

Jurisprudência da Sexta Turma

HABEAS CORPUS N. 13.639 – SP

(Registro n. 2000.0060603-0)

Relator: Ministro Fontes de Alencar
Impetrante: Sâmia Maria Faiçal Carbone
Impetrado: Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo
Paciente: Ivo Conrado Indiani Pinto de Oliveira

EMENTA: Habeas corpus.

- A prestação de serviço à comunidade pode compor o quadro de condições do *sursis*.
- Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem de **habeas corpus**. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Vicente Leal, Fernando Gonçalves, Hamilton Carvalhido e Paulo Gallotti.

Brasília-DF, 12 de novembro de 2002 (data do julgamento).

Ministro Hamilton Carvalhido, Presidente.

Ministro Fontes de Alencar, Relator.

Publicado no DJ de 9.12.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Fontes de Alencar: Trata de pedido em favor de Ivo Conrado Indiani Pinto de Oliveira, indicado como coator o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo.

Consta da inicial:

“Indubitável que tendo em vista o reconhecimento da colenda Corte do egrégio Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, do benefício do *sursis* pelo prazo de dois anos, incorreta a cominação da

obrigação da prestação de serviços à comunidade sob pena de aplicação do regime aberto para cumprimento da reprimenda.” (fl. 4).

E pede o Impetrante que se conceda

“... ao Paciente tão-somente a concessão do benefício do *sursis* pelo prazo de dois anos, afastando a obrigação de prestação de serviços à comunidade, pois seria no caso dupla penalidade, e perfeito **bis in idem**, condição essa inaceitável à espécie.” (fl. 4).

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 103/106, assim ementado o respectivo parecer:

“**Habeas corpus**. Estelionato. Concessão de *sursis*. Prestação de serviço à comunidade. **Bis in idem**. Inocorrência.

– Não há incompatibilidade na imposição de prestação de serviço à comunidade como condição de *sursis*. Precedentes.

– Parecer pela denegação da ordem.” (fl. 103).

VOTO

O Sr. Ministro Fontes de Alencar (Relator): Acolho a manifestação do Ministério Público. Realmente, não há incompatibilidade de prestação de serviço à comunidade e a suspensão condicional da pena.

Dessarte, pode a prestação de serviço à comunidade compor as condições do *sursis*.

HABEAS CORPUS N. 13.894 – RJ

(Registro n. 2000.0072501-3)

Relator: Ministro Fernando Gonçalves
Impetrantes: Joel Vieira e outro
Advogado: Eduardo de Vilhena Toledo
Impetrado: Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Pacientes: Joel Vieira e Romeu Diamant

Sustentação oral: Eduardo de Vilhena Toledo (pelos pacientes) e Samir Haddad (Subprocurador-Geral da República)

EMENTA: Habeas corpus – Corrupção passiva.

1. O delito de corrupção passiva, consoante inteligência ministrada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Penal n. 307-DF, para sua configuração reclama que o funcionário público tenha solicitado ou recebido vantagem indevida ou aceito sua promessa em razão de ato específico de sua função ou cargo, ou seja, ato de ofício (omissivo ou comissivo).

2. Nestas condições, o agente da autoridade policial beneficiário de indevidas vantagens e que se omite na prática de atos de ofício relativos à repressão de jogos proibidos, incide na censura do art. 317 do Código Penal.

3. Não se apresenta viável o debate e decisão pelo Superior Tribunal de Justiça do tema questionado nesta sede, acerca de eventual baralhamento, entre a figura delitiva da corrupção passiva e o enriquecimento ilícito (Lei n. 8.429, de 1992) dado que não argüido e examinado pela instância de origem.

4. De qualquer forma, a conduta sancionada como ato de improbidade pode ser tipificada como crime.

5. **Habeas corpus** não conhecido em parte e, nesta extensão, denegado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer em parte do **habeas corpus**, denegando a ordem quanto ao mais. Os Srs. Ministros Fontes de Alencar e Vicente Leal votaram com o Sr. Ministro-Relator. Afirmou impedimento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido. Ausente, por motivo de licença, o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

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

Ministro Fernando Gonçalves, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 22.4.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves: Joel Vieira e Romeu Diamant impetram ordem de **habeas corpus** contra acórdão da Corte Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro proferido nos autos da Ação Penal Originária n. 10/1994, intentada pelo Ministério Público, onde foram condenados, como incurso, o primeiro, nas penas do art. 317, c.c. o art. 327, § 2º, e arts. 71 e 65, I, todos do Código Penal, à pena de 3 (três) anos e 1 (um) mês de reclusão e multa, e o segundo, nas sanções do art. 317, c.c. os arts. 327, § 2º, e 71, também do Código Penal, à pena de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão e multa. Para aquele, por quatro anos, mediante condições, foi concedida a suspensão condicional da pena. Para este, estabelecido o regime prisional aberto.

Após longa transcrição de parte do venerando acórdão, o articulado vestibular ressalta não haver o Tribunal de origem, na condenação dos Pacientes por corrupção passiva, apontado “a prática de qualquer ato de ofício ‘configurador de transação ou comércio com o cargo’ exercido ...”. Aduz, então, não se cuidar de ocasional omissão, mas de decorrência natural da doutrina assumida pela Corte que fez consignar no julgado ser desnecessária a previsão ou prática em questão, “bastando que a vantagem indevida haja sido oferecida em razão da função”.

Com apoio em decisão do STF, no julgamento da Ação Penal n. 307-DF, buscam os Pacientes a declaração de nulidade do acórdão condenatório, que baralha o crime do art. 317 do Código Penal (corrupção passiva) com o enriquecimento ilícito (Lei n. 8.429, art. 9º, I), faltando-lhe, também, a adequada fundamentação, na medida em que despreza as situações individuais dos envolvidos, mas tem como base registros encontrados nas “fortalezas” da contravenção do denominado “jogo do bicho”, sem o valor probante dos “documentos”.

Ponderam – ainda – ser de suma gravidade a dispensa pelo acórdão do ato de ofício caracterizador do delito do art. 317 do Código Penal, em ver contraposição ao entendimento majoritário do STF, na mencionada Ação Penal n. 307-DF (RTJ 162/3).

Prestadas as informações pelo eminente Desembargador Humberto de Mendonça Manes (fls. 731/733), Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a douta Subprocuradoria Geral da República, por intermédio da Dra. Laurita Hilário Vaz, hoje compondo este Superior Tribunal de Justiça, opina pela denegação da ordem em parecer que guarda a ementa seguinte:

“1. **Habeas corpus** originário. Ação penal originária. Subsecretário de Estado de Polícia Civil e Delegado. Corrupção passiva. Jogo do bicho. Tipicidade da conduta. Ato de ofício. Prescindibilidade. Ilícito administrativo e penal. Independência de esferas. Aresto fundamentado.

2. Inexiste a alegada atipicidade da conduta dos Pacientes, pois o crime de corrupção passiva (art. 317, **caput**, do CP) não exige a efetiva prática de ato de ofício, o que só é necessário para configuração da causa de aumento de pena prevista no § 1º do mesmo dispositivo. Ademais, a contraprestação esperada pelos corruptos é óbvia. Prescinde de maiores detalhamentos. Até mesmo um ato (omissivo ou comissivo) regular e ilícito, em harmonia com os interesses escusos, valeria como contrapartida pelo ato investimento da atividade contravencional que pagava vultosas quantias regularmente aos corrompidos.

3. É sabido que as esferas administrativa e penal são independentes. Um fato pode constituir, ao mesmo tempo, um ilícito administrativo e um ilícito penal, que serão apurados independentemente. Não há, portanto, qualquer imissão entre as esferas.

4. O aresto está formalmente e materialmente muito bem fundamentado, inexistindo qualquer defeito a ser reparado pela via do *writ* (fls. 390/408, vol. 2). Evidenciou-se com clareza o envolvimento dos Pacientes no mencionado esquema de propina e, ao contrário do alegado pelo Impetrante, as teses defensivas foram devidamente apreciadas no aresto atacado. Ademais, nesse particular, eventual omissão, ressalte-se, que não ocorreu, deveria ser objeto de recurso próprio que não o **habeas corpus**.

5. Parecer pelo conhecimento do *writ*, com a eventual ressalva consignada no item 7, e pela sua denegação.” (fls. 749/750).

Não foi concedida liminar, dado o deferimento de fiança na origem, consoante explicitado no despacho de fl. 746.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves (Relator): Os Pacientes, na qualidade de funcionários públicos, Joel Vieira, como Subsecretário de Estado de

Polícia Civil, e Romeu Diamant, como Delegado de Polícia, foram condenados pelo recebimento, em concurso e de forma continuada, de vantagens indevidas de “banqueiros” do chamado jogo do bicho, “ora embolsando propinas, auxílios e presentes em dinheiro, ora aceitando favores daqueles, para, em troca, omitirem-se na prática regular de atos de seus ofícios” (fl. 731). A gênese do processo criminal, como tive oportunidade de asseverar no julgamento do **Habeas Corpus** n. 13.487-RJ, situa-se na apreensão, em 1994, de livros contábeis, em imóvel situado em Bangu – Rio de Janeiro –, nos quais encontrados lançamentos, constando, de um lado, os nomes dos acusados pelo crime de corrupção ativa, denominados contribuintes, e, de outro, os nomes dos acusados pelo crime de corrupção passiva. A aplicação de penalidade apenas foi possível – ainda como relatado naquela assentada – porque para o acórdão condenatório a indicação do ato de ofício é desnecessária à configuração do delito do art. 317 do Código Penal, haja vista o voto proferido no Supremo Tribunal Federal, na Ação Penal n. 307, movida pelo Ministério Público Federal contra Fernando Affonso Collor de Mello e outros, da lavra do Ministro Néri da Silveira, onde fixado prescindir-se, em nosso sistema, “da efetiva prática de ato de ofício, para que se tenha como caracterizado o crime do art. 317 do Código Penal”.

A tese, no entanto, foi vencida no STF, prevalecendo o entendimento de que “a atividade versada pelo suborno há de encontrar-se abrangida nas atribuições ou na competência do funcionário que a realizar ou se comprometer a realizá-la ...”.

Cumpre, de início, destacar que o paciente Romeu Diamant, no julgamento do **Habeas Corpus** n. 13.487-RJ – já referenciado –, teve sua situação devidamente analisada e decidida, na assentada do dia 22 de novembro de 2001, restando, por unanimidade, denegada a ordem por esta Sexta Turma, impedido o Ministro Hamilton Carvalhido. O acórdão em apreço tem a seguinte ementa:

“Habeas corpus. Corrupção passiva. Configuração.

1. O delito de corrupção passiva, consoante inteligência ministrada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Penal n. 307-DF, para sua configuração reclama que o funcionário público tenha solicitado ou recebido vantagem indevida ou aceito sua promessa em razão de ato específico de sua função ou cargo, ou seja, ato de ofício (omissivo ou comissivo).
2. Nestas condições, o agente da autoridade policial beneficiário

de indevidas vantagens e que se omite na prática de atos de ofício relativos à repressão de jogos proibidos, incide na censura do art. 317 do Código Penal.

3. Ordem denegada.”

Naquela impetração, foi consignado que Romeu Diamant, Delegado de Polícia na 32ª DP (Jacarepaguá) foi condenado por receber vantagens patrimoniais dos “banqueiros” do jogo do bicho em razão da função exercida, com destaque, pelo venerando acórdão, da lavra do Desembargador Raul Quental, de sua situação individual. Com efeito, consta do julgado proferido por esta Turma, **verbis**:

“O venerando acórdão do Órgão Especial do TJRJ, após longo debate, inclusive com transcrição dos votos dos Ministros Sepúlveda Pertence, Néri da Silveira e Carlos Velloso, do Supremo Tribunal Federal, vencidos, quando do julgamento da pré-falada Ação Penal n. 307-DF (RTJ 162/3/354), acerca da exigência legal de que a vantagem indevida seja solicitada, recebida ou aceita em troca de um ato de ofício, enfatiza:

‘Pouco restaria a dizer sobre a matéria, magnificamente versada nos votos transcritos. Não corresponderam estes, contudo, ao entendimento da maioria dos participantes do julgamento da citada Ação Penal n. 307-DF, convindo, por conseguinte, sejam expostos, ainda que sucintamente, os motivos que levam o Tribunal de Justiça a adotar a mesma tese neles sustentada, mantendo-se fiel ao ponto de vista que já abraçara por ocasião do recebimento da denúncia de fls. 2/50.

O pensamento aqui desenvolvido baseia-se em algumas realidades exaustivamente demonstradas no brilhante voto do eminente Ministro Sepúlveda Pertence, não devidamente consideradas, **data maxima venia**, nos estudos doutrinários acerca do crime de corrupção passiva posteriores à edição do Código Penal de 1940.

É certo, em primeiro lugar, que o legislador de 1940, ao definir a figura da corrupção passiva em seus elementos objetivos e subjetivos, afastou-se não apenas do modelo do Direito brasileiro anterior, como das fórmulas consagradas no Direito Positivo

da maioria dos povos cultos, substituindo a referência à prática ou omissão de um ato de ofício como contrapartida do recebimento da vantagem indevida *pela exigência de que esse recebimento ocorra em razão da função*.

Ao fazê-lo, não desconhecia aquele legislador, obviamente, o Direito anterior nem as lições do Direito Comparado. Teve, na verdade, razões de peso para adotar a fórmula diversa.

Isso não obstante, os juristas brasileiros que se vêm ocupando do tema ao longo dos quase sessenta anos de vigência do Código Penal, incluindo o maior de todos, **Nelson Hungria**, nunca se libertaram da influência da doutrina do Direito pátrio anterior e da doutrina estrangeira construída sobre sistemas jurídicos diferentes do nosso e continuaram a ler o art. 317 como se nenhuma mudança tivesse havido em relação ao Direito revogado, insistindo, *una voce*, em exigir a vinculação do recebimento da vantagem indevida à previsão de um ato concreto do ofício do servidor público. Não conseguiram e continuam não conseguindo vislumbrar, ou aceitar, o progresso representado pela inovação de 1940, a vantagem da norma reformulada do ponto de vista da tutela da moralidade do serviço público, vantagem, como se mostrará, teórica e prática, e que constitui a **ratio legis** da definição contida no art. 317, portanto, o mais precioso elemento na busca de sua correta inteligência.” (fls. 146/147).

Estas considerações, entretanto, e tantas outras de relevantíssimo valor jurídico colacionados pelo eminente Desembargador Raul Quental, guardam cunho meramente doutrinário, ou de **lege ferenda**, haja vista que o posicionamento não encontra apoio no entendimento pretoriano, capitaneado pelo STF, ao ministrar a inteligência do art. 317 do Código Penal.

A decisão em análise, porém, teve prosseguimento, adentrando ao exame da matéria de fato, entrelaçando-a com a discussão jurídica e atribuindo à espécie solução adequada, como se procurará demonstrar. O paciente Romeu Diamant, Delegado de Polícia, sem embargo de eventuais outras provas carreadas para os autos da ação penal respectiva e não objeto de análise ou discussão nesta via, foi condenado porque, nesta condição, mediante recebimento de vantagem indevida, digamos, facilitava a atuação dos contraventores, conforme faz certo o seguinte excerto do venerando acórdão, às fls. 163/164, **verbis**:

‘Por outro lado, seja qual for a orientação que se prefira adotar na análise dos elementos dos crimes de que se cogita, o certo é que a denúncia imputou aos acusados de corrupção ativa o móvel de determinar os funcionários corrompidos a se omitirem na prática de atos de ofício, deixando de agir na repressão à contravenção ou deixando de empregar nessa tarefa o zelo funcional que se deveria esperar. Ou seja: as vantagens teriam sido oferecidas para determinar funcionários públicos a omitirem atos de seu ofício, em exata correspondência à descrição literal do art. 333 do Código Penal.

Quanto aos denunciados por corrupção passiva, a denúncia descreve, para quem nada queira aceitar do que acima se disse, o ato de ofício cuja omissão seria a contrapartida do pagamento das propinas. ‘Ditas vantagens configuravam ofertas pecuniárias provenientes dos citados ‘banqueiros’, feitas com o fim específico de determinar àqueles funcionários públicos a omissão na prática de seus atos de ofício, quais sejam, a repressão aos jogos proibidos, a investigação de fatos criminosos relacionados direta ou indiretamente com a contravenção e, até mesmo, o cumprimento de mandados de prisão contra apaniguados dos corruptores, isso sem falar na generalizada postura de intolerável permissividade adotada pelas autoridades policiais e seus agentes em face das atividades ilícitas desempenhadas à luz do dia por seus corruptores’ (fl. 4). Excetuado o caso dos mandados de prisão não cumpridos, os quais efetivamente não foram especificados (circunstâncias que as defesas exploram **ad nauseam**, brandindo, triunfalmente, certidões de inexistência, na área de atuação dos réus respectivos, de mandados de prisão contra ‘bicheiros’), as demais condutas referidas na denúncia consistem em uma omissão genérica, não fazendo sentido exigir-se explicitação de situações concretas em que algum ato tivesse sido omitido, e de qual teria sido esse ato. *O que se omitiu foi o combate à contravenção, em geral, onde ela estivesse*, não sendo necessária explanação detalhada de todos os dias, horas e locais em que fatos contravençionais foram praticados e não reprimidos nos limites da jurisdição territorial de cada delegacia. A conduta genérica de inércia diante do ‘jogo do bicho’, praticado ostensivamente a qualquer hora e ao longo dos dias, não carece, e sequer comporta descrição mais detalhada.’ (fls. 163/164).

E diz mais:

‘Além disso, a lei prevê a possibilidade de ser corrompido funcionário *no momento* impossibilitado de prestar algum favor ao ofertante da vantagem (**verbis**: ‘ainda que fora da função ou antes de assumi-la’), representando esta, em semelhante caso, um ‘investimento para o futuro’, sem retorno imediato e visível. Os ‘bicheiros’ distribuem as propinas a todos os policiais, civis ou militares, que se disponham a aceitá-las, sabendo que qualquer deles tem ou poderá ter condições de prejudicar consideravelmente a exploração contravencional, ainda que não lhe caiba, especificamente, a tarefa de reprimi-la. A atual lotação do policial, em qualquer hipótese, é irrelevante. O policial hoje lotado na Delegacia de Repressão a Entorpecentes, na de Atendimento a Turistas, no Gabinete do Secretário, e assim por diante, poderá estar amanhã em unidade com atribuição específica de combater a contravenção. O contraventor, à cautela, paga-lhe desde agora a propina, e esse pagamento, como o recebimento pelo servidor, é *em razão da função*, caracterizando, cada um deles, o crime correspondente.’ (fl. 238).

Como se vê, nos estreitos limites que o **habeas corpus** permite desenvolver, em face, inclusive, da situação individual do paciente Romeu Diamant, examinada à exaustão pelo acórdão, **ut** fls. 443/449, não se pode afirmar haver a Corte local decidido em confronto com a jurisprudência do STF, dado que perfeitamente delineada sua conduta, como agente da autoridade policial, recebendo indevida vantagem de ‘bicheiros’, em razão de sua função. Patente o nexo de causalidade.”

Vê-se, pois, que nada existe, em relação ao paciente Romeu Diamant, a ser decidido, porquanto já particularizada e julgada sua situação naquele **habeas corpus**, confirmando, sob o aspecto jurídico aventado, a decisão do Tribunal de origem. No ponto prejudicada está a impetração.

Joel Vieira, o outro paciente, também Delegado de Polícia, na época no exercício do cargo de Subsecretário de Estado de Polícia Civil do Rio de Janeiro, foi condenado, segundo se colhe do venerando acórdão, por haver recebido dos ‘banqueiros do bicho’, em razão da função, consoante registros encontrados em livro de balancetes (fl. 391), vantagens indevidas, em dinheiro, nos meses de abril de 1991 a outubro de 1993. Quanto ao recebimento, que o acórdão entende e fixa ser efetivo, vale a transcrição:

“No caso do réu Joel Vieira, dúvida não resta quanto ao efetivo recebimento das vantagens indevidas, embora apenas seu prenome figure nos registros, desacompanhado de indicação de lotação.

