

QUINTA TURMA

---



AGRAVO REGIMENTAL NO  
AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 148.559 — SP  
(Registro nº 97.0035571-3)

Relator: *O Sr. Ministro Felix Fischer*

Agravante: *Memoteca Fink Guarda de Documentos Ltda.*

Agravados: *Emílio Navas Cominato, Wrion Gonçalves Pereira Neto e Vicente Biscaro Toscano*

Advogados: *Luiz Gonzaga Moreira Lobato e outros, e João Bosco Albanez Bastos e outro*

**EMENTA:** *Processual Penal. Agravo de instrumento. Matéria criminal. Prazo. Lei nº 8.038/90. Inaplicabilidade do art. 544 do CPC.*

— O prazo para interposição de agravo de instrumento contra decisão que não admite recurso especial, em matéria criminal é de 5 (cinco) dias, a teor do art. 28 da Lei 8.038/90, não se aplicando o art. 544 do CPC.

— Agravo a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Votaram com o Relator os Ministros Edson Vidigal, José Dantas, Cid Flaquer Scartezzini e José Arnaldo.

Brasília, 21 de outubro de 1997  
(data do julgamento).

Ministro EDSON VIDIGAL, Presidente. Ministro FELIX FISCHER, Relator.

Publicado no DJ de 24-11-97.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO FELIX FISCHER: *Memoteca Fink Guarda de*

Documentos Ltda. interpôs agravo regimental contra decisão de fls. 337, que não conheceu do agravo de instrumento por intempestividade.

Alega a agravante que a questão do prazo para interposição de recurso de agravo de instrumento contra decisão que não admite recurso especial é regulada inteiramente pelo Código de Processo Civil. Diz que, com o advento da Lei nº 8.950/94, que alterou o CPC, não mais se aplica o disposto no art. 28 da Lei 8.038/90, seja o recurso sobre matéria civil ou criminal.

Requer o provimento do recurso para que seja apreciado o agravo de instrumento.

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO FELIX FISCHER (Relator): Cinge-se a controvérsia acerca do prazo para interpor agravo de instrumento contra decisão que não admite recurso especial em matéria criminal.

Embora haja discussão sobre a matéria, entendo que no caso, em se tratando de recurso sobre matéria criminal, deve ser aplicada a Lei nº 8.038/90 (Lei dos Recursos), mais especificamente o seu art. 28. As modificações trazidas pela reforma do CPC somente dizem respeito aos recursos de matéria civil, regidos por aquele ordenamento. Daí que é inaplicável *in casu* o seu revigorado art. 544.

Para os recursos de matéria penal perante os Tribunais Superiores, continua vigendo a Lei de Re-

ursos, pois nenhuma modificação houve na legislação processual penal.

Nesse sentido é a lição do ilustre professor **Cândido Rangel Dinamarco**:

“A Lei dos Recursos ficou severamente esvaziada, em sua aplicação ao processo civil, quando para o código a Lei n. 8.950, de 13 de dezembro de 1994 transpôs os dispositivos referentes ao recurso extraordinário, ao recurso especial, ao recurso ordinário constitucional e aos embargos de divergência. Com isso, seguramente ficou afastada a incidência de seus arts. 26-29 e 33-35 em matéria processual civil. De seu título II (“recursos”) remanescem íntegros somente os arts. 30 a 32, destinados ao recurso ordinário em **habeas corpus** (se bem que, no tocante ao **habeas corpus** em matéria civil, tais dispositivos também deveriam ser reproduzidos de alguma forma no Código de Processo Civil).

Mas a Lei dos Recursos, cujo papel foi de muita importância na efetiva implantação do recurso especial e da nova técnica de processamento dos dois *recursos federais*, continua em vigor quanto à disciplina dos processos de competência originária do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça (título I, arts. 1-25). Suas *disposições gerais* prosseguem também, para o traçado geral da competência do relator nos dois tribunais (art. 38), para a previ-

são geral de agravo contra decisão monocrática portadora de gravame à parte (art. 39) e escolha dos julgamentos que devem ser precedidos de revisão (art. 40). Em tudo que se refere ao processo penal a Lei dos Recursos permanece inalterada.” (In: A Reforma do Código de Processo Civil, São Paulo, Malheiros, 1996, 3ª edição, págs. 225-226).

Também há precedentes nesse sentido:

*“Processo Penal. Agravo regimental em agravo de instrumento. Prazo para interposição do agravo de instrumento. Inaplicabilidade do art. 544, caput, do CPC aos feitos criminais.*

1. É de 5 (cinco) dias o prazo para interposição de agravo de instrumento contra decisão que inadmite recurso especial contra acórdão proferido em matéria criminal (art. 28, **caput**, da Lei nº 8.038/90).

2. Agravo regimental improvido.” (AgRg/Ag 98.148/SP, Rel. Min. Anselmo Santiago, DJ 01.07.96).

*“Processual Penal. Recurso especial. Agravo de instrumento. Prazo. Lei de Recursos, art. 28. Lei 8.950/1994. Agravo regimental.*

— O art. 28 da Lei 8.038/1990, que estabelece o prazo de cinco dias para interposição de agravo de instrumento contra decisão obstativa de recurso especial, foi modificado pela Lei 8.950/1994 apenas no campo do processo civil, permanecendo inalterada a Lei de Recursos em tudo que se refere ao processo penal (CF. **Candido Rangel Dinamarco, in** Reforma do Código de Processo Civil).

— Agravo Regimental desprovido.” (AgRg/Ag 91.269-DF, Rel. Min. Vicente Leal, DJ 16/12/96).

*“Processual Penal. Agravo regimental em agravo de instrumento. Prazo para interposição do agravo de instrumento: cinco dias. Inaplicabilidade do revogado art. 544 do CPC.*

1. Tratando-se de efeito criminal, o prazo para interposição de agravo de instrumento contra decisão que inadmite recurso especial continua sendo de 5 (cinco) dias, previsto no art. 28 da LR.

2. Agravo Regimental improvido.” (AgRg/Ag 85.846/RS, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ 24/03/97).

Pelo exposto, nego provimento ao agravo.

É o voto.

**HABEAS CORPUS Nº 5.555 — GO**

(Registro nº 97.0008612-7)

Relator: *O Sr. Ministro Edson Vidigal*

Impetrante: *Paulo Correia Pugas*

Impetrada: *Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás*

Paciente: *Iron Carvalho dos Reis (preso)*

**EMENTA:** *Penal. Processual. Atentado ao pudor. Padrasto. Concubino. Ação penal. Ministério Público. Legitimidade. Apelo em liberdade. Habeas corpus.*

- 1. Padrasto ou concubino, tanto faz, se há notícia de crime não é preciso representação do pai ou da mãe da vítima para que o Ministério Público possa propor a Ação Penal.**
- 2. Sendo o crime de natureza grave, não se defere ao sentenciado o direito ao apelo em liberdade.**
- 3. Habeas corpus conhecido; pedido indeferido.**

**ACÓRDÃO**

**RELATÓRIO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, indeferir o pedido. Votaram com o Relator, os Srs. Ministros José Dantas, José Arnaldo e Felix Fischer. Ausente, ocasionalmente, o Ministro Cid Flaquer Scartezzini.

Brasília, 23 de junho de 1997 (data do julgamento).

Ministro EDSON VIDIGAL, Presidente e Relator.

---

Publicado no DJ de 18-08-97.

O SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: Iron tinha 46 (quarenta e seis) anos de idade; Katiussa apenas cinco (05). Ele vivia amasiado com Vanusa, a mãe dela. A menina o chamava de tio.

A denúncia do Ministério Público fala sobre bebedeiras e libidinagens. Enquadra Iron no CP, art. 214 (atentado violento ao pudor). Crime hediondo.

Condenado a oito (08) anos de reclusão, sem direito a apelar em liberdade, Iron não conseguiu que o Tribunal de Justiça de Goiás alterasse, em seu favor, a sentença.

Daí este substitutivo de Recurso Ordinário insistindo na ilegitimida-

de do Ministério Público para propor a Ação Penal; só os pais de Katiussa poderiam fazê-lo; e mais — não é padrasto da vítima.

O Ministério Público Federal, nesta instância, opina pelo indeferimento do pedido.

Relatei.

## VOTO

O SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL (Relator): Senhores Ministros, são duas, essencialmente, as alegações trazidas em favor do ora paciente para que obtenha o direito de aguardar em liberdade o resultado da apelação interposta:

1. O Ministério Público não é parte legítima para propor a Ação Penal; só os pais da vítima poderiam fazê-lo, representando diretamente à autoridade competente.

2. Não é padrasto da vítima, com a qual, aliás, não possui qualquer grau de parentesco.

Estes dois pontos se entrelaçam produzindo uma resposta só — a mesma dada, em questão semelhante, por esta Eg. 5ª Turma, sob minha relatoria, ementada assim:

*Penal. Processual. Concubino. Atentado violento ao pudor. Le-*

*gitimação do Ministério Público. Habeas corpus. Recurso.*

1. Concubino equivale a padrasto da menor ofendida. Daí a legitimidade do Ministério Público para propor a Ação Penal por atentado violento ao pudor.

2. Recurso conhecido mas improvido. (RHC nº 5.271-PE. DJU 29.10.96, pág. 41.671).

É certo que o ora paciente vivia maritalmente com a mãe da vítima; isto foi dito por ele próprio e consta dos autos.

Ora, conforme já assentado, não há diferença para fins criminais, em casos como este, entre padrasto e concubino. Por isso, a representação feita pelo pai ou pela mãe da vítima não constitui condição de procedibilidade para o exercício da Ação Penal.

Por outro lado, já se resolveu aqui, neste colegiado, sob a relatoria do Ministro José Arnaldo, no RHC nº 5.760-SP, que, sendo o crime de natureza grave, não se concede ao Réu o direito de apelar em liberdade, ainda que seja primário e de bons antecedentes.

Assim, acolhendo por inteiro os fundamentos do Parecer do Ministério Público Federal, nesta instância, conheço do pedido mas o indefiro.

É o voto.

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 4.783 — SP

(Registro nº 95.0038874-8)

Relator: *O Sr. Ministro Cid Flaquer Scartezzini*

Recorrentes: *Eduardo Augusto Muylaert Antunes e outro*

Advogados: *Eduardo Augusto Muylaert Antunes e outro*

Recorrido: *Tribunal Regional Federal da 3ª Região*

Pacientes: *Jean François Etienne Jordan Rozwadowski, Roberto de Lima Cavalcanti, Jorge Fornari Gomes, Paulo Pessoa Monteiro Filho, Cesar Augusto Solorzano, Alberto Vilar Junior e John Randolph Millian*

Sustentação Oral: *Dr. Eduardo Augusto Muylaert Antunes (p/pactes.)*

**EMENTA: RHC — Penal — Administradora de cartão de crédito — Intermediação financeira — Crime de usura pecuniária — Inocorrência.**

— A intermediação financeira, feita por Administradora de cartões de crédito, atuando como mandatária dos usuários na obtenção e empréstimo bancário para seus mandantes, não constitui ato privativo de instituição financeira, a imputar-lhe a prática do crime de usura pecuniária, tal como previsto no art. 4º da Lei 1.521/51.

— Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento para trancar a ação penal. Votaram com o Relator os Srs. Ministros José Arnaldo, Felix Fischer, Edson Vidigal e José Dantas.

Brasília, 26 de maio de 1997 (data do julgamento).

Ministro EDSON VIDIGAL, Presidente. Ministro CID FLAQUER SCARTEZZINI, Relator.

Publicado no DJ de 10-11-97.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Trata-se de recurso ordinário em **habeas corpus** em favor de Jean François Etienne Jordan Rozwadowski, Roberto de Lima Cavalcanti, Jorge Fornari Gomes, Paulo Pessoa Monteiro Fi-



lho, César Augusto Solorzano, Alberto Vilar Jr. e John Randolph Millian contra v. acórdão do Eg. Tribunal Regional Federal da 3ª Região de fls. 456/478, cuja ementa reza:

*“Habeas corpus — Trancamento da ação penal — Ação civil pública — Cotejo aprofundado de provas — Impossibilidade em sede de habeas corpus.*

I — Se a verificação da atipicidade da conduta dos pacientes impõe a necessidade de regime probatório pleno, o desate da questão não pode ter lugar em sede de **habeas corpus**”.

Foram opostos Embargos Declaratórios, cuja ementa diz:

*“Embargos de declaração — Omissão apontada no acórdão — Inocorrência — Pretensão infringente.*

I — A pretensão infringente, claramente delineada nos embargos opostos pelos impetrantes e nos documentos subseqüentes, não pode ser acolhida em sede de embargos de declaração.

II — Inocorrendo omissão a ser sanada rejeitam-se os embargos opostos sob tal fundamento.” (fls. 580)

Na impetração original, alegam os pacientes que foram denunciados como incurso no crime capitulado no art. 16 da Lei dos Crimes do Sistema Financeiro, em face de haverem supostamente praticado intermediação financeira, a teor do que reza o art. 1º da Lei 7.492/86.

Sustentam os pacientes, ora recorrentes, que a empresa American Express do Brasil S/A Turismo jamais funcionou clandestinamente como instituição financeira e nunca praticou a chamada usura pecuniária, uma vez que se manteve sempre dentro dos estreitos limites da disciplina legal vigente, regida e fiscalizada pelo Banco Central do Brasil.

Outrossim, em face de abuso, inépcia e falta de justa causa da denúncia, culminaram por requerer fosse trancada a ação penal. A peça exordial está às fls. 2/35 e veio acompanhada dos documentos de fls. 36/289.

Aberta vista ao Ministério Público, após a juntada das informações, o parecer de fls. 415/435, subscrito pela ilustre Procuradora Regional da República, Dra. Sílvia Helena de Figueiredo Steiner, foi no sentido que se concedesse a ordem impetrada, a fim de que se trancasse a ação penal.

O voto do Senhor Juiz Relator Souza Pires, diz, em determinado momento (fls. 717/718):

“Nos autos do presente **habeas corpus** descabido se me afigura manifestar-se sobre o conteúdo de ilicitude ou não da conduta dos pacientes, uma vez que os estreitos limites do **iter** processual do **habeas corpus** não comportam a amplitude de providências que seria necessário observar para se chegar a uma conclusão definitiva a respeito.

Contudo, a questão que está sendo examinada em grau de recurso, perante o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo é manifestamente prejudicial à apreciação e julgamento da ação penal em curso perante o MM. Juiz impetrado. É que, a prosseguir aquele feito, poderá dar-se a ocorrência de decisões díspares, em que a Justiça Estadual poderia concluir pela inteira regularidade da atividade da empresa, enquanto que seus administradores poderiam vir a ser condenados na ação penal que tramita perante a Justiça Federal. Possível, ainda, seria a ocorrência de fato inverso, qual seja, dar-se a reforma da sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito e a absolvição dos administradores perante a Justiça Federal.”

A Ação Civil Pública instaurada pelo Ministério Público paulista contra a American Express do Brasil S/A Turismo (fls. 392/411), deu pela improcedência da ação que visava a dissolução judicial da sociedade.

Petição de fls. 524/526, dando conta do julgamento definitivo da Apelação do MP, sendo extinto o processo por carência de ação.

Advindo o recurso (fls. 594/619), foi aberta vista ao Ministério Público (fls. 663), que deixou de oferecer contra-razões (fls. 664), tendo em vista o parecer ministerial de fls. 415/435, que opinou pela concessão da ordem.

Subiram os autos, e, nesta Superior Instância, a douta Subprocura-

doria Geral da República opina pelo improvimento do recurso, em parecer de fls. 672/704.

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI (Relator): Sr. Presidente, a American Express do Brasil S/A Turismo, está sendo denunciada pelo MP do Estado de São Paulo (fls. 38/46), porque, **verbis**:

“12. De todo o exposto claro está que pela atividade desenvolvida pela empresa, de que são titulares os denunciados, identifica-se ela como instituição financeira, nos termos do art. 17 da Lei nº 4.595/64 c.c. art. 1º da Lei nº 7.492/86, e por não estar autorizada a funcionar como instituição financeira pelo Banco Central, tipifica a hipótese prevista no art. 16 da Lei 7.492/86.”

A defesa dos pacientes, ora recorrente, se baseia em três pontos distintos, a saber:

a) que as atividades desenvolvidas pela empresa, e descritas na inaugural da ação penal, não constituem atividades privativas de instituições financeiras, já que dentre elas não se vislumbra qualquer operação de intermediação financeira;

b) que a inexistência de autorização do Banco Central se deve precipuamente ao fato de que, no leque das atividades desenvolvi-

das pela empresa, nenhuma se insere dentre aquelas sujeitas à fiscalização da Autarquia;

c) que não se pode imputar aos administradores da empresa a prática do delito de usura pecuniária, previsto no art. 4º, a da Lei 1.521/61, eis que este se refere exclusivamente à cobrança exorbitante de juros sobre operações de mútuo, modalidade comercial esta não praticada pela empresa.

A matéria foi exaustivamente analisada, restando claro que as operações tidas por exclusivamente de agentes financeiros, e as que estariam sendo praticadas pela empresa, em nada se assemelham.

A respeito esclarece o consagrado comercialista, Prof. **Fábio Konder Comparato** (fls. 239/255):

“3. — .....

Em suma, as autoridades máximas do sistema financeiro nacional criaram uma tipologia de atividades financeiras, dentro do quadro geral dado pelo art. 17 da Lei 4.594, de 31.12.64. Os requerimentos de autorização, bem como o exercício não autorizado de qualquer dessas atividades, eram e continuam sendo apreciados pelo Banco Central, na órbita do seu poder discricionário, de acordo com essa classificação tipológica.

4. — Ora, a atividade empresarial de administração de cartões de crédito não se enquadra em nenhum desses tipos de ati-

vidade financeira, assim definidos. As empresas que a exercem não atuam como banco de depósito, nem como banco de investimento ou de desenvolvimento, ou como sociedade de crédito, financiamento e investimento; muito menos como sociedade de crédito imobiliário.

Por conseguinte, ainda que o desejassem, tais empresas não poderiam pleitear autorização administrativa para operar como instituições financeiras.”

A peça acusatória, conforme pudemos constatar, entre as infrações imputadas, diz expressamente:

“ .....

Vale dizer, a administradora capta recursos financeiros de terceiros e os repassa aos titulares dos cartões, cobrando dos usuários um percentual de cerca de 10%, (dez por cento) denominado “remuneração de garantia”, além daquele referente à taxa de juros.

.....” (fls. 39)

O que se entende por instituição financeira na legislação vigente?

