

Jurisprudência da Sexta Turma



**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL**  
**N. 480.589 — RS (2002/0166187-5)**

Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa

Embargante: Estado do Rio Grande do Sul

Procuradores: Cristina Neuhaus e outros

Embargados: Fábio Pinheiro dos Santos e outro

Advogado: Leo Afonso Einloft Pereira

**EMENTA**

Recurso especial. Embargos de declaração. Administrativo. Concurso público. Omissão. Não-configuração. Efeitos modificativos ao julgado. Impossibilidade. Prequestionamento explícito dos arts. 5<sup>ª</sup>, XXXV, LIV e LV, e 93, IX, da Constituição Federal. Impossibilidade ante ausência de omissão.

1. Os embargos declaratórios se prestam a sanar omissão, obscuridade ou contradição na decisão judicial, constituindo a modificação do julgado consequência lógica da correção de eventuais vícios.

2. É sedimentada a impossibilidade de se emprestarem efeitos infringentes aos embargos de declaração sem que ocorra omissão, obscuridade ou contradição no acórdão objurgado.

3. As hipóteses de cabimento do recurso aclaratório estão previstas nos incisos I e II do art. 535 do CPC, e, dentre aquelas, não se encontra a possibilidade de promoção do prequestionamento explícito de dispositivo com o propósito do embargante vir a manejar recursos de natureza extrema; abre-se ensejo a tal desiderato quando houver omissão, obscuridade ou contradição no corpo da decisão judicial embargada.

4. Embargos de declaração rejeitados.

**ACÓRDÃO**

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

Naves e Paulo Gallotti. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido e Paulo Medina. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

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

Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Relator

DJ de 22.11.2004

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa: Cuida-se de embargos de declaração opostos pelo Estado do Rio Grande do Sul, contra acórdão proferido por esta Sexta Turma, da lavra do Ministro Fontes de Alencar, e cuja ementa ora se transcreve:

“Litispêndência.

— Sem que a presença da tríplice identidade (de sujeito, do pedido e da causa de pedir), não há dizer de litispêndência.

— Recurso especial que recebeu provimento.” (fl. 220).

Sustenta o embargante que o acórdão embargado desconsiderou o fato de que o Tribunal de origem, ao apreciar a questão, fundamentou-se na impossibilidade jurídica do pedido, e cuja desatenção, quando da apreciação do recurso especial, conduziu ao seu provimento; nesse sentido, aduz que “se o Tribunal entendeu que não lhes assiste direito de, sequer, realizar novos exames tendentes a provar-lhes a capacidade para o exercício da função, muito menos poderia lhes prover pedido que implica reconhecimento de aludida capacidade. Daí a impossibilidade jurídica da pretensão, a qual foi desconsiderada pelo acórdão ora embargado ao prover o recurso da parte adversa” (fl. 225).

Afirma, ainda, que, caso não sejam sanadas as omissões apontadas, serão violados os arts. 5º, XXXV, LIV e LV, e 93, IX, da Constituição Federal. Requer, por derradeiro, o prequestionamento desses dispositivos, em atendimento às Súmulas ns. 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa (Relator): 1. Consoante se infere do confronto entre os fundamentos do acórdão embargado e as razões agitadas nos embargos de declaração, emerge nítido o fim exclusivamente infringente que se almeja impor ao julgado por meio daquele recurso aclaratório; quadra asseverar, por oportuno, que, segundo prescreve o art. 535 do CPC, os embargos declaratórios se prestam

a sanar omissão, obscuridade ou contradição da decisão judicial, constituindo a modificação do julgado consequência lógica da correção de eventuais vícios.

Os embargos interpostos sutilmente objetivam rediscutir questões apreciadas no v. acórdão; não cabe, todavia, redecidir, nessa trilha, quando é da índole do recurso apenas reexprimir, no dizer peculiar de **Pontes de Miranda** que a jurisprudência consagra, arredando, sistematicamente, embargos declaratórios, com feição, mesmo dissimulada, de infringentes (RJTJESP 98/377, 99/345, 115/206; RTJ 121/260).

Sempre vale reprisar **Pimenta Bueno**, ao anotar que, nesta modalidade recursal, *“não se pode pedir correção, alteração ou mudança alguma, nem modificação que aumente ou diminua o julgamento; e só sim e unicamente o esclarecimento do que foi decidido, ou da dúvida em que se labora. Eles pressupõem que na declaração haja uniformidade de decisões e não inovação, porque declarar não é por certo reformar, adicionar, corrigir ou estabelecer disposição nova”* (RJTJESP 92/328).

É cediço neste Tribunal Superior a impossibilidade de se emprestarem efeitos infringentes ao recurso de embargos de declaração sem que ocorra omissão, obscuridade ou contradição no acórdão objurgado. Sob essa ótica, e com propriedade, asseverou o ilustre Ministro Jorge Scartezzini: *“(...) os embargos de declaração consubstanciam instrumento processual adequado para excluir do julgado qualquer obscuridade ou contradição ou, ainda, suprir omissão, cujo pronunciamento sobre a matéria se impunha ao Colegiado, não se adequando, todavia, para promover o efeito modificativo do mesmo”* (EDcl no REsp n. 259.707/SP, Quinta Turma, DJ de 1ª.07.2004).

Sem se afastar de tal posicionamento, o insigne Ministro Paulo Medina assim se pronunciou: *“(...) a concessão de efeito infringente aos embargos de declaração somente pode ocorrer em hipóteses excepcionais, em casos de erro evidente, não se prestando a sanar **eventual error in judicando**”* (EDcl no AgRg no Ag n. 416.841/MG, Sexta Turma, DJ de 07.06.2004).

Colha-se, ainda, a copiosa a jurisprudência desta Corte Superior sobre o tema:

“Recurso especial. Processual Civil. Embargos de declaração. Omissão, contradição ou obscuridade inexistente. Mérito. Rediscussão. Caráter infringente. Inadmissibilidade. I - Os embargos de declaração, em regra, devem acarretar tão-somente um esclarecimento acerca do acórdão embargado. Noutro trajeto, excepcionalmente, podem ter efeito modificativo ante a existência de erro material. II - Inexistentes quaisquer omissões, obscuridades ou contradições no acórdão embargado, rejeitam-se os embargos declaratórios que, implicitamente, buscam tão-somente rediscutir a matéria de mérito.

Embargos rejeitados.” (EDcl no REsp n. 438.145/DF, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJ de 08.06.2004)

“Processual Civil. Embargos de declaração. Ação rescisória. FGTS. Prequestionamento de dispositivo da Constituição Federal. Efeito infringente. Inviabilidade. Rejeição. 1. Rejeitam-se os embargos de declaração quando ausentes os defeitos previstos no artigo 535 do Código de Processo Civil. No caso, a intenção da embargante é apenas obter pronunciamento sobre a negativa de prestação jurisdicional relativa à aplicação da lei em afronta à Constituição e sobre a omissão quanto à unificação das decisões judiciais e ao princípio da isonomia, inclusive para fins de prequestionamento. 2. Considerando o disposto no artigo 105 da Carta Magna, o Superior Tribunal de Justiça não é competente para se manifestar sobre suposta violação a norma ou princípio constitucional, sequer a título de prequestionamento. 3. Inviável é a concessão de efeitos infringentes aos presentes embargos, tendo em vista os rígidos contornos processuais dessa espécie de recurso. Embargos de declaração rejeitados.” (EDcl no AgRg na AR n. 2.768/SC, Primeira Seção, Rel. Min. Denise Arruda, DJ de 02.08.2004).

Em suma: não se constata ocorrência de omissão ou contradição no julgado guerreado, que conduza à necessidade de seu esclarecimento.

2. No que tange à necessidade de manifestação expressa do Tribunal recorrido sobre os arts. 5º, XXXV, LIV e LV, e 93, IX, da Constituição Federal, de igual modo não assiste razão ao recorrente.

Com efeito, as hipóteses de cabimento do recurso aclaratório estão previstas nos incisos I e II do art. 535 do CPC, e, dentre estas, não se encontra a possibilidade de promoção do prequestionamento explícito de dispositivo com o propósito do embargante vir a manejar recursos de natureza extrema; doutra parte, abre-se ensejo a tal desiderato quando houver omissão, obscuridade ou contradição no corpo da decisão judicial embargada.

Nesse sentido, aborda, com a costumeira perspicácia, o Ministro Felix Fischer, cujo acórdão apreciou questão análoga à presente hipótese. Confira-se a respectiva ementa:

“Processual Civil. Agravo regimental. Violação ao art. 535 do CPC. Inocorrência.

Não há ofensa ao art. 535 do CPC se o Tribunal de origem, sem que haja recusa à apreciação da matéria, embora rejeitando os embargos de declaração — opostos com a finalidade de prequestionamento — demonstra não existir omissão a ser suprida. (Precedentes).

Agravo regimental desprovido.” (AgRg no Ag n. 576.640/RS, Quinta Turma, DJ de 28.06.2004)

3. Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.  
É como voto.

---

### HABEAS CORPUS N. 14.657 — SP (2000/0109511-0)

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido

Impetrante: Mário de Carvalho Vale Filho

Impetrado: Juízo Auditor da 2ª Auditoria da 2ª Circunscrição Judiciária Militar

Paciente: Cleberson Batista Nogueira

#### EMENTA

**Habeas corpus.** Processual Penal. Competência. Crime militar e crime comum. Separação de processos. Constrangimento inexistente.

1. Por força da Constituição da República (art. 124), compete à Justiça Militar processar e julgar os crimes militares definidos em lei, o que exclui se possa falar em prorrogação de competência militar ou da Justiça Comum Estadual.

2. À luz do art. 102, alínea **a**, do Código de Processo Penal Militar, “A conexão e a continência determinarão a unidade do processo, salvo no concurso entre a jurisdição militar e a comum.”

3. Ordem denegada.

#### ACÓRDÃO

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

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

Ministro Hamilton Carvalhido, Presidente e Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: **Habeas corpus** impetrado em favor do Cabo do Exército Cléberson Batista Nogueira, contra o Juízo Auditor da 2ª Auditoria da 2ª Circunscrição Judiciária Militar, que estaria a descumprir acórdão deste Superior Tribunal de Justiça firmando a competência da Justiça Estadual de São Paulo para o processo e julgamento do feito.

Por roubo de R\$ 27.000,00 e de duas pistolas pertencentes ao 2º Batalhão de Caçadores, que teria ocorrido em 03 de fevereiro de 1998, foi o paciente, juntamente com mais três indivíduos, denunciado como incurso nas sanções do artigo 242, parágrafo 2º, incisos I, II e III, do Código Penal Militar.

O Juízo Militar, no ato de recebimento da denúncia, entendendo ser da competência da Justiça Comum o crime de roubo do numerário, e em razão do Juízo da 3ª Vara Criminal de São Vicente — SP ter, no específico, declinado da competência, suscitou conflito para esta egrégia Corte, cujo acórdão restou assim ementado:

“Conflito de competência. Juízos militar e comum. Criminal. Processual Penal. Crime de roubo de numerário do Banco do Brasil transportado por viatura militar. Participação de um militar.

O roubo, praticado por três civis e um militar, deu-se, na verdade, contra o Banco do Brasil, uma vez que o numerário subtraído do veículo cedido ao Batalhão do Exército destinava-se a depósito em uma agência daquela entidade.

Caracterização de delito a ser apurado na justiça comum do lugar onde fora praticado.

Todos os acusados, à época do crime, contavam com mais de 18 anos.

Conflito conhecido, declarando-se a competência de um terceiro juízo, o Criminal da Comarca de São Vicente — SP” (fl. 18).

Está o impetrante em que, subsistindo a ação penal perante o Juízo Militar, que apura o crime de roubo das armas, caracterizado estaria o constrangimento ao paciente, em face da duplicidade de procedimentos penais.

Aduz que o Juízo Militar, o próprio suscitante do conflito de competência, estaria a desacatar o **decisum** desta Corte Federal Superior, na medida em que “(...) tenta prosseguir na responsabilização penal do paciente perante sua jurisdição.” (fl. 7).

Sustenta-se, ainda, que, no momento em que esta Corte firmou a competência do Juízo Estadual para processar e julgar os fatos referentes ao roubo do numerário do Banco do Brasil, necessariamente transferiu para a Comarca de São Vicente — em

face do alegado concurso formal e da indiscutível conexão existente entre ambos os casos — a competência para o processo e julgamento dos fatos relativos ao roubo do armamento privativo do Exército, sob pena de inquestionável prejuízo ao paciente.

Pugna-se, ao final, pela concessão da ordem para que seja determinado o trancamento da ação penal em curso no Juízo Militar.

Informações prestadas às fls. 65/66 dos autos onde afirma o MM. Juiz-Auditor encontrar-se o feito na fase das alegações finais das partes.

Requerida medida liminar **a posteriori**, foi a mesma, em face do período de recesso, remetida à apreciação da Presidência desta Corte, que a indeferiu.

O Ministério Público Federal opina pelo recebimento do *writ* como reclamação, e pelo seu indeferimento, em parecer assim ementado:

“**Habeas corpus** recebido como reclamação. Roubo. Crime militar e crime comum. Alegação de **bis in idem**. Improcedente.

— Uma vez que se trata de alegação de descumprimento de decisão dessa Corte Superior, o presente *writ* deve ser recebido como reclamação, conforme prescreve o art. 187 do RISTJ.

— Não há que se falar em **bis in idem**, pois, o paciente responde a duas ações penais por fatos distintos.

— Súmula n. 90, STJ: “Compete à Justiça Estadual Militar processar e julgar o policial militar pela prática de crime militar, e à Comum pela prática do crime simultâneo àquele.”

— *Parecer pelo indeferimento.*” (fl. 111).

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Senhores Ministros, não há falar, **in casu**, na aplicação do princípio da fungibilidade, na exata razão de que, primeiro, a espécie se ajusta ao âmbito de cabimento do **habeas corpus** e, segundo, a decisão da egrégia Seção, no apontado conflito de competência, teve por matéria o crime comum, e não o crime militar.