Observa-se, em primeiro lugar, que os lançamentos coincidem perfeitamente com o período em que o réu exerceu o cargo de Subsecretário, ocorrendo o primeiro em abril de 1991, mês seguinte ao da nomeação, e o último em outubro de 1993, mês da exoneração. Repetem-se regularmente, sem uma falha sequer, ao longo de trinta e um meses consecutivos, correspondendo a uma espécie de ‘P.P. Fixo’ pago por mês, além de um pagamento de ‘P.P. Extra’, dois de ‘natalina’ e um de ‘carnaval’, efetuados sem prejuízo do pagamento fixo do mês respectivo.” (fl. 392).

Já no tocante à objeção de haver o Tribunal de Justiça decidido contrariamente ao entendimento do Supremo Tribunal Federal, no sentido de se exigir para configuração do crime de corrupção passiva, tipificada na letra do art. 317 do Código Penal, que o ato móvel da infração “seja da atribuição do funcionário, seja ato **propter officium**, como colocado em destaque em trabalho da lavra do Professor **Adhemar Maciel**. Em outras palavras, faz-se mister o ‘nexo de causalidade entre a conduta do funcionário e a realização de ato funcional de sua competência’”. Sob este aspecto, no tocante ao paciente Joel Vieira, está assentado à fl. 399, **verbis**:

“Não é certo, ao contrário do que alega o Réu, que não tivesse este qualquer atribuição que lhe permitisse favorecer ou prejudicar os ‘bicheiros’. Sua função de Subsecretário, segundo homem na hierarquia da Polícia Civil, legitimava-o a influir na formulação das diretrizes gerais a serem observadas pelas unidades do organismo policial. O Secretário da época, Dr. Nilo Batista, informa que o Subsecretário poderia ter atribuições de planejamento operacional ou de execução, quando solicitado pelo Secretário (depoimento de fl. 7.055). Até a modesta atribuição de fazer as transferências de policiais, a cargo do Réu (depoimento da testemunha Elenice da Silva, fl. 6.975), poderia ser exercida de modo a atender aos interesses dos contraventores.”

Resulta, então, colocado o debate nestes exatos termos, inclusive com remissão ao decidido no HC n. 13.487-RJ, perfeitamente positivada a atitude de recebimento de indevida vantagem para omissão na prática de ato de ofício, em última análise consistente no dever legal de impedir a consecução do **desideratum** proibido pela lei.

Não se vislumbra, também, razão plausível para se pretender configurar a conduta espelhada como improbidade administrativa, com abstração da infração penal. Ambas podem coexistir. A Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, foi editada, conforme o demonstra **Aristides Junqueira Alvarenga**, “para estabelecer a forma de imposição e a gradação das sanções expressas na norma constitucional, quando a conduta humana a ser sancionada se caracteriza como ato de improbidade administrativa, independentemente de essa mesma conduta poder ser tipificada como crime”. Como assinala o pronunciamento ministerial, as esferas administrativa e penal são independentes, podendo um fato constituir, ao mesmo tempo, ilícito administrativo e ilícito penal.

De mais a mais, este tema (improbidade administrativa) não foi versado nem questionado na instância própria, assumindo eventual posicionamento do Superior Tribunal de Justiça nestas circunstâncias verdadeira característica de supressão de jurisdição.

A tese de ser o acórdão nulo por não particularizar a situação de cada um dos envolvidos, também, **data venia**, não subsiste. O acórdão, com 512 páginas, está muito bem fundamentado e, como já assinalado, as situações individuais foram **quantum satis** examinadas.

Ante o exposto, não conheço, em parte, do **habeas corpus** quanto ao paciente Romeu Diamant, no ponto em que se apresenta o *writ* como mera repetição daquele de n. 13.847-RJ. De igual modo, não conheço, em parte, da impetração em relação aos dois pacientes, no tocante à argüição de haver o acórdão do TJRJ baralhado o crime de corrupção passiva, do art. 317 do Código Penal, com enriquecimento ilícito, previsto na Lei n. 8.429, de 1992, matéria não debatida e nem decidida pela Corte de origem, denegando a ordem quanto ao mais.

VOTO

O Sr. Ministro Fontes de Alencar: Sr. Presidente, nada obstante a enfática sustentação do ilustre Advogado, peça que se situa adequadamente na moldura própria da defesa, acompanho o voto de V. Ex.^a, não conhecendo em parte do **habeas corpus** e denegando a ordem.

VOTO

O Sr. Ministro Vicente Leal: Sr. Presidente, a despeito da brilhante sustentação do nobre advogado, um dos melhores nomes deste foro especial, acompanho o voto de V. Ex.^a, não conhecendo em parte do **habeas corpus** e denegando a ordem.

HABEAS CORPUS N. 15.026 – SC

(Registro n. 2000.0126493-1)

Relator: Ministro Vicente Leal
Impetrantes: Antônio Nabor Areias Bulhões e outro
Impetrado: Tribunal Regional Federal da 4ª Região
Paciente: Luciano Hang

EMENTA: Constitucional – Processual Penal – **Habeas corpus** – Sigilo de dados – Quebra – Busca e apreensão – Indícios de crime – Investigação criminal – Legalidade – CF, art. 5º, XII – Leis n. 9.034/1995 e 9.296/1996.

– Embora a Carta Magna, no capítulo das franquias democráticas, ponha em destaque o direito à privacidade, contém expressa ressalva para admitir a quebra do sigilo para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (art. 5º, XII), por ordem judicial.

– A jurisprudência pretoriana é uníssona na afirmação de que o direito ao sigilo bancário, bem como ao sigilo de dados, a despeito de sua magnitude constitucional, não é um direito absoluto, cedendo espaço quando presente em maior dimensão o interesse público.

– A legislação integrativa do cânon constitucional autoriza, em sede de persecução criminal, mediante autorização judicial, “o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancários, financeiras e eleitorais” (Lei n. 9.034/1995, art. 2º, III), bem como “a interceptação do fluxo de comunicações em sistema de informática e telemática” (Lei n. 9.296/1996, art. 1º, parágrafo único).

– **Habeas corpus** denegado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Fernando Gonçalves, Hamilton Carvalhido e Fontes de Alencar votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Paulo Gallotti. Sustentaram oralmente o Dr. Antônio Nabor Areias Bulhões e o Dr. Wagner Gonçalves, Subprocurador-Geral da República.

Brasília-DF, 24 de setembro de 2002 (data do julgamento).

Ministro Hamilton Carvalhido, Presidente.

Ministro Vicente Leal, Relator.

Publicado no DJ de 4.11.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Vicente Leal: Os advogados Antônio Nabor Areias Bulhões e D'Alembert Jorge Jaccoud impetraram **habeas corpus** em favor de Luciano Hang, empresário, residente em Brusque – Santa Catarina, pleiteando a desconstituição de acórdão da Segunda Turma do TRF-4ª Região, que denegou ordem de **habeas corpus** em que postulava o trancamento de inquérito policial no qual o Paciente se encontra indiciado sob a acusação de prática de crimes contra a ordem previdenciária e de frustração de direito assegurado por lei trabalhista.

Naquele **habeas corpus** originário, insurgiram-se os Impetrantes contra a decisão judicial do Juízo Federal da 3ª Vara de Blumenau-SC, que autorizara busca e apreensão na empresa do Paciente, decisão essa que seria ilegal e abusiva, por violação do seu domicílio profissional, com desrespeitos aos princípios da objetividade material, da adequação e da proibição do excesso, além de inconstitucional, porque afrontosa ao sigilo da comunicação de dados.

Pediram, no final: (a) a cassação da ordem de busca e apreensão impugnada e a que ordenou a quebra do sigilo dos dados coligidos na busca; (b) a declaração de inadmissibilidade do uso dos elementos resultantes da decodificação do material apreendido, por constituir prova ilícita, e (c) o trancamento do Inquérito Policial n. 114/1999 – DPF.D/IJ/SC, porque fundado em prova absolutamente ilícita.

A ordem foi denegada, proclamando-se no ensejo a legalidade da decisão judicial impugnada, em face da presença de indícios de “autoria e de materialidade de condutas praticadas em detrimento da ordem tributária, do sistema financeiro e, especificamente, contra a Previdência Social” (sic – fl. 54), sendo certo que a instauração do inquérito policial obedeceu ao devido processo legal, a fim de elucidar notícia de práticas de infrações penais, possibilitando o exercício de eventual ação penal, dever do Estado e direito da sociedade (fls. 54/55).

Irresignados, os Impetrantes ajuízam, agora nesta Corte Superior, novo **habeas corpus**, reeditando as mesmas razões deduzidas no outro **mandamus**.

Pugnam pela concessão do *writ* para cassar a decisão que ordenou a busca e apreensão e que autorizou a quebra do sigilo dos dados apreendidos com a conseqüente invalidação de tais elementos de prova. Pedem, por fim, o trancamento da ação penal, porque fundada em prova ilícita (fls. 2/41).

Requisitadas as informações pertinentes, foram os autos com vista ao Ministério Público Federal, que em judicioso parecer de fls. 59/82, opina, preliminarmente, pelo não-conhecimento do *writ*, à míngua de interesse, pois as empresas do Paciente, ao optarem pelo Refis e efetuarem o pagamento de parcelas, admitiram o débito que foi apurado com base nas informações coletadas na busca impugnada. No mérito, pugna pela denegação do pleito.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Vicente Leal (Relator): Como anotado no relatório, a questão central em que se funda esta impetração situa-se na alegação de ilicitude da prova coligida por força de ordem judicial de busca e apreensão realizada com desrespeito à garantia contida no art. 5^a, XII e LVI, da Constituição.

E sendo ilícita a prova, estaria contaminada a ação penal nela embasada, impondo-se, portanto, o trancamento do processo.

O tema jurídico é relevante porque envolve uma das mais relevantes franquias constitucionais.

Efetivamente, a nossa Carta Magna, ao dispor sobre os direitos individuais, inseriu preceito que proclama a inviolabilidade do sigilo de dados. É o chamado direito à intimidade, que confere efetividade a um dos fundamentos da República Brasileira, instituída sob a forma de Estado Democrático de Direito, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

Assim, é de se reconhecer que o direito à privacidade deve constituir-se como pedra de toque, de alta relevância para o resguardo da dignidade do homem.

Todavia, a própria Lei Fundamental admite a quebra do sigilo, desde que por ordem judicial “nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal” (sic).

Em face da ressalva constitucional, é de se indagar se a decisão judicial atacada neste *writ* situa-se ou não dentro do permissivo constitucional.

A questão encontra-se judiciosamente decantada no longo parecer da douta Subprocuradoria Geral da República, que expôs com precisão a **res in iudicio deducta**, em especial no pertinente aos fatos que ensejaram a ordem de busca e apreensão.

No mencionado parecer, a ilustre Subprocuradora-Geral Ela Wiecko Castilho, após explicitar a presença de indícios de prática de ilícitos fiscais, em face do desencontro entre quantidades de mercadorias constantes de faturas e quantidades registradas nas declarações de importação, realizou súmula de diversas irregularidades detectadas em auditoria realizada pela fiscalização do INSS.

E salienta, em conclusão, **verbis**:

“(...)

11. Note-se que tais constatações ocorreram antes da busca e apreensão.

12. O INSS, tendo então verificado indícios de crimes, solicitou ao Ministério Público Federal que promovesse, junto à Justiça Federal, pedido de busca e apreensão na referida empresa. Registre-se que, face ao comportamento duvidoso de servidores da Receita Federal de Itajaí, este órgão não participava, até então, das investigações. No dia 30 de dezembro de 1998, o INSS formalizou contato com a Procuradoria da República no Município de Blumenau para que a busca se realizasse. O requerimento de busca ao Juízo Federal Criminal se deu em data de 8 de janeiro de 1999. Registre-se que, como se tratava de fiscalização prévia, na busca e apreensão seriam coletadas provas que permitissem dar continuidade ao que já se vislumbrara na referida fiscalização.

13. Deferida a busca, esta foi realizada pela Polícia Federal e pelo INSS. Desnecessário dizer o motivo da busca ter se realizado pela Polícia Federal. As razões do INSS participar da busca eram duas: primeiro, em face de já ter indícios de fatos, os quais precisavam de complementação; segundo, em face da Polícia Federal não dispor de corpo de peritos contábeis com experiência na detecção do tipo de fraude tributária que se vislumbrava.

14. Realizada a busca, como todas as cautelas legais, foi possível obter dados magnéticos sem interromper o funcionamento da empresa.

Com a autorização judicial, passou-se a investigar o conteúdo dos discos rígidos. O que se encontrou foi uma formidável máquina de sonegar tributos: se o INSS já vira documentos que indicavam a existência de uma folha de pagamento paralela, a mecânica desta folha foi identificada. Por outro lado, encontrou-se ainda uma contabilidade paralela em que a racionalidade germânica era colocada a serviço do crime: além de vultosas despesas, outras bagatelas também eram devidamente anotadas (R\$ 0,70 pagos por afiação de tesoura; R\$ 1,00 pago por estacionamento, etc.).” (fls. 69/70).

E para demonstrar a oportunidade da decisão judicial impugnada, acentua a nobre representante do *Parquet*, **verbis**:

“(…)

21. Dizem os Impetrantes (fl. 2, item 1.2) que os documentos que embasaram o pedido de busca e apreensão chegaram anonimamente ao Ministério Público Federal. Não é verdade: a cópia da reclamatória trabalhista foi extraída de procedimento fiscal realizado pelo INSS, o qual, por sua vez, obteve tal documento diretamente da Justiça do Trabalho. A cópia da declaração de importação foi obtida pelo Ministério Público Federal diretamente do original que requisitou à Receita Federal (vejam-se os tópicos acima).

22. Também como se demonstrou acima, não é estranho que o INSS tenha participado da diligência (fl. 4, item 1.5), posto que tal autarquia já vinha realizando ação fiscal na empresa Havan e, observando indícios de crime, solicitou ao Ministério Público Federal que realizasse o pedido de busca e apreensão. Esta ação fiscal – que foi uma das bases do pedido de busca – se encontra noticiada na petição inicial da busca e apreensão e documentada nos respectivos autos.

23. A notícia no item 1.8 (fl. 5), de que o Tribunal Regional Federal da 4ª Região trancou ação penal, merece esclarecimentos. Esta ação iniciou-se em decorrência de apreensão de tecidos efetuada pela Receita Federal e que não tinha relação com a busca efetuada. Foi uma apreensão isolada, em que a empresa declarou ter importado 1,9 ton. de tecido e, no contêiner, se constatou existirem 3 ton. Assim, apreendidos os tecidos no mês de fevereiro de 1999, a ação penal, proposta em maio, foi suspensa sob o argumento de que o processo estava tendo muita repercussão na imprensa (este foi, por mais estranho que pareça, o fundamento da liminar que suspendeu a ação penal). Mais tarde,

deu-se o **habeas corpus** trancando definitivamente a ação penal sob o argumento de que o pagamento de tributo extingue a punibilidade do crime de descaminho. Esta a verdade dos fatos relativamente ao HC n. 1999.04.01.081917-0-SC, que os Impetrantes, maliciosamente, procuraram vincular à busca e apreensão.

24. Também incorreta a ilação obtida a partir da notícia da remessa de anexos à Polícia Federal (fls. 7 e 8, item 1.12), notícia esta dada ao Juízo Criminal, ilação consubstanciada na conjectura de que o Ministério Público Federal não quis dar conhecimento ao Juízo dos anexos. Na verdade, a comunicação da remessa teve exatamente por fim colocar sob o controle do Juízo Criminal tais documentos.

25. Mais: no item 1.13 se afirma que o relatório da auditoria interna do INSS foi baseado somente nos dados obtidos no disco rígido. Isto não é verdade: a auditoria se iniciou antes da busca e apreensão (na própria petição da busca isto é noticiado); o relatório tomou por base dados obtidos na contabilidade oficial da empresa Havan antes da busca; dados constantes nos discos rígidos; documentos obtidos na empresa antes e durante a busca e documentos encartados em reclamatórias trabalhistas e tramitando na Justiça do Trabalho. Assim, os dados informatizados foram apenas um dos fundamentos da auditoria e tais dados ora corroboraram o que já havia sido detectado antes da busca e foram também confirmados em outras provas documentais e testemunhais.

26. Do que foi noticiado acima, vê-se que foi legal a entrada no estabelecimento comercial do Paciente. Ademais, frise-se que tal local é aberto ao público (trata-se de loja comercial com uma área de vendas de 30 mil m²).” (fls. 80/81).

De outra parte, a decisão impugnada encontra-se adequadamente fundamentada, merecendo destaque o seguinte trecho, **litteris**:

“A diligência pretendida é extremamente séria, eis que tem por escopo verificar como ocorreu que a Declaração de Importação n. 97/0675494-6 registra quantidade em dúzias (fl. 47) e a fatura (fl. 66) em unidades do mesmo produto, a exemplo: estatuetas de porcelana fig. cisne – 10704, 60 dúzias, ao preço unitário de U\$ 1,20 (fl. 49), constando da fatura (fl. 66) o valor simbólico de U\$ 72,00 (60 x 1,20), quando o correto seria calcular 60 x 12 x 1,20, total: U\$ 864,00.

Dessarte, o imposto recolhido incidiu sobre minguados U\$ 72,00, escapando os restantes U\$ 792,00 ilesos.

Este é apenas um caso, ou melhor, somente uma operação de importação das tantas já realizadas, merecendo total esclarecimento em vista do interesse público que envolve a matéria de natureza tributária.

Assim, a disposição prevista na Lei n. 9.034/1995 é aplicável, eis que pressuposta a atuação de organizações criminosas estruturadas em quadrilha ou bando, o que, ao que o feito está a indicar até o momento, encontra-se presente, na medida em que tamanha discrepância de valores passou despercebida pela fiscalização da Receita Federal.” (fl. 73).

À luz desse quadro, não vejo como desconstituir o acórdão que prestigiou a ordem de busca e apreensão.

O preceito constitucional em que se abriga o pleito formulado na impetração recebeu regulamentação que autoriza, em sede de persecução criminal, mediante autorização judicial, “*o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais*” (art. 2º, III, da Lei n. 9.034/1995), bem como “*a interceptação do fluxo de comunicações em sistema de informática e telemática*” (art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 9.296/1996).

A jurisprudência pretoriana é uníssona na afirmação de que o direito ao sigilo bancário, assim como ao sigilo de dados e de comunicações, a despeito de sua magnitude constitucional, não é um *direito absoluto*, cedendo espaço quando presente em maior dimensão o interesse público.

Neste sentido, têm decidido ambas as Turmas deste Tribunal, competentes em matéria penal.

Registrem-se, a propósito, os seguintes precedentes, **verbis**:

“Penal e Processual Penal. Recurso ordinário em **habeas corpus**. Crime contra a ordem tributária. Art. 83 da Lei n. 9.430/1996. Sigilos bancário e fiscal. Quebra. Decisão fundamentada.

I – O art. 83 da Lei n. 9.430/1996 não é óbice – quer como condição de procedibilidade, quer como questão prejudicial – para a atuação do *Parquet*.

II – A proteção aos sigilos bancário e fiscal não consubstancia direito absoluto, cedendo passo quando presentes circunstâncias que denotem a existência de um interesse público superior.

III – Mostra-se suficientemente fundamentada a decisão judicial que, ao determinar a quebra dos sigilos bancário e fiscal, requerida em inquérito policial, indica suficientemente indícios de prática delituosa e os motivos pelos quais a medida se faz necessária, bem como indica com precisão o objeto da investigação e a pessoa investigada.

Recurso a que se nega provimento.” (RHC n. 11.866-SC, DJ de 15.4.2002, relator Min. Felix Fischer).

“Mandado de segurança. Constitucional. Providências investigatórias. Quebra do sigilo bancário. Constituição Federal (art. 5º, X e XII). Lei n. 4.595/1964 (art. 38).

1. O sigilo bancário não é um direito absoluto, compatibilizando-se a sua ‘quebra’ com as disposições constitucionais pertinentes (art. 5º, X e XII, CF), cônsono à jurisprudência do STF e desta Corte Superior.

2. Demonstradas razões suficientes e reclamado para as atividades investigatórias, o afastamento do sigilo autorizado judicialmente não constitui ilegalidade ou abuso do juízo competente.

3. Doutrina e precedentes jurisprudenciais.

4. Recurso sem provimento.” (RMS n. 10.939-SC, DJ de 4.9.2000, relator Min. Milton Luiz Pereira).

“Processo Penal. Crime organizado. Quebra do sigilo fiscal e bancário. Ausência de ilegalidade.

