

Jurisprudência da Quinta Turma

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL N. 733.390-RR
(2005/0043394-8)**

Relatora: Ministra Laurita Vaz
Agravante: Estado de Roraima
Procuradores: Thiciane Guanabara Souza e outros
Agravado: Márcia Schaffer Salvadori
Advogados: Alexander Ladislau Menezes e outros

EMENTA

Processual Civil. Acórdão recorrido. Assinatura de todos os desembargadores. Ausência. Nulidade inexistente.

1. Não há violação ao art. 164 do Código de Processo Civil se no acórdão proferido pelo Tribunal de origem inexistir a assinatura de todos os membros do Colegiado que participaram do Julgamento. Precedentes.

2. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Felix Fischer e Gilson Dipp votaram com a Sr^a. Ministra-Relatora.

Brasília (DF), 19 de setembro de 2006 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

DJ 30.10.2006

RELATÓRIO

A Sr^a. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de agravo regimental interposto pelo Estado de Roraima em face de decisão de minha relatoria, que restou ementada nos seguintes termos, *in verbis*:

“Administrativo. Violação ao art. 535 do CPC. Omissão. Análise de matéria constitucional. Ausência de interesse em recorrer. Violação ao art. 164 do CPC. Assinatura de todos os membros do Colegiado que participaram do

juízo. Desnecessidade. Recurso especial a que se nega seguimento.” (Fl. 233)

Pugna o ora Agravante pela reconsideração do *decisum* agravado, apresentando os seguintes argumentos:

a) que “a validade do ato jurídico exarado pelo magistrado só se faz completa com sua assinatura, sob pena de apresentar vício forma, sendo considerado como ato inexistente” (fl. 249).

b) que o acórdão recorrido, ao entender pela desnecessidade da apresentação da assinatura de todos os desembargadores participantes do julgamento com fundamento no Regimento Interno do Tribunal de Justiça, “não observou regra transcrita no art. 22, I da Constituição da República, ou seja, que cabe à União legislar sobre normas referentes ao processo” (fl. 249).

É o relatório.

VOTO

A Sr^a. Ministra Laurita Vaz (Relatora): O recurso não merece prosperar.

Nas razões do recurso especial alegou o Recorrente, em suma, violação ao art. 164 do Código de Processo Civil, sustentando que o acórdão recorrido encontra-se eivado de vício insanável, por ausência da assinatura de todos os julgadores que compõem a Corte *a quo*.

Com efeito, esta Corte Superior de Justiça firmou entendimento no sentido de que não há violação ao art. 164 do Código de Processo Civil se no acórdão proferido pelo Tribunal de origem inexistir a assinatura de todos os membros do Colegiado que participaram do Julgamento.

Nesse sentido:

“Prestação de Contas. Apresentação pelo réu. Julgadas boas as contas, sem ofensa a dispositivo legal e indemonstrado dissídio com outros julgados, não se conhece do recurso especial.

Acórdão. Assinatura do Relator. O acórdão pode ser assinado apenas pelo Relator. Recurso não conhecido.” (REsp n. 140.743-MG, Quarta Turma, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ 22.06.1998)

Confirmam-se, nesse sentido, as seguintes decisões monocráticas proferidas em casos idênticos ao dos autos: REsp n. 733.595-RR, Relator Ministro Paulo Gallotti, DJ 08.11.2005; REsp n. 735.284-RR, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ 08.06.2005; REsp n. 743.063-RR, Relator Ministro Felix Fischer, DJ 27.05.2005.



Por fim, no que se refere à alegada impossibilidade de a Corte *a quo* aplicar, no caso em apreço, norma prevista no Regimento Interno, tendo em vista a competência da União em legislar sobre normas referentes ao processo, nos termos do art. 22, inciso I, da Constituição Federal, cabe ressaltar que o exame da questão requer, obrigatoriamente, a apreciação de matéria constitucional.

Desse modo, é inviável o apelo raro nesse ponto, uma vez que a via especial não se presta à análise de dispositivos da Constituição da República, de competência exclusiva da Suprema Corte.