No mérito, melhor sorte não assiste ao impetrante.

É que, por força da Constituição da República (art. 124), compete à Justiça Militar processar e julgar os crimes militares definidos em lei, o que exclui se possa falar em prorrogação de competência Militar ou da Justiça Comum Estadual.

O Código de Processo Penal Militar, de seu turno, assim dispõe em seu art. 102:

“Art. 102. A conexão e a continência determinarão a unidade do processo, salvo:

a) no concurso entre a jurisdição militar e a comum;”

Daí porque, não há falar em constrangimento qualquer ao paciente, sendo a separação de processos imposição mesmo constitucional e legal.

Pelo exposto, denego a ordem.

É o voto.

---

### HABEAS CORPUS N. 16.425 — MG (2001/0040184-8)

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido

Impetrante: Gilberto Marques de Sá

Impetrado: Desembargador-Relator do Recurso em Sentido Estrito n. 173.930-9 do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Paciente: Edson da Silva

### EMENTA

Direito Processual Penal. Recurso ordinário. Homicídio qualificado. Sentença penal extintiva do processo por ilegitimidade de parte **ad causam**. Trânsita em julgado. Inexistência de revisão criminal **pro societate**.

1. A sentença penal extintiva do processo sem julgamento do mérito, por ilegitimidade de parte **ad causam**, aberrante e análoga à sentença de que cuida o art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, é de natureza absolutória, a teor do que dispõe o inciso IV do art. 386 do Código de Processo Penal.

2. Trânsita em julgado tal decisão monocrática, faz-se imutável incluídamente por estranha ao sistema de direito positivo pátrio, a revisão criminal **pro societate**.

3. Ordem concedida para trancar a ação penal.

### ACÓRDÃO

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

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

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

Ministro Hamilton Carvalhido, Presidente e Relator

---

DJ de 03.05.2004

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: **Habeas corpus**, com pedido de liminar, contra decisão do Desembargador-Relator do recurso em sentido estrito n. 173.930-9.00 do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que anulou a sentença proferida pelo Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Betim que havia extinguido a ação penal instaurada contra o paciente Edson da Silva, em face de sua ilegitimidade passiva **ad causam**.

Alega o impetrante constrangimento ilegal decorrente da falta de fundamentação da decisão (art. 93, inciso IX, da Constituição da República).

Sustenta, ainda, que a lei processual penal brasileira não admite a revisão criminal **pro societate**, muito menos que se revigore de ofício ação penal já extinta, trânsita em julgado.

Pugna, liminarmente, pela suspensão da Ação Penal n. 027.94.006570-2, de forma a impedir que o paciente seja levado a julgamento pelo Tribunal do Júri.

Liminar deferia às fls. 228/229, para suspender a ação penal instaurada contra o paciente até o julgamento do presente *writ*.

Informações às fls. 236/237.

O Ministério Público Federal veio pela denegação da ordem, ao fundamento de que correta a decisão do Desembargador-Relator do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, pois a sentença do juiz da Comarca de Betim é nula, porque prolatada com usurpação de competência do Júri.

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Senhores Ministros, Edson da Silva e João Silvestre Amato, inicialmente denunciados pela prática dos crimes previstos nos arts. 157, § 3º, combinado com os arts. 14, inciso II, e 213, combinado com os arts. 69 e 29 do Código Penal, foram pronunciados como incurso nas penas dos arts.

121, § 2º, incisos II e IV, e 129, **caput**, do Código Penal, em face da desclassificação levada a efeito pelo Juiz da Primeira Vara Criminal da Comarca de Betim, confirmada em sede de recurso em sentido estrito pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Oferecido libelo acusatório, oportunamente contrariado pela defesa, foi designada sessão de julgamento, a qual foi adiada para realização de diligências requeridas pelas partes.

Realizadas novas investigações, concluiu a Promotoria pela inocência dos denunciados Edson da Silva e João Silvestre Amato, bem como que Otávio Rodrigues Costa Neto, que até então figurava como vítima do crime de lesões corporais, era o único autor do crime de homicídio perpetrado contra a pessoa de Jacqueline Dias de Oliveira.

O Ministério Público denunciou Otávio Rodrigues Costa Neto “como incurso nas sanções dos arts. 121, § 2º, inciso I — motivo torpe —, e IV — dissimulação —, e 339, ambos do Código Penal e em combinação com os arts. 69, e 61, inciso I — reincidência —, e ainda, em relação à última capitulação, em combinação também com o mesmo artigo 61, inciso II, alínea **b** — para facilitar a ocultação e a impunidade de outro crime —, do mesmo Código Penal, (...)” (fl. 133), requerendo, ainda que fosse extinta a ação penal promovida contra Edson da Silva e João Silvestre Amato.

O Juiz da Primeira Vara Criminal da Comarca de Betim, acolhendo o pedido ministerial, proferiu sentença julgando extinto o feito, sem julgamento do mérito, diante de ilegitimidade passiva **ad causam** de Edson da Silva e João Silvestre Amato, como também recebeu a denúncia oferecida contra Otávio Rodrigues Costa Neto.

Após pronunciado, Otávio Rodrigues Costa Neto interpôs recurso em sentido estrito n. 173.930-9.00, sustentando a nulidade da decisão que julgou extinta a ação penal contra Edson da Silva e João Silvestre Amato, o qual foi provido pelo Desembargador-Relator do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em decisão assim fundamentada:

“Nulo de pleno direito é o despacho de fls. 232/236, em que, acolhendo pedido do órgão do Ministério Público, o MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Betim extinguiu, sem o julgamento de mérito, a ação penal pública promovida contra João Silvestre Amato e Edson da Silva, vez que estes já se encontravam, em sentença confirmada pela Superior Instância, pronunciados como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, II e IV, c.c. o art. 29, ambos do Código Penal (fls. 566/573, dos autos em apenso.)

(...)” (fl. 248).

Daí o presente **Habeas corpus**, com pedido de liminar, impetrado por Gilberto Marques de Sá, em favor de Edson da Silva, em que alega constrangimento ilegal decorrente da falta de fundamentação da decisão que decretou a nulidade da sentença que julgou extinta a ação penal promovida contra o paciente (art. 93, inciso IX, da Constituição da República).

Sustenta, ainda, que a lei processual penal brasileira não admite a revisão criminal **pro societate**, muito menos que se revigore de ofício ação penal já extinta, trânsita em julgado.

Às fls. 228/229 deferi liminar para suspender a ação penal instaurada contra o paciente até o julgamento do presente *writ*.

Informações às fls. 236/237.

O Ministério Público Federal veio pela denegação da ordem, ao fundamento de que correta a decisão do Desembargador-Relator do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, pois a sentença do juiz da Comarca de Betim é nula, porque prolatada com usurpação de competência do Júri.

Trata-se, ao que se tem, de singular sentença penal de extinção do processo sem julgamento do mérito, por ilegitimidade de parte **ad causam**, análoga à sentença de que trata o art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, é de natureza absolutória, a teor do que dispõe o inciso IV do art. 386 do Código de Processo Penal, e transitou em julgado, embora desafiasse recurso de apelação (Código de Processo Penal, art. 598).

E, inexistente a revisão criminal **pro societate**, não há, além, como desconstituir tal sentença penal extintiva, ainda que eivada de nulidade absoluta.

Em caso análogo, esta egrégia Sexta Turma já firmou o seguinte entendimento:

“Direito Processual Penal. Recurso ordinário. Homicídio qualificado e denunciação caluniosa. Prisão preventiva. Denúncia. Validade.

1. A sentença penal extintiva do processo sem julgamento do mérito, por ilegitimidade de parte **ad causam**, aberrante e análoga à sentença de que cuida o art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, é de natureza absolutória, a teor do que dispõe o inciso IV do art. 386 do Código de Processo Penal.

2. Trânsita em julgado tal decisão monocrática, faz-se imutável, diante, inclusive, da ausência de revisão criminal **pro societate**.

3. A superveniência da pronúncia prejudica o **habeas corpus** que alveja decreto de custódia preventiva anterior, pena de supressão da competência recursal da Corte Estadual.

4. Recurso ordinário improvido.” (RHC n. 9.018/MG, de minha Relatoria, **in** DJ de 11/9/2000).

Pelo exposto, concedo a ordem para trancar a ação penal instaurada contra o paciente (Proc. n. 027.94.006570-2).

É o voto.

---

### **HABEAS CORPUS N. 18.212 — SP (2001/0101547-6)**

Relator: Ministro Paulo Medina

Impetrante: Andréa Perencin de Arruda Ribeiro Rios — Defensora Pública

Impetrado: Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo

Paciente: José Ednaldo Saturnino de Oliveira

#### **EMENTA**

Penal e Processo Penal. Roubo. Circunstanciado. Agentes. Concurso. Arma de fogo. Regime inicial. Fundamentação.

As decisões judiciais devem ser motivadas e fundamentadas, sob pena de nulidade (art. 93, IX, CRFB).

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

Não cabe o regime inicial fechado, se a quantidade da pena imposta pela sentença permite que seja estabelecido o semi-aberto e as circunstâncias judiciais são favoráveis ao réu (Precedentes).

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

#### **ACÓRDÃO**

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

Relator. Os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido e Paulo Gallotti votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

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

Ministro Paulo Medina, Relator

---

DJ de 08.03.2004

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Medina: Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de José Ednaldo Saturnino de Oliveira, contra acórdão do Quinto Grupo de Câmaras do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, prolatado nos autos da Revisão n. 367.564/6 (Processo n. 255/1999, da 30ª Vara Criminal de São Paulo).

José Ednaldo Saturnino de Oliveira foi condenado a cumprir 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão em regime inicial fechado, com o pagamento de 13 (treze) dias-multa, no valor unitário mínimo, porque incurso na sanção prevista no art. 157, § 2º, incisos I e II do Código Penal.

Alega o impetrante que o paciente experimenta constrangimento ilegal decorrente da imposição de regime inicial fechado, mais gravoso do que aquele ao qual faz jus, tanto em face da quantidade da pena aplicada como diante da inexistência de evidências que justifiquem sua necessidade.

Sustenta que a gravidade do delito de roubo, tomada em abstrato, não pode dar azo à fixação de regime prisional diverso daquele adequado ao réu, por exigência do princípio constitucional da individualização da pena.

Recolhe precedentes para dar suporte ao pedido e requer, liminarmente, a concessão da ordem, para que a reprimenda seja cumprida no regime semi-aberto.

O Ministério Público Federal opina pela denegação da ordem, porque se trata de roubo duplamente qualificado, onde se apurou a manifesta periculosidade do paciente (fls. 24/26).

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Paulo Medina (Relator): o Magistrado, ao proferir o juízo condenatório, assim fundamentou o regime de cumprimento da pena (fl. 14):

“Iniciará a execução da pena privativa de liberdade em regime fechado. Praticou grave crime, com a ação de três agentes, bem como não hesitou em

disparar sua arma e ameaçar um motorista de táxi. As circunstâncias judiciais, de modo geral, não permitem outro regime. Sua personalidade não demanda a necessária confiança para prognóstico de adaptação ao regime intermediário. As estatísticas dos crimes de roubo têm se elevado ano após ano, demandando uma atuação mais enérgica do Poder Judiciário para a repressão daqueles que preferem a prática de tais crimes. De acordo com o mérito pessoal, o réu poderá, no futuro, obter progressões e benefícios, com o escopo de não ser impelido à reincidência”.

O acórdão que negou provimento à apelação do réu, confirmou integralmente a sentença de 1<sup>a</sup> grau e, no que diz com o regime prisional, asseriu (fl. 15):

“Quanto ao regime, tratando-se de delito grave como o é o roubo, em especial qualificado pelo uso de arma, e utilização desta, também com a qualificadora do concurso de agentes, é ínsita a periculosidade do agente àquela conduta. A D. Procuradoria Geral de Justiça bem elencou o entendimento desta colenda Corte a respeito, acrescentando-se da pertinência do regime mais severo quando a pena é mínima.”

O acórdão impugnado, ao negar o pedido revisional, manteve, por maioria, o regime inicial fechado, nos seguintes termos (fl. 15):

“Como se vê, a eleição do regime prisional mais gravoso contou com sobeja fundamentação, atenta não somente às circunstâncias do caso concreto, que estão mesmo a revelar audácia na execução do delito à mão armada, como também em excerto da jurisprudência do egrégio Supremo Tribunal Federal, a firmar a ausência de incompatibilidade entre a pena mínima e regime prisional mais gravoso.

Não é possível modificar-se, assim, a solução adotada quanto ao ponto no julgado revidendo, que nada tem de contraveniente à letra da lei ou à evidência dos autos.”

Do voto-vencido, extraio o seguinte excerto, condizente com a imposição do regime de cumprimento da pena (fl. 18):

“Considere-se, ainda, que, ao fixar o regime fechado, mesmo estabelecendo a pena-base no mínimo legal, a decisão revidenda traduziu manifesta incoerência. De acordo com o disposto no art. 59 do Código Penal, são as circunstâncias ali arroladas que devem ser consideradas pelo juiz na escolha da qualidade e quantidade da pena a ser imposta, bem como do regime para seu cumprimento. Ora, é lógico que as mesmas circunstâncias justifiquem, de um lado, a fixação da pena mínima e, de outro, a escolha do regime mais rigoroso.”

A periculosidade do agente, notada pelo acórdão impugnado, funda-se no fato de que o paciente, ao empreender fuga, porque perseguido por policiais, efetuou disparos, sobrevivendo revide por parte do policial, que o atingiu na altura da perna.

Correndo e empunhando arma, entrou em um táxi, ameaçando o motorista, mas foi detido e preso em flagrante.

Estas circunstâncias são previstas e utilizadas no tipo penal para caracterizar o delito em face da violência e da grave ameaça exercida contra a pessoa e, justamente porque houve emprego de arma de fogo e concurso de agentes, sofreu acréscimo de 1/3.