– A orientação jurisprudencial desta Corte firmou-se no sentido de que demonstradas as razões para eventual quebra de sigilo fiscal e bancário, necessárias ao pleno esclarecimento dos fatos delituosos, não constitui constrangimento ilegal o seu deferimento pela autoridade judicial.

– Ordem denegada.” (HC n. 13.006-MA, DJ de 10.6.2002, relator Min. Jorge Scartezini).

“**Habeas corpus**. Crimes contra a ordem tributária. Trancamento de inquérito policial. Independência entre as esferas administrativa e penal. Alegação de que o procedimento inquisitorial foi instaurado sem justa causa para tanto. Enorme discrepância entre a movimentação financeira da paciente e sua condição de isenta perante a Receita Federal. Quebra do sigilo bancário. Possibilidade, desde que devidamente fundamentada a medida.

A instância penal, nos crimes tributários, independe da instância administrativa. Precedentes.

O trancamento de inquérito policial cabe tão-somente em hipóteses excepcionais em que, de pronto, mostre-se evidente, *v.g.*, a atipicidade do fato ou a inexistência de autoria por parte do indiciado, o que não ocorre na espécie. **In casu**, foi instaurado procedimento inquisitorial de forma a averiguar eventual infração ao disposto no art. 1º, inciso I, da Lei n. 8.137/1990, verificado por meio de relatório da Secretaria da Receita Federal, ante a vultosa quantia movimentada pela indiciada (mais de dois milhões de reais) e a sua condição de isenta perante a Receita.

O direito aos sigilos bancário e fiscal não configura direito absoluto, podendo ser elidido se presentes indícios ou provas que o justifiquem, desde que devidamente demonstrados na decisão do magistrado.

Ordem denegada.” (HC n. 18.886-ES, DJ de 3.6.2002, relator Min. José Arnaldo da Fonseca).

Como se vê, o sistema legal admite que o direito à privacidade sofra restrição quando presente a necessidade de se investigar a ocorrência de crime. E na espécie, como sobejamente demonstrado na decisão impugnada e no acórdão que a prestigiou em 2º grau de jurisdição, estavam presentes indícios vários de ocorrência de crimes no âmbito da administração da empresa do Paciente.

E quanto ao eventual excesso na postura impugnada, a questão situa-se em campo fático de grande complexidade, insusceptível de deslinde no espaço estreito do **habeas corpus**, cujo rito especial não comporta dilação probatória.

Ressalte-se, ademais, que a ação penal já chegou ao seu termo, sendo proferida sentença penal condenatória contra o Paciente em 15 de agosto findo. Tal sentença deve ser objeto de reexame pelo recurso próprio, ensejo em que terá o Paciente oportunidade de exercer, em toda a sua plenitude, o direito de defesa, devolvendo-se ao Tribunal o completo estudo da prova.

Isto posto, denego o **habeas corpus**.

É o voto.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Fontes de Alencar: Sr. Presidente, **data venia** do

brilhantismo da sustentação oral do eminente Advogado, acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator, denegando a ordem de **habeas corpus**.

ESCLARECIMENTO

O Sr. Ministro Fontes de Alencar: Sr. Ministro-Relator, o que se pretende com o presente **habeas corpus**?

O Sr. Ministro Vicente Leal (Relator): O **habeas corpus** originário impetrado perante o Tribunal **a quo** pretendia trancar o inquérito policial, mas o procedimento investigatório, quando do **habeas corpus** em que se ataca a decisão do Tribunal **a quo**, já era uma ação penal.

Portanto, neste **habeas corpus**, o que se pretende é o trancamento da ação penal – que já foi julgada –, porque estaria viciada.

MATÉRIA DE FATO

Sr. Presidente, gostaria de prestar um esclarecimento quanto à matéria de fato, relativo à conformação dos pedidos na impetração, o qual poderá ter relevância para o desfecho do **habeas corpus**.

A impetração se insurge não apenas contra a ação penal que se instaurou, mas, também, contra a decisão proferida em procedimento criminal de natureza diversa. Houve busca e apreensão, quebra de sigilo, etc., e, a partir do procedimento criminal, as informações foram instrumentalizando um inquérito. Logo depois, surgiu a ação penal de que se cuida.

Portanto, o pedido é mais amplo, não se adstringe ao trancamento da ação penal.

O que se argúi não tem a ver com o mérito, mas, sim, com a ilicitude da prova e, portanto, a sua inadmissibilidade para qualquer fim processual.

Para que não se tenha outra idéia, o pedido está na parte final, assim deduzido, ou seja, não se exaure na constatação de que teria havido julgamento superveniente da ação penal.

O Sr. Ministro Vicente Leal (Relator): Sr. Presidente, apenas anotei que o fundamento da condenação criminal não serve de base para a decisão do **habeas corpus**. Fiz a observação de que a ação penal já fora julgada.

No relatório, afirmei de forma plena:

“A cassação da ordem de busca e ...
... trancamento do inquérito policial.”

Foi esse o pedido, o qual examinei em toda a sua plenitude e deneguei a ordem de **habeas corpus**.

RATIFICAÇÃO DE VOTO

O Sr. Ministro Fontes de Alencar: Sr. Presidente, entendo que não faltará oportunidade de a matéria ser retomada em nível de recurso. Mas me parece que é muito estreito o caminho do **habeas corpus** para chegar-se a essa averiguação.

Assim, com as minhas homenagens ao ilustre advogado, acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator, denegando a ordem de **habeas corpus**.

HABEAS CORPUS N. 20.245 – SP

(Registro n. 2002.0001149-5)

Relator: Ministro Paulo Gallotti
Impetrantes: Alexandra Lebelson Szafir e outro
Impetrada: Décima Quinta Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo
Paciente: Vanderval Aparecido Moraes (preso)

EMENTA: Habeas corpus – Sentença transitada em julgado – Possibilidade de examinar alegação de constrangimento em habeas corpus – Aplicação da pena – Processos em curso que não podem ser considerados como maus antecedentes – Reincidência como majorante da pena-base e agravante genérica – Ocorrência de bis in idem.

1. Mostra-se possível, em **habeas corpus**, em determinadas situações, respeitados os limites do remédio constitucional, examinar alegação de constrangimento ilegal decorrente de sentença transitada em julgado.

2. Em respeito ao princípio constitucional da não-culpabilidade (artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal), processos criminais em curso não podem ser tidos como maus antecedentes,

notadamente quando o sentenciado vem a ser absolvido das acusações.

3. Não deve a reincidência figurar, simultaneamente, como majorante da pena-base e agravante genérica, por infringir o sistema trifásico de aplicação da pena e o princípio do **non bis in idem**.

4. Ordem concedida.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 25 de junho de 2002 (data do julgamento).

Ministro Fernando Gonçalves, Presidente.

Ministro Paulo Gallotti, Relator.

Publicado no DJ de 7.10.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Cuida-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Vanderval Aparecido Moraes contra acórdão do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo que denegou o *writ* ali manejado.

O Paciente foi condenado, juntamente com Isaac José do Nascimento e Vânia Xavier de Siqueira, como incurso no artigo 155, § 4º, incisos I e IV, combinado com o artigo 14, inciso II, do Código Penal, à pena de 2 anos de reclusão, no regime inicial fechado.

Busca a impetração a modificação do aludido regime para semi-aberto, assim como a diminuição da pena-base aplicada, haja vista que a existência de processos em curso não pode ser levada em conta como maus antecedentes. Alega também a ocorrência de **bis in idem** na consideração da reincidência como circunstância judicial desfavorável e como agravante genérica, pretendendo, ao final, a substituição da pena por restritiva de direitos.

Prestadas as informações, a Subprocuradoria Geral da República manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator): A meu ver, a ordem deve ser concedida, sendo perfeitamente possível analisar em **habeas corpus**, em determinadas situações, alegação de constrangimento decorrente de sentença já passada em julgado, evidentemente com os limites impostos pela natureza especial que cerca o remédio constitucional.

O Juízo de 1ª grau assim aplicou a pena ao Paciente, **verbis**:

“Vanderval Aparecido Moraes é portador de péssimos antecedentes criminais. Já foi condenado por roubo e está sendo processado por lesões corporais graves, dano qualificado e motim de presos (cf. fls. 71 e 89). Por isso, e considerando que cuida-se, aqui, de furto duplamente qualificado, fixo-lhe a pena-base da sanção corporal em dois anos e oito meses de reclusão e a pena-base da multa em vinte dias-multa.

Reconheço em desfavor do Réu a circunstância agravante da reincidência, demonstrada pela certidão de fl. 71. Elevo, então, suas penas para três anos de reclusão e trinta dias-multa. (...)

Na seqüência, diminuo as penas em 1/3, mínimo legal, já que o **iter criminis** foi interrompido bem próximo da consumação. (...)

b) condeno Vanderval Aparecido Moraes a cumprir a pena de dois anos de reclusão e a pagar vinte dias-multa, à razão do mínimo legal. (...)

Isaac José do Nascimento e Vanderval Aparecido Moraes, porque reincidentes: não têm direito à substituição das penas privativas de liberdade por outras mais brandas (CP, art. 44, inc. II, e § 3º), não têm direito ao *sursis* (CP, art. 77, inc. II), não poderão recorrer em liberdade (Código de Processo Penal, art. 594), e iniciarão o cumprimento das reprimendas em regime fechado.” (fls. 65/66).

No tocante à majoração da pena-base, que levou em conta como maus antecedentes processos em curso, resultantes da prática, em tese, dos delitos de lesões corporais graves, dano qualificado e motim de presos, não se

justifica o acréscimo, haja vista que, conforme se extrai da certidão de fl. 30, trazida aos autos pela Impetrante, o Paciente foi absolvido dessas acusações, em sentença datada de 4.6.2001, transitada em julgado para o Ministério Público em 18.6.2001.

Ainda que assim não fosse, processos em curso, em respeito ao princípio constitucional da presunção de inocência (artigo 5º, inciso LVII, Constituição Federal), não podem ser considerados, quando da dosimetria da pena, como maus antecedentes.

Veja-se os seguintes precedentes:

A – “Criminal. Estelionato. Majoração da pena-base acima do mínimo. Consideração de inquérito e processos não findos como maus antecedentes. Impossibilidade. Ausência de comprovação de autoria. Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça. Fundamentos não impugnados. Súmula n. 283 do Supremo Tribunal Federal.

(...)

3. É firme a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça referente à impossibilidade de, em respeito ao princípio da presunção da inocência (artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal), inquéritos e processos em andamento serem considerados como maus antecedentes para exacerbação da pena-base.

(...)

5. Recurso não conhecido.” (REsp n. 2786.187-SP, relator o Ministro Hamilton Carvalhido, DJU de 27.8.2001).

B – “**Habeas corpus**. Exame aprofundado de provas. Inadmissibilidade. Injustificada exacerbação da pena pelo Tribunal **a quo** com base na mera existência de processo de que não resultou condenação penal. Ofensa ao princípio constitucional consagrado no art. 5º, LVII, da Constituição. Concessão de **habeas corpus** de ofício para restabelecer a pena fixada na sentença de 1º grau.

O ato judicial de fixação da pena não poderá emprestar relevo jurídico-legal a circunstâncias que meramente evidenciem haver sido o réu submetido a procedimento penal-persecutório, sem que deste haja resultado, com definitivo trânsito em julgado, qualquer condenação de índole penal.

A submissão de uma pessoa a meros inquéritos policiais, ou ainda, a perseguições criminais de que não haja derivado qualquer título penal

condenatório, não se reveste de suficiente idoneidade jurídica para justificar ou legitimar a especial exacerbação da pena. Tolerar-se o contrário implicaria admitir grave lesão ao princípio constitucional consagrador da presunção de não-culpabilidade dos réus ou dos indiciados (CF, art. 5º, LVII).

É inquestionável que somente a condenação penal transitada em julgado pode justificar a exacerbação da pena, pois, com ela, descaracteriza-se a presunção **juris tantum** de não-culpabilidade do réu, que passa, então – e a partir desse momento –, a ostentar o **status** jurídico-penal de condenado, com todas as conseqüências legais daí decorrentes.

Não podem repercutir contra o réu situações jurídico-processuais ainda não definidas por decisão irrecorrível do Poder Judiciário, especialmente naquelas hipóteses de inexistência de título penal condenatório definitivamente constituído.” (HC n. 68.465-DF, STF, relator o Ministro Celso de Mello, DJU de 21.2.1992).

No que diz com a ocorrência de **bis in idem** na valoração da reincidência do Réu, também tem razão a Impetrante.

É que a anterior condenação do Paciente pela prática de roubo foi tomada como circunstância judicial desfavorável, bem como agravante genérica, o que não se coaduna com o sistema trifásico de aplicação da pena, segundo o qual o elemento da reincidência deve ser fator de agravamento da reprimenda unicamente após a fixação da pena-base, não podendo também servir na sua estipulação.

Desta forma, o que se faz em caráter excepcional e em vista das peculiaridades da espécie, afastados os maus antecedentes e a reincidência como circunstâncias judiciais desfavoráveis, a reprimenda, inicialmente, é estabelecida em 2 anos e 2 meses de reclusão, em vista, tão-somente, de se tratar de furto duplamente qualificado, elevando-a para 2 anos e 6 meses, em razão da reincidência. Tratando-se de tentativa, por fim, opera-se a redução de um terço, alcançando-se, definitivamente, 1 ano e 8 meses de reclusão e multa, esta devidamente adequada.

O exame dos autos, neste passo, revela que o Paciente já cumpriu a reprimenda corporal, dado que preso desde 24.8.2000, impondo-se seja imediatamente posto em liberdade, se outro motivo não houver.

Concedo a ordem.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 20.658 – MG

(Registro n. 2002.0009665-9)

Relator: Ministro Fernando Gonçalves
Impetrante: Rogério Rodrigues Urbano
Impetrada: Câmara Especial de Férias do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
Pacientes: Carlos Henrique Barros de Castro, Carlos Alberto Lunardi, Alessandra Alves Duarte Pereira, Caíser Alves Pereira, Juracy de Souza, Paulo Eduardo Braga da Silva, José Aurélio Cordeiro Tupynambá e Alexandre da Silva Costa

EMENTA: Habeas corpus – Prisão preventiva – Vários pacientes – Liberação pela 1ª instância da maioria – Dois remanescentes.

1. Uma vez relaxada pela 1ª instância a prisão preventiva de grande maioria dos acusados, não há justificativa plausível para mantê-la apenas em relação a dois deles, que, soltos por mais de 7 meses, não criaram embaraços ao desenvolvimento da atividade processual.

2. Ordem concedida para que respondam em liberdade ao processo, prejudicada a impetração quanto aos demais, porque já livres.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, julgar prejudicada a impetração em relação a José Aurélio Cordeiro Tupynambá, Paulo Eduardo Braga da Silva, Caíser Alves Pereira, Juracy de Souza, Carlos Alberto Lunardi e Alexandre da Silva Costa, conceder o **habeas corpus** em relação a Carlos Henrique Barros de Castro e Alessandra Alves Duarte Pereira, para que, a exemplo dos demais, respondam ao processo em liberdade. Os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido e Fontes de Alencar votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausentes, justificadamente, o Sr. Ministro Vicente Leal, e, por motivo de licença, o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília-DF, 26 de março de 2002 (data do julgamento).

Ministro Fernando Gonçalves, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves: Trata-se de **habeas corpus**, substitutivo de recurso ordinário, impetrado em favor de Carlos Henrique Barros de Castro, Carlos Alberto Lunardi, Alessandra Alves Duarte Pereira, Caíser Alves Pereira, Juracy de Souza, Paulo Eduardo Braga da Silva, José Aurélio Cordeiro Tupynambá e Alexandre da Silva Costa, todos denunciados (fls. 44/58) perante o Juízo de Direito da 11ª Vara Criminal de Belo Horizonte, por práticas descritas nos arts. 288, parágrafo único; 203, 299 e 333, todos do Código Penal; nos arts. 1ª, incisos I, II, III, IV, V, e 7ª, III e IX, ambos da Lei n. 8.137/1990, e no art. 1ª, inciso I, da Lei n. 8.176/1991.

Decretada a prisão preventiva dos Pacientes, obtiveram provimento liminar, em sede de **habeas corpus**, no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, revogando, de pronto, a medida restritiva. Levado o *writ* a julgamento, foi a ordem denegada, a teor da seguinte ementa:

“**Habeas corpus**. Prisão preventiva. Motivos ensejadores. Inteligência do artigo 312 do CPP. Materialidade. Comprovação. Autoria. Indícios suficientes. Garantia da ordem pública e econômica. Necessidade.

Para decretar-se ou manter-se a prisão preventiva, não se faz mister a existência de certeza exigível para a condenação, todavia, ela passa a ser exigência normativa quando restar demonstrada a presença de um dos requisitos elencados no artigo 312 do Código de Processo Penal. ‘Não consubstancia constrangimento ilegal, passível de reparação por via de **habeas corpus**, a ordem de custódia preventiva cujo teor contém fundamentos suficientes, demonstrativos da presença de uma das circunstâncias inscritas no art. 312 do CPP.’ (STJ, rel. Min. Vicente Leal, RHC n. 7.402, DJU de 1.6.1998, p. 192). No conceito de ordem pública, ‘insere-se a necessidade de preservar a credibilidade do Estado e da Justiça, em face da intranquilidade que os crimes de determinada natureza vêm gerando na comunidade local’ (RT 594/408). A ordem pública resta ofendida quando a conduta provoca acentuado impacto na sociedade, dado ofender significativamente os valores reclamados. Infringem a ordem econômica as condutas que tenham por objeto ou possam produzir os efeitos mencionados no artigo 20 da Lei Antitruste, mormente, quando se tratar de limitar, falsear, ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa (...).

‘Fatores como primariedade, bons antecedentes, residência fixa e profissão definida não bastam para afastar a possibilidade de prisão preventiva quando esta é ditada por qualquer das razões previstas no art. 312 do CPP.’ (STF, rel. Min. Sydney Sanches, RT 643/361). **Habeas corpus** a que se denega.” (fl. 170).

Sustenta o Impetrante não subsistir o acórdão e, por conseguinte, a custódia cautelar, haja vista a ausência de elementos concretos aptos a concluir estar a ordem pública e a ordem econômica ameaçadas de alguma maneira, não sendo crível perenizar uma prisão preventiva, em cuja decisão há praticamente mera repetição das palavras da lei, notadamente, diante da primariedade, dos bons antecedentes, da residência e do trabalho fixos dos Pacientes.

Recebida a denúncia, o magistrado, então presidente do processo, houve por bem não decretar a preventiva, permanecendo os Pacientes soltos durante mais de 7 meses, época em que a instrução criminal teve curso sem nenhum percalço, mostrando-se, assim, descabida a medida, à míngua de algum fato novo.

Indeferida a liminar (fls. 368/369), opina a Subprocuradoria Geral da República pela denegação da ordem (fls. 371/381).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves (Relator): Contra os Pacientes, incursos na letra do art. 288, parágrafo único, do Código Penal, em concurso material com os arts. 1^º, I, II, III, IV e V, e 7^º, III e IX, da Lei n. 8.137/1990; art. 1^º, I, da Lei n. 8.176/1991, e arts. 333, 299 e 203, todos do Código Penal, por diversas vezes, pesa a acusação, na qualidade de proprietários de uma rede de postos de gasolina, com estabelecimentos em Minas Gerais e São Paulo, da prática de fabricar, adulterar, distribuir e comercializar combustíveis, inclusive com supressão de receitas tributárias, além de evidente lesão aos consumidores.

Em face destas ocorrências, como fiz destacar no despacho de fls. 368/369, dada a ofensa aos valores reclamados (ordem tributária, econômica, relações de consumo, contrafacção de documentos, delitos contra a organização do trabalho, etc.), pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais,

através de sua Câmara Especial de Férias, foi estabelecida a necessidade da preventiva, quando nada para impedir uma possível seqüência de crimes, cujo alvo seria a economia popular.

Fixado o debate nestes termos, em um primeiro momento, não se pode negar razão à Subprocuradoria Geral da República, que, em dois pronunciamentos, endossa o acórdão em comento, posto não ter sido a medida decretada apenas como garantia da ordem pública, mas, também, como garantia da ordem econômica.