A respeito reza a Lei 7.492/86, em seu art. 1º:

“Lei 7. 492/86

Art. 1º. Considera-se instituição financeira, para efeito desta Lei, a pessoa jurídica de direito público ou privado, que tenha como atividade principal ou

acessório, cumulativamente ou não, a captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros (veta- do) de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, ou a custódia, emis- são, distribuição, negociação, inter- mediação ou administração de va- lores imobiliários.

.....”

Deduz-se da norma que a mencio- nada instituição tem, dentre as suas atividades precípuas, captar e inter- mediar recursos financeiros de ter- ceiros, recebendo-os na forma de de- pósito ou como empréstimo, e tam- bém a distribuição, negociação e ad- ministração de valores mobiliários.

Qual a atividade precípua da ad- ministradora em comento?

A propósito, diz o Banco Central, ao Coordenador da Defesa dos Di- reitos Individuais e Interesses Di- fusos da Procuradoria da Repúbli- ca em São Paulo, em resposta a con- sulta a ele feita:

“ .....

As administradoras de cartão de crédito, dada a diversidade de objetos sociais, não se amoldam à definição de instituição finan- ceira, não dependendo, por isso, de autorização do Banco Central para funcionar, nem estão sujei- tas a regular fiscalização, até por falta de previsão legal nesse sen- tido.

.....” (fls. 57).

Aliás, sobre as atividades das administradoras dos cartões de

crédito, **Fran Martins**, citado por **René Ariel Dotti**, em seu estudo sobre a matéria diz (fls. 132/133):

“... “De acordo com o que se vê das relações das partes no con- trato que dá lugar à emissão de um cartão de crédito não-bancá- rio, há uma prestação de servi- ços feita pelo emissor ao porta- dor. Na verdade, o emissor ao con- ceder o cartão credencia o porta- dor a utilizá-lo na aquisição de bens ou serviços sem o pagamen- to imediato das despesas feitas. O serviço prestado ao portador consiste justamente nesse cre- denciamento”(...) “O cartão figu- ra, assim, como uma credencial dada pelo emissor para que, sem mais delongas, possa o portador ser atendido na aquisição dos bens ou mercadorias. Com isso, evidentemente, o emissor presta um serviço ao portador.” (ed. Fo- rense, Rio de Janeiro, 1976, págs. 87, 88)

Sob outro aspecto, salienta o mesmo autor (citado, aliás, pela denúncia) que “a abertura de cré- dito é, em regra, um contrato bancário, e como tal deve ficar sob o regime especial que regula os contratos bancários o que sig- nifica dizer que o organismo emi- sor teria que ser considerado uma instituição financeira. Mas o fato é que, se, em regra, os contratos relativos à mobilização do crédi- to são da área do direito bancá- rio (Lei nº 4.595, de 1965, arts. 17 e 18), *não quer isso dizer que todas as operações de crédito só possam ser realizadas por insti- tuições financeiras*. Os estabele-

cimentos comerciais vendem a crédito, mesmo com pagamentos parcelados, sem ser instituições financeiras. Hoje, a maioria das operações comerciais é feita com a utilização do crédito — o que dá ao comércio um grande desenvolvimento. *Existem, assim, a abertura de crédito bancário e a concessão de crédito não-bancário.* O que distingue a abertura de crédito bancário da simples concessão é que a primeira é um contrato preparatório para o mútuo. Quando uma instituição financeira abre um crédito em favor de um cliente, está se comprometendo a, posteriormente, realizar um mútuo com o creditado. *Na verdade, não é a abertura de crédito em si, um contrato tipicamente bancário, mas o mútuo a que visa essa abertura de crédito.* Quando o crédito aberto é utilizado, opera-se o mútuo, comércio de dinheiro que é privativo de instituição financeira. Por tal razão é que em regra se diz *ao que nos parece precipitadamente*, que a abertura de crédito é um contrato bancário.

.....”

O Professor **Alfredo Buzaid**, ao instruir o pedido de consulta, informa sobre o cartão de crédito:

“... é um documento representativo de um negócio jurídico plurilateral, oneroso, típico, que abrange a um tempo as figuras do contrato de adesão e de financiamento de crédito junto a instituições financeiras *exclusi-*

*vamente* para cobertura de débito oriundo de compra de bens ou utilização de serviços. O caráter plurilateral está em que, sendo necessariamente partes do contrato a empresa e o titular, a relação jurídica se alarga, abrangendo outros sujeitos. Um deles é o comerciante ou prestador de serviço, com quem a empresa celebra um contrato, a fim de atender o titular do cartão de crédito. Deste contrato não participa o titular do cartão de crédito; é dele simplesmente beneficiário. Outro sujeito é o estabelecimento bancário, com o qual a empresa trata diretamente compondo a rede de financiamento. *A empresa opera em nome do titular do cartão, de quem recebe procuração com poderes especiais para pleitear o financiamento.*” (fls. 133/134)

Sem dúvida a empresa administradora de cartões de créditos atua como mandatária dos usuários dos cartões na obtenção de empréstimo bancário para seus mandantes.

Elementar, portanto, que os recursos assim mutuados não entram no patrimônio da administradora, mas diretamente no de seus mandantes. Essa relação de mútuo tem como partes o banco mutuante e o titular do cartão de crédito, este meramente representado pela administradora.

Assim, atuar como mandatário na obtenção de recursos financeiros para outrem não é, evidentemente, fazer captação de recursos financeiros no sentido que entende a lei ban-

cária e a lei penal, como quer lhe emprestar a denúncia.

Por visto, pecou a denúncia, no particular, em imputar à administradora a prática de ato privativo de instituição financeira, qual seja, a de captar “recursos financeiros de terceiros e os repassar aos titulares de cartões”.

Tal não ocorreu.

Por outro lado, afirma que a administradora intervém no contrato de financiamento na condição de fiadora e principal pagadora, se o titular for inadimplente. E, secundando a esta afirmação, conclui que a administradora, saldando o débito junto à instituição financeira, e subrogando-se no crédito, atua como financeira, vez que “emprestou ao consumidor o valor pago à entidade com a qual celebrou contrato de abertura de crédito.”

Quanto a isso, novamente rebate o ilustre Prof. **Comparato**:

“5. — .....

A confusão assim feita pela denúncia entre fiança e empréstimo pecuniário é das mais lamentáveis. Será mister lembrar que, segundo a própria estrutura de negócio fidejussório (C. Civil, art. 1.495 e Código Comercial, art. 260), o fiador sub-roga-se de pleno direito no crédito que venha a saldar. Ao agir regressivamente contra o devedor afiançado, o fiador está procurando apenas, como é óbvio, reembolsar-se do que despendeu ao ser cobrado pelo credor original.” (fls. 247)

Esta atitude não altera a natureza do seu crédito e a função econômica do negócio fidejussório, que continua sendo a de garantir o cumprimento de outra obrigação e não a de financiar o devedor.

No que se refere a este item do inconformismo do recurso, que não se pode imputar aos administradores da empresa a prática do delito de usura pecuniária, cuja definição está prevista no art. 4º, a, da Lei 1.521/51, que diz:

“Lei 1.521/51

Art. 4º — Constitui crime da mesma natureza a usura pecuniária ou real, assim se considerando:

a) cobras juros, comissões ou descontos percentuais, sobre dívidas em dinheiro, superiores à taxa permitida por lei; cobrar ágio superior à taxa oficial de câmbio sobre quantia permutada por moeda estrangeira; ou ainda, emprestar sob penhor que seja privativo de instituição oficial de crédito;

.....”

Mais uma vez salientamos o estudo elaborado por **Fábio Comparato**, quando diz:

“6. — .....

No caso em foco, o segundo enquadramento penal feito pela denúncia é no crime descrito no art. 4º, alínea a, da Lei 1.521, de 26 de dezembro de 1951. Não é mister grande esforço de análise

para perceber que a palavra-chave desse texto normativo é usura pecuniária.

.....  
Com essas precisões, fica claro que a figura delituosa da alínea a do art. 4º, denominada “usura pecuniária”, refere-se exclusivamente ao mútuo ou empréstimo em dinheiro.

.....  
7. — Ora, os negócios praticados pelas administradoras de cartões de crédito, referidos na denúncia, não são nem nunca foram empréstimos de dinheiro, sendo escusado lembrar que em direito penal é radicalmente vedado incriminar o réu por aplicação analógica da lei.

.....  
A denúncia fixa-se nessa segunda obrigação (a obtenção de financiamento bancário para o cliente, e a garantia, como fiadora, de solver os empréstimos), para dizer que a administradora “atua como financeira, vez que emprestou ao consumidor o valor pago à entidade com a qual celebrou contrato de abertura de crédito.”

Já se acentuou que o libelo acusatório incide, aí, na grosseira errônea de confundir a fiança com o mútuo.

Constitui elementos integrantes da fiança a sub-rogação de pleno direito do fiador, que paga a dívida, nos direitos do credor (Cód. Civil, art. 260).”

Voltemos, por necessário, ao voto do ilustre Juiz Relator do HC, que tramitou perante o TRF/3ª Região. Diz ele, ao final do voto (fls. 719):

“Nesse passo, a fim de se evitar decisões conflitantes, entendendo que se deva conceder parcialmente a ordem impetrada, com a finalidade de se suspender o trâmite do processo-crime até que o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo venha a confirmar ou não a r. sentença que deu pela improcedência da ação civil pública e, portanto, pela licitude ou não da atividade da empresa American Express do Brasil S/A Turismo e de seus administradores.

Vindo a lume essa decisão, sendo ela favorável à empresa, nada obstará que os pacientes impetrem novo **habeas corpus**, objetivando o trancamento da ação penal, agora sob esse fundamento.”

Por força deste entendimento, a douta Subprocuradoria Geral da República, às fls. 740, solicita novas informações acerca da AC nº 200.351.1-3, que tramita perante o E. TJSP.

Atendida a solicitação, vieram novas informações (fls. 746) o que gerou novo parecer da Subprocuradoria Geral da República, afirmando:

“O Acórdão do TJ/SP, prolatado na Apelação Cível nº 200.351.1/3, repousa às fls. 431/438 dos autos do HC nº 3.600-SP (95/0031693-5) e dele se verifica que a Corte de

São Paulo reconheceu a carência superveniente da ação civil pública, extinguindo-se o feito sem julgamento do mérito, com amparo no art. 267, VI, do CPC.”

Com efeito, no HC referido, e que a este está anexado, consta cópia da Corte paulista, mister se faz a transcrição de seguintes trechos:

“Entalhada com primor na petição inicial desta ação civil pública voltada à dissolução da apelada-ré, a minudente **causa petendi** dá relevo encontra-se na alegação de serem as atividades mercantis formais, postas nos estatutos da companhia, incondizentes com as do objeto social de fato, predominantemente fixadas na administração e no financiamento de cartões de crédito, as quais cumpre por meio de instrumento contratual de adesão...”

.....

Sujeitas à resolução, entrevêem-se na demanda questões de fato e de direito complexas, ilustradas por doutos, e por vezes contundentes pronunciamentos, tanto do representante do Ministério Público Paulista quanto do patrono da recorrida.

Depara-se, no entanto, com fato superveniente à esmerada sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito Carlos Dias Motta, hábil a repercutir diretamente na relação processual controvertida, relacionado ao fato e fundamento jurídico do pedido deduzido. Embora, destinado a compor pro-

cedimento administrativo, é dotado de eficácia extintiva de direito invocado e deve ser atendido de conformidade com o art. 462 do Código de Processo Civil: “Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença.”

.....

Tal fato novo consiste no “Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta às Exigências Legais (Código de Defesa do Consumidor)”, celebrado entre a Promotoria de Justiça do Consumidor e a ré American Express do Brasil S/A Turismo (fls. 622/626), e homologado pelo Egrégio Conselho Superior do Ministério Público.

O objeto da pactuação configura acordo de vontade a fim de prevenir litígios e terminar os existentes nas esferas administrativas, judicial civil e penal, apesar da omissão do instrumento (Cód. Civ., art. 1.025).

À evidência, todas as obrigações assumidas pela empresa que se pretende dissolvida foram concebidas pelo órgão ministerial como as essenciais para regularizar a questionada atuação no mercado de cartões de crédito ou de compra, máxime no propósito de disciplinar os financiamentos e obviar a intermediação havida por contrária às exigências le-



gais. E isso, mediante previsão de severas multas cominatórias.”

A seguir, transcreve cláusulas contratuais com texto pormenorizado constante do “Termo”, e prossegue:

“Não rendo azo a dúvida, portanto, haver a apelada encampado os requisitos à adequação de suas atividades aos supostos princípios da legalidade, conquanto a r. sentença, antes do ajuste rejeite os fundamentos da petição inicial e julgue improcedente o pedido.

Noutras palavras, o Ministério Público, instituição da mais elevada respeitabilidade, em defesa do invocado interesse coletivo, houve por bem superar a pretensão exarada por via da ação civil pública. De maneira óbvia o ajustamento a que se submeteu a ré desvenda-se assimétrico em face da dissolução da sociedade, já não mais se vislumbrando nos planos moral e lógico-jurídico o prosseguimento da demanda, já carecedora de interesse processual.

.....

Diante do exposto, este voto julga extinto o processo (CPC, art. 267, VI) em razão da carência superveniente da presente ação...”

Não há dúvida de que a ação civil pública poria fim a questão, não fosse a intervenção do MP, que, a meu ver, assodadamente, denunciou a paciente American Express

do Brasil S/A Turismo, como cometidora de fatos que, a seu ver, constitui crime.

O assodamento do órgão ministerial, ao oferecer denúncia sem o respaldo do competente inquérito policial a instruí-la, e antes mesmo do Parecer conclusivo do Banco Central do Brasil, oferecido aos 8 de abril 1992 (fls. 56/59), o qual entendeu que as atividades da empresa não poderiam ser caracterizadas como privativas de instituições financeiras foi o que gerou toda a polêmica.

Assim é que o Diretor da Diretoria de Normas de Organização do Sistema Financeiro do Banco Central, respondendo a consulta feita pela Coordenadora da Defesa dos Direitos Individuais e Interesses difusos da Procuradoria da República no Estado de São Paulo, enfatizou:

“Vigora no seio deste Banco Central o entendimento de que a atividade financeira, tal como concebida nos arts. 17 e 18 da Lei nº 4.595/64 e art. 1º da Lei 7.492/86, exige que a captação, intermediação ou aplicação de recursos a que aludem tais dispositivos implique intromissão especulativa nos mercados financeiros e de capitais, isto é, exploração do dinheiro como mercadoria, visando a obtenção de lucro.

Sob esses parâmetros atua a Fiscalização desta Autarquia, em relação às pessoas físicas e jurídicas que, sem prévia autorização, se dedicam a essa prática, afastando-as dos mercados sob

seu controle e aplicando-lhes as penalidades previstas (Lei nº 4.595/64, art. 44, § 7º).

As administradoras de cartão de crédito, dada a diversidade de objetos sociais, não se amoldam à definição de instituição financeira, não dependendo, por isso, de autorização do Banco Central para funcionar, nem estão sujeitas a regular fiscalização, até por falta de previsão legal nesse sentido.

De outro lado, a documentação oferecida por V. Sa. não indica, a meu ver, estar a administração ali referida (American Express do Brasil S/A Turismo) agindo em desconformidade com seu objeto social, isto é, praticando operação privativa de instituição financeira. Ao contrário, consta que, uma vez ocorrendo pagamento parcelado dos bens/serviços adquiridos, o financiamento da importância não paga é bancado pela instituição financeira autorizada, agindo a administradora em nome do usuário, amparada em mandato a ela outorgado por ocasião da assinatura do contrato de cartão de crédito. Essa representação, como afirma a administradora em apreço, gera-lhe custos operacionais, pelos quais lhe é de direito ressarcir-se.

É certo que esses custos superam os encargos financeiros cobrados pela instituição financeira, o que resulta em um diferencial em favor da administradora, cobrando, conforme ajuste contratual, a título de intermediação

mercantil, remuneração de garantia. Em caso específico levantado pelo Assistente Técnico designado no Inquérito Civil nº 06/91, esse diferencial teria sido de 10,2%. Isto, no entanto, não impõe que se considere a atividade ilícita, em especial porque expressamente defesa e lei, além de tais custos decorrerem de contrato de natureza civil/comercial, ao qual a parte anuente (usuário) adere espontaneamente, como espontânea é a utilização do cartão, bem assim o financiamento de suas compras.

Em face dessas considerações, entende esta Autarquia que as empresas administradoras de cartões de crédito deveriam melhor explicitar os encargos cobrados aos seus clientes, tanto nos contratos que regulam essas operações, como nos extratos e informações periodicamente encaminhados aos usuários de cartões de crédito. De resto, as operações e procedimentos descritos no contrato oferecido como modelo, não configuram, no entender desta Autarquia, a prática de intermediação financeira, caracterizável como operação privativa de instituições financeiras, para os fins dos arts. 17 e 18 da Lei nº 4.595/64 e art. 1º da Lei nº 7.492/86." (fls. 57/59)

Não olvido que a falta de inquérito policial, não é óbice para a instauração da Ação Penal, e isto pelo que dispõe a CF/88, no seguinte artigo e itens:

“Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I — promover, privativamente, a ação penal, na forma da lei;

.....

VIII — requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;”

E, o CPP, no seu artigo 12, dispõe:

“Art. 12. O inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra.”

É evidente, portanto, a desnecessidade de abertura de inquérito policial, para o oferecimento da denúncia, considerado, sempre, seu caráter subsidiário para esta.

No entanto, no caso dos autos, há que se destacar que o Ministério Público solicitou informações ao Banco Central a respeito das atividades praticadas pela empresa e antes de que qualquer diligência, providência ou informação do órgão questionado viesse a lume, o representante do *Parquet* ofereceu denúncia contra os ora recorrentes, no meu entender, precipitadamente.

Entendemos que, para a propositura da ação penal, não bastam elementos indicadores da ocorrência do fato, e sim, a prova da existência do mesmo, caracterizador do crime. E o fato descrito, como entende a jurisprudência dominante de nossos Tribunais Superiores,

deve ser subsumível a uma descrição abstrata na lei (tipo penal); se não se reveste de tipicidade, não há imputação de crime e a denúncia deve ser rejeitada (RT 546/351; RT 548/382; RT 609/445).

Bem diz a ilustre parecerista, Dra. Sylvia Helena de Figueiredo Steiner, digna Procuradora da República, às fls. 428, quando pugnou pela concessão da ordem, para o trancamento da ação penal:

“Nos autos da ação penal a que respondem os pacientes, não há qualquer fato, descrito na pena que a inaugurou, que se subsuma aos tipos penais nela invocados. Como bem observado pelo I. parecerista Prof. Miguel Reale Jr., “o que primeiro ressalta na análise da denúncia, no presente caso, é que não se trata de imputação de fato que se conclui típico. Não se está defronte de uma denúncia, e sim perante uma tese. Verifica-se que não se pretende provar o fato, mas uma possível interpretação da lei e dos fatos que permitem a adequação típica da conduta.” (fls. 255/289)

Os elementos trazidos pelo órgão acusador poderiam, quando muito, justificar uma melhor investigação, pelas vias adequadas, respeitado o *due process of law*. O que não se pode admitir é a instauração de ação penal com base em precária “prova” emprestada de ação civil pública, antes que profunda e sistemática análise interdisciplinar deslindasse

as questões controvertidas nela suscitadas, trazendo aos autos os elementos indiciários suficientes para embasar a denúncia.”

