

HABEAS CORPUS Nº 10.347 – SP

(Registro nº 99.0069469-4)

Relator: Ministro Felix Fischer
Impetrante: Sérgio Gardenghi Suiama
Impetrado: Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo
Paciente: Márcio Marques Gonçalves (preso)

EMENTA: Processual Penal – **Habeas corpus** (Ec. nº 22/1999) – Roubo majorado – Regime inicial.

I – Ressalvadas as exceções legais, como a do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/1990, a prática do crime em si não permite, na escolha do regime inicial, que sejam afastadas as exigências previstas no art. 33, §§ 2º e 3º, c.c. o art. 59 do Código Penal.

II – Mesmo no caso de roubo majorado, preenchidos os requisitos legais, o regime inicial pode ser o semi-aberto.

Writ concedido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, deferir o pedido, nos termos do voto do Ministro-Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Gilson Dipp, Jorge Scartezzini, José Arnaldo da Fonseca e Edson Vidigal.

Brasília-DF, 7 de dezembro de 1999 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, Presidente.

Ministro FELIX FISCHER, Relator.

Publicado no DJ de 14.02.2000.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Versam os autos sobre **habeas corpus** impetrado em favor de Márcio Marques Gonçalves, condenado por

roubo, com dupla majoração, a 5 anos e 6 meses de reclusão, tendo como regime inicial o fechado, e no qual se pretende a alteração do cumprimento da resposta penal para o regime semi-aberto.

A liminar foi indeferida.

Nas informações consta:

“Alega o impetrante, em síntese, estar o paciente sofrendo constrangimento ilegal, porque esta Corte, no julgamento da Apelação nº 1.130.309/8, manteve o regime fechado para inicial cumprimento da pena, fundada unicamente na gravidade do delito, embora sua primariedade e a favorabilidade das circunstâncias do art. 59 do Código Penal, permitirem o desconto no semi-aberto (Ação Penal nº 723/1998, da egrégia 1ª Vara Criminal da Comarca de Osasco).

Cabe-me, a propósito e em atenção ao ofício de Vossa Excelência, transmitir os esclarecimentos que seguem.

Por fatos ocorridos em 5 de junho de 1998, foi o paciente preso em flagrante e denunciado, perante o MM. Juízo da egrégia 1ª Vara Criminal da Comarca de Osasco, como incurso no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal (doc. nº 1).

Pleiteada pelo Procurador do Estado a liberdade provisória ao acusado, em razão de sua primariedade, restou indeferido o pedido (doc. nº 2).

Em 27 de agosto de 1998, sobreveio sentença condenatória, que apenou o réu, por infringência ao art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal, a 5 anos e 6 meses de reclusão, em regime fechado, e 13 dias-multa. A pena-base foi fixada no mínimo legal de 4 anos de reclusão e 10 dias-multa, e acrescida de 3/8, devido à dupla qualificação – emprego de armas e concurso de agentes. Em razão da quantidade da reprimenda aplicada, entendeu o MM. Juiz **a quo** não ter o paciente direito a nenhum benefício, inclusive ao *sursis*, sendo-lhe vedado o apelo em liberdade, por se tratar de crime grave, que ofende, além do patrimônio, a integridade física humana. O regime estabelecido para cumprimento inicial da carcerária foi o fechado, por ser o mais adequado para quem é condenado por roubo duplamente qualificado (doc. nº 3).

Inconformada, apelou a defesa, objetivando a absolvição por insuficiência do conjunto probatório e, subsidiariamente, a redução da

pena e a imposição do regime inicial semi-aberto, em virtude de ser o réu primário, menor de 21 anos e portador de bons antecedentes.

A egrégia Décima Terceira Câmara desta Corte, por votação unânime, negou provimento ao reclamo. O regime fixado na r. sentença monocrática foi mantido, por entender a egrégia Turma julgadora que o apelante não fazia jus a outro mais brando, pois, embora primário e relativamente menor, pela natureza, gravidade de **modus operandi** em que o delito fora praticado, revelou-se pessoa de personalidade deformada, dotada de audácia criminosa e periculosidade acima do normal. Considerou, ainda, não merecer o condenado ser beneficiado com regime diverso do fechado, pois implicaria em sensação de impunidade e incentivo à prática delituosa, frustrando-se a expectativa social que exige e espera, em tais condições efetiva e eficaz resposta à criminalidade cada vez mais crescente (doc. nº 4). O venerando aresto restou irrecorrido (doc. nº 5).” (fls. 35/36).

A douta Subprocuradoria Geral da República se pronunciou pelo indeferimento do *writ*.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO FELIX FISCHER (Relator): Trata-se de mais um caso de profissionalmente elogiável atuação da douta Procuradoria Geral do Estado (assistência judiciária) de São Paulo. E, outra vez, com inteira razão, evidenciando a relevância e a imprescindibilidade, em nosso país, da estruturação da Defensoria Pública, o que só existe, e às vezes, sem a devida atenção, em um ou outro Estado.

No feito em tela, a pena-base foi fixada no mínimo legal. Não foi indicada nenhuma circunstância extratípica que justificasse o regime inicial fechado. O delito é grave mas não hediondo. E, ressalvadas as exceções legais, como a do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/1990, a prática do crime em si não permite, na escolha do regime inicial, que sejam afastados os requisitos previstos no art. 33, §§ 2º e 3º, c.c. o art. 59, todos do Código Penal. No v. acórdão reprochado criou-se óbice genérico que não encontra amparo legal. Pode, **de lege ferenda**, ser a solução correta ou esperada. Entretanto, **de lege lata**, a acentuada restrição à liberdade individual deve estar calçada na lei ou no sistema legal.

Conseqüentemente, tendo em vista que, pelas diretrizes do art. 59 do CP,

a resposta penal – pena-base – foi fixada quase no mínimo, o réu-paciente tem realmente direito ao regime inicial semi-aberto (art. 33, § 2^a, alínea **b**, do CP).

Como precedentes, tem-se: a) HC nº 9.197-SP, Quinta Turma-STJ, de minha relatoria, DJU de 20.09.1999; b) HC nº 9.761-SP, Quinta Turma-STJ, de minha relatoria, DJU de 27.09.1999; c) HC nº 73.532-1-SP, STF, Relator Min. Moreira Alves, DJU de 09.08.1996, p. 27.101; d) HC nº 75.503-8-SP, STF, Relator Min. Marco Aurélio, DJU de 17.04.1998.

Voto pelo deferimento do *writ*.

HABEAS CORPUS Nº 10.913 – RJ

(Registro nº 99.0091787-1)

Relator: Ministro Felix Fischer
Impetrante: Flávio Jorge Martins
Impetrada: Seção Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Paciente: Jorge de Oliveira Tavares (preso)

EMENTA: Penal – **Habeas corpus** – Associação (art. 14 da Lei de Tóxicos) – Pena – Execução.

I – A associação estável de duas ou mais pessoas, na forma do art. 14 da Lei de Drogas encontra-se em vigor, com a cominação da pena prevista no art. 8^a da Lei nº 8.072/1990 (*precedentes da Terceira Seção – STJ e do Pretório Excelso*).

II – A execução da pena privativa de liberdade do delito previsto no art. 14 não sofre a incidência do contido no art. 2^a, § 1^a, da Lei nº 8.072/1990 (*precedentes*).

III – Quanto ao art. 12 da Lei de Drogas, o regime é integralmente fechado (*precedentes*).

Ordem parcialmente concedida, com extensão aos co-réus.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da

Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem, com extensão aos co-réus, reformando o r. decisório de 2ª grau e anulando parcialmente a r. sentença, na parte da fixação da pena privativa de liberdade, pela prática do crime previsto no art. 14 da Lei de Tóxicos, afastada, em sede de execução, quanto a este delito, a restrição inserida no art. 12, § 1º, da Lei nº 8.072/1990. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Gilson Dipp, Jorge Scartezzini, José Arnaldo da Fonseca e Edson Vidigal.

Brasília-DF, 14 de dezembro de 1999 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, Presidente.

Ministro FELIX FISCHER, Relator.

Publicado no DJ de 14.02.2000.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Versam os autos sobre **habeas corpus** impetrado contra v. julgado que não alterou a fixação da resposta penal aplicada pela prática do delito previsto no art. 14 da Lei nº 6.368/1976. O retrospecto está delineado às fls. 71/72, **in verbis**: “Narram as informações – com espeque em ‘elementos constantes dos autos das Revisões Criminais nº 5/1997 e 11/1997, que tramitaram por esta Seção Criminal, ambas consideradas em parte procedentes para ajustar-se o valor da pena pecuniária” –, em síntese, que (fls. 43/44):

“O paciente foi condenado na Comarca de Itaguaí à pena final de treze anos de reclusão e duzentos e cinquenta dias-multa, sendo oito anos de reclusão e cento e cinquenta dias-multa correspondentes ao artigo 12 da Lei nº 6.368/1976, e cinco anos de reclusão e cem dias-multa correspondentes ao artigo 14 da mesma lei, como integrante ‘de organização criminosa com o fim de traficar substância entorpecente’ (Ação Penal nº 6.858/1995). A decisão de 1ª grau foi confirmada em grau de apelação (Apelação Criminal nº 1.071/1996).

No primeiro pedido revisional postulou-se o reexame da dosimetria da pena, com alegação de ser o requerente ‘primário e de bons antecedentes’, e assim, amparado pelo ‘direito público subjetivo que a lei impõe ao juiz de aplicar a pena em seu mínimo legal’. No segundo, inicialmente circunscrito ao exame da prova, acrescentou-se pedido

de anulação da sentença, para nova fixação da pena, ‘nos limites legais’, pois ‘a sanção dos que se associaram à prática do tráfico de drogas não está prevista no artigo 14 da Lei nº 6.368/1976, mas sim no art. 8º da Lei nº 8.072/1990, que prevê pena máxima de 6 anos de reclusão...’.

O acórdão que decidiu sobre tal pretensão, depois de *advertir que não houve derrogação do artigo 14 da Lei nº 6.368/1976*, salienta que a pena imposta ao paciente fora ‘devidamente justificada’ na sentença e ‘também foi devidamente reapreciada quando da apelação’...

Conclui-se, portanto, que a pena privativa de liberdade relativa ao delito do artigo 14 da Lei nº 6.368/1976, foi exasperada, assim como a do artigo 12 da mesma lei, com fundamentação suficiente, e não excedeu o limite máximo estabelecido pelo artigo 8º da Lei nº 8.072/1990. (Destaquei).

A impetração alega, fundamentalmente, que (fls. 5/6):

‘05. Portanto, permanece o paciente sofrendo coação ilegal, em face a manutenção da pena de 5 (cinco) anos de reclusão que foi fixada na r. sentença monocrática, embora tenha o seu prolator reconhecido que ‘Os acusados, embora, todos primários e de bons antecedentes. ...’ fls... foram apenados com base na pena prevista no antigo art. 14 da LT e não como tem sistematicamente decidido o STF, nos limites legais previstos no art. 8º da Lei nº 8.072/1990.’

(...)

‘... no informe 115 do STF foi noticiado o julgamento do HC nº 75.978-SP, relatado pelo excelente Min. Sepúlveda Perence, **verbis**:

‘Crimes hediondos (Lei nº 8.072/1990): regime fechado integral (art. 2º, § 1º), de constitucionalidade declarada pelo Plenário (ressalva pessoal do relator): inaplicabilidade, porém, da regra proibitiva da progressão ao condenado pelo delito de associação incriminada no art. 14 da Lei de Entorpecentes, inconfundível com o tráfico, tipificado no art. 12, único daquele diploma a que se aplica a Lei dos Crimes Hediondos’.” (fls. 71/72).

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

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Como se vê do simples cotejo entre os vv. decisórios em 1ª e 2ª graus, e verificando-se, outrossim, as motivações, é taxativa, ali, a admissão da condenação pelo art. 14 da Lei nº 6.368/1976, na sua forma original. Neste ponto, incorporamos a posição contrária, seguida na instância incomum, e exposta pelo *Parquet*, a saber: “Quanto ao mérito, cumpre lembrar que houve controvérsia, em doutrina e jurisprudência, acerca do confronto entre o art. 8ª da Lei nº 8.072/1990 e o art. 14 da Lei nº 6.368/1976 (Lei de Tóxicos).

Assim rezam os dispositivos:

Lei nº 6.368/1976

“Art. 14. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 12 e 13 desta Lei:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.”

Lei nº 8.072/1990

“Art. 8ª Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo.

Parágrafo único. O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços.”

Eis, por sua vez, o art. 288, **caput**, do Código Penal:

“Art. 288. Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para fim de cometer crimes:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.”

A tendência, hoje, parece confluir ao entendimento firmado pela colenda Terceira Seção dessa egrégia Corte:

“Processual Penal. Embargos de divergência. Art. 14 da Lei de Tóxicos.

A associação estável de duas ou mais pessoas, na forma do art. 14 da Lei de Drogas encontra-se em vigor, com a cominação da pena prevista no art. 8º da Lei dos Crimes Hediondos.

Embargos acolhidos.”

(STJ, Terceira Seção, EREsp nº 149.768-SP, DJ de 17.05.1999, Rel. Min. Felix Fischer). (Destaquei).

No mesmo sentido, encontram-se precedentes do egrégio Supremo Tribunal Federal:

“Ementa: **Habeas corpus**. Crime de quadrilha ou bando. Associação para os fins de praticar o tráfico de drogas.

2. Lei nº 6.368/1976, art. 14 e Lei nº 8.072/1990, arts. 8º e 10.

3. O art. 8º da Lei nº 8.072/1990 não revogou o art. 14 da Lei nº 6.368/1976, a que se refere o art. 10 da Lei nº 8.072/1990. A pena, no caso de quadrilha destinada à prática de crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins (Lei nº 6.368/1976, art. 14) é a prevista no art. 8º da Lei nº 8.072/1990.

4. Interpretação dos arts. 8º e 10 da Lei nº 8.072/1990. Cuida-se de dois textos da mesma hierarquia e vigentes ao mesmo tempo. No exame da matéria, não há, pois, questão de direito intertemporal.

5. Antinomia aparente e antinomia real. Interpretação corretiva e interpretação ab-rogante; ab-rogação simples e ab-rogação dupla.

6. Aplicação, no caso, da interpretação corretiva, com conciliação sistemática, mediante interpretação restritiva de ambos os dispositivos (Lei nº 8.072/1990, arts. 8º e 10), reservando-se ao primeiro a fixação da pena inclusive para a quadrilha destinada à prática de crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e ao segundo a especialização do tipo do crime de quadrilha com essa finalidade, tal como descrito no art. 14 da Lei nº 6.368/1976, nele referido.

7. Vigente, dessa maneira, o art. 14 da Lei nº 6.368/1976, a absolvição da co-ré, quanto ao delito de associação, nesse dispositivo descrito, não é de estender-se ao paciente, em face da fundamentação desenvolvida no acórdão, que não merece reparo, também, de referência à dosagem da pena.

8. **Habeas corpus** indeferido.”

(STF, Segunda Turma, HC nº 72.862-SP, DJ de 25.10.1996, Rel. Min. Néri da Silveira).

“Ementa: Penal. Processual Penal. **Habeas corpus**.

Associação para o tráfico de entorpecentes. Lei nº 6.368/1976, art. 14. Lei nº 8.072/1990, art. 8º.

I – Tratando-se de associação para o tráfico de drogas, prevalece a tipificação do art. 14 da Lei nº 6.368/1976, vale dizer, a associação de duas ou mais pessoas, para praticar, reiteradamente ou não, o tráfico de drogas, tipifica o delito do art. 14 da Lei nº 6.368/1976. A pena a ser aplicada será a prevista no art. 8º da Lei nº 8.072/1990, isto é, reclusão de três a seis anos. Precedentes do STF.

II – A absolvição de um dos réus do crime de associação para a prática do tráfico de drogas não modifica a situação dos outros dois réus, que também haviam sido condenados como incurso no art. 14 da Lei nº 6.368/1976.

III – HC indeferido.”

(STF, Segunda Turma, HC nº 73.119-SP, DJ de 19.04.1996, Rel. Min. Carlos Velloso).

In casu, eis o que se colhe da r. sentença trazida aos autos (fl. 61):

“Do crime descrito no art. 14 da Lei nº 6.368/1976.

Observando os mesmos fundamentos já exarados na dosimetria supra, fixo a pena-base dos acusados *Jorge* e *Everton*, quanto ao crime de associação, em 5 (cinco) anos de reclusão. Inexistindo agravantes e atenuantes, bem como causas de aumento e diminuição da pena, fixo esta como final, devendo ser cumprida em regime fechado.

(...)

Quanto ao acusado *Washington*, em razão de sua maior periculosidade e culpabilidade, fixo a pena-base em 7 (sete) anos de reclusão. Inexistindo agravantes e atenuantes, bem como causas de aumento e diminuição da pena, fixo esta como final, que deverá ser cumprida em regime fechado.” (Destaquei).

Ora, cotejando as razões da r. sentença (fls. 51/62) com as dos acórdãos proferidos na apelação (fls. 45/50) e nas revisões criminais (fls. 63/68),

vê-se que, tipificadas as condutas (quanto ao crime enfocado) no art. 14 da Lei nº 6.368/1976, com base nas penas ali cominadas foram aplicadas as reprimendas.

Então, como a orientação pretoriana é por que se lhe apliquem as penas cominadas pelo art. 8º da Lei nº 8.072/1990, há de se conceder a ordem pleiteada, no particular, para que se reveja a dosimetria da pena, agora com base nas penas cominadas pelo art. 8º da Lei nº 8.072/1990.

Pouco importa, vale observar, que a pena “não excedeu o limite máximo estabelecido pelo artigo 8º da Lei nº 8.072/1990”, como dizem as informações (fl. 44).

Afinal, é óbvio, ainda que a pena aplicada ao paciente, no particular, não tenha excedido tal limite máximo, sua dosimetria segundo os extremos fornecidos pelo art. 8º da Lei nº 8.072/1990 certamente redundará em uma pena menor que a fixada, com base nas sanções mais elevadas, cominadas pelo art. 14 da Lei nº 6.368/1976.

Note-se, a propósito, que a pena-base do acusado Washington – ao qual, assim como ao terceiro acusado, há de se estender a ordem a ser concedida – foi fixada em sete anos de reclusão, **quantum** que supera o limite máximo previsto no art. 8º da Lei nº 8.072/1990.” (fls. 73/78).

Quanto ao delito do art. 14 da Lei de Drogas é de se atentar, também, que ele não está arrolado como hediondo ou assemelhado.

Conseqüentemente, na execução da pena por este crime não pode incidir a restrição inculpada no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/1990 (cf. RHC nº 8.078, Quinta Turma-STJ, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJU de 22.02.1999, p. 115).

Quanto ao art. 12 da Lei de Drogas, não há que se falar em progressão nem mesmo com o rejeitado argumento de que a Lei nº 9.455/1997 teria revogado o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/1990 (v. RHC nº 8.292-RJ, Quinta Turma-STJ, de minha relatoria, DJU de 06.09.1999).