Não obstante a verdade destas ponderações ministeriais, dois fatos relevantes devem ser tomados em consideração, desaguando em solução diversa daquela preconizada pelo *Parquet*. O primeiro, de relativa importância, mas, nem por isto, despido de influência, consiste na informação, trazida aos autos pelos Pacientes, de fls. 385/445, de se encontrar paralisada toda e qualquer atividade da rede de postos de gasolina, “em razão de bloqueio compulsório realizado pela Secretaria de Estado de Fazenda ... em conjunto com o Ministério Público, *Procon Estadual* e da Agência Nacional de Petróleo – ANP ...” (fl. 383). Neste caso, pelo menos eventuais danos à economia popular e à ordem econômica, estariam afastados com superação evidente de uma das causas da prisão.

A segunda causa reside na decisão do MM. Juiz **a quo** em relaxar a prisão preventiva dos pacientes José Aurélio Cordeiro Tupynambá (fl. 456), Paulo Eduardo Braga da Silva (fl. 457), Caíser Alves Pereira, Juracy de Souza e Carlos Alberto Lunardi Sérió, estes três últimos, conforme fax recebido ontem, dia 25.3.2002, em meu gabinete, às 18:42 horas.

Remanescem presos apenas Carlos Henrique Barros de Castro e Alessandra Alves Duarte Pereira, não havendo motivação suficiente à manutenção da situação espelhada. Na verdade, os Pacientes estiveram soltos por mais de sete meses, sem criar embaraços à atividade processual, sendo disto prova a decisão de 1ª grau, levando à insubsistência a medida restritiva que não deve persistir apenas quanto aos dois pacientes, acusados da mesma prática imputada aos demais.

Diante do exposto, prejudicada a impetração em relação a José Aurélio Cordeiro Tupynambá, Paulo Eduardo Braga da Silva, Caíser Alves Pereira, Juracy de Souza, Carlos Alberto Lunardi Sérió e Alexandre da Silva Costa, concedendo o **habeas corpus** em relação a Carlos Henrique Barros de Castro e Alessandra Alves Duarte Pereira, para que, a exemplo dos demais, respondam ao processo em liberdade.

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 12.707 – MG

(Registro n. 2002.0047564-0)

Relator: Ministro Paulo Gallotti
Recorrente: Edgar Pereira dos Santos Júnior
Advogado: William Riccaldone Abreu (Defensor Público)
Recorrido: Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais
Paciente: Edgar Pereira dos Santos Júnior (preso)

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

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

2. Recurso ordinário em **habeas corpus** provido para conceder a prisão domiciliar ao paciente até que se consiga vaga em casa de albergado.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 17 de junho de 2002 (data do julgamento).

Ministro Fernando Gonçalves, Presidente.

Ministro Paulo Gallotti, Relator.

Publicado no DJ de 23.9.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Trata-se de recurso ordinário em **habeas**

corpus manejado em favor de Edgar Pereira dos Santos Júnior contra acórdão do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais.

O Paciente foi condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, no regime inicial semi-aberto, pela prática de roubo qualificado, tendo já progredido para o regime aberto, mantido, no entanto, na prisão por não existir vaga em casa de albergado.

Busca o recurso a concessão da ordem para que se autorize o “Paciente a cumprir sua pena em prisão domiciliar, enquanto o Estado não viabiliza uma vaga na casa do albergado”, eis que se encontra recolhido em dependências inadequadas, próprias do regime fechado.

O Ministério Público Federal opinou pelo conhecimento do recurso e seu desprovimento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator): A irresignação deve ser acolhida.

Conforme se extrai das informações prestadas pelo juízo das execuções ao Tribunal Estadual, no *writ* originário, o Paciente cumpre pena no regime aberto, mas em estabelecimento inadequado, próprio para o regime fechado.

Veja-se:

“A meu modesto entendimento, inexistente a figura do ‘constrangimento ilegal’, eis que obedecida a formalidade que a lei impõe aos condenados que aguardam liberação de vaga, no regime aberto, junto à SOP. Estamos aguardando a liberação da referida vaga para a transferência do condenado.

Não houve determinação de se cumprir a pena no regime fechado. Ao contrário, já determinado o regime aberto. Ocorre que, inexistindo vaga de pronto, até que seja ela liberada, não há outro caminho provisório, ou seja, nas dependências de delegacias de polícia. Outro local não dispõe o Estado.

Outrossim, atento às alegações do Impetrante, vale esclarecer: de fato, em face da limitada oferta de vagas no sistema penitenciário da Capital e em razão do entendimento de que é até possível a concessão

da prisão domiciliar, mesmo para aqueles que não atendem aos requisitos do art. 117 da LEP, em face da inércia do Estado, que não constrói unidade própria para receber os condenados no regime aberto, visando estabelecer critério geral a disciplinar a concessão da domiciliar e buscando evitar decisões que concedem privilégios aos condenados em regime aberto, baixamos a Portaria n. 3/1998. Estamos tentando aplicá-la, pelas razões expostas na presente e na própria portaria.” (fl. 41).

Sendo certo que o Paciente encontra-se recolhido à prisão, mostra-se evidente o constrangimento a que está submetido, pois lhe assiste o direito de descontar a reprimenda no regime que alcançou por mérito seu.

Na verdade, esta Corte tem entendido que, a despeito de o artigo 117 da Lei n. 7.210/1984 prever taxativamente as hipóteses em que se permite o recolhimento em residência particular do beneficiário de regime aberto, não oferecendo o Estado vaga em casa de albergado, mostra-se razoável, em caráter excepcional, a prisão domiciliar albergue.

Veja-se:

A – “Processo Penal. Estelionato. Regime de cumprimento de pena aberto. Inexistência de casa de albergado. Prisão domiciliar.

– Inexistindo estabelecimento prisional adequado à fiel execução da sentença que condenou o réu em regime aberto, concede-se, excepcionalmente, a prisão domiciliar.

– Precedentes.

– Ordem concedida para que permaneça em regime domiciliar.” (HC n. 16.338-SC, relator o Ministro Jorge Scartezini, DJU de 8.4.2002).

B – “Execução penal. Recurso especial. Condenação. Regime semi-aberto. Réu mantido em situação mais gravosa. **Habeas corpus**. Prisão-albergue domiciliar.

I – O Estado não pode submeter o condenado a regime mais rigoroso que o estabelecido na condenação, ainda que por pouco tempo e no aguardo de problema administrativo.

II – Correta, portanto, a decisão que determina que o condenado aguarde em prisão-albergue domiciliar a efetivação de sua transferência a estabelecimento adequado ao regime semi-aberto (precedentes).

Recurso não conhecido.” (REsp n. 325.881-SP, relator o Ministro Felix Fischer, DJU de 15.10.2001).

C – “Execução penal. Prestação de serviços à comunidade. Revogação. Descumprimento das exigências. Regime aberto. Casa de albergado. Inexistência. Prisão domiciliar. Admissibilidade. Hipóteses.

– Não há constrangimento ilegal na hipótese de ter sido restabelecida a pena privativa de liberdade, porque o Paciente não apresentara nenhuma justificativa para o fato de não ter comparecido à instituição social indicada para a prestação de serviços à comunidade.

– Embora a Lei de Execução Penal disponha de forma exaustiva as hipóteses de cumprimento da pena privativa de liberdade em residência particular – art. 117 –, a jurisprudência dos nossos Pretórios, sensível ao grave estado deficitário dos nossos presídios, tem admitido que sentenciados no regime aberto permaneçam em prisão domiciliar na falta de vaga em casa de albergado.

– Recurso ordinário provido.” (RHC n. 10.960-MG, relator o Ministro Vicente Leal, DJU de 18.3.2002).

Por fim, a circunstância do Paciente não apresentar bons antecedentes e até uma outra sentença condenatória ainda não transitada em julgado não é óbice ao deferimento da ordem, visto que o regime aberto lhe foi assegurado em decisão definitiva, oportunidade em que esses fatores negativos não exerceram qualquer influência.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso ordinário em **habeas corpus**, para conceder a prisão domiciliar ao Paciente até que se consiga vaga em casa de albergado.

É como voto.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 13.142 – BA

(Registro n. 2001.0057017-2)

Relator: Ministro Fernando Gonçalves

Recorrente: Sindicato dos Servidores Penitenciários da Bahia –
Sinspeb

Advogados: Abdon Antônio Abbade dos Reis e outros
Tribunal de origem: Tribunal de Justiça do Estado da Bahia
Impetrado: Governador do Estado da Bahia
Recorrido: Estado da Bahia
Procuradores: Candice de Moura Ludwig e outros

EMENTA: Constitucional – Administrativo – Recurso ordinário – Mandado de segurança – Ato – Alteração – Vencimento – Categoria – Inexistência – Pretensão – Isonomia – Lei de efeitos concretos – Inaplicabilidade – Súmulas n. 266 e 339-STF.

1. Inaplicável à espécie o verbete da Súmula n. 339-STF, porquanto não se trata de interpretação de preceito constitucional a discernir a incidência ou não de regra isonômica, não se alvitando a concessão de reajuste a determinada categoria de servidores, porque outra o teria percebido, mas, sim, em princípio, de violação expressa de um preceito de ordem cogente, a ser verificada através da interpretação de legislação infraconstitucional estadual.

2. O ato estatal, consubstanciado na alteração do valor do vencimento de categoria, não possui conteúdo tipicamente normativo, dotado de ampla generalidade e impessoalidade, mas, sim, concreto, importando, na hipótese, em possível lesão ao direito individual dos servidores, se submetendo ao controle do mandado de segurança, pois não se caracteriza como lei em tese, não atraindo a censura da Súmula n. 266 do Supremo Tribunal Federal.

3. Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 26 de março de 2002 (data do julgamento).

Ministro Fernando Gonçalves, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves: Trata-se de recurso ordinário interposto contra acórdão do Plenário do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, denegatório de mandado de segurança, assim sintetizado:

“Mandado de segurança coletivo. Omissão legislativa. Preliminar de impossibilidade jurídica do pedido acolhida. Extinção do processo.

Não resta dúvida quanto à impossibilidade do Poder Judiciário apreciar o mérito dos atos administrativos, bem como suprir omissão legislativa abstrata.

Ao acolher-se a pretensão do Impetrante, com a determinação pelo órgão judiciário do reajuste salarial reivindicado, estar-se-ia referendando uma indevida invasão nas competências constitucionais.” (fl. 166).

Reiteram as razões os argumentos expendidos na inicial, insurgindo-se contra o ato da autoridade coatora, não estendendo o reajuste de 27%, concedido sobre o vencimento básico dos servidores penitenciários, à gratificação variável, importando em violação à Lei n. 7.209/1997.

Oferecidas contra-razões, ascenderam os autos a este Superior Tribunal de Justiça, opinando a Subprocuradoria Geral da República pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves (Relator): Trata-se de mandado de segurança impetrado pelo Sindicato dos Servidores Penitenciários da Bahia – Sinspeb contra ato do Ex.^{mo} Sr. Governador do Estado da Bahia, objetivando a incidência do reajuste de 27%, concedido sobre o vencimento básico daquela categoria, à gratificação variável, nos termos da Lei n. 7.209/1997.

Declina a exordial que a Lei n. 7.209/1997, ao instituir o Grupo Ocupacional Serviços Penitenciários da Administração Direta do Estado, determinou a criação da gratificação de serviços penitenciários, de forma escalonada em 5 (cinco) níveis para cada uma das classes, sendo seus valores revistos na mesma época e percentual de reajuste do vencimento básico do cargo estruturado na forma da lei, **ut** art. 13 e parágrafo único.

Nesse contexto, tendo sido alterado o valor do vencimento dos servidores pertencentes àquele grupo com a edição da Lei n. 7.622, de 7.4.2000, anexo IX, importando no reajuste de 27%, têm os Impetrantes o direito líquido e certo à sua aplicação ao cálculo da gratificação variável.

O colendo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia denegou a segurança, ao fundamento de impossibilidade jurídica do pedido, por representar a sua apreciação em invasão da competência do Poder Legislativo e inobservância ao princípio da reserva legal, reportando-se ao enunciado da Súmula n. 339-STF.

Daí o presente recurso ordinário, reiterando os argumentos expendidos na inicial e ressaltando não cuidar a hipótese em comento de omissão normativa abstrata, tampouco de reajuste salarial.

A irresignação merece acolhida.

Com efeito, inaplicável à espécie o verbete da Súmula n. 339-STF, porquanto não se trata de interpretação de preceito constitucional a discernir a incidência ou não de regra isonômica, não se alvitrando a concessão de reajuste a determinada categoria de servidores, porque outra o teria percebido, mas, sim, em princípio, de violação expressa de um preceito de ordem cogente, a ser verificada através da interpretação de legislação infraconstitucional estadual.

A propósito:

“Recurso extraordinário. Agregação. Gratificação de produtividade.

– Falta de demonstração de que, no caso, ocorre gratificação sobre gratificação sob o mesmo título ou idêntico fundamento (art. 37, XIV, da Constituição em sua redação originária).

– Tendo o acórdão recorrido se baseado em interpretação que deu à legislação infraconstitucional estadual, não violou o princípio de que não há direito adquirido a regime jurídico porque não se fundou na existência de direito adquirido, nem entrou em choque com a Súmula n. 339 desta Corte porque não aumentou a remuneração dos recorridos com base em isonomia.

Recurso extraordinário não conhecido.” (RE n. 245.279-SC, rel. Min. Moreira Alves, DJU de 4.5.2001).

Outrossim, vale ressaltar não ter o ato em questão conteúdo tipicamente

normativo, dotado de ampla generalidade e impessoalidade, mas, sim, concreto, importando em possível lesão ao direito individual dos servidores.

Nesse sentido as lições de **Humberto Theodoro Júnior** e **Rodolfo de Camargo Mancuso**, *verbis*:

“A imunidade dos atos legislativos ao controle do mandado de segurança tem, no entanto, sofrido duas exceções, segundo a doutrina e jurisprudência dominante, a saber:

a) as leis e decretos de efeitos concretos, porque, embora sob a forma de estatutos normativos, são na realidade atos administrativos nos seus resultados (**Hely Lopes Meirelles**, *ob. cit.*, n. 5, p. 15), e

b) as leis auto-aplicáveis, porque embora de caráter geral produzem desde logo eficácia concreta no relacionamento das pessoas sobre as quais recaem. É o caso de leis como as que desmembram serventias da Justiça, declaram utilidade pública, aprovam planos de urbanização, revogam isenções fiscais, fixam tarifas, proíbem atividades profissionais, etc. (**Milton Flaks**, *ob. cit.*, n. 174, p. 153).

Diante de leis dessa natureza, admite-se modernamente que ‘não se necessita esperar que o ato de autoridade venha a aplicar a lei, dita proibitiva porque está subentendido que a sua simples existência implica em restrição a direito individual, o que gera lesão’ (**Moura Rocha**, *Mandado de Segurança*, Rio, Aide, 1982, p. 152).” (*Revista Jurídica* n. 144, outubro/1989).

“A lei, por definição, destina-se a regular certas situações ocorrentes na vida em sociedade, dispondo em forma geral, abstrata e impessoal, a todos alcançando em seu largo espectro coercitivo. Mas, há determinadas situações que apenas soem ser regulada por lei (ou por decreto) por mera exigência do **processus** legislativo, e, não, porque o seu conteúdo ou sua finalidade assim o exigissem.

.....

Em outros casos, a lei já traz ‘embutida’ a sua executoriedade, de sorte que, desde sua entrada em vigor, ela passa a produzir efeitos concretos sobre o segmento social a que veio afetada; bem por isso, a essas se convencionou denominar ‘leis de efeitos concretos’. Na claríssima lição de **Hely Lopes Meirelles**, ‘tais leis ou decretos nada têm de normativos: são atos de efeitos concretos, revestindo a firma imprópria

de lei ou decreto, por exigências administrativas. Não contêm mandamentos genéricos, nem apresentam qualquer regra abstrata de conduta; atuam concreta e imediatamente como qualquer ato administrativo de efeitos individuais e específicos, razão pela qual se expõem ao ataque pelo mandado de segurança'. Tais são, exemplifica o autor, 'as leis que aprovam planos de urbanização, as que fixam limites territoriais, as que criam Municípios ou desmembram distritos, as que concedem isenções fiscais; as que proíbem atividades ou condutas individuais; os decretos que desapropriam bens, os que fixam tarifas, os que fazem nomeações e outros dessa espécie'.

Tal se dá porque a assim chamada 'lei de efeito concreto' só é lei em sentido formal, isto é, porque emanou de uma casa legislativa, por uma imposição de regularidade técnico-jurídica. No conteúdo, porém, é como se fora um ato administrativo, com destinatário certo, seja uma pessoa física ou jurídica, seja uma certa parcela conhecida da coletividade.

.....

Pensamos que, desses subsídios até agora colacionados, duas conclusões básicas são possíveis: a) quando o Judiciário admite mandado de segurança 'contra lei em tese', o faz a título excepcional, e, de todo modo, não é a lei em si que resta infirmada, e, sim, a situação individual do impetrante que resta subtraída aos efeitos da lei em causa; b) a permissibilidade do *writ*, nesses casos, é restrita às leis 'de destinação específica', efetivamente auto-executórias, ou *self enforcing*, como as denomina a doutrina; tais leis, repita-se, têm o continente de fórmula legislativa, mas o conteúdo de ato administrativo." (Revista de Processo, outubro/dezembro de 1986, n. 44).

Por fim, destaco ter o colendo Tribunal **a quo** manifestado entendimento no mesmo sentido, ao analisar hipótese análoga, quando do julgamento do Mandado de Segurança n. 5.785-5/2001, na assentada de 10.12.2001, a saber:

"Mandado de segurança coletivo impetrado pelo Sindicato da Polícia Civil. Inexigibilidade de reconhecimento de firma da procuração e de ata da assembléia geral. Vinculação de aumento da gratificação à majoração do salário. Direito líquido e certo demonstrado. Segurança concedida.

Segundo entendimento dominante nos tribunais brasileiros, uma vez prevista no estatuto autorização para o sindicato representar judicialmente os interesses da categoria, desnecessário é o reconhecimento de firma da procuração outorgada ao advogado, mesmo com poderes especiais, bem como a juntada da ata da assembléia geral.

Uma vez prevista em lei que a revisão da gratificação está vinculada ao aumento de salário-base, ocorrido este, líquido e certo é o direito dos filiados do impetrante àquela.”

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para que o Tribunal de origem aprecie o mérito da impetração.

RECURSO ESPECIAL N. 244.265 – SP

(Registro n. 1999.0120858-0)

Relator: Ministro Fontes de Alencar
Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Procuradores: Alexandre Carneiro Lima e outros
Recorrida: Cleide Vitiello Spezzotto
Advogados: Aduino Corrêa Martins e outros

EMENTA: Previdenciário.

– Impõe-se a limitação do valor do salário-benefício, nos termos do art. 29, § 2º, da Lei n. 8.213/1991.

– Recurso especial atendido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Vicente Leal, Fernando Gonçalves, Hamilton Carvalhido e Paulo Gallotti.

Brasília-DF, 19 de novembro de 2002 (data do julgamento).

Ministro Hamilton Carvalhido, Presidente.

Ministro Fontes de Alencar, Relator.

Publicado no DJ de 9.12.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Fontes de Alencar: Com supedâneo na alínea **a** do permissivo constitucional, interpõe o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS o presente recurso especial, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região que, em ação de revisão de benefício previdenciário, entendeu inexistir limite máximo ao valor da renda mensal inicial do benefício de prestação continuada, que deve resultar da média dos últimos trinta e seis meses dos salários-de-contribuição.

Alega o Recorrente, nesta via excepcional, ter o acórdão recorrido violado o disposto nos arts. 29, § 2º; 33 e 41, § 3º, da Lei n. 8.213/1991, e art. 26 da Lei n. 8.870/1994, ao refutar os limites máximos do salário-de-benefício.

VOTO

O Sr. Ministro Fontes de Alencar (Relator): A questão está em se saber se é legítima a fixação de um teto-limite para o valor do salário-de-benefício, tendo em vista o disposto no § 2º do art. 29, e no art. 33, ambos da Lei n. 8.213/1991.

Os arts. 29, § 2º; 33 e 136 do referido diploma legal assim determinam:

“Art. 29.