Como já dissemos de início, a completa ausência do **fumus boni juris**, logo, de justa causa para a propositura da ação penal, ficou estampado no ofício enviado pelo Banco Central do Brasil, órgão legalmente investido da função de fiscalização das entidades financeiras ao órgão do *Parquet* federal (fls. 56/59), quando finaliza:

“De resto, as operações e procedimentos descritos no contrato oferecido como modelo não configuram, no entender desta Autarquia, a prática de intermediação financeira, caracterizável como operação privativa de instituições financeiras, para os fins dos artigos 17 e 18 da Lei 4.595/64 e art. 1º, da Lei 7.492/86.”

Desta forma, se o Banco Central do Brasil afirmou a legalidade das operações praticadas pela administradora, e o faz como órgão encarregado pela Administração Federal, para a fiscalização destes atos, não pode a Justiça, posteriormente, considerar ilícita a mesma conduta.

Tivesse o Ministério Público aguardado a resposta do Banco Central, ao seu questionamento, com certeza não teria, impulsivamente, denunciado a ora recorrente, por fatos considerados legais.

Desta forma entendendo, ante a inexistência de fato que caracteri-

ze crime, dou provimento ao recurso da American Express do Brasil S/A Turismo, para o fim de trancar a ação penal movida contra ela.

Junte-se cópia deste relatório e voto ao HC nº 3.600 que se acha apenso.

É como voto.

## VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ ARNALDO DA FONSECA: Na realidade, Sr. Presidente, há dúvida na tipificação.

Por essa razão, acompanho o Sr. Ministro-Relator.

## VOTO (VISTA)

O SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: Senhores Ministros, os ora recorrentes foram denunciados pelo Ministério Público Federal pela prática do crime previsto na Lei 7.492/86, art. 16, sob acusação de que a American Express do Brasil S/A Turismo, empresa da qual são todos sócios e administradores, estaria, sem prévia autorização do Banco Central do Brasil, praticando intermediação financeira, atividade esta privativa de instituições financeiras. E ainda, pela prática do delito previsto na Lei 1.521/61, art. 4º, a, por cobrarem, em decorrência da intermediação financeira, comissões sobre dívidas em dinheiro.

Indeferido o **habeas corpus** impetrado no Tribunal Regional Federal da 3ª Região, com o fim de trancar a ação penal, manifestaram, en-

tão, este recurso, renovando as razões do pedido originário.

Após o voto do Ministro-Relator, dando provimento ao recurso, no que foi acompanhado pelos Ministros José Arnaldo e Felix Fischer, pedi vista para melhor me inteirar de alguns aspectos que não me pareceram claros na ocasião, considerando inclusive a complexidade do tema, que envolve questões de ordem financeira.

Entretanto, examinando detidamente os autos e desfeitas as dúvidas, penso que a razão está mesmo em conceder a ordem para trancar a ação penal.

A conduta atribuída à administradora na inicial acusatória, consistente em captar recursos financeiros de terceiros e repassá-los aos titulares de cartões, na verdade, não ocorreu.

Com efeito, a atividade por ela praticada, como bem acentuou o Relator no seu voto, em nada assemelha com as operações tidas como *exclusivas de agentes financeiros*.

A empresa administradora de cartões de crédito, na realidade, age como mandatária dos usuários dos cartões de crédito na obtenção de empréstimo bancário, sendo claro que os recursos entram diretamente no patrimônio dos mandantes, que são representados pela administradora diante da instituição. É dizer, as partes no contrato de mútuo são, na verdade, o Banco e os titulares dos cartões de crédito. No tocante ao crime de usura, também não vejo configurada a conduta ali descrita, colocando-me de pleno acordo com o renomado comerciante **Fábio Conder Comparato**, quando afirma que tal delito refere-se ao *mútuo ou empréstimo em dinheiro*, e que os negócios praticados pelas administradoras de cartões de crédito não caracterizam empréstimo de dinheiro.

Assim, acompanho o relator para dar provimento ao recurso.

É o voto.

---

## RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 6.547 — SP

(Registro nº 97.0041573-2)

Relator: *O Sr. Ministro Cid Flaquer Scartezzini*

Recorrente: *Antônio José Felloni*

Advogados: *Eduardo Pinheiro Puntel e outros*

Recorrido: *Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo*

Paciente: *Antônio José Felloni*

**EMENTA: RHC — Depositário infiel — Falência decretada — Prisão civil — Prejudicialidade.**

— A superveniência da falência prejudica a decretação da prisão civil contra o sócio-gerente, nomeado fiel depositário dos bens dados em garantia.

— Recurso provido.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Ministro-Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros José Arnaldo, Felix Fischer, Edson Vidigal e José Dantas.

Brasília, 01 de julho de 1997 (data do julgamento).

Ministro EDSON VIDIGAL, Presidente. Ministro CID FLAQUER SCARTEZZINI, Relator.

Publicado no DJ de 22-09-97.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Trata-se de recurso em **habeas corpus** intentado contra acórdão do Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, que denegou a ordem impetrada em favor de Antônio José Felloni, objetivando a expedição de contramandado de prisão civil, contra ele decretada, em razão do descumprimento de obrigação de fiel depositário, de bens penhorados em garantia de execução.

Remetidos os autos a esta Superior Instância e prestadas as informações de estilo, a douta Subpro-

curadoria Geral da República opina pela concessão da ordem, por entender que a prisão civil não se justifica mais, por força de falência decretada, impossibilitando o paciente de apresentar os bens ou de depositar o equivalente em dinheiro.

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI (Relator): Sr. Presidente, a questão da presente impetração consiste em se saber da legalidade ou não da decretação da prisão civil, pelo fato do paciente, nomeado fiel depositário dos bens da empresa executada, de sua propriedade, intimado a devolvê-los ou depositar o equivalente em dinheiro, não tê-lo feito, em razão da quebra da empresa, da qual era representante legal.

Preenchidos os requisitos legais, por força do disposto no art. 5º, inciso LXVII, da Carta Política, não haveria a ilegalidade, tendo em vista que o decreto prisional objetiva obter a satisfação da obrigação pelo depositário infiel, e só se concretizará caso não atendida a ordem judicial.

Ocorre, no entanto, que a empresa, da qual o paciente era sócio-gerente, faliu, e os bens da massa falida passaram para a administração de um síndico, impossibilitando ao

devedor deles dispor para promover a sua devolução ao credor.

É importante notar, ainda, que a penhora dos bens, cuja apresentação se pretende, é anterior à decretação da falência e, apesar de ter havido acordo entre as partes, que

suspendeu a execução, o seu cumprimento restou inviabilizado, ante a falência decretada, não mais se justificando a prisão civil.

Ante tais considerações, dou provimento ao recurso.

É como voto.

---

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 4.939 — DF  
(Registro nº 94.0031964-9)

Relator: *O Sr. Ministro Edson Vidigal*

Recorrente: *Yeda Maria Morales Sanchez*

Advogado: *Miltonilo Cristiano Pantuzzo*

Tribunal de Origem: *Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios*  
Impetrado: *Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal*

Recorrida: *União Federal*

Sustentação Oral: *Dr. Mario Gilberto de Oliveira (p. Recte.)*

**EMENTA:** *Administrativo. Concurso público para juiz de direito substituto do Distrito Federal e Territórios. Cálculo da média final em desacordo com o Edital nº 192.*

1. Conforme o art. 31 do Edital, “às notas das provas escritas da 2ª fase, das orais e dos títulos serão atribuídos respectivamente, os pesos 02 (dois), 02 (dois) e 01 (um), para efeito de cálculo da média final.”

2. A forma de cálculo realizada pela Comissão julgadora, aplicando os pesos sobre a média obtida em cada tipo de prova, e não sobre a nota de cada prova individualmente, configurou ilegalidade administrativa.

3. Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal

de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, determinando a inclusão da recor-

rente na lista dos aprovados. Votaram com o Relator, os Srs. Ministros José Dantas, Cid Flaquer Scarcezini, José Arnaldo e Felix Fischer.

Brasília, 12 de maio de 1997 (data do julgamento).

Ministro EDSON VIDIGAL, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 04-08-97.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: Reprovada no Concurso de Juiz de Direito Substituto e inconformada com a forma de cálculo de sua nota final, apresentou a recorrente Recurso Administrativo junto ao Tribunal de Justiça do DF.

Sem lograr êxito na esfera administrativa, impetrou Mandado de Segurança contra o Senhor Presidente do Tribunal de Justiça, alegando ter sido prejudicada no cálculo da sua média final no Concurso, à medida que o Edital, em seu art. 31, determinou que fosse aplicado peso 2 (dois) sobre as notas das provas escritas e orais e peso 1 (um) sobre a prova de títulos, e não sobre as médias parciais obtidas em cada tipo de prova, como calculou a Comissão julgadora.

Outrossim, insurgiu-se contra o caráter subjetivo e duplamente eliminatório da prova de títulos, vez que apesar de não ter sido estipulado nenhum critério para a sua análise, foi exigida a nota mínima 3 (três), bem como foi utilizada para o cálculo da média final.

O Conselho Especial do Tribunal de Justiça denegou a segurança em Acórdão assim ementado:

— Mandado de Segurança. Concurso Público para Juiz de Direito. Competência para apreciar o Mandado de Segurança.

Discussão sobre justiça das notas. Fórmula de cálculo das médias.

— Denegado recurso administrativo pelo Tribunal, compete-lhe apreciar Mandado de Segurança respectivo. Precedente do S. T. F.

— A correção de provas e atribuições de notas escapam ao controle judicial salvo casos de erro grosseiro ou ilegalidade manifesta.

— A interpretação conjugada dos arts. 23, 30, 31 e 34 do edital do concurso permitem concluir pela liceidade do procedimento da banca apurando a média da candidata para cada grupo de provas e aplicando-lhe o peso correspondente. As normas editalícias não de ser interpretadas não isolada, mas conjugadamente.”

Após terem sido rejeitados Embargos de Declaração, interpôs a impetrante Recurso Ordinário, reiterando a fundamentação expendida na inicial no tocante à forma do cálculo da nota final.

Admitido o recurso, subiram os autos para este Superior Tribunal.

Instado a se manifestar, o nobre representante do Ministério Público Federal apresentou o parecer de



fls. 155 a 159, opinando pelo conhecimento e provimento do recurso.

Suscitada questão de ordem incidental de competência perante a Corte Especial, foi declarada a Terceira Seção como competente para julgar o feito.

Relatei.

## VOTO

O SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL (Relator): Senhores Ministros, a questão restringe-se em verificar se a recorrente teria direito a ter sua nota final do Concurso calculada segundo a sua interpretação do Edital.

Consoante o art. 16 do Edital nº 192 do Concurso para o cargo de Juiz de Direito Substituto do Distrito Federal, publicado no DJ de 25.03.92, as provas escritas da 2ª fase eram em número de 04 (quatro), versando sobre as seguintes matérias: 1. Direito Penal e Direito Processual Penal; 2. Direito Civil e Direito Processual Civil; 3. Direito Comercial e Direito Processual Civil e 4. Direito Constitucional, Direito Administrativo e Direito Processual Civil.

Quanto às provas orais, o Edital assim determinou:

“Art. 24. *As provas orais* serão realizadas perante a comissão do Concurso reunida, feita argüição pelo relator.

Art. 25 — A argüição pelo relator será feita sobre o ponto sorteado, devendo o candidato respon-

der a todas as perguntas, impugnações e objeções, durante 15 (quinze) minutos, para cada uma das 07 (sete) disciplinas.”

Do disposto nos artigos acima citados, verifica-se terem sido realizadas 4 (quatro) provas escritas da 2ª fase e 07 (sete) provas orais.

Para o cálculo da nota final, disciplinaram os seguintes artigos do mesmo Edital:

“Art. 31. Às notas das provas escritas da 2ª fase, das orais e dos títulos serão atribuídos respectivamente, os pesos 02 (dois), 02 (dois) e 01 (um), para efeito de cálculo da média final.

Art. 32. A Comissão do Concurso procederá à apuração final, sendo considerados aprovados os candidatos que, nas provas escritas, nas orais e nos títulos tenham alcançado média igual ou superior a 06 (seis).”

Tomando-se por base o cálculo final com a aplicação dos pesos para cada prova realizada: 04 (quatro) escritas, 07 (sete) orais e 01 (uma) de títulos, a recorrente teria passado no concurso com média 6,326.

Entretanto, a Comissão julgadora aplicou os pesos sobre a média obtida em cada grupo de provas, totalizando a nota da recorrente em 5,74, razão pela qual foi reprovada.

A clareza e a objetividade devem nortear a elaboração do edital, uma vez que obrigações estão sendo cria-

das tanto para o concursando quanto para a própria Administração.

Da interpretação do Edital, como lei entre as partes, verifica-se que o art. 31 determinou a aplicação dos pesos “às notas das provas escritas da 2ª fase, das orais e dos títulos”. É de se concluir, pois, que o cálculo deveria ter sido efetuado sobre cada nota individualmente para que depois viesse a ser encontrada a média final.

Para que a forma de cálculo realizada pela Comissão julgadora viesse a ter amparo na norma editálicia, o referido artigo deveria ter estipulado expressamente que os pesos fossem aplicados sobre a *média apurada* em cada tipo de prova.

Tanto é verdade que no momento em que desejou que fosse considerada a média e não cada nota individualmente, explicitou claramente o Edital, como se pode observar do seu art. 34:

“Art. 34. Se mais de um candidato obtiver a mesma média final, considerar-se-á, apenas para efeito de desempate, a nota obtida na prova escrita da primeira fase. Persistindo o empate, serão classificados nessa ordem:

1. pela média das provas escritas da segunda fase;
2. pela média das provas orais;
3. pela nota de títulos; e
4. pelo tempo de prática profissional.”

Pelo exposto, conheço e dou provimento ao recurso, a fim de que a média final da recorrente seja calculada com a aplicação dos pesos sobre todas as provas escritas, orais e de títulos, sendo, por conseguinte, incluída na lista dos aprovados.

É o voto.

#### VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Senhor Presidente, a rigor dos costumes, o peso que se dá em qualquer exame refere-se à média das notas obtidas em cada tipo de prova. Mas, neste caso, a linguagem do edital deixa claro que tal peso recairá sobre cada uma das provas do concurso, e não pelas respectivas médias.

Acompanho o voto de V. Exa.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 7.566 — SE

(Registro nº 96.0051870-0)

Relator: *O Sr. Ministro José Dantas*

Recorrente: *Sindicato dos Trabalhadores da Educação no Ensino de Primeiro e Segundo Graus da Rede Oficial do Estado de Sergipe — Síntese*

Advogado: *Dr. José Luiz Gomes*

Tribunal de Origem: *Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe*

Impetrado: *Governador do Estado de Sergipe*

Recorrido: *Estado de Sergipe*

Advogados: *Drs. José Alcides Vasconcelos Filho e outros*

**EMENTA:** *Sindicato. Legitimidade ativa para interesses da categoria.*

— **Princípio da unicidade. Uniforme jurisprudência sobre reconhecer legitimidade ativa dos sindicatos desmembrados da categoria profissional maior.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso de forma que, arredada a prejudicial de ilegitimidade ativa, o Egrégio Tribunal **a quo** julgue o pedido pelo mérito. Votaram com o Relator os Ministros Cid Flaquer Scartezzini, José Arnaldo, Felix Fischer e Edson Vidigal.

Brasília, 02 de setembro de 1997 (data do julgamento).

Ministro EDSON VIDIGAL, Presidente. Ministro JOSÉ DANTAS, Relator.

---

Publicado no DJ de 29-09-97.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Trata-se de acórdão que deu pela ilegitimidade ativa do sindicato impetrante do mandado de segurança, posto que, limitado à representação dos Trabalhadores da Educação de Sergipe, invadira área do sindicato de maior jurisdição, o dos Trabalhadores nos Serviços Públicos do Estado de Sergipe — fls. 47.

Em acolhimento do recurso ordinário interposto, nesta instância o parecer do Subprocurador-Geral Antônio Fernando é pelo provimento, por conta da já consolidada jurisprudência dos tribunais superiores quanto à dualidade sindical que se ponha em área de desmembramento da categoria maior — fls. 102.

Relatei.

## VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Senhor Presidente, concorde-se com o parecer, posto na melhor leitura do princípio constitucional da unicidade sindical, conforme colação dos precedentes que seguem comentados:

“5. Ocorre que, além de consagrar a unicidade sindical, a Carta Magna traz também o princípio da liberdade sindical, que não pode ser ignorado. A categoria dos servidores públicos é muito ampla e heterogênea, comportando uma enorme gama de tipos de profissionais, cabendo ao trabalhador filiar-se ao sindicato que mais se adapta aos seus anseios, observadas a similaridade e conexão das atividades. O STF já reconheceu a legitimidade de sindicato em caso assemelhado a este.

“Mandado de segurança coletivo — Impetração por entidade sindical revestida de legitimidade (Sindireta) — Representação de categoria funcional vinculada à administração direta do Distrito Federal — Princípio da unicidade sindical — Observância — Reposição salarial (84,32%) — Direito adquirido dos servidores públicos do DF — Inaplicabilidade da Lei Federal nº 8.030/90 ao plano local — Autonomia constitucional do Distrito Fe-

deral — Recurso extraordinário não conhecido.

— A existência, na mesma base territorial, de entidades sindicais que representam estratos diversos da vasta categoria dos servidores públicos — funcionários públicos pertencentes à Administração direta, de um lado, e empregados públicos vinculados a entidades paraestatais, de outro, cada qual com regime jurídico próprio — não ofende o princípio da unicidade sindical. Legitimidade do Sindicato dos Servidores Públicos Cíveis da Administração Direta, Autarquias e Tribunal de Contas do Distrito Federal (Sindireta) para agir na defesa dos direitos e interesses de seus filiados.”<sup>(1)</sup>

6. No voto que proferiu no julgamento do recurso extraordinário supra o Ministro Celso de Mello ponderou:

“Assim, parece-me que estamos diante daquela hipótese em que os servidores decidiram desmembrar a categoria a que pertenciam formando duas outras, especiais em relação àquela de que se originaram, por vislumbrarem nestas novas categorias características e peculiaridades mais condizentes com as funções que de-

---

(1) Recurso Extraordinário nº 159.228/DF, 1ª Turma, Rel. Ministro Celso de Mello, in RTJ 157/1.045.

sempenham, cabendo a eles — servidores — optar pelo sindicato que melhor os represente.”

