conteúdo a realização desses valores.” (**Greco Filho, Vicente**. “Tutela Constitucional das Liberdades”. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 8).

Não obstante, um sem número de

“Decisões repetem o argumento de que o julgador não pode julgar em desacordo com a lei em vigor, muito embora reconheçam, em sua maioria, o absurdo da mesma. Explicam que ao Poder Legislativo caberia modificação da restrição acima citada, não ao Poder Judiciário, que age limitado pelas leis.

Ocorre que todos que sustentam essa hipótese não percebem que na realidade tal permissão existe, e pasme, numa norma hierarquicamente superior, ou seja, na Constituição Federal do Brasil.

O constituinte, ao incluir o inciso XLIII no Título II da Lei Maior, que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais, impôs que esse dispositivo é, antes de mais nada, uma verdadeira garantia fundamental do indivíduo — tem natureza de garantia constitucional. (...)

O que o constituinte fez foi garantir a todos os cidadãos brasileiros que, caso respondam pelos delitos definidos como hediondos, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, tortura e terrorismo, somente lhas será negado o direito à (1) fiança, à (2) graça e à (3) anistia.

Não se discute aqui a razoabilidade de tais limitações, mas tão-somente que não reconhecer essa garantia expressa na Constituição vigente é um verdadeiro atentado ao conceito de garantia constitucional.

Quem julga admitindo o aumento dessa restrição constitucional está decidindo em total desacordo com o ordenamento jurídico vigente, ou seja, a Magna Carta.

Não se pode admitir que o legislador ordinário estabeleça restrição aos direitos e garantias previstos pela Lei Maior, uma vez que nem mesmo a emen-

da constitucional é capaz de tal absurdo (art. 60, § 4º, IV, da CF), sendo tal precedente perigosíssimo!

Imagine-se que o legislador decida restringir o direito à propriedade, à sucessão, à inviolabilidade do domicílio, promulgando uma lei que trata do assunto. Deverão os juízes julgar de acordo com essa lei, ou respeitar sobretudo a norma constitucional? (...)

Assim, para que não se permita ao legislador ordinário mutilar os direitos e garantias fundamentais do homem, não se pode mais admitir a impossibilidade de concessão de liberdade provisória sem fiança àqueles que respondem pelos crimes hediondos e equiparados, sob o fundamento de que há um impedimento legal vigente.

O citado benefício até poderá ser negado ao réu que não faça jus ao mesmo por estarem presentes circunstâncias que autorizariam decreto de prisão preventiva; mas jamais pela restrição imposta pela Lei de Crimes Hediondos”. (**Bandeira, Fernando Thompson**. “Atenção! Os Tribunais estão admitindo um Perigoso Precedente para a Mutilação dos Direitos e Garantias Fundamentais do Homem”. In Boletim do IBCCRIM, ano 11, n. 124, março de 2003, p. 5).

Por isso, **Tourinho Filho** leciona que

“Em face desses diplomas que vão surgindo sem maiores reflexões, deva o Judiciário, às vezes, decidir **contra legem**, corrigindo desse modo, os clamorosos desalentos do legislador (...)”. (**Tourinho Filho, Fernando da Costa**. “Processo Penal”. v. 3. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 457).

Diante disso, tendo em vista os argumentos esposados e o disposto no art. 5º, LVII e LXI, CR, entendo inconstitucional o art. 2º, II, da Lei n. 8.072/1990.

Por outro lado, a existência da *cautelaridade* se faz absolutamente necessária. A liberdade provisória deve ser concedida sempre que inexistentes os fundamentos da prisão preventiva, ainda que se trate de crimes hediondos e assemelhados, como vem se assentando na jurisprudência desta Corte:

“Processual Penal. Recurso ordinário em **habeas corpus**. Art. 12 da Lei n. 6.368/1976. Indeferimento de exame toxicológico. Liberdade provisória. Fundamentação.

I - Não tendo as teses de nulidade do feito em razão do indeferimento do pedido de exame toxicológico e de desclassificação do delito constante do art. 12 para o do art. 16 da Lei n. 6.368/1976, sido enfrentadas pelo v. acórdão reprochado, fica esta Corte impedida de analisá-las, sob pena de supressão de instância. (Precedentes.)

II - O indeferimento do pedido de liberdade feito em favor de quem foi detido em flagrante deve ser, em regra, concretamente fundamentado. A qualificação do crime como hediondo não dispensa a exigência de fundamentação concreta para a denegação da liberdade provisória. (Precedentes.)

III - Nos chamados crimes hediondos, a decisão que nega ao réu benefício de apelar em liberdade deve ser concretamente fundamentada. (Precedentes.)

Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, provido. (RHC n. 15.350/SP; 2003/0211763-6. DJ de 29.03.2004, p. 255. Relator Ministro Felix Fischer)

“Recurso ordinário em **habeas corpus**. Tráfico de entorpecente. Exame de provas. Prisão em flagrante. Liberdade provisória indeferida, com fundamento unicamente na hediondez do delito. Falta de requisitos autorizadores da medida extrema. Constrangimento ilegal.

Não basta para a decretação da custódia cautelar a simples qualificação do delito como hediondo, devendo ser atendidos os requisitos do art. 312 do CPP, fundamentando a necessidade da prisão.

Quanto à alegação de que não há elementos que caracterizem o tráfico imputado ao paciente, vale lembrar que o **habeas corpus**, enquanto instrumento processual, não propicia a veiculação de questões, cujo entendimento demanda o exame aprofundado de fatos e provas.

Recurso parcialmente provido para que o paciente responda ao processo em liberdade, mediante a condição de comparecer a todos os atos, ressalvada a possibilidade de decretação de nova custódia por motivo superveniente. (RHC n. 15.234/MG; 2003/0196970-0, DJ de 15.03.2004, p. 286. Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca)

“Criminal. **HC**. Posse de entorpecentes. Porte ilegal de arma. Indeferimento de liberdade provisória. Ausência de concreta fundamentação. Necessidade da medida não demonstrada. Motivação restrita à presunção de prejuízo à colheita de prova. Presença de condições pessoais favoráveis. Ordem concedida.

I - Exige-se concreta motivação ao óbice à liberdade provisória de paciente primário e sem maus antecedentes, não bastando a simples alusão à gravidade do delito.

II - Não resta demonstrada a necessidade da medida constritiva excepcional, se evidenciado que a manutenção da custódia processual foi embasada

exclusivamente na presunção de que o paciente, se solto, possa vir a prejudicar a produção da prova, sem ter havido, contudo, o exame de qualquer fato concreto a justificar a segregação.

III - A presença de condições pessoais favoráveis, mesmo não sendo garantidoras de eventual direito à liberdade provisória, devem ser devidamente valoradas, quando não demonstrada a presença de requisitos que justifiquem a medida constritiva excepcional.

IV - Deve ser concedida a liberdade provisória em favor de Adilson Souza de Andrade, mediante condições a serem estabelecidas em 1ª grau de jurisdição, sem prejuízo de que o Julgador, com base em fundamentação concreta, venha a decretar nova custódia.

V - Ordem concedida, nos termos do voto do Relator. (HC n. 30.060/RJ; 2003/0153250-3, DJ de 02.02.2004, p. 343. Relator Ministro Gilson Dipp)

“Processual Penal — Tráfico de entorpecentes — Inocência — Exame de provas — Aplicação do rito previsto na Lei n. 10.409/2002 — Matéria não examinada pelo Tribunal **a quo** — Prisão em flagrante — Pedido de liberdade provisória — Ausência de motivação concreta.

— A alegação genérica de inocência é inviável de ser examinada pela via estreita do *writ*, em razão da necessidade do amplo exame de provas.

— No que tange ao argumento de que não foi observado o rito previsto na Lei n. 10.409/2002, que trata da defesa preliminar, verifico que tal matéria não foi objeto de análise pela Corte **a quo**, o que impede seu exame nesta oportunidade, sob pena de suprimir-se instância.

— Por fim, consoante entendimento desta Corte, mesmo em se tratando de tráfico de entorpecentes, a negativa de concessão de liberdade provisória deve ser fundamentada, não sendo suficiente a mera alegação de que se trata de crime equiparado a hediondo.

— Ordem concedida em parte apenas para que seja deferida à paciente a liberdade provisória, ressalvada a sua constrição por motivo superveniente. (HC n. 28.012/RS; 2003/0060587-2, DJ de 15.12.2003, p. 334. Relator Ministro Jorge Scartezzini)

Poderia, ainda, discorrer sobre a inadmissibilidade da prisão temporária ou da inaplicabilidade da Lei n. 8.072/1990 à espécie, por entender que não constitui crime hediondo o estupro e o atentado violento ao pudor concretizados a partir da violência presumida.

Não o farei por acreditar que a argumentação expendida é suficientemente bastante a sanar a ilegalidade perpetrada com a manutenção do encarceramento provisório.

Registro, portanto, que:

1. inexistem motivos, concretamente fundamentados, suficientes para firmar o **periculum libertatis**;

2. há manifesta inconstitucionalidade a macular as decisões atacadas, pois ferem, ainda que de forma tácita, o princípio constitucional da não-auto-incriminação;

3. é inaplicável o art. 2º, II, da Lei n. 8.072/1990 à espécie, porquanto trata de tema diverso do versado nestes autos.

4. não se reveste a prisão provisória de sua natureza de necessidade e cautelaridade; e

5. tendo em conta a prevalência das normas constitucionais pertinentes à concretização dos direitos fundamentais sobre os dispositivos infraconstitucionais que os limitam, entendo o dispositivo inconstitucional ao inadmitir a liberdade provisória.

Posto isso, julgo *procedente* o recurso.

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS
N. 16.115 — PA (2004/0071572-0)

Relator: Ministro Nilson Naves

Recorrentes: Mauro de Jesus Souza Rocha e outro

Advogada: Arlete Eugenia dos Santos Oliveira

Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado do Pará

Pacientes: Mauro de Jesus Souza Rocha e Lucimauro Silva Carneiro

EMENTA

Denúncia (requisitos). Defeitos (inépcia). Inobservância de lei, regulamento ou instrução (norma penal em branco).

1. O art. 324 do Código Penal Militar pressupõe a prática de ato prejudicial à administração militar.

2. Pressupõe também, porque se trata de tipo penal incompleto (de descrição incompleta da conduta incriminada), que a conduta descrita tenha precipuamente inobservado lei, regulamento ou instrução.

3. Faltando à denúncia tais informações, faltam-lhe requisitos imprescindíveis para abrir a ação penal — inépcia formal da denúncia (Código de Processo Penal Militar, art. 77, e; Código de Processo Penal, art. 41).

4. Recurso ordinário provido; ordem concedida para trancar a ação penal.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 21 de outubro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Nilson Naves, Relator

DJ de 09.02.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: Trata-se de denúncia fundada no art. 324 do Código Penal Militar, datada de 12.03.2002 e recebida em 04.12.2002. Aos militares denunciados o Tribunal de Justiça do Pará, em 16.02.2004, negou a ordem de **habeas corpus** que lá fora impetrada. Fê-lo nestes termos:

“Analisando-se os elementos trazidos aos autos, verifica-se que os argumentos apresentados pela impetrante não são suficientes para que se conceda a ordem.

Primeiramente, não restou comprovada a ausência de conduta típica por parte dos pacientes, estando, tanto o representante do Ministério Público, quanto o Juízo processante convencidos da infração militar do art. 324 do Código Penal Militar.

Desse modo, não há que se falar em trancamento da ação penal, pois, havendo elementos suficientes e existindo, ao menos em tese, uma infração a ser apurada, o meio adequado para que isso ocorra é no curso do competente processo penal, onde os acusados podem melhor se defender e provar suas alegadas inocências.

Quanto ao fato de os pacientes figurarem no rol de testemunhas, como bem ressalta a douta Procuradora de Justiça em seu parecer, trata-se de mera irregularidade que não tem a capacidade de anular a referida ação penal.

Posto isto, não estando configurado o alegado constrangimento ilegal, denego a presente ordem.”

Nas razões encaminhadas ao Superior Tribunal, os recorrentes alegam e pedem o seguinte em resumo:

“Da exegese do artigo vê-se, de plano, que além da ação dolosa é necessário que esta dê causa direta à prática de ato prejudicial à administração militar. Pois somente assim, a tipicidade estará esgotada.

Em que pese o esforço do ilustre representante do Ministério Público Militar, não consta nos autos qualquer referência a prejuízo material causado à administração militar.

A noção de prejuízo está intimamente ligada a de dano, conforme ensina **Aurélio Buarque de Holanda**. Logo, não constando na denúncia que prejuízo material causado pelos acusados, o fato torna-se atípico.

(...)

A norma do art. 324 é uma norma penal em branco e assim sendo deve ser completada por outra, que também deverá descrever uma conduta que integrará a ação delituosa.

Não consta nos autos qualquer referência de que os acusados tivessem conhecimento de que o graduado estivesse impedido de deixar o quartel, já que circulava livremente pelas dependências do quartel, não ficava em xadrez, não era vigiado pelo CB da guarda, pelo Comandante da Guarda, não se encontrava no cárcere, estava cumprindo punição disciplinar ‘fazendo serviço’.

Vê-se que a norma se refere à ‘inobservância de lei, regulamento ou instrução’, ou seja, de uma norma penal, em branco, aquela que para sua existência, necessita de outra lei, de outra norma (regulamentar), se não houver a indicação da lei ou regulamento, não há o crime. Em a lei penal em branco, o preceito é indeterminado, mas a sanção é precisa.

(...)

Posto isso, os Recorrentes requerem que essa colenda Corte, apreciando o presente recurso ordinário, tome dele conhecimento e lhe dê provimento para o efeito de reformar o acórdão recorrido, deferindo o pedido de trancamento da ação penal, diante dos elementos constantes nos autos.”

O Ministério Público Federal é de parecer pelo não-provimento do recurso ordinário.

