

HABEAS CORPUS N. 10.935 – SP

(Registro n. 99.0092483-5)

Relator: Ministro Felix Fischer
Impetrante: Carlos Jacinto Pellegrino
Impetrado: Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo
Paciente: Jacson de Paula Barbosa (preso)

EMENTA: Penal e Processual Penal – **Habeas corpus** – Roubo – Regime inicial.

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

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

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, conceder a ordem para determinar que o paciente inicie o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime semi-aberto. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Gilson Dipp, Jorge Scartezzini, José Arnaldo da Fonseca e Edson Vidigal.

Brasília-DF, 21 de março de 2000 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Presidente.

Ministro Felix Fischer, Relator.

Publicado no DJ de 2.5.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de **habeas corpus** impetrado contra v. acórdão proferido pela egrégia Décima Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, que negou provimento à apelação interposta pelo Paciente.

Registram os autos que a defesa apelou da sentença que condenou o Paciente às penas de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e pagamento de treze dias-multa, em regime inicialmente fechado, como incurso no 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, requerendo sua absolvição ou, subsidiariamente, a desclassificação para tentativa ou, ainda, o abrandamento do regime prisional inicial. O egrégio Tribunal **a quo**, à unanimidade, negou provimento ao recurso, em decisão da qual se colhe a seguinte fundamentação, **in verbis**:

“Criteriosamente dosadas as penas, por sinal, fixadas nos seus limites mínimos, nem mesmo nesta parte merece ser a r. decisão modificada. Ao contrário, é ela mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos, inclusive no tocante à imposição do regime prisional fechado. É que, embora primário e não ostente maus antecedentes, pela natureza, gravidade e **modus operandi** do crime, revelou-se o Apelante pessoa de personalidade deformada e dotado de audácia criminosa e periculosidade acima do normal, pelo que não merece ser beneficiado com regime mais brando, que 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.” (fl. 37).

Daí o presente *writ*, em que o Impetrante requer que seja-lhe concedido o cumprimento da pena em regime semi-aberto, sustentando que a própria r. sentença reconheceu que ele preenche os requisitos subjetivos para tanto, como a inexistência de antecedentes criminais e a primariedade do Réu.

Informações de estilo prestadas às fls. 45/74.

A douta Subprocuradoria Geral da República pronunciou-se pela concessão da impetração.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): O Impetrante requer que o regime inicial a ser cumprido pelo Paciente seja abrandado, do fechado para o semi-aberto.

Depreende-se dos autos que a r. sentença de 1ª grau fixou a pena-base no mínimo legal, considerando como favoráveis ao agente, a circunstância de ser ele primário e sem antecedentes criminais, tendo agido, além disso, com “dolo normal para a espécie” (fl. 27).

De certo, o art. 33 do CP determina que o regime inicial do cumprimento da pena deve ser estabelecido diante da quantidade da pena (§ 2ª) e das diretrizes do art. 59 do CP (§ 3ª).

Portanto, consoante o *primeiro requisito*, o Réu *pode* iniciar a pena no regime semi-aberto, porquanto não é reincidente e foi condenado à pena inferior a 8 e superior a 4 anos de reclusão. *Por outro lado*, é preciso atentar para o fato de que a pena-base foi fixada no mínimo legal porque as diretrizes do art. 59 do CP eram favoráveis ao Réu. Se assim foram consideradas na fixação da pena-base, não há razão para não favorecê-lo também no regime inicial.

Nesse sentido, apresentam-se as decisões a seguir:

“Competência. **Habeas corpus**. Ato de Tribunal de Alçada Criminal.

Na dicção da ilustrada maioria (seis votos a favor e cinco contra), em relação à qual guardo reservas, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer **habeas corpus** dirigido contra ato de tribunal ainda que não possua a qualificação de superior. Convicção pessoal colocada em segundo plano, em face de atuação em órgão fracionário.

Denúncia. Inépcia. Oportunidade de impugnação. Parâmetros.

A impugnação à denúncia deve fazer-se de imediato. Mostra-se extemporânea quando já transitado em julgado o acórdão mediante o qual confirmada a sentença condenatória. Constando da denúncia as circunstâncias do crime, descabe, de qualquer modo, cogitar de inépcia.

Sentença. Fundamentação. Fixação da pena e do regime de cumprimento. Tanto a fixação da pena quanto o regime de cumprimento

devem ser lançados no mundo jurídico de forma fundamentada. *Exsurge verdadeiro paradoxo aludir-se, na fixação da pena, como favoráveis, às circunstâncias judiciais e, ao determinar-se o regime, emprestar-lhes contornos negativos.* Na fixação deste último não é suficiente a simples remissão ao inciso III do artigo 59 do Código Penal. O órgão julgador deve fazer referência explícita às circunstâncias judiciais que o levaram a decidir por um regime mais gravoso. (grifo nosso).” (HC n. 73.685-SP, STF, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 20.9.1996).

“Penal. Roubo qualificado. Primariedade e bons antecedentes. Pena-base fixada no mínimo. Art. 59, II, do CP. Regime fechado. Negativa de vigência ao art. 33, § 3º, do CP. Recurso especial.

I – Se as condições concretas da prática do delito e os antecedentes do réu – primariedade e bons antecedentes – foram determinantes para a fixação de pena-base no patamar mínimo, também devem sê-lo para o estabelecimento do regime prisional.

II – Incompatível o regime fechado com delito para o qual tenha sido fixada pena-base no mínimo previsto pela lei.

III – Recurso conhecido e provido.” (REsp n. 55.057-SP, Rel. Min. Anselmo Santiago, DJU de 26.5.1997).

“Processual Penal. **Habeas corpus.** Dosimetria. Pena-base no mínimo. Valoração de majorantes. Legalidade. Execução. Regime prisional mais gravoso impropriamente fundamentado. Condenado não reincidente. Direito ao regime semi-aberto. Ordem parcialmente concedida.

I – Não se reconhece ilegalidade na exasperação da reprimenda em função da consideração de duas majorantes – concurso de agentes e emprego de arma de fogo – eis que, tratando-se de causas especiais de aumento de pena, admite-se a dupla valoração e a exasperação em até a metade, nos termos da previsão legal.

II – Se o condenado preenche os requisitos para o cumprimento da pena em regime semi-aberto, tendo em vista a quantidade de pena imposta, pois reconhecida a ausência de reincidência e maus antecedentes na própria dosimetria da reprimenda, não cabe a imposição de

regime mais gravoso com fundamento exclusivo na gravidade do delito praticado.

III – Tratando-se de nulidade prontamente verificada, deve ser permitido o devido sanemaneto via **habeas corpus**.

IV – Ordem parcialmente concedida para fixar o regime semi-aberto para o cumprimento da pena imposta ao paciente.” (HC n. 10.115-SP, Quinta Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 22.11.1999).

“Penal e Processual Penal. **Habeas corpus**. Roubo. Concurso de majorantes. Fixação do **quantum** do aumento da pena-base. Fundamentação. Regime inicial.

– Não há ilegalidade, por falta de fundamentação, se o acórdão increpado fixa o aumento da pena-base em três oitavos, considerando a incidência de duas majorantes (as dos incisos I e II do § 2º do art. 157 do CP) e também a conduta do réu na execução do delito.

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

– Incompatibilidade da fixação do regime inicial fechado se a quantidade da pena imposta permite seja estabelecido o semi-aberto, e as circunstâncias judiciais, na determinação da pena-base, foram tidas como favoráveis ao réu.

– Precedentes.

– *Writ* parcialmente concedido.” (HC n. 10.042-SP, Quinta Turma, DJ de 18.10.1999).

Para, portanto, justificar-se a não concessão do regime inicial semi-aberto, seria necessário uma fundamentação, com base no art. 59 do Código Penal, e não apenas a menção à gravidade do delito e à periculosidade do agente.

É o entendimento do Pretório Excelso e do STJ, senão vejamos:

“Execução penal: regime de cumprimento: exigência de fundamentação da sentença, no ponto, quando imponha regime mais rigoroso que o admitido, em tese, à vista da primariedade do condenado

e da pena aplicada (precedentes); inidoneidade da afirmação da gravidade do delito – salvo se legalmente qualificado como hediondo –, para motivar a imposição de regime inicial fechado, se a pena concreta não excede oito anos.” (HC n. 70.784-RJ, STF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 16.9.1994).

“**Habeas corpus**. Regime prisional agravado em apelação manifestada pelo Ministério Público com base unicamente na gravidade do delito. Ausência de fundamentação suficiente. Pode o Tribunal fixar regime semi-aberto de cumprimento da pena, embora a quantificação da pena aplicada seja compatível com o regime mais benéfico e o réu atenda aos requisitos objetivos e subjetivos para sua obtenção, dado que a norma do art. 33, § 2^a, **b**, do Código Penal confere mera faculdade ao órgão julgador. O que não se permite, contudo, é a imposição de regime mais rigoroso fundado unicamente na gravidade do delito imputado ao paciente, sem suficiente justificação. **Habeas corpus** concedido para anular o acórdão no ponto impugnado para que outra decisão seja proferida com indicação fundamentada do regime.” (HC n. 75.856-SP, STF, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU de 30.4.1998).

“Penal. Pena. Regime prisional. Requisitos. Fixação em regime mais rigoroso. Circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu. Constrangimento ilegal. Inexistência.

– É de rigor a fixação do regime prisional inicial semi-aberto na hipótese de condenado não reincidente, com pena inferior a oito anos, sem registro de circunstâncias judiciais desfavoráveis na fase de individualização da pena.

– Não constitui constrangimento ilegal a fixação da pena em regime mais rigoroso quando, no processo de individualização da pena, registra-se circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu, conforme previsto no art. 59, **caput**, do Código Penal.

– **Habeas corpus** denegado.” (HC n. 8.438-SP, Quinta Turma, Rel. Min. Vicente Leal, DJU de 17.5.1999).

“Recurso em **habeas corpus**. Regime carcerário fechado. Início. Necessidade de motivação, se o crime não é legalmente apostrofado com a qualificação de hediondo.

Não se tratando de crimes hediondos, a sentença condenatória que fixa, para cumprimento inicial da reprimenda, regime prisional mais severo do que aquele que o condenado teria, em tese, direito, exige fundamentação adequada, sob pena de nulidade.

A gravidade do delito, por si só, não pode servir de justificativa para a imposição de regime mais grave.

Recurso conhecido em parte e nessa parte provido.” (RHC n. 9.467-SP, Quinta Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 20.3.2000).

Pelo exposto, concedo a ordem para determinar que o Paciente inicie o cumprimento da pena privativa de liberdade no *regime semi-aberto*.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 12.498 – SP

(Registro n. 2000.0021215-6)

Relator: Ministro Edson Vidigal
Impetrante: Marcos Antônio de Oliveira
Impetrada: Quinta Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Paciente: Marcos Antônio de Oliveira (preso)

EMENTA: Penal – Processual – Receptação e quadrilha – Número de agentes – Exame de provas – Extensão de decisão proferida em apelação (CPP, art. 580) – **Habeas corpus**.

1. O número de agentes necessário à configuração do crime de quadrilha (CP, art. 288) deve ser considerado no momento em que consumado o delito. Eventual extinção de punibilidade de um dos co-réus não exclui o crime. Precedentes.

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

3. Divergentes as situações objetivas e pessoais de cada co-réu, não se concede a extensão de que trata o CPP, art. 580.

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, 16 de maio de 2000 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Presidente.

Ministro Edson Vidigal, Relator.

Publicado no DJ de 12.6.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Edson Vidigal: Condenado, por infração ao CP, arts. 288 e 180, à pena de três anos e seis meses de reclusão, Marcos Antônio de Oliveira reclama, em **habeas corpus**, de decisão do TJSP, que denegou a ordem ali impetrada.

Neste recurso, pede para ser absolvido, na medida em que, sustenta, não existiriam provas bastantes à condenação. Igualmente, que “tendo sido reconhecida a extinção da punibilidade, em sede de apelação, a um dos co-réus, de nome Celso Braz, descaracterizado ficou o crime de quadrilha, pelo decréscimo do número de agentes”. Finalmente, que a decisão benéfica ao co-réu seja-lhe estendida, na forma prevista no CPP, art. 580.

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

Relatei.

VOTO

O Sr. Ministro Edson Vidigal (Relator): Sr. Presidente, o Impetrante reclama “descaracterizado” o crime de quadrilha, face à extinção de punibilidade do co-réu. Argumenta que, extinta a punibilidade do co-réu,

não se mantém a condenação imposta, por não suficiente o número de agentes à configuração do tipo.

Sem razão. Consoante o entendimento firmado deste STJ, “o número de pessoas necessário à tipificação do crime de quadrilha é considerado objetivamente, no momento da consumação, pouco importando se, já em grau de apelação, houve anulação do processo quanto a alguns dos réus, restando só dois condenados pelo art. 288 do CP” (HC n. 9.426-SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 23.8.1999).

Nesse sentido, destaco:

“Penal e Processual Penal. **Habeas corpus** (EC n. 22/1999). Quadrilha ou bando. Composição. Exame de provas.

I – O número de integrantes exigido para compor o delito de quadrilha deve ser apurado em relação à **meta optata**, sendo irrelevante a posterior extinção da punibilidade por morte de um dos agentes.

II – O **habeas corpus** não é o instrumento adequado para se alcançar apreciação calcada no detalhado cotejo do material cognitivo. *Writ* denegado.” (HC n. 9.440-SP, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 28.2.2000).

“RHC . Trancamento de ação. Exclusão de co-denunciada do pólo passivo. Aprofundado exame de provas. Improriedade do *writ*. Exclusão do delito do art. 288 do CP. Impossibilidade. Número de integrantes configurado. Equívoco quanto à ausência de pluralidade de crimes. Observância ao art. 384 do CPP para a pretensão. Recurso desprovido.

I – Havendo indício de participação da denunciada na prática dos delitos, como apontado na peça acusatória, não se pode determinar a sua pronta exclusão do pólo passivo da lide, sendo que maior exame da controvérsia é incompatível com a via eleita.

II – Não excluída a denúncia em relação à paciente, permanece configurado o número necessário de integrantes para a caracterização do tipo previsto no art. 288 do CPP.

III – Reconhece-se como equívoco da impetração a alegada ausência do requisito da pluralidade de delitos, se a peça acusatória aponta a formação de pelo menos três loteamentos clandestinos em circunstâncias assemelhadas, pelo grupo denunciado.

IV – A exclusão de um dos crimes descritos na denúncia – que

se encontra formalmente perfeita, após o seu recebimento, deve aguardar a devida instrução processual e obedecer às diretrizes do art. 384 do CPP.

V – Recurso desprovido.” (RHC n. 8.617-PR, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 25.10.1999).

Por outro lado, a alegação de que não existiriam provas suficientes à condenação não comporta exame nesta Instância. As provas, em **habeas corpus**, devem ser incontroversas, e os fatos, convergentes. Consoante bem afirma o Ministério Público Federal (fl. 136), “para tanto, o instrumento adequado é a revisão criminal, da qual inclusive já fez uso o Paciente-impetrante, tendo-lhe sido indeferido o pedido, que é o mesmo objeto deste *writ*”.

E não é só. O CPP, art. 580 autoriza a extensão, aos co-réus, da decisão do recurso interposto por um deles, “se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal”. Por isso mesmo é impossível conceder a extensão que ora busca o Paciente, por vedado o exame das circunstâncias subjetivas pertinentes.

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

É o voto.

MEDIDA CAUTELAR N. 1.629 – RJ

(Registro n. 99.0018722-9)

Relator: Ministro Edson Vidigal
Requerente: Editora O Dia S/A
Advogados: Carlos Felipe Amodeo e outros
Requerido: Ariosto Amado Filho

EMENTA: Medida cautelar – Efeito suspensivo – Pressupostos – Falta de demonstração – Denegação.

1. Apenas em casos excepcionais e de forma restrita, é lícito ao STJ conferir efeito suspensivo ao recurso especial.

2. Não demonstrados os pressupostos ensejadores, indefere-se a medida cautelar.

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, julgar improcedente a ação, revogando a liminar anteriormente concedida. Votaram com o Relator, os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp, Jorge Scartezzini e José Arnaldo da Fonseca.

Brasília-DF, 23 de maio de 2000 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Presidente.

Ministro Edson Vidigal, Relator.

Publicado no DJ de 19.6.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Edson Vidigal: A liminar, nestes autos, foi por mim assim concedida (fl. 379):

“Obrigada, mediante determinação judicial, a publicar texto-resposta, requerido por Ariosto Amado Filho, referente à matéria jornalística intitulada ‘GR-3 comete crime de estelionato contra O Dia’, a Editora O Dia S/A, proprietária daquele periódico, interpôs recurso de apelação, buscando a desconstituição da referida decisão, ou, subsidiariamente, comunicar efeito suspensivo ao apelo, sustentando a execução da sentença condenatória, até que este fosse julgado pelo TJRJ.

A Oitava Câmara do TJRJ negou provimento à apelação em 11.3.1999. Reagiu o Requerente com esta medida cautelar, com pedido de liminar, ao argumento de que ‘obrigada a publicar texto dissociado da verdade – e lastreado em documento inequivocamente falso, como no caso presente – indiscutível que a simples reposição patrimonial não é suficiente ao reparo do dano causado ao jornal pela publicação da resposta’.

São vários os argumentos trazidos pelo Requerente. Insiste, em

síntese: 1) vício na representação de Ariosto; 2) não cabimento de reclamação judicial de resposta; 3) veracidade da matéria jornalística; 4) não existência de veiculação de fato inverídico ou errôneo sobre Ariosto; 5) texto-resposta que contém ‘inverdades – falsidade documental’.

Mais, que ‘a grave lesão, de difícil reparação consiste justamente na irreversibilidade da publicação da resposta, mesmo no caso de reformado o acórdão após o julgamento do recurso especial a ser interposto perante esse Tribunal’.

Tendo por certo que o provimento do recurso especial a ser interposto resultaria tão-somente em ação executiva para haver os custos da publicação, ‘o que por certo não tem o condão de reparar o prejuízo causado à imagem do jornal com a publicação de resposta que lhe é ofensiva, e representa, ao menos aos olhos dos leitores, espécie de reprimenda pública imposta pelo Poder Judiciário, com indiscutível reflexo na credibilidade do meio de informação’, requer a concessão da liminar pleiteada, para que se determine a sustação da execução da decisão monocrática condentória, até o julgamento desta medida cautelar.

Apresenta-se bastante controvertida a hipótese destes autos. Limite-me, portanto, às alegações trazidas como justificadoras do pedido de liminar. Assim, entendendo presentes os pressupostos ensejadores da medida pleiteada, concedo a liminar para determinar a sustação da execução da sentença condenatória, proferida pelo Juízo da 25ª Vara Criminal, nos autos da Reclamação Judicial de Resposta n. 98.001.172230-6, até que seja julgada esta medida cautelar.

Concedo, ainda, ao Requerente, o prazo de quinze dias para juntar o necessário instrumento de mandato.

Cite-se o Requerido, para apresentar contestação. Peçam-se as informações, e, após juntadas, dê-se vista ao Ministério Público.

Comunique-se.

Publique-se.”