7. Ademais, a questão da unidade sindical, bem como a da conseqüente discussão sobre qual das entidades há de prevalecer, somente pode ser agitada em processo em que estejam presentes os dois sindicatos existentes sobre a mesma base territorial. Vale lembrar que o Tribunal **a quo**, em outra oportunidade (fls. 28/37) já reconheceu a legitimidade do Sindicato recorrente.

8. Superado este questionamento, o que nos parece fundamental é que o interesse defendido tenha identidade com o interesse do impetrante, que **in casu** é um sindicato. Não são quaisquer interesses dos associados que podem ser defendidos pelo Sindicato, mas somente os que coincidem com os interesses sociais do próprio sindicato. Neste sentido **J.J. Calmon de Passos**:

“As entidades atuam em nome próprio, mas na defesa de direitos de seus membros ou associados, como substitutos processuais, portanto, independentemente da autorização referida no inciso XXI. Mas, como é próprio de toda substituição processual, só pode assim agir quando existente um nexo que correlacione o interesse (jurídico) da entidade com o interesse (jurídico) do membro ou

associado. E, para definir esse nexo (ineliminável em toda substituição processual), a alínea **b** foi expressa em dizer que a legitimação (extraordinária) da organização sindical, da entidade de classe, da associação só ocorre na defesa dos interesses de seus membros ou associados.

Vale dizer, a legitimação diz respeito não à defesa dos “direitos” dos seus membros associados cujo substrato material seja um “interesse de membro” ou “interesse de associado”.<sup>(2)</sup>

9. A questão da legitimação do Sindicato para ajuizar mandado de segurança coletivo “em defesa dos interesses de seus membros ou associados” já mereceu a atenção do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Mandado de Segurança nº 20.936-DF<sup>(3)</sup>, oportunidade em que o relator para o acórdão, o Ministro Sepúlveda Pertence, destacou aspecto que é relevante para a solução da questão veiculada no recurso em exame. Refiro-me à espécie de direito que pode ser defendido pelo Sindicato, independentemente de autorização do associado. Disse o ilustre Ministro:

---

(2) Calmon de Passos in Mandado de Segurança Coletivo — Mandado de Injunção — Habeas Data — Constituição e Processo, Rio de Janeiro, Forense, 1989, págs. 12/13.

(3) Íntegra do acórdão na RTJ 142, págs. 446/469.

“Assim, no ponto que interessa à causa, o pressuposto da legitimação da entidade, para **Calmon**, é que estejam em jogo direitos (individuais) de associados seus que guardem certo vínculo com os fins mesmos da entidade (interesse qualificador do vínculo associativo).

De fato. O caso é de atuação das associações em nome próprio na defesa de direito alheio, ou seja, de seus membros; mas — explica o autor (**op. cit.**, pág. 12) — como é próprio de toda substituição processual (...) só pode assim agir quando existente um nexó que correlacione o interesse (jurídico) da entidade com o interesse jurídico do membro ou associado. E para definir esse nexó (ineliminável em toda a substituição processual), a alínea **b** (CF, art. 5º, LXX), ‘foi expressa em dizer que a legitimação (extraordinária) da organização sindical, de entidade de classe, de associações só ocorre na defesa dos “interesses de seus membros ou associados.”’

‘Vale dizer’, é ainda **Calmon de Passos** quem conclui, ‘a legitimação diz respeito não à defesa dos “direitos” dos seus membros ou associados, *tout court*, sim dos “direitos” de seus membros ou associados cujo substrato material seja um “interesse de membro” ou “interesse de associado”’.

Tenho por exata a colocação, que coincide, aliás, em substância, com a de várias reflexões pioneiras sobre o instituto novo (**Lúcia do Valle Figueiredo**, Perfil do Mandado de Segurança Coletivo, ed. RT, 1989, pág. 18; **Vicente Greco Filho**, Tutela Constitucional das Liberdades, ed. Saraiva, 1989, pág. 168, **Carlos Ari Sundfeld**, Anotações sobre o Mandado de Segurança Coletivo, Rev. PGE/SP, jun. 88, pág. 163, 1969; **Nagib Slaibi Fº**; Anotações à Constituição de 1988, Forense, 1989, pág. 257).<sup>(4)</sup>

10. No mesmo julgamento o Ministro Celso de Mello traçou com precisão os parâmetros para incidência do art. 5º, inciso LXX, letra **b**, da Constituição Federal, quando afirmou:

“O âmbito de incidência desse importante remédio constitucional restringe-se, pois, à defesa dos direitos e interesses jurídicos dos associados e membros de entidades sindicais, que se qualifiquem, estritamente, como interesses jurídicos e direitos vinculados ou inerentes à categoria econômica ou profissional dos que a esta pertencam.

Direitos subjetivos ou individuais, que derivem de um vínculo-base, de natureza jurídica, aos quais se outorgue uma conotação corporativa — eis, aí, a natureza das situa-

(4) **Idem**, pág. 455.

ções jurídicas amparáveis pelo Poder Judiciário, mediante mandado de segurança coletivo, impetrado por entidade ou organismo sindical.”<sup>(5)</sup>

11. Igual orientação pode extrair-se do voto do Ministro Moreira Alves quando negou legitimidade ao Sindicato, naquela oportunidade, por não estar “representando os sindicatos no que diz respeito ao interesse deles como sindicalizados.”<sup>(6)</sup>

12. Esse é também o entendimento manifestado pela Primeira Seção dessa Corte, *verbis*:

“A Constituição Federal (art. 5º, LXX, b), ao atribuir, às associações, o poder de impetrar mandado de segurança coletivo em defesa dos interesses dos seus membros, criou caso de legitimação extraordinária que se enquadra no instituto da substituição processual, porquanto age (a associação) em nome próprio por direito de terceiros, estando legitimada a postular em juízo o direito de que não é titular, por determinação da Carta Política.

A entidade associativa que impetra segurança coletiva não se coloca, no processo, como mandatária dos respectivos associados, razão por que torna-se desnecessária a prévia autorização de seus membros.”<sup>(7)</sup>

(5) *Idem*, pág. 465.

(6) *Idem*, pág. 469.

(7) MS nº 4.126-DF, relator Ministro Demócrito Reinaldo, decisão unânime, in RSTJ 84, pág. 63.752.

13. O posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que coincide com o dessa Corte, qual seja, o de que a legitimidade extraordinária prevista no art. 5º, inciso LXX, letra b, da Constituição Federal, pressupõe a defesa de direitos com conotação corporativa, e que encontra conforto na doutrina<sup>(8)</sup>, indica, ao meu ver, que a questão a ser resolvida no caso é a de caracterizar ou não o direito vindicado pelo recorrente em prol dos seus associados “como (...) vinculados ou inerentes à categoria econômica ou profissional dos que a esta pertencem”, conforme anotou o Ministro Celso de Mello no voto já mencionado.

14. O recorrente, como se sabe, ingressou com mandado de segurança coletivo objetivando observância da sistemática de reajustes de vencimentos e salários dos seus associados, prevista na Lei Estadual 2.804/90, circunstância que revela a existência de nexos relacionando o interesse jurídico do sindicato com o interesse jurídico dos associados, de modo que se justifica plenamente a substituição processual e, assim, a legitimidade da recorrente para propor o **mandamus** coletivo.” — fls. 102/106.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso, de forma que, arredada a prejudicial de ilegitimidade ativa, o Eg. Tribunal **a quo** julgue o pedido pelo mérito.

(8) J. J. Calmon de Passos, O Mandado de Segurança Coletivo, Rio de Janeiro, Forense, 1989, páginas 12/15.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 8.130 — MG  
(Registro nº 97.0002845-3)

Relator: *O Sr. Ministro José Dantas*

Relator p/Acórdão: *O Sr. Ministro Cid Flaquer Scartezzini*

Recorrente: *Raphaela Alves Costa*

Advogados: *Sérgio Monteiro de Andrade e outros*

Tribunal de Origem: *Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais*

Recorrido: *Estado de Minas Gerais*

Advogados: *Francisco Deiro Couto Borges e outros*

Sustentação Oral: *Sérgio Monteiro de Andrade (p/Recte.)*

**EMENTA:** *Recurso em mandado de segurança — Reversão — Quorum.*

— **O indeferimento do pedido de reversão é equiparado ao ato que coloca em disponibilidade o magistrado, razão por que deve ser observado o quorum de dois terços dos votos na decisão (inciso VIII, do art. 93, da Constituição Federal).**

— **Recurso provido.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e, por maioria, lhe dar provimento. Os Ministros Felix Fischer, Edson Vidigal votaram com o Ministro Cid Flaquer Scartezzini, que lavrará o acórdão. Votaram vencidos os Ministros Relator e José Arnaldo.

Brasília, 10 de junho de 1997  
(data do julgamento).

Ministro EDSON VIDIGAL, Presidente. Ministro CID FLAQUER SCARTEZZINI, Relator p/ acórdão.

Publicado no DJ de 01-09-97.  
Republicado no DJ de 22-09-97.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: A esse título, valho-me do esforço contido nas informações da autoridade indicada à impetração, Des. Monteiro de Barros, **verbis**:

“1. A Impetrante ocupava o cargo de Juiz de Direito da Comarca



de Mercês quando foi colocada em disponibilidade remunerada, com fundamento no Ato Institucional nº 1, de 09.04.64, artigos 7º, § 1º e 8º, em decorrência das conclusões a que chegou a Comissão Especial de Investigação, instituída pelo Decreto nº 7.600/64.

2. Com o advento da Lei Federal nº 6.683, de 28.08.79, regulamentada pelo Decreto nº 84.143, de 31.10.79, a magistrada requereu sua reversão ao serviço ativo, obtendo pronunciamento desfavorável da Eg. Corte Superior deste Tribunal que, na sessão do dia 12.12.80, indeferiu seu pedido, ao fundamento de inexistir interesse da Administração no retorno da juíza anistiada, tudo em conformidade com o disposto no art. 3º, **caput**, da mesma Lei.

3. Dessa decisão, a magistrada impetrou o Mandado de Segurança nº 15, cuja ordem foi denegada em 25.08.82. Opôs, então, Embargos Declaratórios, rejeitados em 27.10.82. Interpôs, em seguida, Recurso Extraordinário para o Supremo Tribunal Federal e, visando o seu seguimento, interpôs agravo de instrumento, a que foi negado provimento em 12.09.83.

4. Em 09.04.85, propôs ação rescisória perante a Suprema Corte, a qual julgando-se incompetente remeteu os autos da ação a este Tribunal de Justiça. Em 08.08.90, a rescisória, que recebeu o nº 1.254-2, foi julgada improcedente (fls. 113/127-TJMG).

5. Antes mesmo do trânsito em julgado dessa decisão, a magistrada renovou o pedido de reversão, desta vez com fundamento na Emenda Constitucional nº 26/85, requerendo, na mesma oportunidade, as promoções a que teria direito se estivesse em exercício.

6. Quando já em curso o procedimento para a apreciação do pedido de reversão (Processo de Competência da Comissão Permanente nº 817), a impetrante pleiteou que seus pedidos fossem examinados, também, à luz do art. 8º do ADCT da Constituição Federal de 1988.

7. Após regular processamento, a Corte Superior desta Casa indeferiu, por maioria de votos, a pretensão da magistrada, conforme súmula do acórdão publicada no “Minas Gerais — Diário do Judiciário” do dia 30.03.94.

8. Inconformada, a magistrada impetrou o presente mandado de segurança, cuja inicial foi indeferida pelo relator do *writ*, nos termos do art. 8º da Lei nº 1.533/51. A decisão foi, então, confirmada em sede de agravo regimental julgado pela Corte Superior que, à unanimidade, negou provimento ao recurso.

9. Irresignada, a magistrada Raphaela Alves Costa interpôs recurso ordinário, objetivando o reconhecimento de direito subjetivo, que afirma ser líquido e certo, de reversão ao cargo de juiz de Direito de Entrância inicial do Estado de Minas Gerais, que anteriormente ocupava.

10. O Recurso Ordinário foi provido parcialmente pelo Superior Tribunal de Justiça, que determinou o retorno dos autos a esta instância para o julgamento do *writ*.

11. Na inicial do **mandamus**, o pedido está assim colocado: “pede-se a concessão da segurança, para ordenar se faça a reversão da Impetrante ao cargo de Juíza de Direito de Comarca no Estado de Minas Gerais”.

A Impetrante sustenta possuir direito líquido e certo à reversão, ao fundamento de que a anistia “faz desaparecer o fato do cenário jurídico”, apagando a eficácia do ato punitivo, e por consequência, todos os seus efeitos. Dessa forma, concluiu: “o indeferimento de seu pedido de anistia, reiterado por essa douta Corte Superior, na verdade, implica uma indevida renovação do ato punitivo.”

12. Argumenta, mais, haver irregularidades no próprio ato indeferitório, que seria ilegal porque ausente a motivação, a razoabilidade, bem como a impessoalidade dos integrantes do Colegiado, os quais teriam proferido julgamento subjetivo.” — fls. 690/91.

Denegou-se a segurança por maioria de votos, ao ver dos quais, em síntese, o ato administrativo atacado não padecera de qualquer ilegalidade, formalmente perfeito porque não se exige para a reversão o mes-

mo **quorum** qualificado imposto ao processo de disponibilidade do juiz (art. 93, VIII, da Constituição), e substancialmente, porque se conteve nos limites dos requisitos de conveniência e oportunidade conferidos à Administração Pública no tocante à reversão do servidor posto em disponibilidade, consoante a Súmula 39-STF (voto condutor a fls. 715/20).

O recurso ordinário reportou-se às razões da inicial, pondo-se em louvar os votos vencidos, segundo os quais, em ligeira síntese, o ato denegatório da reversão resultara em tornar permanente a disponibilidade da impetrante, apesar de alcançada pela anistia, por isso que sua manutenção sujeitar-se-ia ao discutido **quorum** punitivo.

Nesta instância, o parecer do Subprocurador-Geral Wagner de Castro é de apoio aos fundamentos do v. acórdão recorrido. — fls. 788/92.

Relatei.

#### VOTO (VENCIDO)

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Senhor Presidente, cumprida a decisão desta Turma determinante do julgamento do mérito do mandado de segurança, a relatada pretensão da impetrante volta a exame.

Relembre-se a seqüência dos pedidos de reversão interpostos pela ora impetrante, segundo anotação dos autos:

“... a Requerente teve seu pedido anterior indeferido em sessão de 12.12.80. Impetrou Mandado de Segurança sob o nº 15 em 20.04.81, que foi denegado em 25.08.82; opôs Embargos Declaratórios ao Acórdão, que foram rejeitados em 27.10.82; interpôs Recurso Extraordinário para o STF em 28.11.82, que foi inadmitido em 02.12.82; interpôs, então, Agravo de Instrumento em 09.12.82, tendo sido negado seguimento no STF em 12.09.93.

Ainda insatisfeita, intentou Ação Rescisória junto ao STF em 09.04.85, que se entendeu incompetente em data de 20.04.87, remetendo os autos da Ação Rescisória a este Egrégio Tribunal de Justiça, recebendo o nº 1.254-2, vindo a Ação a ser julgada improcedente em 08.08.90 (fls. 237/238).

Outro requerimento fez em 07 de maio de 1986, do qual resultou o Acórdão atacado, de 13.10.93, que lhe indeferiu outro pedido de reversão e de promoção na inatividade.

Ao que se vê, em sete oportunidades o Eg. Tribunal e o colendo STF já se manifestaram sobre seu pedido, administrativa e judicialmente, sempre de forma negativa. E do último sequer houve recurso”. — fls. 716/17.

A partir desse informativo, verifica-se que o ato administrativo atacado cuidou da aplicação da EC 26/85, que a propósito da anistia dispôs:

“Art. 4º: ...

§ 4º — A Administração Pública, à sua exclusiva iniciativa, competência e critério, poderá readmitir ou reverter ao serviço ativo o servidor público anistiado”. — fls. 723.

Assim cuidando, na verdade, cumpre dar relevo à compreensão da carência de direito do anistiado à reversão, favorecimento esse que a norma constitucional deixou a nuto da Administração Pública, a critério, pois, do requisito de conveniência que sempre lhe foi reconhecido estabelecer. (Súmula 39/STF).

É bem verdade que, ao ato atacado pela impetrante, sobreveio a Carta de 1988, cujo ADCT, art. 8º, ampliou o espaço e o tempo de abrangência da anistia. Fê-lo, porém, sem qualquer referência à reversão do anistiado ao serviço público, pelo que nenhuma incidência lhe deve o caso dos autos, como se fosse de aplicar analogicamente a norma do art. 303, I, do CPC.

Por sua vez, com a devida vênua daqueles votos vencidos, não merece assento formal dizer-se maculado o ato denegatório da reversão porque fora deliberado por **quorum simples**. A exigência do **quorum maior**, requisitado para a deliberação da disponibilidade do magistrado, decerto que não pode elastecer-se para outra qualquer hipótese além das que a regra constitucional elencou a estilo **numerus clausus**. Isto é, ato de remoção, disponibilidade e aposentadoria, por interesse públi-

co, aos quais sequer se assemelha a deliberação da reversão do disponível; quanto mais quando tal deliberação foi deixada a critério da Administração, por força de norma igualmente de natureza constitucional — anistia regulada pelo art. 4º, § 4º, da Emenda Constitucional nº 26/85.

Desse modo, desde a recusa da aplicação do art. 93, VIII, da Constituição ao procedimento em causa — porque somente exigível o **quorum qualificado** para a deliberação impositiva da disponibilidade, e nunca do indeferimento da reversão —, desde esse aspecto formal até o substancial (anistia das punições políticas), repita-se, o ato atacado neste mandado de segurança se ressaia incólume a pecha de ilegalidade. Esse convencimento se consola pelos fundamentos dos votos majoritários, agora com as achegas do Ministério Público Federal, neste trecho de seu parecer:

“Não é demais lembrar aqui, mesmo diante de seletos colegiados de magistrados, que versa o presente processo sobre mandado de segurança, ação de natureza nobre, pois promana da própria Constituição Federal e para cuja propositura e êxito se demanda maior rigor no exame da observância dos pressupostos respectivos, como demonstração e comprovação da existência de direito líquido e certo, por prova pré-constituída, correta indicação da autoridade impetrada, que esteja a coartar esse direito, etc.