Requisitei informações atualizadas, as quais me foram prestadas pelo Juiz Auditor em 02.09.2004. Vejamo-las:

“O feito em epígrafe, encontra-se, atualmente, em fase inicial de sumário, já tendo sido designado o dia 26 de novembro do ano fluente, às 11h, para a audiência de qualificação e interrogatório dos denunciados, bem como para a inquirição de todas as testemunhas arroladas pelo Representante do *Parquet*, no vestíbulo.

Por oportuno, ratifico todas as demais informações prestadas ao egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Pará, há quando da apreciação do **HC**, em primeira instância, e que integram, também, o presente.”

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): Entre as alegações que nos foram apresentadas pelos recorrentes inclui-se a de inépcia da denúncia oferecida pela Promotoria de Justiça Militar nestes termos:

“I - Noticiam os presentes autos que por volta de 00:10h do dia 26.11.2000, o 2º SGT BM Márcio André Vasconcelos de Souza que estava cumprindo punição disciplinar de detenção, conseguiu evadir-se do Quartel do 1º GBM e ter reingressado clandestinamente 40 minutos após, sem ter sido percebido por nenhum dos sentinelas da hora, motivo pelo qual foi autuado em flagrante pelo Oficial de Dia, 2º Ten BM Rabelo.

II - Que os denunciados acima estavam de sentinela de hora no dia e no local acima mencionados, sem que tomassem as devidas cautelas legais no sentido de evitar a intenção do graduado em ausentar-se do Quartel do Corpo de Bombeiros.

Com a conduta acima descrita, estão os denunciados incursos nas sanções punitivas do art. 324 do Código Penal Militar, requerendo o Representante do Ministério Público Militar.”

Dou-lhes razão. Com efeito, o tipo legal em causa pressupõe a prática de ato prejudicial à administração militar, observemo-lo: “Deixar, no exercício de função, de observar lei, regulamento ou instrução, dando causa direta à prática de ato

prejudicial à administração militar” (Código Penal Militar, art. 324). Todavia, na denúncia acima, não há a indicação da prática de tal ato pelos denunciados. É falha, portanto, a inicial da ação penal, visto que o fato eventualmente criminoso não foi, conquanto devesse sê-lo, exposto com todas as circunstâncias (Código de Processo Penal Militar, art. 77, e; Código de Processo Penal, art. 41).

Além disso, o denunciante, sem dúvida, falhou noutro ponto, pois, tratando-se, como aqui se trata, de norma penal em branco, consoante facilmente se percebe de sua rubrica (vejamo-la: “inobservância de lei, regulamento ou instrução”), deixou o denunciante, na exposição por si feita, de apontar em que teria consistido a inobservância, a saber, inobservância de qual lei, ou de qual regulamento, ou de qual instrução.

Ora, sabido e ressabido é que em branco são as proposições ou os preceitos incompletos, aqueles “corpos errantes”, segundo a expressão, se não estou enganado, de **Binding**, “à procura de alma”. “Chamam-se normas penais em branco”, escreveu **Fragoso**, “aquelas em que se apresenta incompleta a descrição da conduta incriminada, ou seja, aquelas em que o tipo deve ser completado por outra disposição legal, já existente ou futura”. Em suma, são proposições genericamente formuladas, dependendo, para que se tornem um conjunto único, que as lacunas sejam integradas, isto é, completadas com as disposições de outra lei, decreto, regulamento ou instrução. Em casos dessa espécie, impõe-se seja sempre indicado o texto integrativo acaso contrariado. Escrevendo sobre a lei penal no tempo, observou ainda **Fragoso** quanto às leis penais em branco (e a lição vem bem a propósito): “A doutrina prevalente pronuncia-se em contrário, entendendo que a alteração das disposições que integram a lei penal em branco modificam o estado jurídico total em que o réu se acha, não podendo deixar de ser consideradas caso venham a beneficiar o acusado.”

No caso em comento, repitamos, não há, na denúncia, referência a nenhum ato integrativo da aludida norma penal militar em branco: lei, regulamento ou instrução.

Dou provimento ao recurso ordinário, concedendo a ordem de **habeas corpus** a fim de trancar a ação penal devido à inépcia formal da denúncia.

**RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA
N. 12.520 — GO (2000/0112859-0)**

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido

Relator p/ o acórdão: Ministro Paulo Gallotti

Recorrentes: Andréa Maria Peixoto e outros

Advogados: Élcio Berquo Curado Brom e outros

T. origem: Tribunal de Justiça do Estado de Goiás

Impetrados: Secretário de Administração do Estado de Goiás e Diretor-Presidente do Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Estado de Goiás

Recorrido: Estado de Goiás

Procuradores: Weiler Jorge Cintra e outros

EMENTA

Recurso ordinário em mandado de segurança. Administrativo. Servidor público. Remuneração. Vantagens de caráter pessoal. Base de cálculo. Julgamento **extra petita**. Artigo 460 do Código de Processo Civil

1. “É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado” (artigo 460 do Código de Processo Civil).

2. Julgamento **extra petita** caracterizado, dada a dissonância entre o pedido deduzido na inicial do *writ* e os fundamentos invocados pelo acórdão recorrido.

3. Recurso provido, determinando-se o retorno dos autos à origem para novo julgamento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Vicente Leal. Vencidos os Srs. Ministros Relator e Fontes de Alencar. Os Srs. Ministros Fernando Gonçalves e Paulo Gallotti votaram com o Sr. Ministro Vicente Leal. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Paulo Medina. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Brasília (DF), 07 de outubro de 2003 (data do julgamento).

Ministro Paulo Gallotti, Relator p/ o acórdão.

DJ de 29.03.2004

EMENTA

Recurso ordinário. Processual Civil. Julgamento **extra petita**. Inocorrência. Servidor público. Ipasgo. Gratificação de exercício. Incorporação ao vencimento básico para fins de cálculo de outras vantagens. Impossibilidade. Ausência de direito líquido e certo.

1. Ajustando-se a prestação jurisdicional ao pedido, não há falar em ocorrência de julgamento **extra petita**.

2. “O fato de o acórdão impugnado invocar outros fundamentos, diferentes daqueles suscitados pelas partes, não implica em julgamento fora do pedido. Como se sabe, não está o juiz adstrito às razões da parte para acolher determinada questão, podendo fazê-lo por outros fundamentos.” (REsp n. 278.180/CE, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, **in** DJ de 11.12.2000).

3. A Gratificação de Exercício, como se denominou a Gratificação de Produtividade, instituída pelo artigo 3º do Decreto n. 181/1974, é vantagem pecuniária que integra a remuneração dos Fiscais de Previdência III do Ipasgo, e, não, verba de natureza vencimental, não podendo, assim, servir de base para o cálculo das demais vantagens pecuniárias do servidor.

4. Em inexistindo determinação legal expressa no sentido de que a Gratificação de Exercício, estendida aos Fiscais de Previdência III do Ipasgo, por força da Lei n. 13.402/1998, se incorporaria ao vencimento básico desses servidores, é de se reconhecer a inexistência do alegado direito líquido e certo amparável pela via mandamental.

5. “Os acréscimos pecuniários percebidos por servidor público não serão computados nem acumulados para fins de concessão de acréscimos ulteriores;” (artigo 37, inciso XIV, da Constituição da República).

6. Recurso improvido.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: Andréa Maria Peixoto e outros 41 autores, todos servidores públicos do Instituto de Previdência e Assistência dos Servido-

res do Estado de Goiás — Ipasgo, ocupantes dos cargos de Fiscal de Previdência III, impetraram mandado de segurança contra o Secretário de Estado de Administração e o Diretor-Presidente do Ipasgo, objetivando lhes seja assegurado o direito de ver suas vantagens pessoais calculadas sobre a remuneração do cargo de Fiscal de Previdência III, assim considerada a soma do vencimento-base com a Gratificação de Exercício e a Gratificação de Representação Especial.

Para tanto, alegou o seguinte:

“(…)

Por força da Lei n. 13.402, de 22 de dezembro de 1998, foi estendida aos impetrantes e demais titulares dos cargos de Fiscal de Previdência III, a parcela vencimental denominada ‘Gratificação de Exercício’, paga em razão do exercício do cargo, em retribuição às atividades desenvolvidas de cálculo, fiscalização e controle de contribuições obrigatórias e facultativas, devidas pelos contribuintes do Ipasgo, dentre outras atribuições, nos termos das declarações anexas.

Tal gratificação já vem sendo paga aos servidores titulares do cargo de Fiscal de Previdência IV desde o advento do Decreto n. 181, de 28.06.1974 (DOU de 30.06.1974), e foi devidamente implementada na folha de pagamento dos impetrantes a partir do mês de dezembro próximo passado.

Quando do implemento da ‘Gratificação de Exercício’, a parcela, que tem natureza essencialmente vencimental — não se tratando, pois, de vantagem pessoal, foi paga em seus contracheques como vencimento do cargo, e como tal repercutia, somado ao vencimento básico, para fim de cálculo das vantagens pessoais dos impetrantes.

Ocorre, porém, que no pagamento dos vencimentos/proventos do mês de junho, pagos em julho, entenderam por bem as autoridades coatoras em determinar que a parcela vencimental ‘Gratificação de Exercício’ não mais servisse de base de cálculo (juntamente com o vencimento básico) para o cálculo das vantagens pessoais que os impetrantes fazem jus em razão de condições individuais, recebidas em virtude de condições especiais, a saber: gratificação adicional — referente a tempo de serviço; gratificação de incentivo funcional — em razão de curso de aperfeiçoamento; gratificação de produtividade — em razão da alta produtividade, devido desde 1982; dentre outras vantagens também de natureza individual.

Estes atos causam aos impetrantes prejuízos mensais de grande monta, lhes fere o direito adquirido e constitui redução vencimental, o que no ordenamento jurídico legal e constitucional vigente é defeso, segundo se demonstrará.

(…)” (fls. 5/6).

A Segunda Turma da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, à unanimidade, extinguiu o processo, por carência do direito de ação, em acórdão assim ementado:

“Mandado de segurança. Ausência de direito líquido e certo.

Sob o prisma da Lei n. 1.460/1988 e a sua interpretação jurisprudencial a incorporação de função aos proventos do servidor público está condicionada à efetiva percepção do benefício por um período mínimo de cinco anos ininterruptos, ou dez intercalados.

A não-comprovação do referido lapso temporal configura ausência do direito líquido e certo hábil a amparar a pretensão mandamental.

Segurança extinta por carência do direito à ação mandamental.” (Fl. 424)

Opostos embargos declaratórios, foram estes rejeitados, em decisão sumariada da seguinte forma:

“Embargos declaratórios. Contradição e omissão incorrentes.

A contradição justificadora da interposição dos embargos declaratórios há de ser aquela revelada entre as premissas que compõem o raciocínio ou entre estas e a conclusão do **decisum**, e não aquela decorrente da divergência entre a pretensão e o posicionamento adotado pelo julgador. Inexistentes alegadas contradição e omissão, devem ser rejeitados os embargos declaratórios.

Embargos de declaração rejeitados.” (Fl. 445)

Do acórdão foi interposto recurso ordinário, com fundamento no artigo 105, inciso II, alínea **b**, do permissivo constitucional, em que se alega que o acórdão recorrido decidiu questão diversa da que lhe foi submetida, violando o artigo 460 do Código de Processo Civil, **verbis**:

“(…)

O que se pretende é ver utilizadas as parcelas que compõem a remuneração do cargo, para fins de cálculo das vantagens pessoais.

Ao julgar o pedido, concluiu o julgador que ‘Assim, embora preliminarmente não possa falar em decadência, no mérito há que se reconhecer a ausência do direito líquido e certo dos impetrantes. Assim, a retirada de tal benefício do vencimento dos servidores em questão não pode ser tida como ofensiva a seu direito adquirido, já que não provaram ter usufruído de tal benefício por tempo suficiente à sua incorporação. A solução há de ser busca-

da em procedimento outro e não através dos limites estreitos do mandado de segurança.’

Ora, não houve supressão das parcelas principais (gratificação de exercício e gratificação de representação especial). O que houve e é o que se ataca no *writ* é a não-utilização de ambas, junto com o vencimento, para fins de recálculo das parcelas de natureza individual.

Desta feita, o julgamento se deu em âmbito diferente do que proposto, devendo ser cassada (...)” (fl. 452).

Sustentam, ainda, os recorrentes que:

“(…)

A gratificação de exercício e gratificação de representação especial são parcelas vencimentais que visam remunerar as funções desempenhadas pelos titulares dos cargos e carreira, e desta feita, devem ser somadas ao vencimento básico para fins de cálculo de suas vantagens pessoais, o que deixou de ser feito, por determinação do primeiro impetrado e executado pelo segundo.

(…)

Em se tratando de parcela vencimental e não de vantagem pessoal, devem as parcelas ser somadas para fins de cálculo das vantagens pessoais, sob pena de se calcular as vantagens pessoais com valores e percentuais diferentes do que assegura a lei estatutária vigente.

A doutrina faz a distinção das parcelas vencimentais e de vantagens pessoais para fins do disposto no inciso XIV do art. 37 da Constituição Federal, com redação que lhe deu a Emenda Constituição n. 19/1998 (...).

Neste sentido, a jurisprudência distingue as parcelas que integram o vencimento do servidor público, para fins de cálculo de vantagens pecuniárias. (...)

(…)

*Com base nestas disposições doutrinárias e constitucionais, verifica-se que os atos dos impetrados de excluírem da base de cálculo das vantagens pessoais as vantagens inerentes ao cargo dos impetrantes são ilegais e abusivos, merecendo correção por meio de **mandamus***

Por tal motivo, o v. acórdão, ao denegar a segurança malferiu direito líquido e certo dos impetrantes, de perceberem suas parcelas de natureza pessoal calculadas sobre o total de seus vencimentos, causando injusta redução salarial.

(...)” (fls. 453/456).