Concedo, parcialmente, a ordem, *com extensão aos co-réus*, reformando o r. decisório de 2º grau e anulando parcialmente a r. sentença, na parte da fixação da pena privativa de liberdade, pela prática do crime previsto no art. 14 da Lei de Tóxicos, afastada, em sede de execução, quanto a este delito, a restrição inserida no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/1990.

É o voto.

HABEAS CORPUS Nº 11.265 – RS

(Registro nº 99.0103837-5)

Relator: Ministro Jorge Scartezzini
Impetrantes: Werner Cantalício João Becker e outro
Impetrada: Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
Paciente: Bento Gonçalves dos Santos (preso)

EMENTA: Habeas corpus – Competência do Tribunal a quo para julgamento de prefeito afastado – Fiança – Continuidade delitiva – Impossibilidade.

O afastamento de prefeito apenado pela prática de diversos delitos não constitui perda de mandato, que só ocorre com o trânsito em julgado da sentença condenatória. Na hipótese dos autos não houve o trânsito em julgado, bem como o paciente ainda percebe os subsídios de Prefeito Municipal. Logo, é competente o Tribunal a quo para o seu julgamento, em razão de foro especial por prerrogativa de função (art. 29, X, da CF). Argüição de incompetência rejeitada.

A concessão de fiança é impossibilitada em razão da continuidade delitiva que, para estes efeitos, deve ser considerada no cálculo da pena mínima **in abstracto**.

Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acórdão os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em conformidade com os votos e notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem. Votaram com o Relator os Srs. Ministros José Arnaldo da Fonseca, Edson Vidigal, Felix Fischer e Gilson Dipp.

Brasília-DF, 3 de fevereiro de 2000 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, Presidente.

Ministro JORGE SCARTEZZINI, Relator.

Publicado no DJ de 28.02.2000.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JORGE SCARTEZZINI: Cuida-se de **habeas corpus** impetrado contra o v. acórdão exarado pela Quarta Câmara Criminal do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, objetivando ser decretada a nulidade da decisão condenatória ali proferida, em virtude de sua incompetência absoluta e, não assim entendido seja determinada a prestação de fiança, com a conseqüente soltura do referido paciente.

Alegam os impetrantes, em síntese, que o paciente foi eleito, por três vezes, Prefeito Municipal de Triunfo e, em conseqüência, “seus adversários, inconformados, moveram-lhe cerrada perseguição, desencadeando contra ele verdadeira expedição judiciária, através de vários procedimentos” (*sic fl. 2*). Desta forma, foi o mesmo condenado a 1 ano e 8 meses de reclusão, sendo-lhe imposta, também, a perda do cargo, o que, segundo asseveram, ocorreu-se em 20.10.1999. Todavia, em 04.11.1999, a Quarta Câmara Criminal do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul condenou-o a 5 (cinco) anos de reclusão por delito previsto no art. 1^º, inc. I, do Decreto-Lei nº 201/1967, ocorrido em gestão anterior a atual. Aduzem, nesta esteira, que, apesar de terem, na tribuna, sustentado a incompetência absoluta daquela Corte para o julgamento do paciente, a teor de entendimento exarado pelo colendo Supremo Tribunal Federal ao revogar o Enunciado sumular nº 394, este foi condenado e a ele não foi sequer dado direito a fiança, por entender o órgão colegiado de origem que se tratou da prática de ilícito continuado.

Requerem a concessão da ordem (fls. 2/6). Acompanham o pedido inicial os documentos de fls. 7/42.

Distribuídos os autos a esta relatoria (08.11.1999), indeferi a liminar, em 10.11.1999 (fls. 46/47), porquanto o pedido **initio litis** confundia-se com o próprio mérito da pretensão, determinando a prestação das informações de praxe, bem como a oitiva do Ministério Público.

Às fls. 52/86 foram prestadas as informações da autoridade acimada de coatora.

A douta Subprocuradoria Geral da República opinou pela denegação da ordem, sustentando a competência do Tribunal de origem para processar e julgar o paciente e, ainda, a impossibilidade da concessão de fiança, por tratar-se de crime de peculato de prática contínua e posto que o réu foi também condenado por crime tipificado no art. 129 do Código Penal (fls. 88/91).

Em 16.12.1999 os impetrantes requereram novamente a liminar, o que foi indeferido às fls. 93/94.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO JORGE SCARTEZZINI (Relator): Sr. Presidente, o cerne da questão neste *writ* junge-se a dois pontos: o primeiro, acerca da competência ou não do Tribunal **a quo** para processar e julgar o paciente e, o segundo, sobre a possibilidade da concessão de fiança.

Nas informações prestadas às fls. 52/86, destaca-se o seguinte trecho (fls. 54/55):

“2. Sobre a alegada incompetência originária do Tribunal para o julgamento.

Na sessão do dia 04.11.1999 em que o paciente Bento Gonçalves dos Santos viu-se julgado no Processo originário nº 696.802.396 era a seguinte a situação, como Prefeito do Município de Triunfo:

– no Processo originário nº 695.800.433 julgado na sessão do dia 09.09.1999, Bento Gonçalves dos Santos foi condenado a 1 ano e 8 meses de detenção em razão da prática continuada do crime previsto no art. 1º, inc. XIII, do Decreto-Lei nº 201/1967.

Nesta mesma decisão, foi-lhe imposta também a perda do cargo e a inabilitação para provimento de outro pelo prazo de cinco anos, nos termos do art. 1º, § 2º, do Decreto-Lei nº 201/1967.

A execução da pena detentiva aplicada neste processo, foi suspensa por quatro anos, mediante condições.

Este acórdão não transitou em julgado, posto que dele interpu-
seram recurso especial e extraordinário.

– no Processo originário nº 699.801.270, em que Bento Gonçalves dos Santos é acusado da prática continuada do crime descrito no art. 1º, inc. I, do Decreto-Lei nº 201/1967, na sessão do dia 16.09.1999, a Câmara recebeu a denúncia.

Na mesma oportunidade foi o acusado afastado do exercício do cargo, como previsto no art. 2º, inc. II, do Decreto-Lei nº 201/1967.

Este acórdão também não transitou em julgado, posto que contra o mesmo a defesa apresentou recurso especial e extraordinário.

De acordo com comunicação inserta no Ofício nº 111/1967, do Juiz de Direito da Comarca de Triunfo, somente a partir de 19.10.1999 o Prefeito Bento Gonçalves dos Santos foi afastado do exercício do cargo.

Ele não ‘entregou’ o cargo. Ele não renunciou ao cargo. Foi ele afastado em razão das decisões adotadas nos processos originários referidos.

Essa era a situação funcional do paciente no dia 04.11.1999. Ele se encontrava precariamente afastado do exercício do cargo.

Sem prejuízo ao direito de perceber seus subsídios, conforme disposto na Lei nº 8.429/1992, art. 20, parágrafo único.

Com direito, portanto, à prerrogativa de foro privilegiado estabelecida no art. 29, inc. X, da Constituição Federal. Somente o efetivo afastamento do Prefeito do cargo retira-lhe o direito à prerrogativa constitucional do foro privilegiado para o processo e julgamento da ação penal contra si intentada. Não deu a Câmara, portanto, aplicação à regra contida na antiga Súmula nº 394 do Pretório Excelso. Observou o preceito constitucional escrito no inciso X do art. 29 da Constituição Federal.” – grifos nossos.

O texto legal invocado (Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967), que dispõe sobre a responsabilidade dos prefeitos e vereadores e dá outras providências, assim normatiza:

“Art. 1ª São crimes de responsabilidade dos prefeitos municipais, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara de Vereadores:

... **omissis**

§ 1ª Os crimes definidos neste artigo são de ordem pública, punidos os dos itens I e II, com a pena de reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e os demais, com a pena de detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos.

§ 2ª *A condenação definitiva em qualquer dos crimes definidos neste artigo acarreta a perda do cargo e a inabilitação, pelo prazo de 5 (cinco) anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, sem prejuízo da reparação civil do dano causado ao patrimônio público ou particular”.* – grifamos.

Adiante, referido diploma assevera:

“Art. 6^a *Extingue-se o mandado de Prefeito, e, assim, deve ser declarado pelo Presidente da Câmara de Vereadores, quando:*

I – ocorrer o falecimento, renúncia por escrito, cassação dos direitos políticos ou *condenação por crime funcional ou eleitoral;*” – grifamos.

Depreende-se de tais dispositivos legais que o conceito de perda da função pública, quer por crimes funcionais ou eleitorais, está intimamente ligado aos princípios constitucionais da moralidade e de improbidade administrativa (art. 37 da CF). Assim, o ato de imoralidade – segundo a lição de doutos administrativistas, entre eles **Celso Antonio Bandeira de Mello** e **Hely Lopes Meirelles** – afronta a honestidade, a boa-fé, o respeito à igualdade, as normas de conduta aceita pelos administrados, o dever de lealdade, a dignidade humana e outros postulados éticos e morais. A improbidade, por sua vez, significa a má qualidade de uma administração, pela prática de atos que implicam em enriquecimento ilícito do agente ou em prejuízo ao Erário ou, ainda, em violação aos princípios que orientam a Administração Pública. Estes atos ímprobos vêm regulados pela Lei nº 8.429/1992, que, da mesma forma que o Decreto-Lei nº 201/1967, *aplicado pela Corte a quo ao caso concreto*, também exige em seu art. 20 que a perda da função pública opere somente após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Ora, como ensina-nos **Carlos Maximiliano**, os artigos de uma mesma lei devem ser interpretados em conjunto e harmonicamente, nunca de forma isolada ou autônoma. Logo, as normas supra citadas remetem-nos ao fato de que o Prefeito Municipal, detentor de cargo público eletivo, só perde seu mandato se houver condenação por crime funcional ou eleitoral (art. 6^o), devendo ser esta perda, de caráter definitivo (§ 2^o do art. 1^o). Uma sentença só é definitiva quando ocorrer a coisa julgada material, pois, conforme **Humberto Theodoro Júnior**, in *Curso de Direito Processual Civil*, vol. I, 1997, “*denomina-se coisa julgada material a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença, não sujeita a recurso ordinário ou extraordinário*”. Neste diapasão e consoante preceito constitucional pétrio, correta é a assertiva de que a coisa julgada material projeta sua força além do processo em que a sentença foi dada, impedindo discutir-se a matéria já julgada, também em outros processos.

Portanto, não há que se falar em perda do cargo de Prefeito, se não houve sentença com trânsito em julgado, pois, o tema – perda de cargo ou função pública, eletiva ou de nomeação – versa sobre valores importantíssimos, que atingem o caráter do administrador e sua conduta perante a **res publica**, e que são constitucionalmente postos e definidos. Deve haver decisão do Poder Judiciário final e irrecorrível. Não é a hipótese dos presentes autos. Conforme se constatou da informação prestada, todas as condenações impostas ao paciente ainda encontram-se **sub judice**, pois das mesmas houve a interposição de recurso especial e extraordinário. Não há, desta forma, perda do cargo, mas sim afastamento do mesmo. Quanto à alegação de que esta tese resultaria em dois Prefeitos para o mesmo Município, reputo-a incabível, uma vez que o Vice-Prefeito está exercendo, interinamente e enquanto durar o afastamento do titular, as funções de alcade municipal, não tendo sido, contudo, eleito para este cargo. Cessado este afastamento, interrompe sua atuação junto a chefia do executivo municipal, devendo a função retornar a seu legal detentor que, ainda, é o paciente da presente impetração, até que alguma de suas sentenças condenatórias transitem em julgado.

Aliás, nesse particular, consignou o v. acórdão guerreado:

“Entendo que o afastamento do réu do exercício do cargo em razão da condenação, por não ser definitivo, por ser provisório, tendo em vista que não transitou em julgado a condenação, e o seu afastamento do exercício do cargo em razão do recebimento da denúncia – o que ocorreu no Processo nº 699.801.220 – uma vez que decorre do que estabelece o Decreto-Lei nº 201/1967, que, ao receber a denúncia, deve o juiz se pronunciar sobre o afastamento do réu, pela sua própria natureza não retira a competência deste Tribunal e, nos termos do art. 29, inc. X, da Constituição Federal, o Prefeito deve ser processado e julgado pelo Tribunal de Justiça, no caso por esta Câmara, nos termos regimentais.”

Outrossim, outra questão de grande relevo, muito bem salientada no parecer da douta Subprocuradoria Geral da República e confirmada pelos próprios impetrantes na petição de fls. 96/99, é que o paciente ainda recebe seus subsídios, quer por força da Lei nº 8.429/1992, como alegado pelo representante ministerial ou ainda, por um “*reconhecimento de ofício... claramente indevido, que não pode configurar exercício do cargo*” (sic. fl. 98), como aduzido pelos advogados do mesmo. O fato é que ele percebe tais

proventos e, se assim o faz, mais um motivo para averiguar-se que não se trata de perda da função – pois não se pode remunerar quem não mais exerce o cargo público – mas sim, afastamento da mesma, com a impossibilidade provisória de exercê-la.

Logo, não há que se falar em aplicabilidade ou não da Súmula nº 394 do Pretório Excelso ao presente caso, uma vez que a Corte de origem embasou-se no art. 29, X, da Constituição Federal. Ao revogar sua Súmula nº 394, o colendo Pretório Excelso esclareceu que a competência em razão da função para fixação do foro especial ou privilegiado não alcançaria mais aquelas pessoas que não fossem detentoras de mandato ou cargo público, vale dizer, que não mais exercessem em definitivo tal função. Reafirmo, mais uma vez, que não é a hipótese dos presentes autos. O ilustre Ministro Sidney Sanches, Relator da questão de ordem, asseverou no mesmo sentido ao afirmar que:

“Aliás, diga-se de passagem, se nem a própria Câmara dos Deputados quis continuar permitindo o exercício do mandato, pelo acusado, tanto que o cassou, ao menos em hipótese como essa parece flagrantemente injustificada a preocupação desta Corte em preservar a prerrogativa de foro.

Nem se deve presumir que o ex-titular de cargo ou mandato, despojado da prerrogativa de foro, fique sempre exposto à falta de isenção dos juízes e tribunais a que tiver de se submeter. E, de certa forma, sua defesa até será mais ampla, com as quatro instâncias que a Constituição Federal lhe reserva, seja no processo e julgamento da denúncia, seja em eventual execução de sentença condenatória. E sempre restará a esta Corte o controle difuso de constitucionalidade das decisões de graus inferiores. E ao Superior Tribunal de Justiça o controle de legalidade. Além do que já se faz nas instâncias ordinárias, em ambos os campos.

Por todas essas razões, proponho o cancelamento da Súmula nº 394. E resolvo a questão de ordem, declarando a incompetência do Supremo Tribunal Federal, para apreciar a denúncia oferecida contra o ex-Deputado Federal Jabes Pinto Rabelo e determinando a remessa dos autos à Justiça Federal de 1ª grau, com sede em Brasília, Distrito Federal, já que o delito, a ele imputado, teria sido praticado durante o exercício do mandato, na Câmara dos Deputados, e consistiria em falsidade ideológica na emissão de carteira de identificação de assessor parlamentar, em detrimento não só da fé pública, mas, também, de interesse da União (art. 109, IV, da Constituição Federal).

36. Nesse sentido é meu voto, com a ressalva de que continuam válidos todos os atos praticados e decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, com base na Súmula nº 394.” (Informativo nº 159-STF) – grifamos.

Concluindo, correta a interpretação do Tribunal **a quo** acerca de sua competência, por prerrogativa de função, para julgar o paciente, que não pode e não deve ser interpretada como especial ou usurpadora, uma vez que reflete apenas o texto constitucional e é mera decorrência do cargo que exerce o réu. Válidas às lições de **Ada Pellegrini Grinover** e outros, in *As Nulidades no Processo Penal*, Malheiros Editores, SP, 2ª edição, 1992, p. 47, ao afirmarem que:

“Como já dito, o estabelecimento da competência funcional originária dos tribunais, para o processo e julgamento de determinadas pessoas, em razão da denominada ‘prerrogativa de função’, não constitua exceção ao princípio do juiz natural.”

Garantir a instrução processual e o cumprimento das decisões condenatórias penais, que abordem atos de improbidade administrativa ou atentatórios aos princípios constitucionais da Administração Pública regulados, no caso de Prefeitos e Vereadores, pelo Decreto-Lei nº 201/1967. Constitui, em última análise, assegurar a proteção primordial dos interesses sociais e coletivos, não afrontando qualquer princípio basilar do direito processual, e tampouco acarretando nulidades que viciem o processo.

Por tais razões, quanto a este aspecto, não merece prosperar a pretensão dos impetrantes, razão pela qual rejeito a argüição de incompetência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul para processar e julgar o paciente.

Melhor sorte não assiste ao impetrante relativamente ao pedido de concessão de fiança. Sob esse aspecto, as informações de fls. 56/57 esclareceram:

“Pelos últimos delitos, Bento Gonçalves dos Santos viu-se condenado a 5 anos de reclusão.

Como sabemos a lei comina para os crimes de peculato a pena mínima de dois anos de reclusão (Decreto-Lei nº 201/1967 – art. 1º, § 1º). Por sua vez a lei processual penal estabelece que não será

concedida fiança nos crimes punidos com reclusão em que a pena mínima cominada for superior a dois anos (CPP, art. 323, I).

A continuidade delitiva é uma espécie benéfica de concurso material de crimes.

Como não se concede fiança quando, em concurso material, a soma das penas mínimas cominadas for superior a dois anos de reclusão, segue-se que, no caso invocado pelos ilustrados impetrantes, não podia, efetivamente, a Câmara deferir o pedido agora reiterado perante o colendo Superior Tribunal de Justiça. Na hipótese de acusação da prática continuada de crime de peculato, a pena mínima a ser considerada, para fins de fiança, há de ser dois anos de reclusão, mais um sexto, conforme previsto no art. 1º, § 1º, do Decreto-Lei nº 201/1967 e no art. 71 do Código Penal.

Cristalizando-se a pena mínima, em tal caso, acima de dois anos de reclusão, a fiança mostra-se inadmissível.

Ademais deve-se ainda considerar que o paciente Bento Gonçalves dos Santos no processo originário findo nº 692.129.729 viu-se condenado em razão da prática do crime previsto no art. 129 do Código Penal.

Essa condenação transitou em julgado, tendo o paciente cumprido a pena pecuniária que lhe foi aplicada.”

Como se verifica, tanto pelas informações transcritas, quanto pelo voto-condutor do acórdão recorrido, o paciente é acusado de haver praticado os crimes descritos no art. 1º, incs. I e XIII, do Decreto-Lei nº 201/1967, combinado, ambos, com o art. 71 do Código Penal, porquanto no ano de 1992 (março de 1992 a dezembro de 1992) em datas diversas, utilizou-se indevidamente, desviou em proveito próprio, ou de terceiros, rendas públicas pertencentes ao Município, bem como nomeou e designou servidores, em número de dezessete, para cargos em comissão, contrariando a lei.