Em contestação, sustenta o Requerido que “ao contrário do pretendido pela Requerente, não só seus interesses comerciais merecem tutela. Neste caso específico há também a honra e reputação do Requerido, seriamente maculadas pela publicação, gravame que somente a pronta publicação da

resposta poderia amenizar”. Assim, aduz, “a não publicação da resposta, ou o seu retardamento através de medidas judiciais de caráter evidentemente procrastinatório é que causam ao requerido dano irreparável, fato a justificar a revogação da liminar concedida” (fl. 436).

Conclui, “a r. sentença trouxe em seu bojo fundamentação bastante e decidiu aplicando corretamente à matéria sua disciplina legal” (fl. 460). Prossegue, “à vista dos argumentos expendidos, têm-se que, seja no que se refere aos argumentos preliminares, seja quanto à questão de fundo, não há como prosperar a pretensão cautelar deduzida pela ora requerente. Como se sabe, a distância do fato resulta na diminuição dos efeitos pretendidos junto aos leitores com a publicação da resposta. O presente procedimento nada mais é que uma medida procrastinatória que visa ao retardamento no cumprimento da decisão judicial, o que poderá até torná-la inócua”.

Desta forma, “carece a presente medida do requisito do **periculum in mora**, notadamente porque há previsão legal expressa de ressarcimento caso seja provido o futuro recurso especial da empresa jornalística, nada impedindo que a mesma publique com o desejado destaque a almejada decisão” (fl. 463).

O Ministério Público, em manifestação de fls. 605/608, assim fez consignar:

“Embora requerida a presente ação sem a interposição do recurso especial, este veio a ser interposto, no curso do processo cautelar que, de antemão, visava ao efeito suspensivo.

Contudo, mesmo a interposição subsequente do recurso não poderá modificar o entendimento de que, para obter qualquer efeito, teria o mesmo ao menos que ser admitido no Juízo **a quo**, pois, em caso de inadmissibilidade, cairá em vazio a presente medida, que ficará insustentável.

A propósito, tem decidido essa egrégia Corte, que além de comprovadamente interposto o recurso especial, deve ele se encontrar sob a jurisdição do egrégio Superior Tribunal de Justiça; vale dizer, que presentes os seus pressupostos e requisitos legais, seja admitido.

Quanto ao mérito, na realidade, o retardamento do exercício do direito de resposta, reconhecido pelas instâncias ordinárias, está a causar ao Requerido prejuízo moral irreparável, incidindo sobre sua honra e reputação.

Isto posto, opino pelo não conhecimento da medida cautelar, ou pela sua improcedência, em caso de conhecimento, cassando-se, em qualquer hipótese, a liminar deferida.”

À fl. 610, requisitei informações acerca do trâmite do recurso especial de que tratam estes autos. Chega-me a notícia de que o especial não foi admitido (fls. 613/614), sendo interposto o competente agravo de instrumento. Esses autos, informa o desembargador 3^a Vice-Presidente do TJRJ, “encontram-se no Ministério Público, desde 21.1.2000, sem retorno até a presente data” (fl. 655).

Relatei.

VOTO

O Sr. Ministro Edson Vidigal (Relator): Sr. Presidente, o especial não foi admitido, daí a interposição de agravo de instrumento, ainda não encaminhado a este STJ.

Temos decidido que, presentes o **fumus boni iuris** e o **periculum in mora**, justifica-se o deferimento da medida cautelar para conferir efeito suspensivo ao recurso especial comprovadamente interposto, ainda que não se ache aquele sob a jurisdição deste STJ.

Não é o caso aqui. Consoante infere-se dos autos, “paralelamente à interposição daquele recurso de apelação, a Requerente, com o objetivo de obter a desconstituição da sentença condenatória, impetrou mandado de segurança (n. 41/1998) à Seção Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, com pedido liminar, ainda pendente de julgamento. O pedido liminar, que requeria ‘fosse susgado o efeito da sentença condenatória até o julgamento da segurança pretendida’, foi deferido pelo eminente Desembargador-Relator Alberto Motta Moraes, na forma proposta na inicial” (fl. 587).

É sabido que o efeito do recebimento do recurso especial, determinado apenas na forma devolutiva, consoante determina a Lei n. 8.038/1990, art. 27, § 2^a, somente pode ser modificado em casos excepcionais, através de medida cautelar, mediante a inequívoca comprovação dos pressupostos autorizadores.

Trata-se de providência de caráter excepcional, que apenas em situações de emergência pode ser concedida, servindo como uma prevenção

contra risco de dano imediato que possa vir a afetar o interesse litigioso, relevante à futura prestação jurisdicional definitiva. Por conseguinte, para a sua postulação, é preciso que fiquem claramente comprovados seus dois pressupostos: o **periculum in mora**, fundado receio de lesão grave ou de difícil reparação a acarretar danos ao eventual direito do Requerente, e o **fumus boni juris**, ou seja, a plausibilidade do direito questionado. Tais pressupostos, ressalte-se, são indissociáveis, de forma que a ausência de qualquer deles impossibilita o deferimento do pedido.

Assim é que o pedido formulado junto a este STJ já foi deferido pela Corte local. Consoante afirma o Requerido, “não tendo sido cassado em seus efeitos, permanece eficaz o provimento cautelar deferido nos autos da ação mandamental ajuizada perante o Tribunal **a quo**, o que retira a plausibilidade da presente medida, que se reveste, como se sabe, de caráter excepcionalíssimo” (fl. 587). Não vejo como discordar desse entendimento.

Desta forma, ausentes os pressupostos necessários, indefiro esta medida cautelar. Fica revogada, assim, a liminar anteriormente concedida.

É o voto.

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 9.389 – SP

(Registro n. 99.0111923-5)

Relator: Ministro Jorge Scartezzini
Recorrentes: Luiz Alberto Siliano e outro
Advogados: Fábio Ricardo Trad e outro
Recorrido: Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo
Pacientes: Luiz Alberto Siliano e Antônio Lúcio da Costa Rayol

EMENTA: Penal – Relação de causalidade – Resultado delituoso – Elemento subjetivo – Existência.

– O fato dos responsáveis de uma empresa não treinarem adequadamente seus profissionais, bem como utilizarem-se de materiais – cabos de aço – em situação precária, sem a devida manutenção, além de não fornecerem os instrumentos adequados para o isolamento da área de trabalho, de forma a impedir o acesso de

pessoas estranhas, denotam a existência de negligência e conduzem à previsibilidade do resultado.

– O Código Penal, ao adotar a **conditio sine qua non** (teoria dos antecedentes causais) para a aferição entre o comportamento do agente e o resultado, o fez limitando sua amplitude pelo exame do elemento subjetivo (somente assume relevo a causalidade dirigida pela manifestação da vontade do agente – culposa ou dolosamente).

– **Aníbal Bruno**, a esse respeito nos ensina que “Dentro da ação, a relação causal estabelece o vínculo entre o comportamento em sentido estrito e o resultado. Ela permite concluir se o fazer ou não fazer do agente foi ou não o que ocasionou a ocorrência típica, e este é o problema inicial de toda investigação que tenha por fim incluir o agente no acontecer punível e fixar a sua responsabilidade penal”.

– Observando-se sob esse prisma, decorre a relação, ainda que tênue, de causalidade entre o comportamento da empresa, através de seus responsáveis, ao não fornecer instrumento de trabalho em condições mínimas de segurança e o resultado morte da vítima.

– Recurso desprovido.

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 unanimidade, negar provimento ao recurso. Votaram com o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer e Gilson Dipp. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Edson Vidigal.

Brasília-DF, 4 de abril de 2000 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Presidente.

Ministro Jorge Scartezzini, Relator.

Publicado no DJ de 5.6.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini: Cuida-se de recurso ordinário interposto contra acórdão da Oitava Câmara do Tribunal de Alçada Criminal

do Estado de São Paulo, que denegou, por unanimidade, **habeas corpus** ali impetrado, visando ao trancamento da ação penal.

Narram os autos que os pacientes são diretores e responsáveis técnicos da Silcom Engenharia, Projetos e Construção Ltda, que mantinha contrato de prestação de serviços com a Telesp para a substituição de postes de sustentação da rede telefônica. Ocorre que três funcionários da empresa, em julho de 1996, provocaram um acidente que resultou na morte de Paulo Marson.

Assim, o Ministério Público do Estado de São Paulo, além de denunciar os três envolvidos diretos, decidiu denunciar também os pacientes, por que estes não treinavam adequadamente os profissionais de sua empresa para o manejo dos equipamentos necessários ao seu trabalho, além de utilizarem equipamentos precários e, assim, a conduta omissiva do Paciente foi também responsável pela morte da vítima.

Sustentam os Impetrantes, em suma, os mesmos argumentos da impetração original, ou seja, a de que inexistente nexos de causalidade, físico ou psicológico, entre os Pacientes e seus funcionários. Requer, ao final, seja concedida a ordem no sentido de que seja trancada a ação penal movida contra os Pacientes.

A douta Subprocuradoria Geral da República, às fls. 275/278, opina pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Scartezini (Relator): Sr. Presidente, a controvérsia, no presente *writ*, recai sobre o seguinte aspecto fático: os Pacientes, na condição de diretores e responsáveis técnicos de uma empresa que mantinha um contrato de prestação de serviços com a Telesp para substituição de postes de sustentação da rede telefônica, foram denunciadas pela prática do homicídio culposo porque não treinavam seus funcionários e empregavam materiais – cabos de aço – em precárias condições, além de não fornecerem os instrumentos adequados para o isolamento da área onde efetuavam o serviço. Tal circunstância, segundo a peça acusatória, concorreu para produção do resultado delituoso.

O Recorrente pretende, diante disso, o trancamento da ação penal por inexistência de nexos causal físico ou psicológico.

A questão é singela.

A denúncia afirma que “A imprudência, quiçá imperícia, consistiu na retirada do poste, através do *munch* controlado por Arnaldo, sem atentar para a existência de interferências no local – fios, árvores – que impediram a correta operação aliada à precariedade do cabo de aço que sustentava o poste de madeira e não suportou a manobra”.

Mais adiante: “Entretanto, não treinavam adequadamente seus profissionais, empregavam materiais – cabos de aço – em situação precária, sem a devida manutenção, além de não fornecerem os instrumentos adequados para o isolamento da área, de forma a impedir o acesso de pessoas estranhas ao serviço, circunstâncias que denotam negligência e conduzem à previsibilidade do resultado”.

Pelos trechos transcritos, observa-se com clareza, duas circunstâncias fáticas perfeitamente delineadas na peça vestibular: a imprudência dos funcionários ao não manusear corretamente o equipamento e a utilização de equipamentos precários e sem qualquer segurança.

Diante dessas duas situações factuais, conforme nos ensina **Zaffaroni**, o mais elementar é indagar se elas causaram o resultado criminoso. Com percuciência, o ilustre penalista salienta:

“A resposta afirmativa ou negativa será dada conforme a fórmula já indicada: se mentalmente imaginamos que a conduta não existiu, e em tal caso tampouco o resultado teria existido, é porque a conduta é causal do resultado; inversamente, se na hipótese em que imaginamos que a conduta não tenha existido, o resultado ainda assim tivesse se produzido, resultaria que a conduta não é causal do resultado. Formulamos este juízo de acordo com a nossa experiência humana, aos dados obtidos experimentalmente a nós fornecidos pelas ciências naturais. Isto pertence ao conhecimento humano, é ‘conhecimento da causalidade’ que está na cabeça do juiz, mas não é a própria causalidade, e sim o conhecimento que permite a ele julgar a respeito da causalidade. Confundir a causalidade com seu conhecimento é como confundir o doente com a medicina.” (**Eugênio Raúl Zaffaroni** e **José Henrique Pierangeli**, in *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*, p. 475).

O Código Penal, ao adotar a **conditio sine qua non** (teoria dos antecedentes causais) para a aferição entre o comportamento do agente e o

resultado, o fez limitando sua amplitude pelo exame do elemento subjetivo (somente assume relevo a causalidade dirigida pela manifestação da vontade do agente – culposa ou dolosamente).

Aníbal Bruno, a esse respeito nos ensina:

“Dentro da ação, a relação causal estabelece o vínculo entre o comportamento em sentido estrito e o resultado. Ela permite concluir se o fazer ou não fazer do agente foi ou não o que ocasionou a ocorrência típica, e este é o problema inicial de toda investigação que tenha por fim incluir o agente no acontecer punível e fixar a sua responsabilidade penal. Mas a questão da responsabilidade é posterior. É preciso distinguir o problema do nexa causal do da culpabilidade. Uma coisa é determinar se o fato surge como resultado da manifestação da vontade do agente, isto é, se entre o seu atuar e o resultado típico existe a necessária relação de causa e efeito (imputação de fato); outra, se, verificada esta relação, com ela concorrem os pressupostos necessários da responsabilidade penal (imputação de direito). A simples relação objetiva entre o comportamento e o resultado não basta para justificar a responsabilidade penal. É preciso que ao fato, com os seus atributos de tipicidade e antijuridicidade, se juntem os elementos que justificam o juízo da culpabilidade. A relação causal faz apenas do agente o causador material do fato, mas não o transforma desde logo em autor no sentido jurídico-penal. É na confusão entre essas duas posições, que se podem suceder, porque sem a primeira não pode ocorrer a segunda, mas que são perfeitamente distintas, que vêm cair as teorias que fazem incluir no conceito do causal elementos do problema da culpabilidade.” (Direito Penal, Tomo I, Parte Geral, p.p. 305/306).

Observando-se sob esse prisma, chega-se ao seguinte raciocínio no caso concreto: se o material utilizado não fosse precário e a empresa fornecesse condições ou isolasse a área, ainda que ocorresse a imprudência dos funcionários, o resultado inexistiria. Daí decorre a relação, ainda que tênue, de causalidade entre o comportamento da empresa, através de seus responsáveis, ao não fornecer instrumento de trabalho em condições mínimas de segurança e o resultado morte da vítima.

Com essas considerações, nego provimento ao recurso.

É como voto.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 9.958 – TO

(Registro n. 98.0044899-3)

Relator:	Ministro José Arnaldo da Fonseca
Relator p/ acórdão:	Ministro Gilson Dipp
Recorrente:	Vera Lúcia Maria da Costa
Advogados:	Júlio Resplande de Araújo e outro
Tribunal de origem:	Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins
Impetrado:	Desembargador-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins
Recorrido:	Flávio Henrique de Oliveira
Advogados:	Francisco de Paula Xavier Neto e outros
Sustentação oral:	José do Espírito Santo (pelo recorrido)

EMENTA: RMS – Administrativo – Mandado de segurança – Concurso público – Oficial de registro de pessoas naturais – Ausência de prova pré-constituída – Inexistência de direito líquido e certo – Critérios de desempate – Obediência ao edital – Edição de lei posterior ao certame e anterior ao provimento do cargo – Exigibilidade do bacharelado em Direito ou no exercício de dez anos em serviço notarial ou de registro – Inadequação do *writ* para afastar candidato aprovado em certame e no exercício de suas funções há mais de três anos – Imprescindibilidade da instauração do procedimento administrativo – Garantia do devido processo legal e contraditório (Súmulas n. 20 e 21-STF).

1. Segundo estatui o brocardo jurídico: “o edital é a lei do concurso”. Desta forma, estabelece-se um vínculo entre a Administração e os candidatos, igualmente ao descrito na Lei de Licitações Públicas, já que o escopo principal do certame é propiciar a toda a coletividade igualdade de condições no ingresso ao serviço público. Pactuam-se, assim, normas preexistentes entre os dois sujeitos da relação editalícia. De um lado a Administração. De outro, os candidatos. Qualquer alteração no decorrer do processo seletivo, que importe em mudança significativa na avença, deve levar em consideração todos os participantes inscritos e previamente habilitados, não sendo possível estabelecer-se distinção entre uns e outros, após a

edição do edital. Desta forma, compete ao Administrador estabelecer condutas lineares, universais e imparciais, sob pena de fulminar todo concurso, oportunidade em que deverá estipular nova sistemática editalícia para regular o certame.

2. O mandado de segurança é ação constitucionalizada instituída para proteger direito líquido e certo, sempre que alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por ilegalidade ou abuso de poder, não servindo para afastar candidato aprovado em certame regido pela lei do concurso e empossado há mais de três anos, sem a precedência do indispensável procedimento administrativo, garante do devido processo legal, contraditório e ampla defesa (Súmulas n. 20 e 21 do STF). Despicienda, assim, a tentativa de alteração dos critérios de desempate, com esteio na edição da Lei n. 8.935/1994, posterior à realização do concurso e anterior ao provimento do cargo.

3. De outra sorte, o *writ* reclama prova pré-constituída do direito líquido e certo invocado, não servindo como remédio hábil para empossar candidato classificado em terceiro lugar, quando o mesmo não demonstrou, de modo inequívoco, a inabilitação dos primeiros classificados, qual seja, a não detenção do bacharelado em Direito ou o exercício de dez anos em serviço notarial ou de registro.

4. Recurso ordinário não provido.

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 maioria, negar provimento ao recurso, mantendo a decisão do Tribunal **a quo**. Os Srs. Ministros Edson Vidigal, Felix Fischer e Jorge Scartezini votaram com o Sr. Ministro Gilson Dipp, que lavrará o acórdão. Votou vencido o Sr. Ministro-Relator.

Brasília-DF, 16 de março de 2000 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Presidente.

Ministro Gilson Dipp, Relator p/ acórdão.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: Cuida-se de recurso ordinário, interposto de decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins que, em autos de mandado de segurança, recebeu a seguinte ementa (fl. 198):

“Mandado de segurança. Concurso público. Oficial de registro de pessoas naturais. Critérios de desempate. Obediência ao edital do certame. Ordem denegada.

I – Não prevalecem normas posteriores à publicação do edital que alterem regras nele estabelecidas quanto ao critério de desempate, ou seja, normas supervenientes não têm o condão de alcançar ato jurídico perfeito, anulando-o, se dele dimanaram direitos.

II – Regulamentações posteriores só poderão vigor para situações futuras, sob pena de afrontar o edital do certame.”

Segundo a Recorrente, o critério de desempate não poderia prevalecer frente à Lei n. 8.935/1994, que determinava como requisito essencial à investidura do cargo de Oficial de Registro Civil, o bacharelado em Direito, condição não atendida pelo litisconsorte Flávio Henrique de Oliveira, afirmando que a sua investidura seria, assim, totalmente ilegal, sendo dispensável qualquer processo administrativo para sua desconstituição.

Foram oferecidas contra-razões pelo litisconsorte, bem como pelo Recorrente.

O Ministério Público Federal, em sua manifestação, opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): Tendo a Recorrente obtido a segunda classificação no concurso para provimento de cargo de Oficial de Registro Civil de Pessoas Naturais e Tabelionato de Notas de Taquaralto, juntamente com o litisconsorte retrocitado, este, através do critério de desempate previsto, foi nomeado e empossado no cargo (5.3.1997).

Sobrevindo a Lei n. 8.935/1994 (posterior ao certame, mas anterior ao

provimento do cargo), ficou definido que para tal cargo, necessário que o concursado tivesse o título de bacharel em Direito, requisito não satisfeito pelo litisconsorte.

Dessa forma, entende a Recorrente como sua a preferência à nomeação e posse.