Requerem, ao final, “(...) seja cassado o acórdão recorrido, eis que proferido **extra petita**, determinando a baixa dos autos para que nova decisão profira; ou, concluindo-se que não é o caso de anulação, mas sim de apreciação meritória, requer seja o mesmo reformado, garantindo aos impetrantes os seus direitos líquidos e certos de ter seus vencimentos calculados em conformidade com a legislação estatutária em vigor, em razão do direito adquirido, o ato jurídico perfeito, irredutibilidade vencimental, além de dar correta interpretação do direito frente à nova redação do art. 37, XIV, da Constituição Federal, dada pela Emenda Constitucional n. 19/1998.” (Fl. 457)

Recurso tempestivo (fl. 450), respondido (fls. 463/465) e recebido (fls. 473/474).

O Ministério Público Federal se manifestou pelo improvimento do recurso, em parecer sumariado da seguinte forma:

“Servidor público. Gratificações de natureza remuneratória, não pessoal. Impossibilidade, inobstante, de sua soma ao vencimento, visando à composição da base de cálculo das gratificações de caráter pessoal (efeito cascata). Precedentes. Parecer pelo desprovimento do recurso.” (Fl. 480)

É o relatório.

VOTO-PRELIMINAR

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Senhor Presidente, Andréa Maria Peixoto e outros 41 impetrantes, todos servidores públicos do Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Estado de Goiás — Ipasgo, ocupantes dos cargos de Fiscal de Previdência III, pretendem que a “Gratificação de Exercício”, que lhes foi estendida pela Lei Estadual n. 13.402, de 22 de dezembro de 1998, e a Gratificação de Representação Especial, instituída pelo Decreto n. 4.142, de 06 de janeiro de 1994, integrem os seus vencimentos básicos, para fins de cálculo de outras vantagens pessoais, tais como: gratificação adicional — referente a tempo de serviço; gratificação de incentivo funcional — em razão de curso de aperfeiçoamento; e gratificação de produtividade — em razão de alta produtividade, dentre outras vantagens de natureza individual.

Para tanto, alegaram que a “Gratificação de Exercício” tem *natureza essencialmente vencimental*, não se tratando, pois, de vantagem pessoal, daí por que deve ser paga como vencimento do cargo, para fins de cálculo de suas vantagens pessoais.

Sustentaram, ainda, os impetrantes, ora recorrentes, que os atos das autoridades apontadas como coatoras, que determinaram, a partir de julho de 1999, que a

“Gratificação de Exercício” não mais servisse de base de cálculo (juntamente com o vencimento básico) para a concessão de vantagens pessoais, ofenderam direito líquido e certo em ter seus vencimentos calculados em conformidade com a legislação estatutária em vigor, violando, ainda, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, o princípio da irredutibilidade vencimental, além da má interpretação da nova redação do art. 37, inciso XIV, da Constituição Federal, com a nova redação que lhe deu a Emenda Constitucional n. 19/1998.

A Corte Estadual, a despeito de ter extinguido o processo, por carência de ação, julgou-lhe o mérito, decidindo que os impetrantes não tinham direito adquirido à incorporação da “Gratificação de Exercício” aos seus padrões de vencimentos, por não terem demonstrado que perceberam a aludida vantagem por cinco anos ininterruptos, na forma exigida pelo art. 267 da Lei Estadual n. 1.460/1988 e art. 98 da Constituição do Estado, na sua redação original.

Vejam-se, a propósito, os fundamentos do acórdão recorrido:

“(…)

Relativamente ao mérito, convém lembrar que o art. 267, incisos I e II, do § 1º, da Lei n. 1.460/1988 permitia a incorporação aos proventos do servidor público estadual o direito de agregar ao vencimento a gratificação de função ou de representação que houvesse exercido por um período mínimo de cinco anos ininterruptos, ou dez intercalados.

Tal benefício teve igualmente previsão na Constituição do Estado de Goiás, via de seu art. 98, o qual, entretanto, resultou revogado com o advento da Emenda Constitucional n. 10 de 04.04.1995.

Todavia, a Emenda Constitucional, ao revogar o texto em referência, fê-lo por razões de conveniência e não de inconstitucionalidade, não atingindo, portanto, a validade ou obrigatoriedade da lei ordinária, cujo texto não contraria o de nenhuma lei maior.

(…)

Entretanto, mesmo reconhecida a vigência do art. 267, da Lei n. 1.460/1988, o exercício da função, ou a percepção do benefício por um período de cinco anos ininterruptos, ou dez intercalados, era condição **sine qua non** para a incorporação aos proventos.

(…)

E na perquirição do tempo de serviço exercido pelos autores da impetração, tem-se que não foi convenientemente demonstrada a percepção da vantagem por cinco anos ininterruptos.

(...)

Ora, como se vê, os próprios impetrantes, apesar de informar que os fiscais de nível IV já percebem a referida gratificação desde o ano de 1974, afirmam que eles mesmos somente tiveram esta vantagem estendida aos seus cargos após o mês de dezembro de 1998, ou seja, a menos de um ano, se efetuada a contagem do prazo até a retirada do benefício que ocorreu em meados deste ano.

Foram apenas meses de percepção de referida verba, o que não confere direito à sua incorporação.

(...)” (fls. 417/422).

De todo o exposto, resulta que, diversamente do alegado pelos recorrentes, não há falar, **in casu**, em ocorrência de julgamento **extra petita**, uma vez que a prestação jurisdicional ajustou-se à perfeição ao pedido, na exata medida em que o acórdão recorrido decidiu que a pretensão dos servidores só seria possível caso já percebessem a vantagem que pretendiam incorporar aos seus padrões de vencimentos por prazo superior a 5 anos.

Ademais, “o fato de o acórdão impugnado invocar outros fundamentos, diferentes daqueles suscitados pelas partes, não implica em julgamento fora do pedido. Como se sabe, não está o juiz adstrito às razões da parte para acolher determinada questão, podendo fazê-lo por outros fundamentos.” (REsp n. 278.180/CE, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, **in** DJ de 11.12.2000). Daí, o brocardo latino, **da mihi factum, dabo tibo jus**.

Pelo exposto, afasto a preliminar de ocorrência de julgamento **extra petita**.
É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Vicente Leal (Relator): Trata-se de recurso ordinário interposto contra acórdão da egrégia Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás que, por unanimidade de votos, extinguiu o mandado de segurança impetrado por servidores públicos do Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Estado de Goiás contra ato do Secretário de Estado de Administração e o Diretor-Presidente do instituto, ao fundamento de que os impetrantes não fazem jus à incorporação da nominada *gratificação de serviço* porque não restou comprovado o cumprimento do requisito temporal, seja, a percepção da parcela por cinco anos ininterruptos ou dez anos intercalados, nos termos da Constituição Estadual e do Estatuto dos Servidores Públicos Estaduais.

No recurso ordinário, sustentam os recorrentes, inicialmente, que o Tribunal a **quo** decidiu questão diversa da pretensão deduzida no *writ*. Alegam que a segurança foi impetrada com o objetivo de que o cálculo das vantagens pessoais incidisse sobre o valor da remuneração total do cargo, composta do vencimento padrão, da *gratificação de exercício* e da *gratificação de representação especial*.

O ilustre Ministro Hamilton Carvalhido, Relator do processo, negou provimento ao presente recurso ordinário constitucional, afastando a alegação de que o Tribunal de origem proferira julgamento **extra petita**, reconhecendo que o acórdão impugnado analisou o pedido do **mandamus** na medida em que decidiu que a incorporação da vantagem aos seus vencimentos dependia do implemento da condição temporal.

Pedi vista para melhor exame da questão.

Após reflexão do **thema decidendum**, estou em que o Tribunal goiano não analisou a pretensão deduzida pelos impetrantes.

Os impetrantes são servidores do Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Estado de Goiás, titulares do cargo de Fiscal de Previdência III.

Na exordial, sustentam que, por força da Lei Estadual n. 13.402, de 28.12.1998, foi-lhes estendida a parcela denominada *gratificação de exercício* paga em razão do exercício do cargo, a exemplo dos que já ocorria aos titulares do cargo de Fiscal de Previdência IV, nos termos do Decreto n. 181, de 28.06.1974.

No entanto, alegam que, a partir de junho de 1999, as vantagens de natureza individuais de cada impetrante deixaram de ser calculadas sobre os valores do vencimento básico do cargo e da referida *gratificação de exercício*.

Dá a irresignação dos impetrantes, verberando possuírem direito líquido e certo de que a *gratificação de exercício*, juntamente com o vencimento padrão e com a *gratificação de representação especial*, sirvam de base de cálculo de suas vantagens pessoais.

Argumentam que a *gratificação de exercício* não possui natureza de vantagem individual, mas são pagas em razão do exercício do cargo, possuindo caráter de vencimento, motivo pelo qual deve servir de base de cálculo das vantagens pessoais.

Para melhor esclarecimento, transcrevo o pedido formulado na petição inicial, **verbis**:

“Face ao que se expôs, vêm os impetrantes requerer a tutela jurisdicional do Estado, através da ação especial de mandado de segurança, requerendo seja recebido e processado na forma legal, com a notificação dos impetrados para prestar as informações que se julgar necessárias; vistas ao Ministério

Público; e ao final, requer seja assegurado aos impetrantes o direito de ver suas vantagens pessoais calculadas sobre as parcelas da remuneração do cargo de Fiscal de Previdências III (Vencimento, Gratificação de Exercício e Gratificação de Representação Especial).” (Fl. 11)

Todavia, o Tribunal **a quo**, analisando questão diversa, extinguiu o processo, por carência da ação, sob os seguintes fundamentos:

“Relativamente ao mérito, convém lembrar que o artigo 267, incisos I e II, do § 1º, da Lei n. 1.460/1988 permitia a incorporação aos proventos do servidor público estadual o direito de agregar ao vencimento a gratificação de função ou de representação que houvesse exercido por um período mínimo de cinco anos ininterruptos, ou dez intercalados.

Tal benefício teve igualmente previsão na Constituição do Estado de Goiás, via de seu art. 98, o qual, entretanto, resultou revogado com o advento da Emenda Constitucional n. 10 de 04.04.1995.

Todavia, a Emenda Constitucional, ao revogar o texto em referência, fê-lo por razões de conveniência e não de inconstitucionalidade, não atingindo, portanto, a validade ou obrigatoriedade da lei ordinária, cujo texto não contraria o de nenhuma lei maior.

Realmente chegou a instaurar-se uma polêmica em torno da vigência do referido art. 267 da Lei n. 1.460/1988. Entretanto, a questão restou solucionada em face do despacho “AT n. 1.960/1998”, da douta Procuradoria Geral do Estado, que reconheceu a vigência do dispositivo mencionado.

Entretanto, mesmo reconhecida a vigência do art. 267 da Lei n. 1.460/1988, o exercício da função, ou a percepção do benefício por um período de cinco anos ininterruptos, ou dez intercalados, era condição **sine quo non** para a incorporação aos proventos.

Este é o unânime entendimento jurisprudencial, representado pelos julgados que trago à colação:

“Faz jus à incorporação aos seus proventos o servidor que, durante 5 anos ininterruptos ou 10 intercalados, tenha percebido gratificação de função e representação, sendo-lhe atribuída a de maior valor desde que preenchido o requisito exigido pelo art. 267, I, § 1º, da Lei n. 10.460/1988, não revogado pela Emenda Constitucional n. 10/1995.” (Terceira Câmara Cível, MS n. 8.045-5, Relator Dr. Leobino Valente Chaves, Ac. de 06.10.1998)

“O direito do funcionário a aposentar-se no cargo em comissão com as vantagens previstas na Emenda Constitucional n. 76, de 28.04.1988, que alterou o art. 69, §§ 1ª e 2ª, da Constituição Estadual, pressupõe cinco anos de exercício ininterrupto ou dez anos intercalados...” (Tribunal Pleno, Proc. Adm. n. 568-5, Rel. Des. Fenelon Teodoro Reis, ac. de 27.02.1997).

E na perquirição do tempo de serviço exercido pelos autores da impetração, tem-se que não foi convenientemente demonstrada a percepção da vantagem por cinco anos ininterruptos.

De fato, sequer está comprovado o tempo pelo qual os impetrantes exerceram o cargo de Fiscal de Previdência III.

Dos autos consta a cópia da publicação do Decreto de 04 de julho de 1999 (fl. 348 vª), mas referido documento, na verdade refere-se ao enquadramento dos servidos no *cargo de Fiscal de Previdência II*, anteriormente exercido pelos impetrantes.

Igualmente, tanto as fichas financeiras, quanto as cópias dos demonstrativos de pagamento juntados às fls. 27/327 não abrangem período anterior a um ano.

E mais do que isto, na própria inicial os impetrantes deixam claro que não percebem a referida vantagem — pelo tempo necessário à sua incorporação.

Para melhor esclarecimento, transcrevo trecho daquela petição:

“Os impetrantes são servidores ativos e inativos do Ipasgo, titulares de cargos de provimento efetivo de Fiscal de Previdência III, segundo prova que faz os inclusos documentos funcionais;

Por força da Lei n. 13.402, de 22 de dezembro de 1998, foi estendida aos impetrantes e demais titulares dos cargos de Fiscal de Previdência II, a parcela vencimental denominada “Gratificação de Exercício”, paga em razão do exercício do cargo, em retribuição às atividades desenvolvidas de cálculo, fiscalização e controle de contribuições obrigatórias e facultativas, derivadas pelos contribuintes do Ipasgo, dentre outras atribuições.

Tal gratificação já vem sendo paga aos servidores titulares do cargo de Fiscal de Previdência IV, desde o advento do Decreto n. 181, de 28.06.1974 (DOU de 30.06.1974, 1975) e foi devidamente implementada na folha de pagamento dos impetrantes a partir do mês de dezembro próximo passado.” (Fl. 05)

Ora, como se vê, os próprios impetrantes, apesar de informar que os fiscais de nível IV já percebem a referida gratificação desde o ano de 1974, afirmam que eles mesmos somente tiveram esta vantagem estendida aos seus cargos após o mês de dezembro de 1998, ou seja, a menos de um ano, se efetuada a contagem do prazo até a retirada do benefício que ocorreu em meados deste ano.