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

Deste modo, em sendo a pena-base fixada no mínimo legal atendendo às circunstâncias judiciais, e havendo o **modus operandi** sido objeto de ponderação e punição específica, mercê das circunstâncias legais, opera-se a aplicação da pena, individualizada conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Assim, é inadmissível a fixação do regime prisional inicial sem adequada e coerente fundamentação, para excluir os critérios dos §§ 2º e 3º do art. 33 do Código Penal.

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

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

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

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

*Writ concedido para fixar o regime semi-aberto.*”

(HC n. 25.709/SP, Relator o Ministro Paulo Medina, DJ de 05.05.2003, p. 323)

No mesmo sentido, confira-se:

“Penal e Processual Penal. **Habeas corpus**. Substitutivo de recurso ordinário. Tentativa de roubo. Regime inicial.

I - Restou devidamente fundamentada a majoração da pena-base do delito acima do patamar mínimo estatuído no art. 157, § 2º, do CP. Inviável, portanto, a pretendida redução de pena.

II - Na determinação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, deve-se ter em consideração, além da quantidade da pena aplicada (§ 2º do art. 33 do CP), também as condições pessoais do réu (§ 3º do art. 33 c.c. o art. 59 do CP), sendo vedado, em regra, considerar apenas a gravidade do crime em si.

III - Incompatibilidade de fixação do regime inicial fechado se a quantidade da pena imposta permite seja estabelecido o aberto e as circunstâncias judiciais, na determinação da pena-base, foram consideradas na r. sentença condenatória como totalmente favoráveis ao réu.

*Writ concedido.*”

(HC n. 24.141/RJ, Relator o Ministro Félix Fischer, DJ de 09.12.2002, p. 367)

“**Habeas corpus**. Regime semi-aberto. Cumprimento da pena. Hipótese. Acórdão. Fixação. Regime fechado. Pena-base. Mínimo legal. Periculosidade. Desfundamentação. Presunção.

1. É segura, no direito penal vigente, a inexistência de relação necessária entre a quantidade da pena prisional e o regime inicial do seu cumprimento, restando, ao contrário, bem estabelecido que a pena-base prisional e o seu regime inicial, presididos embora pela mesma norma inserta no artigo 59 do Código Penal (circunstâncias judiciais), devem ser estabelecidos fundamentada e distintamente.

2. Afora casos excepcionais, fazem-se estranhos ao cabimento do **habeas corpus** os pedidos de modificação de pena ou de regime prisional, por indispensável à individualização da pena, na sua quantidade e na definição do regime inicial do cumprimento prisional, o exame aprofundado dos autos no referente ao fato criminoso, às suas circunstâncias, seus antecedentes e suas conseqüências, e aos sujeitos do crime, o que em nada se identifica com a só consideração da sentença ou do acórdão.

3. Havendo, contudo, presunção, indubitavelmente hoje inaceitável, de que da natureza abstrata do crime deve deduzir-se a perigosidade do agente, caracteriza-se rematada dispensa da fundamentação efetiva e real da decisão, determinada pela lei penal vigente e sancionada com nulidade pela Constitui-

ção da República, que erigiu a fundamentação das decisões judiciais à condição de sua eficácia (Constituição da República, artigo 93, inciso IX).

4. Em casos tais, o ajustamento do regime inicial à forma menos grave restabelece o direito aplicável à espécie e se adapta ao **habeas corpus**.

5. Ordem concedida.”

(HC n. 12.085/SP, Relator o Ministro Fernando Gonçalves, Relator p/ o acórdão o Ministro Hamilton Carvalhido, DJ de 09.04.2001, p. 387)

Presunção de periculosidade ínsita à gravidade do delito de roubo não é capaz de autorizar — afirmadas favoráveis as circunstâncias judiciais, em especial bons antecedentes e primariedade —, a imposição de regime mais gravoso.

Ausente fundamentação motivada a sustentar o regime fechado, de rigor a concessão do regime mais favorável, pois a pena fixada enquadra-se nos parâmetros inscritos na legislação penal pertinente.

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

---

### HABEAS CORPUS N. 19.871 — SP (2001/0194163-7)

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido

Impetrante: Románova Abud Chinaglia Paula Lima — Defensora Pública

Impetrado: Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo

Paciente: Luiz Trajano Amâncio

### EMENTA

**Habeas corpus.** Direito Processual Penal. Condução em veículo em via pública sob a influência de álcool. Crime de menor potencial ofensivo. Transação penal. Aceitação. Aplicação de pena de multa. Inadimplemento. Ocorrência. Oferecimento. Denúncia. Descabimento.

1. É firme a jurisprudência do excelso Supremo Tribunal Federal e a deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de afirmar o incabimento de propositura de ação penal, na hipótese de descumprimento da transação penal (art. 76 da Lei n. 9.099/1995).

2. Ressalva de entendimento contrário do Relator.

3. Ordem concedida.

## ACÓRDÃO

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

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

Ministro Hamilton Carvalhido, Presidente e Relator

DJ de 17.05.2004

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: **Habeas corpus** contra a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo que, provendo o apelo ministerial, determinou o recebimento da denúncia e o prosseguimento da ação penal a que responde o paciente Luiz Trajano Amâncio pela prática do delito tipificado no artigo 306 da Lei n. 9.503/1997, junto ao Juizado Especial Criminal.

Consta dos autos que, elaborada proposta de transação penal pelo Ministério Público e aceita pelo réu em audiência judicial, este efetuou o pagamento apenas da primeira parcela e, tendo sido procurado para cumprir o restante do acordo, não foi localizado, uma vez que havia mudado de endereço.

Em razão disso, o Ministério Público ofereceu denúncia, que foi rejeitada pelo magistrado. Irresignado o *Parquet* interpôs recurso de apelação, decidindo o Tribunal **a quo** pelo recebimento da denúncia dando, assim, prosseguimento ao feito.

Alega a impetrante constrangimento ilegal, em razão do prosseguimento do processo sem justa causa, posto que “ (...) o descumprimento do acordo, como bem salientado pelo douto julgador de primeira instância, não autoriza a propositura de ação penal pelo órgão acusatório. A transação penal tem característica de aplicação antecipada de pena não privativa de liberdade, prevista pela Lei n. 9.099 para práticas infracionais consideradas de menor potencial ofensivo” (fl. 3).

Sustenta que “(...) depois da elaboração, aceitação de proposta de acordo penal e, *especialmente após o início de seu cumprimento pelo autor do fato*, não se pode conceber a retomada da ação penal pela Promotoria Pública, pois se isso fosse possível haveria na legislação previsão expressa nesse sentido, o que não se verifica no texto legal.” (fl. 4).

Assim é que, o descumprimento ensejaria, por parte do Estado, apenas, “a cobrança da dívida penal em sede de execução fiscal a ser proposta junto à Vara da Fazenda Pública.” (fl. 3).

Está, também, em que “(...) conforme se verifica pelo conteúdo do termo de audiência preliminar não foi imposta nenhuma condição para que o acordo judicial produzisse efeitos, de maneira que, depois de terem sido lançadas as assinaturas das partes no respectivo termo, a transação penal concedida judicialmente passou a ter efeito de coisa julgada material e formal.” (fl. 5).

E que “(...) não é possível que após o acordo ter sido aceito e cumprido em parte pelo paciente seja imposta ‘sanção’ inusitada e discutível do ponto de vista legal e jurisprudencial — início de processo penal —, especialmente porque em relação à referida ‘sanção’ o termo de audiência e transação é omissivo e ainda, na remota hipótese de admitir-se possibilidade de retomada da ação penal deveria, necessariamente, ter sido mencionada tal possibilidade quando da sua elaboração, o que não aconteceu no presente caso.” (fl. 5).

Aduz, de resto, que o paciente compareceu por duas vezes em datas distintas em Cartório, para solicitar parcelamento da dívida judicial, esclarecendo que estava passando por dificuldades financeiras, não sendo, em momento algum, informado sobre a possibilidade de se pleitear a substituição da pena de multa pela de prestação de serviços à comunidade.

Pugna, ao final, pela concessão da ordem, para que se determine o trancamento da ação penal instaurada contra o paciente.

A liminar foi deferida (fls. 42/43).

As informações estão às fls. 52/53 dos autos.

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

“**Habeas corpus.** Lei n. 9.099/1995. Art. 76. Transação penal. Descumprimento do acordo pelo autor do fato. Oferecimento de denúncia pelo Ministério Público. Inadmissibilidade. Sentença homologatória. Natureza jurídica condenatória. Eficácia de coisa julgada formal e material.

A sentença homologatória da transação penal, por ter natureza condenatória, gera a eficácia de coisa julgada formal e material, impedindo, mesmo no caso de descumprimento do acordo pelo autor do fato, a instauração da ação penal.

Parecer pela concessão da ordem.” (fl. 105).

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Senhores Ministros, **habeas corpus** contra a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo que, provendo o apelo ministerial, determinou o recebimento da denúncia e o prosseguimento da ação penal a que responde o paciente Luiz Trajano Amâncio pela prática do delito tipificado no artigo 306 da Lei n. 9.503/1997, junto ao Juizado Especial Criminal.

Consta dos autos que, elaborada proposta de transação penal pelo Ministério Público e aceita pelo réu em audiência judicial, este efetuou o pagamento apenas da primeira parcela e, tendo sido procurado para cumprir o restante do acordo, não foi localizado, uma vez que havia mudado de endereço.

Em razão disso, o Ministério Público ofereceu denúncia, que foi rejeitada pelo magistrado. Irresignado o *Parquet* interpôs recurso de apelação, decidindo o Tribunal **a quo** pelo recebimento da denúncia dando, assim, prosseguimento ao feito.

Alega a impetrante constrangimento ilegal, em razão do prosseguimento do processo sem justa causa, posto que “ (...) o descumprimento do acordo, como bem salientado pelo douto julgador de primeira instância, não autoriza a propositura de ação penal pelo órgão acusatório. A transação penal tem característica de aplicação antecipada de pena não privativa de liberdade, prevista pela Lei n. 9.099 para práticas infracionais consideradas de menor potencial ofensivo” (fl. 3).

Sustenta que “(...) depois da elaboração, aceitação de proposta de acordo penal e, *especialmente após o início de seu cumprimento pelo autor do fato*, não se pode conceber a retomada da ação penal pela Promotoria Pública, pois se isso fosse possível haveria na legislação previsão expressa nesse sentido, o que não se verifica no texto legal.” (fl. 4).

Assim é que, o descumprimento ensejaria, por parte do Estado, apenas, “a cobrança da dívida penal em sede de execução fiscal a ser proposta junto à Vara da Fazenda Pública.” (fl. 3).

Está, também, em que “(...) conforme se verifica pelo conteúdo do termo de audiência preliminar não foi imposta nenhuma condição para que o acordo judicial produzisse efeitos, de maneira que, depois de terem sido lançadas as assinaturas das partes no respectivo termo, a transação penal concedida judicialmente passou a ter efeito de coisa julgada material e formal.” (fl. 5).

E que “(...) não é possível que após o acordo ter sido aceito e cumprido em parte pelo paciente seja imposta ‘sanção’ inusitada e discutível do ponto de vista legal e jurisprudencial — início de processo penal —, especialmente porque em

relação à referida ‘sanção’ o termo de audiência e transação é omissivo e ainda, na remota hipótese de admitir-se possibilidade de retomada da ação penal deveria, necessariamente, ter sido mencionada tal possibilidade quando da sua elaboração, o que não aconteceu no presente caso.” (fl. 05).

A questão é a dos efeitos do descumprimento da pena restritiva de direito imposta em transação penal, nos termos do art. 76 da Lei n. 9.099/1995.

A ordem é de ser concedida.

Embora seja outro o nosso entendimento, firme no sentido de que, frustrada a resposta penal imposta na transação, impõe-se a formulação de resposta penal substitutiva, sob a conseqüência de se reduzir a um nada a função da pena criminal, está consolidada a jurisprudência do excelso Supremo Tribunal Federal e a deste Superior Tribunal de Justiça, no incabimento, em caso tal, de propositura de ação penal, resolvendo-se a rebeldia do réu exclusivamente na possibilidade da proposta da **actio civilis**.

A propósito, os seguintes precedentes:

“Recurso especial. Processual Penal. Ministério Público. Prerrogativa. Prazo para interposição do recurso. Ciente pelo representante do *Parquet*. Transação penal. Lei n. 9.099/1995, art. 76. Pena. Descumprimento do acordo pelo autor do fato. Oferecimento de *denúncia* pelo MP. Inadmissibilidade. Sentença homologatória. Natureza jurídica condenatória. Eficácia de coisa julgada formal e material.

O entendimento predominante na Quinta Turma desta Corte orienta-se no sentido de que o prazo para o Ministério Público interpor recurso tem início na data da aposição do ciente pelo representante do órgão ministerial, e não do ingresso dos autos à Secretaria Administrativa da instituição. Precedentes.

A sentença homologatória da transação penal, por ter natureza condenatória, gera a eficácia de coisa julgada formal e material, impedindo, mesmo no caso de descumprimento do acordo pelo autor do fato, a instauração da ação penal.

Recurso conhecido, mas desprovido.” (REsp n. 514.896/SP, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, **in** DJ de 28.10.2003).

“Recurso em **habeas corpus**. Transação penal. Lei n. 9.099/1995. Pena de multa. Descumprimento. Oferecimento de denúncia. Impossibilidade. Coisa julgada formal e material. Ressalva de entendimento contrário.

1. “(...) 1 - A sentença homologatória da transação penal, por ter natureza condenatória, gera a eficácia de coisa julgada formal e material, impedin-

do, mesmo no caso de descumprimento do acordo pelo autor do fato, a instauração da ação penal.

2. Não se apresentando o infrator para prestar serviços à comunidade, como pactuado na transação (art. 76 da Lei n. 9.099/2005), cabe ao MP a execução da pena imposta, devendo prosseguir perante o Juízo competente, nos termos do art. 86 daquele diploma legal. Precedentes.” (REsp n. 203.583/SP, *in* DJ de 11.12.2000).