O acórdão recorrido, em síntese e no que interessa, decidiu (fls. 174/176):

“Fundamenta sua pretensão em lei posterior ao certame, que exige para preenchimento do mencionado cargo a conclusão do curso de Direito.

O edital, lei regente do referido concurso, à época editado em conformidade com os ditames legais vigentes, não exigiu tal condição, escorando-se em decisão do Tribunal de Justiça do Tocantins, que, em sessão plenária realizada em 2.9.1993, dispensou a exigência de escolaridade para todos os cargos e ofícios constantes da Lei Estadual n. 262, conforme Diário da Justiça n. 202, de 6.9.1993, p. 27.”

(...)

“Publicado o edital, não pode o mesmo ser modificado, sob pena de ser cancelada a concorrência e se estabelecerem novas normas através de outro edital.”

(...)

“No caso em tela, o edital não estabeleceu, como requisito, que o candidato fosse bacharel em Direito.

É de se esclarecer que a decisão deste Tribunal de Justiça, em sessão plenária, realizada em 2.9.1993, dispensou a exigência de escolaridade para todos os cargos e ofícios constantes da Lei Estadual n. 262, conforme Diário da Justiça n. 202, de 6.9.1993, p. 27.

Não procede, pois, o argumento da postulante de que, para ser nomeado no aludido cargo, devesse o candidato ser bacharel em Direito, com supedâneo na Lei n. 8.935, de 18.11.1994, mais precisamente, em seu artigo 14, inciso V. Trata-se, na verdade, de um silogismo por parte da interessada, pois a referida lei passou a vigor bem posteriormente à publicação do edital, sob comento, devendo prevalecer o princípio consagrado em nosso Direito, do **tempus regit actum.**”

O que não procede, a meu ver, é esta tese defendida pelo Tribunal **a quo**.

Veja bem, quando da realização do concurso, em 1993, não se exigia, para o preenchimento do respectivo cargo, o bacharelado em Direito, preenchendo assim o litisconsorte, os requisitos para participar do certame.

Acontece que, em 18.11.1994 foi editada a Lei n. 8.935, que assim dispunha:

“Art. 14. A delegação para o exercício da atividade notarial e de registro depende dos seguintes requisitos:

(...)

IV – diploma de bacharel em Direito.”

Ainda que o concurso tenha sido anterior a tal norma, a nomeação e posse somente ocorreu depois – praticamente 3 anos depois, quando estava em pleno vigor a regra acima mencionada. Assim, como corretos os seguintes argumentos expendidos pela Recorrente (fls. 5 e 6):

“Conquanto satisfaça Flávio Henrique de Oliveira critérios estabelecidos para o desempate, a superveniência da Lei n. 8.935/1994, de eficácia imediata e geral, compromete essa preferência, tornando-a inócua, por exigir, como requisito inescusável de investidura, o título de *bacharel em Direito*, pelas funções notariais e de registro da serventia, escolaridade que ele não possui.”

(...)

“Ora, se essa lei, que é de 18 de novembro de 1994, embora posterior ao certame, mas anterior ao provimento, ao estabelecer critérios para o ‘ingresso na atividade notarial e de registro’, que é o caso, fê-lo exigindo do candidato aprovado *graduação em Direito* (art. 14, V), o edital, mesmo não impondo essa escolaridade, no particular ficara derogado.”

(...)

“À data da vigência da Lei n. 8.935/1994 não havia nomeação, sabendo-se que ‘aquele que se acha classificado em concurso’, segundo a jurisprudência, inclusive do Pretório Excelso, ‘não goza de direito à contratação para o exercício da função’ (RTJ 55/61), tendo ‘apenas

uma expectativa de direito' (TJGO, MS n. 5.514-4/101, DJ n. 11.953, de 3.12.1994, p. 10).

Logo, essa lei incide, no caso, afastando a possibilidade de direito adquirido, em favor de Flávio Henrique, dado que a sua nomeação ocorreu em março passado, e à míngua de não portar o título de bacharel em Direito, requisito indispensável à investidura, exigência inescusável sobrevinda com a vigência desse diploma, ainda em 1994.”

Não é caso, como argumentado pelo **decisum**, de que “... Publicado o edital, não pode o mesmo ser modificado, sob pena de ser cancelada a concorrência e se estabelecerem novas normas através de outro edital...” (fl. 174).

Não houve alteração no edital, e sim na legislação específica.

Ademais, sabe-se que a aprovação em concurso público não gera direito adquirido à nomeação e posse, tal só ocorre quando se dá a quebra de classificação (Súmula n. 15-STF).

Vejamos a jurisprudência desta Corte:

“As regras administrativas que norteiam as nomeações de candidatos aprovados estão insertas na Súmula n. 15-STF, e no princípio de que a aprovação gera mera expectativa de direito, e não liquidez e certeza na nomeação...” (REsp n. 164.052-DF, DJ de 22.6.1998, Rel. Min. José Arnaldo).

“... É incontroverso na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que os candidatos aprovados em concurso público são detentores de mera expectativa de direito...” (RMS n. 6.565-RS, DJ de 4.11.1996, Rel. Min. Vicente Leal).

Também não merece prosperar o entendimento de que, efetivada a posse, a mesma só pode ser desfeita por processo administrativo, pois, **in casu**, ela se deu em inobservância aos requisitos legais pertinentes, podendo e devendo, assim, ser desconstituída, sob pena de responsabilidade do administrador.

Dessa forma, dou provimento parcial ao presente recurso, no sentido de que seja tornada sem efeito a nomeação e posse do referido litisconsorte necessário, por inobservância legal, resguardando a nomeação e posse da Recorrente, caso preencha os requisitos necessários.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de pedido de vista formulado nos autos de recurso ordinário em mandado de segurança da relatoria do Ministro José Arnaldo, onde S. Ex.^a deu parcial provimento ao apelo para “que seja tornada sem efeito a nomeação e posse do referido litisconsorte necessário, por inobservância legal, resguardando a nomeação e posse da Recorrente, caso preencha os requisitos necessários”.

Narram os autos que Vera Lúcia Maria da Costa impetrou mandado de segurança contra ato do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins que, ao analisar os Processos Administrativos n. 20.453/1997 e 20.518/1997, exarou despachos proclamando que, segundo os critérios de desempate do concurso público para o Cargo de Oficial de Registro Civil de Pessoas Naturais – Tabelionato de Notas do Distrito Judiciário de Taquaralto, da Comarca de Palmas, o candidato aprovado em segundo lugar é Flávio Henrique de Oliveira, ora litisconsorte, o que ensejou sua nomeação.

O Tribunal estadual, por maioria de votos, denegou o *writ*, cuja ementa restou vazada aos seguintes termos:

“Mandado de segurança. Concurso público. Oficial de registro de pessoas naturais. Critérios de desempate. Obediência ao edital do certame. Ordem denegada.

I – Não prevalecem normas posteriores à publicação do edital que alterem regras nele estabelecidas quanto ao critério de desempate, ou seja, normas supervenientes não têm o condão de alcançar ato jurídico perfeito, anulando-o, se dele dimanaram direitos.

II – Regulamentações posteriores só poderão vigor para situações futuras, sob pena de afrontar o edital do certame.” (fl. 198).

Do v. acórdão reprochado pode-se extrair o seguinte raciocínio, como bem noticiou o *Parquet* federal:

“a) efetivada a posse do litisconsorte necessário, a mesma só poderá ser desfeita mediante processo administrativo, garantida a ampla defesa (Súmula n. 20-STF); b) o edital do certame, elaborado em consonância com as normas legais então vigentes, não estabeleceu como requisito para inscrição ou desempate a graduação em Direito, razão

pela qual o fato de a Impetrante ser bacharela não lhe aproveita; c) a Lei n. 8.935/1994 entrou em vigência muito depois da publicação do edital do concurso, devendo prevalecer o critério de desempate previsto neste último; d) o candidato Flávio Henrique de Oliveira, litisconsorte passivo necessário, por contar com mais tempo de serviço forense, mais tempo de serviço estadual e mais tempo de serviço público em geral, teve preferência no desempate com a Impetrante, embora tivesse obtido a mesma nota final; e) o § 2º do art. 15 da Lei n. 8.935/1994 estabelece que ‘ao concurso público poderão concorrer candidatos não bacharéis em Direito que tenham completado, até a data da primeira publicação do edital do concurso de provas e títulos, dez anos de exercício em serviço notarial ou de registro’, que é o caso do litisconsorte.” (fl. 255).

No presente apelo, a Recorrente reedita as considerações tecidas no voto-vencido, oportunidade em que salienta a inaplicabilidade da Súmula n. 20-STF para o presente caso. Insurge-se por demais, quanto à impossibilidade do litisconsorte permanecer no exercício do Cargo de Oficial de Registro, em face do mesmo não ser possuidor do bacharelado em Direito, conforme disciplina a Lei n. 8.935/1994.

Após manifestação do Ministério Público Federal pelo desprovimento do recurso, o eminente Ministro-Relator decidiu pelo provimento parcial do apelo, entendendo que a superveniência da Lei n. 8.935/1994 (posterior ao certame, mas anterior ao provimento do cargo), definiu, como requisito indispensável para investidura no cargo, o título de bacharel em Direito. Naquela assentada S. Ex.^a dispôs:

“Veja bem, quando da realização do concurso, em 1993, não se exigia, para o preenchimento do respectivo cargo, o bacharelado em Direito, preenchendo assim o litisconsorte, os requisitos para participar do certame.

Acontece que, em 18.11.1994 foi editada a Lei n. 8.935, que assim dispunha:

‘Art. 14. A delegação para o exercício da atividade notarial e de registro depende dos seguintes requisitos:

(...)

IV – diploma de bacharel em Direito.’

Ainda que o concurso tenha sido anterior a tal norma, a nomeação e posse somente ocorreu depois – praticamente 3 anos depois, quando estava em pleno vigor a regra acima mencionada.”

E mais, asseverou que “não houve alteração no edital, e sim da legislação específica”, concluindo o raciocínio de que “a aprovação em concurso público não gera direito adquirido à nomeação e posse, tal só ocorre quando se dá a quebra de classificação (Súmula n. 15-STF)”.

Resolvi pedir vista dos autos, para dirimir dúvida consistente na adequação da ação escolhida, bem como verificar a existência do direito líquido e certo *por parte da Recorrente*, não obstante a erudição do voto transcrito.

Preliminarmente, entendo que a Sra. Vera Lúcia Maria da Costa aviou remédio inadequado às suas pretensões. Conforme estatui o art. 1^o da Lei n. 1.533/1951, o mandado de segurança protege direito líquido e certo, sempre que alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por ilegalidade ou abuso de poder por parte de autoridade. O pedido lançado no **mandamus** requer:

“... seja deferida a segurança, tornados sem efeito os atos impugnados, inclusive o Decreto Judiciário n. 66/1997, editando-se, de consequência, ato nomeando-a para a referida serventia de Justiça;” (fl. 8).

O aludido Decreto Judiciário n. 66/1997 (fl. 23), consistiu no ato de nomeação do ora litisconsorte. Caberia à Recorrente, *em respeito à edição de lei específica impondo o bacharelado em Direito*, impugnar todo o concurso e não a nomeação do segundo classificado, sendo que já havia nomeação pretérita. Desta forma, a segurança deve atender à sua extensão normativa, qual seja, proteger direito individual ou coletivo, líquido e certo, não servindo como meio reparatório de pretensa ilegalidade administrativa.

Nesta mesma linha de raciocínio, outro aspecto que me chamou atenção foi a ausência de citação de outro litisconsorte necessário, qual seja, o primeiro classificado no concurso (Sr. Emanuel Acaiaba Reis de Sousa), oportunidade em que deveria a Impetrante comprovar que o mesmo era ou não bacharel em Direito, tudo em respeito à Lei n. 8.935/1994, pois caso fosse acolhida sua pretensão, seus efeitos seriam estendidos, necessariamente, a todos os candidatos melhor classificados.

Ultrapassada a preliminar, entendo inexistir o alegado direito líquido e certo reclamado pela Sra. Vera Lúcia Maria da Costa. Segundo o saudoso **Hely Lopes Meirelles**:

“Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais.” (In Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, **Habeas Data**, 17ª edição, atualizada por **Arnoldo Wald**, Editora Malheiros, 1996, p. 28).

Ressalte-se, ainda, que a Impetrante deixou de fazer prova pré-constituída quanto ao fato do segundo classificado, bem como do primeiro, não possuírem mais de 10 (dez) anos de atividade notarial, segundo estatui o art. 15, § 2º, da Lei n. 8.935/1994, **verbis**:

“... ”

§ 2º – Ao concurso público poderão concorrer candidatos não bacharéis em Direito que tenham completado, até a data da primeira publicação do edital do concurso de provas e títulos, *dez anos de exercício em serviço notarial ou de registro.*”

A propósito, extraio do parecer ministerial a lavra do Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza, excerto elucidativo, onde conclui que o litisconsorte atende aos requisitos legais:

“Nem é preciso discorrer acerca da eventual aplicação da Lei n. 8.935/1994 no concurso público realizado antes da sua entrada em vigor, porque *ainda que assim se entendesse, o litisconsorte nomeado para o cargo preenche também os requisitos da nova lei.*

É que, muito embora o art. 14, V, da referida Lei n. 8.935/1994, estabeleça como requisito para o exercício notarial e de registro a diplomação em curso de Direito, *o art. 15, § 2º, da mesma lei abre a possibilidade de se candidatarem ao concurso pessoas que, muito embora não possuam o bacharelado em Direito, tenham completado, até a data da publicação do edital do certame, dez anos de exercício em serviço notarial ou de registro. Apesar de não haver nos autos prova inequívoca de que o*

litisconsorte preenche tal requisito, é o que se pode concluir pelo documento de fls. 20/22, pelas informações da autoridade coatora (fl. 142) e também pelo acórdão recorrido (fl. 177).” (fl. 256). (grifo nosso).

Acrescente-se, ainda, como bem salientou o Dr. Francisco de Paula Xavier Neto, em seu memorial, impropriedade lançada pela Recorrente quando da impetração, ao dispor que possuía direito líquido e certo em ser nomeada, sendo que o ora litisconsorte detinha mera “expectativa de direito”, esquecendo-se que o Sr. Flávio Henrique já se encontrava empossado há *mais de três anos*, após transcurso de todos os procedimentos administrativos.

Despicienda assim, a pretensão da Impetrante, não nomeada para o almejado cargo, por ser a terceira colocada, dizer-se titular de direito ao provimento, oportunidade em que atribui ao segundo colocado – empossado e no exercício de suas funções, repito – *há mais de três anos* – mera “expectativa de direito” à mesma investidura, impondo ao mesmo a demissão sumária sem o atendimento do devido processo legal *ou* declaração de nulidade de todo o certame.

– No tocante ao mérito, destaco que antes da impetração, o insigne Desembargador-Presidente daquele Colegiado, ao apreciar o Processo Administrativo n. 20.453/1997, proposto pela ora recorrente, teceu as seguintes considerações:

“No caso em tela, o edital não estabeleceu, como requisito, que o candidato fosse bacharel em Direito.

É de se esclarecer que a decisão deste Tribunal de Justiça, em sessão plenária realizada em 2.9.1993, dispensou a exigência de escolaridade para todos os cargos e ofícios constantes da Lei Estadual n. 262, conforme Diário da Justiça n. 202, de 6.9.1993, p. 27.

Não procede, pois, o argumento da postulante de que, para ser nomeado no aludido cargo, deva o candidato ser bacharel em Direito, com supedâneo na Lei n. 8.935, de 18.11.1994, mas precisamente, em seu artigo 14, inciso V. Trata-se, na verdade, de um silogismo por parte da interessada, pois a referida lei passou a vigor bem posteriormente à publicação do edital sob comento, devendo prevalecer o princípio consagrado em nosso Direito, do **tempus regit actum**.

Impõe-se esclarecer, ainda, que a Juíza de Direito Dra. Sônia Maria França, quando então Presidente da Comissão local, do concurso em referência, conforme Ofício n. 3/1993-1ª CP, de 26 de novembro de

1993, e lista-relação dos aprovados em anexo, de sua lavra, às fls. 3 e 4, do Processo n. 20.518/1997 (em apenso), deixou evidente que ao elencar a ordem de classificação, constando o nome da Requerente em 3ª lugar, e em 2ª o do candidato Flávio Henrique de Oliveira, estabeleceu como critério de desempate, na íntegra, o constante no item VI, n. 1 e 2, alíneas a, b, c, d e f do edital do concurso multireferido.

Ressai, ainda, cristalino, da leitura da certidão, exarada pela Coordenadoria de Pessoal e Recursos Humanos, anexa ao processo em apenso a este, que o candidato em alusão, ex-servidor desta Corte de Justiça, conta com mais tempo de serviço forense, mais tempo de serviço público estadual, bem como mais tempo de serviço público geral (fl. 6).

De anotar-se, aversamente, à argumentação da pleiteante, que ela, inobstante ser advogada militante, inclusive junto a este Pretório, jamais exerceu serviço público forense.” (fls. 14/15).

Quando do julgamento do mandado de segurança, o Tribunal de Justiça referendou as decisões administrativas, oportunidade em que o Des. Relator, Dr. Liberado Póvoa, sintetizou asserção conclusiva da **questio**:

“Publicado o edital, não pode o mesmo ser modificado, sob pena de ser cancelada a concorrência e se estabelecerem novas normas através de outro edital” (fl. 174).

Do texto transcrito extraio pensamento reiterado em nossa jurisprudência e doutrina mais abalizada, no sentido de o *edital ser a lei do concurso*. Desta forma, estabelece-se um vínculo entre a Administração e os candidatos, igualmente ao descrito na Lei de Licitações Públicas (Lei n. 8.666), já que o escopo principal do concurso público é propiciar a toda a coletividade igualdade de condições no ingresso ao serviço público. Pactuam-se, assim, normas preexistentes entre os dois sujeitos da relação editalícia. De um lado a Administração. De outro, os candidatos.

Qualquer alteração no decorrer do processo seletivo, que impõe em mudança significativa na avença deve levar em consideração todos os candidatos inscritos e previamente habilitados, não sendo possível estabelecer distinção entre uns e outros, após a edição do edital.

Compete ao administrador estabelecer condutas lineares, universais e imparciais, sob pena de fulminar todo concurso, oportunidade em que deverá estabelecer nova sistemática editalícia para regular o certame.

No caso dos autos, o Tribunal de Justiça, após reunir-se em sessão plenária realizada 2.9.1993, assentou norma geral consistente na dispensa da exigência de escolaridade para todos os cargos e ofícios. A decisão foi publicada no Diário da Justiça n. 202, de 6.9.1993, p. 27.

No mesmo sentido, o Conselho Superior da Magistratura daquele Tribunal, aos 12 de setembro de 1997, lançou decisão conclusiva sobre o tema:

“Concurso público. Serventuário da Justiça. Requisito não exigido. Lei estadual posterior. Lei municipal.

I – Lei posterior ao concurso para provimento do cargo de Titular do Cartório do Registro Civil de Pessoas Naturais e Tabelionato de Notas de Distrito Judiciário, exigindo o nível de escolaridade superior, não se aplica ao concurso público realizado, consumado e ainda em vigência.