Assim, não obstante os argumentos apresentados pelo Agravante, o que se verifica é a inexistência de qualquer fundamento relevante a justificar a interposição de agravo interno que venha refutar as razões consideradas na decisão recorrida.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EM MANDADO DE
SEGURANÇA N. 17.990-RS (2004/0033933-0)**

Relator: Ministro Felix Fischer

Embargante: Jorge Luis Hilgert

Advogados: Celso Rui Domingues e outros

Embargado: Rui Barbosa José Duarte

Advogado: Moacir Leopoldo Haeser

Embargado: Estado do Rio Grande do Sul

Procuradores: Ricardo Antônio Lucas Camargo e outros

EMENTA

Embargos declaratórios. Recurso ordinário em mandado de segurança. Litisconsorte passivo necessário. Sessão de julgamento. Ausência de intimação. Prejuízo evidenciado. Nulidade.

Se o litisconsorte passivo necessário não fora intimado da sessão de julgamento do recurso ordinário, ocasionando-lhe prejuízo com a falta de oportunidade de sustentar as suas razões, é de ser declarada a nulidade do julgamento, em razão do cerceamento de defesa.

Embargos declaratórios acolhidos para anular a sessão de julgamento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, acolher os embargos, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 7 de novembro de 2006 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

DJ 04.12.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Cuida-se de embargos declaratórios opostos por José Luis Hilgert contra v. acórdão que deu provimento ao recurso ordinário de Rui Barbosa José Duarte.

Sustenta o embargante que, apesar de ter requerido a sua admissão no feito como litisconsorte passivo necessário desde 20.05.2004, o qual foi deferido pelo eminente Ministro-Relator, jamais restou cadastrado no feito para o recebimento de intimação dos atos processuais nem para a sessão de julgamento, realizada em 06.06.2006.

Assim, requer a nulidade parcial do processo, a partir da sessão de julgamento ocorrida em 06.06.2006.

Alternativamente, requer o acolhimento dos embargos declaratórios para, reformando a decisão recorrida, extinguir a impetração pela perda do objeto, ou negar provimento ao recurso ordinário, mantendo o acórdão de denegação da ordem.

Intimado, o embargado não ofertou contraminuta (certidão de fl. 291).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): Argúi o embargante a nulidade do feito tendo em vista que, apesar de ter sido deferido o seu pedido de ingresso no feito como litisconsorte passivo necessário, não foi cadastrado no feito, o que o impossibilitou de receber as intimações e tomar conhecimento da sessão de julgamento do recurso ordinário.



De fato, o embargante, como delegatário da serventia pretendida pelo ora embargado, requereu, em 20.05.2004 (fls. 186/203), o seu ingresso no feito na qualidade de litisconsorte passivo necessário.

Apesar de ter sido deferido o pedido (fl. 212), o embargante até a sessão de julgamento não havia sido cadastrado nos autos do recurso, o que o impossibilitou de tomar conhecimento da sessão de julgamento, caracterizando, assim, cerceamento de defesa.

Assim, o julgamento do recurso causou prejuízo ao embargante, que não teve oportunidade de sustentar suas razões na sessão, razão pela qual deve ser declarada a nulidade do feito, desde a sessão de julgamento.

Nesse sentido:

“Processual Civil. Embargos declaratórios no recurso ordinário em mandado de segurança. Sessão de julgamento. Publicação da inclusão do feito em pauta. Ausência de intimação dos litisconsortes sequer cadastrados. Recurso provido. Prejuízo evidenciado. Nulidade absoluta. Precedentes. Acórdão anulado.

1. Ausente nos autos qualquer comprovação de que os litisconsortes tenham sido intimados para a sessão de julgamento do recurso interposto pelo Impetrante, a declaração de nulidade é providência que se impõe, sobretudo se houve prejuízo para as partes.

2. Na espécie, resta evidente o prejuízo aos litisconsortes, porquanto foi dado provimento ao recurso do Impetrante, sem que às partes fosse oportunizado sustentar suas razões na sessão própria, ensejando a declaração de sua nulidade, consoante entendimento já manifestado por esta Corte.

3. Preliminar acolhida para anular o julgamento do recurso ordinário em mandado de segurança, determinando a sua reinclusão em pauta, para que outro seja proferido com a prévia intimação dos litisconsortes, os quais deverão ser devidamente cadastrados nos autos, com as correções pertinentes, inclusive na capa do processo, restando, assim, prejudicados os embargos de declaração.” (EDcl no RMS n. 18.022-MG, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 29.06.2006, DJ 14.08.2006, p. 302)

“Processual Civil. Recurso especial. Agravo. Nulidade de acórdão. Ausência de intimação dos advogados constituídos. Art. 236, § 1º, do CPC.