Neste passo, vale repisar tópico da argumentação aduzida pelo signatário em seu pronunciamento primeiro neste processo, ainda que se examinasse na oportunidade apenas o indeferimento da inicial do *writ*, permanecendo válidas as razões para a apreciação do mérito da impetração, como seguem:

“... não logrou a impetrante — nem tentou fazê-lo — demonstrar e comprovar a ilegalidade ou abuso de autoridade que estivesse a contaminar o ato questionado, como poderiam ser a desobediência aos princípios constitucionalmente consagrados do contraditório e da ampla defesa, como regras do devido processo legal.” (fls. 667/668)

Note-se, a propósito, as primeiras informações prestadas pela digna autoridade apontada como coatora, por razões repisadas quando do retorno dos autos à instância **a quo**, para julgamento de mérito, das quais se extrai o seguinte:

“Ora, se a própria Impetrante afirmou estarem satisfeitas as exigências regimentais previstas no procedimento de reversão (item 8, fls. 626), atendendo, assim, à formalidade objetiva do procedimento; não havendo dúvidas acerca da competência do órgão colegiado que apreciou o pedido e, principalmente, não tendo a

Impetrante juntado aos autos provas de que a Administração praticou o ato com desvio de poder ou de finalidade, não há nulidade a reclamar correção judicial.” (fls. 695) (fls. 650 e, após, 695)

A impetrante, ora recorrente, na melhor das hipóteses para ela, somente invoca a necessidade de observância do devido processo legal ao final das suas razões de agravo regimental — quando já ultrapassado em muito o prazo decadencial —, e, ainda assim, o faz apenas *en passant*, como segue:

“Por fim, é imperioso lembrar uma distinção fundamental entre os julgamentos anteriores e o último, que originou o presente *writ*, pois este já se fez sob a égide da Constituição Federal de 1988, a qual, em seu art. 5º, inciso LV, impõe o devido processo legal também nos feitos administrativos, com o contraditório e a ampla defesa, o que não ocorreu, na espécie, daí ser inteiramente inaceitável dizer simplesmente da inexistência de interesse da Administração na reversão da Impetrante, sem declinar motivação hábil para tanto, perpetuando-se, via de consequência, a punição que há três décadas vem amargando a Requerente.” (fls. 598)

Ora, ao par de carecer de profundidade e maior embasamento, vez que não se refere como o ato impugnado no **mandamus** tenha

contrariado o princípio do *due process of law*, as assertivas acima transcritas soam no mínimo contraditórias com as próprias afirmações, feitas pela autora da ação, agora no item 8, às fls. 626, em suas razões de recurso ordinário, **verbis**:

“... Sem dúvida que, naquela sede, cuidou a requerente de atender a todos os requisitos legais e regulamentares da espécie, seja submetendo-se a inspeção médica, na qual foi considerada apta, tanto física quanto mentalmente, seja cumprindo regularmente os trâmites de praxe, tanto que...”

Por fim, vale refutar o argumento da ora recorrente, segundo o qual o resultado por diferença estreita, com que se decidiu o mérito do *writ*, tenha revelado “a perplexidade com que o Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais decidiu a questão”. (fls. 762)

**Data maxima venia**, a perplexidade, no caso, se verifica na conversão da unanimidade ocorrida na primeira votação — no sentido de indeferir a própria inicial da ação mandamental, pela falta de pressupostos básicos para constituição da ação —, na maioria que acabou resultando no segundo escrutínio.

Muito ao reverso do que sustenta a recorrente, a leitura mais técnica que se pode fazer desse resultado é a que traduz a ine-

xistência de direito líquido e certo da impetrante, que esteja sendo violado por ato ilegal ou de coação e cuja prática possa ser atribuída à ilustre autoridade impetrada, pelo que não pode vingar mesmo o **mandamus**, posto que a orientação que lhe foi favorável atendeu a critérios puramente subjetivos, de ordem sentimental, sem qualquer embasamento jurídico.

Por esses fundamentos, o Ministério Público Federal opina pelo conhecimento do recurso e, no mérito, pelo seu improvimento, para que reste denegada a ordem originariamente impetrada.” — fls. 789/92.

Em conclusão, fico em que, por mais que pese ao conteúdo emocional de que se reveste a súplica da digna impetrante, ao clamar contra a injustiça do malsinado ato administrativo, vejo-a desprotegida de razões legais que lhe dêem procedência.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

#### VOTO (VISTA)

O SR. MINISTRO CID FLAQUER SCARTEZZINI: Sr. Presidente, ao denegar a segurança, indeferindo o pedido de reversão da Magistrada em disponibilidade, o v. acórdão recorrido arrimou-se em três argumentos básicos, a saber:

— falta de liquidez e certeza quanto ao direito perseguido;

— inexistência de ilegalidade no ato indeferitório do pedido;

— e que a concessão da reversão é de competência exclusiva do administrador, não podendo ser concedida pelo Judiciário.

Examinando os autos, chamou-me atenção, dentre os votos vencidos, o proferido pelo Exmo. Sr. Desembargador Murilo Pereira (relator originário), do qual destaco o seguinte lance, **verbis**:

“A impetração dirige-se contra o v. acórdão publicado aos 30 de março de 1994, conforme certidão de f. 281 (f. 297-TJ), destes autos de segurança. E a motivação básica está na alegação da impetrante, no sentido de que apenas 11 (onze) desembargadores indeferiram o pedido, enquanto 9 (nove) o acolhiam (f. 06).

Vulnerada, assim, por ausência de **quorum** qualificado, como já dito, a norma insculpida no art. 93, inciso VIII, da Constituição da República. Mas, dir-se-á, contrariamente a esta colocação, que a E. Corte Superior, no v. acórdão hostilizado, não decidiu quanto à disponibilidade da ilustre magistrada, limitando-se, única e exclusivamente, a indeferir seu pedido de reversão ao cargo, e promoções.

Assim foi, efetivamente, como se pode ver no v. acórdão de fs. 234/296, destes autos.

Todavia, a r. decisão colegiada foi proferida num contexto que se me afigura relevante e, pois, ina-

fastável para o julgamento da impetração, qual seja, a anterior disponibilidade da então e ilustre Juíza, Dra. Raphaela Alves Costa, “colocada em disponibilidade quando exercia o cargo de Juiz de Direito da Comarca de Mercês, em acolhimento ao parecer da Comissão Estadual de Investigações, instituída pelo Decreto n. 7.600/64, e nos termos dos artigos 7º, § 1º, e 8º, do Ato Institucional n. 01, de 09.04.64” (cf. f. 236-TJ).

Assim é como o em. desembargador, hoje aposentado, Guimarães Mendonça, iniciou seu r. voto (f. 236), para acrescentar, **verbis**:

“Com a Lei n. 6.683/79, pleiteou a sua reversão ao serviço ativo, o que foi indeferido pela Corte Superior deste Tribunal de Justiça, em sessão de 12.12.80” (f. 236), e que, “agora, ao fundamento dos §§ 3º e 4º da Emenda Constitucional n. 26, de 27.11.85, quer que lhe sejam deferidas as promoções de direito e renova o pedido de reversão à ativa” (fs. 236/237).

Observa-se que na presente impetração, a ilustre magistrada em disponibilidade pede “a concessão da segurança, para ordenar se faça a reversão da impetrante ao cargo de Juíza de Direito da Comarca do Estado de Minas Gerais” (f. 16).

De assinalar, também, que a r. decisão proferida pelo em. des. Sérgio Lellis Santiago, que inde-

feriu a inicial do **mandamus** (Lei n. 1.533/51, art. 8º), não fez referência à precitada ausência de **quorum** de dois terços previstos no art. 93, VIII, da CR, certamente porque não se tratava de decisão que colocava a impetrante em disponibilidade, mas de decisão tomada pela Corte Superior que indeferiu, por maioria simples (11 x 9), os pedidos de reversão à ativa e subseqüentes promoções da ora impetrante.

Embora o v. acórdão impugnado não trate de matéria relativa à colocação da impetrante em disponibilidade, resta claro e indubitado dos elementos dos autos e legislação de regência, que o r. decisório colegiado, ao indeferir o pedido de reversão à ativa da ilustre magistrada, trouxe permanência à sua disponibilidade, confirmou-a, ainda que de forma indireta ou tácita, de tal forma que a r. decisão em apreço não poderia inaplicar a precitada norma constitucional (art. 93, VIII), que é norma de garantia, a definir direito da parte, no caso a impetrante, e, pois, de aplicação imediata, nos termos do art. 5º, § 1º, da Constituição da República.

É, portanto, neste aspecto, que está a situar-se a alegada ilegalidade do ato colegiado, de modo a configurar direito líquido e certo da impetrante à reversão, satisfeitas as regras legais regedoras da espécie, considerando que, como disse no voto que proferi no julgamento do Processo de Competência da Comissão Permanente nº 817 (fs. 245/246-TJ), “é fato

incontroverso que a postulante foi contemplada pela anistia prevista no art. 8º do ADCT da CR, que se tem como norma definidora de direitos e garantias individuais”.

Com as características de direito líquido se revela o direito aqui postulado, como resultado evidenciado, por isto que se trata de um direito subjetivo da impetrante, na medida em que não existe na espécie qualquer estado de incerteza sobre os fatos em que se assenta o **mandamus**.

Ensina **Hely Lopes Meirelles**, que “direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração” (Dir. Adm. Bras., 2ª ed., 1966, pág. 559).

Os elementos dos autos e a legislação aplicável ao caso revelam, às claras, que é direito subjetivo da impetrante, líquido e certo, sua reversão à ativa, observadas as formalidades legais.

Ao opinar pela concessão da ordem, o em. Procurador de Justiça, Dr. José Pontes Júnior, finaliza por anotar “que os fatos estão adequadamente lançados na inicial” de forma que “o pedido de reversão (f. 167, item IV) não incide em quaisquer impropriedades” (f. 702).

E mais: “A reversão, sujeita aos critérios de conveniência e oportunidade, parece estar ultrapassada. Vale o ingresso, a todo custo” (f. 702).”

No meu entender, **data venia**, foi bem analisada o que afasta a fundamentação em que se arrimou a r. decisão censurada, pois, restaram suficientemente demonstradas a liquidez e certeza do pedido, a ilegalidade do ato indeferitório da reversão e a possibilidade de sua apreciação pelo Poder Judiciário.

Aliás, com relação ao argumento, de que a reversão não pode ser concedida pelo Judiciário por ser da competência exclusiva do administrador, a meu sentir, não é suficiente para embasar a denegação do *writ*, isto porque não pode ser subtraído do Poder Judiciário o dever de corrigir o ato praticado pela administração sem observância dos critérios legais, como **in casu**, que não foi obedecido o **quorum** de dois terços, como determina o inciso VIII, do art. 93, da Constituição Federal, que entendo tem aplicação ao caso, já que ao negar a reversão manteve a disponibilidade da Magistrada.

É bem verdade que a Requerente pleiteou em outro processo a sua reversão, e esta restou negada judicialmente, em todas as instâncias, no entanto, a decisão segundo entendo não pode ser tida como definitiva, considerando que o pedido em exame foi feito, já na vigência da Carta Magna de 1988 (art. 8º, do ADCT), enquanto que o anterior quando em vigor a Constituição de 1967, com a Emenda de 1969.

Com estas considerações, dou provimento ao recurso.

É como voto.



## VOTO — VENCIDO

O SR. MINISTRO JOSÉ ARNALDO DA FONSECA: Sr. Presidente, com a vênia do Eminentíssimo Ministro Cid Flaquer Scartezzini, acompanhado o Sr. Ministro-Relator, tendo em vista que a reversão, não acredito, possa o Poder Judiciário entrar em um critério desse, que é de natureza política, de conveniência da administração pública em toda a sua extensão.

## VOTO

O SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Sr. Presidente, com a vênia do Sr. Ministro-Relator, José Dantas, entendo que mais estigmatizada do que foi a parte em

um caso como este, é impossível. Acredito que a solução poderia até ser supralegal, com princípios até elementares, para se dar provimento a este recurso, embora exista farto suporte legal para tanto.

Acompanho o Sr. Ministro Cid Flaquer Scartezzini.

## VOTO (VOGAL)

O SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: Senhores Ministros, cabe a mim desempatar, pedindo vênia ao Sr. Ministro José Dantas para acompanhar o Sr. Ministro Cid Flaquer Scartezzini, adotando os votos de S. Exa. e as considerações do Eminentíssimo Ministro Felix Fischer.

É o voto.

---

## RECURSO ESPECIAL Nº 62.260 — PE

(Registro nº 95.0012405-0)

Relator: *O Sr. Ministro José Arnaldo*

Recorrente: *Conselho Regional de Contabilidade do Estado de Pernambuco*

Recorridos: *Estado de Pernambuco e Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco*

Advogados: *Drs. Aderson Pessoa de Luna e outros, Sergio Higino Dias dos Santos e outros, e Gilvandro de Vasconcelos Coelho e outros*

**EMENTA:** *Recurso especial. Administrativo. Concurso para auditor de contas de Tribunal. Cargo não privativo de contador. Atribuições que não se equivalem.*

— **Acolhendo manifestação do Supremo Tribunal Federal, ainda que de natureza administrativa, mas versando sobre questão ab-**

**solamente análoga, considerando as atribuições diversas entre técnicos de contabilidade e auditor de contas de Tribunal, não cabe alegar-se violado pela decisão atacada, o respectivo dispositivo, não havendo falar-se, muito menos, em julgar-se válido ato do Tribunal de Contas em face da legislação que rege a espécie, uma vez que esta dispõe exclusivamente sobre cargos de contador e técnico em contabilidade, não se lhe aplicando as disposições com relação aos auditores.**

— **Recurso improvido.**

### ACÓRDÃO

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

Brasília, 23 de junho de 1997 (data do julgamento).

Ministro EDSON VIDIGAL, Presidente. Ministro JOSÉ ARNALDO, Relator.

---

Publicado no DJ de 08-09-97.

### RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ ARNALDO: Cuida-se de recurso especial interposto pelo Conselho Regional de Contabilidade/PE, com base nas alíneas **a** e **b** do dispositivo constitucional autorizador, de acórdão prolatado em apelação em mandado de segurança, cuja ementa é do seguinte teor (fls. 225):

*“Mandado de segurança. Auditor de Contas Públicas do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco. Cargo não privativo de contador.*

1. Sendo atribuição do Auditor das Contas Públicas do TCPE, entre outras, assessorar os Procuradores, Auditores e os próprios conselheiros daquela Corte, não há como, dentro da diversidade de atribuições, entender como privativa tão-só dos portadores de grau em contabilidade o provimento em tal cargo.

2. Apelação provida.”

Tal decisão, segundo o recorrente, teria violado o art. 25 do Decreto-Lei nº 9.295/46, o art. 22, inciso XVI, da Constituição Federal, e ainda julgado válido ato do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco (que fixou as atribuições para o cargo de auditor das contas públicas), contestado em virtude de lei federal que rege a matéria — Decreto-Lei nº 9.295/46.

Não foram oferecidas contra-razões, tendo o recurso sido admitido no tribunal **a quo**.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do presente apelo.

Instado a se manifestar sobre a existência do interesse no feito (fl. 252), em razão do lapso temporal decorrido desde a impetração da ordem até a presente data — 5 anos, o recorrente reafirmou seu interesse (fl. 254).

É o relatório.

### VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ ARNALDO (Relator): Inicialmente, cumpre lembrar que em sede de recurso especial não cabe análise de suposta violação a dispositivo constitucional, no que desconsidero a alegação de que tenha o acórdão recorrido violado o art. 22, XVI, da CF.

Passo agora ao exame das outras questões.

Conforme salientado pelo Ministério Público Federal, tem inteira pertinência ao caso a decisão administrativa proferida pelo Supremo Tribunal Federal, relator Ministro Ilmar Galvão, da qual se extraem os seguintes trechos:

“Trata-se da questão de saber-se se o cargo de auditor, do quadro de pessoal desta Corte, criado pela Lei nº 6.474, de 30 de novembro de 1977, é, ou não, privativo de profissional habilitado como contador ou guarda-livros, devidamente inscrito no Conselho de Contabilidade.

...

Ressalta, da leitura desses textos, a diversidade flagrante das funções enfocadas, já que o Técnico em contabilidade se caracteriza, precipuamente, como um auxiliar de atividades empresariais, enquanto o Auditor se revela um assessor técnico responsável pela concretização, junto ao Tribunal, do controle interno de execução orçamentária e da ordenação de despesas, preconizados na Constituição (art. 70), com vistas à prestação anual de contas.

Assinale-se, por fim, que, justamente em razão de não haver possibilidade de confundirem-se as duas espécies de técnicos postas em comparação, o Tribunal de Contas da União, ao regulamentar as atribuições dos integrantes das categorias funcionais de Analista e de Técnico de Finanças e Controle Externo, do quadro de sua Secretaria, análogas à do cargo de Auditor deste Tribunal, estipulou a exigência de “diploma de curso superior ou habilitação legal”, de molde a reconhecer que o bom desempenho de tais funções não prescinde de outros conhecimentos técnicos e científicos, extrapolantes dos limites da Ciência Contábil...” (Processo Administrativo nº 014521-1, publicado no DJ de 21.11.91)

Aliás, o acórdão recorrido já considerava:

“... Cabendo aos Auditores dos Tribunais de Contas, dos Estados-Membros e da União, entre

outras, a substituição dos membros dos respectivos Tribunais, inadmissível restringir-se o conhecimento dos mesmos tão-só, a área da contabilidade, quando a diversidade de suas tarefas e a amplitude do campo de trabalho lhes exigem um vasto conhecimento, inclusive, na área jurídica...” (fl. 220).

Ademais, o alegado dispositivo tido por violado pela decisão ora atacada, dispõe exclusivamente sobre os “trabalhos técnicos de contabilidade”, que não pode equivaler às atribuições de Auditores de Contas, como já bem elucidado pela decisão supra.

Assim sendo, voto pelo improviamento do presente apelo.

---

RECURSO ESPECIAL Nº 75.282 — RJ

(Registro nº 95.0048889-2)

Relator: *O Sr. Ministro Felix Fischer*

Recorrentes: *Marco Aurélio Guimarães (preso), Luiz Carlos Gomes de Souza (preso) e Ernany Bomfim Filho (preso)*

Recorrido: *Ministério Público Federal*

Assistente: *Georgios Petichakis*

Advogados: *Mario Ani Cury, Sérgio do Rego Macedo e outros, e Ubyratan Guimarães Cavalcanti e outros*

Sustentação Oral: *Drs. Sérgio do Rego Macedo (p/ Rectes.) e Dr. Eitel Santiago de Brito Pereira (p/ MPF)*

**EMENTA:** *Recurso especial. Processual Penal. Roubo com resultado morte.*

**I — O disposto no art. 593, inciso III, alínea d, do CPP diz com o Tribunal do Júri e não com decisão de juiz singular.**

**II — O reexame do material cognitivo é vedado em sede de recurso especial (Súmula nº 07 do STJ).**

**III — Correta aplicação do art. 91, inciso II, alínea b, do CP, faltando interesse recursal (art. 577, parágrafo único, do CPP) e exigindo o vedado reexame da prova (Súmula nº 07-STJ).**

**Recursos não conhecidos.**

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer dos recursos. Votaram com o Relator os Ministros Edson Vidigal, José Dantas, Cid Flaquer Scartezzini e José Arnaldo. Sustentaram, oralmente, o Dr. Sérgio do Rego Macedo, pelos recorrentes e o Dr. Eitel Santiago de Brito Pereira, pelo Ministério Público Federal.