II – Somente lei de iniciativa do Tribunal de Justiça é que pode extinguir distritos judiciários, inaplicável ao caso, a lei municipal, que extingue distritos municipais.” (DJ de 15.9.1997).

Não obstante a preponderância do interesse público no Direito Administrativo, entendo que o Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins adotou postura irretocável ao manter as exigências descritas na lei do concurso. Caso contrário, restaria solução derradeira, qual seja, *de anular todo o certame*.

Com relação a esta matéria, nas contra-razões ofertadas, o litisconsorte ilustra precedente do extinto Tribunal Federal de Recursos, da lavra do Ministro Cid Flaquer Scartezini, ao apreciar a Apelação em Mandado de Segurança n. 87.260. Naquela assentada decidiu-se:

“Por outro lado, normas posteriores à publicação do edital não podem alterar as regras no mesmo estabelecidas, se estas observaram a legislação vigente à época.” (fl. 225).

Nesta Quinta Turma, o eminente Ministro Felix Fischer, ao relatar os RMS n. 9.937-RS (DJ de 1.7.1999) e 8.923-RS (DJ de 26.4.1999), sintetizou:

“Recurso em mandado de segurança. *Serventia notarial* ou de registro. Vacância.

– Tendo a vacância se verificado em período *anterior à edição da Lei n. 8.935/1994*, não ofende essa lei a determinação de que, para efeito de *preenchimento de serventias* notariais e registrárias, observam-se os critérios estabelecidos na legislação *estadual* que antecedeu à *regulamentação federal*.

– Precedente.

– Recurso desprovido.”

Por último, ousou discordar do eminente Relator para acompanhar fundamentação lançada pelo Relator do *writ* ao dispor:

“... julgo ser impossível atender às pretensões da Impetrante, pois que ali se busca a invalidação de atos perfeitos, válidos e acabados, tanto de nomeação como de conseqüente posse do litisconsorte, sendo que isso só poderá ocorrer na forma prevista na Súmula n. 20 do Supremo Tribunal Federal, mostrando-se obrigatória a existência de um processo regular – ampla defesa – podendo a Administração anular o ato de posse e de nomeação. Ainda que a presente ação, não é a correta para o fim que busca a Impetrante, pois que, analisando os pedidos formulados na exordial, estes se desapegam do rito procedimental, e em seu bojo não se apresenta cristalino o direito líquido e certo.” (fl. 178).

Rememorando o ensinamento do multicitado **Hely Lopes Meirelles**, em sua obra *Direito Administrativo Brasileiro*, o administrativista após explicar o conceito de posse, traz referência implícita quanto à descaracterização do mandado de segurança como sucedâneo na perda da investidura de cargo público, sem a precedência de procedimento administrativo, a fim de assegurar observância do princípio do devido processo legal e garantia da ampla defesa. Da referida obra extraio o seguinte excerto:

“A investidura do servidor no cargo ocorre com a *posse*. A *posse* é a **conditio juris** da função pública. Por ela se conferem ao funcionário ou ao agente político as prerrogativas, os direitos e os deveres do cargo ou do mandato. Sem a posse o *provimento* não se completa, nem pode haver *exercício* da função pública. É a posse que marca o início dos direitos e deveres funcionais, como, também, gera as restrições, impedimentos e incompatibilidades para o desempenho de outros cargos, funções ou mandatos. *Por isso mesmo, a nomeação regular só pode*

ser desfeita pela Administração antes do posse do nomeado. No entanto, a anulação do concurso, com a exoneração do nomeado, após a posse, só pode ser feita com observância do devido processo legal e a garantia de ampla defesa.” (p.p. 363/364).

A nossa jurisprudência aponta no mesmo sentido, senão vejamos:

“Administrativo. Anulação de concurso público. Exoneração de servidor estável. Ampla defesa e contraditório. Necessidade.

1. A anulação de concurso público e a conseqüente exoneração de servidor nele aprovado e nomeado, já estável, só se faz admissível mediante procedimento administrativo, no qual fiquem assegurados a ampla defesa e o contraditório.

2. Incidência das Súmulas n. 20 e 21-STF.

3. Recurso conhecido e provido.” (REsp n. 125.406-RS, Quinta Turma, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ de 1.3.1999).

“Recurso em mandado de segurança. Administrativo. Servidor público estadual. Concurso. Estabilidade. Estágio probatório. Exoneração sem a devida apuração da sua capacidade. Exoneração imotivada. Insubstância.

– No caso **sub examine**, observamos algo singular, pois o servidor foi exonerado praticamente na mesma data em que obteria a estabilidade, além disso, os assentamentos funcionais estão repletos de elogios.

– *Este colendo Tribunal tem se manifestado no sentido de não ser possível que a Administração Pública anule concurso público realizado, inobservando o ato de posse dos aprovados sem a instauração do devido procedimento administrativo, pois, apesar de o servidor não possuir a garantia da estabilidade, a exoneração durante o estágio probatório só poderá ocorrer quando o concursado não demonstrar os requisitos para o exercício da função, apurados, não necessariamente em inquérito administrativo, mas em sindicância ou em outros meios sumários.*

– Precedentes da Turma (REsps n. 97.647-RJ e 106.818-PR).

– Recurso provido.” (RMS n. 9.714-RS, Quinta Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 14.9.1998).

“Administrativo. Recurso especial. Concurso público. Anulação. Candidatos aprovados e nomeados. Exoneração. Devido processo legal e ampla defesa. Inexistência. Súmulas n. 20 e 21 do STF.

– O pensamento construído no verbete da Súmula n. 473 do colendo Supremo Tribunal Federal, deve ser concebido com certa ponderação, pois, ainda que a Administração Pública tenha o poder de anular seus próprios atos, de ofício, quando eivados de ilegalidade, deve, no entanto, examinar as circunstâncias e conseqüências, com observância de requisitos formais e de conteúdo.

– *É tema pacífico na doutrina e na jurisprudência assentada dos tribunais que a exoneração de servidor público concursado e nomeado para cargo efetivo, mesmo no curso de estágio probatório, deve ser efetuada com observância do devido processo legal e do princípio da ampla defesa, não podendo a Administração, **ad nutum**, anular concurso público realizado, desconsiderando a situação dos candidatos em exercício, sem a instauração do procedimento administrativo próprio.*

– Incidência das Súmulas n. 20 e 21 do STF.

– Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 162.424-ES, Sexta Turma, Rel. Min. Vicente Leal, DJ de 11.5.1998).

“Administrativo. Concurso público. Nomeação. Anulação.

– Ilegalidade. Feita por força de aprovação em concurso, a nomeação não pode ser anulada ao nuto da Administração, à míngua do processo que enseje ampla defesa ao servidor nomeado em caráter efetivo.” (REsp n. 106.818-PR, Quinta Turma, Rel. Min. José Dantas, in DJ de 7.4.1997).

Ante todo o exposto, nego provimento ao recurso para manter a higidez da decisão **a quo**.

É como voto.

RATIFICAÇÃO DO VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): Srs. Ministros, com

esses esclarecimentos, e, **data venia** do eminente Ministro Gilson Dipp, mantenho o meu voto.

ESCLARECIMENTOS

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): Srs. Ministros, apenas gostaria de – antes de inclusive consultar algum colega, se persiste ou não no seu pronunciamento – esclarecer que se faz uma confusão entre as regras do edital e os requisitos para nomeação e posse. Esses requisitos são os da data desses atos, o edital não vincula Administração no que diz respeito à nomeação e posse. Se vinculasse, imaginemos que a pessoa fosse, na época dessa nomeação, portadora de uma doença que o incapacitasse para o exercício da função e nomeação, ela seria nomeada, mesmo assim.

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Sr. Presidente, além desse argumento, estou dizendo que a Recorrente não tem nenhum direito líquido e certo de que o servidor não tem, como dizem os Srs. Ministros...

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): Srs. Ministros, para arrematar, quero dizer que estou dando provimento parcial, não assegurando a ela a imediata nomeação e posse. Se preenchidos os requisitos, é que ocorrerá. A ele, se não me engano, não foi objeto da apreciação no recurso.

De maneira que, com esses esclarecimentos, escuto o esclarecimento do Sr. Ministro Jorge Scartezzini.

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini: Sr. Presidente, somente para realçar esse aspecto. Penso que a Administração poderia anular o certame, mas antes de chamar a primeira pessoa a ser nomeada. No instante em que ela efetiva uma nomeação resultante de um concurso, ela está subsumida ao edital por ela elaborado; ela não pode mais alterar, nem lei posterior pode alterar.

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): Mas a nomeação foi antes da lei. Se ela tivesse nomeado depois da lei, aí sim; mas antes da lei que se estabeleceu esse requisito...

Ante essa divergência, consulto o eminente Ministro Edson Vidigal para saber se quer pedir vista.

ESCLARECIMENTOS

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): Sr. Ministro Gilson Dipp, em decorrência do decurso do tempo e por não estar com os autos, gostaria que V. Ex.^a me esclarecesse o seguinte: a nomeação do primeiro concursado ocorreu antes ou depois da lei?

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Foi anterior à lei.

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O Sr. Ministro Edson Vidigal: Sr. Presidente, o curto debate e o circunstanciado, conquanto elucidativo voto do eminente Ministro Gilson Dipp, leva-me à reformulação do voto de adesão que proferi ao de V. Ex.^a e, nesse sentido, pedindo vênha para, reformulando, acompanhar o eminente Ministro Gilson Dipp.

É o voto.

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Sr. Presidente, também reformulo o meu pedido.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 10.446 – PE

(Registro n. 98.0092914-2)

Relator: Ministro Edson Vidigal
Recorrentes: Josefa Angelina Rodrigues Leite e outro
Advogada: Iza Maria Rocha Bione
Tribunal de origem: Tribunal Regional Federal da 5^a Região
Impetrado: Juiz Federal da 9^a Vara da Seção Judiciária do Estado de Pernambuco
Recorrida: União

EMENTA: Penal – Processual – Descaminho – Apreensão de veículo – Restituição – Propriedade – Comprovação – Mandado de segurança – Recurso.

1. Não se apreciam, nesta Instância, as provas documentais necessárias à comprovação da efetiva propriedade de veículo apreendido.

2. Não reconhecida a ilegalidade do ato impugnado, ficam afastadas a certeza e a liquidez do direito supostamente agredido.

3. Recurso a que se nega provimento.

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, mas negar-lhe provimento. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp, Jorge Scartezzini e José Arnaldo da Fonseca.

Brasília-DF, 16 de março de 2000 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Presidente.

Ministro Edson Vidigal, Relator.

Publicado no DJ de 12.6.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Edson Vidigal: Recurso em mandado de segurança interposto por Josefa Angelina Rodrigues Leite e Maria dos Anjos Santos, contra decisão do TRF da 5ª Região, assim ementada:

“Penal. Processual Civil. Processual Penal. Mandado de segurança para liberação de veículo apreendido. Descaminho.

1. Mandado de segurança que, insurgindo-se contra ordem judicial de exibição de documentos proferida em incidente de restituição de coisas apreendidas, objetiva a liberação de bem apreendido em razão de transportar mercadoria de procedência estrangeira, desacompanhada da documentação fiscal.

2. Impropriedade da via eleita, seja pelo fato do ato farpeado não

se demonstrar, nem mesmo em tese, abusivo ou ilegal, seja em face da circunstância de se pretender utilizar o *writ* em substituição ao incidente de restituição de bens constritos no juízo penal, ou como substitutivo do recurso idôneo à impugnação de **decisum** já proferido no incidente que tramitou na Instância **a quo**.”

Neste recurso, sustentam cabível a impetração, elencando precedentes favoráveis à admissibilidade daquela. Reclamam, finalmente, do próprio ato de apreensão do bem em inquérito penal, pugnando por sua restituição, eis que “realizada a instrução, não mais interessa ao processo a retenção do veículo” (fl. 112).

O Ministério Público, nesta Instância, é pelo não provimento do recurso.

Relatei.

VOTO

O Sr. Ministro Edson Vidigal (Relator): Sr. Presidente, a inconformação, como bem consignou o Ministério Público Federal (fl. 112), se dirige contra “o despacho do Juiz Federal, deferindo solicitação do Ministério Público para que Josefa Angelina Rodrigues Leite e Maria dos Anjos Santos fossem intimadas a apresentar cópias de documentos juntados”. Tal determinação, alegam as Recorrente, seria ilegal “porque já autenticados os documentos que comprovam ser Josefa a arrendatária do ônibus”.

O Código de Processo Penal, art. 6^o, II, permite a apreensão de bens, anteriormente mesmo a qualquer procedimento policial ou judicial – vale dizer, permite tal procedimento assim que a autoridade policial tenha conhecimento da infração penal.

Tudo, ressalte-se, de forma a tornar viável a descoberta de elementos instrutórios, a serem utilizados como meio de prova, de natureza acautelatória e coercitiva. Observo, por relevante, que, se a autoridade policial tem ao seu dispor os meios necessários à verificação da origem ilícita de algum bem – ou de sua utilização em evento criminoso –, lhe é defesa a precipitação e a quebra de formalidades essenciais.

Não me parece ser este o caso destes autos. Foram as Recorrentes judicialmente intimadas para apresentar cópias de documentação que comprovassem a propriedade do veículo em questão. Isto porque, consoante opinou o Ministério Público local, “não há prova incontestada, nos autos, de que a

impetrante Josefa Angelina Rodrigues Leite seja a efetiva proprietária do bem (salienta-se, a elevar as dúvidas quanto à alegada propriedade, haver sido o incidente de liberação interposto, não pela Impetrante, mas pela empresa Joafa Turismo Ltda, bem como haver o condutor do veículo apontado como proprietária Sônia Menezes, e não Josefa Angelina; destaca-se, ainda, a procuração de fl. 54, onde se outorga a Sônia Menezes amplos poderes para locar e alienar o bem). Como se entender que possa a Impetrante viver da renda do aluguel do ônibus se, na procuração já mencionada, dispensa-se a outorgada – Sônia Menezes – da prestação de contas?” (fl. 72).

Não se reconhece, portanto, a reclamada ilegalidade da decisão judicial impugnada, eis que proferida em acordo com os ditames legais. Não comprovada, de forma incontroversa, a propriedade do bem apreendido, jamais poderia o magistrado deferir o pedido formulado. Não há, nestes autos, certeza e liquidez do direito supostamente passível de agressão.

Por outro lado, em havendo, ainda, discussão acerca da efetiva propriedade do veículo, não é o mandado de segurança o meio idôneo a dirimir a controvérsia. Não se apreciam, nesta Instância, as provas documentais necessárias à legitimação da demanda.

Assim, nego provimento ao recurso.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 103.367 – SP

(Registro n. 96.0049546-7)

Relator: Ministro Gilson Dipp
Recorrentes: Maria Eloice de Almeida Lima e outros
Advogados: Fernando Fernandes e outro
Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Advogados: Anete Rodello e outros

EMENTA: Previdenciário – Pensão por morte acidental – Revisional – Remuneração variável – Renda mensal inicial – Cálculo – Reajustamentos – Lei n. 8.213/1991.

1. O benefício concedido após a CF/1988 e que foi inicialmente calculado com base na Lei n. 6.367/1976, deve ter recalculada a sua renda inicial, segundo os arts. 144, 28, 30 e 31 e reajustados os valores conforme o art. 41, tudo da Lei n. 8.213/1991.

2. No caso de remuneração variável, nos salários-de-contribuição deve ser incluída a parte variável, atualizando-os pelo INPC.

3. Se mais vantajoso ao segurado o salário-de-contribuição do mês do óbito acidentário deve ser tomado este, ao invés do salário-de-benefício calculado pela média dos salários-de-contribuição.

4. Recurso conhecido em parte e, nessa, provido.

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 parcialmente do recurso e, nessa parte, dar-lhe provimento. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Jorge Scartezzini e Felix Fischer. Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Ministros José Arnaldo da Fonseca e Edson Vidigal.

Brasília-DF, 9 de maio de 2000 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente em exercício.

Ministro Gilson Dipp, Relator.

Publicado no DJ de 5.6.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de ação revisional em que se busca a revisão do valor da pensão por morte acidental, concedida em 20.4.1989, desde a sua renda inicial calculada pelo INSS, no valor de NCz\$ 260,63.

A sentença deu pela procedência do pedido, mandando tomar como valor inicial o da remuneração fixa somada à variável do mês do acidente, no valor de NCz\$ 534,60, corrigindo-se as diferenças pela Súmula n. 26 do 2ª TAC-SP.

O acórdão reformou, em parte, a sentença para que a renda inicial

da pensão seja calculada sobre a média aritmética simples dos doze maiores salários-de-contribuição (parte fixa e variável) no período de dezoito meses anteriores, conforme arts. 18 e 37 do Decreto-Lei n. 79.037/1976.

Daí o recurso especial dos pensionistas fundado nas alíneas **a** e **c** do permissivo, insistente, em suma, em que tendo o recurso sido concedido já no advento da Lei n. 8.213/1991, com a retroação do seu art. 144, aplicável ao benefício essa norma que manda tomar o salário-de-contribuição do mês do acidente, se mais vantajoso ao segurado (art. 28, inc. I, da Lei n. 8.213/1991).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): O óbito do segurado beneficente ocorreu em 20.4.1989, após a CF/1988 (5.10.1988) – marco inicial da retroação do art. 144 da Lei n. 8.213/1991. Portanto, a lei de regência a considerar é a Lei n. 8.213/1991, no seu teor original, e não a Lei n. 6.367/1976 (**tempus regit actum**).

Ora, os arts. 28, 30 e 75 desta norma assim rezam:

“Art. 28. O valor do benefício de prestação continuada, inclusive o regido por norma especial, exceto o salário-família e o salário-maternidade, será calculado com base no salário-de-benefício.

§ 1^a Quando o benefício for decorrente de acidente do trabalho, considerar-se-á, ao invés do salário-de-benefício calculado de acordo com o disposto nesta Subseção, o salário-de-contribuição vigente no dia do acidente se mais vantajoso, aplicando-se-lhe o disposto no § 2^a do art. 29.

§ 2^a Entende-se como salário-de-contribuição vigente no dia do acidente o contratado para ser pago por mês, dia ou hora, no mês do acidente, que será multiplicado por trinta quando diário, ou por duzentos e quarenta, quando horário, para corresponder ao valor mensal que servirá de base de cálculo para o benefício.”

“Art. 30. Nos casos de remuneração variável, no todo ou em parte, qualquer que seja a causa da variação, o valor do benefício de prestação continuada decorrente de acidente do trabalho, respeitado o

percentual respectivo, será calculado com base na média aritmética simples:

I – dos 36 (trinta e seis) maiores salários-de-contribuição apurados em período não superior a 48 (quarenta e oito) meses imediatamente anteriores ao do acidente, se o segurado contar, nele, mais de 36 (trinta e seis) contribuições;

II – dos salários-de-contribuição compreendidos nos 36 (trinta e seis) meses imediatamente anteriores ao do acidente ou no período de que trata o inciso I, conforme mais vantajoso, se o segurado contar com 36 (trinta e seis) ou menos contribuições nesse período.”