A continuidade delitiva, para efeitos de concessão de fiança, deve ser considerada no cálculo da pena mínima **in abstrato**. **Julio Fabbrini Mirabete**, in *Processo Penal*, 4ª ed., p. 405, assevera: “*No caso de concurso de crimes considera-se para a concessão da fiança a soma do mínimo das penas dos diversos delitos (para o caso de concurso material e concurso formal impróprio) e a pena do mais grave aumentado do mínimo (na hipótese de concurso formal ou continuado)*”.

Por ocasião do julgamento do RHC nº 60.018-RJ, o ilustre Ministro Oscar Corrêa, do colendo Supremo Tribunal Federal, afirmou: “*Aberra, portanto, de sua natureza e de sua finalidade – que é a de manter o réu solto, mas em condições de controle pela Justiça, atendendo-lhe ao chamamento – concedê-la a réus que, pela continuidade delituosa demonstram intensidade de dolo, e, assim, não fazem jus ao benefício que lhes autorizaria a permanência no meio social, ao qual se mostram desajustados e hostis.*”

Igualmente, esta Turma tem entendido que em se tratando de concursos de crimes, para a concessão de fiança, hão que ser somadas ou aumentadas, em razão de concurso material ou formal e continuidade delitiva, respectivamente, as penas mínimas **in abstracto**.

A propósito:

“Penal e Processual Penal. **Habeas corpus**. Competência originária (EC nº 22/1999). Peculato em continuidade delitiva e quadrilha. INSS. Fiança. Efeito suspensivo. Regime inicial de execução da pena privativa de liberdade (precedentes).

I – A soma das penas mínimas, quando superior a dois anos de reclusão, impede a concessão da fiança (Súmula nº 81-STJ/HC nº 8.871-RJ, DJU de 16.08.1999).

II – O recurso especial, em regra, não tem efeito suspensivo (art. 27, § 2º, da Lei nº 8.038/1990).

III – A primariedade e os bons antecedentes não outorgam, por si, o regime semi-aberto quando outros dados referentes ao sentenciado, devidamente detectados e altamente relevantes, recomendam o regime inicial fechado (art. 33, § 3º c.c. o art. 59 do CP).

Writ indeferido.” (HC nº 8.981-RJ, Rel. Ministro Felix Fischer, DJU de 18.10.1999).

Por outro lado, é oportuno frisar que o paciente, segundo informações prestadas, já foi condenado, com sentença transitada em julgado, pela prática de crime previsto no art. 129 do CP (lesão corporal).

Tal circunstância, também obsta a concessão de fiança a teor do art. 328, incisos III e IV, 2ª parte, do CPP.

Por tais fundamentos, *denego a ordem*.

É como voto.

HABEAS CORPUS Nº 11.275 – AP

(Registro nº 99.0104307-7)

Relator: Ministro Edson Vidigal
Impetrante: Cícero Borges Bordalo Júnior
Impetrado: Desembargador-Relator do **Habeas corpus** nº 54.499 do Tribunal de Justiça do Estado do Amapá
Paciente: Ubiratan Maciel Monteiro (preso)

EMENTA: Penal – Processual – Denúncia – Inépcia – Exame de provas – Prisão preventiva – Pronúncia – **Habeas corpus**.

1. Não é inepta a denúncia que, atendendo aos comandos do CPP, art. 41, descreve crime em tese, facultando ao acusado o pleno exercício de sua defesa.

2. As provas, em **habeas corpus**, devem ser incontroversas, e os fatos, convergentes.

3. Subsistentes os pressupostos ensejadores, consoante reconhecido expressamente na sentença de pronúncia, não se revoga prisão preventiva convenientemente decretada.

4. **Habeas corpus** conhecido; pedido indeferido.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 11 de abril de 2000 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, Presidente.

Ministro EDSON VIDIGAL, Relator.

Publicado no DJ de 15.05.2000.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: Pronunciado por infração ao

CP, art. 121, **caput**, Ubiratan Maciel Macedo reclama, em **habeas corpus**, de decisão do TJ-AP, assim ementada:

“Processual Penal. **Habeas corpus**. Crime de homicídio. Pronúncia. Desclassificação para homicídio simples. Manutenção da prisão cautelar. Fundamentação para garantia da aplicação da lei penal. Ausência de constrangimento ilegal.

1. O fato da desclassificação, pela pronúncia, de homicídio qualificado para simples, não implica, por si só, no direito de responder ao restante do processo em liberdade, se ainda persistem os motivos que determinaram a custódia preventiva do paciente, apesar de se tratar de réu primário e de bons antecedentes. Caso em que, além da decisão de pronúncia ter sido desafiada em recurso em sentido estrito da MP, a regra é de que pronunciado preso deve aguardar o julgamento pelo júri sob custódia.

2. Ordem de **habeas corpus** denegada.”

Ao longo de cinquenta e quatro páginas, repletas com o exame da prova pericial e trechos de depoimentos de diversas testemunhas, pede para aguardar solto o julgamento, sustentando que “à época dos fatos, o réu era inimputável, que a pronúncia desclassificou sua conduta para homicídio simples, que o réu é primário, tem bons antecedentes, possui ocupação lícita e reside na comarca” (fl. 116).

O Ministério Público, nesta instância, é pela denegação da ordem.

Relatei.

VOTO

O SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL (Relator): Sr. Presidente, o **habeas corpus** não é o meio idôneo para o reexame das provas produzidas durante a instrução criminal. Não se apreciam, aqui, documentos ou depoimentos. Tal procedimento é reservado, nesta fase judicial, ao júri popular, competente para a análise ora pretendida.

O mesmo se diga quanto à alegação de “a denúncia do Ministério Público foi totalmente imaginária, pois nada há que embase sua tese” (fl. 30). A denúncia, bem como a pronúncia, não dependem da mesma certeza necessária à condenação. Restringe-se, a primeira, a proclamar a acusação, qualificando os acusados e tipificando o fato, respeitados os ditames do CPP,

art. 41. À segunda, cabe, tão-somente, verificar a admissibilidade daquela imputação, de forma concisa, sem prévio exame do mérito.

A questão, repito, como trazida pela defesa, é de nítido exame de prova. E a verdade é que não se tranca ação penal quando a denúncia descreve fatos caracterizadores, ao menos em tese, de crime. Fatos, aliás, ainda pendentes de exame pelo juízo competente. Em **habeas corpus**, venho dizendo, as provas devem ser incontroversas, e os fatos, convergentes. Não se admite, nesta via, contraditório de fatos e provas.

Por outro lado, a prisão preventiva foi assim mantida pelo juiz pronunciante:

“É que no caso ainda subsistem os motivos que ensejaram a constrição cautelar do acusado. Senão vejamos.

A garantia da ordem pública ainda recomenda a prisão. O clamor gerado pelo lamentável episódio ainda é evidente e como travei o contato direto com as partes, já que colhi pessoalmente toda a prova oral, pude aferir que a dor e revolta dos familiares e amigos da vítima, que acompanharam as audiências, diga-se de passagem, é evidente. A ferida causada por aquele homicídio ainda não cicatrizou no seio da sociedade que cercava a pobre vítima, e isso é motivo de sobra para caracterizar o abalo na ordem social, pois entendo que não se pode pretender que o clamor seja de toda uma população, ainda mais nos dias atuais, em que as sociedades cresceram desordenadamente.

Ao juiz, a lei reserva o dever de sentir se a constrição à liberdade é ou não necessária, e no meu entender, diante do que observei concretamente até aqui, acho que a manutenção da prisão ainda é recomendável.

O crime foi amplamente divulgado pelos meios de comunicação sociais. Das audiências que presidi pude perceber a dor profunda daquelas pessoas que perderam o ente querido. Por isso a ordem pública tem de ser preservada, até o julgamento final, até mesmo para se evitar alegações de que a Justiça Penal só alcança os menos favorecidos, ou então, que é protecionista para com os seus, comentário inevitável já que se trata de réu com vínculo à Justiça do Trabalho em Macapá.

Por isso há de ser preservada a credibilidade do Judiciário local. Por aqui as coisas andam rápido e já se divulgou isto na Imprensa Nacional por diversas vezes. A população confia na sua Justiça Criminal, pelo que aferimos diariamente no 1^o grau de jurisdição.

Deste modo, muito embora o acusado tenha vínculos com o distrito da culpa, o certo é que pode evadir-se, uma vez em liberdade. Isso já aconteceu inúmeras vezes em situações semelhantes, vale dizer, em casos de repercussão, como o presente, e até hoje se clama por Justiça.

(...) Não se trata de lavar as mãos, mas de se adotar medida que possa tornar eficaz a aplicação da lei penal em caso de condenação e não obstruir ou frustrar a plenária.

Recomende-se-o na prisão” (fls. 65/66).

Temos entendido, consoante observou o MPF, “que não cabe a revogação da prisão, decretada por ocasião da sentença de pronúncia, quando o juiz insere cláusula mantenedora da custódia pela subsistência de sua motivação” (fl. 119).

A verdade é que, presentes os pressupostos ensejadores da medida, não se revoga a prisão convenientemente mantida pela pronúncia. Da mesma forma, a simples desclassificação do crime não basta a descaracterizar a necessidade da custódia, fundamentada que foi na garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal.

Finalmente, o fato de ser primário, com residência fixa e ocupação lícita não basta à revogação da prisão preventiva, quando presentes, como aqui, seus pressupostos ensejadores.

Assim, conheço do **habeas corpus**, como substitutivo de recurso ordinário, mas indefiro o pedido.

É o voto.

HABEAS CORPUS Nº 11.337 – MS

(Registro nº 99.0107475-4)

Relator: Ministro Felix Fischer
Impetrante: Denise da Silva Viegas (Defensora Pública)
Impetrada: Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul
Paciente: Antônio Carlos Nascimento Saab (preso)

EMENTA: Habeas corpus – Homicídio duplamente qualificado – Sentença que considerou uma das qualificadoras como agravante genérica – Possibilidade – Crime continuado – Critérios para a exacerbação da pena.

I – Reconhecidas duas qualificadoras, não só em decorrência da sistemática do CP, mas também em respeito à soberania do Tribunal Popular (art. 5º, inciso XXXVIII, alínea c, da **Lex Fundamental**), uma enseja o tipo qualificado e a outra deverá ser considerada como *circunstância negativa*, seja como *agravante* (se como tal prevista), seja como *circunstância judicial* (residualmente, conforme o caso, art. 59 do CP) (*precedentes do STJ e do STF*).

II – Para a exacerbação da pena, em razão do crime continuado previsto no parágrafo único do art. 71 do CP, considera-se não apenas o número de infrações cometidas, mas também as mesmas circunstâncias do art. 59 do estatuto repressivo (*precedentes do STJ*).

Ordem denegada.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 2 de março de 2000 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, Presidente.

Ministro FELIX FISCHER, Relator.

Publicado no DJ de 27.03.2000.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Antônio Carlos Nascimento Saab, interposto contra v. acórdão da Primeira Turma Criminal do egrégio Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, que, em sede de apelação, manteve a condenação do paciente pelo crime de homicídio qualificado em continuidade.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 34 (trinta e quatro) anos de reclusão, pela prática de homicídios duplamente qualificados, em continuidade delitiva (art. 121, § 2º, incisos I e IV, em relação a uma das vítimas e art. 121, § 2º, IV e V, em relação a outra, c.c. com os artigos 29 e 71, parágrafo único, do Código Penal).

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação ao egrégio Tribunal **a quo**, o qual entendeu demasiado o aumento na fixação, em razão da continuidade delitiva, reduziu, então, para 2/3 (dois terços) o acréscimo fixado em dobro. O v. acórdão objurgado foi ementado nos seguintes termos, **in verbis**:

“Ementa: Apelação criminal. Júri. Crime continuado. Aumento em dobro. Pena exacerbada. Redução. Admissibilidade. Recurso provido.

O aumento do dobro da pena, em razão da continuidade delitiva, mostra-se exacerbado quando a pena-base já foi exasperada em face das circunstâncias judiciais desfavoráveis.” (fl. 110).

Daí o presente *writ*, no qual o impetrante sustenta, em síntese, que seja excluída a segunda fase da fixação da pena, resultante da incidência da qualificadora como agravante, pugnando, outrossim, pela correção do acréscimo resultante da continuidade delitiva para 1/6 (um sexto).

Informações prestadas às fls. 70/71.

A douta Subprocuradoria Geral da República se manifestou pela concessão parcial da ordem, para que não fosse mantido o aumento da pena em decorrência da consideração de qualificadora como circunstância agravante.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO FELIX FISCHER (Relator): Em nosso sistema jurídico-penal, os denominados tipos qualificados são derivados do básico (**caput**). Os dados acrescidos a este último e que originam aquele não são, e nem poderiam ser, *elementares* mas, isto sim, *circunstâncias qualificadoras*. Isto é relevante, também, no concurso de pessoas (art. 30 do CP). As qualificadoras de caráter pessoal, *por serem circunstâncias e não elementares*, não se comunicam (veja-se a diferença, **v.g.**, nos casos do art. 316 e do art. 150, § 2º, ambos do Código Penal). Nesta linha, tem-se as observações de **Damásio** (Direito Penal, vol. I), **H. C. Frago**so (Lições de Direito Penal,

PG.) e **J. F. Mirabete** (Manual, vol. I). Hodiernamente, existem autores, inclusive, da *teoria social* (**H. H. Jescheck**) e alguns da *teoria finalista* (v.g. **E. R. Zaffaroni**) que consideram certas qualificadoras (como as referentes às motivações mais censuráveis) como *elementos especiais da culpabilidade* e não como integrantes do tipo. Seriam dados alinhados na descrição legal que exterioriza o tipo, *mas que não o integram*, em situação similar às excepcionais condições objetivas de punibilidade (aqui, art. 164 do CP, "... desde que do fato resulte prejuízo"). De qualquer modo, qualificadoras, tal como as majorantes e as minorantes, são circunstâncias e nunca elementares.

Pois bem, a *dogmática jurídico-penal*, por mais aberta que seja às ingerências das observações criminológicas (tal como preconizado por **Bustos Ramirez**), não pode ser dispensada na busca da aplicação justa e equitativa da lei penal sob pena de se estimular a incontrolável e inaceitável improvisação, destituída de alicerces axiológicos ou jurídicos. Daí, ainda que se reconheça a existência de polêmica, não se pode igualar, **concessa venia**, na fixação da resposta penal, *quando tecnicamente possível o adequado tratamento diferenciado*, hipóteses com distintos graus de censurabilidade. Como, **in casu**, os srs. jurados reconheceram duas qualificadoras, não convence que pudesse o Juiz-Presidente do Tribunal Popular fixar a pena ignorando a vontade do Conselho de Sentença. *Uma qualificadora formou*, é certo, o tipo derivado. *A outra*, indicando, por igual, acentuado *desvalor de ação* – e não sendo, por óbvio, situação de alternatividade ou de fungibilidade, v.g., inciso IV, "traição, emboscada, ..." – uma vez acolhida, não poderia mesmo ser desprezada na dosimetria da sanção penal. *Em princípio*, é inconvincente, ensejando até perplexidade, dizer-se que um homicídio dupla ou triplamente qualificado possa ser o mesmo que um homicídio qualificado. *Conseqüentemente*, reconhecidas duas qualificadoras, não só em decorrência da sistemática do CP, mas também em respeito à soberania do Tribunal Popular (art. 5º, inciso XXXVIII, alínea c, da **Lex Fundamentalis**), uma enseja o tipo qualificado e a outra deverá ser considerada como *circunstância negativa*, seja como agravante (se como tal prevista), seja, conforme o caso, como circunstância judicial (residualmente, art. 59 do CP). Vale dizer, a segunda qualificadora pode, **ex hypothesis**, ter a sua incidência total, ou parcialmente, neutralizada por atenuante (ou atenuantes) ou, se considerada circunstância judicial, neutralizada por outras circunstâncias (judiciais ou atenuantes). Entretanto, o puro e sistemático afastamento antecipado da segunda qualificadora é que, respeitando conclusões contrárias, carece de respaldo lógico, jurídico e axiológico.

O *Pretório Excelso*, no julgamento do HC nº 71.293-2-RJ, Relator eminente Ministro Celso de Mello, já se manifestou sobre a matéria. O v. aresto foi assim ementado quando de sua publicação na RT 726/555:

“Ementa da redação: Concorrendo várias as qualificadoras em um mesmo tipo penal, só uma delas deve incidir como causa de aumento. A outra, ou as demais, apenas devem servir como circunstância agravante – e mesmo assim – quando enquadráveis nas hipóteses previstas pelos arts. 61 e 62 do CP.”

Do voto-condutor do v. acórdão destaca-se:

“(…) Bem por isso, assevera **Celso Delmanto** (Código Penal Comentado, p. 111, 3ª ed., 1991, Renovar) que, ‘concorrendo várias qualificadoras em um mesmo tipo penal, entendemos que só uma delas deve incidir como causa de aumento. A outra, ou as demais, apenas devem servir como circunstância agravante – e mesmo assim – quando enquadráveis nas hipóteses previstas pelos arts. 61 e 62 do CP’ (grifei).

De inteira procedência, pois a pretensão dos impetrantes quanto à errônea fixação da pena reclusiva imposta ao ora paciente.

Assim sendo, defiro, em parte, o pedido, para, mantida a condenação invalidar o acórdão do Tribunal apontado com o coator e a sentença proferida pelo magistrado de 1ª instância no ponto em que ambos, ultrapassando o limite máximo fixado pelo art. 157, § 2º, do Código Penal, impuseram ao ora paciente sanção penal excessiva, estendendo os efeitos desta decisão aos demais co-réus, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal, que também é aplicável aos processos de **habeas corpus** (RTJ 141.864, Rel. Min. Celso de Mello). Em consequência, o juízo de 1ª grau deverá, em novo ato sentencial, limitar-se à definição do **quantum** penal a ser imposto ao paciente e aos demais co-réus (Processo Crime nº 46.144/1993, 20ª Vara Criminal), eis que a concessão deste *writ*, como já assinalado, não implicou invalidação da condenação judicial proferida.”

Esta Corte também se pronunciou sobre a questão:

“Penal. Pena. Fixação. Critérios.

A reforma penal de 1984, expressamente, estabeleceu o critério trifásico para a fixação da pena. De tal sorte, se a sentença estabeleceu a pena-base um pouco acima do mínimo considerando as circunstâncias judiciais, nada impedia que, concorrendo duas causas especiais de aumento, o juiz considerasse apenas uma delas e transformasse a outra em circunstância agravante. Portanto, as três fases foram obedecidas, sendo valorada uma só das qualificadoras especiais do artigo 157, § 2º, do Código Penal e na quantidade mínima, transformada que foi a outra em circunstância agravante.”

(RHC nº 3.549-SP, Quinta Turma, Relator Ministro Jesus da Costa Lima, DJ de 02.05.1994).

“Penal. Homicídio duplamente qualificado.