.....
§ 2º. *O valor do salário-de-benefício não será inferior ao de um salário mínimo, nem superior ao do limite máximo do salário-de-contribuição na data do início do benefício.*

Art. 33. A renda mensal do benefício de prestação continuada que substituir o salário-de-contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado não terá valor inferior ao do salário mínimo, nem superior ao do limite máximo do salário-de-contribuição, ressalvado o disposto no artigo 45 desta lei.

Art. 136. Ficam eliminados o menor e o maior valor-teto para o cálculo do salário-de-benefício.”

Depreende-se dos dispositivos legais transcritos, que uma vez tendo sido limitado o valor superior do salário-de-benefício ao máximo do salário-de-contribuição na data de início da sua concessão, não há falar em eliminação dos respectivos tetos, mesmo porque a forma de cálculo da renda mensal inicial foi estabelecida de modo a preservar o poder aquisitivo.

A propósito, esta Corte já pacificou o entendimento no sentido da legitimidade da fixação de um teto máximo para o valor de benefício, eis que o art. 136 não interfere em qualquer determinação do art. 29, § 2º, posto que aquele ordena a exclusão do valor-teto do salário-de-contribuição para a realização de um determinado cálculo e este estipula limite máximo para o próprio salário-de-benefício.

Nesse sentido, pacificou a jurisprudência desta Corte nos arestos da Terceira Seção, destacando-se os seguintes precedentes:

“Previdenciário. Salário-de-benefício. Limite máximo do salário-de-contribuição. Lei n. 8.213/1991, art. 29, § 2º. Legalidade. Embargos de divergência.

1. O art. 136 da Lei n. 8.213/1991 não interfere em qualquer determinação do art. 29, § 2º, do mesmo diploma legal, por versarem sobre questões diversas. Enquanto aquele ordena a exclusão do valor-teto do salário-de-contribuição para um determinado cálculo, este estipula limite máximo para o próprio salário-de-benefício.

2. Precedentes da Terceira Seção.

3. Embargos acolhidos.” (EREsp n. 175.735-RS, rel. Min. Edson Vidigal, DJ de 1.7.1999).

“Previdenciário. Benefícios. Valor inicial. Teto. Salário-de-benefício. Valor máximo. Arts. 29 e 33 da Lei n. 8.213/1991.

Art. 29 da Lei n. 8.213/1991: ‘O valor do salário-de-benefício não será inferior ao de um salário mínimo, nem superior ao do limite máximo do salário-de-contribuição na data inicial do benefício’.

Segundo precedentes, após o somatório e a apuração da média, deve ser observado o valor-limite do salário-de-benefício, conforme estipulado pelo art. 29, § 2º.

Embargos acolhidos.” (EREsp n. 192.051-SP, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 18.10.1999).

“Previdenciário. Salário-de-benefício. Limite.

O valor do salário-de-benefício está limitado ao valor do salário-de-contribuição (Lei n. 8.213/1991, art. 29, § 2º). Precedentes.

Embargos conhecidos e acolhidos.” (EREsp n. 157.971-SP, rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 25.10.1999).

À vista do exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento para excluir do cálculo da renda mensal inicial os valores que excedam o limite máximo do salário-de-contribuição na data de sua concessão.

RECURSO ESPECIAL N. 265.026 – PB

(Registro n. 2000.0063907-9)

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido
Recorrente: Fábio Rogério Lopes da Nóbrega
Advogados: Ismael Pereira Almeida Diniz e outros
Recorrido: Ministério Público do Estado da Paraíba

EMENTA: Recurso especial – Penal – Roubo em concurso de pessoas e com o emprego de arma de fogo – Apreensão – Desnecessidade.

1. Não demonstrado nas instâncias ordinárias não ter havido concurso de pessoas na prática delituosa, não se há de pretender fazê-lo em sede de recurso especial, mesmo porque, como cediço, não se admite, já agora, ter-se por verdadeiro fato até então não evidenciado.

2. É dispensável a apreensão da arma de fogo para a incidência do disposto no artigo 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, se elementos outros existem nos autos, tais como a confissão do réu em sede policial e o depoimento de testemunhas, a comprovar a efetiva utilização do instrumento.

3. A apreensão da arma do crime é matéria que se insula no universo fático-probatório, cabendo à parte que alega o ônus da prova da falta de sua potencialidade ofensiva.

4. Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

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

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

Ministro Fernando Gonçalves, Presidente.

Ministro Hamilton Carvalhido, Relator.

Publicado no DJ de 1.7.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: Recurso especial contra acórdão da Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba que, negando provimento ao apelo interposto por Fábio Rogério da Nóbrega, preservou sua condenação às penas de 5 anos e 4 meses, e multa, pela prática do crime tipificado no artigo 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal.

O Recorrente sustenta a ausência de comprovação da utilização de arma de fogo. Para tanto, assevera que “(...) se as vítimas sequer reconheceram os acusados como sendo os autores da violência praticada contra elas, conseqüentemente não poderiam atestar que o crime foi praticado com o emprego de algum tipo de arma”. (fl. 172). Salienta, ainda, que, “(...) ao emprego de arma, o que se leva em conta para efeito de agravar a pena não é a intimidação sofrida pela vítima com a exibição de uma arma, mas o próprio meio utilizado enquanto instrumento idôneo a causar perigo ou lesionar a pessoa contra a qual foi empregado”. (fls. 172/173). Daí porque, afirma, “(...) só com a presença do mencionado objeto, seria possível examiná-lo, a fim de que fosse possível verificar a sua potencialidade e capacidade de causar perigo ou lesionar as vítimas”. (fl. 173).

Aduz, por outro lado, a inexistência de concurso de pessoas. Nesse passo, alega que “(...) no sumário da culpa, em momento algum, se comprovou o concurso de agentes, uma vez que as vítimas não reconheceram os acusados, como sendo os autores do delito, e o segundo acusado, José Ricardo, negou taxativamente a sua participação no crime”. (fl. 174).

Pugna, ao final, pela exclusão das causas especiais de aumento de pena e, em consequência, pela substituição por uma restritiva de direito.

Violação ao artigo 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal funda a insurgência (Constituição da República, artigo 105, inciso III, alínea a).

Recurso tempestivo (fl. 169), respondido (fls. 180/181) e admitido (fls. 183/184).

O parecer do Ministério Público é pelo não-conhecimento do recurso. É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Sr. Presidente, recurso especial contra acórdão da Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba que, negando provimento ao apelo interposto por Fábio Rogério da Nóbrega, preservou sua condenação às penas de 5 anos e 4 meses, e multa, pela prática do crime tipificado no artigo 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal.

O Recorrente sustenta a ausência de comprovação da utilização de arma de fogo. Para tanto, assevera que “(...) se as vítimas sequer reconheceram os acusados como sendo os autores da violência praticada contra elas, consequentemente não poderiam atestar que o crime foi praticado com o emprego de algum tipo de arma”. (fl. 172). Salienta, ainda, que, “(...) ao emprego de arma, o que se leva em conta para efeito de agravar a pena não é a intimidação sofrida pela vítima com a exibição de uma arma, mas o próprio meio utilizado enquanto instrumento idôneo a causar perigo ou lesionar a pessoa contra a qual foi empregado”. (fls. 172/173). Daí porque, afirma, “(...) só com a presença do mencionado objeto, seria possível examiná-lo, a fim de que fosse possível verificar a sua potencialidade e capacidade de causar perigo ou lesionar as vítimas”. (fl. 173).

Aduz, por outro lado, a inexistência de concurso de pessoas. Nesse passo, alega que “(...) no sumário da culpa, em momento algum, se comprovou o concurso de agentes, uma vez que as vítimas não reconheceram os

acusados, como sendo os autores do delito, e o segundo acusado, José Ricardo, negou taxativamente a sua participação no crime”. (fl. 174).

Pugna, ao final, pela exclusão das causas especiais de aumento de pena e, em conseqüência, pela substituição por uma restritiva de direito.

Lê-se no acórdão impugnado:

“Na Comarca da Capital (5ª Vara Criminal), José Ricardo Pereira da Costa e Fábio Rogério Lopes da Nóbrega foram denunciados como incurso nas sanções do art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal, porque no dia 22.8.1997, pelas 23:00h, os denunciados, previamente combinados, subtraíram, mediante arma de fogo, duas bolsas pertencentes às vítimas Irenaldo Cavalcanti Vieira e Isabel Cavalcanti, as quais continham quatro mil reais em dinheiro e dezessete mil reais em cheques.

Segundo se infere, após as vítimas descerem do automóvel e se dirigem para a entrada em um restaurante na praia, os acusados, em uma motocicleta, assaltaram as vítimas, sendo que José Ricardo Pereira da Costa empunhava o revólver, e Fábio Rogério Lopes da Nóbrega permaneceu na moto dando cobertura para a fuga.

Processados regularmente, ao final, não obstante pedidos absolutórios, restaram ambos condenados (fls. 132/136).

Transitada em julgado a sentença para José Ricardo, somente Fábio Rogério se inconformou, e por termos próprios, apelou buscando absolvição, ou a desclassificação do crime para a sua forma simples.

(...)

É o relatório.

O Apelante requer sua absolvição, argumentado a insuficiência de provas e, conseqüentemente, dúvida quanto a sua participação no evento.

Contudo, a prova elencada é robusta e inquestionável quanto à autoria e à materialidade do crime, apoiada principalmente nas versões das vítimas que foram sempre harmônicas e coerentes, aliadas, ainda, à ampla confissão prestada na fase policial com observância de que o Réu estava acompanhado do seu advogado, muito embora tenha sido completamente retratada em juízo.

Colhe-se dos autos que no dia do fato, as vítimas se dirigiram para um restaurante quando foram surpreendidas pelos acusados em uma motocicleta.

Enquanto um dos assaltantes empunhava o revólver e, sob ameaça, subtraía as bolsas, o outro permaneceu na moto dando cobertura para a fuga.

Somente porque as vítimas tinham vários cheques e, após o pagamento de alguns pelo sacado e recusa de outros por haver uma contra-ordem em razão do ocorrido, fora como a polícia chegou ao Apelante.

É que, vários dos cheques roubados foram depositados na conta bancária de seu irmão, e quando este posteriormente verificou que alguns cheques não tinham sido pagos, foi ao banco e tomou ciência do motivo.

Muito embora as vítimas não reconhecem o Apelante, indagado sobre os cheques, alegou em juízo que foram repassados à sua pessoa por um corretor de automóveis que havia comprado a sua moto. Indagado também aonde estava no momento do crime, disse que se encontrava no Hospital São Vicente de Paula visitando uma tia.

Ora, o Réu não trouxe uma só testemunha para confirmar sua estada no nosocômio, tampouco apontou com segurança o corretor que lhe havia repassado alguns dos cheques roubados. Sequer um recibo de venda da motocicleta o acusado apresentou.

Por outro lado, toda a prática delituosa foi narrada pelas vítimas de forma coerente em todos os detalhes, sendo confortada ainda pela confissão do Apelante na fase policial, quando foi ouvido na presença do seu advogado.

Muito embora, por intermédio de novos advogados, o Réu afirme que o seu advogado não esteve presente no seu interrogatório na polícia, vindo a assinar o termo do depoimento quando já havia sido realizado o interrogatório, tal não se encontra provado nos autos. Aliás, ainda que essa afirmação fosse verdadeira, com a assinatura do advogado no termo, pelo menos ficou assegurado que o Apelante não sofreu tortura alguma para efetuar a confissão.

Assim, em crime de roubo, a palavra da vítima tem validade probatória e autoriza a prolação da sentença condenatória, especialmente quando, como no caso, corroborada pelo fato de alguns cheques terem sido encontrados com o acusado e sua confissão prestada na fase inquisitorial, embora retratada em juízo, como tática de defesa.

Aqui, fica-se diante da clássica situação em que o agente, quando

preso, confessa realmente o ocorrido e depois, em juízo, tenta retratar-se; a retratação total de Fábio, entretanto, resultou totalmente ineficaz por estar desacompanhada de qualquer prova, ficando isolada e divorciada do conjunto probatório já analisado.

Destarte, de nada serviu a tentativa de desfazer o que se dissera na polícia, pois esqueceu-se de justificar convincentemente aonde o acusado estava na hora do crime, bem como a história do ‘corretor’.

Na verdade, os indícios e elementos circunstanciais do **factum probandum** foram tais que gerou a convicção de que a instrução provisória realizada na polícia espelha e reflete a verdade dos acontecimentos.

Quanto à desclassificação do crime pela inexistência das qualificadoras do emprego de arma e concurso de pessoas, resta dizer que embora o revólver não tenha sido apreendido, mesmo porque não foram eles presos em flagrante, a apreensão da arma é irrelevante, bastando sobre ela dêem notícia as vítimas, conforme a jurisprudência a seguir transcrita.

No tocante ao concurso de pessoas, não se pode falar sequer em simples participação ou mesmo em auxílio, porque se comprovou claramente a efetiva atividade dos Réus na prática do crime, exercendo cada um atos típicos, pois enquanto José Ricardo, sob a mira de revólver, mantinha as vítimas indefesas, o outro co-réu (Fábio) aguarda o comparsa para dar-lhe fuga.

Ora, no concurso de agentes, no crime de roubo, respondem todos os partícipes que agiram dolosamente no sentido de seu emprego, pouco importando qual tenha sido a atuação específica de cada um deles.

(...)” (fls. 164/166).

Ao que se tem, o Recorrente está pela inoportunidade de concurso de pessoas, certo que as vítimas não reconheceram os acusados e, ainda, porque o segundo acusado negara sua participação no crime, enquanto a Corte Estadual é categórica em afirmá-la, seja em decorrência da confissão ocorrida em sede policial, seja em razão da coerente narrativa das vítimas sobre o fato.

De tanto, resulta que os fundamentos da insurgência, tais como postos, se insulam no universo fático-probatório, conseqüencializando-se a necessária reapreciação da prova, o que é vedado pela letra do enunciado n. 7 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça, **verbis**:

“A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.”

Com efeito, não demonstrado nas instâncias ordinárias não ter havido concurso de agentes na prática delituosa, não se há de pretender fazê-lo em sede de recurso especial, mesmo porque, como cediço, não se admite, já agora, ter-se por verdadeiro fato até então não evidenciado.

Este, aliás, o entendimento desta Corte Superior de Justiça, valendo, a propósito, conferir o seguinte precedente da Excelsa Corte Especial:

“Recurso especial. Não ofende o princípio da Súmula n. 7 em prestar-se, no julgamento do especial, significado diverso aos fatos estabelecidos pelo acórdão recorrido. Inviável é ter como ocorridos fatos cuja existência o acórdão negou ou negar fatos que se tiveram como verificados.” (AgRg nos EREsp n. 134.108-DF, relator Ministro Eduardo Ribeiro, *in* DJ de 16.8.1999).

Por outro lado, é dispensável a apreensão da arma de fogo para a incidência do disposto no artigo 157, § 2^a, inciso I, do Código Penal, se elementos outros existem nos autos, tais como a confissão do réu em sede policial e o depoimento de testemunhas, a comprovar a efetiva utilização do instrumento.

Nesse sentido, aliás, o seguinte precedente:

“Penal. Roubo. Emprego de arma de fogo. Apreensão. Inexistência. Caracterização da causa especial de aumento.

1. Para a caracterização da causa especial de aumento do § 2^a, inciso I do art. 157 do CP, é dispensável a apreensão da arma de fogo, se existem elementos outros, aptos a comprovar a efetiva utilização daquele instrumento. Precedentes desta Corte.

2. Ordem denegada.” (HC n. 13.983-SP, relator Ministro Fernando Gonçalves, *in* DJ de 20.11.2000).

De qualquer modo, a apreensão da arma do crime é matéria que se insula no universo fático-probatório, cabendo à parte que alega o ônus da prova da falta de potencialidade ofensiva do instrumento.

A propósito, o seguinte julgado:

“Recurso especial criminal. Roubo qualificado por emprego de arma. Não-apreensão desta. Irrelevância.

1. É defeso transformar questões de fato em questão de direito, para o fim de viabilizar a via especial.

2. *A apreensão da arma do crime é matéria que se insula no universo fático-probatório, cabendo à parte que alega o ônus da prova da falta de potencialidade ofensiva da arma.*

3. O estatuto processual penal prevê o exame de corpo de delito indireto e também o seu suprimento pela prova testemunhal.

4. Recurso conhecido, mas improvido.” (REsp n. 101.612-RS, da minha relatoria, in DJ de 5.6.2000 – nossos os grifos).

Gize-se, em acréscimo, que a qualificadora tipificada na lei penal é a de emprego de arma e, não, emprego de arma apreendida.

Se não bastasse, a majoração decorrente do reconhecimento das causas especiais de aumento de pena se deu no mínimo legal, qual seja, 1/3, razão pela qual a sanção corporal permaneceria a mesma ainda que inaplicável, à espécie, o disposto no artigo 157, § 2º, inciso I, do Código Penal.

Pelo exposto, não conheço do recurso.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 331.303 – SP

(Registro n. 2001.0081089-8)

Relator: Ministro Paulo Gallotti
Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo
Recorrido: Joelmir Bérqamo da Fonseca
Advogado: Luiz Fernando Lucarelli

EMENTA: Processo Penal – Recurso especial – Intempestividade – Ministério Público – Intimação pessoal – Direção de veículo automotor sem habilitação – Inexistência de perigo de dano – Artigo 32 da Lei das Contravenções Penais – Artigo 309 do Código de Trânsito Brasileiro.

1. É intempestivo o recurso especial interposto fora do prazo de 15 dias a que se refere o art. 26 da Lei n. 8.038/1990.

2. O prazo de interposição de recurso pelo Ministério Público começa a fluir da intimação pessoal de seu representante, que se aperfeiçoa com a entrega dos autos com vista.

3. É atípica, penalmente considerada, a ação de quem dirige veículo automotor sem a devida habilitação, desde que não gere perigo de dano.

4. Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 17 de junho de 2002 (data do julgamento).

Ministro Fernando Gonçalves, Presidente.

Ministro Paulo Gallotti, Relator.

Publicado no DJ de 7.10.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Cuida-se de apelo especial manejado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, fundamentado na alínea a do permissivo constitucional, contra acórdão que negou provimento a recurso oficial, bem como ao recurso em sentido estrito interposto pelo *Parquet*, culminando por manter o trancamento de ação penal e o arquivamento do respectivo termo circunstanciado que o ensejou.

Sustenta o Recorrente que o artigo 309 do Código de Trânsito Brasileiro não revogou o artigo 32 da Lei das Contravenções Penais, como afirma a decisão atacada, perdurando duas condutas típicas diversas, uma que exige perigo concreto e a outra para a qual basta o perigo abstrato.

Contra-arrazoada a irresignação, a Subprocuradoria Geral da República opina por seu não-conhecimento e, no mérito, por seu desprovimento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator): Não há como conhecer da irresignação, dado que interposta intempestivamente.

Com efeito, o exame do processado revela que a entrega dos autos com vista ao Ministério Público se deu em 6.12.2000, fls. 57 e 58, mostrando-se extemporâneo o especial protocolado em 16.1.2001, fl. 60, além dos quinze dias a que se refere o art. 26 da Lei n. 8.038/1990.

A exigência de intimação pessoal do representante do Ministério Público está prevista no art. 41, inciso IV, da Lei n. 8.625/1993, que, todavia, se aperfeiçoa com a entrega dos autos com vista, correndo a partir dessa data, o prazo de interposição de qualquer recurso.

Assim, não cabe falar que o termo inicial para recorrer começaria a fluir do momento em que o *Parquet* apõe o seu ciente nos autos, o que lhe conferiria a posição privilegiada de absoluto controle dos prazos processuais, situação que não se mostra razoável e muito menos coloca as partes em igualdade de condições.

Veja-se os precedentes:

A – “Processo Penal. Recurso especial. Tempestividade. Ministério Público. Intimação pessoal. Vista dos autos.

1. O prazo de recurso para o Ministério Público começa a fluir da intimação pessoal, formalidade que se opera, a teor da Lei n. 8.625, de 12.2.1993, art. 41, inciso IV, através da entrega dos autos com vista.

2. Remetidos os autos à Procuradoria de Justiça em 28 de dezembro de 1998, apresenta-se como intempestivo o recurso especial interposto após 29 de janeiro de 1999, data em que o representante do Ministério Público fez lançar o ‘ciente’.

3. Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 231.245-SP, relator o Ministro Fernando Gonçalves, DJU de 10.9.2001).