Foram apenas meses de percepção de referida verba, o que não confere direito à sua incorporação.

Assim, embora preliminarmente não se possa falar em decadência, no mérito há que se reconhecer a ausência do direito líquido e certo dos impetrantes.

Assim, a retirada de tal benefício do vencimento dos servidores em questão não pode ser tida como ofensiva a seu direito adquirido, já que não provaram terem usufruído de tal benefício por tempo suficiente à sua incorporação. A solução há de ser buscada em procedimento outro e não através dos limites estreitos do mandado de segurança.

Por todo o exposto, e ao teor dessas considerações, há que ser extinta a segurança pleiteada, em decorrência da carência do direito à ação mandamental, posto que, inapropriada a medida.” (Fls. 417/423)

Ora, a pretensão deduzida na exordial do **mandamus** não se refere à possibilidade de incorporação de função aos proventos do servidor público. Na verdade, o que pretendem os impetrantes é que a *gratificação de exercício*, juntamente com o vencimento padrão e com a *gratificação de representação especial*, sirva de base de cálculo de suas vantagens pessoais.

É de se reconhecer, portanto, que o Tribunal de origem proferiu julgamento **extra petita**, decidindo questão diversa da postulada, sendo de rigor o provimento do presente recurso ordinário para que seja proferida nova decisão nos exatos limites propostos na inicial do *writ*.

Isto posto, dou provimento ao recurso ordinário para que a questão seja analisada novamente pelo Tribunal **a quo**.

É o voto.

VOTO-DESEMPATE

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Versa a hipótese sobre mandado de segurança impetrado por servidores do Instituto de Previdência e Assistência do Estado de Goiás, contra ato de seu Presidente e do Secretário de Estado de Administração,

objetivando ver assegurado o direito de perceberem as vantagens pessoais sobre a remuneração do cargo de Fiscal de Previdência III, entendida essa como a soma do vencimento, da Gratificação de Exercício e a Gratificação de Representação Especial.

Ao apreciar o *writ*, a Segunda Turma Julgadora da Primeira Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, por unanimidade de votos, julgou os impetrantes carecedores do direito de ação, restando o acórdão assim ementado:

“Mandado de segurança. Ausência de direito líquido e certo.

Sob o prisma da Lei n. 1.460/1988 e a sua interpretação jurisdicional, a incorporação de função aos proventos do servidor público está condicionada à efetiva percepção do benefício por um período mínimo de cinco anos ininterruptos, ou dez intercalados.

A não-comprovação do referido lapso temporal configura ausência de direito líquido e certo, hábil a amparar a pretensão mandamental.

Segurança extinta por carência do direito à ação mandamental” (fl. 424).

Opostos embargos declaratórios, foram rejeitados (fls. 445/446).

Daí o presente recurso ordinário, com fundamento no art. 105, II, alínea **b**, da Constituição Federal, onde os recorrentes sustentam, preliminarmente, que o Tribunal de origem julgou questão diversa da pretensão posta em juízo, e, no mérito, repisam as teses sustentadas na exordial da impetração.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo reconhecimento da nulidade do acórdão recorrido ou pelo improvimento do recurso.

O Relator, Ministro Hamilton Carvalhido, acompanhado pelo Ministro Fontes de Alencar, após afastar a alegação de ocorrência de julgamento **extra petita**, ao entendimento de que a “prestação jurisdicional ajustou-se à perfeição ao pedido, na exata medida em que o acórdão recorrido decidiu que a pretensão dos servidores só seria possível caso já percebessem a vantagem que pretendiam incorporar aos seus padrões de vencimentos por prazo superior a 5 anos”, concluiu por não acolher a irresignação.

Pediu vista o Ministro Vicente Leal, que, inaugurando a divergência, seguido pelo Ministro Fernando Gonçalves, reconheceu ter o Tribunal **a quo** apreciado questão diversa da postulada, razão pela qual manifestou-se pelo retorno do feito à origem, para que a lide seja decidida nos termos em que proposta.

Após, vieram-me os autos conclusos para proferir voto-desempate.

Acompanho a divergência, pedindo vênias aos Ministros Hamilton Carvalhido e Fontes de Alencar.

Como bem demonstrou o Ministro Vicente Leal, o que pretende a ação não é o reconhecimento do direito à incorporação de função aos proventos dos recorridos, mas, sim, que a vantagem denominada de Gratificação de Exercício integre a base de cálculo sobre a qual incidem as vantagens de caráter pessoal.

Assim, o Tribunal, ao calcar sua decisão com base no entendimento de que a incorporação de função aos proventos dos servidor público está condicionada ao seu exercício por um prazo mínimo de cinco anos, apreciou pedido diverso daquele contido na impetração, restando configurado, a meu ver, o julgamento **extra petita**, acarretando a nulidade do acórdão, devendo a Corte Estadual proferir novo julgamento.

Ante o exposto, acompanho o Ministro Vicente Leal e o Ministro Fernando Gonçalves, para dar provimento ao recurso.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: Senhores Ministros, Andréa Maria Peixoto e outros 41 autores, todos servidores públicos do Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Estado de Goiás — Ipasgo, ocupantes dos cargos de Fiscal de Previdência III, impetraram mandado de segurança contra o Secretário de Estado de Administração e o Diretor-Presidente do Ipasgo, objetivando lhes seja assegurado o direito de ver suas vantagens pessoais calculadas sobre a remuneração do cargo de Fiscal de Previdência III, assim considerada a soma do vencimento-base com a Gratificação de Exercício e a Gratificação de Representação Especial.

Para tanto, alegou o seguinte:

“(…)

Por força da Lei n. 13.402, de 22 de dezembro de 1998, foi estendida aos impetrantes e demais titulares dos cargos de Fiscal de Previdência III, a parcela vencimental denominada ‘Gratificação de Exercício’, paga em razão do exercício do cargo, em retribuição às atividades desenvolvidas de cálculo, fiscalização e controle de contribuições obrigatórias e facultativas, devidas pelos contribuintes do Ipasgo, dentre outras atribuições, nos termos das declarações anexas.

Tal gratificação já vem sendo paga aos servidores titulares do cargo de Fiscal de Previdência IV desde o advento do Decreto n. 181, de 28.06.1974 (DOU de 30.06.1974), e foi devidamente implementada na folha de pagamento dos impetrantes a partir do mês de dezembro próximo passado.

Quando do implemento da ‘Gratificação de Exercício’, a parcela, que tem natureza essencialmente vencimental — não se tratando, pois, de vantagem pessoal, foi paga em seus contracheques como vencimento do cargo, e como tal repercutia, somado ao vencimento básico, para fim de cálculo das vantagens pessoais dos impetrantes.

Ocorre, porém, que no pagamento dos vencimentos/proventos do mês de junho, pagos em julho, entenderam por bem as autoridades coatoras em determinar que a parcela vencimental ‘Gratificação de Exercício’ não mais servisse de base de cálculo (juntamente com o vencimento básico) para o cálculo das vantagens pessoais que os impetrantes fazem jus em razão de condições individuais, recebidas em virtude de condições especiais, a saber: gratificação adicional — referente a tempo de serviço; gratificação de incentivo funcional — em razão de curso de aperfeiçoamento; gratificação de produtividade — em razão da alta produtividade, devido desde 1982; dentre outras vantagens também de natureza individual.

Estes atos causam aos impetrantes prejuízos mensais de grande monta, lhes fere o direito adquirido e constitui redução vencimental, o que no ordenamento jurídico legal e constitucional vigente é defeso, segundo se demonstrará.

(...)” (fls. 5/6).

A Segunda Turma da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, à unanimidade, extinguiu o processo, por carência do direito de ação, em acórdão assim ementado:

“Mandado de segurança. Ausência de direito líquido e certo.

Sob o prisma da Lei n. 1.460/1988 e a sua interpretação jurisprudencial a incorporação de função aos proventos do servidor público está condicionada à efetiva percepção do benefício por um período mínimo de cinco anos ininterruptos, ou dez intercalados.

A não-comprovação do referido lapso temporal configura ausência do direito líquido e certo hábil a amparar a pretensão mandamental.

Segurança extinta por carência do direito à ação mandamental.” (Fl. 424)

Opostos embargos declaratórios, foram estes rejeitados, em decisão sumariada da seguinte forma:

“Embargos declaratórios. Contradição e omissão incorrentes.

A contradição justificadora da interposição dos embargos declaratórios há de ser aquela revelada entre as premissas que compõem o raciocínio ou

entre estas e a conclusão do **decisum**, e não aquela decorrente da divergência entre a pretensão e o posicionamento adotado pelo julgador. Inexistentes alegadas contradição e omissão, devem ser rejeitados os embargos declaratórios.

Embargos de declaração rejeitados.” (Fl. 445)

Do acórdão foi interposto recurso ordinário, com fundamento no art. 105, inciso II, alínea **b**, do permissivo constitucional, em que se alega que o acórdão recorrido decidiu questão diversa da que lhe foi submetida, violando o art. 460 do Código de Processo Civil, **verbis**:

“(…)

O que se pretende é ver utilizadas as parcelas que compõem a remuneração do cargo, para fins de cálculo das vantagens pessoais.

Ao julgar o pedido, concluiu o julgador que ‘Assim, embora preliminarmente não possa falar em decadência, no mérito há que se reconhecer a ausência do direito líquido e certo dos impetrantes. Assim, a retirada de tal benefício do vencimento dos servidores em questão não pode ser tida como ofensiva a seu direito adquirido, já que não provaram ter usufruído de tal benefício por tempo suficiente à sua incorporação. A solução há de ser buscada em procedimento outro e não através dos limites estreitos do mandado de segurança.’

Ora, não houve supressão das parcelas principais (gratificação de exercício e gratificação de representação especial). O que houve e é o que se ataca no *writ* é a não-utilização de ambas, junto com o vencimento, para fins de recálculo das parcelas de natureza individual.

Desta feita, o julgamento se deu em âmbito diferente do que proposto, devendo ser cassada (...)” (fl. 452).

Sustentam, ainda, os recorrentes que:

“(…)

A gratificação de exercício e gratificação de representação especial são parcelas vencimentais que visam remunerar as funções desempenhadas pelos titulares dos cargos e carreira, e desta feita, devem ser somados ao vencimento básico para fins de cálculo de suas vantagens pessoais, o que deixou de ser feito, por determinação do primeiro impetrado e executado pelo segundo.

(…)

Em se tratando de parcela vencimental e não de vantagem pessoal, devem as parcelas ser somadas para fins de cálculo das vantagens pessoais, sob

pena de se calcular as vantagens pessoais com valores e percentuais diferentes do que assegura a lei estatutária vigente.

A doutrina faz a distinção das parcelas vencimentais e de vantagens pessoais para fins do disposto no inciso XIV do art. 37 da Constituição Federal, com redação que lhe deu a Emenda Constituição n. 19/1998 (...).

Neste sentido, a jurisprudência distingue as parcelas que integram o vencimento do servidor público, para fins de cálculo de vantagens pecuniárias. (...)

(...)

*Com base nestas disposições doutrinárias e constitucionais, verifica-se que os atos dos impetrados de excluírem da base de cálculo das vantagens pessoais as vantagens inerentes ao cargo dos impetrantes são ilegais e abusivos, merecendo correção por meio de **mandamus***

Por tal motivo, o v. acórdão, ao denegar a segurança malferiu direito líquido e certo dos impetrantes, de perceberem suas parcelas de natureza pessoal calculadas sobre o total de seus vencimentos, causando injusta redução salarial.

(...)” (fls. 453/456).

Requerem, ao final, “(...) seja cassado o acórdão recorrido, eis que proferido **extra petita**, determinando a baixa dos autos para que nova decisão profira; ou, concluindo-se que não é o caso de anulação, mas sim de apreciação meritória, requer seja o mesmo reformado, garantindo aos impetrantes os seus direitos líquidos e certos de ter seus vencimentos calculados em conformidade com a legislação estatutária em vigor, em razão do direito adquirido, o ato jurídico perfeito, irreduzibilidade vencimental, além de dar correta interpretação do direito frente à nova redação do artigo 37, XIV, da Constituição Federal, dada pela Emenda Constitucional n. 19/1998.” (Fl. 457)

O Ministério Público Federal se manifestou pelo improvimento do recurso, em parecer sumariado da seguinte forma:

“Servidor público. Gratificações de natureza remuneratória, não pessoal. Impossibilidade, inobstante, de sua soma ao vencimento, visando à composição da base de cálculo das gratificações de caráter pessoal (efeito cascata). Precedentes. Parecer pelo desprovimento do recurso.” (Fl. 480)

Na sessão do dia 19 de fevereiro de 2002, julgando o mérito do recurso ordinário, afastei a preliminar de julgamento **extra petita**, no que fui acompanhado pelo Ministro Fontes de Alencar.

Pedi vista o Ministro Vicente Leal.

Na sessão do dia 12 de março de 2002, o Ministro Vicente Leal acolheu a preliminar de julgamento **extra petita**, tendo sido acompanhado pelo Ministro Fernando Gonçalves.

Em razão de empate no julgamento, foram os autos conclusos ao Ministro Paulo Gallotti, para complementação de **quorum**.

Em 06 de março de 2003, proferindo voto-desempate, o Ministro Paulo Gallotti acompanhou a divergência, reconhecendo a ocorrência de julgamento **extra petita**.

Pedi vista dos autos para melhor exame da questão.