– Dosimetria da pena. Ocorrendo o reconhecimento de mais de uma qualificadora do delito, uma só deve forrar a fixação da pena-base, remetendo-se as demais ao campo das agravantes consideradas para encontro da pena definitiva.”

(REsp nº 139.908-DF, Quinta Turma, Relator Ministro José Dantas, DJ de 18.05.1998).

“REsp. Homicídio duplamente qualificado. Pena reduzida ao patamar mínimo. Recurso que pretende restabelecer a decisão de 1º grau, considerando uma das circunstâncias como qualificadora e outra, como agravante genérica. Precedentes.

Incidindo sobre a ação delituosa, duas qualificadoras, uma servirá como tal e a outra como agravante genérica, se prevista na norma específica, como ocorre no caso presente (art. 61, II, a e c, do CP).

Recurso provido.”

(REsp nº 151.963-DF, Sexta Turma, Relator Ministro Anselmo Santiago, DJ de 03.08.1998).

A jurisprudência pátria se mostra rica em decisões quanto à fixação da pena quando reconhecidas várias qualificadoras, destacando-se ainda os seguintes julgados: RT 564/377, RT 614/281, RT 624/290.

Insurge-se, ainda, o impetrante, contra o acréscimo da pena em 2/3 (dois terços) resultante da *continuidade delitiva*, propugnando pela redução para o mínimo legal, em razão do número de delitos.

Já é pacífico que o *número de infrações* constitui o critério fundamental para efeito de determinação do acréscimo relativo à continuidade delitiva. Logo, a existência de duas infrações em continuidade significa, em regra, o acolhimento do menor acréscimo, no caso do **caput** do art. 71 do Código Penal, 1/6 (um sexto). Quanto ao aumento mínimo referente ao *crime continuado específico*, previsto no parágrafo único do art. 71, silenciou o legislador. Isto, entretanto, não deve significar que, cometidos dois homicídios dolosos em continuidade, está adstrito o magistrado ao acréscimo de somente 1/6 (um sexto) da pena, em razão do número de infrações. É que o instituto do crime continuado específico, previsto no parágrafo único do artigo 71 do Código Penal, tem o escopo de agravar a situação prevista no **caput** do mesmo artigo. Assim, quando as infrações são dolosas, contra vítimas diferentes, cometidas com grave ameaça ou violência à pessoa, o juiz poderá aumentar a pena até o triplo, ao passo que o acréscimo máximo previsto no **caput** é de apenas 2/3 (dois terços). Logo, ocorrendo hipótese de crime continuado específico, o juiz, para exacerbar a pena, deve considerar aspectos objetivos (*número de infrações*), como também subjetivos (*culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias do crime, conforme previsto no parágrafo único do art. 71*).

Ensina, com acerto, **Alberto Silva Franco**:

“Presentes todos os requisitos exigíveis, passa o juiz a ter a faculdade de aplicar, em relação ao réu, não um acréscimo punitivo variável entre um sexto a dois terços, mas, sim, o tresp dobro da pena correspondente a um só dos crimes, se idênticas; ou ao mais grave, se diversas.

A exacerbação da pena não é, contudo, nem automática, nem ilimitada.

Não é automática, porque não basta o preenchimento dos pressupostos legais para que o acréscimo seja de cogente aplicação. O juiz deverá sempre levar em consideração, para efeito de imposição do especial aumento de pena, não apenas o número de infrações praticadas, mas também ‘a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias’ que cercaram a realização dos delitos em série continuada. *O objetivo do legislador de 1984 foi, sem nenhuma margem de dúvida, o de apenas com maior gravidade o delinqüente que reitera na prática de delitos contra bens jurídicos personalíssimos e que tende, portanto, a de fazer de sua*

própria atividade ilícita uma verdadeira profissão. É óbvio que, em relação este tipo de delinqüente, o aumento de pena do **caput** do art. 71 da PG/1984 não se revelaria suficiente para fins retributivos ou preventivos, nem representaria uma adequada e necessária resposta penal à marcante culpabilidade do réu e à gravidade dos fatos por ele executados. (...)” (Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, volume 1, tomo I; parte geral, **Alberto Silva Franco...** [et. al.], 6ª edição, São Paulo, RT, 1997).

Esta egrégia Corte, no julgamento do Recurso Especial nº 38.462-SP, assim se pronunciou:

“Recurso especial. Leitura de artigo jurídico inserto em jornal, na sessão se julgamento. Ausência do nome do réu no quesito da autoria. Circunstâncias atenuantes não explicitadas. Aumento pela continuidade delitiva.

(...)

Na aplicação do parágrafo único do art. 71 do CP, levam-se em conta, como parâmetro do acréscimo pela continuidade delitiva, não apenas o número de infrações cometidas, mas ainda as mesmas circunstâncias do art. 59 do estatuto repressivo.

Recurso improvido.”

(Sexta Turma, Relator Ministro Anselmo Santiago, DJ de 01.06.1998).

Extrai-se do voto-condutor do v. julgado:

“(...) Finalmente, falece ainda razão ao recorrente, no ponto em que critica o acréscimo de $\frac{1}{4}$ que foi efetuado, a título de continuação, argüindo que, para tanto, dever-se-ia levar em conta o número de infrações, postulando, por isso mesmo, um acréscimo mínimo de $\frac{1}{6}$, o que reduziria a apenação para 14 (catorze) anos. Na verdade, aplicou-se ao caso a regra do art. 71, § 1º, do CP, onde se diz que, nos crimes *dolosos*, contra *vítimas diferentes*, cometidos com violência ou grave ameaça, poderá o juiz, considerando a *culpabilidade*, os *antecedentes*, a *conduta social* e a *personalidade do agente*, bem como os *motivos e as circunstâncias*, ou seja, os mesmos elementos do art. 59, do CP, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais

grave, se diversas, até o triplo, ficando certo, assim, que outros critérios e não apenas o número de infrações, serão levados em conta na incidência desse dispositivo. E nesse aspecto da dosimetria da pena, além de não se vislumbrar qualquer absurdo, ter-se-ia que remexer no arsenal probatório, para a verificação de todas essas circunstâncias, o que não coincide com os objetivos do apelo raro (Súmula nº 7-STJ).”

Na hipótese sob exame, verifica-se que o magistrado fundamentou a exasperação da pena, em dobro, apontando as circunstâncias fáticas que o levaram à escolha do percentual fixado. O egrégio Tribunal **a quo**, em sede de apelação, mesmo reconhecendo satisfatória a fundamentação do acréscimo em razão da continuidade delitiva, entendeu demasiado o **quantum**, diminuindo-o, então, para 2/3 (dois terços).

Não vejo, portanto, como prosperar a alegação do impetrante neste ponto. Considerando o número de delitos, bem como as demais circunstâncias elencadas no parágrafo único do artigo 71 do Código Penal, fixou-se o acréscimo em 2/3 (dois terços), o que se mostra razoável. A diminuição da exasperação da pena em **habeas corpus**, tratando-se de crime continuado específico, só é possível quando a decisão carece de fundamentação, uma vez que para ingressar-se no critério subjetivo para o aumento da pena, faz-se necessário o cotejo fático-probatório, desfeito no **mandamus**.

Voto pela denegação da ordem.

HABEAS CORPUS Nº 11.916 – PR

(Registro nº 2000.0003515-7)

Relator: Ministro Edson Vidigal
Impetrante: Edson Aparecido Porto
Advogado: Mateus Beraquet Costa
Impetrado: Tribunal de Alçada do Estado do Paraná
Paciente: Edson Aparecido Porto (preso)

EMENTA: Penal – Roubo qualificado – Prisão domiciliar – Paciente que cumpriu quase a totalidade da pena em regime fechado

– Hipótese não apreciada pela origem – Supressão de instâncias – Livramento condicional – **Habeas corpus**.

1. Questões não suscitadas perante o Tribunal local não podem ser apreciadas por este STJ, sob pena de supressão de instâncias.

2. Ordem concedida de ofício, tão-somente para que o Tribunal local verifique, com urgência, a possibilidade de conceder, ao paciente, o benefício do livramento condicional.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido, mas, de ofício, conceder a ordem para que o Tribunal local verifique, com urgência, a possibilidade de conceder ao paciente o benefício do livramento condicional. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp, Jorge Scartezzini e José Arnaldo da Fonseca.

Brasília-DF, 11 de abril de 2000 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, Presidente.

Ministro EDSON VIDIGAL, Relator.

Publicado no DJ de 15.05.2000.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: Em **habeas corpus**, Edson Aparecido Porto pede seja-lhe concedido, “em caráter excepcional” (fl. 4), o benefício da prisão domiciliar. Diz que já cumpriu mais de dois terços da pena que lhe foi imposta, em regime fechado, e que preenche os requisitos necessários ao deferimento do pedido.

Transcrevo, por oportuno, o seguinte trecho da impetração:

“Conforme documentação anexa, o paciente está preso sem poder usufruir de qualquer benefício previsto na Lei de Execuções Penais desde 19.03.1990, computada a detração, sendo que permanece na Penitenciária II de Hortolândia desde 29.08.1994, mantendo sempre ótima conduta carcerária. Ou seja, o paciente já cumpriu quase 10 anos

de sua pena em regime fechado, tendo o término de sua pena previsto para 10.11.2002, sem descontar a remição e pedidos de comutação que provavelmente seriam deferidos.

Perante a egrégia Vara de Execuções Criminais da Comarca de Campinas-SP já foram feitos vários pedidos de benefícios previstos na Lei de Execuções Penais, mas estes não foram atendidos, uma vez que o paciente até hoje não possui o competente processo de execução. É que, conforme informações obtidas por telefone perante a Vara Criminal de Itapevi-SP, a guia de recolhimento do Processo nº 378/1990 fora expedida para a Vara de Execuções Criminais da Comarca de Nova Esperança-PR, nada constando em Campinas.

Foi solicitada por ofício da Diretoria da Penitenciária II de Hortolândia várias vezes a remessa do processo de execução de Nova Esperança-PR para Campinas-SP, mas nenhum retorno foi obtido. Acabou por ficar assim: até hoje, quase uma década, o paciente não possui processo executório para pedir seus direitos legais” (fl. 3).

O paciente, informam os autos, foi condenado, em duas ações distintas, ambas por infração ao CP, art. 157, § 2º, I e II. Cumpre reprimenda total equivalente a 12 anos, 5 meses e 17 dias de reclusão, iniciada em 19.03.1990.

Neste recurso, sustenta, “tendo expirado demasiadamente o prazo de sua pena sem a possibilidade de usufruir os benefícios previstos na Lei de Execuções Penais, demonstra-se claro o constrangimento à liberdade sofrido pelo paciente” (fl. 3).

Relatei.

VOTO

O SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL (Relator): Sr. Presidente, o pedido, consoante formulado, não pode ser deferido. É que a irrisignação veio manejada contra ato do Juízo das Execuções, em alegações não suscitadas perante o Tribunal local.

Frente àquela Corte, é certo, foi manejada uma apelação, porém com o fito de desclassificar o crime e reduzir a reprimenda. Nada, portanto, do que tratam estes autos, foi levado ao conhecimento do Tribunal Estadual. O exame da questão por este STJ acarretaria, portanto, supressão de instâncias não admitida em nosso ordenamento.

Não obstante, e consoante acusa o Ministério Público (fl. 49), “apesar de não existir qualquer deliberação do Tribunal do Paraná acerca da pretensão do paciente, o *writ*, como instrumento tutelar do direito de locomoção, não pode sofrer restrições ao seu conhecimento quando, como na espécie, o constrangimento aparece indisfarçável”. É que o paciente cumpriu, até esta data, quase a totalidade da pena que lhe foi imposta, sem que tenham sido respondidos os pedidos que formulou perante o Juízo competente.

Ademais, “mesmo que tivesse sido condenado por crime hediondo, o que não ocorreu, o paciente já faria jus ao livramento condicional (CP, art. 83, V). Não há, assim, como desconhecer que a sua manutenção no sistema fechado configura violação ao princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI).

Por isso, e sem adentrar no mérito da questão, voto no sentido de concedermos, de ofício, **habeas corpus** (CPP, art. 654, § 2º) para que o Tribunal local verifique, com urgência, a possibilidade de conceder, ao paciente, o benefício do livramento condicional.

É o voto.

HABEAS CORPUS Nº 12.229 – MS

(Registro nº 2000.0013405-8)

Relator: Ministro Edson Vidigal
Impetrantes: Denise da Silva Viegas (Defensora Pública) e outro
Impetrada: Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul
Paciente: Ângelo Ortiz Rodrigues (preso)

EMENTA: Constitucional e Penal – Tráfico de entorpecentes – Confissão espontânea – Prisão em flagrante – Irrelevância – Configuração da atenuante – Lei dos Crimes Hediondos – Regime prisional – **Habeas corpus**.

1. Para a configuração da atenuante de que trata o CP, art. 65, III, d, não é exigível que a autoria do crime seja desconhecida, nem

tampouco que o réu demonstre arrependimento pelo ato praticado. Precedentes.

2. Os condenados pela prática de crimes hediondos e os a estes assemelhados (tortura, tráfico de entorpecentes e terrorismo), deverão cumprir integralmente a pena em regime fechado (Lei nº 8.072/1990, art. 2º, § 1º). Ressalva da posição vencida do relator.

3. **Habeas corpus** conhecido; pedido parcialmente deferido, para determinar o retorno dos autos à origem, anulando a sentença tão-somente quanto à fixação da pena, para que nova seja proferida, reconhecida a incidência da atenuante da confissão espontânea.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, deferir parcialmente o pedido, determinando o retorno dos autos à origem, anulando a sentença, tão-somente quanto a fixação da pena, para que nova seja proferida, reconhecida a incidência da atenuante da confissão espontânea. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp, Jorge Scartezzini e José Arnaldo da Fonseca.

Brasília-DF, 11 de abril de 2000 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, Presidente.

Ministro EDSON VIDIGAL, Relator.

Publicado no DJ de 15.05.2000.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: Condenado, por infração à Lei nº 6.368/1976, art. 12, à pena de quatro anos de reclusão, em regime integralmente fechado. Ângelo Ortiz Rodrigues reclama, em **habeas corpus**, de decisão do TJ-MS, assim ementada:

“Apelação criminal. Entorpecente. Pena. Aplicação acima do mínimo legal. Réu primário e com bons antecedentes. Pretendida redução. Impossibilidade. Acentuada quantidade de droga. Dolo intenso. Improvida.

Apesar de o réu ser primário e possuir bons antecedentes, pode o juiz fixar a pena acima do mínimo previsto em lei quando acentua a quantidade da droga apreendida e intenso o dolo do agente.

Apelação criminal. Entorpecente. Atenuante da confissão espontânea. Réu preso em flagrante. Improcedência. Confissão provocada.

A confissão não deve ser considerada como espontânea se obtida pela autoridade em situação que não poderia ser logicamente negada pelo acusado, como ocorre com a situação de flagrante.

Apelação criminal. Entorpecente. Regime prisional. Argüição de revogação do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/1990 pela Lei nº 9.455/1997. Não ocorrência. Pretensão de cumprir a pena no regime jurídico do Código Penal. Impossibilidade. Improvida.

De acordo com o § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/1990, as penas aplicadas por infração aos crimes classificados como hediondos devem ser cumpridos integralmente em regime fechado, uma vez que essa norma não foi revogada pela Lei nº 9.455/1997.”

Neste recurso, pede, com fundamento na Lei nº 9.455/1997 e no CP, art. 33, seja “ratificado o regime de cumprimento da pena carcerária, de integralmente fechado para inicialmente fechado, possibilitando a progressão se e quando o paciente preencher os requisitos legais”. Pede, ainda, seja declarada “a nulidade do acórdão e da sentença na parte alusiva à fixação da pena para que, mantida a pena-base em quatro anos de reclusão, seja considerada na 2ª fase de fixação da pena a atenuante da confissão espontânea”.

O Ministério Público, nesta instância, é pela concessão parcial da ordem.

Relatei.

VOTO

O SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL (Relator): Sr. Presidente, a fixação da pena-base, principalmente se superior ao mínimo legal, deve seguir uma criteriosa análise e fundamentação. A sentença, aqui, atende a esses requisitos. Foram consideradas as circunstâncias judiciais previstas no CP, art. 59, em especial no tocante à personalidade do réu, obedecendo aos ditames legais atinentes à dosimetria da pena.

Não obstante, a restrição feita à confissão, por não a considerar espontânea, atenta contra o próprio instituto. Para configurar-se a atenuante de que trata o CP, art. 65, III, não é exigível que a autoria do crime seja desconhecida, nem tampouco que o réu demonstre arrependimento pelo ato praticado. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal:

“Reincidência x antecedentes criminais. O Direito é ciência e como tal possui institutos, expressões e vocábulos com sentido próprio. Descabe confundir agravante com circunstância judicial e, portanto, reincidência – artigo 63 – com antecedentes criminais – artigo 59 – ambos do Código Penal. A constatação de que o juízo não ultrapassou o campo da fixação da pena-base é conducente ao afastamento do vício, concluindo-se que, na verdade, foram considerados os antecedentes e não a reincidência do acusado.

Circunstância atenuante. Confissão espontânea. Prisão em flagrante. Sob a égide da disciplina anterior à reforma da parte geral do Código, ocorrida mediante a edição da Lei nº 7.209/1984, a prisão em flagrante era de molde a excluir a configuração da circunstância atenuante revelada pela confissão espontânea, que estava jungida às hipóteses em que a autoria do crime era ignorada ou imputada a outrem – alínea **d** do artigo 48. Com o abandono da irreal forma inicialmente adotada, pouco importa que o acusado tenha sido preso em flagrante. A simples postura de reconhecimento da prática do delito e, portanto, da responsabilidade, atrai a observância, por sinal obrigatória, da regra insculpida na alínea **d** do inciso III do artigo 65 do Código Penal – ‘confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime’. Tanto vulnera a lei aquele que exclui do campo de aplicação hipótese contemplada como o que inclui requisito nela não contido.

Nulidade. Vício de procedimento x vício de julgamento.

Os dois vícios têm efeitos diversos. O primeiro atrai a pecha de nulo para o provimento judicial, enquanto o segundo autoriza a simples reforma. O princípio processual da celeridade e economia conduz, tanto quanto possível ao aproveitamento do ato judicial. Sendo viável expungir-se do título a parte reveladora da nulidade, esta não deve ser declarada.”

(HC nº 69.479-RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 10.11.1992).

O pedido, neste âmbito, comporta deferimento.

Por outro lado, estou entre os que não admitem que alguma pena, no sistema constitucional vigente, e também em razão dos compromissos internacionais do Brasil no tema dos direitos humanos, tenha que ser cumprida integralmente no regime fechado. Isso é uma aberração jurídica, adoecendo o processo civilizatório.

O sentido de toda a pena é a recuperação do condenado, de modo a que possa, depois, voltar normalmente à sociedade e a ela se reintegrar como pessoa capaz de cumprir deveres e usufruir direitos, de exercer uma profissão, liderar uma família, criar e educar os filhos, ser cidadão. O cumprimento da pena deve, enfim, ter caráter dinâmico, tendo em vista os objetivos da execução penal.