Brasília, 12 de maio de 1997 (data do julgamento).

Ministro EDSON VIDIGAL, Presidente. Ministro FELIX FISCHER, Relator.

---

Publicado no DJ de 09-06-97.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Luiz Carlos Gomes de Souza, Ernany Bonfim Filho e Marco Aurélio Guimarães, agentes da Polícia Federal, foram denunciados pela prática do crime do art. 157, § 3º, do Código Penal.

Sentenciando, a MM. Juíza Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro condenou todos os acusados à pena de vinte e quatro anos de reclusão, em regime fechado, e trezentos e sessenta dias-multa, no valor unitário máximo legal, pela prática do crime do art. 157, § 3º, última parte, c/c art. 61, II, c e g, todos do Código Penal (fls. 1.070/1.134 — vol. 05).

Apreciando recursos de apelação interpostos pela defesa e pelo assistente de acusação, a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região negou-lhes provimento. Eis a ementa do julgado:

*I — Penal — Latrocínio praticado por policiais federais.*

*II — Primeira preliminar de defesa argüida com fundamento de que a condenação nas penas do art. 157, § 3º, do Código Penal configura tipo complexo integrado por elemento essencial que, em si mesmo, configura outro crime, o homicídio, o que deslocaria a competência para o júri federal — rejeitada tal preliminar, à unanimidade, porquanto reconhecesse que o legislador definiu o latrocínio, seja dolosa ou preterdolosa a morte (com a possibilidade de punir mais brandamente a última), como crime de roubo, ainda que a violência seja a morte. Sem *nomen iuris* o legislador definiu o latrocínio no parágrafo de um artigo em que capitula o roubo — as Súmulas 603 e 610 do Egrégio Supremo Tribunal Federal estratificaram na jurisprudência tal entendimento doutrinário.*

*III — Segunda preliminar da defesa no concernente à decretação pelo MM. Juiz *a quo*, da perda dos dólares apreendidos na posse dos acusados sem que tivesse havido o devido processo legal — rejeitada tal preliminar, à unanimidade, porquanto reconhecesse a perda como efeito secundária.*

rio da pena, de caráter extrapenal, de aplicação automática, dispensando-se até mesmo sua declaração expressa na sentença condenatória. Estribando-se a sentença recorrida no art. 91, inciso II, letra **b**, do Código Penal, nada mais fez do que declarar o efeito penal secundário da condenação referente à perda do produto ou provento auferido com a prática do delito.

IV — No mérito, comprovada a materialidade e a autoria que defluem clara de todo o conjunto de provas, de se reconhecer correto o decreto condenatório de primeira instância, razão pela qual, à unanimidade, nega-se provimento ao apelo dos acusados.

V — Apelo do assistente da acusação em busca da majoração da pena, pelo fato do crime ter sido praticado por motivo, que se nega provimento, à unanimidade, porquanto acha-se bem dosada a pena.” (Fls. 1.529 — vol. 05).

Luiz Carlos Gomes de Souza e Ernany Bonfim Filho ingressaram com embargos de declaração, rejeitados em acórdão assim ementado:

“I — Embargos de declaração — Penal — Latrocínio praticado por policiais federais — As preliminares rejeitadas por unanimidade no julgamento foram apreciadas de forma clara no voto condutor do acórdão, sem qualquer omissão a ser suprida — O reconhecimento da correção do decreto condenatório de 1ª Ins-

tância fundamentou-se no conjunto de provas que confirmaram a materialidade e a autoria do delito.

II — Embargos conhecidos e rejeitados, em razão do não reconhecimento de qualquer omissão ou contradição no acórdão embargado.” (Fls. 2.029 — vol. 07).

Contra essa decisão foram interpostos dois recursos especiais, ambos apoiados exclusivamente na alínea **a** do permissivo constitucional.

O primeiro, pelo acusado Marco Aurélio Guimarães, afirma em sua parte conclusiva que “não havendo elementos seguros da responsabilidade penal do recorrente no crime cometido por terceiros, a decisão tomada pela Juíza e acolhida pelos Desembargadores Federais da Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da Segunda Região foi manifestamente contrária à prova dos autos na dicção do art. 593, III, **d** c/c o art. 3º, todos do Código de Processo Penal, implicando devesse se aplicar o inciso VI, do art. 386 do mesmo **codex**, impondo-se a adoção do princípio multissecular **in dubio standum est pro reo**.” (Fls. 1.595/1.596 — vol. 06).

O segundo, apresentado pelos acusados Luiz Carlos Gomes de Souza e Ernany Bonfim Filho, sustenta violação:

a) dos arts. 157 e 593, III, **d**, c/c o art. 3º, todos do CPP, uma vez que a decisão é manifestamente contrária à prova dos autos, ocasionada pela flagrante vio-

lação do princípio do livre convencimento;

b) do art. 91, II, **b**, do CP, visto que não deveria ter sido declarada a perda dos dólares apreendidos na posse dos recorrentes;

c) do princípio do contraditório, em razão da sustentação oral realizada pelo Procurador da República, por ocasião do julgamento das apelações, em sentido contrário ao parecer escrito juntado aos autos.

A Presidente do Tribunal **a quo**, Desembargadora Federal Julieta Lídia Machado Cunha Lunz, inadmitiu os recursos especiais (fls. 2.065/2.069 — vol. 07).

Contra essa decisão foram interpostos dois agravos de instrumento. Em juízo de retratação, o Presidente Juiz Ney Magno Valadares reformou a decisão agravada.

Nesta instância, a douta Subprocuradoria Geral da República, em parecer da lavra da Dra. Julieta E. Fajardo Cavalcanti de Albuquerque, se pronunciou pelo não conhecimento ou, então, pelo desprovimento (fls. 2.085/2.089 — vol. 07).

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO FELIX FISCHER (Relator): Dois são os recursos especiais: um do policial Marco Aurélio Guimarães e outro dos policiais Luiz Carlos Gomes de Souza e Ernany Bonfim Filho.

No primeiro, alega-se violação do art. 11 do CP e do art. 593, III, **d**, c/c 3º e 386, VI, do CPP. No segundo, sustenta-se violação dos arts. 157, 593, III, **d**, c/c 3º, do CPP; 91, II, **b**, do CP e do princípio do contraditório.

As súplicas não podem ser conhecidas. E, isto já fora alvo de correta análise no primeiro dos juízos de admissibilidade, da lavra da Dra. Julieta Lídia Machado Cunha Lunz, **in verbis**:

“Cogita-se pois de recurso em matéria criminal que se baseia única e exclusivamente nos elementos de índole probatória e sua apreciação.

Do contexto destes autos se evidencia que em sete volumes e onze apensos foram coligidos os elementos de convicção que de base serviram a que a MM. Dra. Juíza de Primeira Instância e já a Egrégia Primeira Turma deste Tribunal Regional Federal, perquirissem seus elementos para, neles baseados, prolatarem as decisões ora recorridas.

Das razões recursais pode-se aquilatar que, em nenhum momento, cogitou-se da existência de nulidades sanáveis ou não sanáveis, que tivessem sido a causa do decidir recorrido, voltando-se todas as razões e argumentos dos recorrentes quanto à apreciação da prova.

A argumentação de que o princípio do livre convencimento há de se pautar em elementos seguros dos autos, foi respondida em

ambas as Instâncias e as 2.063 folhas dos autos dão conta de que as partes tiveram a oportunidade de plenamente exercitarem suas defesas, seja na produção de provas, seja na fiscalização da regularidade processual.

Do que acima se contém, os recursos se põem no sentido de uma reapreciação da matéria probatória, servindo de pretexto a tal pretensão o invocado dispositivo da lei processual que em nada justifica ou preenche os requisitos de admissibilidade de recurso especial, cuja natureza não se há de confundir com o processo revisional, no qual, desde que ocorrentes fatos novos, a prova de sua discutibilidade é reaberta através da repetição de toda a dilação probatória.” (Fls. 2.068/2.069 — vol. 07).

E, este entendimento veio a ser endossado pela douta Subprocuradoria Geral da República, em manifestação da Dra. Julieta E. Fajardo Cavalcanti de Albuquerque, fls. 2.085/2.089 — vol. 07.

De qualquer modo, considerando-se que há dispositivos legais, apontados como violados, comuns aos dois recursos especiais e que os assuntos estão intimamente relacionados, apreciarei os dois apelos conjuntamente.

Inicialmente, é de se afastar a pretendida violação do princípio do *contraditório*. Na petição de recurso especial não foi apontado nenhum dispositivo legal tido como violado. Tratando-se de princípio

constitucional, a matéria deveria ter sido objeto do recurso extraordinário e não do especial (art. 102, III, a, CF). Além do mais, a vinculação de opiniões pretendida nos recursos não existe e nem poderia existir. A pretensão carece de amparo legal.

Também não se poderia acolher a alegada violação do art. 593, III, d, c/c o art. 3º do CPP. O dispositivo legal se aplica aos recursos de apelação das decisões do *Tribunal do Júri*, quando há decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Na hipótese, os recorrentes não foram julgados por jurados, e sim por Juiz Federal, razão pela qual é inaplicável, o dispositivo legal, à espécie.

Resta a apreciação dos arts. 157 e 386, VI, do CPP, que tratam, respectivamente, do *princípio do livre convencimento* e da sentença de absolvição por não existir prova suficiente para a condenação. A *decisão*, em primeiro grau, apresenta, em sede de fundamentação, cento e cinquenta e cinco tópicos, de fls. 1.081/1.129. Uma análise milimétrica dos autos. Concluiu-se que uma vasta cadeia de dados interligados, coerentes, críveis, suficientes, não veio a ser afetada por qualquer prova produzida pelos réus. Já, em segundo grau, confirmando a sentença reprochada, houve, também, extensa análise acerca da **imputatio**, da autoria e da pena, como se vê, **primo ictu oculi**, às fls. 1.494/1.503. Conseqüentemente, é impossível, no caso, reconhecer qualquer inobservância ao princípio do livre con-



vencimento sem adentrar no aqui vedado cotejo analítico do material cognitivo (Súmula nº 07-STJ). Aliás, tendo em vista referências incidentais a indícios, procurou-se, com isto, através de paralogismos, chegar à conclusão de que as condenações teriam sido arbitrárias e, portanto, autênticas ofensas ao princípio da persuasão racional. A par do óbice da *Súmula nº 07-STJ*, vale lembrar, neste ponto, a observação de **Walter Coelho**, a saber: “Importante também é aqui relembrar e enfatizar que a prova indiciária, conquanto seja uma prova indireta, não comporta, de antemão, teorizações tendentes a rebaixá-la em sua importância ou valor de convencimento” (in “Prova Indiciária em Matéria Criminal”, SAF, 1996, pág. 146). E, também, a fundada conclusão de **Maria Thereza Rocha de Assis Moura**, in verbis: “A prova por indícios no processo penal é plenamente apta a conduzir à certeza moral, como critério da verdade para o juiz, ao entregar a prestação jurisdicional do Estado” (“A Prova por Indícios no Processo Penal”, Sarai-va, 1994, pág. 103).

Segundo a exposição de motivos da lei processual penal, inexistente uma hierarquia de provas. Na livre apreciação destas, o juiz formará, honesta e lealmente, a sua convicção.

Os dados apontados na sentença condenatória foram considerados

graves, concludentes e exclusivos de qualquer hipótese favorável a qualquer um dos acusados, tanto pela Magistrada como pelo Tribunal a quo. Todos os dados constam do inquérito policial e da instrução criminal. Não cabe a esta Corte, em grau de recurso especial, adentrar a convicção da magistrada e dos desembargadores que apreciaram, livremente, as provas dos autos, para chegar a uma conclusão contrária.

A Súmula 07 desta Corte obsta o reexame de matéria fática.

Assim sendo, não vejo negativa de vigência dos arts. 157 e 386, VI, do CPP.

No tocante ao art. 91, inciso II, alínea b, do Código Penal, colocado como de aplicação, aqui, questionável, também não assiste razão aos recorrentes. Ora, estes foram condenados por latrocínio, sendo os dólares, ao que tudo indica, pela própria denúncia, produto do crime. A restituição para os réus não teria sentido. Em relação a eventuais herdeiros da vítima, a devolução não diz respeito aos acusados que não teriam, aí, interesse recursal (art. 577, parágrafo único, do CPP). Qualquer outra conclusão exigiria, também, a reapreciação da prova (Súmula nº 07-STJ).

Voto, pois, pelo não conhecimento dos recursos.

RECURSO ESPECIAL Nº 80.335 — SP

(Registro nº 95.0061539-8)

Relator: *O Sr. Ministro Felix Fischer*

Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Recorridos: *Vanda Lopes Bicudo e outros*

Advogados: *Paulo Sanches Campoi e outros, e Antônio Roberto Sandoval Filho e outro*

**EMENTA: Administrativo. Servidor público. Reenquadramento. LC 247/81 e 318/83. Prescrição. Fundo de direito.**

— Havendo pretensão dos autores a ter revisão do enquadramento funcional, para só depois ter reconhecido o direito a perceber vantagens pecuniárias, é forçoso admitir que houve prescrição do fundo de direito se a ação foi proposta mais de dez anos após o seu não reconhecimento pela Administração.

— Precedentes.

— Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

RELATÓRIO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Ministro-Relator. Votaram com o Relator os Ministros Edson Vidigal, Cid Flaquer Scartezini e José Arnaldo. Ausente, ocasionalmente, o Ministro José Dantas.

Brasília, 13 de outubro de 1997 (data do julgamento).

Ministro EDSON VIDIGAL, Presidente. Ministro FELIX FISCHER, Relator.

---

Publicado no DJ de 17-11-97.

O SR. MINISTRO FELIX FISCHER: O Estado de São Paulo interpôs recurso especial com fulcro no art. 105, III, alíneas **a** e **c** da Constituição Federal, contra decisão do egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, que afastou a preliminar de prescrição do fundo de direito em ação proposta por professores inativos da Secretaria de Educação desse Estado contra a Administração. Os autores pleitearam o aproveitamento dos pontos de evolução funcional obtidos no regime da Lei Complementar nº 180/78, e a retificação dos respectivos enquadramentos nas Leis Complementares nºs 247/81 e 318/83.

Alega o recorrente violação ao art. 1º do Decreto 20.910/32 e diver-

gência jurisprudencial. Sustenta que houve ato da Administração negando a pretensão dos servidores, consistente no próprio ato de enquadramento.

Requer seja reconhecida a prescrição do fundo de direito dos recorridos.

Admitido o recurso, subiram os autos a este Tribunal.

O douto representante do Ministério Público Federal manifestou-se pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO FELIX FISCHER (Relator): Trata a questão da prescrição do fundo de direito em ação proposta por servidores públicos contra o Estado de São Paulo.

Tenho que a prescrição atinge o próprio direito postulado, e não apenas a percepção de diferenças salariais decorrentes dessa situação jurídica.

Da inicial pode-se extrair que a pretensão dos autores é a seguinte: primeiro, a restituição dos pontos criados pelo sistema da LC 180/78; segundo, a revisão dos seus enquadramentos; por último, o pagamento de diferenças pecuniárias (fls. 28).

Note-se: o que os autores reclamam não são propriamente vantagens pecuniárias decorrentes da *situação de servidores públicos*. Sua pretensão recai diretamente sobre esta, que é a *situação jurídica fun-*

*damental*. As diferenças salariais são mera decorrência do reconhecimento do direito substantivo. Assim sendo, a prescrição é a do art. 1º do Decreto 20.910/32, e atinge o próprio direito reclamado — o fundo de direito —, e ocorre cinco anos após o não reconhecimento pela Administração do direito dos autores.

Sobre o assunto vale transcrever passagem do voto do Exmo. Sr. Ministro Moreira Alves no RE 110.419/SP, que muito contribui para esclarecer a **questio**:

“São merecedoras de transcrição, pelas diretrizes seguras que fixam, estas palavras que se lêem no voto do Ministro Rodrigues Alckmin:

“É certo que a relação funcional não prescreve, mesmo porque o que prescreve são pretensões, fundadas ou infundadas. Assim, se a lei outorga determinada vantagem pecuniária a uma classe funcional, quem se encontre em tal classe terá direito à vantagem pecuniária. Se a Administração não efetua pagamento devido, prescrevem as parcelas (Decreto nº 20.910, art. 3º). A pretensão deduzida, aí, é a de perceber a vantagem — não, a de ser considerado integrante de determinada classe ou categoria funcional.

Mas se a lei concede reestruturação, ou reenquadramento e a Administração não dá nova situação funcional ao servidor (situações cujos ganhos seriam

melhores), a pretensão a ser deduzida é a de obter esse reenquadramento. Essa pretensão prescreve.

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

Se a lei marca prazo (como no caso dos autos) para que o interessado requeira o benefício, findo o prazo se positiva, igualmente, para quem o considera incapaz de acarretar decadência, a possibilidade de deduzir, em juízo, a pretensão.

E inegável é que, aí, a pretensão é a de obter reenquadramento (do qual decorrerão vantagens pecuniárias), não a de obter simples parcelas mensais de proventos. Porque o direito a proventos melhores decorre, necessariamente, da prévia questão do direito do reenquadramento” (RTJ 84/194 e 195).

Em voto de vista que então proferi, na mesma linha da manifestação do Ministro Rodrigues Alckmin, procurei assim caracte-

rizar o que seria o denominado *fundo do direito*:

“... não posso concordar com a tese radical do eminente Ministro Eloy da Rocha, cuja falha, em meu entender, consiste em considerar que a prescrição só não será das prestações se se discutir a existência, ou não, de relação funcional entre o servidor e o Estado, porque tudo o mais se traduz em vantagens periódicas. A falha dessa tese consiste em não considerar que a situação jurídica fundamental — ser funcionário — não é estática, imutável. Ela se modifica no tempo, por força de promoções, acessos, reclassificações. O direito a essas modificações, à semelhança do que ocorre com a própria situação jurídica básica — ser funcionário —, é susceptível de ser violado, nascendo daí a pretensão para que se afaste tal ofensa, pretensão que prescreve dentro de cinco anos a contar da violação. E tanto isso é certo que, sem o reconhecimento da modificação na situação funcional (assim, o reconhecimento à reclassificação), não há que se falar em violação ao direito de receber vantagens econômicas decorrentes dessa modificação que é a causa mesma do nascimento de tal direito, nem, portanto, em pretensão à obtenção dessas vantagens, pretensão que se prescreve periodicamente” (RTJ 84/199 e 200).