I - Nulo é o acórdão que deixa de intimar o advogado anteriormente constituído pela agravada para a sessão de julgamento perante o tribunal

de segundo grau, bem como do posterior acórdão publicado no diário de justiça em evidente cerceamento de defesa (art. 236, § 1º, do CPC).

II - Agravo desprovido.” (AgRg no REsp n. 329.889-MG, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 27.08.2002, DJ 28.10.2002, p. 323)

Ante o exposto, acolho os embargos declaratórios, para anular o julgamento do recurso ordinário, determinando a sua reinclusão em pauta para que outro seja proferido com a prévia intimação do litisconsorte passivo necessário.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 51.102-RS (2005/0197927-2)

Relator: Ministro Gilson Dipp

Impetrante: Claudiomiro Rodrigues Goularte

Impetrado: Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

Paciente: Claudiomiro Rodrigues Goularte (preso)

EMENTA

Criminal. HC. Homicídio qualificado. Execução da pena. Luta corporal com outro detento. Falta média. Recurso ministerial. Classificação como falta grave. Regressão ao regime fechado. Impossibilidade. Perturbação leve à ordem. Regime Disciplinar Penitenciário do Rio Grande do Sul. Conduta que caracteriza falta média. Constrangimento ilegal configurado. Retorno ao regime semi-aberto determinado. Ordem concedida.

I - Hipótese na qual se alega a ocorrência de constrangimento ilegal, pois a conduta praticada pelo paciente, consistente no envolvimento em luta corporal com outro detento, não caracterizaria falta grave, devendo ser classificada como falta média.

II - Não há que se falar em participação em movimento subversivo à ordem do estabelecimento, pois o ato do acusado não chegou a abalar gravemente a disciplina local, estando caracterizada somente leve perturbação à ordem, tendo em vista ter sido fato isolado, que não causou maiores inquietações.



III - Correta a classificação feita pela Juíza singular, considerando o envolvimento do réu em luta corporal com outro detento como perturbação à ordem do estabelecimento prisional, nos termos do art. 12, inciso II, do Regimento Disciplinar Penitenciário do Estado do Rio Grande do Sul, que especifica as faltas médias.

IV - Se a hipótese dos autos não configura falta grave, resta caracterizado constrangimento ilegal decorrente da perda de benefícios pelo paciente.

V - Deve ser cassado o acórdão recorrido e restabelecida a decisão monocrática que classificou a falta cometida pelo acusado como média, determinando o seu retorno ao regime semi-aberto, bem como afastando o óbice da falta grave na análise acerca da possibilidade de concessão de livramento condicional ao réu.

VI - Ordem concedida, nos termos do voto do Relator.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça: “A Turma, por unanimidade, concede a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator”. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 12 de setembro de 2006 (data do julgamento).

Ministro Gilson Dipp, Relator

DJ 09.10.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de *habeas corpus* contra decisão do Desembargador-Relator do Agravo em Execução n. 70012421517 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que deu provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público em desfavor de Claudiomiro Rodrigues Goularte, para reconhecer a prática de falta grave pelo acusado.

O paciente foi condenado à pena de 14 anos e 6 meses de reclusão, pela prática do crime previsto no art. 121, § 2º, inciso III, do Código Penal.

No decorrer do cumprimento da pena, o acusado foi punido com sanção disciplinar por ter se envolvido em luta corporal com outro detento, ocorrên-

cia esta considerada falta média pela Magistrada singular, com fundamento no art. 12, inciso II, do Regimento Disciplinar Penitenciário do Estado do Rio Grande do Sul, sendo determinada a perda do benefício de saída temporária.

Irresignado, o órgão ministerial interpôs agravo em execução, pugnando pela classificação da natureza da falta como grave.

O Desembargador-Relator do recurso, por decisão monocrática, deu parcial provimento ao agravo, nos seguintes termos:

“Agravo em execução. Controvérsia acerca da natureza das faltas cometidas pelo apenado. Briga com outro detento e porte de faca.

Independentemente do mérito da punição disciplinar, no que se incluem as razões que teriam levado o apenado à prática das condutas faltosas, é mister reconhecer, notadamente a falta prevista no art. 50, inciso I, da LEP, que a natureza da mesma é grave. Já com relação à conduta prevista no inciso III, não há prova de que tenha ocorrido, razão pela qual fica excluída da apreciação.