“Art. 75. O valor mensal da pensão por morte será:

a) constituído de uma parcela, relativa à família, de 80% (oitenta por cento) do valor da aposentadoria que o segurado recebia ou a que teria direito, se estivesse aposentado na data do seu falecimento, mais tantas parcelas de 10% (dez por cento) do valor da mesma aposentadoria quantos forem os seus dependentes, até o máximo de 2 (duas);

b) 100% (cem por cento) do salário-de-benefício ou do salário-de-contribuição vigente no dia do acidente, o que for mais vantajoso, caso o falecimento seja consequência de acidente do trabalho.”

Ocorre que tendo sido concedido o benefício antes da publicação da Lei n. 8.213/1991, a pensão foi calculada com base na Lei n. 6.367/1976 e sem levar em consideração a parte variável da remuneração.

Urge, portanto, que seja incluída na remuneração a parte variável, desde o início da pensão, além de que, na forma dos arts. 144, 31 e 41 seja essa renda mensal inicial recalculada e reajustada, pagando-se as diferenças ocorrentes, a contar de 1.6.1992.

No recálculo, segundo os arts. 28, 30 e 31 os salários-de-contribuição levados em conta, conforme o caso, devem ser atualizados mês a mês, pela variação do INPC. Se mais vantajosa ao segurado deve ser levada em consideração a remuneração total do mês do acidente (NCz\$ 534,60).

Salienta-se que, em se tratando de benefício concedido após a CF/1988, não se aplicam nos reajustamentos as regras da Súmula n. 260-STF, nem as do art. 58 do ADCT/1988 como consta da perícia. Os reajustamentos observam, tão-só, o art. 41 da Lei n. 8.213/1991 e suas alterações posteriores.

É este o entendimento que exsurge da legislação transcrita e dos arts. 144, 31 e 41, desses teores:

“Art. 144. Até 1^a de junho de 1992, todos os benefícios de prestação continuada concedidos pela Previdência Social, entre 5 de outubro de 1988 e 5 de abril de 1991, devem ter sua renda mensal inicial recalculada e reajustada, de acordo com as regras estabelecidas nesta Lei.

Parágrafo único. A renda mensal recalculada de acordo com o disposto no **caput** deste artigo substituirá para todos os efeitos a que prevalecia até então, não sendo devido, entretanto, o pagamento de quaisquer diferenças decorrentes da aplicação deste artigo referentes às competências de outubro de 1988 a maio de 1992.”

“Art. 31. Todos os salários-de-contribuição computados no cálculo do valor do benefício serão ajustados, mês a mês de acordo com a variação integral do Índice Nacional de Preços ao Consumidor – INPC, calculado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, referente ao período decorrido a partir da data de competência do salário-de-contribuição até a do início do benefício, de modo a preservar os seus valores reais.”

“Art. 41. O reajustamento dos valores de benefícios obedecerá às seguintes normas:

I – é assegurado o reajustamento dos benefícios para preservá-los, em caráter permanente, o valor real da data de sua concessão;

II – os valores dos benefícios em manutenção serão reajustados, de acordo com suas respectivas datas de início, com base na variação integral do INPC, calculado pelo IBGE, nas mesmas épocas em que o salário mínimo for alterado, pelo índice da cesta básica ou substituto eventual.”

Assinale-se, por último, que as cotas de pensão, após o recálculo do art. 144 devem observar as porcentagens estabelecidas no art. 75 acima transcrito.

Ante o exposto, conheço em parte do recurso e, nessa parte, dou-lhe provimento, conforme assinalado acima.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 150.604 – PE

(Registro n. 97.0071130-7)

Relator: Ministro Jorge Scartezzini
Recorrente: União
Recorridos: Elayne Cavalcanti Soares e outros
Advogados: José Carmelo Marinho Alves

EMENTA: Processo Civil – Administrativo – Recurso especial – Servidor – Gratificação de Raios-X – Art. 1º, III, p, da Lei n. 8.852/1994 – Ausência de prequestionamento (Súmula n. 356/STF) – Dissídio pretoriano não comprovado – Art. 463 do CPC – Prequestionamento implícito – Ocorrência de erro material – Trânsito em julgado da sentença – Execução iniciada – Impossibilidade de correção.

1. Não enseja interposição de recurso especial matéria (art. 1º, III, p, da Lei n. 8.852/1994) que não tenha sido ventilada no v. julgado atacado e sobre a qual a parte não opôs os embargos declaratórios competentes, havendo, desta forma, falta de prequestionamento. Aplicação da Súmula n. 356 do colendo Supremo Tribunal Federal.

2. A teor do art. 255 e parágrafos do RISTJ, não basta a simples transcrição de ementas para apreciação da divergência jurisprudencial (art. 105, III, alínea c, da CF), devendo ser mencionadas e expostas as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, bem como juntadas cópias integrais de tais julgados ou, ainda, citado repositório oficial de jurisprudência. Como isso não ocorreu, impossível, também, sob este prisma, conhecer do recurso.

3. Quanto ao art. 463 do Código de Processo Civil, ocorre na espécie o chamado prequestionamento implícito, afastando-se, quanto a este tópico, a aplicabilidade da Súmula n. 356-STF para conhecer do recurso pela alínea a do permissivo constitucional. Este Superior Tribunal de Justiça firmou posicionamento, mediante sua Corte Especial, no sentido de que a violação a determinada norma legal ou dissídio sobre sua interpretação, não requer, necessariamente, que tal dispositivo tenha sido expressamente mencionado no v. acórdão do Tribunal de origem (cf. EREsps n. 181.682-PE, 144.844-RS e 155.321-SP).

4. Não pode o sentenciante, *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 se encontra esgotada, nos termos do art. 436 do Estatuto Processual Civil. A citação válida é pressuposto de existência da relação processual. Logo, não pode ser simplesmente considerada como um mero erro material, se esta foi dirigida contra parte ilegítima.

5. Ocorrência da preclusão da matéria, **pro judicato**, eis que, proferida a sentença de mérito, não pode mais o prolator inovar no processo, devendo a discussão ser realizada em outra via processual, no caso, a competente ação rescisória.

6. Recurso parcialmente conhecido e, neste aspecto, provido para, reformando o v. acórdão de origem, acolher a preliminar da União Federal e anular todos os atos processuais a partir da decisão de fls. 119/120, devendo a execução prosseguir em seus termos.

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 unanimidade, não conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, com quem votaram os Srs. Ministros José Arnaldo da Fonseca e Gilson Dipp. Ausentes, justificadamente, o Sr. Ministro Edson Vidigal e, ocasionalmente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília-DF, 18 de novembro de 1999 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Presidente.

Ministro Jorge Scartezzini, Relator.

Publicado no DJ de 1.8.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini: Trata-se de recurso especial em apelação cível, com fundamento no artigo 105, III, a e c, da Constituição Federal, interposto pela União Federal, contra o v. acórdão de fl. 198, prolatado pela Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região

que, à unanimidade, rejeitou as preliminares argüidas e, no mérito, negou provimento à apelação e à remessa oficial. O julgado encontra-se assim ementado, **verbis**:

“Administrativo. Processual Civil. Gratificação de Raios-X (40%). Redução.

‘Os erros materiais da sentença podem ser corrigidos a qualquer tempo, mesmo com o trânsito em julgado.’ (artigo 463 do Código de Processo Civil, com a anotação ‘10-A’ de **Theotonio Negrão**, 27ª edição, p. 348).

A ‘Gratificação de Raios-X’ integra a remuneração do servidor. Irredutíveis são os ‘vencimentos’, não a remuneração.

Mas é juridicamente impossível a redução do percentual da gratificação sob exame, ou da retribuição vencimental, sem que tenha havido alteração nas funções inerentes aos cargos ocupados pelas partes- autoras – o ordenamento jurídico-positivo em vigor, e a lógica (formal e deôntica) repudiam o enriquecimento sem causa.

Preliminares rejeitadas. Apelação e remessa oficial improvidas.”

Alega a Recorrente, nas razões do especial, em síntese, que o v. aresto guerreado violou, inicialmente, o art. 463 do Código de Processo Civil, posto que a sentença foi alterada depois de prolatada e transitada em julgado, e o art. 1º, III, p, da Lei n. 8.852/1994. Aponta, ainda, divergência jurisprudencial (fls. 201/209).

Contra-razões apresentadas às fls. 213/216.

Admitido o recurso à fl. 218, subiu o mesmo a esta Corte.

A douta Subprocuradoria Geral da República opina pelo conhecimento e parcial provimento do recurso, ao argumento de que, em preliminar, não comportaria ao juiz proferir novo julgamento, sob pena de extrapolar os limites permitidos pelo inciso I do artigo 463 do CPC, e, no mérito, ausente o requisito do prequestionamento, eis que o v. julgado recorrido não abordou o dispositivo legal dito como violado (fls. 223/225).

Vieram-me os autos conclusos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator): Sr. Presidente, o recurso

merece ser parcialmente conhecido pela alínea **a** e, neste aspecto, provido.

Aduz a Recorrente, com fulcro no art. 105, III, **a**, da Magna Carta, infringência ao disposto nos arts. 463 do Estatuto Processual Civil e 1^a, III, **p**, da Lei n. 8.852/1994.

Para melhor análise do caso, necessário se faz um breve resumo dos fatos.

Os Recorridos, funcionários aposentados do Inamps, ajuizaram ação ordinária contra o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, em 11.12.1990, objetivando a restauração do percentual de 40%, relativo à chamada “Gratificação de Raios-X”, que foi alterado para 10%, ao fundamento de ofensa a diversos dispositivos legais (fls. 2/7). Posteriormente, aditaram a inicial, requerendo a citação do Instituto-réu (fl. 49). Regularmente citado, o INSS argüiu, preliminarmente, a prescrição quinquenal das parcelas devidas a título de gratificação e, no mérito, aplicação do art. 58 do ADCT, que regulou a correção de eventuais benefícios previdenciários concedidos (fls. 56/60). A sentença foi prolatada às fls. 67/70, julgando-se procedente o pedido e condenando o Réu ao pagamento de custas e honorários advocatícios. *Consoante certidão de fl. 71 verso, o r. **decisum** monocrático transitou em julgado em 14.2.1992.* Iniciada a fase de execução, fl. 72, o referido Instituto (INSS) veio, às fls. 115/117, em 3.8.1992, solicitar sua exclusão da lide, por erro material, uma vez que não é parte no feito e sim o Inamps. Decidiu, então, o magistrado de 1^a instância (fls. 119/120), entendendo que poderia corrigir de ofício eventuais erros materiais, anular o processo desde a citação. Citado, desta feita, o Inamps, ofereceu o mesmo sua contestação às fls. 125/128. Posteriormente, integrou o feito, também devidamente citada, a União Federal, ora recorrente, apresentando sua contestação às fls. 155/157, explanando, **ab initio**, a nulidade total do processo, porquanto houve afronta à coisa julgada, não podendo o juiz anular, **ex officio** a sentença já prolatada e transitada em julgado. Proferida nova sentença (fls. 170/173), após afastar a preliminar de nulidade, ao entendimento de que os erros materiais podem ser corrigidos a qualquer tempo pelo prolator da decisão, julgou-se o pedido procedente, com a condenação da União Federal, sucessora do Inamps, em custas e honorários advocatícios. Inconformada, apelou a mesma (fls. 177/179), requerendo a anulação do r. **decisum** monocrático, reiterando os termos deduzidos na contestação. O deslinde de tal questão foi o v. acórdão ora atacado e objeto do presente recurso especial.

Fiz esta exaustiva explanação para demonstrar, explicitamente, a **aberratio iuris** ora posta à análise desta Corte.

Inicialmente, quanto à aduzida infringência ao art. 1^a, III, **p**, da Lei

n. 8.852/1994, observo que referida norma sequer foi aventada no v. aresto recorrido, posto que se discutiu apenas a redução da chamada “Gratificação de Raio-X”, de 40% para 10% e não, como previsto no citado mandamento, sua concessão ou supressão, razão pela qual, diante da falta de prequestionamento, aplico, quanto a este tópico, o enunciado Sumular n. 356 do STF.

Ademais, quanto ao cabimento do mesmo pela alínea c do permissivo constitucional, melhor sorte não assiste à Recorrente. Esta Turma tem entendido, reiteradamente, que, a teor do art. 255 e parágrafos do RISTJ, não basta a simples transcrição de ementas para apreciação do dissídio jurisprudencial, devendo ser mencionadas e expostas as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, bem como juntadas cópias integrais de tais julgados ou, ainda, citado repositório oficial de jurisprudência. *Como isso não ocorreu também, sob este prisma, não conheço do dissídio pretoriano aventado, por falta de comprovação.*

Todavia, no tocante à violação ao art. 463 do Código de Processo Civil, ressalto que, apesar de não constar qualquer registro no v. julgado a quo acerca do artigo supra, tratou este da matéria, não requerendo, necessariamente, a teor do decidido pela Corte Especial nos Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 181.682-PE, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro; 144.844-RS, Rel. Ministro Vicente Cernicchiaro e 155.321-SP, Rel. Ministro Hélio Mosimann, que tal dispositivo fosse expressamente mencionado no mesmo, ocorrendo, na espécie, o chamado prequestionamento implícito. Afasto, desta forma, a incidência da Súmula n. 356-STF, para, com tais premissas e quanto, exclusivamente, a esta afronta (art. 463 do CPC), *conhecer do recurso pela alínea a do art. 105, III, da CF*

Passo ao exame da matéria.

Os presentes autos estão eivados de nulidades. Isto já restou comprovado nos fatos acima narrados. Contudo, não pode o sentenciante, 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. 463 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 a sentença (art. 463, I).

Competente para corrigir a sentença é o próprio juiz que a proferiu. Trata-se de esclarecer uma declaração. 'É 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 prolatada às fls. 67/70, o douto juízo de 1ª instância e, posteriormente, o Tribunal de origem, ferindo princípios basilares do Direito Processual pátrio, como a coisa julgada material e formal e a segurança jurídica, transbordaram os limites permitidos pelo ordenamento processual. Tal ato é nulo por afronta ao art. 463 do Código de Processo Civil, uma vez que, esgotada a prestação jurisdicional e iniciado o processo de execução, não mais poderia modificá-la. Se o Instituto-réu entendeu, 6 meses após o trânsito em julgado da sentença, que havia erro quanto à sua eventual citação para compor a lide, o meio processual adequado seria o da ação rescisória e não o de simples petição nos autos. A citação válida (art. 214 do CPC) é pressuposto de existência da relação processual. Logo, não pode simplesmente ser considerada como um mero erro material, posto que não é. Por ser inerente ao trinômio juiz-autor-réu, é indispensável ao regular processamento e deslinde da lide.

Ocorreu preclusão da matéria, 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 officio 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).

Não se tratando da correção de inexatidões materiais, porquanto a

citação é, como já vimos, pressuposto processual de existência da relação jurídica, nem tampouco de retificar cálculos (inciso I) e, não tendo sido interpostos quaisquer embargos declaratórios (inciso II), concluo que o magistrado de 1ª instância extravasou 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 n. 40.892-MG, Rel. Ministro Barros Monteiro, DJU de 30.5.1994) – grifei.

“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 n. 37.266-SP, Rel. Ministro Cláudio Santos, DJU de 11.3.1996) – 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 n. 42.258-RJ, desta Quarta Turma (DJU de 20.6.1994). ... **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 e 473), sob pena de instaurar-se a insegurança jurídica.*

III – ... **omissis**.” (REsp n. 74.221-RS, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo, DJU de 2.2.1998) – grifei.

Se a execução será possível ou não contra o INSS; se este tem legitimidade ou não para figurar no pólo passivo da relação; se, devido ao tempo decorrido, será possível anular-se a sentença eivada de nulidades, são questões impossíveis de serem abordadas nesta via estreita do recurso especial. Ao Poder Judiciário cabe dizer o correto direito. Reconhecida a afronta à norma infraconstitucional, cabe a esta Corte Superior sanar tal vício.

Por tais fundamentos, *conheço parcialmente do recurso e, neste aspecto, dou-lhe provimento para, reformando o v. acórdão de origem, acolher a preliminar da União Federal e anular todos os atos processuais a partir da decisão de fls. 119/120, devendo a execução prosseguir em seus termos.*

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 152.224 – PB

(Registro n. 97.0074907-0)

Relator: Ministro Jorge Scartezzini
Recorrente: Universidade Federal da Paraíba – UFPB
Advogado: Francisco das Chagas Gil Messias
Recorrido: Paulo Manuel Moreira Souto
Advogado: Luís Fernando Pires Braga

EMENTA: Administrativo – Recurso especial – Procurador autárquico – Processo administrativo-disciplinar – Comissão – Constituição irregular (art. 149, c.c. 150, Lei n. 8.112/1990) – Nulidade.

1. É nulo o processo administrativo-disciplinar cuja comissão seja constituída por servidores que, apesar de estáveis, não sejam de grau hierárquico superior ou igual ao indiciado. Preserva-se, com isso, o princípio da hierarquia que rege a Administração Pública, bem como a independência e a imparcialidade do conselho processante, resguardando-se, ainda, a boa técnica processual. Inteligência dos arts. 149 e 150, ambos da Lei n. 8.112/1990, com as alterações trazidas pela Lei n. 9.527/1997.

2. Recurso conhecido, porém, desprovido.

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 unanimidade, conhecer do recurso, mas negar-lhe provimento. Votaram com o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer e Gilson Dipp. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Edson Vidigal.

Brasília-DF, 16 de maio de 2000 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Presidente.

Ministro Jorge Scartezzini, Relator.

Publicado no DJ de 7.8.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini: Cuida-se de recurso especial em apelação cível, interposto pela Universidade Federal da Paraíba – UFPB, com fundamento no artigo 105, III, **a**, da Constituição Federal, contra o v. acórdão de fl. 433, proferido pela Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região que, à unanimidade, negou provimento ao recurso. A ementa do julgado encontra-se expressa nos seguintes termos, **verbis**:

“Administrativo. Procurador autárquico. UFPB. Penalidade administrativa. Comissão de inquérito. Vício formal. Nulidade.

1. Não tendo a Administração garantido a imparcialidade, prevista pelo art. 150 da Lei n. 8.112/1990, ao indicar servidor de nível inferior para compor comissão de inquérito administrativo, ferindo, também, ao princípio da hierarquia funcional, impõe-se a nulidade de todo o processo administrativo-disciplinar.

2. Apelação improvida.”

Alega a Recorrente, na via do especial, em síntese, que o v. aresto guerreado violou o art. 149 da Lei n. 8.112/1990, ao argumento de que não há, na mencionada lei, nenhuma referência à necessidade de que os servidores membros da comissão disciplinar sejam funcionalmente de hierarquia superior à do servidor indiciado, exigindo-se tão-somente que os servidores indicados sejam estáveis e designados por autoridade competente (fls. 435/439).

Contra-razões apresentadas às fls. 443/447.

Admitido o recurso à fl. 450, subiu o mesmo a esta Corte.

A douta Subprocuradoria Geral da República opina pelo desproviamento do recurso (fls. 455/457), vindo-me os autos conclusos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator): Sr. Presidente, o recurso merece ser conhecido, porém, desprovido.