*Fundo do direito* é expressão utilizada para significar o direito de ser funcionário (situação jurídica fundamental) ou os direitos a modificações que se admitem com relação a essa situação jurídica fundamental, como reclassificações, reenquadramentos, direito a adicionais por tempo de serviço, direito à gratificação por prestação de serviços de natureza especial, etc.). A pretensão ao *fundo do direito* prescreve, em direito administrativo, em cinco anos a partir da data da violação dele, pelo seu não reconhecimento inequívoco. Já o direito a perceber as vantagens pecuniárias decorrentes dessa situação jurídica fundamental ou de suas modificações ulteriores é mera consequência daquele, e sua pretensão, que diz respeito a **quantum**, renasce cada vez em que este é devido (dia a dia, mês a mês, ano a ano, conforme a periodicidade em que é devido seu pagamento), e, por isso, se restringe às prestações vencidas há mais de cinco anos, nos termos exatos do artigo 3º do Decreto nº 20.910/32, que reza:

“Art. 3º. Quando o pagamento se dividir por dias, meses ou anos, a prescrição atingirá progressivamente as prestações, à medida que completarem os prazos estabelecidos pelo presente decreto”.

Se — como está expresso nesse dispositivo legal — a pretensão à prestação legalmente devi-

da (que é simplesmente um **quantum**) renasce, para efeito de prescrição, periodicamente por ocasião do momento em que deve ser feito seu pagamento, tudo o que a esse **quantum**, que é a prestação, está indissolúvelmente ligado (assim, portanto, inclusive o critério de sua fixação, decorra ele de ato normativo inconstitucional ou ilegal, ou de má interpretação da Administração Pública) se rege pelo mesmo princípio. Se o Estado paga, e reconhece, portanto, a existência incontroversa do *fundo do direito*, mas paga menos do que é constitucional ou legalmente devido, o direito ao pagamento certo renasce periodicamente.

Nota-se, por fim, que esse renascimento periódico só deixa de ocorrer — e isso foi construção jurisprudencial, para impedir que ele se desse apesar de indeferimentos sucessivos da Administração Pública a reclamação expressa do funcionário —, se o servidor público requer ao Estado a correção da prestação que lhe está sendo indevidamente paga, e seu requerimento é indeferido. A partir de então, tem o servidor de ajuizar a ação para obter o resultado querido, sob pena de prescrever definitivamente essa pretensão.” (RTJ 130, págs. 328-330).

Como ficou bem claro, o caso envolve prescrição do fundo de direito. Houve ato da Administração atingindo a própria relação jurídica fundamental, consubstanciado

no enquadramento promovido pelas LC's 247/81 e 318/83. Assim sendo, é a prescrição do próprio direito que *flui a partir desse ato*. Após cinco anos, consuma-se, conforme o art. 1º do Decreto 20.910/32. Se a ação foi proposta apenas em 26.05.93, forçoso é reconhecer que o direito dos recorrentes está prescrito.

Ressalte-se que, **in casu**, não se aplica a Súmula nº 85 do STJ, pois o objeto da questão não são prestações de trato sucessivo, mas sim o *próprio direito pleiteado*.

A propósito, transcrevo parte do voto do Sr. Ministro William Patterson no REsp nº 86.637/SP (DJU de 05.05.97, pág. 17.137), caso idêntico a este, do qual foi relator, que diz o seguinte:

“Por fim, ilustrou o entendimento com inúmeras decisões do Egrégio Supremo Tribunal Federal, destacando os seguintes:

“*Ementa*: Prescrição. Vantagens funcionais. Ôbices regimentais ultrapassados. Prescrição quinquenal a atingir o próprio fundo do direito.

Se é certo que a prescrição quinquenal só abrange as parcelas anteriores a cinco anos quando o direito decorre de uma lei, não é implícita ou explicitamente negado pela Administração, atinge ela, porém, o próprio fundo do direito quando o ato atacado é a própria lei que teria retirado o benefício pleiteado, tendo sido, em consequência, deixado ele

de ser pago aos postulantes. É o que resulta do artigo 1º do Decreto nº 20.910 e seu parágrafo 1º.”

E, ainda, como observou o Ministro Rafael Mayer, no RE 99.336-SP:

“Se o pretendente se omite de reclamar a obtenção do benefício, desde quando a sua pretensão era exercitável, ou seja, da vigência da própria lei, é o próprio fundo do direito que se compromete com o decurso do prazo prescricional que, consumado, aquele mesmo é que retira a acionalidade.”

Conclui nestes termos (fls. 527):

“Ora, a inicial foi ajuizada em 1993 (fl. 02), quando a ofensa ao direito se deu em 1981 (Lei Complementar nº 247/81), ou em 1983 (Lei Complementar nº 318/83) (fl. 35).

As demais normas legais supervenientes, apenas, utilizaram dos pontos existentes nos prontuários de cada um dos funcionários, em atenção à Lei Complementar nº 247/81, portanto, ocorreu a prescrição.”

Esse acórdão teve a ementa assim definida:

“— *Administrativo. Funcionário estadual. Revisão de enqua-*

*dramamento. Sistema de pontos. Prescrição. Diferenças salariais.*

— Se o pleito, para reconhecer vantagem pecuniária, envolve, previamente, a revisão de enquadramento funcional, requerida após quase doze anos, forçoso é admitir que, na hipótese, prescreve o fundo de direito.

— Precedentes judiciais.

— Recurso especial conhecido, porém improvido.”

Destarte, deve ser reconhecida a prescrição do fundo de direito, reformando-se o v. acórdão reprochado.

Pelo exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento.

É o voto.

---

## RECURSO ESPECIAL Nº 94.853 — SP

(Registro nº 96.0027665-0)

Relator: *O Sr. Ministro José Dantas*

Recorrente: *Didata Cursos e Sistemas S/C Ltda.*

Advogados: *Drs. Sérgio Garcia Marquesini e outros*

Recorridos: *João Passarinho Filho e outros*

Advogados: *Drs. Genesio Gazda e outro*

**EMENTA: Processual Civil. Locação. Contrato. MP 542/94.**

— **Reajuste. Os contratos de locação comercial por prazo determinado em vigor não são alcançados pelo reajuste na forma do art. 21 da MP 542/94.**

### ACÓRDÃO

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

Brasília, 03 de junho de 1997  
(data do julgamento).

Ministro EDSON VIDIGAL, Presidente. Ministro JOSÉ DANTAS, Relator.

---

Publicado no DJ de 30-06-97.

### RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Cuida-se de recurso especial

pelos permissivos das alíneas **a** e **c**, contra acórdão que deu pela procedência da ação de despejo por falta de pagamento e improcedência da consignatória, ao fundamento de que não se aplica aos contratos de locação a prazo em vigor o sistema de conversão monetária do art. 21 da Medida Provisória 542/94, em face das garantias do art. 5º, inc. XXXVI da CF/88.

Alega-se ofensa ao art. 21 da citada MP 542/94, além de dissídio jurisprudencial com acórdãos do Supremo Tribunal Federal.

Relatei.

### VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Senhor Presidente, de início, acolho a inadmissão do recurso especial pela alínea **c**, em face da carência de demonstração analítica dos casos em confronto.

De respeito à violação da norma provisória, tenho como acertada a interpretação dada pelo acórdão ao assinalar, **verbis**:

“Tem razão o apelante. O contrato de locação **sub judice** (fls. 7/12), foi firmado, para fins comerciais, pelo prazo de 05 anos tendo início em 1º de fevereiro de 1992, com término previsto para 31 de janeiro de 1997, estando em pleno vigor quando da edição da Medida Provisória nº 542/94 que só pode ser interpretada à luz do princípio contido no art. 5º, inc. XXXVI da Constituição Federal de 1988 que preserva o direito

adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Portanto, para os contratos de locação a prazo, que se encontravam em curso quando da edição da Medida Provisória nº 542/94 aplica-se o critério de reajuste dos alugueres previsto na lei anterior.

Sobre o tema já se pronunciou não só este Colendo Tribunal, mas também o Supremo Tribunal Federal, no exame de pedido de liminar deduzido em ação direta de inconstitucionalidade dos §§ 3º e 4º do art. 21 da Medida Provisória nº 542/94, a saber:

“Os fundamentos em que se apóia a presente ação direta assumem inegável relevo jurídico, especialmente se analisados na perspectiva do princípio constitucional, que, ao consagrar a incolumidade das situações jurídicas definitivamente consolidadas, proíbe ao Estado a edição de leis retroativas que possam vir a afetá-las.

Se é certo, de um lado — tal como ressalta a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal —, que “A lei nova tem caráter imediato e geral”, não é menos exato, de outro, que o dogma constitucional que garante a intangibilidade do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada impede que o ato estatal superveniente, qualquer que seja a natureza ou índole de que se revista, atinja



“a situação jurídica definitivamente constituída sob a égide da lei anterior” (RTJ 55/35).

Nem mesmo os efeitos posteriores dos contratos celebrados podem ser afetados pela incidência da nova lei, porque — caso admitida tal consequência — estar-se-ia iniludivelmente fraudando a vontade subordinante do legislador constituinente e absurdamente reconhecendo a possibilidade jurídica do ato estatal com projeção retroeficaz gravosa, a cuja existência é hostil, de modo inquestionável, o nosso ordenamento constitucional.

Essa orientação jurisprudencial tem sido prestigiada, no tema, por esta Suprema Corte, cujas reiteradas decisões, pertinentes às relações jurídico-temporais entre leis novas e contratos em curso, proclamam, fundamentalmente em obséquio ao princípio constitucional da intangibilidade das situações definitivamente consolidadas, que os atos legislativos supervenientes não afetam, não modificam, não alcançam e nem se aplicam aos negócios contratuais já celebrados ou, até mesmo, aos efeitos que dele derivam. “Os efeitos de contrato em curso no dia da mudança da legislação regulam-se conforme a lei da época da constituição do mesmo”. Esta clássica lição de **Carlos Maximiliano** (“Direito Intertemporal”, pág. 197,

item nº 168, 1946, Freitas Bastos) tem constituído o próprio fundamento dos pronunciamentos jurisdicionais desta Corte na resolução do tema. Nesse sentido, cf. RTJ 89/634, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ 90/296, Rel. Min. Rodrigues Alckmin; RTJ 112/759, Rel. Min. Moreira Alves; RTJ 107/394, Rel. Min. Rafael Mayer.

O fato relevante traduz-se, portanto, na circunstância de que o ordenamento constitucional brasileiro revela-se incompatível com qualquer intervenção normativa do Poder Público na esfera das relações contratuais privadas, da qual possa resultar ofensa à estabilidade e à integridade dos vínculos negociais pactuados, muito embora — é preciso reconhecer — o magistério jurisprudencial desta Suprema Corte registre precedente “no sentido de que as normas que alteram o padrão monetário e estabelecem os critérios para a conversão dos valores em face dessa alteração se aplicam de imediato, alcançando os contratos em curso de execução, uma vez que elas tratam de regime legal de moeda, não se lhes aplicando, por incabíveis, as limitações do direito adquirido e do ato jurídico perfeito...” (RTJ 134/413, Rel. Min. Moreira Alves.” — fls. 81/85).

Não é outro o entendimento desta Turma sobre a questão, do que nos dá

conta o RMS 7.200, in DJ de 05.05.97 de minha relatoria (voto anexo).

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

“ANEXO  
RMS 7.200/SP  
VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Senhor Presidente, no que pese à excelência do parecer referenciado, lembro tratar-se de hipótese anterior à vigência daquela lei de alteração das regras processuais colacionadas; e por outro lado, **d.m.v.**, as razões de mérito da sentença apelada não mereciam, na verdade, a tacha de teratológicas a cujo rigor se vinha admitindo o mandado de segurança para assegurar efeito suspensivo a recurso que não o tinha.

Por isso que me reporto aos fundamentos do v. acórdão recorrido, para dá-los por bem lançados, nos termos que se seguem:

“Bem de ver, pois, que, não padecendo de dúvida que o contrato a que atreladas as partes se encontrava com prazo determinado quando do advento da Medida Provisória nº 542, por certo que estava infenso aos ditames da mesma, não incidindo sobre o contrato, porque o pacto atendera às exigências que o ordenamento jurídico impunha à data em que foi celebrado, constituindo-se lei entre as partes, constituindo-se ato jurídico perfeito, de cumprimento obrigatório, de modo que não se vislumbra qualquer ilegalidade na sentença prolata-

da pelo culto Juiz de Direito da 2ª Vara Cível do Foro Regional de Santana.

A esse propósito, cumpre consignar a doutrina de **Serpa Lopes, in verbis**, que: “todos os fatos consumados durante a vigência da Lei anterior, assim como todas as conseqüências dela decorrentes, devem ser por ela regidos” (Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil, 2ª ed., vol. 1, pág. 286), uma vez que o princípio encontrado no art. 6º, do Decreto-lei 4.657, de 04.9.42 — Lei de Introdução ao Código Civil — foi erigido em princípio constitucional, não só ao tempo das Constituições anteriores, mas, também, protegido por preceito da atual, assentando a Lei Maior que a lei não poderá prejudicar o ato jurídico perfeito (artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal).

Por outro lado, é fato notório que objetivou o locatário, o ora impetrante, através da ação consignatória, a aplicação das disposições contidas na M.P. nº 542, ao contrato em curso, unilateralmente, com o intuito de lograr diminuição no valor do locativo, o que, por óbvio não pode ser acolhido, tendo em conta que as regras nela inseridas não podiam, como não podem, afetar o contrato celebrado, diante da regra constitucional insculpida no artigo 5º, inciso XXXVI, da Carta Magna vigente e no artigo 6º do Decreto-lei nº 4.657, de 1942.” — fls. 91.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

RECURSO ESPECIAL Nº 94.910 — PR

(Registro nº 96.0027821-0)

Relator: *O Sr. Ministro Edson Vidigal*

Recorrente: *Ministério Público Federal*

Recorrido: *Adolfo Edvaldo Valeze*

Advogado: *José Pedrosa Neto*

**EMENTA:** *Penal. Prefeito Municipal. Recolhimento de contribuições previdenciárias. Valores não repassados. Aprovação indébita.*

**1. A ausência de recolhimento das contribuições previdenciárias, descontadas dos servidores municipais, não qualifica o Prefeito como sujeito ativo do crime previsto na Lei 8.212/91, art. 95, d.**

**2. Recurso não conhecido.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, não conhecer do recurso. Votaram com o Relator, os Srs. Ministros José Dantas e Cid Flaquer Scartezzini. Votaram vencidos os Ministros José Arnaldo e Felix Fischer.

Brasília, 13 de maio de 1997 (data do julgamento).

Ministro EDSON VIDIGAL, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 04-08-97.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: O Ministério Público Federal ofereceu Denúncia contra Adolfo Edvaldo Valeze (Lei 8.212/91, art.

95, d, § 1º c/c CP, art. 71), por haver na qualidade de Prefeito Municipal de Boa Esperança/PR, descontado contribuições previdenciárias dos servidores municipais, no período de maio a novembro de 1992, deixando, no entanto, de repassá-las ao INSS.

O Tribunal Regional Federal — 4ª Região, rejeitou a inicial acusatória, em Acórdão assim ementado:

*“Penal — Contribuições previdenciárias/não recolhimento.*

Não recolher as contribuições previdenciárias descontadas dos servidores é crime próprio de particular contra os interesses da Previdência Social e, assim, o Prefeito não pode ser sujeito ativo de tal crime.”

Interpôs o Ministério Público Federal Recurso Especial fundado na Constituição, art. 105, III, a.

Sustenta que o Acórdão do TRF, ao rejeitar a Denúncia oferecida contra o Prefeito, negou vigência à Lei 8.212/95, art. 95, d, § 1º — já que os fatos narrados se amoldam com perfeição ao tipo penal ali descrito —, bem como ao § 3º do mesmo artigo e ao art. 15, I, que cuidam de equiparar os administradores públicos ao empresário ou empregador, para todos os efeitos, inclusive os penais.

Admitido o recurso na origem, sem contra-razões vieram os autos a esta Corte.

Manifestou-se a Subprocuradoria Geral da República pelo seu provimento.

Relatei.

## VOTO

O SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL (Relator): Senhor Presidente, a jurisprudência da Corte é interativa no sentido de que o não-recolhimento de contribuições previdenciárias, descontadas dos servidores municipais, não qualifica o Prefeito como sujeito ativo do crime de apropriação indébita.

A questão foi enfrentada por esta 5ª Turma e bem analisada no REsp 40.950-0-RS, relatado pelo Ministro Assis Toledo, que assinalou: “Os Prefeitos Municipais, na qualidade de agentes políticos, não são responsáveis por empresas, pelo que a norma do art. 86, parágrafo único da Lei 3.807/60, ou do § 3º do art. 95 da Lei 8.212/91, não lhes é aplicável.”

Mesmo com o advento da Lei 8.212/91 — que embasou a denúncia oferecida contra o ora recorrido — a conduta continua sendo atípica com relação aos Prefeitos Municipais.

Com efeito, a nova lei, ao elencar no § 3º, do art. 95; os responsáveis pelo delito, não incluiu no rol o Prefeito Municipal ou qualquer agente político. Equiparar o Prefeito a uma daquelas pessoas seria, sem dúvida, aplicar a chamada analogia **in malam partem**, vedada no nosso direito penal.

Na verdade, os Prefeitos Municipais, na qualidade de agentes políticos, não são responsáveis por empresas. No caso das empresas privadas a responsabilidade prevista na Lei 8.212/91 se justifica ante a presunção de que os seus sócios ou administradores tenham se apropriado dos recursos da Previdência, já que o dinheiro é incorporado ao patrimônio de suas empresas. Com relação aos Prefeitos a situação é diversa, pois o dinheiro não ingressa no seu patrimônio.

Evidentemente, se o Prefeito se apropria de valores do erário público, será responsabilizado, mas por crime de peculato.

Sobre a questão não há, na verdade, controvérsia jurisprudencial nesta Corte, merecendo destaque os seguintes julgados: 5ª Turma, AgRg 62.822, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ 4/9/95; 5ª Turma, REsp 40.950, Rel. Min. Assis Toledo, DJ 6.3.95; 6ª Turma, REsp 63.986, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro.

Assim, na esteira dos precedentes da Corte, não conheço do recurso.

É o voto.