Andréa Maria Peixoto e outros 41 impetrantes, todos servidores públicos do Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Estado de Goiás — Ipasgo, ocupantes dos cargos de Fiscal de Previdência III, pretendem que a “Gratificação de Exercício”, que lhes foi estendida pela Lei Estadual n. 13.402, de 22 de dezembro de 1998, e a Gratificação de Representação Especial, instituída pelo Decreto n. 4.142, de 06 de janeiro de 1994, integrem os seus vencimentos básicos, para fins de cálculo de outras vantagens pessoais, tais como: gratificação adicional — referente a tempo de serviço; gratificação de incentivo funcional — em razão de curso de aperfeiçoamento; e gratificação de produtividade — em razão de alta produtividade, dentre outras vantagens de natureza individual.

Para tanto, alegaram que a “Gratificação de Exercício” tem *natureza essencialmente vencimental*, não se tratando, pois, de vantagem pessoal, daí por que deve ser paga como vencimento do cargo, para fins de cálculo de suas vantagens pessoais.

Sustentaram, ainda, os impetrantes, ora recorrentes, que os atos das autoridades apontadas como coatoras, que determinaram, a partir de julho de 1999, que a “Gratificação de Exercício” não mais servisse de base de cálculo (juntamente com o vencimento básico) para a concessão de vantagens pessoais, ofenderam direito líquido e certo em ter seus vencimentos calculados em conformidade com a legislação estatutária em vigor, violando, ainda, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, o princípio da irredutibilidade vencimental, além da má interpretação da nova redação do art. 37, inciso XIV, da Constituição Federal, com a nova redação que lhe deu a Emenda Constitucional n. 19/1998.

A Corte Estadual, a despeito de ter extinguido o processo, por carência de ação, julgou-lhe o mérito, decidindo que os impetrantes não tinham direito adquirido à incorporação da “Gratificação de Exercício” aos seus padrões de vencimentos, por não terem demonstrado que perceberam a aludida vantagem por cinco

anos ininterruptos, na forma exigida pelo art. 267 da Lei Estadual n. 1.460/1988 e art. 98 da Constituição do Estado, na sua redação original.

Vejam-se, a propósito, os fundamentos do acórdão recorrido:

“(…)

Relativamente ao mérito, convém lembrar que o art. 267, incisos I e II, do § 1º, da Lei n. 1.460/1988 permitia a incorporação aos proventos do servidor público estadual o direito de agregar ao vencimento a gratificação de função ou de representação que houvesse exercido por um período mínimo de cinco anos ininterruptos, ou dez intercalados.

Tal benefício teve igualmente previsão na Constituição do Estado de Goiás, via de seu artigo 98, o qual, entretanto, resultou revogado com o advento da Emenda Constitucional n. 10 de 04.04.1995.

Todavia, a Emenda Constitucional, ao revogar o texto em referência, fê-lo por razões de conveniência e não de inconstitucionalidade, não atingindo, portanto, a validade ou obrigatoriedade da lei ordinária, cujo texto não contraria o de nenhuma lei maior.

(…)

Entretanto, mesmo reconhecida a vigência do art. 267 da Lei n. 1.460/1988, o exercício da função, ou a percepção do benefício por um período de cinco anos ininterruptos, ou dez intercalados, era condição **sine qua non** para a incorporação aos proventos.

‘(…)

E na perquirição do tempo de serviço exercido pelos autores da impetração, tem-se que não foi convenientemente demonstrada a percepção da vantagem por cinco anos ininterruptos.

(…)

Ora, como se vê, os próprios impetrantes, apesar de informar que os fiscais de nível IV já percebem a referida gratificação desde o ano de 1974, afirmam que eles mesmos somente tiveram esta vantagem estendida aos seus cargos após o mês de dezembro de 1998, ou seja, a menos de um ano, se efetuada a contagem do prazo até a retirada do benefício que ocorreu em meados deste ano.

Foram apenas meses de percepção de referida verba, o que não confere direito à sua incorporação.

(…)” (fls. 417/422).

In casu, ao que se tem, diversamente do alegado pelos recorrentes, que sustentam a natureza vencimental da Gratificação de Exercício, daí por que deve servir de base de cálculo das vantagens pessoais, decidiu a Corte de Justiça Estadual tratar-se de vantagem pessoal, que somente pode servir de base de cálculo das vantagens pessoais quando incorporada ao vencimento, o que reclama o quinquênio de percepção.

Não há falar, assim, em ocorrência de julgamento **extra petita**, uma vez que a prestação jurisdicional ajustou-se à perfeição ao pedido, na exata medida em que, como já se disse, o acórdão recorrido decidiu que a pretensão dos servidores só seria possível caso já percebessem a vantagem que pretendiam incorporar aos seus padrões de vencimentos por prazo superior a 5 anos.

E “o fato de o acórdão impugnado invocar outros fundamentos, diferentes daqueles suscitados pelas partes, não implica em julgamento fora do pedido. Como se sabe, não está o juiz adstrito às razões da parte para acolher determinada questão, podendo fazê-lo por outros fundamentos.” (REsp n. 278.180/CE, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, **in** DJ de 11.12.2000). Daí, o brocardo latino, **da mihi factum, dabo tibo jus**.

Pelo exposto, mantenho o voto anteriormente proferido, para rejeitar, como efetivamente rejeito, a preliminar de julgamento **extra petita**.

É o voto.

**RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA
N. 12.971 — TO (2001/0031584-4)**

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido

Recorrente: Ivan Nogueira da Costa

Advogados: Hélio Miranda e outro

T. origem: Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins

Impetrado: Comandante-Geral da Polícia Militar do Estado do Tocantins

Recorrido: Estado do Tocantins

Procuradores: Marco Paiva Oliveira e outros

EMENTA

Recurso ordinário em mandado de segurança. Administrativo. Processo disciplinar. Autonomia das instâncias administrativa e penal. Suficiência e validade das provas. Incursão no mérito administrativo.

1. “Doutrina e jurisprudência são unânimes quanto à independência das esferas penal e administrativa; a punição disciplinar não depende de processo civil ou criminal a que se sujeite o servidor pela mesma falta, nem obriga a Administração Pública a aguardar o desfecho dos mesmos.” (MS n. 7.138/DF, Relator Ministro Edson Vidigal, in DJ 19.03.2001). Precedente do STF

2. Compete ao Poder Judiciário apreciar a regularidade do procedimento disciplinar, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, sem, contudo, adentrar no mérito administrativo.

3. É da boa doutrina que integram o conjunto da prova não somente os seus elementos produzidos no processo administrativo disciplinar, mas também aqueles outros que vieram à luz na sindicância que o preparou, podendo e devendo ser considerados na motivação da decisão.

4. Do policial militar é exigido o cumprimento do dever mediante rigorosa observância do regime de suas atividades, sendo que o envolvimento com pessoas e atitudes criminosas o torna absolutamente inapto a permanecer em uma organização que é e deve continuar sendo modelo de disciplina, ordem e acatamento das leis na sociedade.

5. Verificada a regularidade do processo administrativo disciplinar e a correlação da figura típica da falta disciplinar cometida com o preceito que autoriza a demissão a bem da disciplina, o exame da suficiência e da validade das provas colhidas, requisita, necessariamente, a revisão do material fático apurado no procedimento administrativo, com a conseqüente incursão sobre o mérito do julgamento administrativo, estranhos ao âmbito de cabimento do **mandamus** e à competência do Poder Judiciário.

6. Recurso improvido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 18 de maio de 2004 (data do julgamento).

Ministro Hamilton Carvalhido, Presidente e Relator

DJ de 28.06.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: Recurso ordinário interposto por Ivan Nogueira da Costa contra acórdão do Pleno do Tribunal de Justiça do Estado de Tocantins que lhe negou pedido de reintegração no serviço público estadual, na função de policial militar, assim ementado:

“Mandado de segurança — Anulação de ato administrativo — Exclusão da polícia militar — Ausência de direito líquido e certo — Denegação — Ausentes os requisitos básicos representados pela presença do direito líquido e certo, o qual deve vir evidenciado de plano, de forma indubitosa, e pela existência de um ato ilegal e abusivo, não deve prosperar a segurança. Ordem denegada.” (Fl. 295)

Aduz o recorrente que os atos que deram causa ao seu desligamento da Polícia Militar Estadual foram objeto de investigação pelo Poder Judiciário, sendo que o inquérito policial nada apurou quanto a si, não havendo sequer sido denunciado, eis que as acusações, falsas, foram originadas de vingança de marginais presos por atuação do recorrente.

Sustenta a divergência da motivação do ato que o desligou com a veracidade dos fatos, aduzindo, para tanto, que:

“(…)

À folha 133 do Processo de Disciplina, Luiz Gonzaga de Jesus Delmondes, apontado como acusador, afirma que nunca praticou assaltos em companhia do Recorrente como dissera na sindicância, e que lá, assinou acusação, por motivo de pressão dos policiais militares que pegaram seu termo de declaração, que os mesmos iam fazendo perguntas referentes ao Cabo Nogueira, ia respondendo sob pressão e tinha que assumir. Mais adiante, no início da folha 134, diz mais, o Sr. Luiz Gonzaga, quando perguntado em relação ao fato de aduzir que não conhecia o Cabo Nogueira, como, então, teria reconhecido a fotografia, havendo respondido que o Tenente Wanderlei é que teria afirmado que era o Cabo Nogueira na foto. Perguntado ainda como soubera da dispensa de tratamento de saúde, do Cabo Nogueira, informou que soubera no primeiro depoimento, pela própria polícia, quando estava sob pressão.

O processo administrativo, que está nos autos, tem todas estas situações, no entanto, não serve para repelir ao atos covardes praticados no interior dos quartéis, o que demonstra que quase nada mudou com a falsa capa democrática que se encobriu o País. Serve para demitir um servidor porque é apontado por marginais.

(...)” (fl. 305/306).

Sustenta, assim, que as acusações contra o recorrente, constantes do processo administrativo disciplinar, foram conseguidas mediante pressão, tortura e ameaça, concluindo, ainda, que nada há nos autos que desabone a sua conduta, sendo imoral o seu afastamento da corporação.

Requer, por fim, a declaração de nulidade do ato que importou na sua exclusão da Polícia Militar, concluído com base em prova obtida por meio ilícito, à falta de comprovação das acusações, não tendo o militar sido denunciado criminalmente.

Recurso tempestivo (fl. 300) e recebido (fls. 335/337).

Em contra-razões, o recorrido sustenta que os vários integrantes da quadrilha foram unânimes em apontar o recorrente como membro do grupo, consistindo sua atuação como apoio operacional no transporte de armamentos e nas fugas realizadas após a consumação do delito, sendo que, após instaurado o Conselho de Disciplina, as testemunhas desdisseram o que tinham afirmado, orientadas pelo chefe da quadrilha e pelo próprio recorrente.

O Ministério Público Federal veio pelo improvimento do recurso (fl. 343).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Senhores Ministros, relativamente à alegação de não-comprovação das acusações, ao fundamento de que o recorrente não fora denunciado criminalmente, é sabido que as esferas penal e administrativa não se interferem, sendo pois independentes, mesmo em se tratando de infração disciplinar que também configure crime em tese.

Com efeito, é unânime o constructo doutrinário e jurisprudencial acerca da autonomia das instâncias, sendo certo que apenas o reconhecimento, na esfera penal, de inexistência de autoria relativamente ao acusado ou de materialidade do crime tem o condão de determinar a absolvição na esfera administrativa, senão vejamos:

“A punição administrativa ou disciplinar não depende de processo civil ou criminal a que se sujeite também o servidor pela mesma falta, nem obriga

a Administração a aguardar o desfecho dos demais processos. Apurada a falta funcional, pelos meios adequados (processo administrativo, sindicância ou meio sumário), o servidor fica sujeito, desde logo, à penalidade administrativa correspondente.

A punição interna, autônoma que é, pode ser aplicada ao servidor antes do julgamento judicial do mesmo fato. E assim é porque, como já vimos, o ilícito administrativo independe do ilícito penal. A absolvição criminal só afastará o ato punitivo se ficar provada, na ação penal, a inexistência do fato ou que o acusado não foi seu autor.” (**Hely Lopes Meirelles**, in “Direito Administrativo Brasileiro”, 26ª ed., Malheiros, pp. 461/462).

“A responsabilidade penal, na conformidade do art. 123 abrange as contravenções e os crimes imputados ao servidor, nesta qualidade. As responsabilidades disciplinar, civil e penal, são independentes entre si e as sanções correspondentes podem ser cumular (art. 125); entretanto, a absolvição criminal que nega a existência do fato ou de sua autoria afasta a responsabilidade administrativa (art. 126). Na verdade, o mesmo poderá ser dito quando decisão judicial, em ação civil, firmar um ou outro destes dois pontos.” (**Celso Antônio Bandeira de Mello**, in “Curso de Direito Administrativo”, 8ª ed, Malheiros, pp. 180/181)

Veja-se, a propósito do tema, o seguinte precedente que define a jurisprudência desta Corte:

Mandado de segurança. Administrativo. Policial Rodoviário Federal. Demissão. Improbidade. Processo disciplinar. Regularidade. Independência das esferas administrativa e penal (arts. 125 e 126 da Lei n. 8.112/1990). Prescindibilidade de sentença penal condenatória. Distinção entre estabilidade e vitaliciedade. Princípio da proporcionalidade.

I - Conforme já decidido pela egrégia Terceira Seção: “A independência entre as instâncias penal, civil e administrativa, consagrada na doutrina e na jurisprudência, permite à Administração impor punição disciplinar ao servidor faltoso à revelia de anterior julgamento no âmbito criminal, ou em sede de ação civil por improbidade, mesmo que a conduta imputada configure crime em tese. Precedentes do STJ e do STF.” (MS n. 7.834/DF)

II - Comprovada a improbidade administrativa do servidor, em escorreito processo administrativo disciplinar, desnecessário o aguardo de eventual sentença condenatória penal. Inteligência dos arts. 125 e 126 da Lei n. 8.112/1990. Ademais, a sentença penal somente produz efeitos na seara administrativa, caso o provimento reconheça a não-ocorrência do fato ou a negativa da autoria.