Aduz a Recorrente, com fundamento no art. 105, III, **a**, da Constituição Federal, que o v. julgado de origem infringiu o art. 149 da Lei n. 8.112/1990, ao entender necessário que os servidores membros da comissão disciplinar sejam de hierarquia superior ao indiciado, posto que a lei só exige que eles sejam estáveis. Estando a matéria devidamente prequestionada, mesmo que implicitamente, afasto a incidência da Súmula n. 356-STF *para conhecer do recurso*.

Passo a seu exame.

Não merece qualquer reparo a decisão colegiada **a quo**, que está assim vazada (fls. 429/430):

“Comprovado foi nos autos que a comissão processante, designada pelo Magnífico Reitor através da Portaria n. 128/1993, era composta pelos seguintes servidores:

- 1) Milton Lins de Brito – Técnico em Assuntos Educacionais;
- 2) Maurício do Carmo Tenório – Assistente Jurídico;
- 3) Milton Fernandes de Souza – Assistente em Administração.

Observa-se de pronto que dois servidores são de nível superior e um de nível médio. A UFPB, por sua vez, defende que, uma vez que não existe exigência legal no sentido de que todos os servidores, para compor uma comissão de inquérito, em processo administrativo-disciplinar, tenham que pertencer ao mesmo nível ou nível superior ao cargo do acusado, não haveria como se reconhecer vício formal na designação de servidores de nível inferior.

Que a Lei n. 8.112/1990 foi silente quanto ao **status** do servidor que deveria compor comissão de inquérito é incontestável, divergindo

do disposto na Lei n. 1.711/1952, que, categoricamente, previa a observância do nível dos cargos em que se encontravam os servidores, entretanto, diante de tal omissão, não se pode concluir que tal critério não deva ser observado, se, no próprio corpo da lei (art. 150), privilegia-se a independência e a imparcialidade da comissão. Para que tal independência ou imparcialidade possam ser exercidas, a Administração terá que oferecer condições para tal, tais como: não se utilizar do poder hierárquico para pressionar a conclusão da comissão nesta ou naquela posição, que se refere às influências externas, e não permitir que, entre os membros (influência interna), também, haja qualquer forma de coação, principalmente, psicológica, o que já justificaria que não fossem indicados servidores de nível inferior, não apenas em relação aos demais membros da comissão como, também, no que se refere ao servidor que foi indiciado. Logo, não se pode afirmar que não existe previsão legal para a indicação de servidores de nível igual ou superior para a composição da comissão de inquérito administrativo, pois que este é apenas um dos pressupostos para que se observe a imparcialidade prevista, taxativamente, na lei, além, também de fazer respeitar o princípio da hierarquia funcional e da impessoalidade (art. 37 da CF/1988), conforme bem asseverou o juízo monocrático.

Acolhido, então, vício formal da Portaria n. 128/1993, esta deve ser nula por tal fundamento, deixando, pois, esta relatoria de adentrar na análise de mérito das provas, quanto à inexistência, ou não, de falta funcional do apelado, para não prejudicar o julgamento administrativo que deverá ser feito, ante à nulidade ora decretada de todo o processo administrativo-disciplinar, pois se o inquérito foi nulo, todos os atos que o seguiram também o são.”

Na mesma esteira, **Hely Lopes Meirelles**, in *Direito Administrativo Brasileiro*, RT, SP, 15ª edição, p. 589, ao lecionar-nos que:

“O processo disciplinar deve ser instaurado por portaria da autoridade competente, na qual se descrevam os atos ou fatos a apurar e se indiquem as infrações a serem punidas, designando-se desde logo a comissão processante, a ser presidida pelo integrante mais categorizado. *A comissão especial ou permanente – há que ser constituída por funcionário efetivo, de categoria igual ou superior à do acusado, para que não se quebre o princípio hierárquico que é o sustentáculo dessa espécie de processo administrativo.*” – grifei.

Ora, como podemos notar, trata-se, na verdade, do princípio da hierarquia que rege a Administração Pública. Apesar da Lei n. 8.112/1990, em sua redação original não prever tal necessidade, a doutrina sempre entendeu-a pertinente, porquanto evita naturais constrangimentos de um superior ser julgado por um inferior, ferindo-se a boa técnica processual. Ademais, com as alterações trazidas pela Lei n. 9.527, de 11.12.1997, o legislador teve o cuidado de adotar tal tese doutrinária e, alterando a redação do art. 149 da Lei n. 8.112/1990, prescreveu que seu presidente deverá sempre ocupar “*cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado*”.

Mais não há que se perquirir.

Por tais fundamentos, *conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.*

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 205.738 – SP

(Registro n. 99.0018212-0)

Relator: Ministro Felix Fischer
Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo
Recorrido: Jeovane Gonçalves da Silva
Advogado: Acir de Matos Gomes

EMENTA: Penal e Processual Penal – Recurso especial – Lei n. 9.099/1995 – Suspensão condicional do processo – Majorante (crime continuado).

Para a verificação dos requisitos da suspensão condicional do processo (art. 89), a majorante do *crime continuado* deve ser computada (*Precedentes do STJ e do STF*).

Recurso 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 dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Gilson Dipp, Jorge Scartezzini e José Arnaldo da Fonseca. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Edson Vidigal.

Brasília-DF, 8 de junho de 2000 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Presidente.

Ministro Felix Fischer, Relator.

Publicado no DJ de 14.8.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, com fulcro no art. 105, III, alínea c, da Constituição Federal, contra v. acórdão da egrégia Décima Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo.

Narram os autos que o Recorrido foi denunciado por infração ao artigo 168, **caput**, (duas vezes), na forma do artigo 71, **caput**, ambos do Código Penal. O *Parquet* estadual recusou-se a oferecer a proposta de suspensão condicional do processo, por entender não estarem presentes seus pressupostos. Todavia, o douto magistrado de 1^a grau de jurisdição ofereceu o benefício da suspensão do processo nos termos do artigo 89 da Lei n. 9.099/1995, pelo prazo de dois anos, sendo aceita a proposta pelo Réu.

Irresignado, o Ministério Público Estadual interpôs recurso de apelação, alegando, em preliminar, ilegitimidade do magistrado para a proposta de suspensão condicional do processo. No mérito, aduziu que o benefício não poderia ser concedido ao Réu, em razão do não cumprimento do requisito objetivo. O recurso foi desprovido pelo egrégio Tribunal **a quo**, de acordo com a seguinte ementa, **in verbis**:

“A sentença que homologa transação suspendendo o processo nos moldes da Lei n. 9.099, pretendendo-se ser definitiva, é apelável.

Deixando o Ministério Público de oferecer a proposta de transação, por equivaler a direito público subjetivo do infrator, nada impede que o juiz a proponha.

Considerando que **lex specialis derogat lex generalis**, é inaplicável no âmbito dos Juizados Especiais Criminais o art. 28 do CPC.

Condenação anterior fulminada por prescrição quinquenal não impede a aplicação dos benefícios previstos pela Lei n. 9.099/1995.” (fl. 133).

Inconformado, o Ministério Público interpôs embargos de declaração, alegando ocorrência de omissão no v. julgado. O egrégio Tribunal **a quo** acolheu os embargos, com o seguinte entendimento:

“Para suplantar a omissão, esclareça-se que é entendimento desta Turma julgadora que a forma continuada, malgrado ultrapasse a pena de um ano, não impede a concessão da suspensão.” (fl. 152).

Daí o presente recurso especial, em que o Ministério Público alega que, como o Recorrido praticou, em tese, dois crimes de apropriação indébita, na forma continuada, por força no disposto no artigo 71, **caput**, do Código Penal, a pena mínima cominada abstratamente sofre uma majoração de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), ultrapassando, por conseguinte, o limite mínimo de um ano, previsto na Lei n. 9.099/1995, não sendo possível a proposta de suspensão condicional do processo.

Contra-razões às fls. 179/185.

O recurso foi admitido na Instância **a quo** e enviado a esta Corte.

A Subprocuradoria Geral da República ofereceu parecer pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): Alega o Recorrente que, como o Recorrido praticou, em tese, dois crimes de apropriação indébita, na forma continuada, por força no disposto no artigo 71, **caput**, do Código Penal, a pena mínima cominada abstratamente sofre uma majoração de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), ultrapassando, por conseguinte, o limite mínimo de um ano, previsto na Lei n. 9.099/1995, não sendo possível a proposta de suspensão condicional do processo.

Para que possa ocorrer a suspensão condicional do processo é básico que estejam preenchidos os requisitos do *art. 89 da Lei n. 9.099/1995*. E, em assim sendo, embora exista polêmica no tema, acerca do nível da pena mínima, entendo que as *majorantes* (circunstâncias legais de aumento da

pena) devam ser computadas. *Primeiro*, não há que se confundir ou mesclar a hipótese aventada com aquela prevista no *art. 119 do Código Penal*. *Nesta*, por óbvio, a *prescrição* se mede por delito, sob pena de tornar o concurso material, **ad absurdum**, mais benéfico que o crime continuado; *naquela, da suspensão*, o raciocínio não se aplica dada a diversidade dos fundamentos, ou seja, o benefício legal já existe pela majorante (crime continuado), evitando o concurso material, e, portanto, o desdobramento carece de sentido. *Segundo*, se a pena mínima é superior a um ano, então o caso não se ajusta ao disposto no *art. 89*. *Terceiro, ad argumentandum*, se os delitos *considerados* como em continuação delitiva estivessem sendo apurados em comarcas ou varas distintas, o oferecimento da suspensão encontraria óbice no **caput** do *art. 89* (cf. *STF*, HC n. 73.793-5, Rel. Ministro Maurício Corrêa, DJU de 20.9.1996, p. 34.536; *STJ*, RHC n. 5.571-RS, Rel. Ministro Edson Vidigal, DJU de 25.11.1996, p. 46.212). Pelo menos, este é o texto legal. Além do mais, não poderia o efeito da unidade de processo ditar a possibilidade da suspensão. *Quarta*, a carga de reprovação – ainda que, repetindo, provisória – em relação a um injusto não pode ser nivelada com a de dois ou mais. Seria, axiologicamente, igualar o que – em qualquer grau de conhecimento – é desigual. É o mesmo que asseverar que “tanto faz” um como vinte crimes. O escape, por outro lado, para as condições subjetivas, **data venia**, é propiciar uma incerteza denotativa que pode acarretar situação totalmente alheia ao controle judicial.

A questão jurídica tem precedentes nesta Corte, conforme se vê:

“Penal e Processual Penal. Recurso ordinário em **habeas corpus**. Lei n. 9.099/1995. Suspensão condicional do processo. Majorante (crime continuado).

I – Para verificação dos requisitos da suspensão condicional do processo (art. 89), a majorante do crime continuado deve ser computada.

II – A eventual divergência entre o agente do *Parquet* e o órgão julgador, acerca do oferecimento da suspensão se resolve, analogicamente, com o mecanismo do art. 28 do CPP.

Precedentes.

Recurso desprovido.” (RHC n. 7.779-SP, Quinta Turma, DJU de 13.10.1998).

“Processual Penal. Recurso especial. Homicídio culposo. Denúncia. Suspensão do processo. Lei n. 9.099/1995 (art. 89). Pena mínima cominada. Concurso de crimes.

– A expressão pena mínima cominada não superior a um ano, requisito necessário para a concessão do **sursis** processual, deve ser compreendida de modo restrito, sendo inadmissível o favor legal na hipótese de concurso de delitos, em que o somatório das penas mínimas ultrapassa ao citado limite.

– Recurso especial conhecido e provido.” (REsp n. 185.798-SP, Sexta Turma, Rel. Min. Vicente Leal, DJU de 15.5.2000).

“RHC. Penal e Processual Penal. Prisão preventiva. Nulidade por carência de fundamentação. Alegação prejudicada. Lei n. 9.099/1995. Art. 89. Suspensão condicional do processo. Concurso de crimes. Soma das penas mínimas superior a um ano. Impossibilidade de aplicação do benefício legal.

Superada a alegação de nulidade do decreto de prisão preventiva ante o encerramento da instrução criminal, sendo certo que, em caso de sentença condenatória, o magistrado forçosamente reavaliará a conveniência da manutenção da prisão, permitindo, ou não, que os réus apelem em liberdade.

‘Afasta-se da esfera de aplicação da suspensão condicional do processo os crimes com pena mínima não superior a um ano, mas cometidos em concurso formal, material ou em continuidade delitiva, se a soma das penas mínimas cominadas a cada delito ultrapassar aquele **quantum**.’ (EREsp n. 164.847-SP, Rel. Min. José Arnaldo, DJ de 29.11.1999).

Recurso conhecido, mas desprovido.” (RHC n. 9.090-RJ, Quinta Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU de 10.4.2000).

“Processual Penal. Crimes funcionais. Notificação prévia (CPP, art. 514). Ausência. Nulidade relativa. Suspensão do processo (Lei n. 9.099/1995, art. 89). Concurso de crimes. Impossibilidade. Dosimetria da pena. Fundamentação. **Habeas corpus**. Recurso.

1. A falta da notificação para que o funcionário público apresente defesa preliminar (CPP, art. 514) é causa de nulidade relativa, sendo

imprescindível para a sua decretação a alegação em tempo oportuno e a demonstração do prejuízo sofrido.

2. A suspensão do processo, prevista na Lei n. 9.099/1995, art. 89, não tem aplicação em relação aos crimes cometidos em concurso formal ou material e aos chamados crimes continuados, se a soma das penas mínimas cominadas a cada crime, computado o aumento respectivo, ultrapassar o limite de um ano.

3. Não se altera, em **habeas corpus**, reprimenda fixada em plena observância das circunstâncias judiciais do CP, art. 59.

4. Recurso a que se nega provimento.” (RHC n. 8.770-SP, Quinta Turma, Rel. Min. Edson Vidigal, DJU de 3.11.1999).

“Recurso ordinário em **habeas corpus**. Nulidade da citação. Retirada da proposta de conciliação para suspensão do processo anterior ao ato. Inocorrência de nulidade. Concurso formal de crimes. Consideração do aumento mínimo. Inaplicabilidade da Lei n. 9.099/1995. Recurso desprovido.

I – Não se reconhece alegação de nulidade do ato citatório se a retificação da denúncia – retirando proposta de suspensão do processo, além de não ter modificado o conteúdo ou a narrativa do fato, mas apenas o aspecto formal do feito, ainda ocorreu anteriormente à citação do acusado para interrogatório.

II – A suspensão condicional do processo, prevista no art. 89 da Lei n. 9.099/1995, é inaplicável aos crimes cometidos em concurso material, formal, ou em continuidade, se a soma das penas mínimas cominadas a cada crime, a consideração do aumento mínimo de 1/6, ou o cômputo da majorante do crime continuado, conforme o caso, ultrapassar o **quantum** de 1 ano. Precedentes.

III – Recurso desprovido.” (RHC n. 8.420-RS, Quinta Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU de 21.6.1999).

E, o *Pretório Excelso* apresenta este entendimento, como se vê no *RHC n. 80.143-SP*, Rel. Min. Sydney Sanches, j. em 13.6.2000 e do *HC n. 77.242-SP* (j. em 18.3.1999), ambos indicados no Informativo – STF, 193.

Voto pelo provimento do recurso.

RECURSO ESPECIAL N. 242.639 – SP

(Registro n. 99.0115839-7)

Relator: Ministro Felix Fischer
Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo
Recorrido: Fábio Aparecido Macedo (menor)

EMENTA: Estatuto da Criança e do Adolescente – Recurso especial – Remissão e medida sócio-educativa – Cumulação – Prescrição.

I – A remissão concedida pelo *Parquet* pode vir a ser acompanhada de medida sócio-educativa aplicada pelo juiz, observado o disposto no art. 127 do ECA.

II – As medidas sócio-educativas perdem a razão de ser com o decurso de tempo. Conseqüentemente, **a fortiori**, tratando-se de menores, é de ser aplicado o instituto da prescrição.

Recurso prejudicado.

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, julgar prejudicado o recurso, declarando prescrita a medida sócio-educativa. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Gilson Dipp, Jorge Scartezzini e José Arnaldo da Fonseca. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Edson Vidigal.

Brasília-DF, 8 de junho de 2000 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Presidente.

Ministro Felix Fischer, Relator.

Publicado no DJ de 14.8.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, com fulcro no art. 105,

III, **a e c**, da Constituição Federal, contra v. acórdão da Câmara Especial do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Narram os autos que ao Recorrido foi concedida remissão, cumulada com a medida sócio-educativa de prestação de serviços à comunidade por dois meses, por conduzir veículo sem habilitação. Assumindo novo magistrado, este julgou extinta a medida sócio-educativa, por entender incompatível a cumulação da remissão com a prestação de serviços à comunidade.

Irresignado, o Ministério Público estadual apelou ao egrégio Tribunal **a quo**, o qual negou provimento ao recurso, conforme o v. acórdão assim ementado, **in verbis**:

“Menor. Remissão cumulada com medida sócio-educativa de prestação de serviços à comunidade. Impossibilidade, por ausência do devido processo legal. Infringência ao contraditório e à ampla defesa. Recurso improvido.” (fl. 54).

Daí o presente recurso especial, em que o Ministério Público local pleiteia a reforma do v. acórdão recorrido, para o fim de reconhecer a validade da medida sócio-educativa, aplicada cumulativamente à remissão.

Não foram apresentadas contra-razões.

Admitido o recurso, subiram os autos a esta Corte.

A douta Subprocuradoria Geral da República ofereceu parecer pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Realmente, apesar da terminologia escolhida no termo de remissão (fl. 15), é inegável que, por ocasião do referido perdão pré-processual, o *Parquet* pode *indicar ou sugerir* a aplicação de medida sócio-educativa, observado, é claro, o disposto no art. 127 da Lei n. 8.069/1990.

In casu, a medida foi a de prestação de serviços à comunidade.

O entendimento desta Corte aponta para admissão da medida sócio-educativa, aplicada conjuntamente com a remissão:

“Estatuto da Criança e do Adolescente. Recurso especial. Remissão e medida sócio-educativa.

A remissão concedida pelo *Parquet* pode vir a ser acompanhada de medida provisória sócio-educativa aplicada pelo juiz, observado o disposto no art. 127 do ECA.

Recurso conhecido e provido.” (REsp n. 156.176-SP, Quinta Turma, DJ de 18.5.1998).

“Penal. Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990). Art. 127. Remissão. Medida sócio-educativa. Cumulação. Ausência. Constrangimento ilegal.

1. Não há falar em constrangimento ilegal decorrente da homologação pelo juiz de remissão concedida pelo Ministério Público, simultaneamente à aplicação de medida sócio-educativa – prestação de serviços à comunidade, ante a possibilidade de sua cumulação, *ex vi* do art. 127 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Precedentes.

2. Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 191.175-SP, Sexta Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 4.10.1999).

“Lei n. 8.069/1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Art. 127. Remissão. Medida sócio-educativa. Cumulação. Possibilidade.

1. É possível a cumulação entre a remissão, concedida pelo Ministério Público, e medida sócio-educativa de prestação de serviços à comunidade, aplicada pelo juiz. Não há constrangimento ilegal daí decorrente.

2. Recurso conhecido e provido.” (REsp n. 141.138-SP, Quinta Turma, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ de 14.12.1998).

Creio, no entanto, que o recurso ministerial se encontra prejudicado, em virtude da *prescrição*.