O regime fechado integral, sem direito à progressão, configura mero castigo, típico das cubatas ou repúblicas de bananas, inadmissível em qualquer Estado de Direito Democrático. Fere o princípio da individualização da pena, que por sua natureza constitucional, não pode ser afrontado por uma simples lei.

A Constituição da República, art. 5º, XLVIII, equipara os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e os definidos como hediondos, reunindo-os num único dispositivo; não tem outro objetivo senão estabelecer para eles tratamento unitário. Essa equiparação foi respeitada pela Lei dos Crimes Hediondos.

Tendo a nova lei, que trata dos crimes de tortura, garantido o direito à progressão da pena aos condenados por esse crime, há que se estender, por analogia, esse mesmo direito aos condenados por tráfico de entorpecentes. Inaceitável dizer que a referida lei seja de aplicação restrita, pois isso estaria sepultando a aplicação da analogia **in bonam partem**.

Venho ressaltando este meu ponto de vista, reiterado constantemente, em casos como este. É que este STJ vem entendendo que os condenados pela prática de crimes hediondos e os a estes assemelhados (tortura, tráfico de entorpecentes e terrorismo), deverão cumprir integralmente a pena em regime fechado (Lei nº 8.072/1990, art. 2º, § 1º).

Assim, apenas em respeito ao atual entendimento predominante neste colegiado, conheço do **habeas corpus**, e defiro parcialmente o pedido, determinando o retorno dos autos à origem, anulando a sentença tão-somente quanto à fixação da pena, para que nova seja proferida, reconhecida a incidência da atenuante da confissão espontânea.

É o voto.

MEDIDA CAUTELAR Nº 1.730 – SP

(Registro nº 99.0039708-8)

Relator: Ministro Gilson Dipp
Relator p/ acórdão: Jorge Scartezzini
Requerente: Néfi Tales
Advogados: Edson Rubens Polillo e outros
Requerido: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA: Processo Civil – Administrativo – Prefeito – Ação civil pública – Art. 12, Lei nº 7.347/1985 c.c. art. 20 da Lei nº 8.429/1992 – Afastamento do cargo – Instrução processual – Medida cautelar – Excepcionalidade de seu conhecimento – Recurso especial em agravo de instrumento retido – Art. 542, § 3º, do CPC – Presença do **fumus boni iuris** e do **periculum in mora**.

1. O cabimento de medida cautelar tem como pressuposto, a teor do art. 800, parágrafo único, do Código de Processo Civil, o deslocamento da competência jurisdicional para a Corte **ad quem**. Diante da exceção do caso concreto, posto que o recurso de agravo de instrumento encontra-se retido por força do art. 542, § 3º, do CPC, não há como obstar o conhecimento desta sem afrontar o direito constitucional de ampla defesa do requerente, uma vez que este nem processado foi, em virtude do novo dispositivo processual. Cautelar que se conhece, neste diapasão, pela excepcionalidade do tema.

2. Para a condução imparcial da coleta de provas na instrução processual relativas a eventuais crimes de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/1992), é imperioso o afastamento do Prefeito de suas funções, nos termos do art. 20 do referido diploma legal.

3. Caracteriza-se, entretanto, como dano irreparável (**periculum in mora**) se, decorrido um ano do afastamento, a instrução processual não se encerra, reduzindo o mandato eletivo em um quarto e assemelhando tal ato judicial a uma verdadeira “cassação”.

4. Presente, também, o **fumus boni iuris**, porquanto o processo, na esteira de consagrados doutrinadores, não é só um instrumento meramente técnico, mas acima de tudo, um meio ético para proporcionar segurança jurídica à sociedade. Estando o recurso especial retido por força da norma processual civil inculpada no § 3º do

art. 542, deve prevalecer o princípio constitucional de que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário qualquer ameaça de lesão a um direito (art. 5º, inciso XXXV).

5. Medida cautelar conhecida e julgada procedente, exclusivamente para determinar a subida do recurso especial interposto e retido nos autos do agravo de instrumento, restando prejudicado o pedido de efeito suspensivo e mantido o afastamento do Prefeito, até apreciação do mesmo por esta Corte.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça em, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, conhecer e julgar procedente a medida cautelar, determinando a subida do recurso especial, mantido o afastamento do requerente, nos termos do voto do Sr. Ministro Jorge Scartezzini, que lavrará o acórdão e com quem votaram os Srs. Ministros José Arnaldo da Fonseca, Edson Vidigal e Felix Fischer. Vencido o Sr. Ministro-Relator Gilson Dipp.

Brasília-DF, 7 de dezembro de 1999 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, Presidente.

Ministro JORGE SCARTEZZINI, Relator p/ Acórdão.

Publicado no DJ de 08.03.2000.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO GILSON DIPP: Trata-se de medida cautelar inominada proposta por Néfi Tales com o objetivo de atribuir efeito suspensivo a recurso especial interposto no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ainda não prelibado, contra acórdão daquele colegiado, em sede de agravo de instrumento, cuja ementa sintetizou o julgado com o seguinte teor:

“Responsabilidade civil. Improbidade administrativa. Prefeito. Afastamento liminar do cargo, com fundamento no art. 20, parágrafo único, da Lei nº 8.429/1992. Medida necessária para a instrução processual. Recurso não provido.” (fl. 27).

O pedido lançado na exordial da cautelar requer a concessão do aludido efeito suspensivo, a fim de reconduzir o autor nas funções de Prefeito de Guarulhos-SP, donde foi afastado após concessão de antecipação de tutela em ação de responsabilidade civil por improbidade administrativa movida pelo *Parquet* estadual.

A liminar foi indeferida à fl. 2.365.

Houve interposição de agravo regimental às fls. 2.369/2.379, oportunidade em que esta Quinta Turma, aos 30 de junho próximo, não proveu o apelo. A ementa sintetizou o julgado aos seguintes dizeres:

“Agravo regimental. Medida cautelar. Indeferimento de liminar. Efeito suspensivo a recurso especial.

As razões deduzidas no agravo regimental não conseguem infirmar os fundamentos da decisão agravada.

Agravo regimental desprovido.” (fl. 2.385).

Contestação às fls. 2.388/2.396.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO GILSON DIPP (Relator): Quando do voto proferido em sede de agravo regimental, referendado por esta Turma, ficou asentado:

“O agravante pretende ver respondidas e decididas em decisão que aprecie o pedido de liminar em ação cautelar, questões de indagação profunda, que estão sendo objeto de ação de responsabilidade civil proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, esquecendo-se que a decisão que pretende ver suspensa, através da atribuição de efeito suspensivo a recurso especial, foi proferido em sede de agravo de instrumento.

O art. 542, em seu § 3º do CPC, com a redação que lhe deu a Lei nº 9.756/1998, estabelece nova disciplina para o julgamento de recursos extraordinário e especial quando visam atacar decisão interlocutória. Nesses casos, os recursos constitucionais ficam retidos nos autos e somente serão processados se a parte, no prazo para a interposição do recurso contra a decisão final, o reiterar.

Na hipótese, o recurso especial ainda não foi sequer admitido.

Faço esse registro apenas para destacar o dever de cautela que deve ser considerado, com muito mais rigor, em sede de pedido de liminar, em ação cautelar que objetiva atribuir efeito suspensivo a recurso especial, interposto contra decisão proferida em agravo de instrumento.

Ante o exposto, reportando-me aos fundamentos já contidos na decisão agravada, nego provimento ao agravo.” (fl. 2.383).

Com isso, vê-se obstáculo de ordem processual inequívoco.

Não obstante tal prejudicial, a decisão singular concessiva de antecipação de tutela no concernente ao afastamento do alcaide, está revestida de todas as roupagens da legalidade. E mais, apreciou a matéria com a necessária acuidade e exaustão fática e jurídica, a fim de garantir o seu cumprimento.

Merece realce, contudo, a parte trazida pelo requerente como fonte da irresignação:

“Com fundamento no parágrafo único do art. 20 da Lei nº 8.429/1992, determino o afastamento de Néfi Tales, Néfi Antônio Castro Tales, e Márcia Maria Vita, dos cargos ocupados por eles junto ao Município de Guarulhos, sem prejuízo da remuneração a que fazem jus, enquanto perdurar a instrução processual, por reputar que a medida é indispensável à colheita da prova.

Ainda que alguém mais afoito argumente que a prova documental já foi colhida pelo Ministério Público, não havendo instrução a preservar, temos a obtemperar que, dado o relevo das funções públicas desempenhadas pelos afastados, no contexto da Administração municipal, a presença deles junto aos demais servidores guarulhenses poderia pressionar estes últimos a impedir que informações úteis ao deslinde do processo venham à luz.

Além disso, importante lembrar, ainda não se apurou a origem do dinheiro empregado pelos requeridos, tarefa que poderia sofrer grande prejuízo caso os ora afastados permanecessem em seus cargos.” (fls. 58/59).

O eminente relator designado para lavratura do acórdão dispôs em seu voto:

“Ora, no caso, é feita imputação a Néfi Tales de prática de atos de improbidade administrativa de cuja existência parece haver indícios sérios e o afastamento do exercício do cargo estaria a aparentar indispensabilidade, porque, em ficando naquele, o Prefeito poderia ser a causa natural de perturbação à coleta de provas no *processo*, como advertiu o MM. Juiz na decisão impugnada. A propósito, é preciso se ressaltar que a prova que justifica o afastamento é a de natureza *processual*, como diz a lei, pouco importando, pois, para tal fim, com a devida licença, que a inicial da ação civil já tivesse vindo instruída com alguns volumes de elementos coletados durante o *inquérito administrativo*.” (fls. 28/29).

E mais, o ilustre Juiz Soares Lima, em declaração de voto, foi conclusivo ao infirmar:

“Com a devida vênia, entendo por demais simplista, a inteligência de que o agravante estaria a salvo, a teor do artigo 20, **caput**, da Lei nº 8.429/1992, porque a perda do cargo somente se efetivaria após o trânsito em julgado da sentença.

Esbarraria no espírito da legislação, desde que nada obsta, ao contrário, mostrando-se salutar o afastamento do agente público, posto satisfeitos, **quantum satis**, os elementos definidores do enriquecimento ilícito.

Porque a lógica meramente formal não é apropriada ao trabalho dos operadores jurídicos, na compreensão do alcance prático da Lei nº 8.429/1992.

Ora, a expressa *instrução processual* há de ser interpretada com o máximo rigor.

Em primeiro lugar, se existem indícios de que o administrador público, ficando em seu cargo, poderá perturbar, de algum modo, a coleta de provas do processo, o afastamento liminar se impõe, imediatamente, inexistindo poder discricionário da autoridade judiciária. Nem, seria preciso tanto como se imagina para se determinar essa providência. Basta que, pela quantidade de fatos, pela complexidade da demanda, pela notória necessidade de dilação probatória, se faça imperioso o afastamento compulsório e liminar do agente público do exercício de seu cargo, sem prejuízo de seus vencimentos, enquanto persistir a importância da apuração de dados informativos ao processo.” (fls. 31/32).

Daí, a necessidade da constrição ao exercício da atividade laboral, com o propósito de angariar a verdade dos fatos, com total isenção na produção das provas.

Em última análise, não se trata da instituição de Tribunal de Exceção, pois poderá o requerente prosseguir no processo, sem haver incidido ofensa aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e contraditório.

Não se pode, contudo, privilegiar interesse privado e singular em detrimento do bem comum, qual seja, o interesse público.

Por último, qualquer incursão prematura na análise dos dispositivos legais tidos como violados no especial, sem aguardar a decisão **a quo**, acarretaria a concessão de efeito suspensivo não desejado pelos legisladores infraconstitucional e constitucional. A excepcionalidade almejada não se faz presente.

Ante o exposto, julgo improcedente a medida cautelar requerida.

É como voto.

VOTO-VISTA

O SR. MINISTRO JORGE SCARTEZZINI: Sr. Presidente, pedi vista destes autos para melhor apropriar-me da matéria.

Preliminarmente, acerca do cabimento da presente ação acautelatória, coerente com o posicionamento que explanei na Medida Cautelar nº 1.949-RS, de minha relatoria, assinalo que o cabimento desta, fulcrada no parágrafo único do art. 800 do Código de Processo Civil tem, como pressuposto, o deslocamento da competência jurisdicional para a Corte **ad quem**. Isso se dá com a interposição, no caso, do recurso especial e sua admissão, porquanto, conforme manifestação naquela oportunidade exarada, “hipoteticamente, poderia se incorrer na esdrúxula situação de ter um recurso não admitido, porém, com efeito suspensivo pleno, já que a não admissão, por si só, não tem o condão de reformar a concessão da cautelar dada por Tribunal hierarquicamente superior – cf. STF, AgRg na Pet nº 1.189, Rel. Ministro Moreira Alves”. Entretanto, por tratar-se de autos de agravo de instrumento, sua regra sujeita-se ao disposto no § 3º do art. 542 do Estatuto Processual Civil, com a redação que lhe deu a Lei nº 9.756/1998, que determina, interposto o recurso, *fique o mesmo retido nos autos e este, somente será processado, se a parte, no prazo para interposição de outro recurso contra a decisão final, o reiterar*. Logo, o juízo de admissibilidade do recurso interposto,

naquele instrumento, não será, por ora, prolatado. Afasto, desta forma, diante da exceção da situação, tal requisito. Encontrando-se retido o mesmo e aguardando por um despacho futuro e sem previsibilidade de data, não há como obstar o conhecimento desta cautelar sem afrontar o direito constitucional de ampla defesa do requerente, uma vez que este nem processado foi, por força do novo dispositivo processual.

Por tais razões, *conheço da medida*.

Passo ao seu exame.

Consoante se depreende do voto do ilustre Ministro-Relator, julgou Sua Excelência improcedente esta medida cautelar por entender necessária a constrição do exercício da atividade laboral do requerente para, com total isenção na produção das provas, angariar a verdade dos fatos. Aduziu, ainda, não se poder privilegiar interesse privado e singular em detrimento do bem comum, afastando a excepcionalidade da questão.

Penso correta tal posição. Necessário é o afastamento do Prefeito, sobre o qual paira a pecha da improbidade administrativa de seus atos, para a condução, imparcial, de toda a coleta de provas na instrução processual. Entendo eu, também, ser o interesse público de maior dimensão que o privado. Todavia, no caso **sub judice**, faz-se mister a ponderação e reflexão acerca de outros pontos, entre eles, o do perigo da irreversibilidade do provimento liminar cautelar e os efeitos de tal situação.

Inicialmente, para a correta aferição dos requisitos deste procedimento cautelar, examino, nesta oportunidade, o **fumus boni iuris** e o **periculum in mora**. Tais requisitos se provam mediante **summaria cognitio**.

Quanto ao *perigo na demora, tornando o dano irreparável*, valho-me das lições de **Ovídio A. Baptista da Silva**, Do Processo Cautelar, Forense, RJ, 2ª edição, 1998, p. 77, do seguinte teor:

“Antes de concluir este parágrafo, tornam-se necessárias ainda duas observações. A primeira delas diz respeito ao conceito de ‘dano irreparável’. Esta categoria não tem a ver com a possibilidade de reparação monetária. Às vezes encontram-se manifestações contrárias à concessão de medidas cautelares sob o argumento de que a ameaça de dano não seria de natureza irreparável, por oferecer ao demandado suficientes garantias patrimoniais de reparação pecuniária, caso o direito viesse a ser irremediavelmente destruído. Este, no entanto, é um argumento inteiramente improcedente. Como disse **Apicella** (I

Provvedimenti Cautelari non Nominati 1948, nº 51), *se a tutela cautelar somente pudesse ser concedida quando não fosse possível a reparação pecuniária, então a própria instituição perderia seu sentido, dado que um tal entendimento, ao contrário do que se tem em vista com a tutela cautelar, admitiria a prévia violação do direito para depois recompô-lo monetariamente, quando a própria lei concebe a tutela cautelar como prevenção contra o dano iminente, mas não consumado.*” Grifei.

Desta forma, registro que a decisão **initio litis**, proferida monocraticamente em Primeira Instância e mantida pelo Tribunal **a quo** em sede de agravo, que afastou o requerente do cargo, embasou-se, principalmente, nos arts. 12 da Lei nº 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública) e 20 da Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa).

Assim, a inteligência de tais dispositivos leva à conclusão que, faculta a legislação ao magistrado conceder mandado liminar, com ou sem justificção prévia, para determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária a instrução processual.

Isto foi feito em 14 de setembro de 1998. Verifica-se que, decorrido um ano desta decisão, a instrução processual não acabou. Pondero entender ser tal interstício temporal suficiente para a coleta e produção de provas. Porém, a situação fática revela-se outra. O requerente, ocupante de cargo eletivo de chefe do executivo municipal, com mandato de quatro anos, teve o mesmo reduzido em um quarto por força da citada instrução processual. Assemelha-se, tal ato, a uma verdadeira “cassação”. Desta forma, em virtude da morosidade da máquina judiciária, espelhada no andamento da ação civil pública, e de norma processual específica (art. 542, § 3º, do CPC), que retém o especial interposto, a meu sentir, provoca-se irreversibilidade do provimento judicial liminar, podendo tornar o dano irreparável, caracterizando a presença do **periculum in mora**.

No tocante à *fumaça do bom direito*, analiso-a, aplicando analogicamente, o que **Athos Gusmão Carneiro**, in *Da Antecipação de Tutela no Processo Civil, Forense*, RJ, 2ª edição, 1999, p. 63, disserta acerca do tema da antecipação da tutela, **in verbis**:

“Aqui chegamos, realmente, a um ponto crucial, que, em última análise radica na necessidade, aliás, já mencionada, de harmonizar

princípios constitucionais em confronto: o da efetividade, com o acesso eficaz à Justiça, que se inclina pela concessão da Antecipação de Tutela; e o da necessidade de segurança jurídica, que prestigia a não concessão de antecipações irreversíveis, potencialmente prejudiciais à eficácia da (eventual) futura sentença de improcedência da demanda. É o momento de aplicação do princípio da proporcionalidade, ...”

Esta prefalada proporcionalidade deve obter-se, para apuração do **fumus boni iuris**, o que dispõe o art. 542, em seu § 3º, do CPC, e as normas constitucionais de livre acesso ao Poder Judiciário, sempre que alguém estiver na iminência de sofrer algum dano (art. 5º, XXXV, da CF). Trago à colação, despacho prolatado pelo ilustre Ministro Costa Leite, nos autos do Ag nº 228.410-RS, do teor seguinte:

“... O presente recurso impugna decisão interlocutória e, em princípio, tendo em vista o disposto no § 3º do artigo 542 do Código de Processo Civil, haveria de ficar retido. Ocorre que, prostrar-se o julgamento da questão para após a decisão da causa significaria esvaziar por completo o especial, retirando-lhe qualquer eficácia. Com efeito, não há mais interesse algum em impugnar a concessão antecipada da tutela se o processo já tiver encontrado decisão final, pendendo apenas recurso que carece de efeito suspensivo. *Admitir-se devesse ficar o especial retido, corresponderia a tê-lo como incabível, pois só seria objeto de exame quando de seu julgamento, nenhum resultado prático poderia advir. Estaria a lei ordinária restringindo as hipóteses de admissibilidade do recurso que são contempladas na Constituição. ...*” (DJU de 10.09.1999, p. 471) – grifos nossos.