2. Ressalva de entendimento contrário do Relator.

3. Recurso provido.” (RHC n. 10.369/SP, *in* DJ de 17.09.2001, da minha Relatoria).

Pelo exposto, concedo a ordem para, cassando o acórdão impugnado, determinar o trancamento da ação penal.

É o voto.

---

### **HABEAS CORPUS N. 23.649 — ES (2002/0089547-3)**

Relator: Ministro Paulo Medina

Impetrantes: Homero Junger Mafra e outros

Impetrado: Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Paciente: Ivandro Ewald

### **EMENTA**

Penal e Processual. Imposto de renda. Pessoa física. Movimentação financeira. Conta bancária. Sigilo. Quebra. Inquérito policial. Trancamento.

O processo administrativo fiscal não é condição de procedibilidade para a instauração de ação penal e o artigo 83 da Lei n. 9.430/1996, não constitui óbice à investigação promovida pelo Ministério Público.

A Lei n. 9.311/1996 não impede a instauração de procedimento criminal com o objetivo de apurar eventual cometimento de crime contra a ordem tributária.

Não há falar em competência por prevenção, quando se trata de procedimentos pré-processuais diversos e autônomos, com pedidos e

causas de pedir distintos, atinentes, respectivamente, a infrações de natureza fiscal e penal.

Os sigilos bancário e fiscal não constituem direito absoluto e devem ceder quando razões de interesse público, devidamente fundamentadas, demonstrarem a conveniência de sua quebra, mediante ordem judicial.

Decisão judicial suficientemente motivada, proferida na vigência da Lei n. 10.174/2001, de aplicação imediata, a partir de sua publicação.

O trancamento de inquérito policial via **habeas corpus** é medida de exceção, admissível quando emerge dos autos, de forma inequívoca, sem dilação probatória, a atipicidade da conduta e a inocência do acusado.

Ordem denegada.

### ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 04 de dezembro de 2003 (data do julgamento).

Ministro Paulo Medina, Relator

---

DJ de 19.12.2003

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Medina: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário com pedido liminar, impetrado em favor de Ivandro Ewald, contra acórdão da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da Segunda Região, prolatado nos autos do HC n. 2.591/ES — 2001.02.01.039262-2 (fls. 287/307).

A Corte Regional Federal denegou a ordem, que tivera por objetivo cassar decisão proferida pelo MM. Juiz da 1ª Vara Federal de Vitória, Seção Judiciária do Espírito Santo, que decretou a quebra do sigilo bancário do paciente.

A questão tem origem no Termo de Início de Fiscalização n. 147-00/2001, pelo qual a Delegacia da Receita Federal em Vitória — ES intimou o contribuinte,

ora paciente, a comprovar, mediante extratos, a origem dos recursos financeiros movimentados em sua conta bancária, no ano-base de 1998.

O Ministério Público Federal requereu a quebra do sigilo fiscal de 106 (cento e seis) contribuintes que, omissos ou tendo apresentado declaração de isentos, movimentaram recursos em montante superior a R\$ 2.000.000,00 naquele período.

O Juízo da 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do E. Santo autorizou a quebra do sigilo fiscal do paciente em 24.01.2001 (fls. 127/135).

O paciente impetrou mandado de segurança, alegando, em síntese, a impossibilidade da utilização dos dados relativos à CPMF para constituição de crédito tributário, ante a proibição contida no art. 11, § 3º, da Lei n. 9.311/1996.

O Juízo da 3ª Vara Federal de Vitória concedeu a segurança em 17.06.2002, para encerrar o Termo de Início de Fiscalização (Autos n. 2001.50.01.005074-7 Fls. 57/78).

Não obstante, a Procuradoria da República no Estado do Espírito Santo requisitou ao Superintendente da Polícia Federal a instauração de inquérito policial para apurar a ocorrência de crime contra a ordem tributária, em tese tipificado no art. 1º, inciso I, da Lei n. 8.137/1990, observado o sigilo de tais investigações (fls. 99/112).

Também requereu ao Juízo da 1ª Vara Federal a quebra do sigilo fiscal e bancário do paciente que, conquanto haja apresentado declaração de isenção do imposto de renda no ano-base de 1998, movimentou recursos bancários em valor superior a R\$ 2.000.000,00.

Somados, os recursos depositados pelo paciente no Banco do Estado do Espírito Santo S/A e na Caixa Econômica Federal montaram R\$ 2.312.839,73 (fl. 49/51).

O MM. Juiz decretou a quebra em 13 de agosto de 2001 (fls. 80/91).

Contra esta decisão seguiu-se **habeas corpus**, havendo a Corte Regional Federal denegado a ordem.

Desta feita, em recurso ordinário, alega o impetrante ausência de justa causa para a instauração do inquérito policial, uma vez que o processo administrativo fiscal foi encerrado por decisão concessiva de mandado de segurança.

Sustenta que o trânsito em julgado do processo administrativo é condição de procedibilidade para a instauração de inquérito policial, a teor do que dispõem os artigos 1º e 2º da Lei n. 8.137/1990.

Afirma que a prova que deu origem ao inquérito policial é ilícita, porque a autoridade administrativa forneceu tais elementos ao Ministério Público Federal

antes da conclusão do processo administrativo fiscal, razão pela qual restaria violado o art. 83 da Lei n. 9.430/1996.

Assevera que o arbitramento do imposto de renda com base em informações obtidas da movimentação bancária é ilegal e inconstitucional, porque ofende o princípio da irretroatividade da lei **in peius**, a teor do art. 5º, X, CRFB), já que a Lei n. 9.311/1996 (art. 11, § 3º), veda a utilização de tais informes para fins de constituição de crédito tributário.

Argúi ainda, em seu favor, o Enunciado n. 182 da Súmula do TFR, pelo qual é ilegítimo o lançamento do imposto de renda a partir de extratos ou depósitos bancários.

Deduz a incompetência do Juízo que decretou a quebra do sigilo, porquanto prevento estaria o Juízo da 5ª Vara da Seção Judiciária do Espírito Santo.

Requer, liminarmente, a suspensão do Inquérito Policial n. 305/2001, em curso perante a 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do E. Santo (2001.50.01.007243-3) e, afinal, seu trancamento.

O pedido liminar foi deferido (fl. 170).

Informações prestadas às fls. 177/360).

Parecer do Ministério Público Federal propende à denegação da ordem (fls. 363/372).

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Paulo Medina (Relator): Sr. Presidente, o paciente movimentou, no ano-base de 1998, recursos financeiros equivalentes a R\$ 2.312.839,73 (fl. 49/51).

Entretanto, declarou-se isento de imposto de renda naquele período, razão por que o Ministério Público, requereu a quebra de seu sigilo fiscal, deferido em duas oportunidades.

Primeiramente, em 24 de janeiro de 2001, pelo MM. Juízo da 5ª Vara Federal, nos autos do Processo n. 2001.50.000238-8 (fls. 127/135), trancado por decisão concessiva em mandado de segurança (fls. 57/78).

Depois, em 13 de agosto de 2001, por decisão do MM. Juízo da 1ª Vara Federal, no Processo n. 2001.50.01.007243-3 (fls. 80/91).

Assenta a impetração nos seguintes argumentos:

“1. falta de justa causa para a instauração do inquérito policial, porque inconcluso o processo administrativo fiscal;

2. ilicitude da prova que deu origem ao inquérito, por violação ao art. 5º, LVI, da Constituição Federal;

3. ilegalidade e inconstitucionalidade do arbitramento do imposto de renda com base em movimentação bancária, a teor do Enunciado n. 182, da súmula do TFR;

4. ilegalidade e inconstitucionalidade da quebra do sigilo bancário, em face da irretroatividade da Lei n. 10.174/2001;

5. incompetência do juízo da 1ª Vara Federal;”

O inconformismo não prospera.

A arguição de falta de justa causa para a instauração de inquérito policial somente é suscetível de exame via **habeas corpus** quando evidente à primeira vista, sem qualquer dilação probatória, a atipicidade da conduta ou a inocência do acusado, o que não ocorre na espécie.

A propósito, recolho o seguinte precedente:

“Penal. Processual. Crimes contra o meio ambiente. Inquérito policial. Trancamento. **Habeas corpus** recurso.

1. Só se tranca inquérito policial quando evidenciada a atipicidade da conduta praticada pelo paciente ou se claramente comprovada sua inocência; fora estas hipóteses, não há que se falar em trancamento.

2. O simples indiciamento em inquérito policial não configura constrangimento ilegal reparável pelo **habeas corpus**.

3. **habeas corpus** conhecido; pedido negado.”

(RHC n. 8.410/SP, Relator o Ministro Edson Vidigal, DJ de 25.10.1999, p. 99)

Ademais, o Ministério Público Federal dispõe de autorização constitucional e legal, inserida na Carta Magna (art. 129, incisos VI, VII e IX, CRFB) e na Lei Complementar n. 75/1993, para proceder investigações com o escopo de reunir elementos capazes de formar convencimento sobre a ocorrência ou não de fato relevante para o Direito Penal.

Não há ofensa ao artigo 83 da Lei n. 9.430/1996, pois tal procedimento, de cunho administrativo, não é condição de procedibilidade para a instauração da ação penal, eis que autônomos e distintos, marcados por pedidos e causas de pedir diferenciados e independentes.

Incabível, por conseguinte, a arguição de ilicitude da documentação que deu suporte ao inquérito policial, porquanto decorre de decisão judicial devidamente fundamentada.

De outra parte, a ação penal não depende, para sua propositura, do término de procedimento administrativo, ao qual não se vincula, porque autônoma, até porque a configuração do tipo penal independe da quantidade, expressa em valores monetários, do tributo supostamente sonegado.

É iterativa a orientação desta Corte a esse respeito, destacando-se, dentre outros precedentes:

**“Habeas corpus.** Processual Penal. Crime contra a ordem tributária. Independência das instâncias penal e administrativa. Exegese do art. 83 da Lei n. 9.430/1996. Condição de procedibilidade. Inocorrência. Precedentes do STJ. Ordem denegada.

1. O exaurimento do procedimento administrativo-fiscal, a teor do disposto no art. 83 da Lei n. 9.430/1996, consoante precedentes do STJ e do STF, não se constitui em condição de procedibilidade para o exercício de ação penal instaurada para apurar eventual cometimento de crime contra a ordem tributária.

2. Ordem denegada.”

(HC n. 27.068/RS, Relatora a Ministra Laurita Vaz, DJ de 04.08.2003, p. 345)

Também é incabível o argumento pertinente ao arbitramento do imposto de renda com base na movimentação bancária do paciente, quer porque o assunto não foi objeto de exame pela Corte ordinária, quer porque o fulcro do inquérito é apurar sonegação fiscal, e não arbitrar tributo.

Inaplicável, portanto, o Enunciado n. 182, da Súmula do TFR.

Do mesmo modo, não procede o argumento de que os informes relativos a 1988 são indenes à investigação criminal, quer porque prevalece, no caso, o interesse público sobre o particular, quer porque o dispositivo legal invocado vedava a utilização de tais informações para fins de constituição de crédito fiscal e não para averiguar o cometimento de delitos fiscais.

De qualquer sorte, a decisão que determinou a quebra do sigilo bancário do paciente foi proferida em 13 de agosto de 2001, em plena vigência da Lei n. 1.174/2001.

Confira-se, neste particular, dentre outros precedentes, o RMS n. 15.250/SC.

Por fim, não há falar em incompetência do Juiz da 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Espírito Santo, à custa de prevenção em favor do Juízo da 5ª Vara da mesma Seção Judiciária.

Com efeito, trata-se de procedimentos distintos.

O primeiro, de cunho administrativo-fiscal, destinado a verificar a origem dos rendimentos e recursos movimentados pelo paciente e outros 105 contribuintes, no ano-calendário de 1998; o segundo, inquérito policial instaurado para apurar eventual ilícito penal praticado pelo paciente.

Procedimentos distintos e autônomos, manejados em fase pré-processual, razão por que não há falar em prevenção.

Neste sentido, confira-se:

“Penal. Processual. Competência. Prevenção. Conexão. **Habeas corpus**.

1. Não cabe argüir incompetência de juízo quando não há nem processo, estando ainda o acusado sob averiguações do inquérito policial.

2. **habeas corpus** indeferido.”

(HC n. 3.405/SP, Relator o Ministro Edson Vidigal, DJ de 19.06.1995, p. 18.716)

Como registrado, o paciente declarou-se isento de imposto de renda no ano-base de 1998, embora tenha movimentado em conta bancária recursos equivalentes a R\$ 2.312.839,73.

A decisão judicial que determinou a quebra do sigilo bancário está devidamente fundamentada e, portanto, não há constrangimento ilegal a sanar.

Posto isso, cassa a liminar anteriormente concedida e denega a ordem.

---

### **HABEAS CORPUS N. 34.831 — ES (2004/0051659-6)**

Relator: Ministro Nilson Naves

Impetrantes: Delano Santos Câmara e outros

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo

Pacientes: Paulo Osmar Ribondi e Jair Sandrini

#### **EMENTA**

Sentença. Prisão preventiva. Apelação (em liberdade).

1. Há orientação no sentido de garantir ao réu que solto esteve que, em liberdade, apele da sentença condenatória.

2. Ainda que tenha tido contra si preventiva decretada, pode o condenado, mesmo assim, apelar em liberdade, caso tenha se livrado solto no curso da instrução criminal.

3. Caso em que, de mais a mais, a sentença não negou a primariedade nem os bons antecedentes.

4. **Habeas corpus** deferido para assegurar aos pacientes a apelação em liberdade.

### ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 28 de setembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Nilson Naves, Relator

---

DJ de 09.02.2005

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: Na Comarca de Jaguaré, os pacientes foram condenados como incurso nas penas dos arts. 148, § 2º, e 157, § 3º (segunda parte), em concurso material. Da sentença, colho tópicos do relatório, da fundamentação e da conclusão. Ei-los:

“À fl. 512 o titular da ação penal reitera pedido de decisão no requerimento de prisão preventiva dos dois primeiros acusados formulado na inicial. Em **decisum** de fls. 515/518 foi decretada, por este Juízo, a prisão preventiva dos referidos acusados, sendo que o segundo — Jair Sandrini — livrou-se solto por ordem de **habeas corpus**. O acusado Paulo Osmar Ribondi, no entanto, teve seu pedido de **habeas corpus** negado, todavia o mandado de prisão não logrou cumprimento, estando o mesmo em lugar incerto e não sabido.