Agravo provido em parte.” (Fl. 56)

Daí a presente impetração, na qual se sustenta, em síntese, estar o paciente submetido a constrangimento legal, pois a conduta por ele praticada não caracterizaria falta grave, devendo ser classificada como média, consoante o entendimento da Magistrada singular, em acordo com o disposto no art. 12, inciso III, do Regimento Disciplinar Penitenciário do Estado do Rio Grande do Sul.

Pugna-se, então, pela classificação como média da falta cometida pelo réu, com o seu seqüente retorno ao regime semi-aberto, permitindo-lhe o convívio social e familiar.

Não houve pedido liminar.

Informações prestadas (fls. 15/16).

A Subprocuradoria Geral da República opinou pela denegação da ordem (fls. 46/49).

É o relatório.

Em mesa para julgamento.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Trata-se de *habeas corpus* contra decisão do Desembargador-Relator do Agravo em Execução n. 70012421517 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que deu provimento ao recurso



interposto pelo Ministério Público em desfavor de Claudiomiro Rodrigues Goularte, para reconhecer a prática de falta grave pelo acusado.

O paciente foi condenado à pena de 14 anos e 6 meses de reclusão, pela prática do crime previsto no art. 121, § 2º, inciso III, do Código Penal.

No decorrer do cumprimento da pena, foi punido com sanção disciplinar por ter se envolvido em luta corporal com outro detento, ocorrência esta considerada falta média pela Magistrada singular, com fundamento no art. 12, inciso II, do Regimento Disciplinar Penitenciário do Estado do Rio Grande do Sul, sendo determinada a perda do benefício de saída temporária.

Irresignado, o órgão ministerial interpôs agravo em execução, o qual foi parcialmente provido pelo Desembargador-Relator do recurso, para reconhecer como grave a falta praticada pelo réu.

Em razões, sustenta-se, em síntese, estar o paciente submetido a constrangimento legal, pois a conduta por ele praticada não caracterizaria falta grave, devendo ser classificada como média, consoante o entendimento da Magistrada singular, em acordo com o disposto no art. 12, inciso III, do Regimento Disciplinar Penitenciário do Estado do Rio Grande do Sul.

Pugna-se, então, pela classificação como média da falta cometida pelo réu, com o seu conseqüente retorno ao regime semi-aberto, permitindo-lhe o convívio social e familiar.

Merece prosperar a argumentação.

O impetrante sustenta que a conduta perpetrada pelo paciente não se adequa ao conceito de falta grave, devendo ser reconhecida a natureza média da falta, com o seu conseqüente retorno ao regime semi-aberto.

O art. 49 da Lei de Execuções Penais assim dispõe acerca das faltas disciplinares:

“Art. 49. As faltas disciplinares classificam-se em leves, médias e graves. A legislação local especificará as leves e médias, bem assim as respectivas sanções.” (grifos nossos)

No tocante às faltas graves, o mesmo Diploma Legal, em seu art. 50, define taxativamente as hipóteses, nos seguintes termos:

“Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que:

I - *incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina;*

II - fugir;

III - possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem;

IV - provocar acidente de trabalho;

V - descumprir, no regime aberto, as condições impostas;

VI - inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do art. 39, desta Lei.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao preso provisório.” (grifos nossos)

Como se vê, diversamente do disposto na decisão recorrida, não se pode classificar a conduta perpetrada pelo réu como falta grave.

No caso dos autos, o acusado foi apenado com a perda do benefício da saída temporária, em virtude da prática de falta reconhecida como média, pois teria se envolvido em luta corporal com outro apenado.

O Desembargador-Relator, com base no art. 50, inciso I, da LEP, classificou a falta como grave, pois o réu teria participado de movimento para subverter a ordem ou a disciplina do estabelecimento prisional.

A conduta de se envolver em luta corporal com outro apenado, todavia, não se adequa à circunstância descrita no inciso I do dispositivo acima transcrito, pois não chega a subverter a disciplina do estabelecimento prisional, causando, na verdade, apenas uma perturbação à ordem.

Não há que se falar em participação em movimento apto a subverter a ordem do estabelecimento, pois o ato do acusado não chegou a abalar gravemente a disciplina local, estando caracterizada somente leve perturbação à ordem, tendo em vista ter sido fato isolado, que não causou maiores inquietações.

Dessarte, assiste razão à Magistrada singular, a qual reconheceu a falta como média, determinando ao acusado a perda do benefício da saída temporária.