B – “Processo Penal. **Habeas corpus**. Sentença de impronúncia. Recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público. Intempestividade. Lei n. 8.625/1993, art. 41, IV.

1. Não obstante possuir o Ministério Público o privilégio da intimação pessoal, o seu prazo começa a fluir independentemente do lançamento do 'ciente' nos autos pelo seu membro atuante. Caso contrário, estar-se-ia permitindo que o órgão acusador tivesse o total controle sobre os seus prazos processuais, em clara afronta aos princípios do devido processo legal e da igualdade das partes, norteadores do nosso processo penal.

2. Pedido de **habeas corpus** deferido para declarar a intempestividade do recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Estadual." (HC n. 14.650-MG, relator o Ministro Edson Vidigal, DJU de 5.3.2001).

Mesmo que restasse ultrapassado esse óbice, melhor sorte não assistiria ao Recorrente, visto que esta Corte tem proclamado, em consonância com o Supremo Tribunal Federal (RHC n. 80.362-SP), a compreensão no sentido de que "o ato voluntário de dirigir veículo automotor sem possuir a carteira de habilitação, antes definido como contravenção penal, recebeu novo tratamento jurídico após a edição do novo Código Nacional de Trânsito, que deu-lhe novo conceito: a) se tal postura não acarretar efetivo perigo de dano, com demonstração objetiva dessa potencialidade, o fato consubstancia mera infração administrativa; b) se demonstrado o perigo, o fato é definido como crime (art. 309)" (REsp n. 264.166-SP, relator o Ministro Fontes de Alencar, DJU de 11.6.2001).

Na hipótese, o Recorrido, no dia da ocorrência tida como delituosa, estava conduzindo um automóvel portando documento de habilitação cujo exame médico se encontrava vencido, quando foi abordado por policiais militares, não se mencionando, como se vê do termo circunstanciado de fls. 2/3, que ele não possuísse a respectiva carteira de habilitação e tampouco que dirigia o veículo de modo a gerar perigo de dano.

Diante do exposto, não conheço do recurso.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 378.977 – PR

(Registro n. 2001.0150872-9)

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido

Recorrente: Ivo Arzua Pereira
Advogados: José Luís Wagner e outros
Recorrida: Universidade Federal do Paraná
Procuradores: Dora Lúcia de Lima Bertulo e outros

EMENTA: Recurso especial – Administrativo – Servidor público – Quintos (artigo 62 da Lei n. 8.112/1990) – Incorporação – Servidor aposentado que exerceu cargo de Ministro de Estado – Artigo 5º da Lei n. 8.911/1994 – Incorporação dos quintos – Possibilidade.

1. “Os proventos da aposentadoria serão revistos, na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos inativos quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria, na forma da lei.” (artigo 40, § 4º, da Constituição da República, na sua redação original).

2. Em sendo o agente político servidor público, é de se lhe reconhecer a titularidade de direito proveniente de sua lei estatutária, persistindo, como persiste, sendo funcionário público.

3. Foi precisamente para disciplinar situações funcionais dessa espécie que a Lei n. 8.911/1994, na letra do inciso I do seu artigo 5º, atribuiu os quintos aos servidores públicos que ocupem cargos em comissão de natureza especial, diversos dos que são próprios de seu regime jurídico único.

4. Inquestionável, nesse sentido, a natureza especial dos cargos de agentes políticos, não há por que negar ao Ministro de Estado, que persista sendo servidor público, determinados direitos, tal como de incorporar os quintos em razão do exercício do cargo em comissão de natureza especial, por ser direito deferido ao servidor pela Lei n. 8.911/1994.

5. Recurso conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal

de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Fontes de Alencar, Vicente Leal e Fernando Gonçalves votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, por motivo de licença, o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília-DF, 18 de abril de 2002 (data do julgamento).

Ministro Fernando Gonçalves, Presidente.

Ministro Hamilton Carvalhido, Relator.

Publicado no DJ de 18.11.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: Ivo Arzua Pereira, servidor público federal aposentado, ajuizou ação ordinária contra a Universidade Federal do Paraná, objetivando:

“(…)

C) Seja julgada procedente a ação para declarar a ilegalidade da Portaria n. 7.600-PRHAE, ou seja, para que as vantagens da Lei n. 8.911/1994 passem a compor, novamente, os proventos do Autor, revigorando a Portaria n. 5.600-PRHAE, e, de conseqüência, determinar à Ré a reimplantação definitiva, na folha de pagamento do Autor da vantagem prevista no artigo 3º da Lei n. 8.911/1994;

C.1.) Condenar a Ré a pagar ao Autor a diferença entre a vantagem retrocitada e a vantagem do art. 184 da Lei n. 1.711/1952 (já que ambas são inacumuláveis), desde a data da edição da Portaria n. 7.600-PRHAE, até a data do cumprimento da reimplantação da vantagem na folha de pagamento do Autor, verba esta que deverá ser corrigida monetariamente e acrescida de juros de mora;” (fls. 13/14).

Para tanto, alegou o seguinte:

“(…)

I – O Autor é professor universitário adjunto aposentado pela UFPR em 23.3.1988 através da Portaria n. 1.695.

Com o advento da Lei n. 8.911, de 11.7.1994, o Autor teve seus proventos acrescidos da vantagem prevista no seu artigo 3º, por força

da Portaria n. 5.663-PRHAE, de 25.9.1995, da Pró-Reitoria de Recursos Humanos e Assuntos Estudantis da UFPR, correspondente a 2/5 (dois quintos) do cargo de Ministro de Estado da Agricultura que exerceu no período de 15.3.1967 a 30.10.1969 (à guisa de ilustração: além de Ministro de Estado, o Requerente foi Prefeito de Curitiba na década de 60 e tem vasta ficha de serviços prestados à sociedade curitibana e brasileira).

II – A mesma autoridade editou em 19.6.1996 a Portaria n. 7.600-PRHAE, tornando sem efeito a Portaria n. 5.663-PRHAE, fundada em parecer do Mare, órgão ao qual falece competência para opinar em casos como o desta ação.

Assim, deixou o Autor de receber a vantagem prevista na Lei n. 8.911/1994, diminuindo em cerca de R\$ 3.000,00 seus vencimentos. Ou seja: após tantos serviços prestados, recebe, hoje, proventos que não atingem R\$ 1.000,00 (um mil reais), num triste retrato da estrutura do Estado brasileiro (contracheque anexo).

Por ser direito líquido e certo a percepção da mencionada vantagem, Ivo Arzua vem apelar ao Poder Judiciário a fim de que seja reparado o erro administrativo, isto é, para que se reconheça a violação ao direito do Autor perpetrada através da edição da Portaria n. 7.600-PRHAE.” (fl. 3).

Sustentou, ainda, que:

“(…)

O texto legal retrocitado (artigo 3º da Lei n. 8.911/1994) é claro e expresso. Prevê a incorporação de um quinto da gratificação do cargo para o qual foi designado a cada doze meses de efetivo exercício. E diz que tal incorporação é devida ao *servidor investido em cargo em comissão previsto nesta lei*.

No artigo 5º encontra-se a definição dos cargos em comissão referidos no artigo 3º:

‘Art. 5º. Para efeito desta lei, considera-se cargo em comissão, de livre nomeação e exoneração:

I – os de natureza especial;

II – os dois níveis hierárquicos mais elevados da estrutura organizada do órgão ou entidade;

III – os de assessoramento no limite de até quarenta por cento do quantitativo constante no órgão ou entidade.’

O fato de a doutrina considerar o Ministro de Estado como agente político, como menciona o parecer do Mare que embasou o corte de vantagem dos proventos do Autor, não é argumento suficiente, pois a Lei n. 8.911/1994 previu que a incorporação dos ‘quintos’ seria estendida aos cargos em comissão *nela previstos*.

E ela mesma enquadrou os cargos de *natureza especial* dentre aqueles por ela beneficiados.

A Coordenação Geral de Recursos Humanos do Ministério da Agricultura declarou, em 5.9.1996, que o cargo de Ministro de Estado é um cargo de natureza especial (doc. anexo).

Desta forma, não poderia ter sido cortada a vantagem de que trata o art. 3^a da Lei n. 8.911/1994, eis que a sua concessão foi efetivada dentro dos parâmetros legais.

(...)” (fls. 4/5).

O Juízo Federal da 2^a Vara de Curitiba-PR, considerando que o cargo de Ministro de Estado é espécie de cargo de natureza especial, julgou procedente o pedido “(...) para lhe determinar que reimplante na folha de pagamento do Autor o benefício questionado e condená-la ao pagamento das diferenças pretéritas, desde a data em que suspenso o respectivo pagamento até a efetiva reimplantação, com acréscimo de correção monetária, conforme fundamentação, contada desde o momento em que cada parcela seria devida, e juros moratórios, à taxa legal, incidentes a partir da citação inicial. (...)” (fl. 115).

Da sentença, foi interposto recurso de apelação pela Universidade Federal do Paraná – UFPR, provido pela Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 4^a Região, em acórdão assim ementado:

“Administrativo e Processual Civil. Legitimidade. Servidor público. Ministro de Estado. Incorporação de ‘quintos’.

1. A Universidade Federal do Paraná, e não a União Federal, é parte passiva legítima, pois tem personalidade jurídica, devendo responder diretamente pelos atos praticados, pois possui corpo próprio de procuradores, ao qual cabe a sua representação em juízo.

2. Desprovida de base legal a postulação de incorporação nos proventos de aposentadoria, a título de ‘quintos’, de 2/5 da remuneração de Ministro de Estado.

3. Ademais, a aposentadoria do Autor é de 1988 e não se aplica ao seu caso as disposições da Lei n. 9.030, que é de 1996, porque, conforme está consagrado na jurisprudência, a aposentadoria se rege pela lei vigente na ocasião (Súmula n. 359 do STF).

4. Providos o apelo e a remessa oficial.” (fl. 179).

Do acórdão, foi interposto recurso especial pelo servidor, com fundamento na alínea a do permissivo constitucional, em que se alega que o acórdão recorrido teria violado os artigos 3º e 5º da Lei n. 8.911/1994, e 189 da Lei n. 8.112/1990, cujos termos são os seguintes:

“*Lei n. 8.911/1994*

Art. 3º. Para efeito do disposto no § 2º do art. 62 da Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, o servidor investido em função de direção, chefia e assessoramento, ou cargo em comissão, previsto nesta lei, incorporará à sua remuneração a importância equivalente à fração de um quinto da gratificação do cargo ou função para o qual foi designado ou nomeado, a cada doze meses de efetivo exercício, até o limite de cinco quintos.

§ 1º. Entende-se como gratificação a ser incorporada à remuneração do servidor a parcela referente à representação e a gratificação de atividade pelo desempenho de função, quando se tratar de cargo em comissão ou função de direção, chefia e assessoramento dos Grupos: Direção e Assessoramento Superiores – DAS, e Cargo de Direção – CD.

§ 2º. Quando se tratar de gratificação correspondente às funções de direção, chefia e assessoramento do Grupo – FG e GR, a parcela a ser incorporada incidirá sobre o total desta remuneração.

§ 3º. Quando mais de um cargo em comissão ou função de direção, chefia e assessoramento houver sido exercidos no período de doze meses, a parcela a ser incorporada terá como base de cálculo a exercida por maior tempo.

§ 4º. Ocorrendo o exercício de cargo em comissão ou de função de direção, chefia ou assessoramento de nível mais elevado, por período de doze meses, após a incorporação dos cinco quintos, poderá haver

a atualização progressiva das parcelas já incorporadas, observado o disposto no parágrafo anterior.

Art. 5º. Para efeito desta lei, considera-se cargo em comissão, de livre nomeação e exoneração:

I – os de natureza especial;

II – os dois níveis hierárquicos mais elevados da estrutura organizacional do órgão ou entidade;

III – os de assessoramento no limite de até quarenta por cento do quantitativo constante no órgão ou entidade.

Lei n. 8.112/1990

Art. 189. O provento da aposentadoria será calculado com observância do disposto no § 3º do art. 41, e revisto na mesma data e proporção, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade.

Parágrafo único. São estendidos aos inativos quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidas aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes de transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria.”

E os teria violado, porque, como se recolhe das razões recursais, relativamente aos arts. 3º e 5º da Lei n. 8.911/1994:

“(…)

O acórdão recorrido sustenta ‘que o cargo de Ministro de Estado não pode ser considerado como cargo em comissão de natureza especial, enquadrando-se na Lei n. 9.030/1996, como postula o Autor, pois a Lei n. 8.112/1990 (Regime Jurídico Único) visa regular tão-somente o vínculo dos servidores públicos civis com o Estado, não abrangendo os agentes políticos que, pela própria natureza da atividade desempenhada, não podem se beneficiar de legislação que não lhes é própria’.

Prendeu-se tal decisão a conceito doutrinário que, ainda que respeitável, não pode sobrepor-se ao texto legal explícito, em nenhum momento houve dúvida quanto à distinção entre agente público e agente político, entretanto a Lei n. 8.911/1994 previu que *a incorporação dos ‘quintos’ seria estendida aos cargos em comissão nela previstos.*

A própria Coordenação Geral de Recursos Humanos do Ministério da Agricultura (o Recorrente exerceu cargo de Ministro da Agricultura) declarou em 5.9.1996 que o cargo de Ministro de Estado é cargo de natureza especial (doc. anexo).

(...)

Então, o entendimento de que o cargo de ministro não é cargo de natureza especial, esposado no acórdão recorrido, levaria ao seguinte contra-senso: o Chefe de Estado-Maior das Forças Armadas, conforme a legislação da época, receberia a vantagem da Lei n. 8.911/1994 por ter um cargo de natureza especial e o Ministro da Agricultura, não!!! Ora, ambos têm a mesma estatura na hierarquia da estrutura organizacional do Poder Executivo.

(...)” (fls. 197/199).

E, relativamente ao artigo 189 da Lei n. 8.112/1990:

“(...)”

IV – A ofensa ao artigo 189 do RJU se dá na medida em que o acórdão sustenta que a aposentadoria do Autor data de 1988, não se aplicando a ele as disposições da Lei n. 9.030/1996 (houve erro material no acórdão motivado por provável cópia das razões de apelação; a lei em comento é de 1995).

Efetivamente, a Lei n. 9.030/1996 não está em discussão. E não se aplica ao Autor. Aplica-se a ele, como ressaltado na inicial e na sentença, a Lei n. 8.911/1994, que instituiu vantagem ao servidor público para o exercício de cargo em comissão.

Aqui a violação ao artigo 189 do RJU, eis que os benefícios previstos para os servidores da ativa estendem-se aos servidores aposentados por força desta norma. As vantagens, mesmo que concedidas posteriormente aos servidores ativos, estendem-se aos inativos. O entendimento esposado no acórdão é equivocados, pois não se está mudando nenhuma regra de aposentadoria, mas, sim, estendendo um benefício concedido aos servidores ativos. (...)” (fls. 201/202).

Recurso tempestivo (fl. 188), respondido (fls. 215/222) e admitido (fl. 235).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Sr. Presidente, aposentado voluntariamente no cargo de Professor-Adjunto da Universidade Federal do Paraná – UFPR, em 23 de março de 1988, o recorrente Ivo Arzua Pereira ingressou em 1^a de agosto de 1995 com pedido de revisão de aposentadoria, por ter exercido cargo de Ministro de Estado dos Negócios da Agricultura, no período de 15 de março de 1967 a 30 de outubro de 1969.

O Pró-Reitor de Recursos Humanos e Assuntos Estudantis da Universidade Federal do Paraná, por intermédio da Portaria n. 5.663-PRHAE, de 25 de setembro de 1995, resolveu “alterar a Portaria n. 1.695, de 18 de março de 1988, publicada no DOU de 23.3.1988, seção II, pp. 2.383/2.384, para declarar que a aposentadoria de Ivo Arzua Pereira, a partir de 1^a de agosto de 1995, passa a ser acrescida da vantagem prevista no artigo 3^o da Lei n. 8.911, de 12.7.1994, correspondente a 2/5 (dois quintos) do cargo de natureza especial de Ministro de Estado”. (fl. 40).

Implantado o benefício, foi efetuada consulta junto ao Ministério da Administração e Reforma do Estado – Mare, que concluiu que o cargo de Ministro de Estado não se configura como cargo de natureza especial, não se lhe aplicando, dessa forma, a vantagem prevista no artigo 3^o da Lei n. 8.911/1994.

Em 19 de junho de 1996 foi editada nova Portaria de n. 7.600-PRHAE, que resolveu “tornar sem efeito a Portaria n. 5.663-PRHAE, de 25 de setembro de 1995, publicada no DOU de 29 do mesmo mês, seção II, p.p. 7.428/7.429, que alterou a aposentadoria de Ivo Arzua Pereira”. (fl. 61).

O Recorrente, então, socorreu-se da via judicial, tendo o juízo monocrático julgado procedente o pedido para declarar a ilegalidade da Portaria n. 7.600, asseverando que:

“(…) do fato de o Ministro de Estado ser conceituado, doutrinariamente, como agente político não se tira que seu cargo seja substancialmente diverso dos demais cargos em comissão. A diferença que há entre os agentes políticos e os servidores públicos estrito senso justificaria ser dispensado àqueles (agentes políticos), pela lei, um tratamento especial, mas não justifica que, não havendo esse tratamento especial, seja desconsiderada sua condição de servidores públicos para retirar-lhes vantagens que são atribuídas a todos os ocupantes de cargos em comissão de nível inferior, inclusive os que também são agentes

políticos. O servidor de carreira, que foi elevado a cargo de Ministro de Estado, ocupou cargo em comissão e como tal deve ser tratado. Tratamento diferenciado só seria admissível se a lei expressamente o previsse, seja para acrescentar, seja para reduzir vantagens, e a lei não fez tal discriminação.

O art. 5º, I, da Lei n. 8.911/1994, ao incluir expressamente entre os cargos em comissão por ela abrangidos os de natureza especial, *portanto, os cargos dos agentes políticos*, dá suficiente suporte à pretensão do Autor. Se entre os cargos de natureza especial estão os dos Ministros de Estado, é de concluir que estes se encontram abrangidos por aquela norma. E não há óbice a esta conclusão o fato de a Lei n. 8.911/1994 não ter incluído, em suas tabelas, a remuneração dos Ministros de Estado, já que isso se deve, como já demonstrado, a que os Ministros de Estado, assim como o Presidente da República, têm seus vencimentos fixados, para cada exercício financeiro, pelo Congresso Nacional, por força do art. 49, VIII, da Constituição de 1988.

(...)” (fls. 113/114).

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em sede de apelação, reformou a decisão monocrática, julgando improcedente o pedido, concluindo o seguinte:

“(...)”

Vê-se que o cargo de Ministro de Estado não pode ser considerado como cargo em comissão de natureza especial, enquadrando-se na Lei n. 9.030/1996, como postula o Autor, pois a Lei n. 8.112/1990 (Regime Jurídico Único) visa regular tão-somente o vínculo dos servidores públicos civis com o Estado, não abrangendo os agentes políticos que, pela própria natureza da atividade desempenhada, não podem se beneficiar de legislação que não lhes é própria. A Administração deve atuar com respeito ao princípio da legalidade, art. 37, **caput**, da Carta Magna, não podendo deferir vantagem não prevista em lei, ainda que relevantes as causas que a motivem. Assim, totalmente desprovida de base legal a postulação do autor que visa reincorporar nos proventos de sua aposentadoria, 2/5 da remuneração de Ministro de Estado.

Por derradeiro, a aposentadoria se rege pela lei vigente na ocasião, não podendo ser invocada legislação posterior, quer para prejudicar, quer para beneficiar. Como a aposentadoria do Autor é do ano

de 1988, não se aplica ao caso a Lei n. 9.030/1996. É neste sentido o teor da Súmula n. 359 do STF, com a seguinte redação:

‘Ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos de inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou o servidor civil, reuniu os requisitos necessários, inclusive a apresentação do requerimento, quando a inatividade for voluntária.’

(...).’ (fl. 177).