III - Estabilidade não se confunde com vitaliciedade. Os servidores públicos regidos pela Lei n. 8.112/1990 usufruem do *direito* à estabilidade, após atenderem às exigências legais. Hipótese diversa ocorre com certas carreiras, já que a Constituição Federal de 1988 instituiu como uma das *garantias*, a vitaliciedade. No caso em tela, a pretensão do impetrante extrapola os limites da estabilidade.

IV - A aplicação do princípio da proporcionalidade, no âmbito do Poder Judiciário, circunscreve-se ao campo da legalidade do ato demissionário, sendo-lhe defesa qualquer incursão no mérito administrativo, a fim de aferir o grau de conveniência e oportunidade da medida, especialmente quando há perfeita sintonia entre a prova pré-constituída juntada aos autos e o ato administrativo.

V - Segurança denegada. (MS n. 7.861/DF, Relator Ministro Gilson Dipp, **in** DJ de 11.09.2002 — nossos os grifos)

E do Pretório excelso:

“Mandado de segurança. Servidor público demitido por ilícito administrativo. Simultaneidade de processos administrativo e penal. Independência das instâncias. Precedentes.

Esta Corte tem reconhecido a autonomia das instâncias penal e administrativa, ressaltando as hipóteses de inexistência material do fato, de negativa de sua autoria e de fundamento lançado na instância administrativa referente a crime contra a Administração Pública. Precedentes: MS n. 21.029, Celso de Mello, DJ de 23.09.1994; MS n. 21.332, Néri da Silveira, DJ de 07.05.1993; e 21.294, Sepúlveda Pertence, julgado em 23.10.1991; e MS n. 22.076, Relator para o acórdão Ministro Maurício Corrêa.

Segurança denegada.” (MS n. 21.708/DF, Relator p/ o acórdão Ministro Maurício Corrêa, **in** DJ de 18.05.2001)

Por outro lado, ainda quanto à alegada ausência de comprovação dos atos imputados ao recorrente na decisão demissória, é sabido que o julgamento do processo administrativo, enquanto ato decisório da autoridade competente, é integrado pelo acolhimento ou rejeição fundamentada do relatório final elaborado pela Comissão Processante e pelo ato formalizador de imposição da sanção disciplinar, não havendo, na espécie, nada nos autos que importe na irregularidade dos atos de investigação administrativa.

No caso concreto, estas, as conclusões do relatório final da Comissão de Sindicância:

“Isto posto, verifica-se que as acusações atribuídas ao *Sindicado* são verdadeiras, conforme ficou evidenciado nos presentes autos, bem como é real que ninguém acusa uma pessoa desconhecida e que não tenha de maneira alguma, envolvimento na participação de qualquer ato ilícito ou não, sem ao menos saber de que se trata está claro que as testemunhas conhece perfeitamente o *Cb PM Ivan Nogueira da Costa*, como integrante da quadrilha em questão. Portanto, sou de Parecer que o *Sindicado* cometeu crime de roubo capitulado no art. 157 do Código Penal Brasileiro.(...)” (fl. 92/93).

E, instaurado Conselho de Disciplina, as investigações restaram assim concluídas:

“(...)”

Vistos, discutidos e examinados estes autos deste Conselho de Disciplina, observa-se o seguinte:

O acusado, quando de sua qualificação e interrogatório, negou categoricamente seu envolvimento nos assaltos a ônibus e que não conhece nenhum dos integrantes da quadrilha que efetuou os assaltos, fls. 113 a 115, o que é um direito, e a maneira natural de todas as pessoas se autopreservarem de qualquer ataque.

As testemunhas perante o Conselho de Disciplina negaram a participação do *Cb PM Nogueira* nos assaltos, demonstrando claramente que como a maioria das testemunhas, inicialmente dizem a verdade e na fase seguinte negam tudo com medo de represálias por parte dos bandidos.

Como as outras testemunhas de acusação que mudaram seus depoimentos e deixaram claramente em suas declarações que temiam represálias por parte do *Cb PM Nogueira* e de *Wander*, apontado como chefe da quadrilha de assalto a ônibus, fls. 19 e 23, também *Felisberta Alves de Oliveira*, temia represálias por parte do acusado, fl. 151, assinando assim uma declaração retificando o que havia dito anteriormente, fl. 224.

As acusações feitas ao *Cb PM Nogueira* partiram de dois elementos que foram presos e autuados em flagrante, por terem confessado a prática de diversos assaltos a ônibus no Estado do Tocantins, acusações feitas em diversas declarações em dias, cidades e interrogantes diferentes, conforme fls. 8, 9, 18 a 23 e 203 a 206, o que afasta a possibilidade dos mesmos terem sido pressionados ou coagidos a incriminarem o acusado.

Sendo o *Cb PM Nogueira* incriminado de cumplicidade, também por outros dois participantes da quadrilha, fls. 24 a 27 e por uma testemunha que

afirmou que o acusado tinha um relacionamento amigável com Wander fls. 144 e 145.

Não houve parcialidade por parte do encarregado da Sindicância que deu origem ao Conselho, tendo em vista que de posse dos documentos e declarações incluso nos autos ficou transparente o envolvimento do Cb PM Nogueira com os assaltos a ônibus no Estado. Tomando inclusive o Comando da Corporação a iniciativa de substituí-lo na presidência do Conselho de Disciplina, a fim de que houvesse a maior lisura e imparcialidade no processo e, ainda em seus depoimentos ao Sindicante, Luiz Gonzaga de Jesus e Maurício do Nascimento, foram categóricos em afirmar a participação do acusado nos assaltos a ônibus, inclusive com detalhes e minúcias que só poderiam ser descritos por pessoas que tivessem vivenciados tais fatos, fls. 18 a 23. Não havendo portanto possibilidade de terem sido induzidos pelo Sindicante a acusar o Cb PM Nogueira.

(...)

Infringindo com essa conduta a letra **b** do inciso II do art. 8º do Decreto n. 524/1997, alterado pelo Decreto n. 685/1998.

Isto posto, e o que dos autos constam, o Conselho de Disciplina resolveu propor por unanimidade de voto, o afastamento do Cb PM RG 01.110/3 Ivan Nogueira da Costa, das fileiras da Polícia Militar a bem da disciplina, por demissão, embasado no inciso VI § 1º do art. 28 do Decreto n. 524/1997, alterado pelo Decreto n. 685/1998.

(...)” (fls. 255/257).

Foram então os autos encaminhados ao Comandante-Geral da Polícia Militar do Estado de Tocantins, que acolheu o relatório final do Conselho de Disciplina, editando o ato impugnado, que aplicou ao militar a pena de demissão a bem da disciplina, nos seguintes termos:

“1. Vistos e examinados os autos do processo oriundo do Conselho de Disciplina, constituído com o objetivo de verificar a incapacidade para permanecer no serviço ativo da Polícia Militar, do Cb PM RG 01.110/3 Ivan Nogueira da Costa, já qualificado nos autos.

2. O Conselho funcionou regularmente, obedecendo os preceitos legais que regem a matéria observando os princípios do contraditório e da ampla defesa, conforme se infere das peças constantes dos autos;

3. A defesa, alega que as provas são insuficientes, pois são informações dadas por meliantes e foram colhidas mediante constrangimento. Requer finalmente a absolvição do acusado por absoluta falta de prova;

4. Os membros do conselho por unanimidade de votos concluíram que o acusado é culpado das imputações constantes do libelo acusatório, propondo o seu afastamento das fileiras da Polícia Militar, a bem da disciplina, por demissão, com a conseqüente perda da graduação, pelo que decido:

I - Discordar da defesa, quanto à alegação de ser os depoimentos provas insuficientes por terem sido colhidos mediante constrangimento, porque tal afirmação não ficou comprovada nos autos. Nos depoimentos colhidos está evidenciado que o acusado tinha participação ativa em diversos roubos a passageiros de várias empresas de ônibus que trafegam pelo Estado do Tocantins, pois as testemunhas tecem detalhes com minúcias da participação do acusado na prática dos crimes, detalhes estes, que só poderiam ser descritos por pessoas que tivessem vivenciado os fatos;

II - Visando ao bem-estar da comunidade tocantinense, a harmonia e o exemplo a ser transmitido para todos os integrantes da Corporação e acatando proposta do Conselho de Disciplina, afastar do serviço ativo da Polícia Militar, a bem da disciplina, por demissão, o Cb PM RG 01.110/3 Ivan Nogueira da Costa, por não proceder de maneira ilibada tanto na sua vida pública como na particular, maculando a honra, o sentimento do dever, o decoro da classe e o pundonor militar contrariando os princípios éticos impostos à carreira policial militar;

(...)” (fls. 14/15).

Ao que se tem, **in casu**, não se verifica qualquer nulidade no curso da investigação disciplinar, tendo a sindicância preparado a instauração de Conselho de Disciplina, no qual o acusado teve ampla oportunidade de defesa, sendo cientificado de todos os atos, interrogado (fl. 128) e apresentado defesa prévia e alegações finais, subscritas por advogado (fls. 145 e 231).

Por certo, o envolvimento do policial militar com ilícito criminal, por si só, tal como reconhecido pela autoridade administrativa, enseja a aplicação da penalidade disciplinar de demissão e demissão a bem da disciplina.

De outro lado, na espécie, diversamente do que sustenta o recorrente, não se cuida de decisão sustentada em prova ilícita, produzida sob ameaça na fase da sindicância.

É da boa doutrina que integram o conjunto da prova não somente os seus elementos produzidos no processo administrativo disciplinar, mas também aqueles que vieram à luz na sindicância que o preparou, podendo e devendo ser considerados na motivação da decisão.

E é precisamente o que ocorreu na espécie, em que, do cotejo da prova constante da sindicância, e da produzida no Conselho de Disciplina, exsurgiu a verdade do fato, que fundou a demissão do policial militar.

Tais considerações são bastantes para tornar evidente o caráter imperativo da denegação do presente **mandamus**, que não comporta o reexame de prova, em boa verdade pretendida pelo recorrente.

Com efeito, a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que compete ao Poder Judiciário apreciar a regularidade do procedimento, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, sem, contudo, adentrar no mérito administrativo.

Verificada a regularidade do processo administrativo disciplinar e a correlação da figura típica da falta disciplinar cometida com o preceito que autoriza a demissão a bem da disciplina, o reexame da suficiência e da validade das provas colhidas, requisita, necessariamente, a revisão do material fático apurado no procedimento administrativo, com a conseqüente incursão sobre o mérito do julgamento administrativo, estranhos ao âmbito de cabimento do **mandamus** e à competência do Poder Judiciário.

A propósito, vejam-se os seguintes precedentes do Pretório excelso:

“Mandado de segurança — Sanção disciplinar imposta pelo Presidente da República — Demissão qualificada — Admissibilidade do mandado de segurança — Preliminar rejeitada — Processo administrativo-disciplinar — Garantia do contraditório e da plenitude de defesa — Inexistência de situação configuradora de ilegalidade do ato presidencial — Validade do ato demissório — Segurança denegada.

1. A Constituição brasileira de 1988 prestigiou os instrumentos de tutela jurisdicional das liberdades individuais ou coletivas e submeteu o exercício do poder estatal — como convém a uma sociedade democrática e livre — ao controle do Poder Judiciário. Inobstante estruturalmente desiguais, as relações entre o Estado e os indivíduos processam-se, no plano de nossa organização constitucional, sob o império estrito da lei. *A rule of law*, mais do que um simples legado histórico-cultural, constitui, no âmbito do sistema jurídico vigente no Brasil, pressuposto conceitual do Estado Democrático de Direito e fator de contenção do arbítrio daqueles que exercem o poder.

É preciso evoluir, cada vez mais, no sentido da completa justiciabilidade da atividade estatal e fortalecer o postulado da inafastabilidade de toda e qualquer fiscalização judicial. A progressiva redução e eliminação dos círculos

de imunidade do poder há de gerar, como expressivo efeito consequencial, a interdição de seu exercício abusivo.

O mandado de segurança desempenha, nesse contexto, uma função instrumental do maior relevo. A impugnação judicial de ato disciplinar, mediante utilização desse writ constitucional, legitima-se em face de três situações possíveis, decorrentes (1) da incompetência da autoridade, (2) da inobservância das formalidades essenciais e (3) da ilegalidade da sanção disciplinar.

A pertinência jurídica do mandado de segurança, em tais hipóteses, justifica a admissibilidade do controle jurisdicional sobre a legalidade dos atos punitivos emanados da Administração Pública no concreto exercício do seu poder disciplinar. O que os juízes e tribunais somente não podem examinar nesse tema, até mesmo como natural decorrência do princípio da separação de poderes, são a conveniência, a utilidade, a oportunidade e a necessidade da punição disciplinar.

Isso não significa, porém, a impossibilidade de o Judiciário verificar se existe, ou não, causa legítima que autorize a imposição da sanção disciplinar. O que se lhe veda, nesse âmbito, é, tão-somente, o exame do mérito da decisão administrativa, por tratar-se de elemento temático inerente ao poder discricionário da Administração Pública.

2. A nova Constituição do Brasil instituiu, em favor dos indiciados em processo administrativo, a garantia do contraditório e da plenitude de defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, IV). O legislador constituinte consagrou, em norma fundamental, um direito do servidor público oponível ao poder estatal. A explícita constitucionalização dessa garantia de ordem jurídica, na esfera do procedimento administrativo-disciplinar, representa um fator de clara limitação dos poderes da Administração Pública e de correspondente intensificação do grau de proteção jurisdicional dispensada aos direitos dos agentes públicos.” (MS n. 20.999/DF, Relator Ministro Celso de Mello, **in** DJ de 25.05.1990 — nossos os grifos).