Os que repudiam a aplicação da prescrição em sede de ato infracional justificam o posicionamento ao fundamento de que as medidas sócio-educativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente não têm a mesma natureza jurídica das penas estabelecidas no ordenamento jurídico-penal. Entretanto, uma análise contextual e teleológica de tais medidas leva

inevitavelmente à conclusão diversa. De ver-se que os infratores são submetidos às *normas configuradoras de injustos* para a caracterização do denominado ato infracional (art. 103 do ECA), sujeitando-se, pois, a medidas restritivas de direitos e privativas de liberdade, às vezes, na prática, até mais gravosas que as impostas aos imputáveis. Portanto, não se pode negar que as medidas sócio-educativas têm, na realidade, uma certa conotação repressiva, ainda que formalmente sejam preventivas.

Amaral e Silva, nobre Desembargador do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, em palestra proferida na Universidade de Brasília, no Colóquio Internacional – Defesa de Direitos dos Adolescentes. A Contribuição da Universidade, teceu importantes considerações sobre a questão da natureza das medidas sócio-educativas:

“Não tenho a menor dúvida: juridicamente consideradas, as medidas sócio-educativas são retributivas, pedagógicas e, inclusive, *repressivas*.

São retributivas porque constituem resposta à prática de um ato infracional, portanto legalmente reprovável.

Só o autor do ato infracional (eufemismo que corresponde a crime ou contravenção penal – ECA, art. 103), pode ser *submetido* (apenado) a uma medida sócio-educativa.

Não se olvide: as medidas são impostas coercitivamente.

Não se diga que a possibilidade da remissão, da não imposição de qualquer medida ou a faculdade que tem o juiz de aplicar medidas de proteção retiram o caráter retributivo das medidas sócio-educativas, porquanto essas providências despenalizantes nada têm com a natureza da medida. Existem, inclusive, no Direito Penal Comum: a suspensão condicional do processo, da pena, o perdão judicial etc...

O caráter retributivo é visível na mais branda das medidas – a advertência –, onde o juiz admoesta, vale dizer, avisa, adverte, *repreende*.

São pedagógicas, porque têm caráter eminentemente educativo, mas são repressivas (do latim, **repressio**, de **reprimere** – reprimir, impedir, fazer cessar).

O caráter repressivo das medidas sócio-educativas não reflete o sentido vulgar da palavra, mas o significado técnico-jurídico de ‘oposição’, ‘resistência’, ‘impedimento’.

Como explica **De Plácido e Silva** no Vocabulário Jurídico:

‘As medidas impostas para *reprimir* podem chegar até o *castigo*. Mas, juridicamente, repressão não é castigo; é meio de fazer cessar, de fazer parar, de impedir ou de moderar adolescentes em conflito com a lei e a sociedade.’

As medidas sócio-educativas visam a *prevenir* e *reprimir* a delinquência juvenil, vale dizer, fazê-la parar relativamente ao agente e impedir ou moderar o fenômeno em relação aos demais adolescentes.

Admitir o caráter repressivo, *penal especial* (diferente do penal comum dos adultos), insisto, é útil aos direitos humanos de vítimas e vitimizadores.

É necessário superar o viés da ‘proteção’: ciente o aplicador da medida que, além de imposta, é repressiva, redobrar-se-á em cautelas para não impô-la sem critérios da fundamentação da despenalização, da excepcionalidade, da legalidade, da brevidade, da proporcionalidade e da resposta justa adequada.

Despenalização concretizada pela remissão pura e simples.

Proporcionalidade para impedir a imposição de medida severa por fato irrelevante.

Como as penas criminais, as medidas sócio-educativas são restritivas de direito (advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida) e privativas de liberdade (semiliberdade e internação).” (fls. 14/16).

Também sobre a natureza jurídica das medidas sócio-educativas escreveu **Marina de Aguiar Michelman**, em artigo publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 27, de julho-setembro de 1999, p.p. 212/213:

“Segunda razão avalizadora da adoção do instituto da prescrição no ECA condiz com a própria natureza da medida sócio-educativa. Já se demonstrou ao longo deste artigo ser errônea a concepção de medida sócio-educativa como resposta estatal pedagógica e não punitiva. De acordo com a mais moderna doutrina, as medidas sócio-educativas são, tanto quanto as sanções penais, mecanismos de defesa social. Embora distingam-se das penas pela preponderância do caráter pedagógico sobre o punitivo, não deixam de lado o propósito intimidativo e expiatório próprio da pena, eis que autorizam a ingerência do Estado

na liberdade individual do adolescente para lhe impor, coercitivamente, em programa pedagógico, seja mediante privação de liberdade, seja pela iminência de reversão da medida em meio plena ou parcialmente aberto para internação-sanção, na forma do artigo 122, inciso III, do ECA.

Desta forma, pela restrição total, parcial ou potencial ao direito fundamental de ir e vir do adolescente, torna-se inconveniente franquear ao exclusivo arbítrio do juiz o poder de aplicar ou executar tais medidas independentemente do lapso temporal já transcorrido. Ora, se o legislador penal limita a possibilidade de aplicação ou execução da pena pelo escoamento temporal ao imputável, discriminar o autor de ato infracional, dentro da dimensão retributiva e restritiva de liberdade guardada no bojo de toda medida sócio-educativa, à exceção da de advertência, que se esgota em si mesma, afiguraria nítido atentado ao princípio constitucional da isonomia (art. 5^o, **caput**, da Constituição Federal).”

Ainda sobre o tema, vale consignar o ensinamento de **Rosaldo Elias Pacagnan**, Juiz de Direito do Estado do Paraná, em artigo publicado na RJ n. 211, p. 22:

“No caso do ato infracional poderia-se argumentar, de chofre, que a prescrição – prevista para o direito de punir do Estado, nas ações criminais –, não poderia incidir, visto que não há pena nem punibilidade, a aplicação da medida sócio-educativa é facultativa (art. 112) e não há expressa previsão legal.

Não penso assim.

A uma, porque a medida sócio-educativa, já disse, tem seu aspecto de pena. Queira-se ou não denominá-la assim, trata-se de uma sanção, uma ordem imposta ao adolescente.

Para efeito de comparação, a multa é um dos tipos de pena na legislação penal, porém existem medidas sócio-educativas de limitação e privação da liberdade do adolescente infrator (arts. 120 e 121).

Qual é, nesse caso, a mais grave? A pena ou a medida sócio-educativa? Óbvio que a última. Ademais, há até penas-medidas iguais como a prestação de serviços à comunidade. Não deve prevalecer, pois, a simples nomenclatura, mas o ímago da imposição estatal.

A medida sócio-educativa, pois, também é punitiva. Mesmo a pena por crime, é sabido e proclamado na Lei de Execução Penal, tem seu lado sócio-educativo: pune-se e tenta-se, com a punição, reeducar.”

Na hipótese vertente, o menor foi surpreendido dirigindo sem habilitação em 25 e julho de 1997, praticando o ato infracional correspondente ao artigo 32 da Lei de Contravenções Penais, cuja pena prevista, se praticado por adulto penalmente imputável, seria a de multa.

Ao menor foi concedida remissão, cumulada com a medida sócio-educativa de prestação de serviços. O egrégio Tribunal **a quo**, em sede de apelação, decretou a impossibilidade da cumulação da remissão com medida sócio-educativa.

Importante salientar as conseqüências jurídicas do caso sob análise, se a infração fosse praticada por adulto imputável, aplicando-se as normas do Código Penal. Se o Recorrido fosse imputável, menor de 21 anos, razão pela qual o prazo prescricional se reduz à metade, considerando ser de multa a pena atribuída à contravenção, já estaria de longe prescrita a pretensão punitiva do Estado. Destarte, não aplicar o instituto da prescrição aos atos infracionais significa criar situações bem mais severas e duradouras aos adolescentes do que em idênticas situações seriam impostas aos imputáveis, o que seria de todo irrazoável.

Neste ponto, vale aqui destacar os fundamentos expostos no voto-condutor do v. acórdão exarado na Apelação Criminal n. 99.00762-6, do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, cuja relatoria coube ao Desembargador Amaral e Silva:

“O que não se admite no Estatuto (Direito Penal Juvenil) são respostas mais severas e duradouras do que em idênticas situações seriam impostas aos condenados adultos.

Os princípios da legalidade estrita, da retributividade temperado pela possibilidade da remissão, do caráter *predominantemente pedagógico e excepcional* das medidas sócio-educativas, constituem *garantias de natureza penal* (Direito, Ciência e Norma), que não podem ser negadas aos infratores do Estatuto da Juventude, muito menos as causas de extinção da punibilidade.

Ora, se os adolescentes respondem por atos infracionais, submetendo-se às medidas restritivas de direitos e até privativas de liberdade impostas através de ação judicial, é claro que têm direito subjetivo à prescrição. Do contrário, seria admitir para os adolescentes sistema mais rígido do que o dos adultos.

A prescrição, garantia até do direito natural, não pode ser negada aos adolescentes sob o argumento de terem as medidas sócio-educativas

caráter educativo de ressocializador, porquanto também têm essa característica as penas criminais.

Tenha-se presente: estivesse o apelante submetido ao Código Penal, a ação estaria prescrita. Não sofreria qualquer restrição de direitos. Não prestaria serviços à comunidade, não sujeitaria a liberdade vigiada (**probation**) eufemismo denominado liberdade assistida.

Como admitir numa lei de proteção integral que, por ser adolescente, esteja o apelante submetido à ação judicial e a possíveis restrições de direitos que não sofreria se fosse adulto?” (fls. 9/10).

Neste mesmo sentido, o egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina se manifestou em diversos acórdãos, v.g., AP n. 99.000423-6, Rel. Desembargador Paulo Gallotti; AP n. 99.004156-5, Rel. Desembargador Nilton Macedo Machado; AP n. 99.002135-1, Rel. Desembargador Nilton Macedo Machado; AP n. 98.015261-5, Rel. Desembargador José Roberge; HC n. 99.000311-6, Rel. Desembargador Amaral e Silva, dentre outros.

Há de se atentar outrossim ao fundamento da prescrição da pretensão punitiva. Consoante **Damásio E. de Jesus** (Prescrição Penal, 10ª edição, São Paulo, Saraiva, 1995, p. 22), a prescrição, em face de nossa legislação penal, tem tríplice fundamento: o decurso do tempo (teoria do esquecimento do fato), a correção do condenado e, por fim, a negligência da autoridade. Todos estes fundamentos aplicam-se ao ato infracional. **In casu**, passados anos que o, à época, menor foi surpreendido dirigindo veículo sem habilitação, a medida sócio-educativa não tem mais fundamento, pois o transcurso do tempo tornou destituída de conteúdo a prevenção genérica e específica que adviria da sua aplicação.

Destarte, o recurso ministerial está prejudicado, declarando-se a prescrição da medida sócio-educativa.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 244.002 – SP

(Registro n. 99.0120516-6)

Relator: Ministro Felix Fischer

Relator p/ acórdão: Ministro Gilson Dipp

Recorrentes: Leonídia Nogueira Amador e outros
Advogados: Antônio José de Sousa Foz e outros
Recorrido: Município de São Paulo
Advogados: Marli do Amaral Alves e outros

EMENTA: Recurso especial – Administrativo – Processual Civil – Servidores públicos municipais – Reajuste de vencimentos – Interpretação da legislação local (Leis n. 10.688/1988, 10.722/1989 e 11.722/1995) – Impossibilidade – Súmula n. 280-STF – Aferição do direito adquirido – Invocação da LICC – Matéria constitucional – Inadequação da via eleita.

1. Após a proclamação da Carta Política de 1988, os institutos referentes à proteção do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI), ganharam **status** constitucional. Desta forma, esta Corte vem entendendo que a aferição do direito adquirido consubstanciado na violação aos artigos 2º, § 1º; e 6º, § 2º, ambos da Lei de Introdução ao Código Civil, tornou-se inviável dentro do contexto normativo do recurso especial.

2. No mesmo sentido, o manejo do recurso especial reclama violação ao texto *infraconstitucional federal*, sendo defeso ao Superior Tribunal de Justiça reexaminar a aplicação de legislação local, cuja apreciação – *soberana* – compete à Corte Estadual, a teor do verbebo Sumular n. 280-STF. Com isso, é preciso reafirmar a missão constitucional desta Corte, pois não é tribunal de apelação, não se trata de 3º grau de jurisdição e não pode servir como instrumento obstaculizador da longa e exaustiva atividade jurisdicional prestada nos graus de jurisdição originários.

3. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Retomado o julgamento, a Turma, por maioria, não conheceu do recurso, vencido o Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Jorge Scartezzini e José Arnaldo da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Gilson Dipp, que lavrará o acórdão. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Edson Vidigal.

Brasília-DF, 16 de maio de 2000 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Presidente.

Ministro Gilson Dipp, Relator p/ acórdão.

Publicado no DJ de 12.6.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Leonídia Nogueira Amador e outros interpuuseram recurso especial com fulcro no art. 105, III, alínea **a**, contra decisão do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no sentido de que o reajuste dos vencimentos dos servidores públicos municipais de São Paulo no mês de fevereiro de 1995 deve ser feito pelos critérios previstos na Lei Municipal n. 11.722/1995, mesmo tendo esta vindo a lume no dia quatorze do referido mês. Considerou o v. acórdão que a retroação determinada na Lei n. 11.722/1995 não feriu direito adquirido do servidor ao reajuste pelos critérios da legislação revogada.

Alegam os Recorrentes violação ao § 2^a do art. 6^a da LICC. Sustentam que os servidores têm direito adquirido ao reajuste relativo ao mês de fevereiro de 1995, na forma prevista na legislação revogada, porquanto esta determinava a aplicação do índice de variação inflacionária do mês anterior sobre os vencimentos. Assim, argumentam, ao entrar em vigor a lei nova, todos os elementos necessários à aplicação do reajuste pelos índices de janeiro de 1995 já estavam estabelecidos e consolidados.

O recurso não foi admitido perante o egrégio Tribunal **a quo**, subindo os autos posteriormente pela via do agravo de instrumento.

A douta Subprocuradoria Geral da República se pronunciou pelo não conhecimento do recurso.

É o relatório.

VOTO-VENCIDO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): Inicialmente, cabe tecer algumas considerações quanto ao conhecimento do recurso.

A discussão recai sobre violação a direito adquirido dos servidores municipais, apontando-se ofensa ao art. 6^a da LICC. Embora haja diversos precedentes desta Corte considerando que, nesses casos, não se pode conhecer do recurso especial porque a matéria é de natureza constitucional, a **questio**, no entanto, não é pacífica.

No âmbito desta Turma, quando relator de casos idênticos, nos quais se tratava do direito adquirido dos servidores municipais de São Paulo ao reajuste de fevereiro de 1995 pela legislação anterior, inicialmente apreciei o mérito da discussão, concedendo parcialmente aos servidores o reajuste na forma pleiteada. É o caso, por exemplo, do REsp n. 162.017-SP, DJU de 31.5.1999, e do REsp n. 206.241-SP, DJU de 16.8.1999.

Posteriormente, no entanto, em face do entendimento que havia se firmado nesta Turma sobre a impossibilidade de se conhecer do apelo raro em que se discute a aplicação do art. 6^a da LICC, por envolver matéria constitucional, ressalvei meu entendimento anterior para também não conhecer do recurso (REsp n. 237.739-SP, DJU de 28.2.2000, e REsp n. 238.133-SP, DJU de 8.3.2000, por exemplo).

Recentemente, no entanto, o colendo Supremo Tribunal Federal, por sua egrégia Primeira Turma, ao apreciar o AgRg no Ag n. 135.632-4-RS (DJU de 3.9.1999), fez distinção entre os planos normativos que tratam do direito adquirido. A questão foi magistralmente apreciada em voto proferido pelo eminente Ministro Celso de Mello no processo citado, **verbis**:

“Impõe-se enfatizar, de outro lado, que o debate veiculado na resolução da causa pelo Tribunal **a quo** cingiu-se, na concreção do seu alcance, à discussão em torno de aspectos *meramente legais* pertinentes à *noção de direito adquirido*, tal como esta resulta da norma inscrita no art. 6^a, § 2^a, da Lei de Introdução ao Código Civil, tanto que a parte ora recorrente, *reconhecendo a ocorrência dessa particular situação*, fez consignar, em sua petição recursal, de modo absolutamente inequívoco, que, ‘como se vê, dissentindo o aresto recorrido do Supremo Tribunal Federal acerca do que se deva constituir ‘direito adquirido’ para fins de proteção constitucional, o *que é matéria de lei federal (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 6^a, § 2^a)*, é indiscutível o cabimento do RE também pela letra **d** do inciso III do artigo 119 da Constituição Federal’ (fls. 541 – *grifei*).

Ao proferir a decisão ora agravada, e tendo presente a perspectiva em que posta a discussão da matéria em referência *pela própria Parte-recorrente*, acentuei que *inexiste*, em nosso ordenamento positivo, *qualquer* definição *constitucional* de direito adquirido.

A parte ora recorrente entende revelar-se improcedente essa afirmação, pois a matéria concernente ao direito adquirido ‘é eminentemente constitucional’ (fl. 731), especialmente em face de sua referência tópica no próprio capítulo pertinente aos direitos fundamentais.

Tenho para mim que, *também neste ponto*, não assiste qualquer razão à parte ora recorrente, pois *não se pode confundir* a configuração conceitual de direito adquirido (que se radica no plano estritamente legal), *de um lado*, com o princípio inerente à proteção das situações definitivamente consolidadas, *de outro*, pois é apenas a *tutela* do direito adquirido – e não o conteúdo material de sua noção – que ostenta natureza constitucional, a partir da cláusula de salvaguarda inscrita no art. 5^º, XXXVI, da Carta Política.

Na realidade, o *conceito* de direito adquirido ajusta-se à concepção que lhe dá o próprio legislador ordinário, a quem assiste a prerrogativa de definir, normativamente, o conteúdo evidenciador da idéia de situação jurídica definitivamente consolidada.

Cumpra registrar, bem por isso, o autorizado magistério de **Rubens Limongi França**, que, *ao sustentar o caráter ordinário do conceito de direito adquirido*, expende as seguintes e procedentes observações:

‘A Constituição vigente determina simplesmente o respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. Não apresenta, como se deu com a Lei de Introdução ao Código Civil, bem assim a Lei n. 3.238, de 1957, uma definição de direito adquirido. De onde a questão: o conceito de direito adquirido constitui matéria constitucional ou de caráter ordinário?’

Duas circunstâncias nos *levariam* a considerar a idéia da sua natureza constitucional: primeiro, *se* o legislador a tivesse consagrado no texto; segundo, o fato de, ao referir o direito adquirido, ter em vista um conceito já estratificado em nossa mentalidade jurídica.

Não obstante, sustentamos o contrário.

A previsão, no texto constitucional, *que não existe*, ainda que houvesse, não traria como conseqüência o corolário de que **de natura** o assunto apresenta caráter constitucional. Por outro lado, a realidade jurídica, em face das leis extravagantes e do teor dos pronunciamentos dos nossos colégios judicantes, nos mostra que, muito embora a Constituição tenha consagrado um instituto de bases assentadas na consciência jurídica nacional, essas bases não são rígidas e absolutas, mas sujeitas, em vários dos seus aspectos, a mutações e aprimoramentos.