Do acórdão, foi interposto recurso especial pelo servidor, com fundamento na alínea a do permissivo constitucional, em que se alega que o acórdão recorrido teria violado os artigos 3º e 5º da Lei n. 8.911/1994, e 189 da Lei n. 8.112/1990, cujos termos são os seguintes:

“Lei n. 8.911/1994

Art. 3º. Para efeito do disposto no § 2º do art. 62 da Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, o servidor investido em função de direção, chefia e assessoramento, ou cargo em comissão, previsto nesta lei, incorporará à sua remuneração a importância equivalente à fração de um quinto da gratificação do cargo ou função para o qual foi designado ou nomeado, a cada doze meses de efetivo exercício, até o limite de cinco quintos.

§ 1º. Entende-se como gratificação a ser incorporada à remuneração do servidor a parcela referente à representação e a gratificação de atividade pelo desempenho de função, quando se tratar de cargo em comissão ou função de direção, chefia e assessoramento dos Grupos: Direção e Assessoramento Superiores – DAS, e Cargo de Direção – CD.

§ 2º. Quando se tratar de gratificação correspondente às funções de direção, chefia e assessoramento do Grupo – FG e GR, a parcela a ser incorporada incidirá sobre o total desta remuneração.

§ 3º. Quando mais de um cargo em comissão ou função de direção, chefia e assessoramento houver sido exercidos no período de doze meses, a parcela a ser incorporada terá como base de cálculo a exercida por maior tempo.

§ 4º. Ocorrendo o exercício de cargo em comissão ou de função de direção, chefia ou assessoramento de nível mais elevado, por período de doze meses, após a incorporação dos cinco quintos, poderá haver

a atualização progressiva das parcelas já incorporadas, observado o disposto no parágrafo anterior.

Art. 5º. Para efeito desta lei, considera-se cargo em comissão, de livre nomeação e exoneração:

I – os de natureza especial;

II – os dois níveis hierárquicos mais elevados da estrutura organizacional do órgão ou entidade;

III – os de assessoramento no limite de até quarenta por cento do quantitativo constante no órgão ou entidade.

Lei n. 8.112/1990

Art. 189. O provento da aposentadoria será calculado com observância do disposto no § 3º do art. 41, e revisto na mesma data e proporção, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade.

Parágrafo único. São estendidos aos inativos quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidas aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes de transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria.”

E os teria violado, porque, como se recolhe das razões recursais, relativamente aos arts. 3º e 5º da Lei n. 8.911/1994:

“(…)

O acórdão recorrido sustenta ‘que o cargo de Ministro de Estado não pode ser considerado como cargo em comissão de natureza especial, enquadrando-se na Lei n. 9.030/1996, como postula o Autor, pois a Lei n. 8.112/1990 (Regime Jurídico Único) visa regular tão-somente o vínculo dos servidores públicos civis com o Estado, não abrangendo os agentes políticos que, pela própria natureza da atividade desempenhada, não podem se beneficiar de legislação que não lhes é própria’.

Preendeu-se tal decisão a conceito doutrinário que, ainda que respeitável, não pode sobrepor-se ao texto legal explícito, em nenhum momento houve dúvida quanto à distinção entre agente público e agente político, entretanto, a Lei n. 8.911/1994 previu que *a incorporação dos ‘quintos’ seria estendida aos cargos em comissão nela previstos.*

A própria Coordenação Geral de Recursos Humanos do Ministério da Agricultura (o Recorrente exerceu cargo de Ministro da Agricultura) declarou em 5.9.1996 que o cargo de Ministro de Estado é cargo de natureza especial (doc. anexo).

(...)

Então, o entendimento de que o cargo de ministro não é cargo de natureza especial, esposado no acórdão recorrido, levaria ao seguinte contra-senso: o Chefe de Estado-Maior das Forças Armadas, conforme a legislação da época, receberia a vantagem da Lei n. 8.911/1994 por ter um cargo de natureza especial e o Ministro da Agricultura, não!!! Ora, ambos têm a mesma estatura na hierarquia da estrutura organizacional do Poder Executivo.

(...)” (fls. 197/199).

E, relativamente ao artigo 189 da Lei n. 8.112/1990:

“(...

IV – A ofensa ao artigo 189 do RJU se dá na medida em que o acórdão sustenta que a aposentadoria do Autor data de 1988, não se aplicando a ele as disposições da Lei n. 9.030/1996 (houve erro material no acórdão motivado por provável cópia das razões de apelação; a lei em comento é de 1995).

Efetivamente, a Lei n. 9.030/1996 não está em discussão. E não se aplica ao Autor. Aplica-se a ele, como ressaltado na inicial e na sentença, a Lei n. 8.911/1994, que instituiu vantagem ao servidor público para o exercício de cargo em comissão.

Aqui a violação ao artigo 189 do RJU, eis que os benefícios previstos para os servidores da ativa estendem-se aos servidores aposentados por força desta norma. As vantagens, mesmo que concedidas posteriormente aos servidores ativos, estendem-se aos inativos. O entendimento esposado no acórdão é equivocado, pois não se está mudando nenhuma regra de aposentadoria, mas, sim, estendendo um benefício concedido aos servidores ativos. (...)” (fls. 201/202).

O artigo 62 da Lei n. 8.112/1990, na sua redação original, estabelecia o seguinte:

“Subseção I

Da Gratificação pelo Exercício de Função de Direção,
Chefia ou Assessoramento

Art. 62. Ao servidor investido em função de direção, chefia ou assessoramento é devida uma gratificação pelo seu exercício.

§ 1º. Os percentuais de gratificação serão estabelecidos em lei, em ordem decrescente, a partir dos limites estabelecidos no art. 42.

§ 2º. *A gratificação prevista neste artigo incorpora-se à remuneração do servidor e integra o provento da aposentadoria, na proporção de 1/5 (um quinto) por ano de exercício na função de direção, chefia ou assessoramento, até o limite de 5 (cinco) quintos.*

§ 3º. Quando mais de uma função houver sido desempenhada no período de um ano, a importância a ser incorporada terá como base de cálculo a função exercida por maior tempo.

§ 4º. Ocorrendo o exercício de função de nível mais elevado, por período de 12 (doze) meses, após a incorporação da fração de 5/5 (cinco quintos), poderá haver a atualização progressiva das parcelas já incorporadas, observado o disposto no parágrafo anterior.

§ 5º. Lei específica estabelecerá a remuneração dos cargos em comissão de que trata o inciso II do art. 9º, bem com os critérios de incorporação da vantagem prevista no § 2º, quando exercidos por servidor.”

A Lei n. 8.911, de 11 de julho de 1994, que dispõe sobre a remuneração dos cargos em comissão, define critério de incorporação de vantagens de que trata a Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, no âmbito do Poder Executivo, e dá outras providências, regulamentou a gratificação pelo exercício de função de direção, chefia ou assessoramento prevista no § 2º do artigo 62 desse último diploma legal, estabelecendo o seguinte:

“Art. 3º. *Para efeito do disposto no § 2º do art. 62 da Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, o servidor investido em função de direção, chefia e assessoramento, ou cargo em comissão, previsto nesta lei, incorporará à sua remuneração a importância equivalente à fração de um quinto da gratificação do cargo ou função para o qual foi designado ou nomeado, a cada doze meses de efetivo exercício, até o limite de cinco quintos.*

§ 1º. Entende-se como gratificação a ser incorporada à remuneração do servidor a parcela referente à representação e a gratificação de atividade pelo desempenho de função, quando se tratar de cargo em comissão ou função de direção, chefia e assessoramento dos Grupos: Direção e Assessoramento Superiores – DAS e Cargo de Direção – CD.

§ 2º. Quando se tratar de gratificação correspondente às funções de direção, chefia e assessoramento do Grupo – FG e GR, a parcela a ser incorporada incidirá sobre o total desta remuneração.

§ 3º. Quando mais de um cargo em comissão ou função de direção, chefia e assessoramento houver sido exercidos no período de doze meses, a parcela a ser incorporada terá como base de cálculo a exercida por maior tempo.

§ 4º. Ocorrendo o exercício de cargo em comissão ou de função de direção, chefia ou assessoramento de nível mais elevado, por período de doze meses, após a incorporação dos cinco quintos, poderá haver a atualização progressiva das parcelas já incorporadas, observado o disposto no parágrafo anterior.

(...)

Art. 5º. Para efeito desta lei, *considera-se cargo em comissão, de livre nomeação e exoneração:*

I – os de natureza especial;

II – os dois níveis hierárquicos mais elevados da estrutura organizacional do órgão ou entidade;

III – os de assessoramento no limite de até quarenta por cento do quantitativo constante no órgão ou entidade.” (nossos os grifos).

In casu, como visto, pretende o Recorrente a incorporação, nos seus proventos de aposentadoria, do valor correspondente a 2/5 da remuneração percebida pelos Ministros de Estado, haja vista ter ocupado o cargo de Ministro de Estado da Agricultura, no período de 15 de março de 1967 a 30 de outubro de 1969.

A despeito do Recorrente haver se aposentado em 1988, e sem embargo da orientação adotada no enunciado da Súmula n. 359 do Supremo Tribunal Federal, que estabelece que os proventos de aposentadoria são regulados pela lei vigente à época da reunião dos requisitos necessários à concessão do benefício, a Excelsa Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça

tem firme entendimento no sentido de que “O constituinte de 1988, ao estabelecer, no § 4º do artigo 40 da Constituição Federal, a revisão dos proventos, na mesma data e na mesma medida, toda vez que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, abrangendo vantagens e benefícios posteriormente concedidos, significa que, mesmo quando a lei esquece os inativos como querendo afastá-los do direito ao novo modo de remunerar o servidor ativo, ela nada é, pois contraria, inquestionavelmente, o preceito constitucional” (cf. MS n. 4.092-DF, relator Ministro Jesus Costa Lima, in DJ de 4.9.1995).

Consta, ainda, do acórdão proferido pela Corte Especial, o seguinte: “De tal modo, ainda que a lei tenha extinguido uma vantagem, instituído nova ou introduzido outra fórmula de calculá-la no que respeita ao servidor em atividade, o aposentado tem o indeclinável direito de absorvê-la. Portanto, se os Impetrantes foram aposentados com vencimentos e vantagens que eram próprias daqueles que exerciam cargos de DAS, tudo o que se modificou para mais quanto aos ocupantes de cargos de DAS, em atividade, deve integrar o patrimônio remuneratório dos inativos. Pelo ‘texto atual basta que haja qualquer sorte de mudança no estado do servidor na ativa, decorrente ou não de alteração do poder aquisitivo da moeda. Tal acréscimo deverá, necessariamente, incidir também nos proventos dos inativos.”

É, de fato, o que resulta da aplicação do artigo 40, § 4º, da Constituição da República, na sua redação original:

“Art. 40. **Omissis.**

(...)

§ 4º. Os proventos da aposentadoria serão revistos, na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos inativos quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria, na forma da lei.”

Desse modo, superado o óbice da incidência do enunciado n. 359 do Supremo Tribunal Federal, até porque a própria súmula ressalva a revisão prevista em lei, resta analisar se os ocupantes do cargo de Ministro de Estado têm, ou não, direito à gratificação prevista no artigo 62 da Lei n. 8.112/1990.

Está o Recorrente em que o cargo de Ministro de Estado é de natureza especial (artigo 5º, inciso I, da Lei n. 8.911/1994), da qual decorre o seu direito à incorporação de *quintos*.

Doutrinariamente, os agentes públicos, assim considerados o conjunto de pessoas que, a qualquer título, exercem uma função pública como prepostos do Estado, são classificados, principalmente, em agentes políticos e agentes administrativos, dentre outros.

Com efeito, recolhe-se do escólio de **Hely Lopes Meirelles**:

“(...)

Agentes políticos: são os componentes do Governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais. Esses agentes atuam com plena liberdade funcional, desempenhando suas atribuições com prerrogativas e responsabilidades próprias, estabelecidas na Constituição e em leis especiais. *Não são servidores públicos, nem se sujeitam ao regime jurídico único estabelecido pela Constituição de 1988*. Têm normas específicas para sua escolha, investidura, conduta e processo por crimes funcionais e de responsabilidade que lhe são privativos.

Os agentes políticos exercem funções governamentais, judiciais e quase-judiciais, elaborando normas legais, conduzindo os negócios públicos, decidindo e atuando com independência nos assuntos de sua competência. São as autoridades públicas supremas do Governo e da Administração na área de sua atuação, pois não estão hierarquizadas, sujeitando-se apenas aos graus e limites constitucionais e legais de jurisdição. Em doutrina, os agentes políticos têm plena liberdade funcional, equiparável à independência dos juizes nos seus julgamentos, e, para tanto, ficam a salvo de responsabilização civil por seus eventuais erros de atuação, a menos que tenham agido com culpa grosseira, má-fé ou abuso de poder.

Realmente, a situação dos que governam e decidem é bem diversa da dos que simplesmente administram e executam encargos técnicos e profissionais, sem responsabilidade de decisão e de opções políticas. Daí porque os agentes políticos precisam de ampla liberdade funcional e maior resguardo para o desempenho de suas funções. As prerrogativas que se concedem aos agentes políticos não são privilégios pessoais; são garantias necessárias ao pleno exercício de suas altas e

complexas funções governamentais e decisórias. Sem essas prerrogativas funcionais, os agentes políticos ficariam tolhidos na sua liberdade de opção e de decisão, ante o temor de responsabilização pelos padrões comuns da culpa civil e do erro técnico a que ficam sujeitos os funcionários profissionalizados.

Nesta categoria encontram-se os Chefes de Executivo (Presidente da República, Governadores e Prefeitos) e seus auxiliares imediatos (Ministros e Secretários de Estado e de Município); os membros das corporações legislativas (Senadores, Deputados e Vereadores); os membros do Poder Judiciário (magistrados em geral); os membros do Ministério Público (Procuradores da República e da Justiça, Promotores e Curadores Públicos); os membros dos Tribunais de Contas (Ministros e Conselheiros); os representantes diplomáticos e demais autoridades que atuem com independência funcional no desempenho de atribuições governamentais, judiciais ou quase-judiciais, estranhas ao quadro de servidor público.

Agentes administrativos: são todos aqueles que se vinculam ao Estado ou às suas entidades autárquicas e fundacionais por relações profissionais, sujeitos à hierarquia funcional e ao regime jurídico único da entidade paraestatal a que servem. São investidos a título de emprego e com retribuição pecuniária, em regra, por nomeação e, excepcionalmente, por contrato de trabalho ou credenciamento. Nessa categoria incluem-se, também, os dirigentes de entidades paraestatais (não os seus empregados), como representantes da Administração Indireta do Estado, os quais, nomeados ou eleitos, passam a ter vinculação funcional com órgãos públicos da Administração Direta, controladores da entidade.

Os agentes administrativos não são membros de Poder de Estado, nem o representam, nem exercem atribuições políticas ou governamentais; são unicamente servidores públicos, com maior ou menor hierarquia, encargos e responsabilidades profissionais dentro do órgão ou entidade a que servem, conforme o cargo ou a função em que estejam investidos. De acordo com a posição hierárquica que ocupam e as funções que lhe são cometidas, recebem a correspondente parcela de autoridade pública para o seu desempenho no plano administrativo, sem qualquer poder político. Suas atribuições, de chefia, planejamento, assessoramento ou execução, permanecem no âmbito das habilitações profissionais postas remuneradamente a serviço da Administração. Daí

porque tais agentes respondem sempre por simples culpa pelas lesões que causem à Administração ou a terceiros no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las, visto que os atos profissionais exigem perícia técnica e perfeição de ofício.

Esses agentes administrativos ficam em tudo e por tudo sujeitos ao regime da entidade a que servem e às normas específicas do órgão em que trabalham, e, para efeitos criminais, são considerados funcionários públicos, nos expressos termos do art. 327 do CP.

A categoria dos agentes administrativos – espécie do gênero agente público – constitui a imensa massa dos prestadores de serviços à Administração Direta e Indireta do Estado nas seguintes modalidades admitidas pela Constituição da República de 1988: a) servidores públicos concursados (art. 37, II); b) servidores públicos exercentes de cargos em comissão ou função de confiança, sem concurso, escolhidos, preferencialmente, entre ‘servidores ocupantes de cargo de carreira técnica ou profissional’ (art. 37, V); c) servidores temporários, contratados ‘por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público’ (art. 37, IX).

Esses servidores públicos sujeitam-se ao disposto no art. 37 e incisos; todavia, somente os servidores da Administração Direta, das Autarquias e das Fundações Públicas é que estão adstritos ao regime jurídico único imposto pela atual Carta, nos termos do art. 39.” (in Direito Administrativo Brasileiro, 18ª ed., Malheiros Editores, pp. 72/75 – nossos os grifos).

Veja-se, ainda, o magistério de **José dos Santos Carvalho Filho**:

“(…)”

2.1. Agentes políticos

Agentes políticos são aqueles os quais incumbe a execução das diretrizes traçadas pelo Poder Público. São estes agentes que desenham os destinos fundamentais do Estado e que criam as estratégias políticas por eles consideradas necessárias e convenientes para que o Estado atinja seus fins.

Caracterizam-se por terem funções de direção e orientação estabelecidas na Constituição e por ser normalmente transitório o exercício de tais funções. Como regra, sua investidura se dá através de eleição, que lhes confere o direito a um mandato, e os mandatos eletivos

caracterizam-se pela transitoriedade do exercício das funções, como deflui dos postulados básicos das teorias democrática e republicana. Por outro lado, não se sujeitam às regras comuns aplicáveis aos servidores públicos em geral; a eles são aplicáveis normalmente as regras constantes da Constituição, sobretudo as que dizem respeito às prerrogativas e à responsabilidade política. São eles os Chefes do Executivo (Presidente, Governadores e Prefeitos), seus auxiliares (Ministros e Secretários Estaduais e Municipais) e os membros do Poder Legislativo (Senadores, Deputados Federais, Deputados Estaduais e Vereadores).

(...)

2.3. Servidores públicos

A categoria dentre os agentes públicos que contém a maior quantidade de integrantes é, sem a menor dúvida, a dos servidores públicos. Formam a grande massa dos agentes do Estado, desenvolvendo, em consequência, as mais variadas funções.

São denominadas por uns de agentes administrativos e por outros de funcionários públicos (mesmo tendo sido esta expressão abandonada pela Constituição). O certo é que tais agentes se vinculam ao Estado por uma relação permanente de trabalho e recebem, a cada período de trabalho, a sua correspondente remuneração. São, na verdade, profissionais da função pública. Como a relação jurídica que os vincula ao Estado apresenta certas peculiaridades e ainda porque é o estudo de seu regime jurídico o objeto deste capítulo, vamos deter-nos sobre essa análise em tópico específico mais adiante.” (in Manual de Direito Administrativo, Freitas Bastos Editora, 1997, pp. 353/355).

E de **Celso Antônio Bandeira de Mello**:

“(...)

4. Visto o conceito de agente público e mencionada a variedade de sujeitos compreendidos sob tal rótulo, cumpre indicar as várias categorias que se agrupam, na conformidade da esplêndida sistematização proposta pelo Prof. **Oswaldo Aranha Bandeira de Mello**, com algumas adaptações, notadamente em vista do atual texto constitucional. Os agentes públicos podem ser divididos em três grandes grupos, dentro dos quais são reconhecíveis ulteriores subdivisões. A saber: (a) agentes políticos; (b) servidores públicos, e (c) particulares em atuação colaboradora com o Poder Público.

a) Agentes políticos

5. Agentes políticos são os titulares dos cargos estruturais à organização política do País, ou seja, ocupantes dos que integram o arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do Poder. Daí que se constituem nos formadores da vontade superior do Estado. São agentes políticos apenas o Presidente da República, os Governadores, Prefeitos e respectivos vices, os auxiliares imediatos dos Chefes de Executivo, isto é, Ministros e Secretários das diversas pastas, bem como os Senadores, Deputados Federais e Estaduais e os Vereadores.

6. O vínculo que tais agentes entretêm com o Estado não é de natureza profissional, mas de natureza política. Exercem um **munus** público. Vale dizer, o que os qualifica para o exercício das correspondentes funções não é a habilitação profissional, a aptidão técnica, mas a qualidade de cidadãos, membros da civitas e por isto candidatos possíveis à condução dos destinos da sociedade.

A relação jurídica que os vincula ao Estado é de natureza institucional, estatutária. Seus direitos e deveres não advêm de contrato travado com o Poder Público, mas descendem diretamente da Constituição e das leis. Donde, são por elas modificáveis, sem que caiba precedente oposição às alterações supervenientes, sob color de que vigoravam condições diversas ao tempo das respectivas investiduras.

b) Servidores públicos

7. A designação servidores públicos abarca todos aqueles que entretêm com o Estado e entidades de sua Administração Indireta ou Fundacional relação de trabalho de natureza profissional e caráter não eventual sob vínculo de dependência.