Sabemos que é inevitável, em qualquer processo e nestes tipos de procedimentos, especialmente, a presença do trinômio certeza-probabilidade-risco. A sabedoria de um juiz, ensina-nos **Cândido Rangel Dinamarco**, “reside em dispensar os rigores absolutos de uma *certeza*, aceitando a *probabilidade* adequada e dimensionando os *riscos* que legitimamente podem ser enfrentados”. (in *A Instrumentalidade do Processo*, item 33, p. 236).

Ademais, na esteira de consagrados doutrinadores, entre eles **Grinover** e **Araújo Cintra**, o processo não é só um instrumento meramente técnico, mas, acima de tudo, um meio ético para proporcionar segurança jurídica à sociedade.

Já, novamente, **Baptista da Silva**, na obra supra citada, p. 70, bem pondera que:

“Se as circunstâncias demonstram ser evidente a existência do direito, então toda a demora destinada a restaurá-lo torna-se desnecessária, supérflua e ilegítima. A tutela cautelar deve submeter-se à contingência de tutelar a aparência do direito porque a investigação probatória exauriente provocaria sua irremediável destruição, ou uma redução significativa em sua utilidade prática. Como disse **Calamandrei** em sua penetrante análise, na contingência entre o fazer bem, mas tardiamente, e o fazer mal, porém, em tempo adequado, a tutela cautelar decide-se pelo fazer logo, ainda que sob o risco de fazer mal, relegando para as formas repousadas e tranqüilas do procedimento ordinário o problema do bem e do mal, ou seja, a questão da justiça.”

Concluindo, a demora no regular processamento da ação e na prolação da sentença, diante de matéria de suma importância, que é a proibidade ou não de atos praticados por chefe do executivo municipal no exercício da administração da *res pública*, trazida à análise desta Corte, reveste-se de preocupante caráter ético-processual. Valho-me, nesta esteira, do brocardo máximo de **Juliano**, contido no Digesto, livro 34, título 5, fragmento 12 que diz: “Prefira-se a inteligência dos textos que torne viável o seu objetivo, ao invés da que os reduza à inutilidade” (**Commodissimum, est id accipi, quo res de qua agitur, magis valeat quam pereat**).

Por tais fundamentos, presentes os requisitos ensejadores da concessão, pedindo **vênia** ao eminente Relator, socorro-me do princípio constitucional de que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário qualquer ameaça de lesão a um direito (art. 5^ª, inciso XXXV), para afastar o rigor contido no § 3^ª do art. 542 do CPC, e, na via da excepcionalidade, *conhecer e julgar esta medida procedente, exclusivamente para determinar a subida do recurso especial interposto e retido nos autos do agravo de instrumento, para que possa este Tribunal manifestar-se sobre o mesmo, restando prejudicado o pedido de efeito suspensivo e mantido o afastamento do Prefeito, até julgamento do mesmo por esta Corte.*

É como voto.

VOTO-VISTA

O SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: Sr. Presidente, o voto-vista

trazido pelo eminente Ministro Jorge Scartezzini induziu-me a também pedir vista, ante a peculiaridade do tema que a causa encerra: efeito suspensivo a recurso especial retido, nos moldes do CPC, art. 542, na redação da Lei nº 9.756/1998.

Com efeito, tal norma endereçou-se a decisões que, embora interlocutórias, muitas vezes redundam na eficácia ou não da decisão definitiva. É o caso dos autos, no qual, o requerente, Prefeito afastado do cargo em 14.09.1998, até agora não viu o final da instrução processual.

A exemplo do Ministro Jorge Scartezzini, também apóio a decisão de afastamento, considerando a necessidade da medida à instrução processual.

O que me impressiona, porém, é o hiato que ocorrerá entre o efetivo afastamento e o conhecimento do recurso especial por esta Corte.

A Corte Especial do STJ, em homenagem ao princípio inculcado na CF/1988, art. 5ª, XXXV, já conheceu, até, de cautelar que visava emprestar efeito suspensivo a recurso extraordinário interposto contra decisão desta Corte. Fê-lo exatamente imbuída da necessidade imperiosa da devida prestação jurisdicional, considerando que o egrégio STF não conhece de medidas que tais antes de exercido, no Tribunal de origem, o juízo de admissibilidade do apelo extremo:

AgRg na MC nº 1.113-SP (1997/0090877-1) – DJ de 06.04.1998 – Relator Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Órgão Julgador CE – Corte Especial.

“Recurso extraordinário. Cautelar. Concessão antes da sua admissão **ad referendum** do STF.

I – A jurisprudência do STF tem reiteradamente negado seguimento a medida cautelar lá proposta enquanto não houver juízo positivo de admissibilidade do recurso extraordinário (Pet nº 965-7, Pet nº 1.256, Relator Min. Celso de Mello). Daí que, no hiato existente entre a interposição do recurso extraordinário e o exame de sua admissibilidade, deve-se admitir, em circunstâncias especialíssimas, a possibilidade de exame do pedido de cautelar pelo presidente do STJ, porquanto não pode o Judiciário deixar de apreciar lesão ou ameaça de lesão a direito (CF/1988, art. 5ª, XXXV). Nessa hipótese, todavia, ocorrendo os pressupostos para a sua concessão, a liminar deve ser deferida **ad referendum** do STF, como no caso.

II – Agravo regimental conhecido, mas improvido.”

Ora, quem pode o mais pode o menos. E, se a nossa Corte Especial, consideradas as especiais circunstâncias da causa, conhece, até, de cautelar cujo conhecimento, a princípio, seria da Suprema Corte, podemos, aqui, conhecer desta cautelar, cujo pleito, como afirmou o nobre Ministro Jorge Scartezzini, também encerra o caráter especialidade, considerando-se a mesma norma constitucional que impede ao Judiciário deixar de apreciar lesão ou ameaça a direito – art. 5º, XXXV.

Aqui, a aguardar-se para apreciar o recurso especial, retido por força de lei, estar-se-á desnaturando o princípio da instrumentalidade do processo, pois a aplicação, pura e simples da norma contida no CPC, art. 542, § 3º, ao caso dos autos, implicará em retirar-se desse recurso qualquer eficácia, como, aliás, já entendeu o nobre Ministro Costa Leite, no Ag nº 228.410-RS, citado no voto do eminente Ministro Jorge Scartezzini.

Assim, considerando as peculiaridades da hipótese, pedindo vênua ao nobre Relator, acompanho o voto do Ministro Jorge Scartezzini, para conhecer da cautelar, determinando a subida do recurso especial retido, possibilitando que nos manifestemos sobre ele ainda em tempo hábil a não comprometer a respectiva eficácia.

É o voto.

VOTO

O SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Sr. Presidente, voto de acordo com a divergência.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 5.971 – MT

(Registro nº 95.0033906-4)

Relator: Ministro Gilson Dipp
Recorrente: Realino da Rocha Bastos
Advogado: Zaid Arbid
Tribunal de origem: Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso
Impetrado: Desembargador-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso

Recorrido: Evandro Stábile
Advogado: José Stábile Filho
Recorrido: Estado do Mato Grosso
Advogado: Ivaldo Caetano Monteiro

EMENTA: RMS – Administrativo – Concurso para remoção de juízes – Inabilitação objetiva de um dos candidatos – Impossibilidade de anulação de todo o certame – Permanência de um aspirante – Direito líquido e certo – Inexistência – Remoção automática e imediata – Exercício do juízo de conveniência e oportunidade da Administração.

1. A anulação de certame realizado para remoção de juízes não se evidencia exceto quando ocorrer irregularidade no *concurso* e não na inscrição de um candidato. A nulidade é respectiva abertura de novo concurso se operaria, caso inexistisse aspirante habilitado.

2. Evidenciando-se a permanência de um candidato impõe-se a validação do concurso para que o colegiado exerça seu juízo de conveniência e oportunidade ao deferir ou negar o pedido.

3. Desta feita, inexistente direito líquido e certo de operar-se remoção automática e instantânea, sem a observância da conveniência administrativa pelo órgão competente, sendo vedado a este Superior Tribunal, em sede de processo judicial, invadir a gestão administrativa daquele colegiado.

4. Recurso parcialmente provido para afastar a nulidade de todo o concurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em conformidade com os votos e notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Jorge Scartezzini, José Arnaldo da Fonseca e Felix Fischer. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Edson Vidigal.

Brasília-DF, 14 de dezembro de 1999 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, Presidente.

Ministro GILSON DIPP, Relator.

Publicado no DJ de 21.02.2000.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO GILSON DIPP: Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por Realino da Rocha Bastos, Juiz de Direito estadual, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso, que concedeu parcialmente a segurança impetrada aos exatos termos, **verbis**:

“Pedido de remoção. Comarcas integradas. Necessidade de preenchimento de requisitos legais.

As comarcas integradas geram, apenas, efeitos de ordem processual. Não criam, nem modificam direitos materiais pertencentes aos juizes titulares das respectivas varas.

Anula-se o concurso de remoção quando, por equívoco, for deferido o pedido de juiz que não preenchia todas as condições da lei.” (fl. 131).

Em suas razões, o recorrente pleiteia a concessão integral da segurança, a fim de que seja deferido seu pedido de remoção para a 7ª Vara Cível da Comarca de Cuiabá, em virtude da aposentadoria de seu ocupante.

Contra-razões (fls. 153/156).

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 175/178, pelo parcial provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO GILSON DIPP (Relator): Narram os autos que o recorrente e outro juiz se habilitaram para concurso de remoção para preenchimento de algumas varas, dentre elas a 7ª Vara Cível de Cuiabá-MT, nos termos do Edital nº 11/1993, assim vazado:

“Acham-se abertas na Secretaria do Tribunal de Justiça, pelo prazo de 10 (dez) dias, as inscrições de Juizes de Direito que, tendo as condições legais (art. 5º e parágrafos da Resolução nº 5/1992, de 2 de setembro de 1992) requererem remoção e promoção para provimento das seguintes vagas de entrância especial.” (fl. 10).

Inscreveram-se os Srs. Realino da Rocha Bastos (fl. 12) e Evandro Stábile (fl. 14). À fl. 17, consta certidão noticiando o encerramento do prazo para inscrição no referido certame.

O ilustre Presidente daquele colegiado editou o Ato nº 33/1994-TJ, que atendendo decisão do Plenário resolveu remover, a pedido, o Dr. Evandro Stábile, Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Várzea Grande para a 7ª Vara Cível da Comarca de Cuiabá-MT, ao entender que o mesmo atendia aos requisitos legais. (fl. 23).

Não satisfeito, o ora recorrente impetrou mandado de segurança aduzindo que o juiz indicado não preencheu requisito indispensável para a referida promoção ao não computar mais de 2 (dois) anos de judicatura na entrância especial (Loman, art. 81, § 1º, c.c. art. 10 da Resolução nº 5/1992 do TJMT). Diante da referida constatação o Tribunal concedeu parcialmente a ordem para anular o concurso de remoção e determinar que outro se realizasse.

Irresignado, o Dr. Realino da Rocha Bastos interpôs o presente recurso ao fundamento de inexistir motivo legal para a anulação do concurso, solicitando em tempo, a sua indicação compulsória para a vaga indicada em face de ser o único candidato inscrito e habilitado nos termos da Loman e da resolução interna do Tribunal.

Diante destas constatações, impõe-se analisar o seguinte:

– O Tribunal tornou pública a abertura de inscrições, oportunidade em que somente dois juizes se inscreveram. Decidindo-se que o candidato escolhido não preenchia os requisitos legais, impunha-se a aceitação da inscrição do candidato restante, pois a abertura de novo certame só poderia ocorrer caso fosse detectada irregularidade *no concurso* e não na inscrição de um dos aspirantes. Constata-se, assim, a interpretação errônea do equívoco invocado. A propósito, o § 5º do art. 5º da Resolução nº 5/1992, que regulamenta o procedimento de remoções e promoções na carreira da magistratura daquele órgão disciplina:

“§ 5^a – Presume-se desinteresse a falta de pedido de inscrição.”

Ultrapassada a questão levantada, restaria somente outra alternativa para a anulação do certame, qual seja, a inexistência de candidato apto para preenchimento da vaga. Tal incidente não ocorreu.

Com base no exposto, entendo assistir razão, em parte, ao ilustre Desembargador Antônio Bitar Filho ao alinhar:

“Efetivamente, tratando-se de concurso de remoção para provimento de vagas da mesma entrância, o requisito temporal superior a 2 (dois) anos de efetivo exercício a que alude os citados dispositivos legais, de fato apresenta-se como condição **sine qua non** ao candidato para que possa habilitar-se no certame, salvo quando o interesse público o exigir, caso em que a remoção será compulsória e mediante decisão fundamentada do Conselho da Magistratura (art. 1^o, § 3^o, Resolução n^o 5/1992); todavia, a hipótese excepcional não se aplica no caso em exame.

Pondera-se, desde logo, que a vaga referente à 7^a Vara Cível foi disputada somente pelo impetrante e o litisdenunciado, sendo forçoso reconhecer que entre eles apenas o primeiro possuía mais de 2 (dois) anos de efetivo exercício na entrância especial, precisamente 3 anos e 23 dias como titular da 8^a Vara Criminal da Capital, enquanto o concorrente beneficiado possuía 1 ano, 8 meses e 2 dias ao tempo que ambos pleitearam a aludida remoção, conforme atestam as certidões de fls. 18/22-TJ.

Em tais circunstâncias, não posso olvidar que apenas o impetrante atendeu a todos os requisitos exigidos para que lhe fosse deferida a pleiteada remoção.” (fls. 119/120).

Impõe-se, assim, provimento parcial ao recurso para afastar a nulidade total do concurso de remoção, tendo em vista haver candidato que satisfizesse os requisitos objetivos elencados na resolução interna, ficando ao juízo do colegiado **a quo** a apreciação do pedido do recorrente para deferi-lo ou negá-lo, já que é vedado este Superior Tribunal, em sede de processo judicial, invadir a gestão administrativa daquele órgão.

Neste aspecto o eminente Desembargador Ernani Vieira de Souza emitiu pensamento escoreito ao infirmar:

“O impetrante, **data venia**, não tem direito líquido e certo à tal remoção, mas tão-somente expectativa de direito, haja vista que, ainda que fosse ele, o impetrante, o único juiz a ter requerido a remoção, ou, ainda, o único dentre os demais requerentes, a preencher todos os requisitos legais, ainda assim o egrégio Tribunal Pleno, em face dos critérios de conveniência que devem ser levados em conta, poderia indeferir o seu pedido.” (fl. 123).

A ausência dos requisitos do candidato afastado não importa em remoção automática e imediata do recorrente, ficando ao critério da conveniência e oportunidade do Tribunal a escolha do momento oportuno para a efetivação da medida. Qualquer incursão desta Corte Superior retirará a competência funcional exclusiva do órgão de origem. Neste exato sentido opina o *Parquet*:

“Assim, ao Ministério Público Federal parece mais consentâneo, conhecido o recurso, que lhe seja dado provimento parcial, para o fim, não de anular o concurso todo de remoção, mas, tão-somente o seu resultado – que atribuiu vitória ao competidor do ora recorrente –, resguardando ao colendo Tribunal Pleno, em sede administrativa, sua prerrogativa de examinar o requerimento de remoção do impetrante, único que satisfaz os requisitos de ordem objetiva, para deferir-lo ou negá-lo.” (fl. 178).

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso para afastar a anulação de todo o certame, deixando a critério do colegiado **a quo** a escolha para o deferir ou não a remoção requerida.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 65.497 – SP

(Registro nº 95.0022519-0)

Relator: Ministro Gilson Dipp
Recorrente: Departamento de Águas e Energia Elétrica do Estado de São Paulo – DAEE

Advogados: Cláudio José Santoro e outros
Recorridos: Romildo Eugênio de Souza e outros
Advogados: Evelcor Fortes Salzano e outro
Sustentação oral: Evelcor Fortes Salzano (pelos recorridos)

EMENTA: REsp – Processual Civil – Elaboração de nova conta de liquidação de sentença em substituição à anterior – Ofensa à coisa julgada – Exclusão de valores conferidos em sede de ação de cognição – Impossibilidade – Atualização monetária.

1. A jurisprudência deste Tribunal pacificou entendimento quanto à possibilidade de inclusão de índices inflacionários, a fim de atualizar o **quantum** corroído pela inflação.

2. Não pode, contudo, em fase de liquidação, o julgador atribuir nova conta de liquidação ao entender incorreto o valor atribuído em processo já liquidado.

3. Inexiste ofensa ao instituto da coisa julgada, quando o colegiado a **quo** mantém a inteireza do conteúdo decisório singular, restabelecendo a sentença homologatória de cálculos anterior.

4. Recurso especial conhecido, mas desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em conformidade com os votos e notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso, mas negar-lhe provimento. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Jorge Scartezzini, José Arnaldo da Fonseca e Felix Fischer. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Edson Vidigal.

Brasília-DF, 2 de dezembro de 1999 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, Presidente.

Ministro GILSON DIPP, Relator.

Publicado no DJ de 14.02.2000.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO GILSON DIPP: Recurso especial interposto pelo

Departamento de Águas e Energia Elétrica do Estado de São Paulo – DAEE, com fundamento na alínea **a** do permissivo constitucional, contra acórdão do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que, à unanimidade, deu provimento à apelação movida pelo ora recorrido.

O Tribunal **a quo**, ao dar provimento à apelação, entendeu caracterizada a ofensa à coisa julgada, salientando, ainda, não se tratar de mero erro de cálculo, concluindo em sua fundamentação restar caracterizada “completa alteração do critério de apreensão do julgado na fase de conhecimento”. (fl. 1.050).

No apelo especial sustenta o recorrente ofensa ao artigo 463, inciso I, do Código de Processo Civil.

Contra-razões às fls. 1.114/1.121.

Recurso admitido às fls. 1.227/1.228.

Parecer do Ministério Público Federal pelo conhecimento e provimento do recurso (fls. 1.150/1.157).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO GILSON DIPP (Relator): A controvérsia teve origem em ação proposta por funcionários da Autarquia Estadual visando a cobrança de diferenças de vencimentos relativas ao pagamento de diárias. A referida ação foi julgada procedente aos 23 de maio de 1989 (sentença de fl. 288).

Daí, iniciou-se o processo de execução.