Desse modo, formular na Constituição um conceito de direito adquirido implicaria em subtrair-lhe muitas das suas possibilidades de progresso, tanto através da doutrina e da jurisprudência, como da própria legislação extravagante.

Ao legislador ordinário, portanto, compete estabelecer os limites do conceito de direito adquirido, propiciando, assim, o roteiro para a respectiva elaboração no direito científico e nos pronunciamentos judiciais.” (Direito Intertemporal Brasileiro, p.p. 403/404, 2ª ed., 1968, RT – grifei).

A compreensão dessa questão jurídica situa-se, pois, em nosso sistema de direito positivo, *em sede meramente legislativa*. Sendo assim, e tendo-se presente o contexto normativo que vigora no Brasil, *é na lei*, e nesta, somente – enquanto **sedes materiae** que é do tema ora em análise – que repousa o delineamento dos requisitos concernentes à caracterização do exato significado da expressão *direito adquirido*.

É ao *legislador comum*, portanto – sempre a partir de uma livre opção doutrinária feita dentre as *diversas* correntes teóricas que buscam determinar o sentido conceitual desse instituto – que compete definir os elementos essenciais à configuração do perfil e da noção mesma de direito adquirido.

É de ter presente, por isso mesmo – e tal como enfatiza o magistério doutrinário (**Caio Mário da Silva Pereira**, Instituições de Direito Civil, vol. I/129-156, 5ª ed./3ª tir., 1980, Forense; **Vicente Ráo**, O Direito e a Vida dos Direitos, vol. I, tomo II/440-441, nota n. 305, 1952, **Max Limonad**) –, a ampla discussão, que travada entre os adeptos da *teoria subjetiva* e os seguidores da *teoria objetiva*, influenciou o legislador ordinário brasileiro, em momentos sucessivos, na elaboração da Lei de Introdução ao Código Civil (*LICC*), pois, como se sabe, a *LICC de 1916* (que entrou em vigor em 1917) consagrou em seu texto a doutrina sustentada pelos *subjetivistas* (art. 3ª), enquanto a *LICC de 1942* prestigiou a teoria formulada pelos *objetivistas* (art. 6ª), *muito embora* o legislador, com a edição da Lei n. 3.238/1957, que alterou a redação do art. 6ª da *LICC 1942*, houvesse retomado os cânones inspiradores da formulação doutrinária de índole subjetivista que prevaleceu, sob a égide dos princípios tradicionais, na vigência da *primeira* Lei de Introdução ao Código Civil (1916).

Essa circunstância basta para evidenciar, a partir de dados concretos de nossa própria experiência jurídica, que a posituação do *conceito normativo de direito adquirido*, ainda que suscetível de ser veiculado em sede constitucional, submete-se, no entanto, **de lege lata**, ao plano estrito da atividade legislativa *comum*.

Desse modo, *e ainda que a proteção ao direito adquirido assuma estatutura constitucional* – consagrada que se acha em norma de sobre-direito que disciplina os conflitos das leis no tempo (CF, art. 5^a, XXXVI) –, é irrecusável que a definição dos **essenciais** que compõem o próprio núcleo conceitual de direito adquirido subsume-se, no delineamento de seus aspectos materiais e estruturais, ao *exclusivo* domínio normativo da lei comum.

Sendo assim, cumpre enfatizar que, no plano da dogmática jurídica brasileira pertinente ao conflito intertemporal de leis, a noção de *direito adquirido* sempre emergirá, no processo de reconhecimento de sua configuração conceitual, da análise, *prévia e necessária*, do preceito inscrito no art. 6^a, § 2^a, da LICC/1942, que encerra, *em seu conteúdo material*, a própria definição do instituto em causa.

O grau de *proteção constitucional* do direito adquirido está, pois, na dependência direta do conceito dado pelo legislador comum a essa específica situação jurídica.

Isso significa que a *maior* ou *menor* extensão da tutela constitucional derivada da cláusula de salvaguarda inscrita no art. 5^a, XXXVI, da Carta Federal estará *sempre* condicionada pelo próprio conteúdo do conceito de direito adquirido que emanar, *em termos mais ou menos abrangentes*, da norma meramente legal em que se assentar.”

No mesmo sentido: AgRg no Ag n. 195.616-RS, Relator Min. Sydney Sanches, Primeira Turma, DJU de 3.4.1998.

Assim sendo, nos termos do entendimento acima transcrito, percebe-se que o apelo raro deve ser conhecido, porquanto não se pode negar à matéria atinente ao direito adquirido dos servidores públicos ao reajuste pleiteado sua natureza também infraconstitucional, tendo em vista a previsão expressa contida no art. 6^a, § 2^a, da LICC.

Saliente-se ainda que em julgamento recentíssimo, noticiado no Informativo STF n. 185, o Plenário do colendo Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o RE n. 226.855-RS, Rel. Min. Moreira Alves, “em que se discute

se há direito adquirido à aplicação dos índices de correção monetária em face dos planos de estabilização econômica nas contas vinculadas ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, o Tribunal, por maioria, considerando que a decisão do acórdão recorrido se fundou exclusivamente no art. 5^ª, XXXVI, da CF, rejeitou a preliminar suscitada pelo Ministro Marco Aurélio no sentido de que o recurso estaria prejudicado porque o acórdão recorrido teria duplo fundamento, constitucional e legal, este último não atacado, incidindo o verbete de Súmula n. 283 (...). Esta decisão, embora negue a tese acima exposta de que o direito adquirido é matéria que deva ser, *necessária e previamente*, apreciada à luz do ordenamento infraconstitucional, por outro lado *não quer dizer* que ela seja *exclusivamente* vinculada ao plano constitucional. Em outras palavras, é inegável que a questão atinente ao direito adquirido é *também* regulada pela legislação ordinária, donde se conclui que, por isso, pode (e deve) ser apreciada em sede de recurso especial, que é o instrumento processual adequado à análise de violação à lei federal (art. 105, III, da CF).

No mérito, o recurso deve ser parcialmente provido.

O art. 2^ª da Lei Municipal n. 10.688/1988, com redação dada pela Lei n. 10.722/1989, dispunha o seguinte:

“Art. 2^ª A partir do mês de março de 1989, os valores dos padrões de vencimentos do funcionalismo municipal serão reajustados, mensal e automaticamente, pelo Executivo, com base na variação do Índice de Custo de Vida do Dieese – ICVD, entre o mês do reajustamento e o mês imediatamente anterior.

Parágrafo único. No caso de extinção ou suspensão da divulgação do Índice de Custo de Vida do Dieese, aplicar-se-á, para o reajustamento de que trata o *caput* deste artigo, o Índice de Preços ao Consumidor – IPC e, na hipótese de extinção deste, qualquer outro índice criado, para substituí-lo em suas finalidades, pelo Governo Federal.”

A Lei n. 11.722, de 13 de fevereiro de 1995 (DOM de 14.2.1995), revogou aqueles diplomas legais, estabelecendo reajuste quadrimestral dos valores dos padrões de vencimentos do funcionalismo municipal, mas estabelecendo, em seu art. 7^ª, que seus efeitos deveriam retroagir até o dia 1^ª de fevereiro de 1995.

O egrégio Supremo Tribunal Federal firmou sua jurisprudência no sentido de que não há direito adquirido a vencimentos de funcionários públicos, nem direito adquirido a regime jurídico instituído por lei. Desta forma, não se pode alegar que a lei nova (11.722/1995) não poderia mudar o regime de reajuste estabelecido pelas Leis n. 10.688 e 10.722.

Por outro lado, a retroação prevista na lei nova mostra-se ilegal, pois viola direito adquirido dos servidores ao reajuste mensal previsto em lei, e não poderia gerar efeitos pretéritos, alcançando situação já consolidada pelos destinatários da norma até então vigente.

Se a Lei n. 11.722/1995 entrou em vigor em 14 de fevereiro, até o dia treze os servidores tinham assegurado o reajuste na forma da lei anterior, ou seja, pela variação do ICVD do Dieese. Se não é possível prorrogar os efeitos das Leis n. 10.688 e 10.722 até o fim do mês, também não é possível subtrair dos servidores o direito que adquiriram a cada dia laborado até a vigência da lei nova. Não procede o argumento expendido pelos servidores de que o direito já estaria adquirido para o mês inteiro, pois o direito à remuneração é adquirido a cada dia trabalhado.

Até a data do início da vigência da lei nova, portanto, os servidores não tinham apenas mera expectativa de direito, mas efetivamente o direito adquirido ao reajuste na forma anteriormente determinada.

Esse foi o entendimento adotado pelo Pretório Excelso sobre a aplicação do Decreto-Lei n. 2.425/1988:

“Funcionário público. Reajuste. Aplicação imediata do artigo 1º, **caput**, do Decreto-Lei n. 2.425/1988.

Recentemente, o Plenário desta Corte, ao julgar o RE n. 146.749, decidiu que, não havendo direito adquirido a vencimentos nem a regime jurídico, o artigo 1º, **caput**, do Decreto-Lei n. 2.425/1988 é de aplicação imediata, tendo os funcionários direito apenas ao reajuste, calculado pelo sistema do artigo 8º, § 1º, do Decreto-Lei n. 2.335, com relação aos dias do mês de abril anteriores ao da publicação daquele decreto-lei (ou seja, os sete primeiros dias do mês de abril de 1988, uma vez que o referido artigo 1º, **caput**, entrou em vigor no dia oito de abril de 1988, data em que foi publicado, pois não sofreu alteração na republicação feita no dia onze do mesmo mês), bem como ao de igual valor, não cumulativamente, no mês de maio seguinte.

Recurso extraordinário conhecido, e, em parte provido.” (RE n. 180.114-PI, Rel. Min. Moreira Alves, DJU de 4.8.1995).

“Suspensão, em 7.4.1988, pelo artigo 1º, **caput**, do Decreto-Lei n. 2.425/1988, dos reajustes, pela Unidade de Referência de Preços (URP), dos vencimentos de abril e maio de 1988.

A jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que não há direito adquirido a vencimentos de funcionários públicos, nem direito adquirido a regimento jurídico instituído por lei. Precedentes do STF. Conseqüentemente, diploma legal novo, que reduza vencimentos (inclusive vantagens), se aplica de imediato, ainda que no mês em curso, pois alcança o período de tempo posterior à sua vigência, dado que não há, no caso, direito adquirido.

No caso, sendo de aplicação imediata o artigo 1º, **caput**, do Decreto-Lei n. 2.425/1988, e estabelecendo ele, apenas, que o reajuste mensal previsto no artigo 8º do Decreto-Lei n. 2.335/1987 não se aplicaria nos meses de abril e maio de 1988 (o que implica dizer que ele não determinou a redução dos vencimentos a que os servidores já faziam jus, mas, apenas estabeleceu que aquele reajuste não seria aplicado nos referidos meses), os funcionários têm direito apenas ao reajuste, calculado pelo sistema do artigo 8º, § 1º, do Decreto-Lei n. 2.335, com relação aos dias do mês de abril anteriores ao da publicação desse decreto-lei (ou seja, os sete primeiros dias do mês de abril de 1988, uma vez que o referido artigo 1º, **caput**, entrou em vigor no dia oito de abril de 1988, data em que foi publicada, pois não sofreu alteração na republicação feita no dia onze do mesmo mês), bem como ao de igual valor, não cumulativamente, no mês de maio seguinte.

Recurso extraordinário conhecido e, em parte, provido.” (RE n. 146.749-5-DF, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 18.11.1994).

A similitude entre a aplicação do Decreto-Lei n. 2.425/1988 e a situação dos servidores paulistas quanto à Lei n. 11.722/1995 foi reconhecida também pelo Sr. Presidente do colendo Supremo Tribunal Federal, quando proferiu decisão monocrática na SS n. 1.160-0, DJU de 3.2.1997, p. 550. Naquela ocasião, afirmou-se que “Na espécie, vale insistir, o que está em discussão são os vencimentos no mês de fevereiro de 1995 e só em 14 desse mês é que entrou em vigor a lei revogatória do sistema anterior.

Desse modo – aplicada ao caso a jurisprudência firme do Tribunal – não há como fugir à evidência de que os Impetrantes terão reconhecido, no mínimo, o direito ao reajuste correspondente à metade do mês de fevereiro.”

Pelo exposto, conheço e dou parcial provimento ao recurso.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de pedido de vista formulado em recurso especial da relatoria do eminente Ministro Felix Fischer, onde S. Ex.^a conheceu do apelo consubstanciado em violação ao art. 6^o, § 2^o, da Lei de Introdução ao Código Civil, ofensa ao direito adquirido, dando-lhe parcial provimento ao cotejar as Leis Municipais de São Paulo n. 10.688/1988, 10.722/1989 e 11.722/1995.

Naquela assentada, o ilustre Relator transcreveu laborioso voto do Ministro Celso de Mello, ao apreciar o AgRg no Ag n. 135.632-4-RS (DJ de 3.9.1999), oportunidade em que retomou posicionamento pessoal ao considerar que a matéria atinente ao direito adquirido é bipartida, ou seja, envolve direito constitucional e infraconstitucional.

Não obstante a erudição do voto proferido na última sessão desta Quinta Turma, realizada em 9 de maio, trouxe voto-vista proferido no Recurso Especial n. 247.250-SP, que guarda perfeita identidade com o presente caso. A ementa sintetizou o julgado ao seguinte teor:

“Recurso especial. Administrativo. Processual Civil. Servidores públicos estaduais inativos. Complementação de proventos. Interpretação da legislação local (Leis n. 4.819/1958 e 200/1974). Impossibilidade. Súmula n. 280-STF. Aferição do direito adquirido. Invocação da LICC. Matéria constitucional. Inadequação da via eleita.

1. Após a proclamação da Carta Política de 1988, os institutos referentes à proteção do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito (art. 5^o, XXXVI), ganharam **status** constitucional. Desta forma, esta Corte vem entendendo que a aferição do direito adquirido consubstanciado na violação aos artigos 2^o, § 1^o; e 6^o, § 2^o, ambos da Lei de Introdução ao Código Civil, tornou-se inviável dentro do contexto normativo do recurso especial.

2. No mesmo sentido, o manejo do recurso especial reclama violação ao texto *infraconstitucional federal*, sendo defeso ao Superior Tribunal de Justiça reexaminar a aplicação de legislação local, principalmente em face do texto constitucional, a teor do verbete Sumular n. 280-STF. Com isso, é preciso reafirmar a missão constitucional desta Corte, pois não é tribunal de apelação, não se trata de 3^o grau de jurisdição e não pode servir como instrumento obstaculizador da longa

e exaustiva atividade jurisdicional prestada nos graus de jurisdição originários.

3. Recurso especial não conhecido.”

Desta forma, reitero posicionamento indispensável para análise do conhecimento do recurso especial, qual seja, seu contexto normativo.

Saliente-se, ainda, que a impossibilidade de apreciação do aludido direito adquirido dos servidores municipais ao reajuste de vencimentos esbarra em indispensável interpretação da legislação local, o que é vedado ao Pretório Excelso e ao Superior Tribunal de Justiça, a teor da Súmula n. 280-STF. Conclui-se, assim, totalmente inviável a pretensão deduzida no presente apelo, conforme preleciona o Ministro Carlos Mário Velloso, ao afirmar:

“A interpretação de normas locais é feita, *soberanamente*, pelo Tribunal local.” (Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 217.346-SP, DJ de 16.4.1999).

Após estes esclarecimentos, constata-se que o complexo normativo regulador do especial afasta o conhecimento de questão afeta à interpretação de lei local, por qualquer uma das alíneas contidas no permissivo constitucional, principalmente em se tratando de aferição do direito adquirido, por se tratar de matéria eminentemente constitucional.

Desta feita, ousou dissentir do eminente Relator no sentido de não conhecer do recurso, tendo em vista a lide versar sobre direito adquirido (art. 6º, § 2º, da LICC), assim como prescindir do exame das Leis Municipais n. 10.688/1988, 10.722/1989 e 11.722/1995. Aliás, nossa jurisprudência mais atenta a estes pressupostos acena neste sentido. Ilustrativamente:

“AgRg no Ag. Agravo regimental. Administrativo. Reexame de provas. Impossibilidade. Matéria constitucional. Inviabilidade.

1. É inviável em sede de recurso especial a apreciação de matéria envolvendo o reexame de provas, a teor da Súmula n. 7-STJ, que assim dispõe: ‘A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial’.

2. É vedado em sede de recurso especial o exame de matéria de

índole constitucional, cuja competência está adstrita ao âmbito do recurso extraordinário.

3. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no Ag n. 242.076-GO, de minha relatoria, DJ de 20.3.2000).

“Recurso especial. Conhecimento. Sobredireito. Lei de Introdução ao Código Civil. A arguição de direito adquirido, por si só, é insuficiente para conhecimento do recurso especial. A Lei de Introdução ao Código Civil (art. 6^ª, § 2^ª) encerra o chamado sobredireito, cujas normas têm por objeto outras normas. A relação jurídica, por seu turno, decorre de norma nacional, federal, estadual, municipal ou do acordo de vontades. Refoge ao exame da instância especial demanda cuja solução é restrita à legislação estadual. O acórdão não teria, por isso, contrariado ou negado vigência à lei federal ou destoado da respectiva jurisprudência.” (REsp n. 6.162-SP, Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, DJ de 4.2.1991).

“1. A Corte tem entendimento assente no sentido de que a discussão acerca de direito adquirido é matéria de índole constitucional, razão pela qual, na hipótese, dizer se houve ou não violação aos arts. 2^ª, § 1^ª; e 6^ª, § 2^ª, ambos da LICC não é assunto atinente ao STJ, mas ao Supremo Tribunal Federal. Precedentes (AgRg no Ag n. 82.281-SP, DJ de 24.3.1997 e REsp n. 39.669-SP, DJ de 16.12.1996).” (REsp n. 127.899-SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 24.11.1997).

“Agravo regimental no agravo de instrumento. Recurso especial. Apreciação de legislação federal aplicada por força de lei local. Impossibilidade. Incompatibilidade da via eleita para apreciação do citado dispositivo da LICC.

– Mantendo os argumentos espelhados na decisão de que ora se agrava, esta Corte não aprecia, através da via eleita, possível afronta ao art. 6^ª da LICC confundindo-se com a garantia constitucional ditada pelo art. 5^ª, XXXVI.

– Da mesma forma, quando se trata de possível afronta à disposição de legislação federal, aplicada por força de lei local.

– Agravo desprovido.” (AgRg no Ag n. 177.963-DF, Relator Ministro José Arnaldo, DJ de 29.6.1998)

No mesmo sentido: Ag n. 274.839-SP, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ de 11.2.2000 e Ag n. 268.471-SP, Rel. Min. Jorge Scartezini, DJ de 24.4.2000; Ag n. 272.900-SP, Rel. Min. Fontes de Alencar, DJ de 18.4.2000; Ag n. 288.934-SP, Rel. Min. Vicente Leal, DJ de 25.4.2000; Ag n. 282.963-SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 7.4.2000.

Ante o exposto, não conheço do recurso.

É como voto.