(...)

Os acusados negam a participação nos fatos que embasam a acusação, no entanto o conjunto probatório que emerge dos autos não deixa dúvidas

quanto à participação dos acusados Paulo Osmar Ribondi e Jair Sandrini na escalada delitiva narrada na peça acusatória relativamente aos crimes de seqüestro e cárcere privado e de latrocínio, restando comprovado serem os mesmos os autores intelectuais dos delitos e constituindo a base de apoio logística à sua execução.

(...)

No caso dos autos, o depoimento das testemunhas arroladas ratificaram as declarações constantes do IP e do IPM, corroborando a prova indiciária que, não obstante não ser absoluta autoriza a inferência positiva quanto aos fatos trazidos na denúncia pelo titular da ação penal, especialmente porque esteada em prova documental não rechaçada pelos acusados, nem mesmo em seus interrogatórios, qual seja, a demonstração inequívoca do liame entre estes e os executores dos delitos, através dos contatos telefônicos ocorridos entre os mesmos no desenrolar da empreitada criminosa.

(...)

Evidenciada a culpabilidade, sendo altamente reprovável a conduta do agente, antecedentes criminais imaculados; a conduta social do réu é boa; a personalidade do réu é a do homem comum; os motivos dos crimes não lhes são favoráveis; também não lhes favorecem as circunstâncias dos delitos; conseqüências extrapenais dignas de registro e graves, pois provocou a morte de um policial militar, patrulheiro da segurança pública e da ordem pública; o comportamento da vítima em nada contribuiu para o crime; a situação econômica do réu, pelo que se deflui dos autos é razoável.

Assim, estabeleço como necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime a *pena-base* 21 (vinte e um) anos de reclusão e 300 (trezentos) dias-multa, sendo o valor do dia-multa de 10/30 do maior salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, *a qual transformo em definitiva*, considerando a inexistência de circunstâncias atenuantes e agravantes, assim como de causas de diminuição e de aumento de pena.

Em razão da incidência do concurso material previsto no artigo 69 do Código Penal *fixo a pena definitiva* para o réu Paulo Osmar Riboni em 23 (vinte e três) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 450 (quatrocentos e cinquenta) dias-multa sendo o valor do dia-multa de 10/30 do maior salário mínimo vigente ao tempo dos fatos; para o réu Jair Sandrini 23 (vinte e três) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 450 (quatrocentos e cinquenta) dias-multa sendo o valor do dia-multa de 10/30 do maior salário mínimo vigente ao tempo dos fatos.

Condeno, ainda, os réus, no pagamento das custas processuais pró-rata.

O regime inicial de cumprimento da pena para ambos os réus será o fechado na forma da lei.

Expeça-se mandado de prisão em face do acusado Jair Sandrini e renove-se o mandado de prisão em face do réu Paulo Osmar Riboni, tudo em face ao decreto condenatório e com o fim de se garantir a aplicação da lei penal, por tratar-se, ainda, de crime considerado hediondo, na forma do art. 1º da Lei n. 8.072/1990. Assim, não permito aos réus que recorram, caso queiram, em liberdade, consoante dispõe a Súmula n. 9 do Superior Tribunal de Justiça.”

Querem, então, os impetrantes o processamento da apelação por eles interposta contra a sentença, sem o recolhimento dos pacientes à prisão: (I) “para sobrestar o decreto de prisão enquanto se processa o presente julgamento”; (II) “para expungir da r. sentença de piso a sua parte final, que exige a apresentação de ambos voluntariamente à prisão como condição de processamento da apelação”.

O Tribunal de Justiça do Espírito Santo já lhes havia denegado a ordem, conforme se depreende das informações prestadas pelo Presidente Adalto Tristão:

“Requeridas as informações junto à Segunda Câmara Criminal deste egrégio Tribunal de Justiça, foi informado que no Sistema de Segunda Instância há registrados em nome dos pacientes Paulo Osmar Riboni e Jair Sandrini 05 (cinco) **habeas corpus**, Autos ns. 100.020.028.070, 100.020.029.300, 100.020.035.190, 100.030.000.309 e 100.040.001.172, estando os 04 (quatro) primeiros já arquivados, e o de n. 100.040.001.172 com remessa para a Procuradoria da Justiça, para ciência do acórdão que denegou a ordem impetrada.

Cumpre-me, outrossim, com base nas notas taquigráficas do julgamento do **habeas corpus** 100.040.001.172, informar que os ora pacientes foram condenados pela prática dos crimes de *seqüestro qualificado* (art. 148, § 2º, do CP) e *latrocínio* (art. 157, § 3º, do CP), e que, visando à garantia da aplicação determinou-lhes a prisão. O acórdão denega a ordem pretendida sob os argumentos de que: a) a primariedade e os bons antecedentes não constituem óbice à decretação de prisão provisória, se presentes os requisitos legais; b) nos termos do Verbete n. 09 da súmula do STJ, a exigência de prisão provisória para apelar não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência.”

Parecer pela denegação da ordem. Subscreve-o o Subprocurador-Geral Alcides Martins:

“(…)

6. Essa douta Corte Superior de Justiça pacificou tal entendimento mediante a Súmula n. 09, a qual estabelece, **verbis**:

‘A exigência de prisão provisória para apelar não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência.’

7. Impõe-se acentuar ademais, que tratando-se de delito tipificado como crime hediondo, o sentenciado não faz jus a qualquer benefício, devendo cumprir a pena integralmente no regime fechado, uma vez que a constitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei de Crimes Hediondos foi reconhecida no Plenário do Pretório excelso.

8. Por outro lado, mister se faz ressaltar que a condenação pela prática de delitos considerados hediondos, como os que ora se apreciam, reflete de forma translúcida a personalidade do agente, justificando, indubitavelmente, a necessidade cautelar do recolhimento à prisão para o exercício do direito à revisão da sentença.

9. Noutro giro, verifica-se da análise do édito condenatório que o primeiro paciente após a decretação de sua prisão preventiva evadiu-se do distrito da culpa, ratificando, portanto, a necessidade da segregação cautelar para assegurar a aplicação da lei penal.

10. Destarte, considerando a natureza hedionda dos crimes cometidos pelos pacientes, bem como as graves conseqüências das infrações e a necessidade de se garantir a aplicação da lei penal, restam presentes os requisitos ensejadores da decretação da custódia cautelar, não havendo que se falar em constrangimento ilegal na decretação da prisão dos ora pacientes no ato da sentença condenatória.

Face ao exposto, opina este órgão ministerial pela **denegação** da ordem, vez que é firme o entendimento desse Sodalício no sentido de que tratando-se de crime hediondo e vislumbrando o magistrado circunstâncias autorizadoras da custódia cautelar, não há que se falar em constrangimento ilegal ao decretar a prisão dos condenados como forma de exercício do direito à revisão da sentença.”

Este é um dos vários e vários casos que deram origem à questão de ordem por mim suscitada à Corte Especial na sessão de 04.08.2004. Fiquei vencido solitariamente, então me foi feita a conclusão destes autos em 12.08.2004 (ver fls. 139 a 145).

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): Senhores Ministros, voto pela concessão da ordem, permitindo aos pacientes que apelem em liberdade.

Conquanto ambos os réus tenham tido contra si decreto de prisão preventiva, livraram-se soltos no curso de toda a instrução do processo: um porque lhe fora na origem deferida ordem de **habeas corpus**, o outro porque o mandado de prisão não se consumara. De outra parte, a sentença foi expressa em reconhecer, relativamente a ambos os réus, que se trata de pessoas de boa conduta social, indivíduos de personalidade de homem comum e sem antecedentes criminais (primários, portanto). Além dessas indicações, anoto que a sentença limitou-se a determinar fossem os mandados de prisão expedidos desta forma: "... tudo em face ao decreto condenatório e com o fim de se garantir a aplicação da Lei Penal, por tratar-se, ainda, de crime considerado hediondo, na forma do art. 1º da Lei n. 8.072/1990. Assim, não permito aos réus que recorram, caso queiram, em liberdade, consoante dispõe a Súmula n. 9 do Superior Tribunal de Justiça."

Sucedede que, entre nós, também há orientação no sentido de garantir ao réu que solto esteve que, em liberdade, apele da sentença condenatória, desde que, é claro, estejam preenchidas as exigências legais — primariedade e bons antecedentes. Ora, a sentença, no caso presente, não deixou de reconhecer os pressupostos a que alude o art. 594 do Código de Processo Penal. Vejamos o Código: "O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto." Repitamos a sentença: "antecedentes criminais imaculados; a conduta social do réu é boa; a personalidade do réu é a do homem comum."

**Mutatis mutandis**, quero crer que ao presente caso tem aplicação o pensamento por mim expendido no HC n. 33.340, **in verbis**:

"Antes da sentença penal condenatória transitada em julgado, a prisão dela decorrente tem a natureza de medida cautelar, a saber, de prisão provisória — classe de que são espécies a prisão em flagrante, a temporária, a preventiva etc. Em casos tais, requer-se se fundamente a sua imposição; por exemplo, quanto à preventiva, reza o art. 315 da lei processual que o despacho (ou a decisão) que a decreta ou a denegue 'seja sempre fundamentado'. Outra não tem sido a nossa jurisprudência quanto ao procedimento a ser adotado em relação ao flagrante, à vista do disposto no parágrafo único do art. 310.

De outra banda, presume-se que toda pessoa é inocente, isto é, não será considerada culpada até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, princípio que, de tão eterno e de tão inevitável, prescindiria de norma escrita para tê-lo inscrito no ordenamento jurídico. Em qualquer lugar, a qualquer momento, aqui, ali e acolá, esse princípio é convocado em nome da dignidade da pessoa humana.

Diante dessas aligeiradas linhas, ando perguntando a mim se se justifica a expedição de mandado de prisão, puramente, antes que a sentença penal condenatória transite em julgado. Há, da Terceira Seção do Superior Tribunal, a Súmula n. 267: 'A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão.'

Não participei da formação da súmula, mas lhe devo respeito, como devo respeito aos precedentes do nosso Tribunal, a todos, embora o próprio Tribunal, para minha tristeza, profunda tristeza, nem sempre respeite seus próprios precedentes. Devo-lhes respeito, dou-lhes fé e deixo com eles a minha fé, mas deles, não obstante tanto respeito e tanta fé, posso dissentir, até porque o nosso Regimento nos autoriza a remessa dos feitos à Seção ou à Corte Especial quando propomos a revisão da jurisprudência já assentada. Vejam o que um homem de letras e filósofo do século XVIII teria dito (dizem que as palavras são de **Voltaire**, o qual, ao nascer, recebeu o nome François-Marie Arouet): 'quem não muda de camisas, nem de idéias, é porque não tem umas nem outras.' Conquanto não tenha eu, pessoalmente, participado, repito, da formação da Súmula, estou propondo a mudança do seu enunciado.

Trago, então, uma sugestão, consubstanciada em que a interposição, digamos, do recurso especial, não obstará, a teor da leitura da Súmula n. 267, a expedição de mandado de prisão, *desde que, nesse caso*, o tribunal ou o juiz justificasse a prisão, tal como acontece, por exemplo, com a prisão preventiva, **ut** art. 315. Isso obviamente implicaria alteração da Súmula n. 267. Pensei até em sugerir fosse ela cancelada, verificando, depois, que é possível manter o enunciado, desde que alterado. Encaminhei, assim, o meu raciocínio no sentido de sugerir a alteração; com ela, parece-me, salvo melhor entendimento, que é possível o ajustamento da lei ao princípio da presunção de inocência.

No caso em comento, foi o juiz da causa quem disse que haveria de se aguardar o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, quem apelou foi a defesa, somente ela, e foi o Tribunal que determinou se expedisse o mandado de prisão, fê-lo sem nenhuma achega, sem nenhum fundamento, daí decorrer, portanto, a apontada coação ilegal.

Acompanho o Relator, concedendo a ordem, a fim de que o paciente guarde em liberdade o trânsito em julgado."

Concedo a ordem, assegurando aos pacientes a apelação em liberdade.

**RECURSO ESPECIAL N. 434.766 — RS (2002/0054444-4)**

Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa

Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

Recorrido: Caio Luciano Hilal Mota

Advogados: Carlos Frederico Barcellos Guazzelli — Defensor Público e outros

**EMENTA**

Recurso especial. Penal. Roubo. Reincidência. Negativa de vigência ao art. 61, inciso I, do CP. Não-configuração de **bis in idem**. Arma descarregada. Reconhecimento da causa especial de aumento de pena. Impossibilidade. Ausência de potencialidade lesiva. Provimento parcial do recurso.

1. A agravante da reincidência, contida no artigo 61, inciso I, do Código Penal, encontra-se vigente e é de aplicação obrigatória;

2. O fundamento da agravante consagrada no artigo 157, § 2.º, inciso I, do Código Penal, consiste na maior probabilidade de gerar dano à incolumidade física da vítima. Por isso, é necessário que a arma possa potencial ofensivo capaz de ofender a integridade corporal do ofendido. Dessarte, a arma descarregada apenas serve como elemento configurador da grave ameaça, capaz de reduzir a capacidade de resistência da vítima, prevista no crime de roubo (artigo 157, **caput**, do Código Penal), mas não implica em aumento de pena, por ausência de potencialidade lesiva.