“1. Mandado de segurança — Ato disciplinar — Reexame dos fatos apurados no inquérito administrativo. O mandado de segurança não é meio hábil a alcançar-se, no Judiciário, a substituição da moldura fática delineada no processo administrativo. A regra segundo a qual não se dará segurança quando se tratar de ato disciplinar, salvo se praticado por autoridade incompetente ou preterida formalidade essencial — inciso III do artigo 5º da Lei n. 1.533/1951 — afina-se com a exigência sobre a liquidez e certeza do direito, porquanto impossível é confundir o enquadramento jurídico dos fatos apurados

com a revisão destes, somente passível de ser alcançada em fase própria, ou seja, a probatória, em que viabilizadas altas indagações sobre os acontecimentos envolvidos na controvérsia.

(...)” (MS n. 21.297/DF, Relator Ministro Marco Aurélio, *in* DJ de 28.02.1992).

“Mandado de segurança contra ato do Presidente da República. Demissão de agente de Polícia Federal, do Departamento de Polícia Federal, do Ministério da Justiça: transporte de mercadorias contrabandeadas em Foz do Iguaçu. Alegação de equivocada apreciação das provas e de que a decisão do processo administrativo deveria aguardar o trânsito em julgado do processo-crime.

1. Não cabe reexaminar em mandado de segurança os elementos de provas e os concernentes à materialidade e autoria do delito, porque exigem instrução probatória.

(...)

3. Mandado de segurança conhecido, mas indeferido, ressalvando-se ao impetrante as vias ordinárias.” (MS n. 22.534/PR, Relator Ministro Maurício Corrêa, *in* DJ de 10.09.1999 — nossos os grifos).

“Cassação de aposentadoria — Agente de Polícia Federal — Inexistência de prova da responsabilidade disciplinar — Inviabilidade de sua análise em sede mandamental — Inimputabilidade do impetrante — Existência de perícia idônea afirmando a sua plena capacidade de autodeterminação — Alegação de irregularidades formais — Ausência de demonstração — Desnecessidade de a cassação de aposentadoria ser previamente autorizada pelo Tribunal de Contas da União — Mandado de segurança indeferido.

— O processo mandamental não se revela meio juridicamente adequado à reapreciação de matéria de fato e nem constitui instrumento idôneo à reavaliação dos elementos probatórios que, ponderados pela autoridade competente, substanciam o juízo censório proferido pela Administração Pública.

— Refoge aos estreitos limites da ação mandamental o exame de fatos despojados da necessária liquidez, pois o *iter* procedimental do mandado de segurança não comporta a possibilidade de instauração *incidental* de uma fase de dilação probatória.

— A noção de direito líquido e certo ajusta-se, em seu específico sentido jurídico, ao conceito de situação que deriva de fato certo, vale dizer, de fato passível de comprovação documental imediata e inequívoca.

(...)” (MS n. 20.882/DF, Relator Ministro Celso de Mello, **in** DJ de 23.09.1994).

E deste Superior Tribunal de Justiça:

“Recurso especial. Administrativo. Mandado de segurança. Ato disciplinar. Exame de seu mérito. Impossibilidade.

— Ao Judiciário cabe examinar ato disciplinar apenas sob o prisma de sua idoneidade, sua motivação, não se permitindo discussão sobre se determinada sanção é justa ou injusta; adequada ou inadequada, desde que motivada e em conformidade com a apuração dos fatos.

— Recurso provido.” (REsp n. 67.075/DF, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, **in** DJ de 03.03.1997)

“Administrativo. Servidor público. Processo administrativo disciplinar. Demissão. Conduta desidiosa. Nulidade. Fundamentação insuficiente. Inocorrência. Proporcionalidade. Autoria. Materialidade. Comprovação.

I - A alegada nulidade por falta de fundamentação da punição imposta à servidora não se verifica, tendo em vista que a conduta infracional foi devidamente apurada no curso do processo disciplinar, expondo-se ao final, com suficiente motivação, as razões da demissão da impetrante.

II - Não fere o princípio da proporcionalidade a imposição de pena de demissão à servidora se, ao final do processo, restou demonstrada a prática de conduta desidiosa (art. 117, XV, da Lei n. 8.112/1990), nos termos do art. 132, XIII, da Lei n. 8.112/1990.

*III - Questões cuja solução demandaria, necessariamente, revisão do material fático-apurado no processo disciplinar, ou a incursão sobre o mérito do julgamento administrativo, não podem ser apreciadas em sede de **mandamus**.*

Segurança denegada.” (MS n. 7.370/DF, Relator Ministro Felix Fischer, **in** DJ de 24.09.2001 — nossos os grifos)

“Mandado de segurança. Administrativo. Servidor. Policial Rodoviário Federal. Processo administrativo. Demissão. Independência das esferas penal e administrativa. Pedido de reconsideração. Parecer da consultoria jurídica do Ministério. Penalidade diversa da sugerida pela comissão processante. Possibilidade. Conclusão contrária à prova dos autos.

A jurisprudência é absolutamente pacífica no sentido da independência das esferas penal e administrativa, de forma que eventual punição administrativa prescinde de condenação criminal para ser aplicada.

A análise de mandado de segurança, onde se pretenda a anulação de procedimento administrativo que tenha imposto penalidade ao servidor, restringe-se à observância dos princípios do contraditório e ampla defesa, proporcionalidade da pena aplicada ou outros aspectos procedimentais, sendo incabível a rediscussão dos próprios fatos e atos originários no apuratório administrativo.

O impetrante valeu-se de seu pedido de reconsideração, devidamente analisado pela Administração.

O art. 169 da Lei n. 8.112/1990 permite que o julgamento discorde do relatório da Comissão, quando contrário à prova dos autos.

Tal relatório constata toda a omissão e irregularidades praticadas pelo impetrante, mas conclui, tão-somente, pela aplicação da pena de advertência, motivo pelo qual o parecer ministerial, ao propor a pena de demissão, por improbidade administrativa, em observância ao preceito supra, não violou direito líquido e certo do impetrante.

Segurança denegada.” (MS n. 7.019/DF, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, in DJ de 05.03.2001 — nossos os grifos)

Gize-se, por fim, que do policial militar é exigido o cumprimento do dever mediante rigorosa observância do regime da caserna, sendo que, na espécie, o envolvimento com pessoas e atitudes criminosas tornou o ex-militar absolutamente inapto a permanecer em uma organização que é e deve continuar sendo modelo de disciplina, ordem e acatamento das leis na sociedade.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso ordinário.

É o voto.

**RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA
N. 14.867 — MT (2002/0052700-3)**

Relator: Ministro Paulo Medina

Recorrente: Marcos Antônio Lourenço Braga

Advogados: Maria Helena G. Póvoas de Abreu e outro

.T. origem: Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso

Impetrado: Governador do Estado de Mato Grosso

Recorrido: Estado de Mato Grosso

Procuradores: João Gonçalo de Moraes Filho e outros

EMENTA

Recurso ordinário em mandado de segurança. Processo administrativo disciplinar. Servidor público. Demissão. Sindicância não conclusiva. Falta de intimação pessoal da realização de diligências. Inexistência de provas. Recurso improvido.

Irregularidades no procedimento de sindicância, tal como eventual desfecho não conclusivo, não maculam o processo administrativo, pois, ademais de dispensável, tem como função levantar elementos para a instauração do processo disciplinar.

A lei do Estado do Mato Grosso não exige a intimação pessoal do acusado em processo disciplinar para acompanhamento de diligências. Havendo intimação de procurador devidamente constituído, não há que se falar em prejuízo ou cerceamento de defesa.

Afasta-se das possibilidades do **mandamus** a apreciação do mérito administrativo.

Recurso improvido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 25 de junho de 2004 (data do julgamento).

Ministro Paulo Medina, Relator

DJ de 16.08.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Medina: Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por Marco Antônio Lorenço Braga, contra decisão do Tribunal de Justiça do Mato Grosso, assim ementada:

Servidor público — Processo administrativo — Sindicância inconclusiva — Irrelevância, por ser mero procedimento preparatório e informativo. Atos pro-

cedimentais — Falta de intimação pessoal do servidor que, no entanto, estava representado por advogado constituído — Princípios do contraditório, da ampla defesa e da publicidade do ato administrativo — Ofensa não caracterizada — Demissão — Consistência quanto às provas e proporcionalidade da pena — Desídia e improbidade administrativa — Exarada previsão legal — Denegação da ordem.

A sindicância é procedimento preparatório e informativo cujas eventuais irregularidades não inquinam o processo administrativo.

A Lei Complementar n. 04, que dispõe sobre o Estatuto dos Servidores Públicos da Administração Direta, das Autarquias e das Fundações Públicas Estaduais, prescreve em seu art. 183, que: “é assegurado ao servidor o direito de acompanhar o processo em qualquer fase, pessoalmente ou por intermédio de procurador, arrolar-se e reinquirir testemunhas, produzir provas e contra-provas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial.”

Intimados os procuradores constituídos, para todos os atos procedimentais, não há falar-se em inobservância dos princípios do contraditório, da ampla defesa e da publicidade, assegurados constitucionalmente.

Somente o comprovado prejuízo justifica a declaração de eventual nulidade por falta da intimação pessoal do indiciado para os atos do processo administrativo, não sendo bastante a alegação de que as declarações que não ouviu pessoalmente são divergentes das suas.

A desídia e a improbidade administrativa, das quais o servidor é confesso — por suas saídas do local do serviço, sem autorização, e prática de ato que culminou com evasão de renda pública —, são faltas com exarada previsão nos incisos XV do art. 144 e IV e XIII do art. 159 da LC n. 04/1990, puníveis com demissão.

Aduz o recorrente (fls. 1.065 e ss.) que o processo administrativo teve origem em sindicância não conclusiva; que não houve intimação pessoal para acompanhamento da realização de diligências; e que não há prova nos autos que comprovem a relação de causa e efeito entre o ato imputado ao recorrente e a cominação legal que acarretou a pena de demissão.

Em contra-razões (fls. 1.094 e ss.), o Estado de Mato Grosso sustenta que o processo administrativo disciplinar pautou-se pelo respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa e concluiu pela correta aplicação da pena demissória.

O Ministério Público opina pelo desprovimento do recurso (fl. 1.119).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Medina (Relator): O recorrente oferece três argumentos para reforma da decisão **a quo**.

O primeiro refere-se à generalidade com que foi concluído o procedimento de sindicância. Sustenta que o processo disciplinar originou-se de sindicância não conclusiva, tentando extrair, daí, a ilegalidade daquele.

Entretanto, a Lei Complementar n. 04/1990, do Estado do Mato Grosso (art. 172), na mesma linha da Lei n. 8.112/1990, prevê a fase de sindicância no regime disciplinar dos servidores públicos para averiguar notícias de infrações e fornecer elementos para a instauração de processo administrativo, podendo, no máximo, culminar em pena de repressão ou suspensão de até 30 (trinta) dias.

É, portanto, procedimento preparatório, sendo, inclusive, dispensável.

Ademais, firmou-se a jurisprudência por entender que eventuais irregularidades na sindicância não maculam o processo administrativo tendente a apurar responsabilidade de servidor público por infração disciplinar.

Veja-se alguns acórdãos:

Recurso ordinário em mandado de segurança. Omissão. Inexistência. Pretensão de reexame. Demissão de servidor. Irregularidades na sindicância. Superveniência de processo disciplinar. Independência das esferas administrativa e penal.

(...)

2. Em sobrevindo a instauração de processo administrativo disciplinar, resta superada a alegada violação de ampla defesa e de quaisquer outras nulidades porventura invocáveis no âmbito da sindicância, mero procedimento prévio, que não se confunde com o processo administrativo disciplinar, dispensável, se existentes elementos para a instauração do processo administrativo disciplinar.

(...)

4. Recurso improvido.

(ROMS n. 12.827/MG; DJ de 02.02.2004; Ministro Hamilton Carvalhido; Sexta Turma)

Administrativo. Processo administrativo. Disciplinar. Sindicância. Demissão.

I - Sobrevindo a instauração de processo administrativo disciplinar, resta despropositada a alegação de mácula porventura existente na fase de sindicância.

II - Conquanto no mandato de citação não se tenha descrito os fatos apurados, mas apenas indicados os dispositivos legais porventura violados pelo processado, essa peça foi acompanhada de documentos que traziam minuciosa descrição do que seria apurado. Destarte, não há como alegar-se prejuízo para defesa por ignorância a respeito da conduta imputada ao servidor.

III - Oitiva de testemunhas que, apesar de não presenciada pelo próprio acusado, contou com a presença do seu defensor.

(...)

Recurso desprovido.

(ROMS n. 10.472/ES; DJ de 04.09.2000; Ministro Felix Fischer; Quinta Turma)

Este último julgado fornece, ainda, precedente quanto à impropriedade do argumento de violação ao princípio da ampla defesa deduzido pelo recorrente, porquanto não houve intimação pessoal para acompanhamento de diligências, sendo as intimações recebidas pelo advogado do servidor acusado.

Em verdade, a Lei Complementar n. 04/1990, em seus artigos 180 a 183, não prevê necessidade de intimação pessoal do acusado para o acompanhamento das diligências, não havendo qualquer prejuízo nas intimações recebidas pelo advogado, constituído com poderes específicos para realizar a defesa do recorrente no processo disciplinar (fl. 329).

A lei prevê, por certo, o direito do servidor acompanhar todas as fases processuais, por si ou por seu representante, em homenagem ao princípio do contraditório e da ampla defesa, não obstante respeitado pelo processo disciplinar.

O recorrente alega, ainda, que

Em momento algum, em sede de processo administrativo, houve provas suficientes de que o recorrente tenha praticado tal falta grave, não existindo relação e causalidade e efeito entre o ato imputado ao recorrente e a cominação legal que acarretou a pena de demissão (**sic**).

De fato, não é possível traçar relação causal naturalística entre um ato ilícito e a pena aplicada a seu agente.