Entre eles são reconhecíveis as seguintes espécies:

a) Servidores públicos civis, que são, em quaisquer dos três Poderes, os titulares de cargos públicos na Administração Direta (anteriormente denominados funcionários públicos), nas autarquias e fundações de direito público, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

b) Os empregados das pessoas supra-referidas. Aí se compreendem servidores que se encontrem sob vínculo empregatício por uma dentre as seguintes razões:

b.1. no caso de serem admitidos sob vínculo de emprego para funções materiais subalternas (quais as de artífice, servente, motorista,

jardineiro, etc.), o que, como ao diante se demonstrará, é constitucionalmente possível, embora não desejável;

b.2. contratados, nos termos do art. 37, IX, da Constituição, sob vínculo trabalhista, para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público;

b.3. por serem remanescentes do regime anterior, no qual se admitia (ainda que muitas vezes inconstitucionalmente) amplamente o regime de emprego.

c) os servidores empregados de empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações de direito privado instituídas pelo Poder Público, os quais estarão todos, obrigatoriamente, sob regime trabalhista.

(...)." (in Curso de Direito Administrativo, 8ª ed., Malheiros Editores, pp. 135/137).

É indubitável, por outro lado, que a Lei n. 8.112/1990 estabeleceu o regime jurídico único dos *servidores públicos civis da União*, tanto quanto o é também que não se confundem com os *agentes políticos* e, assim, com os *Ministros de Estado*, cujo estatuto jurídico é a Constituição da República.

E a questão federal, posta a deslinde na via especial, como é certo, está em saber se, em sendo o agente político servidor público, é de se lhe reconhecer ou não a titularidade de direito proveniente de sua lei estatutária, persistindo, como persiste, sendo funcionário público.

Foi precisamente para disciplinar situações funcionais dessa espécie que a Lei n. 8.911/1994, na letra do inciso I do seu artigo 5º, atribuiu os quintos aos servidores públicos que ocupem cargos em comissão de natureza especial, diversos dos que são próprios de seu regime jurídico único.

Inquestionável, nesse sentido, a natureza especial dos cargos de agentes políticos, não há por que negar ao Ministro de Estado, que persista sendo servidor público, determinados direitos, tal como de incorporar os quintos em razão do exercício do cargo em comissão de natureza especial, por ser direito deferido ao servidor pela Lei n. 8.911/1994.

Daí, o acerto do julgado do 1º grau da jurisdição:

“(...) do fato de o Ministro de Estado ser conceituado, doutrinariamente, como agente político não se tira que seu cargo seja substancialmente diverso dos demais cargos em comissão. A diferença que há

entre os agentes políticos e os servidores públicos estrito senso justificaria ser dispensado àqueles (agentes políticos), pela lei, um tratamento especial, mas não justifica que, não havendo esse tratamento especial, seja desconsiderada sua condição de servidores públicos para retirar-lhes vantagens que são atribuídas a todos os ocupantes de cargos em comissão de nível inferior, inclusive os que também são agentes políticos. O servidor de carreira, que foi elevado a cargo de Ministro de Estado, ocupou cargo em comissão e como tal deve ser tratado. Tratamento diferenciado só seria admissível se a lei expressamente o previsse, seja para acrescentar, seja para reduzir vantagens, e a lei não fez tal discriminação.

O art. 5º, I, da Lei n. 8.911/1994, ao incluir expressamente entre os cargos em comissão por ela abrangidos os de natureza especial, *portanto, os cargos dos agentes políticos*, dá suficiente suporte à pretensão do Autor. Se entre os cargos de natureza especial estão os dos Ministros de Estado, é de concluir que estes se encontram abrangidos por aquela norma. E não há óbice a esta conclusão o fato de a Lei n. 8.911/1994 não ter incluído, em suas tabelas, a remuneração dos Ministros de Estado, já que isso se deve, como já demonstrado, a que os Ministros de Estado, assim como o Presidente da República, têm seus vencimentos fixados, para cada exercício financeiro, pelo Congresso Nacional, por força do art. 49, VIII, da Constituição de 1988.

(...)” (fls. 113/114).

Pelo exposto, conheço do recurso, para restabelecer a sentença.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 408.641 – RS

(Registro n. 2002.0010910-0)

Relator: Ministro Fontes de Alencar
Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Procuradores: Mariângela Dias Bandeira e outros
Recorrido: José Carlos Vilodre
Advogados: Maria de Lourdes Poeta Dornelles e outros

EMENTA: Previdenciário.

- Os honorários de advogado devem ser calculados considerando-se apenas as prestações vencidas até a sentença.
- Recurso especial atendido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Vicente Leal, Fernando Gonçalves, Hamilton Carvalhido e Paulo Gallotti.

Brasília-DF, 12 de novembro de 2002 (data do julgamento).

Ministro Hamilton Carvalhido, Presidente.

Ministro Fontes de Alencar, Relator.

Publicado no DJ de 9.12.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Fontes de Alencar: Trata-se de recurso especial interposto com fulcro no art. 105, III, c, da Constituição Federal, contra acórdão segundo o qual, em ação previdenciária, os honorários de advogado incidem sobre as prestações vencidas até a execução do julgado.

O Recorrente traz como divergentes os EREsp n. 187.766.

VOTO

O Sr. Ministro Fontes de Alencar (Relator): Ao contrário do aresto recorrido, o precedente colacionado pelo Recorrente, tomado nos EREsp n. 187.766, relatado pelo Ministro Fernando Gonçalves, fixou o entendimento no sentido de que os honorários advocatícios devem incidir sobre as prestações vencidas até a data da sentença.

Eis a sua ementa:

“Embargos de divergência. Previdenciário. Honorários advocatícios. Conta de liquidação.

1. A verba de patrocínio deve ter por base de cálculo o somatório das prestações vencidas, compreendidas aquelas devidas até a data da sentença.

2. Embargos rejeitados.” (in DJU de 19.6.2000).

Em face do exposto, conheço do recurso pela discrepância jurisprudencial e lhe dou provimento para determinar que os honorários advocatícios sejam contados tomando-se por base as prestações vencidas até a data da sentença.

RECURSO ESPECIAL N. 411.709 – RS

(Registro n. 2002.0015502-7)

Relator: Ministro Vicente Leal
Recorrente: Christiano Alves Maciel
Advogados: Elis Regina dos Santos Parizotto e outro
Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Procuradores: Lorena Haussen Damiani e outros

EMENTA: Previdenciário – Trabalhador rural – Contagem de tempo de serviço – Recolhimento das contribuições.

– O reconhecimento do tempo de serviço do trabalhador rural antes da vigência da Lei n. 8.213/1991, para fins de contagem recíproca, depende do recolhimento das contribuições previdenciárias correspondentes.

– Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 13 de agosto de 2002 (data do julgamento).

Ministro Hamilton Carvalhido, Presidente.

Ministro Vicente Leal, Relator.

Publicado no DJ de 2.9.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Vicente Leal: Nos autos de ação de rito ordinário proposta contra o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, objetivando o reconhecimento de tempo de serviço rural para fins de concessão de aposentadoria, o pedido foi julgado procedente em 1º grau (fls. 76/81).

E a egrégia Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em sede de apelação e remessa oficial, reformou o **decisum**, proclamando o entendimento de que, para fins de aposentadoria, a contagem de tempo de serviço na iniciativa privada, seja rural ou urbana, somente pode ser admitida se houver o recolhimento das contribuições, mesmo as relativas ao período anterior à vigência da Lei n. 8.213/1991 (fls. 107/113).

Irresignado, o Autor interpõe o presente recurso especial, com fulcro nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, sustentado ter o acórdão em destaque, além de ensejado dissídio entre julgados, violado o disposto no artigo 55, § 2º, da Lei n. 8.213/1991.

Sustenta, em essência, que nos termos da legislação vigente à época de prestação de serviço na condição de rurícola, não se exigia o recolhimento de contribuições previdenciárias para fins de utilização do período laborado na obtenção de benefício (fls. 115/121).

Apresentadas as contra-razões (fls. 123/125) e admitido o recurso na origem (fl. 127), ascenderam os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Vicente Leal (Relator): Como anotado no relatório, recorre especialmente o segurado contra acórdão do Tribunal Regional da 4ª Região, que em sede de apelação e remessa oficial, reformou sentença que julgou procedente ação ordinária para reconhecer tempo de serviço prestado pelo mesmo na condição de rurícola, para fins de aposentadoria estatutária.

Sustenta o Recorrente que o tempo de serviço prestado por trabalhador rural anterior à Lei n. 8.213/1991 pode ser averbado para fins de contagem recíproca, ainda que não recolhidas as contribuições relativas ao período.

O Tribunal sufragou o entendimento de que, em não se realizando as contribuições pertinentes, não há de se falar em reconhecimento de tempo de serviço rural para fins de aposentadoria estatutária.

Analise-se, pois, a legislação que disciplina a espécie.

A Lei dos Planos e Benefícios da Previdência Social assim dispõe em seu art. 94:

“Art. 94. Para efeito dos benefícios previstos no Regime Geral de Previdência Social, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na atividade privada, rural e urbana, e do tempo de contribuição ou de serviço na Administração Pública, hipótese em que os diferentes sistemas de previdência social se compensarão financeiramente.”

Com efeito, esta norma, disciplinadora da contagem recíproca do tempo de serviço, restou alterada pela Lei n. 9.528/1997, a qual conferiu nova redação ao inciso IV do artigo acima transcrito, **litteris**:

“IV – o tempo de serviço anterior ou posterior à obrigatoriedade de filiação à Previdência Social só será contado mediante indenização da contribuição correspondente ao período respectivo, com acréscimo de juros moratórios de um por cento ao mês e multa de dez por cento.”

Conforme se verifica, o reconhecimento do tempo de serviço do trabalhador rural anterior à vigência da Lei n. 8.213/1991 depende do recolhimento das contribuições previdenciárias correspondentes.

A propósito, merece citação jurisprudência desta Corte sobre a matéria, **in verbis**:

“Recurso ordinário. Previdenciário. Contagem recíproca de tempo de serviço. Averbação de tempo de serviço prestado em atividade rural para fins de aposentadoria no serviço público. Contribuição. Necessidade.

1. ‘Para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na Administração Pública e na atividade

privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos sistemas de previdência social se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei.’ (artigo 202, § 2^a, da Constituição da República).

2. ‘(...) para a contagem recíproca corretamente dita, isto é, aquela que soma o tempo de serviço público ao de atividade privada, não pode ser dispensada a prova de contribuição, pouco importando – diante desse explícito requisito constitucional – que de, contribuir, houvesse sido, no passado, dispensada determinada categoria profissional, assim limitada, bem ou mal, quanto ao benefício de reciprocidade pela ressalva estatuída na própria Constituição.’ (ADIn n. 1.664-DF, relator Ministro Octavio Gallotti, in DJ de 19.12.1997).

3. A contagem do tempo de serviço prestado na atividade privada, seja ela urbana ou rural, só pode ser aproveitada para fins de aposentadoria no serviço público, quando houver prova de contribuição naquele regime previdenciário, incorrente, na espécie.

4. Recurso improvido.” (RMS n. 11.135-SC, relator Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 15.4.2002).

“Previdenciário. Tempo de serviço. Trabalhador rural. Contribuições. Contagem recíproca.

Lei n. 8.213/1991. ‘O tempo de atividade rural anterior a 1991 dos segurados de que tratam a alínea a do inciso I ou do inciso IV do art. 11 da Lei n. 8.213/1991, bem como o tempo de atividade rural a que se refere o inciso VII do art. 11, serão computados exclusivamente para fins de concessão do benefício previsto no art. 143 desta lei e dos benefícios de valor mínimo, vedada a sua utilização para efeito de carência, de contagem recíproca e de averbação de tempo de serviço de que tratam os artigos 94 e 95 desta lei, salvo se o segurado comprovar recolhimento das contribuições relativas ao respectivo período feito em época própria.’

Recurso conhecido, mas desprovido.” (REsp n. 297.568-SC, relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ de 3. 9.2001).

Em suma, é de se reconhecer que o acórdão recorrido aplicou a melhor exegese jurídica à espécie.

Isto posto, não conheço do recurso especial.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 439.732 – RS

(Registro n. 2002.0066460-0)

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido
Recorrentes: Victoria Vogt de Oliveira e outro
Advogados: Décio Scaravaglioni e outros
Recorrido: Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul – Ipergs
Procuradores: Patrícia Ribas Leal Messa e outros

EMENTA: Recurso especial – Honorários advocatícios – Fazenda Pública – Artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil – Medida Provisória n. 2.180/2001 – Inaplicabilidade.

1. “Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação eqüitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas **a**, **b** e **c** do parágrafo anterior.” (artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil).

2. Embora se atribua, em regra, ao Direito Processual eficácia imediata, as suas normas da espécie instrumental material, precisamente porque criam deveres patrimoniais para as partes, como a que se contém no artigo 20 do Código de Processo Civil, não incidem nos processos em andamento, quer se trate de processo de conhecimento, quer se trate de processo de execução, por evidente imperativo último do ideal de segurança também colimado pelo Direito.

3. As normas processuais instrumentais materiais, enquanto integram o estatuto legal do processo, são as vigentes ao tempo de seu início, não o alcançando a lei nova subsequente.

4. A mesma regência no tempo tem a disposição do artigo 4º da Medida Provisória n. 2.180-35, mormente porque atributiva de privilégio à Fazenda Pública, nada autorizando que se suprima à parte, no particular da norma processual instrumental material, a eficácia da lei do tempo do início do processo de execução, como é próprio do Estado de Direito.

5. “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 30.3.1998). Precedentes do STF.

6. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 20 de agosto de 2002 (data do julgamento).

Ministro Hamilton Carvalhido, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 9.9.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: Recurso especial interposto por Victoria Vogt de Oliveira e outro, com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição da República, contra acórdão da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado:

“Agravo de instrumento. Execução de título judicial contra a Fazenda Pública. Fixação de honorários. Descabimento.

Descabe fixação de verba honorária em execução de título judicial contra a Fazenda Pública não embargada. Exegese dos arts. 20, § 4º, e 730 do CPC, e 100 da CF/1988.

Agravo improvido.” (fl. 41).

Alegam as Recorrentes que a execução é um processo autônomo, daí o cabimento de condenação em honorários advocatícios, mesmo que não haja a oposição de embargos de devedor.

Além da divergência jurisprudencial, a violação ao artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil, funda a insurgência especial.

Recurso tempestivo (fl. 51), sem resposta e admitido (fls. 75/78).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Srs. Ministros, recurso especial interposto por Victoria Vogt de Oliveira e outro, com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição da República, contra acórdão da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado:

“Agravo de instrumento. Execução de título judicial contra a Fazenda Pública. Fixação de honorários. Descabimento.

Descabe fixação de verba honorária em execução de título judicial contra a Fazenda Pública não embargada. Exegese dos arts. 20, § 4º, e 730 do CPC, e 100 da CF/1988.

Agravo improvido.” (fl. 41).

Alegam os Recorrentes que a execução é um processo autônomo, daí o cabimento de condenação em honorários advocatícios, mesmo que não haja a oposição de embargos de devedor.

É esta a letra do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil, com a nova redação dada pela Lei n. 8.952/1994, cuja vigência teria sido negada pelo acórdão recorrido:

“Art. 20. (...)

§ 4º. Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação eqüitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas **a**, **b** e **c** do parágrafo anterior.” (nossos os grifos).

Como resulta da própria letra da lei processual civil, nas execuções, embargadas ou não, são devidos os honorários advocatícios, não se fazendo qualquer distinção entre execução fundada em título executivo judicial ou extrajudicial.

Tem-se, assim, que o Tribunal **a quo**, ao decidir ser indevida pela Fazenda Pública a verba de honorários advocatícios, nas execuções por título judicial não embargadas, infringiu, de forma manifesta, a norma do § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil.

Não é outro o entendimento estabelecido pela Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça, como se recolhe no seguinte precedente, cuja ementa e parte do voto-condutor se transcreve:

“Execução. Honorários de advogado. Art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei n. 8.952/1994.

1. A nova redação do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil deixa indubitado o cabimento de honorários de advogado em execução, mesmo não embargada, não fazendo a lei, para esse fim, distinção entre execução fundada em título judicial e execução fundada em título extrajudicial.

2. Recurso especial conhecido e provido.” (REsp n. 140.403-RS, relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, in DJ de 5.4.1999).

“VOTO

(...)

A execução é um processo autônomo, a exigir trabalho profissional específico, não sendo razoável a interpretação que afasta os honorários porque já acolhidos no processo de conhecimento. Anote-se que a regra jurídica do § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil é muito clara ao comandar que naquelas causas de ‘pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação eqüitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas **a**, **b** e **c** do parágrafo anterior’.

A nova redação, dada pela Lei n. 8.952/1994, mereceu estes comentários preciosos de **Celso Agrícola Barbi**:

‘A lei não distingue, a propósito de honorários de advogado, entre as execuções fundadas em título executivo extrajudicial e em judicial, devendo entender-se que os honorários são devidos em todas elas. Isto se justifica porque em todos os casos há omissão do devedor em cumprir sua obrigação.

Mas, na fixação dos honorários, deve-se ter em conta que a matéria litigiosa nas execuções fundadas em título executivo judicial é geralmente pouco extensa, dadas as limitações que a lei colocou às defesas permitidas ao executado. Além disso, já houve condenação em honorários no processo de conhecimento que originou a sentença. Por isto, os honorários devem ser fixados em valor mais modesto.

Mas, na execução fundada em título executivo extrajudicial, a matéria de defesa é ampla, igual à do processo de conhecimento (art. 745), de modo que os honorários devem ser fixados com o mesmo critério adotado no processo de conhecimento.' (Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, vol. I, 10ª ed., 1998, pp. 145/146).

(...)."

Não há falar, **in casu**, vale averbar em remate, em incidência, na espécie, da disposição inserta no artigo 4º da Medida Provisória n. 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, com o seguinte teor:

“Não serão devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções não embargadas.” (artigo 1º-D).

É que, embora se atribua, em regra, ao Direito Processual eficácia imediata, as suas normas da espécie instrumental material, precisamente porque criam deveres patrimoniais para as partes, como a que se contém no artigo 20 do Código de Processo Civil, não incidem nos processos em andamento, quer se trate de processo de conhecimento, quer se trate de processo de execução, por evidente imperativo último do ideal de segurança também colimado pelo Direito.

As normas processuais instrumentais materiais, enquanto integram o estatuto legal do processo, são as vigentes ao tempo de seu início, não o alcançando a lei nova subsequente.

A mesma regência no tempo tem a disposição do artigo 4º da Medida Provisória n. 2.180-35, mormente porque atributiva de privilégio à Fazenda Pública, nada autorizando que se suprima à parte, no particular da norma processual instrumental material, a eficácia da lei do tempo do início do processo de execução, como é próprio do Estado de Direito.

Também por essa razão, quando se entenda invocá-la, resta excluída da espécie a regra do artigo 462 do Código de Processo Civil, porque pressupõe direito que incidiu ou com incidência, sem o que não se pode falar nem em fato, nem em norma nova, com influência constitutiva, modificativa ou extintiva no julgamento da lide.

Haveria ainda a considerar os óbices constitucional e jurisprudencial à aplicabilidade da norma processual de conteúdo patrimonial, que efetivamente tivesse incidência, e não é o caso dos autos, aos processos em andamento na Instância Superior dos recursos excepcionais:

“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, no caso, a edição da Medida Provisória de n. 1.577/1997.” (EDcl no REsp n. 97.869-SP, relator Ministro Demócrito Reinaldo, in DJ de 30.3.1998).

Pelo exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento para, atendendo o grau de zelo do profissional e a natureza da causa, fixar os honorários advocatícios em 5% sobre o valor da execução, na forma do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

É o voto.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Fontes de Alencar: Sr. Presidente, entendo que, eventualmente, mesmo no recurso especial, em uma situação excepcionalíssima, pode haver a aplicação do direito novo, ou seja, na hipótese em que, conhecendo-se do recurso, se aplicará o direito à espécie.

Conheço do recurso especial e lhe dou provimento.