**ACÓRDÃO**

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

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

Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa: Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça Estadual, que afastou a circunstância descrita no artigo 157, § 2.º, inciso I, do Código Penal, pelo fato de a arma estar desmuniada no momento do crime e deixou de reconhecer a agravante da reincidência (artigo 61, I, do Código Penal), por considerá-la inconstitucional.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento parcial do recurso, apenas para que seja reconhecida a agravante da reincidência, sendo inviável a majoração do delito de roubo pelo fato de a arma de fogo estar desmuniada, pois incapaz de causar qualquer dano maior à integridade física da vítima.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa (Relator): 1. Em que pese os argumentos trazidos pelo v. acórdão atacado, ao dar uma aplicação teleológica ao dispositivo questionado, a agravante da reincidência, contida no artigo 61, inciso I, do Código Penal, encontra-se vigente e é de aplicação obrigatória. Nesse sentido, é remansosa a jurisprudência desta egrégia Sexta Turma, onde destaco a recente decisão, da relatoria do eminente Ministro Paulo Gallotti:

“Penal. Roubo. Tentativa. Reincidência. Agravante de consideração obrigatória. 1. Não há que se falar em violação do princípio **non bis in idem**, se o juiz aumenta a pena, com base no art. 61, I, do Código Penal, sendo o réu reincidente. 2. Recurso provido” (REsp n. 535.164/RS, Sexta Turma. Rel. Min. Paulo Gallotti, DJ de 17.05.2004).

2. **Ad argumentandum tantum**, inaplicável à espécie o Enunciado n. 241 da súmula desta Corte de Justiça (“A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial”), eis que, no caso **sub examine**, a reincidência não integrou o rol das circunstâncias judiciais analisadas para a fixação da pena-base.

3. Por outro lado, a pretensão de reconhecimento da causa de aumento de pena pelo emprego de arma não pode ser admitida.

O fundamento da agravante consagrada no artigo 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, consiste na maior probabilidade de gerar dano à incolumidade física da vítima.

Por isso, é necessário que a arma possua potencial ofensivo capaz de ofender a integridade corporal do ofendido. Dessarte, a arma descarregada apenas serve como elemento configurador da grave ameaça, capaz de reduzir a capacidade de resistência da vítima, prevista no crime de roubo (artigo 157, **caput**, do Código Penal), mas não implica em aumento de pena, por ausência de potencialidade lesiva.

Nesse exato sentido, os precedentes desta Corte:

“Penal. Tentativa de roubo com uso de arma ineficiente. Incidência da causa especial de aumento de pena. Impossibilidade. Cancelamento da Súmula n. 174 desta Corte. 1. O uso de arma de brinquedo ou ineficiente na prática do delito de roubo não acarreta a incidência da causa especial de aumento prevista no art. 157, § 2<sup>a</sup>, inciso I, do Código Penal. 2. Recurso a que se nega seguimento.” (REsp n. 621.610/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Paulo Gallotti, DJ de 10.09.2004).

4. Ao que foi exposto, dou *provimento parcial* ao recurso, para, tão-somente, reconhecer a agravante da reincidência excluída no acórdão combatido.

---

**RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS**  
**N. 14.366 — SP (2003/0058203-5)**

Relator: Ministro Paulo Gallotti

Recorrente: René Sparapan

Advogados: Benedito José Barreto Fonseca e outros

Recorrido: Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo

Paciente: Caio Augusto Érix Ferreira

**EMENTA**

Recurso ordinário em **habeas corpus**. Réu denunciado como incurso no art. 10, § 1<sup>a</sup>, III, da Lei n. 9.437/1997. Alegação de ausência de justa causa. Improcedência. Pena em abstrato não excedente a dois anos. Conceito de delito de menor potencial ofensivo ampliado pela Lei n. 10.259/2001. Recurso parcialmente provido.

1. Segundo compreensão pacificada na Corte, o trancamento de ação penal por ausência de justa causa, em sede de **habeas corpus**, somente é possível quando se constatar de pronto, sem um exame deta-

lhado da prova, por exemplo, a inexistência de indícios de autoria, a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade, assim como a manifesta imprestabilidade da peça acusatória.

2. Não é possível, na via estreita do *writ*, a verificação de ocorrência da alegada legítima defesa, por demandar a avaliação detalhada de material fático.

3. Esta Corte já assentou entendimento de que o conceito de crime de menor potencial ofensivo foi ampliado pela Lei n. 10.259/2001, passando a compreender os delitos cuja pena em abstrato não exceda a 2 anos, mesmo que de competência da Justiça Estadual, possibilitando a aplicação do instituto da transação penal, disciplinado no artigo 76 da Lei n. 9.099/1995.

4. Recurso em **habeas corpus** parcialmente provido para, anulando a ação penal a partir da denúncia, inclusive, determinar que o representante do Ministério Público se pronuncie a respeito da possibilidade de oferecer a transação penal ao paciente.

## ACÓRDÃO

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

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

Ministro Paulo Gallotti, Relator

---

DJ de 05.04.2004

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Cuida-se de recurso ordinário em **habeas corpus** interposto em favor de Caio Augusto Érix Ferreira, denunciado como incurso no art. 10, § 1º, III, da Lei n. 9.437/1997, contra acórdão do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo.

Busca o recorrente o trancamento da ação penal, a que diz faltar justa causa, visto que teria agido em legítima defesa, e, alternativamente, a anulação do proces-

so, desde a denúncia, por não ter sido observado o disposto no art. 76 da Lei n. 9.099/1995, enfatizando que com o advento da Lei n. 10.259/2001 foi ampliado o conceito de crime de menor potencial ofensivo, passando a compreender aqueles cuja pena em abstrato não exceda a dois anos.

A Subprocuradoria Geral da República manifestou-se pelo parcial provimento do recurso.

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator): O recurso, realmente, deve ser provido em parte.

Segundo compreensão pacificada na Corte, o trancamento de ação penal por ausência de justa causa, em sede de **habeas corpus**, somente é possível quando se constatar de pronto, sem um exame detalhado da prova, por exemplo, a inexistência de indícios de autoria, a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade, assim como a manifesta imprestabilidade da peça acusatória.

Veja-se:

“Processual Penal. Crime em tese. Ação penal. Trancamento. Impossibilidade. Via eleita inadequada.

1. Conforme luzidia corrente doutrinária e jurisprudencial, a justa causa apta a autorizar o trancamento da ação penal é aquela perceptível **ictu oculi**, onde a ilegalidade é patente e evidenciada pela simples enunciação dos fatos, a demonstrar a ausência de qualquer elemento indiciário que dê base à acusação. No entanto, se há descrição pelo MP de crime em tese, impõe-se o prosseguimento da ação.

2. Ordem denegada.” (HC n. 21.275/GO, Relator o Ministro Fernando Gonçalves, DJ de 18.11.2002)

Da leitura da cópia da denúncia, observa-se que os fatos nela descritos configuram, em tese, o crime previsto no art. 10, § 1º, III, da Lei n. 10.437/1997, estando presentes indícios suficientes de autoria.

Assim, não é possível, na via estreita do *writ*, a verificação de ocorrência da alegada legítima defesa, por demandar a avaliação detalhada de material fático.

No que diz respeito à transação penal, melhor sorte assiste ao recorrente.

Na verdade, esta Corte já assentou entendimento de que o conceito de crime de menor potencial ofensivo foi ampliado pela Lei n. 10.259/2001, passando a com-

preender os delitos cuja pena em abstrato não exceda a 2 anos, mesmo que de competência da Justiça Estadual, possibilitando a aplicação do instituto da transação penal, disciplinado no artigo 76 da Lei n. 9.099/1995.

Vejam-se os precedentes:

A - “**Habeas corpus**. Crime de porte de arma. Transação penal. Possibilidade. Aplicação do art. 2º da Lei n. 10.259/2001. Derrogado o art. 61 da Lei n. 9.099/1995. Ampliação do rol dos crimes de menor potencial ofensivo. Ordem concedida.

Consoante precedentes firmados por este Tribunal, o artigo 2º da Lei n. 10.259/2001 (Juizados Especiais Federais) derogou o artigo 61 da Lei n. 9.099/1995 (Juizados Especiais Estaduais), de modo a ampliar os crimes de menor potencial ofensivo.

**In casu**, correspondendo a infração cuja pena máxima não ultrapassa dois anos, é totalmente aplicável os benefícios da nova lei, inclusive quanto ao direito de ver conduzida proposta de transação penal.

Ordem concedida para anular a ação em curso perante os Juizados Especiais, permitindo ao paciente o direito à proposta de transação penal.”

(HC n. 25.158/SP, Relator o Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ de 08.09.2003)

B - “Penal e Processual. Desacato. Dolo. Perquirição. Dilação probatória. Crime de menor potencial ofensivo (Lei n. 10.259/2001). Transação. Possibilidade.

Incabível perquirir, na espécie, se o recorrente agiu ou não com dolo, pois o **habeas corpus**, em face de seu rito célere, não comporta o exame de questões cujo deslinde demande dilação probatória.

A Lei n. 10.259/2001 ampliou o conceito legal conferido aos crimes de menor potencial ofensivo e, por ser mais benéfica, alcança o disposto no artigo 61 da Lei n. 9.099/1995. Precedentes.

O desacato (art. 331 do CP) é sancionado com pena que varia de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos de detenção ou multa, de modo que configura delito de menor potencial ofensivo, a teor da Lei n. 10.259/2001.

Recurso parcialmente conhecido e provido, para anular a denúncia e seu recebimento, a fim de que seja oferecido ao paciente o benefício da transação penal.”

(RHC n. 13.959/SP, Relator o Ministro Paulo Medina, DJ de 15.09.2003)

Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso para, anulando a ação penal a partir da denúncia, inclusive, determinar que o representante do Ministério Público se pronuncie a respeito da possibilidade de oferecer a transação penal ao paciente.

É como voto.

---

**RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS**  
**N. 14.433 — SP (2003/0071021-9)**

Relator: Ministro Paulo Gallotti

Recorrente: S. A. S. J. (menor)

Procuradora: Marlene Rosa Damasceno Osato (Assistência Judiciária)

Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: S. A. S. J. (internado)

**EMENTA**

Processo Penal. Recurso ordinário em **habeas corpus**. Estatuto da Criança e do Adolescente. Medida de internação. Artigo 122 do ECA.

1. Se o adolescente, injustificadamente, deixa de cumprir a medida socioeducativa imposta para a sua ressocialização e, ainda, comete novo ato infracional, é possível que o juiz da execução substitua a medida prevista em sentença transitada em julgado.

2. Quando houver enquadramento às hipóteses do artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente, é permitida a substituição da medida de internação por prazo determinado para aquela por prazo indeterminado.

3. Recurso improvido.

**ACÓRDÃO**

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

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

Ministro Paulo Gallotti, Relator

DJ de 07.06.2004

(\*) O Acórdão acima está sendo republicado por ter saído com incorreção no original publicado no DJ do dia 19.04.2004

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Cuida-se de recurso ordinário em **habeas corpus** interposto pelo menor S. A. S. J. contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que denegou o *writ* ali formulado.

Consta do processado que, pela prática do ato infracional equivalente ao crime de roubo, aplicou-se, inicialmente, ao recorrente a medida socioeducativa de semiliberdade. Tomando o Juízo da Execução conhecimento que a aludida medida não estava sendo cumprida satisfatoriamente, bem como que o menor praticou novo ato infracional equiparado ao crime de ocultação de cadáver, impôs-lhe a internação por prazo determinado. Mais tarde, o magistrado, em razão da avaliação da equipe técnica, achou por bem manter a custódia, mas por tempo indeterminado.

Sustenta o recorrente a ilegalidade desse provimento pela “impossibilidade de alteração **in pejus** da decisão do juízo de conhecimento”, por ofensa à coisa julgada e “inexistência de previsão legal para internação por até três anos” diante dos princípios da excepcionalidade, da legalidade e da reserva legal.

Requer, alternativamente, o restabelecimento do regime de semiliberdade imposto na sentença, ou, então, a custódia pelo prazo máximo de 3 meses, nos termos do artigo 122, III, e § 1º, do ECA.

A Subprocuradoria Geral da Republica manifestou-se pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator): Não vejo como acolher a irresignação.

Registre-se, inicialmente, que se o adolescente, injustificadamente, deixa de cumprir a medida socioeducativa imposta para a sua ressocialização e, ainda, envolve-se em novo ato infracional, é possível que o juiz da execução substitua a medida prevista em sentença transitada em julgado, não ocorrendo ofensa aos princípios da coisa julgada e da **non reformatio in pejus**.

Confirmam-se:

A - “Penal. **Habeas corpus**. Estatuto da Criança e do Adolescente. Execução de medida socioeducativa. Regime de semiliberdade. Prática de novo ato infracional equiparado a roubo. Medida de internação aplicada pelo juízo da execução. Possibilidade.

Se o adolescente, no curso do cumprimento de medida socioeducativa de semiliberdade, comete novo ato infracional equiparável ao delito de roubo, pode o juízo da execução, em atendimento ao disposto nos arts. 99, 100 e 113 do ECA, substituir a sanção imposta pela medida socioeducativa de internação por prazo indeterminado, não se constituindo tal ato judicial em ofensa aos postulados da coisa julgada e da legalidade. (Precedentes).

Ordem denegada.”

(HC n. 30.175/SP Relator o Ministro Felix Fischer, DJ de 19.12.2003)

B - “Penal. Adolescente. Ato infracional grave (roubo qualificado). Medida sócio-educativa. Internação. Prazo determinado. Impossibilidade.

1. A medida socioeducativa da internação, consoante expressa determinação legal (art. 121, § 2º, do ECA), é de prazo indeterminado, motivo pelo qual a sua delimitação em lapso temporal de seis meses, na sentença condenatória, mostra-se carente de sustentação legal, podendo, pois, ser alterada pelo Juízo a cargo da execução, notadamente se, como na espécie, os relatórios técnicos indicam a necessidade da perenização da restrição.

2. Ordem denegada.”

(HC n. 11.711/SP Relator o Ministro Fernando Gonçalves, DJ de 12.06.2000)

Quanto ao mais, anote-se que os artigos 99 e 113, do Estatuto da Criança e do Adolescente, devem ser interpretados levando-se em conta as hipóteses estabelecidas na enumeração taxativa do artigo 122 do aludido diploma, que assim dispõe:

“Art. 122. A medida de internação só poderá ser aplicada quando:

I - tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa;

II - por reiteração no cometimento de outras infrações graves;

III - por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.