O Direito não é ciência física, mas ordenamento social, que não opera relações de causa e efeito, mas imputa conseqüências não naturais, em face da ocorrência de fatos hipoteticamente previstos.

Uma interpretação literal das letras do recurso faz concluir que o recorrente reclama o impossível, em sede de ciência jurídica.

Entretanto, estendendo o raciocínio para a seara do razoável, possível entender que o recorrente teria pretendido alegar somente a inexistência de provas que justificassem a condenação.

Nessas condições, postula a ingerência do Poder Judiciário no mérito administrativo, inviável na via estreita do **mandamus**.

Eis o que pensa esta Corte:

Administrativo. Servidor. Suspensão por noventa dias. Ato disciplinar. Legalidade. Lei n. 1.533/1951, art. 5º, inciso III.

— O artigo 5º, inciso III, da Lei n. 1.533/1951 afasta da apreciação do Poder Judiciário a análise do mérito dos atos disciplinares, excepcionado apenas a hipótese de ato praticado por autoridade incompetente ou com inobservância de formalidade essencial.

— Nos estreitos limites do controle de legalidade, deferido ao Poder Judiciário em sede de mandado de segurança, inviável se apresenta a análise do mérito do ato administrativo que concluiu pela imposição de penalidade de suspensão a servidor público.

— Recurso ordinário desprovido.

(ROMS n. 15.059/BA; DJ de 22.04.2003; Ministro Vicente Leal; Sexta Turma)

Administrativo. Processo administrativo disciplinar. Mandado de segurança. Dilação probatória. Relatório final.

I - Questões cuja solução demandaria, necessariamente, revisão do material fático apurado no processo disciplinar, ou a incursão sobre o mérito do julgamento administrativo, não podem ser apreciadas em sede de **mandamus**.

(...)

(ROMS n. 14.676/SP; DJ de 12.08.2002; Ministro Felix Fischer; Quinta Turma)

Mandado de segurança. Processo administrativo disciplinar. Demissão. Reexame das provas produzidas pela comissão processante. Impossibilidade. Inexistência de ilegalidade na portaria instauradora do processo administrativo disciplinar. Ordem denegada.

1. No que diz respeito ao controle jurisdicional do processo administrativo disciplinar, a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que compete ao Poder Judiciário apreciar a regularidade do procedimento, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, sem, contudo, adentrar no mérito administrativo.

2. É inviável a apreciação da alegação do impetrante no sentido de que o ato demissório não encontra respaldo nas provas constantes do processo administrativo disciplinar, porquanto o seu exame requisita, necessariamente, a revisão do material fático apurado no procedimento administrativo, com a conseqüente incursão sobre o mérito do julgamento administrativo, estranhos ao âmbito de cabimento do **mandamus** e à competência do Poder Judiciário. Precedentes do STJ e do STF

(...)

6. Ordem denegada.

(MS n. 6.853/DF; DJ de 02.02.2004; Ministro Hamilton Carvalhido; Terceira Seção)

Em síntese, inexistindo vício na sindicância que macule o processo administrativo, inexistindo irregularidade na intimação do procurador do recorrente das diligências levadas a efeito no processo disciplinar e impraticável a apreciação do mérito administrativo em sede de mandado de segurança, não há direito líquido e certo garantido pela via estreita, correto o acórdão recorrido.

Posto isso, *nego provimento* ao recurso.

**RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA
N. 15.562 — ES (2002/0127210-6)**

Relator: Ministro Paulo Medina

Recorrente: Marcelo dos Santos Ribeiro

Advogado: Ricardo Tadeu Rizzo Bicalho

T. origem: Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo

Impetrado: Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo

Recorrido: Estado do Espírito Santo

Procuradores: Jocelan Alves Corrêa e outros

EMENTA

Recurso ordinário em mandado de segurança. Servidor público do Estado do Espírito Santo. Regime disciplinar. Sindicância. Pena de demissão. Impossibilidade. Recurso provido.

Dispondo a lei que o procedimento de sindicância pode culminar em pena máxima de advertência, a aplicação da pena demissória constitui violação ao devido processo legal.

Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 25 de junho de 2004 (data do julgamento).

Ministro Paulo Medina, Relator

DJ de 16.08.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Medina: Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por Marcelo dos Santos Ribeiro, contra decisão denegatória do *writ* proferida pelo Tribunal de Justiça do Espírito Santo e assim ementada:

Mandado de segurança. Servidor público. Irregularidade em serventia. Apuração dos fatos. Obrigação do juiz. Designação do juiz e servidores interinos por portaria. Portaria para a apuração dos fatos. Substituição de um dos servidores. Processo administrativo. Ampla defesa. Conclusão. Remessa ao Corregedor-Geral de Justiça. Aplicação de penalidade. Demissão por inassiduidade e procedimento desidioso. Encaminhamento para o Conselho da Magistratura. Direito líquido e certo. Não-comprovação. Segurança denegada.

1. O Juiz de Direito que tiver ciência de irregularidade na serventia sob sua responsabilidade, é obrigado a promover a apuração imediata dos fatos, mediante sindicância ou processo — administrativo disciplinar, assegurada ao denunciado ampla defesa, observados os procedimentos da Lei Complementar Estadual n. 46/1994 (art. 419 do Código de Normas da Corregedoria Geral de Justiça).

2. Tendo sido o juiz designado através de portaria do Corregedor-Geral da Justiça, para presidir a comissão de sindicância e para compô-la os servi-

dores interinos, um deles substituído a portaria baixada, visando à apuração dos fatos, está prevista legalmente.

3. Contendo o relatório que no procedimento administrativo foi oportunizada ampla defesa ao Impetrante, com a participação do patrono do investigado e após conclusão, enviado ao eminente Corregedor que entendendo estar caracterizada a penalidade de demissão por inassiduidade habitual e procedimento desidioso prevista no art. 234, II e IX da Lei Complementar n. 46/1994, proferiu decisão motivada encaminhando os autos à Presidência do Tribunal de Justiça onde foi lavrado o Ato n. 843/1999, de demissão do Impetrante, objeto do pedido de reconsideração.

4. Não tendo sido reconsiderada a decisão foram os autos encaminhados ao Conselho de Magistratura e não estando comprovado o direito líquido e certo do Impetrante denega-se a segurança. (**Sic**, fls. 254/255)

Insurge-se o recorrente apenado por inassiduidade habitual e procedimento desidioso (fls. 364 e ss.), postulando a reforma do aresto e a nulidade do ato demissório, aduzindo irregularidade na comissão, composta por servidor não estável (art. 253 da LC n. 46/1994); falta de indicação precisa dos fatos na portaria inaugural do processo disciplinar; aplicação da pena demissória em processo de sindicância, que comporta somente advertência (art. 249, § 2º, da LC n. 46/1994); e falta de tipificação da infração disciplinar e ausência de citação para defesa após produzidas as provas (art. 265 e § 1º, da LC n. 46/1994).

Em contra-razões (fls. 403 e ss.), a Procuradoria do Estado alega inexistirem as irregularidades apontadas, tendo a decisão de aplicar a pena demissória tomada com justiça e brilhantismo.

Opina o Ministério Público pelo improvimento do recurso, ao verificar que o “procedimento assegurou ao servidor acompanhar a instrução e produzir provas”, havendo “regularidade formal do processo”.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Medina (Relator): O recurso ordinário aponta irregularidades em procedimento disciplinar que culminou com a demissão do recorrente, servidor público do Poder Judiciário do Estado do Espírito Santo.

Alega o recorrente haver irregularidade quanto aos membros que compõem a comissão disciplinar, afirmando que um destes não era servidor estável.

Contudo, não faz a necessária prova pré-constituída do fato.

Sustenta, ainda, que a portaria de instauração da sindicância não descreveu de forma suficiente a falta administrativa e que não houve intimação para o acusado apresentar defesa após as produzidas as provas.

A jurisprudência desta Corte é assentada quanto à desnecessidade do detalhamento da conduta infracional na portaria que instaura o procedimento disciplinar.

Transcreve-se:

Administrativo. Servidor público. Demissão. Processo administrativo disciplinar. Ofensa ao devido processo legal. Portaria inaugural. Ausência de comprovação do prejuízo. Comissão disciplinar. Art. 149 da Lei n. 8.112/1990. *Writ* impetrado como forma de insatisfação com o conclusivo desfecho do processo administrativo disciplinar. Ordem denegada.

I - Consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a portaria de instauração do processo disciplinar prescinde de minuciosa descrição dos fatos imputados, sendo certo que a exposição pormenorizada dos acontecimentos se mostra necessária somente quando do indiciamento do servidor. Precedentes.

(...)

VI - Ordem denegada.

(MS n. 8.297/DF; DJ de 16.02.2004; Ministro Gilson Dipp; Terceira Seção)

Administrativo. Servidor público. Processo administrativo disciplinar. Nulidades. Inocorrência. Demissão. Proporcionalidade.

(...)

II - Não gera nulidade a portaria de instauração do processo administrativo disciplinar que faz referências genéricas aos fatos imputados ao servidor, na medida em que a exigência de expô-los minuciosamente deve ser observada na fase de indiciamento, após a conclusão da instrução.

(...)

Segurança denegada.

(MS n. 8.877/DF; DJ de 15.09.2003; Ministro Felix Fischer; Terceira Seção)

Também não se verifica qualquer violação ao direito de defesa do recorrente, quanto à alegada falta de notificação, tanto que fora apresentada defesa técnica, apreciada pela comissão disciplinar.

De outro giro, percebe-se falha grave no procedimento disciplinar, que viola o princípio do devido processo legal, defeito este, de resto, não impugnado pela autoridade coatora nem pelo Estado recorrido, mas não reconhecida pelo Tribunal **a quo**.

Trata-se da aplicação de pena demissória em procedimento de sindicância.

Quanto ao tema, dispõe o art. 249, § 2º, da Lei Complementar n. 46/1994 do Estado do Espírito Santo, que institui o regime jurídico único dos servidores daquele Estado:

Art. 249. A sindicância se constituirá de averiguação sumária promovida no intuito de obter informações ou esclarecimentos necessários à determinação do verdadeiro significado dos fatos denunciados.

(...)

§ 2º Da sindicância somente poderá decorrer a pena de advertência, sendo obrigatório ouvir o servidor público denunciado.

No mesmo sentido, dispõe a Lei n. 8.112/1990, que trata do regime disciplinar dos servidores da União:

Art. 145. Da sindicância poderá resultar:

I - arquivamento do processo;

II - aplicação de penalidade de advertência ou suspensão de até 30 (trinta) dias;

III - instauração de processo disciplinar.

Ocorre que a sindicância é procedimento célere, de cognição sumária, que funciona como instrumento de apuração preliminar de fatos, auxiliar do inquérito administrativo disciplinar (este de cognição ampla), a que a lei permite aplicação restrita de penalidades leves.

Registre-se, ainda, que trata-se de servidor estável, aprovado em concurso público, com mais de dois anos de exercício na função, assertiva constante da inicial (fl. 03) e também não repudiada pela autoridade coatora nem pelo Estado recorrido.

A jurisprudência não discrepa:

RMS — Administrativo — Policial Civil do Estado de Pernambuco — Sindicância e processo administrativo disciplinar — Portaria — Irregularidades — Pena de demissão — Anulação — Cerceamento de defesa — Ofensa aos princípios do contraditório e ampla defesa — Caracterização.

I - A sindicância segue um rito peculiar, cujo escopo é a investigação das pretensas irregularidades funcionais cometidas, sendo desnecessária a observância de alguns princípios basilares e específicos do processo administrativo disciplinar. Afinal, procedimento não se confunde com processo. Precedentes: RMSs ns. 281/SP e 8.990/RS.

(...)

V - Recurso conhecido e parcialmente provido.

(ROMS n. 10.264/PE; DJ de 18.02.2002; Ministro Gilson Dipp; Quinta Turma)

Administrativo. Mandado de segurança. Servidora pública estadual. Demissão. Prescrição quinquenal. Interrupção. Correição ordinária. Inquérito disciplinar. Instauração. Autoridade administrativa. Vinculação. Portaria de enquadramento. Pena sugerida pela comissão.

— A interrupção do prazo prescricional quinquenal das ações disciplinares ocorre com a abertura de sindicância ou, quando for o caso, como a instauração do processo administrativo.

— A sindicância que interrompe o fluxo prescricional é aquela realizada como meio sumário de apuração de faltas e aplicação de penalidades outras que não a demissão, e não o procedimento meramente apuratório e esclarecedor de fatos, desprovido do contraditório e da ampla defesa e que não dispensa a posterior instauração do processo administrativo.

(...)

(ROMS n. 10.316/SP; DJ de 22.05.2000; Ministro Vicente Leal; Sexta Turma)

Dessa forma, a sindicância, nos termos da Lei Estadual, não pode culminar em pena mais grave que a advertência, repudiando-se, ainda mais, a aplicação da pena máxima.

Para tanto, faz-se necessária a abertura de processo administrativo disciplinar, após a conclusão da sindicância.

Não obstante, verifica-se à fl. 49 que o processo a que se sujeitou o recorrente, instaurado pela Portaria n. 017/1997, constituía simples sindicância, que não foi sucedida de inquérito disciplinar, com seus consectários legais, com nova abertura de prazo para defesa, nova instrução probatória, em procedimento de instrução plena.

Acolheu-se, ao revés, apenas a conclusão da sindicância, aplicando a autoridade, posto que competente, pena em desrespeito ao devido processo legal.

Ressalve-se somente que os autos trazem notícia de instauração de processo disciplinar contra o recorrente com fundamento em fatos distintos que levaram à demissão ora apreciada (por inassiduidade habitual e conduta desidiosa). Esta decisão, por óbvio, não atinge situações não apreciadas.

Posto isso, *dou provimento* ao recurso, para anular a pena demissória aplicada com base na sindicância instaurada pela Portaria n. 017/1997, determinando sua reintegração no cargo, ressalvada a existência de outro impedimento à reintegração.