Preliminarmente, foi proferida sentença homologatória do cálculo liquidado, dando-se início aos depósitos do valor da condenação. No curso da execução, o departamento ofereceu extensa documentação sobre os valores relativos a cada um dos autores, informando a existência de erros materiais relativos aos dados basilares na fase de liquidação, realçando, ainda, o fato de não haver sido observado o limite do valor mensal de diárias, que, no caso **in** exame, não poderiam ultrapassar o equivalente a 50% da remuneração do servidor, a teor de alguns decretos estaduais.

De imediato, o douto Juízo da 4ª Vara da Fazenda do Estado de São Paulo determinou a remessa dos autos ao contador para elaboração de nova conta em substituição à anterior, já homologada, reduzindo-se o valor das diárias até o percentual de 50% dos vencimentos.

Daí, foi interposta apelação junto ao egrégio TJSP, oportunidade em que a Quinta Câmara Cível desconstituiu a decisão homologatória de fl. 935, instituidora da nova conta de liquidação e considerou incabível, sob pena de ofensa à coisa julgada, a adoção de critérios de cálculos outros, diversos dos utilizados na fase de liquidação da sentença. Naquela assentada, o ilustre Relator, Dr. Mário César, fundamentou o julgado ao seguinte teor:

“A atualização resume-se a considerar a mutação devida sobre o cálculo atualizado, pela incidência da correção monetária, juros, eventuais novos dispêndios de custas, a partir daquele, uma vez que não satisfeito de plano, deduzindo o que haja pago o devedor, outrossim. Assim, quando decide o juiz sobre cálculo de atualização, não julga a liquidação, e portanto sua decisão não se submete à norma do art. 520, III, do Código de Processo. Trata-se, ao invés, de interlocutória, como tal agravável.

Aqui, não se configurou essa situação. Muito ao invés.

Pois o que a respeitável decisão recorrida fez foi desconstituir, e por inteiro, a sentença homologatória de fl. 288. Nada atualizou de seus cálculos, ao contrário, estabeleceu novo critério, interpretativo do que se julgara no processo de conhecimento.

Sem razão o digno Juízo quando, desde fl. 814, sustentou que a radical orientação cuidava de consertar mero erro material da liquidação anterior.

Erro material, em se tratando de conta, é erro aritmético, ou de leitura de valores, deixando de pôr na conta valores expressos em documentação dos autos (por exemplo, omitindo a soma de uma guia de custas recolhida), ou fazendo o inverso.

O Juízo, ao prolatar a decisão ora apelada, não consertou erros materiais de sua decisão homologatória da liquidação originária.

Com efeito, tudo partiu de completa alteração do critério de apreensão de julgado na fase de conhecimento.” (fls. 1.049/1.050).

E mais, conclui o relator originário:

“Quando a lei fala em erro de cálculo na sentença, corrigível a todo o tempo e até de ofício (artigo 463, I, do Código de Processo), entende-se apenas o erro aritmético, como é a inclusão de parcela

indevida ou a exclusão, por omissão ou equívoco, de parcela devida (Revista Trimestral de Jurisprudência, 74/510). Portanto, não constitui erro material, o que resulta de errônea aplicação de determinado critério ou ponto de vista” (fl. 1.051).

Após a compreensão do tema lançado no especial, observo já restar pacificado neste Superior Tribunal de Justiça, junto à Corte Especial, quando do julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 163.681-RS, da relatoria do eminente Ministro Garcia Vieira, DJU de 19 de abril de 1999, a impossibilidade de inclusão ou exclusão de índices, sem que antes terem passado pelo crivo do processo de cognição; com exceção, é lógico, da mera atualização dos valores atribuídos. O v. acórdão em epígrafe sintetizou o julgado ao seguinte teor:

“Processual. Correção monetária. Índices. Substituição após a homologação dos cálculos. Impossibilidade.

Ocorrendo a homologação dos cálculos, elaborados e atualizados por determinado índice, tendo a sentença transitado em julgado, não pode haver a substituição deste pelo IPC ou por qualquer outro índice porque isso importaria em violação à coisa julgada.

Embargos recebidos.”

A propósito, este Tribunal possui jurisprudência uníssona no sentido da atualização monetária não caracterizar um *plus*. É na verdade um **minus**, a fim de corrigir os valores monetários corroídos pela inflação, principalmente a de outrora.

Com isso, não haverá ofensa à coisa julgada se o **quantum** apurado, bem como o índice de atualização monetária for fidedigno ao contexto sentencial.

No caso dos autos, o v. acórdão paulista foi preciso. Houve ofensa à coisa julgada, pelo simples fato da nova conta de liquidação apurada haver alterado todo o conteúdo decisório trazido na ação de cognição.

Salvo melhor juízo, caso o departamento viesse a entender ofendidos os decretos estaduais delineadores do **quantum** máximo a ser pago a título de diárias, competiria a seus patronos ingressar com ação rescisória, e, jamais pleitear tal redução no bojo da liquidação de sentença.

Por estas razões, conheço do recurso especial, mas nego-lhe provimento. É o voto.

VOTO-VISTA

O SR. MINISTRO JORGE SCARTEZZINI: Sr. Presidente, pedi vista destes autos para melhor apropriar-me do tema.

A questão versa acerca da possibilidade ou não, em fase de execução de sentença, de corrigir-se eventuais erros relativos aos valores a serem pagos aos ora recorridos. Aduz a recorrente que o v. aresto atacado ao reformar a sentença monocrática que homologou nova conta de liquidação – prolatada em virtude de extensa documentação, acostada aos autos, informando não haver sido observado o limite de valor mensal das diárias, que no caso, não poderiam ultrapassar a 50% da remuneração do servidor –, violou o art. 463, I, do CPC.

Reza mencionado dispositivo:

“Art. 463. Ao publicar a sentença de mérito, o juiz cumpre e acaba o ofício jurisdicional, só podendo alterá-la:

I – para lhe corrigir, de ofício ou a requerimento da parte, inexactidões materiais, ou lhe retificar erros de cálculo;”

Data venia, não se trata de mero erro material relativo a valores como pretende a recorrente. Não pode o sentenciante, como bem aventado no v. aresto guerreado, diante do trânsito em julgado da r. sentença monocrática e com o início da execução, corrigir eventuais erros, quer materiais ou não, sob pena de ferir a coisa julgada e tendo em vista que, sua prestação jurisdicional, encontra-se esgotada, nos termos do art. 436 do CPC, nesta oportunidade tido como infringido.

Acerca das inexactidões materiais, leciona-nos **Moacyr Amaral Santos**:

“Em tais casos, a sentença pode ser corrigida mediante simples despacho, de ofício ou a requerimento da parte, pelo próprio juiz que proferiu (art. 463, I).

Competente para corrigir a sentença é o próprio juiz que a proferiu. Trata-se de esclarecer uma declaração. ‘E esclarecer uma declaração é ato que só pelo declarante pode ser exercido’ (**Lopes da Costa**).

A correção pode fazer-se a qualquer tempo, enquanto a competência para conhecimento da causa não se tenha transferido, por via de recurso, para outro órgão jurisdicional, ou não se tenha dado início à execução da sentença.

Far-se-á a correção por simples despacho, sem que se altere a substância do julgado. Qualquer alteração da substância do julgado extravasa dos limites permitidos pelo art. 463, I.” (in Comentários ao Código de Processo Civil, 5ª edição, vol. IV, p. 419). – grifamos.

Desta forma, ao alterar, por despacho, a sentença homologatória da conta, determinando nova forma de cálculo para o pagamento, adotando como critério o aventado pelo ora recorrente no tocante ao limite de 50% da remuneração do servidor, a teor de alguns decretos estaduais, o Juiz **a quo**, ferindo princípios basilares do direito processual pátrio, como a coisa julgada material e formal e a segurança jurídica, transbordou os limites permitidos pelo ordenamento processual. Se o departamento-recorrente entendeu, tempos depois do trânsito em julgado da sentença, que havia erro quanto à forma de pagamento dos valores a serem executados, o meio processual adequado seria, como bem ressaltado no voto do ilustre Ministro-Relator, o da ação rescisória e não o de simples petição nos autos. O erro passível de correção, a teor do art. 463, I, do CPC é somente o aritmético e não a aplicação de determinado critério na forma de cálculo dos valores. Estes aspectos foram debatidos quando do julgamento do processo de conhecimento e já transitaram em julgado, não podendo, desta forma, simplesmente serem considerados como meros erros materiais, posto que não são.

Ademais, a reavaliação de tal critério foi abarcada pela preclusão, no caso, **pro judicato**, pois proferida sentença de mérito, não pode mais o prolator inovar no processo. **Nelson Nery Júnior** assim comenta o art. 463 do CPC, ora em debate:

“Encerramento do ofício jurisdicional. Trata-se do princípio da inalterabilidade da sentença pelo juiz. Embora o texto mencione apenas a sentença de mérito, é vedado ao juiz, depois de publicá-la, alterar a sentença *tout court*, seja ou não de mérito (CPC, arts. 267 e 269), salvo nos casos excepcionados neste artigo.” (in Código de Processo Civil Comentado, RT, SP, 3ª edição, p. 674).

Extrapolou o Juízo monocrático, nesta esteira, os limites processuais civis permitidos. Assim também tem se posicionado esta Corte:

“Sentença. Inexatidão material. Correção a destempo. Inadmissibilidade. Transitada em julgado a sentença onde se insere o erro e iniciada a execução, não é mais possível corrigi-lo por simples despacho, mormente se deve ocorrer a modificação da substância do julgado.

Recurso especial não conhecido.” (REsp nº 40.892-MG, Rel. Ministro Barros Monteiro, DJU de 30.05.1994).

“Processual Civil. Prestação jurisdicional. Exaurimento. Modificação da sentença. Art. 463, II, do CPC. Embargos de declaração. Efeito modificativo. Possibilidade.

I – Em regra, o juiz cumpre e acaba o seu ofício jurisdicional ao publicar a sentença – art. 463, caput, do CPC. As exceções ao cânone estão elencadas nos incisos do próprio artigo, sendo os embargos de declaração uma delas.

II – omissis.

III – Recurso especial não conhecido.” (REsp nº 37.266-SP, Rel. Ministro Cláudio Santos, DJU de 11.03.1996). – grifos nossos.

“Processual Civil. Questão decidida. Impossibilidade de discussão. Matéria não afeta às condições da ação. Preclusão. Ocorrência. Art. 473, CPC. Recurso provido.

I – Nas instâncias ordinárias, não há preclusão para o julgador, enquanto não acabar o seu ofício jurisdicional. Neste sentido, dentre outros, o REsp nº 42.258-RJ, desta Quarta Turma (DJU de 20.06.1994). ... omissis.

II – Há preclusão pro iudicato, no entanto: a) quando o juiz publica a sua sentença de mérito, definindo a lide (CPC, art. 463); b) quando decidida em grau recursal a questão controvertida (CPC, arts. 471/473), sob pena de instaurar-se a insegurança jurídica.

III – ... omissis.” (REsp nº 74.221-RS, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo, DJU de 02.02.1998) – grifei.

Por tais fundamentos, *acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator para negar provimento ao recurso.*

É como voto.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ ARNALDO DA FONSECA (Presidente): Sr. Ministro Jorge Scartezzini, o Sr. Ministro-Relator não conhece do recurso. Creio que seria melhor conhecermos do recurso e lhe negar provimento.

RECURSO ESPECIAL Nº 154.584 – RN

(Registro nº 97.0080839-4)

Relator: Ministro Gilson Dipp
Recorrente: Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN
Advogados: Lívio A. A. de Oliveira e outros
Recorrido: Emanuel Francisco Pinto Barreto
Advogados: Elke Mendes Cunha e outros

EMENTA: REsp – Administrativo – Concurso público – Professor substituto – Preterição de candidato aprovado, em face da abertura de novo certame para preenchimento de vagas a título precário – Comprovação da necessidade e perenidade da vaga ofertada – Lei nº 8.745/1996 – Convolação da expectativa de direito na sua liquidez e certeza.

1. A doutrina e jurisprudência já consagraram o brocardo da “aprovação em concurso público gerar mera expectativa de direito”. Todavia, constatando-se a necessidade perene de preenchimento de vaga e a existência de candidato aprovado em concurso válido, a expectativa se convola em direito líquido e certo.

2. Demonstra-se inaplicável a Lei nº 8.745/1996, quando restar demonstrado, de maneira inequívoca, o interesse e a necessidade não temporária da Administração de preencher vagas oriundas da aposentadoria de seus ocupantes.

3. Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em conformidade com os votos e notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Jorge Scartezzini, José Arnaldo da Fonseca e Felix Fischer. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Edson Vidigal.

Brasília-DF, 2 de dezembro de 1999 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, Presidente.

Ministro GILSON DIPP, Relator.

Publicado no DJ de 07.02.2000.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO GILSON DIPP: Trata-se de recurso especial interposto pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN, com fulcro na alínea a do permissivo constitucional, contra v. acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que não proveu remessa oficial e apelação em mandado de segurança assim ementado:

“Administrativo. Concurso público. Professor auxiliar. Validade. Surgimento de vaga. Interesse inequívoco da Administração em preenchê-la. Direito do candidato regularmente aprovado à nomeação.

1. Durante o prazo de validade do concurso, havendo a existência de vaga e o interesse e necessidade inequívoca da Administração em preenchê-la, é certo o direito do candidato aprovado à nomeação.

2. Insustentação de novo processo seletivo, mesmo tratando-se de contratação de professores em caráter temporário, para supressão de relevante necessidade pública, se existem candidatos na vaga esperando a respectiva nomeação efetiva.

3. Apelação e remessa improvidas.” (fl. 266).

Foram opostos embargos declaratórios às fls. 269/270, que restaram rejeitados às fls. 273/277.

No especial, a recorrente alega negativa de vigência à Lei nº 8.745/1996, que trata da contratação de professores substitutos em caráter temporário e de necessidade urgente.

Contra-razões (fls. 290/307).

Decisão de admissão à fl. 309.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO GILSON DIPP (Relator): A doutrina e jurisprudência pátria já consagraram o brocardo da “aprovação em concurso público

gerar mera expectativa de direito”. Com isso, compete à Administração dentro do seu poder discricionário e atendendo aos seus interesses, nomear candidatos aprovados de acordo com a sua conveniência, respeitando-se, contudo, a ordem de classificação, a fim de evitar arbítrios e preterições.

O v. acórdão hostilizado concluiu que a contratação temporária de professores pela Universidade caracterizou a existência de vagas, o interesse e a necessidade inequívoca da ora recorrente em preenchê-las, tornando líquido e certo o direito do candidato aprovado em concurso público que se encontrava dentro do prazo de validade.

O apelo especial está estribado na violação da Lei nº 8.745/1996, que autoriza contratação de professores substitutos em caráter temporário e de necessidade urgente. Após acurado exame dos autos, depreende-se inexistir a violação alegada, pois o espírito da lei foi propiciar à Universidade solucionar situação de “precariedade e necessidade urgente” de contratação, o que não é o caso dos autos.

Constata-se **in casu**, que o recorrido foi aprovado em certame público obtendo mera expectativa de direito, mas a expectativa se convolou após a aposentadoria de três professores da área e conseqüente abertura de novo concurso, dentro do prazo de validade do anterior, para preenchimento destas três vagas em caráter precário.

Conforme assevera o *Parquet*, “restou demonstrado de maneira inequívoca que há interesse e necessidade não temporária de suprir as vagas existentes porque estas se deram por motivo de aposentadoria dos professores, o que caracteriza afastamento permanente.” (fl. 315).

Assim, restou afastada a necessidade temporária e conseqüente aplicação da Lei nº 8.745/1996, caracterizando-se a necessidade de contratação permanente de candidato aprovado dentro do limite de vagas, em concurso válido.

A esse respeito, a Quinta Turma possui idêntico posicionamento do adotado pelo Tribunal **a quo**. Ilustrativamente:

“Administrativo. Concurso público. Preterição de candidatos aprovados. Contratação precária dentro do prazo de validade.

1. É unânime na jurisprudência o entendimento de que os candidatos aprovados em concurso público possuem mera expectativa de direito à nomeação; nasce esse direito se, dentro do prazo de validade do concurso, são preenchidas as vagas por terceiros, concursados ou não, a título de contratação precária.

2. Recurso não conhecido.”

(REsp nº 175.613-RS, Rel. Ministro Edson Vidigal, DJ de 10.05.1999).

“Recurso em mandado de segurança. Administrativo. Concurso. Prazo de validade. Preterição. Candidatos aprovados contratados precariamente dentro do prazo de validade de concurso destinado ao preenchimento de vagas para o mesmo cargo.

– É pacífico o entendimento de que os candidatos aprovados em concurso público são detentores de mera expectativa de direito à nomeação pela Administração, a qual não tem a obrigação de nomeá-los dentro do prazo de validade do certame.

– Nasce o direito à nomeação, se dentro do prazo de validade do concurso para o provimento dos cargos ocorre contratação precária, até mesmo dos próprios aprovados no certame, com manifesto desprezo ao resultado do concurso. Segurança concedida para assegurar aos impetrantes o direito à nomeação, observada a ordem de classificação e o número de cargos vagos.

– Recurso provido.”

(RMS nº 9.745-MG, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ de 26.10.1998).

Ante o exposto, não conheço do recurso.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 215.459 – MG

(Registro nº 99.0044356-0)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca
Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais
Recorrido: Josué Borges
Advogados: Valdomiro Acosta Lopes e outros
Recorrido: Paulo César Perez Bernardes (Assistente do Ministério Público)
Advogados: Cleuza Teodora da Silva e outros

EMENTA: Recurso especial – Penal – Processo Penal – Concussão – Vereador – Recebimento de vantagem indevida – Parte do salário de assessor administrativo – Art. 316 do Código Penal – Crime formal.

O crime capitulado no artigo 316, **caput**, do Código Penal é formal, e consuma-se com a mera imposição do pagamento indevido, não se exigindo o consentimento da pessoa que a sofre e, sequer, a consecução do fim visado pelo agente.

O núcleo do tipo é o verbo exigir, sendo formal e de consumação antecipada.

Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, para restabelecer a sentença de 1ª grau. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp e Jorge Scartezzini. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Edson Vidigal.

Brasília-DF, 2 de dezembro de 1999 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 21.02.2000.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ ARNALDO DA FONSECA: O Ministério Público do Estado de Minas Gerais, com remissão às alíneas **a** e **c** da previsão constitucional, interpõe recurso especial, contra acórdão prolatado pela egrégia Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça daquele Estado, que ao dar provimento ao recurso interposto pelo recorrido, reformulou a sentença de 1ª grau, nos seguintes termos (fl. 463):

“Concussão. Assessor que divide os seus vencimentos com o vereador a quem presta serviços na Câmara Municipal. Delito não configurado. Recurso conhecido e provido. O crime de concussão consiste em o funcionário público exigir, indevidamente, de outrem uma

vantagem, **metu publicae potestatis**. Assim, não há de se cogitar do delito em questão na hipótese de um vereador ter como assessor alguém que consentiu, ainda que tacitamente, dividir com ele os seus vencimentos pagos pela Câmara Municipal.”