§ 1º O prazo de internação na hipótese do inciso III deste artigo não poderá ser superior a três meses.

§ 2º Em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada.”

Assim, verifica-se o enquadramento do caso dos autos aos incisos II e III, não havendo que se falar em constrangimento, revelando-se cabível a substituição da medida de internação por prazo determinado para aquela por prazo indeterminado por até três anos.

Vejam-se:

A - “ECA (Lei n. 8.069/1990). Artigo 122, II. Reiteração de ato equiparado a roubo qualificado. Substituição da medida de liberdade assistida por internação por tempo indeterminado. Fundamentação satisfatória. Laudo técnico. Ausência de constrangimento.

A decisão que substituiu a medida de liberdade assistida pela internação por prazo indeterminado baseou-se no inciso II do artigo 122 do Estatuto, sendo que a este não está prescrita a imposição contida no inciso III.

De ver-se que inexistente constrangimento ilegal se a internação por prazo indeterminado foi fixada de forma fundamentada, inclusive, sendo amparada por laudo técnico recomendando-a.

Ordem denegada.”

(HC n. 28.707/SP, Relator o Ministro Paulo Medina, DJ de 29.09.2003)

B - “**Habeas corpus**. Estatuto da Criança e do Adolescente. Reiteração na prática de ato infracional. Medida socioeducativa. Substituição. Internação por prazo indeterminado. Possibilidade (artigo 122, inciso II, do ECA). Ordem denegada.

1. A disposição inserta no artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente não exclui, por óbvio, a substituição da medida de semiliberdade pela de internação, quando esta for a medida compatível com a situação do adolescente e aquela, demonstradamente, insuficiente, como é da letra do artigo 99, combinado com o artigo 113 do mesmo diploma legal.

2. A única exigência legal em casos tais é a de que o ato infracional, em natureza, admita a medida de internação ou haja reiteração no cometimento de outras infrações graves (ECA, artigo 122, incisos I e II).

3. Em se aplicando medida socioeducativa diversa da internação, em razão da prática de ato infracional que a comporta, nada impede, e antes, determina, que o magistrado, exigindo a situação do menor, substitua a medida menos gravosa por aquela permitida na lei.

4. Ordem denegada.”

(HC n. 29.263/SP, Relator o Ministro Hamilton Carvalhido, DJ de 19.12.2003)

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

É como voto.

---

**RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS  
N. 16.112 — RJ (2004/0071561-7)**

Relator: Ministro Nilson Naves

Recorrente: Sandro Dias Pereira dos Santos (preso)

Advogados: Marcos Barros Espínola e outros

Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

**EMENTA**

Apelação. Prazo (devolução). Pena privativa de liberdade. (Regime).

1. Caso em que se apresenta infundada a pretensão de ter o prazo para apelar devolvido.

2. O regime aberto supõe que o condenado não seja reincidente. Em havendo dúvidas quanto a se tratar de condenado nessas condições, a pretensão de que seja alterado o regime deve ter o seu procedimento em primeiro grau.

3. Recurso ordinário improvido.

**ACÓRDÃO**

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

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

Ministro Nilson Naves, Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: Datada de 04.02.2004, sentença da Auditoria Militar do Estado do Rio de Janeiro condenou o policial Sandro Dias Pereira dos Santos, por deserção (Código Penal Militar, art. 187), a 1 (um) ano de detenção. Não lhe substituiu a pena privativa de liberdade, a ser cumprida, e foi o que constou da sentença, em regime fechado. Concedeu-lhe, isto sim, o direito de apelar em liberdade.

Todavia da sentença não se recorreu, daí o **habeas corpus**, no qual se insurgem os impetrantes contra a falta da apelação. A propósito, vejam-se estas informações prestadas pela Auditoria ao Tribunal de Justiça:

“1. Este Juízo Castrense é altamente especializado, motivo pelo qual o número de advogados que aqui militam cotidianamente é por demais reduzido.

2. Partindo desta premissa, muito me entristece que o impetrante tenha feito a afirmativa que consta na inicial que inaugura o presente HC, pois é público e notório que o advogado que assinou a Assentada de Julgamento neste Juízo pertence ao corpo de advogados do escritório do Impetrante.

3. Nesse passo, bem se vê que a relação neste Juízo sempre foi de confiança e respeito entre os advogados e o Conselho. Logo, sempre que os conhecidos advogados, dos escritórios que aqui trabalham, se apresentavam para audiência, apenas indicavam o nome do titular do escritório e, como de plano sabíamos que o advogado ali presente pertencia ao escritório, imediatamente autorizávamos a sua presença e manifestação na instrução.

4. No dia em que ocorreram esses fatos, recordo-me bem, o advogado da Assentada se identificou como sendo do escritório do impetrante, o que nós sabíamos que era verdade.

5. Apenas com o objetivo de demonstrar o que ora se afirma, determinei a juntada neste HC de uma de muitas procurações do escritório do impetrante, onde o advogado que participou da audiência figura como membro do corpo de advogados habilitados ao múnus público.”

Foi a ordem denegada nestes termos:

“Apresenta razões inverídicas com acusações infundadas, e desmerecedoras da relação de confiança e respeito existente entre os advogados e o Conselho, conforme se verifica da procuração que instruiu as informações prestadas, da qual se verifica expressamente o nome do Dr. Rosalvo Garcia de Meideiros, o qual representou o paciente, apresentando-se como membro daquele escritório, fato que já era conhecido, vindo, agora, requerer a juntada das

razões de recurso, fazendo-a acompanhar de nova procuração, agora sem o nome do referido advogado.

Nada a prover.

Haveria que tentar junto ao Juízo **a quo** a devolução do prazo para recorrer, se assim houvesse por bem, o qual deixou transcorrer, eis que tanto o paciente quanto o advogado que o assistiu, membro do seu escritório, estava legalmente intimado, havendo o recurso que ter sido interposto no prazo de 05 dias, **ex vi** art. 593 do CPP, em que se poderia optar pela apresentação de razões nesta Instância — art. 600, § 4º, do CPP. Neste caso, seria intimado para apresentação das razões.

Desentranhem-se as razões recursais apresetandas devolvendo-as ao impetrante, mediante recibo.”

Ao Superior Tribunal o recorrente formulou o seguinte pedido:

“Isto posto, espera o recorrente a reforma de decisão ora atacada para que seja concedido a ordem ao Recorrente para que seja anulada a decisão de primeira instância ou, caso este não seja o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça que seja reformado a pena de detenção em regime fechado para regime aberto, requerendo de plano a *concessão de liminar* para que seja expedido alvará de soltura para o Recorrente, uma vez que, um crime apenado com detenção jamais poderá ser cumprido em nosso diploma pátrio em regime inicialmente fechado, sendo o Recorrente primário preenchendo os requisitos da legislação pátria.”

O Ministério Público Federal é de parecer pela denegação da ordem. Veja-se:

“1. O **Habeas corpus**, no caso em tela, não é instrumento jurídico para apreciação de questão referente à nulidade de sentença.

2. Não se admite por meio de **habeas corpus**, modificação de regime prisional fixado em sentença, devendo esta ser feita através de recurso próprio.

3. Pela denegação da ordem e indeferimento do pedido liminar.”

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): Das questões levantadas pelo recorrente, despertou a minha atenção a referente ao regime de cumprimento da pena privativa de liberdade. Como se viu, trata-se de detenção, fixada em 1 (um) ano, a ser cumprida em regime fechado. Sucede, entretanto, que a sentença registrou tratar-se

de réu de “péssimos antecedentes”, “condenado a crimes graves por esta Auditoria, assim como se vê à fl. 63 (extorsão, artigo 243 do Código Penal Militar)”. Em seguida, disse a sentença que se trata de condenado reincidente, fazendo, no pormenor, referência ao art. 44, II, do Código Penal.

Dessarte, ainda que o desejasse, e desejo, faltam-me, contudo, elementos, nestes autos, para alterar o regime do cumprimento da pena privativa de liberdade. Cabe ao recorrente, no caso presente, levar sua pretensão ao Juiz de Execução.

No mais, o acórdão se me apresenta correto. De fato, conforme sublinhou, e bem, o Subprocurador-Geral Antônio Carlos, “analisando os autos, percebe-se que as afirmações do impetrante não têm procedência, de forma que o paciente foi devidamente assistido por advogado, que deixou transcorrer o prazo recursal previsto no art. 593 do CPP”.

Nego provimento ao recurso ordinário.

---

**RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA  
N. 11.674 — RS (2000/0019515-4)**

Relator: Ministro Paulo Gallotti

Recorrente: Edília Eloísa Rodrigues Emerim

Advogados: Marino da Cunha Rosa e outro

T. origem: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

Impetrado: Juízo de Direito Diretor do Foro de Santo Antônio da Patrulha — RS

Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul

Procuradores: Carmen Suzana M. de Oliveira e outros

**EMENTA**

Recurso em mandado de segurança. Portaria judicial. Designação de titularidade de cartório extrajudicial. Precariedade. Inaplicabilidade da Lei n. 8.935/1994.

1. Não se aplicam as diretrizes estabelecidas na Lei n. 8.935/1994, quando a designação para o exercício da titularidade das serventias resultou de portaria da autoridade judiciária.

2. De outra parte, a portaria judicial que revoga designação de delegação a título precário, em tese, não viola as disposições da lei de

regência. Dispensável, nesses casos, a instauração de procedimento administrativo, que somente é obrigatório em relação a serventuário que exerça delegação em caráter efetivo.

3. Recurso ordinário desprovido.

### ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 22 de outubro de 2002 (data do julgamento).

Ministro Paulo Gallotti, Relator

---

DJ de 09.02.2004

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança ajuizado por Edília Eloísa Rodrigues Emerim objetivando desconstituir acórdão da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Afirma que, desde a edição da Portaria n. 09/1992, de 1<sup>a</sup> de abril de 1992, expedida pela Juíza de Direito Diretora do Foro, vinha exercendo a titularidade do Cartório do Registro Civil das Pessoas Naturais, Jurídicas, Títulos e Documentos e Protestos de Títulos Cambiais da Comarca de Santo Antônio da Patrulha, serventia da qual foi afastada por determinação da Portaria n. 13/1999, de 28 de julho de 1999, do mesmo Juízo.

Entende violado o art. 5<sup>o</sup>, LIV e LV, da Constituição Federal, bem como o art. 35, I e II, da Lei n. 8.935/1994, porquanto não foi condenada por sentença judicial transitada em julgado, e perdeu a delegação sem responder ao competente processo administrativo, quando lhe seria assegurado o direito à ampla defesa.

Por isso, ajuizou mandado de segurança que, pela decisão monocrática de fls. 34/35, foi extinto com fundamento no art. 8<sup>o</sup> da Lei n. 1.533/1951.

Irresignada, manejou agravo regimental, que não foi acolhido, guardando o acórdão a seguinte ementa:

“Agravo regimental oposto contra decisão do Relator que indefere a inicial e extingue o mandado de segurança. Cabimento de recurso, segundo disposições dos artigos 8º, inciso VI, letra e, 233 e 259/260, do Regimento Interno desta Corte. Ausente o alegado direito líquido e certo protegível por mandado de segurança, é correta a decisão que indeferiu a inicial do **mandamus**. Agravo regimental conhecido e desacolhido.” (Fl. 48)

Daí o presente recurso, que, recebido, ascendeu a esta Corte.

A Subprocuradoria Geral da República recomendou seja o apelo conhecido, porém, improvido (fls. 72/76).

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator): Narra a inicial, em resumo, que a recorrente, no mês de setembro de 1975, foi contratada pela então titular do Cartório, Cecília Rodrigues Emerim, como auxiliar daquela serventia. Em 1976, submetida a uma prova de habilitação realizada pela Corregedoria Geral da Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, passou a exercer as funções de oficial ajudante e, em razão da aposentadoria da titular, através da Portaria n. 09/1992, de 1º de abril de 1992, da Juíza de Direito Diretora do Foro da Comarca de Santo Antônio da Patrulha, foi designada como titular do aludido ofício.

Insurge-se a recorrente contra a Portaria n. 13/1999, de 28 de julho de 1999, da Juíza de Direito Diretora do Foro da Comarca, que revogou a Portaria n. 09/1992, designando outra pessoa como titular da serventia.

Não lhe assiste razão.

Como se observa dos documentos acostados aos autos, a titularidade exercida pela recorrente era precária, vale dizer, resultou de portaria da autoridade judiciária, não se aplicando ao caso a lei de regência que se diz violada.

Desde o advento da Constituição Federal de 1988, o preenchimento de cargos públicos se dá através da realização de concurso público.

A recorrente, como visto, não se submeteu a qualquer concurso, sendo designada por provimento administrativo que, por evidente, não poderia lhe assegurar direito próprio de titular da serventia.

A jurisprudência desta Corte já pacificou o entendimento de que se a titularidade da serventia não resultou de delegação em caráter efetivo, e sempre foi exercida precariamente, não há falar em violação de direito líquido e certo.

Vejam-se, no que interessa, os precedentes:

A - “Recurso em mandado de segurança. Administrativo. Concurso para provimento de cargos em serventias cartoriais do Estado de Minas Gerais. Litisconsorte. Desnecessidade. Edital n. 001/1999. Substituta. Designação precária. Exclusão da serventia da impetrante. Impossibilidade. Art. 208 da CF/1967. Requisitos. Não-preenchimento.

Não se verifica, na hipótese, necessidade de litisconsorte passivo necessário, uma vez que a causa não pertence a mais de um em conjunto.

O impetrante ocupava, como substituto, ou seja, em caráter precário, o cargo na respectiva serventia, não possuindo um dos requisitos do art. 208 da Constituição/1967, com a redação pelas emendas respectivas, qual seja, que estivesse na condição de substituto investido na forma da lei, contando cinco anos de exercício na mesma serventia até 31 de dezembro/1983.

O Edital n. 001/1999, ao declarar vago o respectivo cargo, com a consequente abertura de inscrição para concurso público, está em conformidade com o disposto no art. 236, § 3º, da CF

Precedentes.