VOTO — VENCIDO

VOTO (VENCIDO)

O SR. MINISTRO JOSÉ ARNALDO DA FONSECA: Sr. Presidente, **data venia**, fico vencido.

O SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Sr. Presidente, **data venia**, fico vencido.

---

RECURSO ESPECIAL Nº 123.737 — ES  
(Registro nº 97.0018271-1)

Relator: *O Sr. Ministro José Arnaldo*

Recorrente: *Município de Linhares*

Recorrido: *Paulino José Lourenço*

Advogados: *Drs. Carlos Dorsch, e Edina Rangel Lourenço e outros*

**EMENTA:** *Recurso especial. Administrativo. Concurso público. Anulação. Exoneração de servidor em estágio probatório. Possibilidade. Fraudes graves do concurso. Apuração em sindicância. Candidatos citados para defesa.*

— Considerando-se a excepcionalidade do caso, relatadas e devidamente apuradas em sindicância as diversas irregularidades insanáveis que viciaram o certame, sendo os candidatos citados para defesa, é possível a exoneração deles, apesar de já nomeados, uma vez que se encontravam em estágio probatório.

— Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Ministro-Relator. Votaram com o Relator os Srs. Mi-

nistros Felix Fischer, José Dantas e Cid Flaquer Scartezzini. Ausente, justificadamente, o Ministro Edson Vidigal.

Brasília, 9 de setembro de 1997 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ DANTAS, Presidente. Ministro JOSÉ ARNALDO, Relator.

---

Publicado no DJ de 06-10-97.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ ARNALDO (Relator): Cuida-se de recurso especial interposto pelo Município de Linhares, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do respectivo permisivo constitucional, de acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, o qual, confirmando sentença monocrática, concedeu ao recorrido a reintegração ao cargo público, uma vez ter sido anulado o seu ato de nomeação, conforme a ementa que se lê (fls. 225):

*“Mandado de segurança — Funcionário público — Nomeação após aprovação em concurso público — Invalidade deste decreto pela municipalidade com base em sindicância — Inadequação.*

A posse marca o início dos direitos e deveres funcionais. A nomeação regular, pois, só pode ser desfeita pela Administração antes daquele ato. Por outro lado, a anulação de concurso público, com a exoneração do nomeado, após aquela fase, só cabe com a observância do devido processo legal e a garantia de ampla defesa.”

Alega violação às Sumulas 346 e 473 do STF, bem como à jurisprudência dominante do STJ, por tratar-se de servidor que se encontrava em estágio probatório.

Foram oferecidas contra-razões.

O recurso teve seu seguimento negado no tribunal de origem (fl.

301), tendo subido a esta Corte por força do provimento ao agravo de instrumento interposto (fl. 340), admitindo o recurso somente pela alínea **c**.

O Ministério Público Federal opinou pelo improvimento do recurso (fls. 357/361).

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ ARNALDO (Relator): O município recorrente entende que, anulado o concurso face as irregularidades insanáveis, elencadas às fls. 255/6, nele apuradas em processo de sindicância, a exoneração do servidor-recorrido encontra amparo na Súmula 473/STF e na jurisprudência citada.

Transcrevo as seguintes considerações tecidas pelo município recorrente, com o fim de demonstrar a gravidade das irregularidades devidamente apuradas em sindicância:

“... São os seguintes os vícios relatados pela comissão:

1. Convocação e nomeação de candidatos, aprovados em número maior que as vagas oferecidas no edital do concurso;
2. Nomeação e posse de candidatos aprovados, antes da publicação de suas convocações no diário oficial;
3. Nomeação dos candidatos aprovados, sem que existisse dotação orçamentária para fazer face às despesas;

4. Inscrição de candidatos que não possuíam os requisitos para as carreiras para as quais sejam inscritos;

5. O candidato José Braz Nali concorreu a vaga de assessor, enquanto ocupava o cargo de secretário da administração e nessa condição teve acesso a todos os atos inerentes ao concurso; (Fls. 266 e 267).

...

Ofende o princípio da impessoalidade e moralidade os fatos de que houve acesso às questões das provas antecipadamente quebrando-se-lhes o sigilo e a inviolabilidade do certame.

Ofende o princípio da publicidade o fato de os recorridos tomarem posse de seus cargos antes de as nomeações serem publicadas no Diário Oficial..." (fls. 255/6)

O relatório da sindicância, que efetivamente comprova todo este alegado, encontra-se às fls. 167/72 dos autos, afirmando-se, ainda, que "... estranhamente, todo o material alusivo ao Concurso Público em questão foi incinerado (fls. 33) não obstante a Municipalidade já tivesse sido citada para responder a uma ação popular (Processo nº 4.730/92), na qual era postulada a requisição de todo o procedimento relativo ao Concurso Público..." (fl. 171)

Entendo que a jurisprudência desta Corte já é firme no sentido de que não se pode anular concurso público, quando existam candidatos

já nomeados e empossados. sem o devido processo legal, ou seja, sem que seja assegurado o contraditório e ampla defesa a estes. Assim, inclusive, venho sempre me posicionando.

Mas quero lembrar que esta jurisprudência se firmou em casos onde, em geral, havia o Decreto anulando o certame sem qualquer justificativa, ou ainda que fosse ela relevante. Eu mesmo tive oportunidade de apreciar um caso assim, quando relator do REsp 97.647/RJ, considerando:

"... A decisão recorrida de que "não pode a Administração Pública, por simples Decreto, *sem expor as razões do ato*, anular o concurso em prejuízo de todos os concursados, já nomeados e empossados", guarda pertinência com a jurisprudência mansa e pacífica desta Corte" (grifei).

Em outra ocasião, ao apreciar o RMS 80/MA, o ilustre Ministro Geraldo Sobral, relator, considerou:

"... Os vícios alegados, consistiriam na realização das provas por parte da Secretaria da Fazenda quando deveriam ser realizadas pelo Departamento de Administração Geral, competência esta depois transferida para a Secretaria de Administração do Estado que as realizaria através de uma Comissão Central de Concurso..."

Vê-se, pois, que *os motivos para a anulação do concurso não são de cunho grave, capazes de vicia-*

*rem a realização do certame, tais como: violação de provas, divulgação de quesitos, favorecimento de candidatos em detrimento de outros, etc...” (grifei).*

Ora, a excepcionalidade do caso em debate é latente, na medida em que são graves as irregularidades efetivamente comprovadas, das quais foram citados por edital os candidatos em questão para que prestassem sua defesa, não tendo eles atendido a tal citação.

Assim, **in casu**, valho-me dos seguintes entendimentos aqui também já esposados:

“... Durante o estágio probatório, se o candidato... não correspondendo às exigências estabelecidas para a confirmação e estabilidade, *fica sujeito a exoneração*,

*mediante ato justificado em fatos concretos e graves, apurados nos procedimentos ou processos administrativos regularmente instaurados e apreciados pela autoridade competente...” (RMS 1.853/RS, DJ 08.11.93, grifei)*

“... Comprovado durante o estágio probatório que o recorrente não satisfazia às exigências legais da Administração não há como se inquirar de ilegal o ato administrativo que não o confirmou no cargo de detetive de polícia, com base nos dados apurados na sindicância, oportunidade em que lhe foi assegurada ampla defesa...” (RMS 861/RJ, DJ 25.11.91)

Por todo o exposto é que meu voto é pelo provimento do presente recurso.

---

RECURSO ESPECIAL Nº 124.012 — AM  
(Registro nº 97.0018772-1)

Relator: *O Sr. Ministro José Arnaldo*

Recorrente: *Ministério Público do Estado do Amazonas*

Recorrido: *Nemezio Bernardino Alves*

Advogados: *Dr. Klinger da Silva Oliveira*

**EMENTA:** *Criminal. Recurso especial. Entorpecentes. Porte e depósito. Flagrante. Crime permanente.*

— **Em se tratando de delito de natureza permanente, é prescindível a apresentação de mandado para efeito de apreensão da substância entorpecente e prisão do portador ou depositário.**

— **Recurso conhecido e provido.**



## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Ministro-Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Felix Fischer, Edson Vidigal, José Dantas e Cid Flaquer Scartezzini.

Brasília, 2 de setembro de 1997 (data do julgamento).

Ministro EDSON VIDIGAL, Presidente. Ministro JOSÉ ARNALDO, Relator.

Publicado no DJ de 29-09-97.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ ARNALDO: O Ministério Público do Estado do Amazonas, desconfortado com o v. acórdão do Tribunal de Justiça local, que proveu ao apelo do condenado para considerar nula a sentença, interpõe, com apoio na alínea c, do permissivo constitucional, recurso especial, por contrariar o **decisum** a jurisprudência sobre “Posse e Guarda de Entorpecentes — Crime Permanente — Consumação que ocorre enquanto não cessar a permanência”.

Traz a cotejo ementa do REsp 277-SP, Rel. Min. Costa Lima, 5ª Turma, DJ 25.09.89 e outro da 2ª C. do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Rel. Desemb. José Roberge — in RT 677/379.

Sustenta, em síntese, a irresignação: enquanto a decisão sob reexame defende a obrigatoriedade de mandado para busca em domicílio onde se encontrava depositada a substância entorpecente, as paradigmáticas entendem que as figuras típicas do art. 12, da Lei 6.368/76, nas modalidades de exposição à venda, transporte, guarda e depósito configuram crime permanente, e, desse modo, o flagrante delito permite a entrada de policiais na casa do infrator a qualquer momento.

Admitido, subiram os autos e aqui oficiou o Ministério Público Federal na linha defendida pelo recurso.

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ ARNALDO (Relator): Contra Nemézio Bernardino Alves, o Ministério Público ofereceu denúncia como incurso no art. 12, da Lei 6.368, de 21.10.76, sendo condenado a 3 anos de reclusão. Em grau de apelação, decidiui a Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça/AM (fls. 115):

“Apelação Criminal. Crime: porte de entorpecente. Flagrante viado. Fragrante forjado, em residência particular sem mandado, configura violação dos incisos X e XI da Constituição Federal. Prova nula não autoriza condenação válida.

Recurso provido.”

Consoante já apontado, a divergência está devidamente caracterizada.

Preconiza o art. 5º, inc. XI, da Carta Política da República:

“Art. 5º — .....

XI — A casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.”

O aresto recorrido proveu o recurso, absolvendo o réu, em razão do ingresso de policiais em sua morada, sem portarem autorização judicial. Na realidade, configurava-se a situação de flagrância e como o crime é de natureza permanente, podiam os agentes penetrar na residência, sem exhibir mandado judicial, descogitando-se de violação ao suso citado cânon constitucional.

Essa a diretriz fixada nos acórdãos indicados pelo *Parquet* Federal, assim ementados:

“Processual Penal — Recurso em **Habeas Corpus** — Pixação em flagrante — Tráfico ilícito de entorpecentes.

1. Se o policial não exerce função jurisdicional, não cabe falar-se em incompetência **ratione loci**, sendo válido o auto de prisão em flagrante lavrado por autoridade de comarcas contíguas.

2. Em se tratando de crime de natureza permanente — tráfico de entorpecentes — dispensável a apresentação de mandado para efeito de prisão e apreensão da droga.” (RHC nº 5.204/SC, Rel. Min. Anselmo Santiago, pub. no DJ de 05/08/1996)

“A guarda de maconha, decidiu o STF, é delito permanente enquanto não cessar a permanência.” (RHC 53.659, **Damásio**, Decisões anotadas do STF em matéria criminal, São Paulo, Sarai-va, 1978, pág. 250)”

Com esses fundamentos, conhecimento do recurso e o provejo para, reformando o acórdão recorrido, restabelecer a sentença de 1º grau, da lavra da il. Juíza de Direito, Dra. Maria Creuza Costas de Seixas.

---

RECURSO ESPECIAL Nº 143.210 — CE

(Registro nº 97.0055547-0)

Relator: *O Sr. Ministro José Dantas*

Recorrente: *Sindicato dos Trabalhadores do Serviço Público Federal no Estado do Ceará — SINTSEF/CE*

Advogada: *Dra. Francisca Liduina Rodrigues Carneiro*

Recorrida: *Comissão Nacional de Energia Nuclear — CNEN*

Advogados: *Drs. Fernando José de Oliveira Mendonça e outros*

**EMENTA: Processual Civil. Sindicato. Direitos individuais dos sindicalizados.**

— Legitimidade ativa. Tranquila orientação pretoriana sobre admiti-la, independentemente de outra exigência, além da constituição legal do sindicato.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Ministro-Relator. Votaram com o Relator os Ministros José Arnaldo, Felix Fischer e Edson Vidigal. Ausente, justificadamente, o Ministro Cid Flaquer Scartezzini.

Brasília, 23 de setembro de 1997 (data do julgamento).

Ministro EDSON VIDIGAL, Presidente. Ministro JOSÉ DANTAS, Relator.

Publicado no DJ de 20-10-97.

**RELATÓRIO**

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: A espécie está bem relatada no r. despacho de admissão do recurso, lavra do Juiz Francisco Falcão, desta forma:

“Trata-se de Recurso Especial, interposto com fundamento no art. 105, III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal contra Acórdão prolatado por esta Corte, assim ementado:

*“Ementa: Processo Civil. Substituição processual. Sindicato. Defesa de direitos de seus filiados.*

O Sindicato só pode pleitear, como substituto processual, direito alheio, nos termos da lei — CPC, art. 6º.

A Constituição Federal não conferiu legitimação anômala ou extraordinária, ampla e irrestrita para os sindicatos e associações.

Somente havendo lei específica autorizando a substituição é possível o ajuizamento de ação em defesa de direito ou interesse de terceiro.

Mesmo quando o Sindicato age como substituto, exige-se que a petição inicial registre a qualificação completa dos substituídos pela entidade de classe, com suas postulações concretas.

Carência de ação. Matéria de ordem pública.

Extinção do processo sem julgamento do mérito.”

Argúi o recorrente que o Acórdão em comento merece ser reformado por afrontar preceitos constitucionais e ordinários, quais sejam: art. 8º, inciso III, da Cons-

tituição Federal, e Lei nº 8.112/90, art. 240, alínea a, bem como a existência de dissídio jurisprudencial entre acórdão do Supremo Tribunal Federal e a decisão ora hostilizada, transcrevendo, inclusive, a ementa dos respectivos julgados.

Compulsando os autos, verifica-se comprovada a violação a dispositivo de lei federal, bem assim o dissídio jurisprudencial, pressupostos necessários para devolver ao Egrégio Superior Tribunal de Justiça o conhecimento de toda a matéria impugnada, pelo que admito o presente Recurso Especial.” — fls. 146.

Relatei.

## VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Senhor Presidente, tenho dito que já agora se dispensam maiores indagações sobre a legitimidade ativa das associações e sindicatos para ingresso em juízo na defesa de interesses e direitos dos seus associados, sem carência de titulação outra que não a comprovação de a entidade estar legalmente constituída.

Sobre o tema, recentemente, com apoio da maioria dos Ministros desta Turma, proferi voto em discordância com o relator, o Sr. Min. Felix Fischer, pelo que ao mesmo me reporto, inclusive pelo levantamento jurisprudencial ali contido — Lê — voto anexo RMS 5.316.

Na linha desses precedentes, colacione-se mais esta ementa, relativa a reclamação trabalhista:

*“Processual Civil. Legitimidade. Sindicato. Substituição processual. Reclamação trabalhista. Diferenças salariais.*

— Nos termos da jurisprudência desta Corte, é de ser reconhecida a legitimidade do sindicato para, na qualidade de substitutivo processual, propor ação em favor dos interesses da categoria que representa.

— Recurso conhecido pelo dissídio, mas improvido.” — REsp 36.971, 4ª T., 26.06.96, Rel. Min. Cesar Rocha.

Pelo exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento, para reformar o acórdão recorrido, de forma a que a apelação seja julgada pelas razões de mérito suscitadas contra a sentença de procedência da ação.

## “ANEXO

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 5.316 — RS

(Registro nº 95.0001121-2)

## VOTO (VISTA)

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Senhores Ministros, tratando-se de mandado de segurança intentado por sindicato em favor de associados seus, o Sr. Min. Felix Fischer não conheceu do recurso ordinário, posto que faltaria à legitima-

ção ativa a necessária autorização da assembléia geral, conforme sustentado pelo parecer do Ministério Público Federal, nesta instância.

Daí o meu pedido de vista, informado pela lembrança de que tal exigência já fora escusada pela própria Corte Especial, em recente decisão uniformizadora provocada pela Terceira Seção. E na verdade confirmou-se tal lembrança, da forma como ali votei no RMS 4.001, **verbis**:

“Senhor Presidente, pela data do relatório compreende-se que, ao tempo, havia essa possibilidade de divergência que a Terceira Seção quis evitar, remetendo a esta Corte a questão da legitimidade do sindicato. A essa altura, é notoriamente sabido que não se faz nenhuma outra exigência da legitimidade do sindicato para agir em nome de interesses dos seus associados, além de comprovar que está legalmente constituído.” — CE, em 21/05/97.

Como dito, a própria Terceira Seção já tinha pacificado o entendimento, a exemplo da seguinte ementa:

“I — O impetrante (sindicato) não necessita de autorização de assembléia para poder ajuizar mandado de segurança coletivo em prol de seus filiados. Assim, indiferente foi a juntada da autorização após o aforamento do *writ*. O inciso LXX do art. 5º da CF (diferente da ‘representação’ do inciso XXI) contempla a categoria da ‘substituição processual’.

Em outras palavras, o impetrante, como substituto, demanda em seu nome, mas em benefício de terceiros.” — MS 3.901, Rel. Min. Adhemar Maciel, DJ de 19/08/96.

De igual modo entende a Primeira Turma, e.g.:

“*Constitucional. Processual Civil. Mandado de segurança coletivo. Sindicato. Representação.*

1 — Os sindicatos têm legitimação ativa para, quando autorizados pelos estatutos que os regem, agir em juízo, em sede de mandado de segurança coletivo, em nome dos seus associados.

2 — Recurso provido.” — RMS 7.523, Rel. Min. José Delgado, DJ de 09/12/96.

Em atenção àquela única exigência de ordem estatutária, veja-se que a mesma se atende pelo art. 2º, a, do Estatuto do sindicato recorrente, expresso sobre *serem prerrogativas do sindicato, representar, perante as autoridades administrativas e judiciárias, os interesses gerais da categoria e os interesses individuais dos associados relativos à profissão exercida.*

Por outro lado, a mim parece, com a devida vênia, que mesmo em se omitindo essa colação jurisprudencial, não seria o caso do não conhecimento do recurso, dado que conhecida fora a impetração no juízo a **quo**, pelo que se estaria cometendo intolerável **reformatio in pejus**.

Pelo exposto, conheço do recurso, e aguardo ensejo para votar sobre o mérito.”