Aduz o recorrente violação ao art. 316, **caput**, do Código Penal, sustentando, em abreviado, que o delito em apreço é de natureza formal, não importando, para a caracterização da conduta, que haja concordância da vítima.

Parecer ministerial pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ ARNALDO DA FONSECA (Relator): Josué Borges, vereador do Município de Uberlândia, foi denunciado por ter recebido durante aproximadamente um ano, vantagem indevida, decorrente do salário de seu assessor administrativo, e restou condenado a pena de dois (2) anos e oito (8) meses de reclusão pela infringência ao artigo 316 c.c. o artigo 71 do Código Penal.

Ao apreciar o apelo do ora recorrido, a egrégia Primeira Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, deu provimento ao seu recurso, absolvendo-o da imputação criminosa, sustentando não configurado o delito, na medida que o assessor consentiu, “ainda que tacitamente”, na divisão de seus vencimentos pagos pela Câmara Municipal.

Não se conformando tal concerto, o Ministério Público daquele Estado interpôs recurso excepcional, sustentando violação ao art. 316 do Código Penal, verberando, como já ressaltado, que “o v. acórdão merece ser totalmente reformado, posto que ao absolver o recorrido, o fez por evidente equívoco na análise do tipo penal, bem como ainda em total dissonância com a doutrina e jurisprudência.”

A douta Subprocuradoria Geral da República, em parecer de fls. 530/542 opina pelo conhecimento e provimento do especial, ao argumento de que “ainda que se admitisse que a vítima houvesse transigido com o recorrido, o delito de concussão restaria configurado, porque agrediu o bem jurídico tutelado pela norma penal em comentário, qual seja, a Administração Pública, e via de consequência, ofendeu o sujeito passivo imediato, o Estado”.

Merece provimento a irrisignação ministerial, pois o crime imputado ao ora recorrido é formal, e consuma-se com a mera imposição do pagamento indevido, não se exigido o consentimento da pessoa que a sofre e, sequer, a consecução do fim visado pelo agente.

Nesse sentido é o escólio do Professor **Damásio E. de Jesus**, em seu Código Penal Anotado, 4ª ed., Editora Saraiva, p. 810:

“a concussão é delito formal ou de consumação antecipada. Integra os seus elementos típicos com a realização da conduta de exigência, independentemente da obtenção da indevida vantagem. Se conseguida, fala-se em concussão exaurida, circunstância que não altera o título do delito nem a pena abstrata. Influi, contudo, na pena concreta (RT, 446:321 e 665:280 e 282)”.

Dessa orientação doutrinária não destoam a jurisprudência desta Corte, como se depreende da seguinte decisão assim ementada:

“Penal. Concussão. Escrivão que condiciona a emissão de certidões de sentença ao pagamento de custas processuais. Justiça gratuita. Denúncia. Recebimento que se impõe.

1. Declaração de pobreza que goza de presunção legal. Indevida a cobrança, efetuada por escrivão, de custas processuais de quem postula o benefício da Justiça Gratuita, pendente de manifestação judicial.

2. Hipótese de crime formal, consumado com a mera imposição do pagamento indevido. Supérflua, portanto, a consecução do fim visado pelo agente.

3. Há que prosseguir a ação penal quando a denúncia narra a existência, em tese, de crime. A efetiva existência deste, bem como a culpabilidade do autor deverão ser avaliadas no curso da instrução criminal.

4. Recurso conhecido e provido.”

(REsp nº 147.891-PR, Rel. Ministro Edson Vidigal, DJ de 23.11.1998).

Destaco, ainda, trechos importantes do parecer ministerial, da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Moacir Guimarães Morais Filho, **verbis** (fls. 535/542):

“A controvérsia reside, basicamente, na interpretação do art. 316, **caput**, do Código Penal. Este dispõe que:

‘Art. 316. Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida.’

O núcleo do tipo penal é o verbo exigir. Seu significado, registrado no Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa – 2ª edição, é reclamar, ordenar, determinar, dentre outros consignados no respectivo verbete.

Procedendo à interpretação gramatical do dispositivo legal precitado, conclui-se que a exigência do tipo penal reside no fato de o agente determinar, em razão de sua qualidade de funcionário público, que a vítima lhe preste a indevida vantagem, não sendo necessária a efetiva oferta do que lhe é requerido para a consumação do delito.

Trata-se de delito que não exige a configuração do resultado pretendido pelo agente. Comentando o tipo penal em destaque, o jurista **Celso Delmanto**, examinando o artigo 316, **caput**, do Código Penal, esclareceu que o núcleo do tipo – o verbo exigir – ‘tem o sentido de reclamar, demandar, impor, ordenar (...) Note-se que a ação incriminada na concussão é exigir e não receber. Assim, a exigência consuma o crime e o recebimento da vantagem exigida é mero exaurimento. Portanto, o agente não pode ser preso em flagrante quando vai, depois, receber a vantagem anteriormente exigida’.

Com apoio na tese acima citada, que reflete o entendimento majoritário dos doutrinadores penalistas, pode-se afirmar, tranqüilamente, que o delito em exame não exige a produção do resultado visado pelo agente para a sua consumação, sendo, assim, de natureza formal.

Segundo lição do penalista **Damásio Evangelista de Jesus** contida em sua obra *Direito Penal – Volume 1*. ‘São delitos formais aqueles que, não obstante reclame a lei que a vontade do agente se dirija à produção de um resultado que constituiria uma lesão do bem, não exigem para a consumação que esse resultado se verifique. Ao lado dos crimes materiais e formais estão os de mera conduta, sem resultado’.

No caso vertente, o recorrido, valendo-se da qualidade de funcionário público, no caso vereador do Município de Uberlândia-MG,

determinou que a vítima Paulo César Perez Bernardes, assessor e seu subordinado lhe entregasse mais da metade de sua remuneração, o que, comprovadamente, ocorreu por três vezes; deste modo, caracterizando o surgimento do delito de concussão, posto que a vantagem se reverteu para si.

Além da argumentação precitada, não se olvide que o delito a que foi condenado o recorrido em primeira instância seja formal. Com efeito, não se requer, para sua configuração, que o agente receba a vantagem indevida.

Basta, para sua existência, que exija da vítima, valendo-se da função pública que desempenha ou em virtude da mesma, uma prestação que não lhe é devida. Se esta for oferecida, seu recebimento constitui exaurimento do crime anteriormente praticado. Esse entendimento é corroborado pela lição do jurista **Celso Delmanto**, susomencionada.

Dirimindo a celeuma, cite-se a decisão proferida pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 104.568-RJ, que obteve a ementa a seguir transcrita:

‘Penal. Concussão. Flagrante que teria sido preparado (Súmula nº 145). Não se configura o flagrante preparado, quando o crime já se consumara anteriormente, pela mera exigência. O flagrante do pagamento ulterior não induz aplicação da Súmula nº 145.’

Destaque-se do voto-condutor que:

‘Não houve induzimento do funcionário a que praticasse a concussão. O crime já se consumara anteriormente, pela manhã, com a exigência. O momento ulterior, do pagamento, que se documentou com o auto de prisão lavrado na parte da tarde do mesmo dia, constituía mero **post factum**.’

Além do mais, o delito em comentário localiza-se, topograficamente, no Título XI – Dos Crimes contra a Administração Pública e no Capítulo I – Dos Crimes Praticados por Funcionário Público contra a Administração em Geral.

Urge, no caso de que se trata, interpretar o dispositivo do artigo 316, **caput**, do Código Penal sistematicamente, para que se possa aplicá-lo em consonância com o sistema em que está inserido.

Aqui, o legislador ordinário se preocupou em tutelar, precipuamente, o interesse estatal e, em momento posterior, protegeu o patrimônio de particulares. Ensina **Magalhães Noronha**, em sua obra *Direito Penal*, que:

‘O Estado, para consecução de suas finalidades, age por intermédio de pessoas, a quem incumbe a observância de normas de probidade, relativas às suas funções e que não podem ser violadas sem compreensível dano para ele. É, pois, o desenvolvimento normal da atividade administrativa, é a moralidade indispensável a Administração Pública o bem jurídico que se tem em vista, embora se tutele também o patrimônio do particular e mesmo sua própria liberdade. (...)

O interesse patrimonial privado, conquanto defendido, permanece em segundo plano, (...)

Se o bem jurídico é o já referido, sujeito passivo só pode ser seu titular, que é o Estado. Tal não impede que, concomitantemente, ofendido seja também o particular ou outro funcionário, em seu patrimônio, pela exigência indevida. Todavia, não foi a este bem que se deu prevalência para a classificação do delito, integrante dos crimes contra a Administração Pública. (...)

Conseqüentemente, sujeito passivo é, em primeiro lugar, o Estado, ofendido pela violação do dever da integridade funcional, e, depois, o indivíduo pela lesão a seu patrimônio.’

Jurisprudencialmente, o entendimento não é outro. Veja-se:

‘O crime definido no art. 316 do CP tem como núcleo do tipo o verbo ‘exigir’. É de ver-se no entanto, que a exigência da vantagem tanto pode ser direta como indireta, não se fazendo mister a promessa de mal determinado. Basta o temor genérico que a autoridade inspira, desde que influa na manifestação volitiva do sujeito passivo.’ (TJSP – AC – Rel. Carvalho Pinto – RT 452/338). No mesmo sentido: RT 585/311.

‘Exigir é impor como obrigação ou reclamar imperiosamente. A exigência pode ser formulada diretamente, a viso aberto ou **facie ad faciem**, sob a ameaça explícita de represálias (imediatas ou futuras), ou indiretamente, servindo-se o agente

de interposta pessoa, ou de velada pressão, ou fazendo supor, com maliciosas ou falsas interpretações, ou capciosas sugestões, a legitimidade da exigência. Não se faz mister a promessa de infligir mal determinado: basta o temor genérico que a autoridade que inspira.’ (TJSP – AC – Rel. Marino Falcão – RT 585/272).

Assim, ainda que se admitisse que a vítima houvesse transigido com o recorrido, o delito de concussão restaria configurado, porque agrediu o bem jurídico tutelado pela norma penal em comentário, qual seja, a Administração Pública e, via de consequência, ofendeu o sujeito passivo imediato, o Estado.

Diante da argumentação apresentada, transparente ficou que o acórdão atacado pelo apelo especial do Ministério Público do Estado de Minas Gerais negou vigência ao artigo 316, **caput**, do Código Penal, razão pela qual há de se conhecer e prover o citado recurso, para desconstituir a decisão impugnada e assegurar, definitivamente, o cumprimento da sentença proferida em primeira instância.”

Em conclusão, o v. aresto impugnado merece reforma, pois os dispositivos apontados no especial restaram malferidos, visto que o crime de concussão é formal e de consumação antecipada, dispensando o consentimento da pessoa que o sofre.

À vista do exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento para restabelecer a sentença de 1ª grau.

RECURSO ESPECIAL Nº 226.397 – PB

(Registro nº 99.0071459-8)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca
Recorrente: Estado da Paraíba
Advogados: Joas de Brito Pereira Filho e outros
Recorrido: José Liberalino da Nóbrega
Advogado: José Liberalino da Nóbrega (em causa própria)

EMENTA: Recurso especial – Processual Civil e Administrativo – Promotor – Diversidade salarial – Vantagem de 10% entre as entrâncias – Suspeição de magistrado e imposição da “Lei Camata” – Matérias não prequestionadas – Impossibilidade jurídica do pedido, inépcia da inicial – Questões ligadas à auto-aplicabilidade do art. 93, V, da Constituição – Improriedade de discussão na via eleita.

A despeito da oposição dos embargos declaratórios, o Tribunal **a quo** não examinou as questões atinentes à possível suspeição do juiz, bem como à da imposição de despesas com pessoal disposta na Lei Camata, fazendo incidir, na espécie, os enunciados das Súmulas nºs 211-STJ e 282-STF.

As questões relacionadas à impossibilidade jurídica do pedido, bem como à extinção do feito sem julgamento de mérito, estão atreladas à interpretação do art. 93, V, da Carta Magna, impossibilitadas de exame na via do especial.

Precedente (REsp nº 228.727-PB, Relator Ministro Jorge Scartezini).

Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 28 de março de 2000 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 08.05.2000.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ ARNALDO DA FONSECA: Trata-se de recurso especial, interposto pelo Estado da Paraíba, com fundamento na alínea **a** do respectivo autorizador constitucional, visando decisão prolatada pelo Tribunal de Justiça Estadual, conforme a seguinte ementa (fl. 94):

“Promotores de Justiça. Fixação de vencimentos. Inteligência dos arts. 128, § 5º, inciso I, alínea c, da Constituição Federal e 128, inciso I, alínea c, da Constituição Estadual.

Os vencimentos dos Promotores de Justiça, segundo o art. 128, inciso I, alínea c, da Constituição Estadual serão fixados com diferença não superior a dez por cento de uma para outra das categorias da carreira. Se o Estado não cumpre a determinação Constitucional, que é auto-aplicável e imperativa, deve ser compelido a fazê-lo através de ação própria, a ser movida pelo interessado.”

Dessa decisão foram opostos embargos declaratórios, tendo os mesmos sido acolhidos para aclarar a matéria (fls. 105 e segs.).

Em síntese, são os seguintes argumentos esposados no presente inconformismo: inépcia da inicial (violação ao art. 295, I, e parágrafo único c.c. art. 267, I, CPC), pois o pedido seria juridicamente impossível; suspeição do juiz (art. 135, V, CPC), e, por fim, limitação para realização de despesas com pessoal feita pela Lei Camata (art. 1º, II, da Lei Complementar nº 82/1995).

O apelo foi devidamente contra-arrazoado (fls. 149 e segs.), e regularmente admitido na origem (fl. 175).

Relatei.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ ARNALDO DA FONSECA (Relator): O recorrido, na qualidade de promotor, buscava receber a diferença de 10% (dez por cento) de entrância para entrância, que vinha percebendo até 26.02.1993, quando o Governo, louvando-se da Lei Complementar nº 15/1993, suspendeu tal vantagem.

A decisão monocrática foi favorável à aludida pretensão, ratificada pela decisão de 2ª instância que ora se ataca.

Em primeiro lugar, é preciso salientar que a questão acerca da suspeição do juiz – violação ao art. 135, V, do CPC – não foi objeto de deliberação pela instância **a quo**, uma vez que a mesma somente agora é trazida a debate, carecendo do necessário prequestionamento (Súmula nº 282-STF).

Esta Corte já tem precedente sobre o tema, em caso absolutamente análogo:

“... A alegada suspeição do Juiz que julgou a causa em 1ª instância, é matéria preclusiva que, se não alegada em tempo oportuno, convalida os atos por aquele praticados. Nem mesmo cabe analisá-la em recurso especial se não houve sua efetiva deliberação pelo Tribunal de origem...”

(REsp nº 226.854-PB, DJ de 29.11.1999, Rel. Min. Edson Vidigal).

O mesmo ocorre com a alegada violação ao respectivo dispositivo da Lei Camata, pois ainda que a questão tenha sido objeto de embargos declaratórios, o seu julgado culminou por não discutir tal questão, não tendo o recorrente, no presente apelo, argüido violação ao art. 535 do CPC.

Incidente, na espécie, o enunciado da Súmula nº 211 desta Corte:

“Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal **a quo**.”

Resta-nos apenas o exame da questão em relação aos arts. 295, I e parágrafo único, c.c. o art. 267, I, todos do CPC, pois, segundo alega o recorrente, o pedido formulado seria juridicamente impossível face à inexistência de lei complementar que determinasse o pagamento de tal diferença, não sendo auto-aplicável o art. 93, V, da Carta Magna, daí ser extinto o processo sem julgamento de mérito.

Nesse aspecto, peço vênia ao ilustre colega, Min. Jorge Scartezzini, e transcrevo as razões por ele expendidas quando relator do REsp nº 228.727-PB, versando sobre idêntica questão, julgado nesta egrégia Turma na sessão do último dia 17 de fevereiro, **verbis**:

“... Melhor sorte não lhe assiste a afirmação acerca da infrin-gência ao art. 295, I e parágrafo único, inciso III, do Código de Processo Civil, que versam sobre o indeferimento da petição inicial quando esta for inepta. Ora, como bem salientado no voto-condutor do v. aresto ora guerreado, o pedido embasou-se em normas da Constituição Federal (art. 93, V), da Constituição do Estado da Paraíba e na Lei Estadual Complementar nº 15/1993. Não há que se falar em inépcia, por tratar-se de pedido juridicamente impossível, se o próprio colendo Supremo Tribunal Federal, por seu Tribunal Pleno, quando do julgamento da ADin nº 764-5, Rel. Ministro Celso de Mello, decidiu, no tocante à auto-aplicabilidade do art. 93, V, da CF, que:

‘A disposição constitucional é de uma claridade meridiana, auto-aplicável e imperativa no fixar a diferença não superior a dez por cento de uma para outra das categorias da carreira, que é integrada de cargos de 1ª e de 2ª instâncias...’.

Outrossim, como sabemos, esta Corte Superior não se presta a análise de matéria de ordem constitucional, cabendo-lhe somente as infra constitucionais. Discutir-se a auto-aplicabilidade de normas constitucionais não nos compete. Se a aventada afronta a dispositivo de lei federal, no caso a impossibilidade jurídica do pedido, está nela embasada, não há como este Tribunal sequer conhecer do tema.

Este tem sido o entendimento desta Turma, assim ementado:

‘Recurso especial. Admissibilidade. Prequestionamento. Matéria constitucional.

Não se conhece do recurso especial se a questão discutida não foi prequestionada no acórdão recorrido (Súmulas nºs 282 e 356-STF).

Se o egrégio Tribunal **a quo** decidiu a questão à luz da Carta Magna, sem debater explicitamente matéria federal, também não pode ser conhecido o recurso especial.

Precedentes.

Recurso não conhecido’ (REsp nº 189.790-RJ, Rel. Ministro Felix Fischer, DJ de 18.12.1998).

‘Recurso especial. Admissibilidade. Prequestionamento. Matéria constitucional. Ausência de dissídio jurisprudencial. Impossibilidade de conhecimento.

Não enseja interposição de recurso especial matéria que não tenha sido ventilada no julgado atacado, e sobre a qual, a parte não opôs os embargos declaratórios competentes, havendo desta forma, falta de prequestionamento (Súmula nº 356 do STF).

Esta Corte Superior não se presta à análise de matéria de ordem recursal constitucional, ou seja, no caso concreto, a eficácia da Medida Provisória nº 1.415/1996 e reedições à luz do art. 62 da Constituição Federal, cabendo-lhe somente as infraconstitucionais.

A teor do art. 255 do RISTJ, não basta a simples transcrição de ementas para apreciação do dissídio jurisprudencial (art. 105, III, alínea c, da CF), devendo ser mencionadas e expostas as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados.

Precedentes (REsps nºs 166.360-CE e 189.790-RJ).

Recurso não conhecido.' (REsp nº 183.058-CE, *de minha relatoria*, DJU de 04.10.1999)."

Assim, não conheço do presente recurso especial.