Recurso desprovido.”

(RMS n. 14.254/MG, Relator o Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ de 13.05.2002)

B - “Administrativo e Constitucional. Mandado de segurança. Tabelionato de Protestos e Títulos. Provimento. Concurso público. Nulidades presentes no edital. Inexistência.

Possuindo os eventuais aprovados no certame tão-somente expectativa de direito, os efeitos jurídicos da decisão proferida nos autos não incidirão sobre suas respectivas esferas jurídicas, o que elide o pretensão litisconsórcio passivo necessário aduzido pela impetrante.

Se a titularidade do tabelionato não foi delegada em caráter efetivo, até porque a Constituição de 1988 exige para ingresso no mencionado cargo a aprovação em concurso público, não há de se falar em irregular declaração de vacância da serventia em destaque, pois o artigo 39 da Lei n. 8.935/1994 diz respeito apenas à extinção de delegação efetiva, e não em caráter precário, como ocorrido na espécie.

(...)

Recurso ordinário desprovido.”

(RMS n. 14.020, Relator o Ministro Vicente Leal, DJ de 19.08.2002)

Não procede, igualmente, a alegada falta de processo administrativo disciplinar que lhe asseguraria o direito à ampla defesa, na medida em que a providência só é cabível contra serventuários que exerçam delegação resultante de provimento efetivo, dispensável, portanto, na hipótese em exame.

É de se registrar, por último, que o afastamento da recorrente restou plenamente fundamentado na portaria (fls. 11/12), decorrendo de diversas irregularidades constatadas na serventia.

Com estas considerações, nego provimento ao presente recurso ordinário.

É como voto.

---

**RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA  
N. 15.746 — SC (2002/0170764-0)**

Relator: Ministro Paulo Medina

Recorrente: Humberto Verani Depizzolatti

Advogados: Rodrigo da Silva Graciosa e outro

T. origem: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

Impetrado: Comandante-Geral da Polícia Militar do Estado de Santa Catarina

Impetrado: Secretário de Administração do Estado de Santa Catarina

Recorrido: Estado de Santa Catarina

Procuradores: Francisco Guilherme Laske e outros

**EMENTA**

Processual e Administrativo. Servidor público militar. Coronel da reserva. Inclusão de gratificações no cálculo de remuneração para efeito do teto constitucional. Leis Estaduais ns. 2.417/1960, 2.974/1961 e 5.645/1979 e Lei Estadual Complementar n. 80/1993.

— Vantagens pessoais dizem respeito à pessoa, enquanto as vantagens de carreira estão relacionadas ao cargo ou função exercidos, tendo direito a sua percepção qualquer servidor, independentemente das circunstâncias pessoais ou especiais.

— A Gratificação de Representação de Oficial está prevista na Lei Estadual n. 5.645, de 30.11.1979 e relaciona-se ao cargo exercido, sendo despida de natureza pessoal e estando, em conseqüência, sujeita ao limite do teto constitucional, de que trata o art. 37, XI, da CF/1988.

— As gratificações denominadas Gratificação Chefe do Estado-Maior e Gratificação Chefe da Casa Militar, de que tratam as Leis Estaduais ns. 2.417/1960, 2.974/1961 e 5.520/1979, respectivamente, não se sujeitam ao teto constitucional, por constituírem vantagem pessoal referente ao exercício de cargo em comissão.

— Recurso ordinário parcialmente provido.

### ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 23 de março de 2004 (data do julgamento).

Ministro Paulo Medina, Relator

---

DJ de 30.08.2004

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Medina: Trata-se de recurso em mandado de segurança interposto por Humberto Verani Deppizzolatti contra acórdão do Conselho Especial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que julgou parcialmente legal o ato do Exmo. Sr. Comandante-Geral da Polícia Militar do Estado de Santa Catarina, substanciado na determinação de incidência das vantagens de caráter individual, e das relativas à natureza ou local de trabalho, no cálculo do teto de remuneração.

O julgado em tela restou consolidado na ementa do seguinte teor:

“Mandado de segurança — Adicional por tempo de serviço — Teto — Incidência sobre o total efetivamente pago — Vantagens pessoais — Concessão parcial da ordem.

1. O **nomem juris** da vantagem não tem o condão de transformar a sua natureza. Não é pelo nome que uma vantagem de caráter geral, decorrente do exercício do cargo e estendida a todos aqueles que o ocuparam, passará a se enquadrar como vantagem pessoal. São as características da vantagem, sua causa, e o fato gerador do direito à sua percepção que servem de critérios para a definição de sua natureza jurídica.

2. A vantagem pessoal diz respeito à pessoa e não ao cargo. Se a parcela for devida aos integrantes da carreira, sem interferência da condição pessoal para a sua aquisição, deixa de ser pessoal e fica submetida ao limite constitucional previsto no art. 37, XI, da Constituição Federal, mesmo na redação anterior à EC n. 19/1998.

Desse modo, a Indenização de Representação de Oficial (LC n. 80/1993), a Representação de Oficial (Lei n. 5.654/1979), a Gratificação de Chefe da Casa Militar (Lei n. 5.520/1979), e a Vantagem Nominalmente Identificável (LC n. 43/1992), estão incluídas na base de cálculo do teto remuneratório.

3. A Gratificação de 1/3 do soldo, instituída pela Lei n. 9.418/1994, diz respeito não diretamente ao cargo ocupado, mas sim, ao particular fato de o servidor, além de contar com no mínimo 20 anos de efetivo exercício, não ter em sua ficha disciplinar nenhum registro de punição de prisão. Assim, não basta o tempo de serviço — que não deixa de ser uma circunstância pessoal — mas também, que o servidor, com sua conduta, não tenha dado causa à punição descrita na norma.

4. Em respeito ao preconizado no art. 37 da Constituição da República e no art. 17 do ADCT, o percentual relativo ao adicional por tempo de serviço incide sobre o valor efetivamente pago ao servidor e não sobre aquele a que teria direito se não houvesse a limitação resultante do ‘teto salarial’. O acréscimo resultante, no entanto, não se submete a limite remuneratório, por se caracterizar como vantagem pessoal.” (Fls. 104/105)

Opostos embargos de declaração (fls. 194/199) em que o impetrante alegou contradição no teor do acórdão, foram parcialmente acolhidos, apenas para excluir do julgamento duas vantagens que não são objeto de debate nos autos.

Irresignado, o impetrante interpõe o presente recurso ordinário, com esteio no art. 105, II, **b**, da Constituição Federal, reeditando as razões apresentadas na peça inicial. Argumenta, em síntese, que a percepção das vantagens dos Códigos ns. 1.247 — Indenização de Representação de Oficial, 1.310 — Gratificação Chefe da Casa Militar, e 1.345 — Gratificação Chefe do Estado-Maior, são vantagens relativas à natureza do trabalho e não simplesmente ao cargo ou função, razão pela qual devem ser excluídas do teto de remuneração.

Em contra-razões (fls. 168/191), o Estado de Santa Catarina pede a manutenção do acórdão pelos seus próprios fundamentos, asseverando que as gratificações em questão não são consideradas vantagens de caráter pessoal, razão pela qual devem incorporar o valor da remuneração para fins de abatimento de teto.

Em alentado parecer de fls. 205/210, o ilustre representante do Ministério Público Federal opina pelo desprovimento do recurso, afirmando que o reajuste não se isenta da incidência do teto salarial.

### VOTO

O Sr. Ministro Paulo Medina (Relator): A pretensão deduzida no *writ* que deu origem ao presente recurso ordinário centra-se no pedido de Coronel da reserva remunerada, da Polícia Militar de Santa Catarina, de que não sejam considerados no teto de remuneração as vantagens de “representação de oficial”, “Gratificação de Chefe da Casa Militar”, “Gratificação de Chefe do Estado-Maior” e “Gratificação de 1/3 do soldo do teto de remuneração”, ao argumento de serem vantagens de ordem pessoal.

O julgado do Tribunal de origem determinou a inclusão das vantagens no cálculo do limite do teto constitucional do servidor público, excluindo do teto apenas a gratificação de 1/3 do soldo.

A questão nodal destes autos está em precisar quais vantagens podem ser enquadradas como vantagens pessoais e, em consequência, podem ser excluídas do teto remuneratório.

Vantagem pessoal — como a própria acepção gramatical deixa evidente — diz respeito à pessoa, enquanto as vantagens de carreira estão relacionadas ao cargo ou função exercidos, tendo direito a sua percepção qualquer servidor, independentemente das circunstâncias pessoais ou especiais.

Ou seja, se a parcela que compõe os vencimentos do servidor é devida a todos os integrantes de uma carreira, sem a interferência de qualquer condição pessoal em sua aquisição, não pode ser ela considerada como vantagem pessoal e está sujeita ao teto constitucional de que dispõe o art. 37, XI, da Constituição Federal de 1988.

Trago a lume, a propósito, a lição do professor **Celso Antonio Bandeira de Mello** sobre o tema:

“Vantagem pessoal é aquela em que o servidor percebe em razão de uma circunstância ligada a sua própria situação individual e não ligada pura e simplesmente ao cargo. Além do adicional por tempo de serviço podem ser citados como exemplos o adicional pela prestação de serviço extraordinário ou pelo trabalho noturno (o efetuação entre 22 horas e 5 horas do dia seguinte) que o servidor desempenhe. Contrapõe-se às vantagens pessoais as denominadas

(ainda que inadequadamente) vantagens de carreira. Opostamente às anteriores, sua percepção corresponde a um acréscimo que está associado pura e simplesmente ao cargo ou função. Qualquer que neles esteja preposto as receberá pelo fato de exercê-los, sem que para tanto, tenha que concorrer alguma circunstância ou incidente associável aos particulares eventos da vida profissional do agente ou às invulgares condições de trabalho a que presta sua atividade.” (“Curso de Direito Administrativo” — 4ª ed. — São Paulo — Malheiros)

No caso em tela, por serem instituídas por normas distintas e possuírem características diversas, penso que cada uma das gratificações questionadas deve ser analisada individualmente.

A Gratificação de Representação de Oficial está prevista na Lei Estadual n. 5.645, de 30.11.1979, em seu art. 32, da seguinte forma:

“Art. 32. Indenização é o quantitativo em dinheiro, isento de qualquer tributação, devido ao policial-militar para ressarcimento de despesas impostas pelo exercício de sua atividade, bem como para compensar os desgastes orgânicos de que trata o artigo 61, desta lei.

Parágrafo único. As indenizações compreendem:

I - diária;

II - ajuda de custo;

III - transporte;

IV - representação, que será calculada sobre o soldo;

V - moradia;

VI - compensação orgânica.” (o grifo é meu)

Necessário elucidar que a “indenização” a que alude o dispositivo é, na verdade, uma gratificação em razão da função de chefia, relacionando-se, pois, ao cargo exercido, despida de natureza pessoal, estando, em consequência, sujeita ao limite do teto constitucional.

Referida gratificação foi instituída pela Lei Complementar n. 80/1993 que, no seu artigo 10 estabelece:

“Art. 10. Ficam instituídas para os servidores ocupantes dos cargos pertencentes aos Subgrupos: Autoridade Policial e Autoridade Policial Militar, respectivamente, as seguintes indenizações:

I - Representação do cargo de Delegado de Polícia; e

II - Representação do Posto de Oficial de Polícia Militar.

Parágrafo único. As indenizações estabelecidas por este artigo são fixadas em 50% (cinquenta por cento), tomando como base de cálculo o valor de vencimento do cargo efetivo, soldo ou quotas de soldo do posto de oficial, o acrescido da gratificação a Atividade do Serviço Público, previsto no artigo 8º, desta lei complementar.”

É cediço tratar-se de uma vantagem instituída em razão da titularidade do cargo e a forma como exercido, a todos os servidores pertencentes aos subgrupos Autoridade Policial e Autoridade Policial Militar.

Por sua vez, a Gratificação de Chefe do Estado-Maior tem previsão nas Leis Estaduais n. 2.417/1960 e 2.974/1961 da seguinte forma:

“Lei n. 2.417/1960:

Art. 7º O Coronel da Polícia Militar que tenha, na atividade, ocupado o cargo de Comandante-Geral da Polícia Militar, em comissão, no Estado de Santa Catarina, terá acrescido os proventos na inatividade com importância equivalente a 20% sobre os vencimentos do posto de Coronel — além das vantagens concedidas por leis anteriores.”

Lei n. 2.974/1961:

Art. 3º O cargo de Chefe do Estado-Maior da Polícia Militar será de livre nomeação do chefe do Poder Executivo.

Parágrafo único. Os coronéis nomeados para o cargo constante no presente artigo, gozarão do benefício previsto no art. 7º da Lei n. 2.417, de 17 de julho de 1960.”

Por fim, a Gratificação de Chefe da Casa Militar é disciplinada no art. 6º da Lei Estadual n. 5.520/1979:

“Art. 6º O Coronel da Polícia Militar do Estado de Santa Catarina, nomeado, na atividade, para exercer o cargo de Chefe da Casa Militar do Governo do Estado, gozará do benefício previsto no art. 7º da Lei n. 2.417, de 27 de julho de 1960.”

Extraí-se, da interpretação simples do texto dos dispositivos supratranscritos, que as vantagens ali previstas decorrem do exercício de cargo em comissão e não do exercício natural de cargo efetivo, eminentemente de caráter pessoal, que devem incorporar os proventos dos servidores.

São os atributos pessoais de cada um, que dizem com competência, confiança e pessoalidade que qualificam para o exercício desse tipo de função/cargo. Se estão ligadas a sua situação individual, são as gratificações vantagens pessoais, não se

confundindo com aquelas imanentes ao cargo ou à carreira indistintamente conferidas aos seus componentes.

Posto isso, dou parcial provimento ao recurso para excluir do cálculo da remuneração para efeito do teto constitucional as gratificações denominadas Gratificação Chefe do Estado-Maior — Código n. 1.345 — e Gratificação Chefe da Casa Militar — Código n. 1.310 — por constituírem vantagem pessoal.

É o voto.

---