Conforme o art. 49 da Lei de Execuções Penais, a especificação das faltas leves e médias será feita pela legislação local.

O Regimento Disciplinar Penitenciário do Estado do Rio Grande do Sul, em seu art. 12, elucidou as faltas médias, asseverando:

“Art. 12. Serão consideradas faltas de natureza média:

I - realizar compra e venda não autorizadas pela direção do estabelecimento;

II - praticar atos que perturbem a ordem nas ocasiões de descanso, de trabalho ou reuniões;

(...)” (grifos nossos)



Deste modo, não há incorreção na classificação feita pela Juíza singular, considerando o envolvimento do réu em luta corporal com outro detento como perturbação à ordem do estabelecimento prisional.

Assim, se a hipótese dos autos não configura falta grave, resta caracterizado constrangimento ilegal decorrente da perda de benefícios pelo paciente.

Portanto, deve ser cassado o acórdão recorrido e restabelecida a decisão monocrática que classificou a falta cometida pelo acusado como média, determinando o seu retorno ao regime semi-aberto, bem como afastando o óbice da falta grave na análise acerca da possibilidade de concessão de livramento condicional ao réu.

Diante do exposto, concedo a ordem, nos termos da fundamentação acima.
É como voto.

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 12.588-RJ
(2000/0127057-5)**

Relator: Ministro Felix Fischer

Recorrente: Marco Aurélio Farias dos Santos

Advogados: Antônio Ricardo Mesquita da Silva e outro

T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Impetrado: Conselho de Justificação n. 3/1994 da Seção Criminal do
Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Recorrido: Estado do Rio de Janeiro

Procuradores: Luiz Fernando Rodrigues dos Santos e outros

EMENTA

Recurso ordinário em mandado de segurança. Processo administrativo disciplinar. Defensor constituído nos autos. Perda do prazo decadencial. Nomeação de outro defensor. Renovação do prazo decadencial. Impossibilidade.

I - Se o impetrante já tinha defensor constituído nos autos do procedimento administrativo e este, seja por desídia ou eventual estratégia processual, deixou transcorrer o prazo para a impetração do mandado de segurança, a constituição de novo defensor não tem o condão de restaurar esse prazo.

II - A parte, que tem livre disposição para contratar ou não o seu defensor, é quem deve suportar os ônus e prejuízos decorrentes da má atuação do seu causídico.

III - Se o ato coator foi publicado em 03.03.1997 e o *writ* só foi impetrado em 29.12.1997, patente a ocorrência do prazo decadencial.

Recurso ordinário desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 21 de setembro de 2006 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

DJ 16.10.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de recurso ordinário interposto por Marco Aurélio Farias dos Santos, com fulcro no art. 105, inciso II, alínea **b**, da Constituição Federal, contra v. acórdão proferido pela Seção Criminal do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, assim ementado:

“Constitucional. Administrativo. Servidor Público. Conselho de Justificação. Reforma com proventos proporcionais ao tempo de serviço. Constitucionalidade da Lei Estadual n. 427/1981. Legalidade. Devido Processo legal. Ilícito penal e ilícito administrativo.

1. A Lei Estadual n. 427, de 10 de junho de 1981, que dispõe sobre os Conselhos de Justificação para militares estaduais não padece do vício de inconstitucionalidade, pois alberga as garantias constitucionais, do contraditório e da ampla defesa, proporcionando a imparcialidade do julgamento, recepcionada pela Carta de 1988;

2. Se a absolvição no juízo criminal está fulcrada no art. 386, VI do Código de Processo Penal [*“não existir prova suficiente para a condenação”*], inexistente repercussão da decisão penal absolutória, ocorrendo incomunicabilidade de instância, erigindo-se a decisão administrativa em coisa julgada;



3. Prova colhida em processo administrativo regular, sem defeitos formais, com exercício efetivo da ampla defesa, torna-se o ato indestrutível, a despeito da absolvição no juízo criminal (art. 386, incisos III e VI do Código de Processo Penal).

4. MS indeferido.” (Fl. 153)

O ato reputado coator, emanado da egrégia Seção Criminal do Tribunal *a quo*, não acolheu a justificação do recorrente, e determinou a sua reforma, com proventos proporcionais, até que transitasse em julgado a sentença penal que o condenou nas penas do art. 159, § 1º, CP.

Sustenta o recorrente, a inconstitucionalidade dos arts. 5º, 9º, e 12, §§ 1º a 3º da Lei Estadual n. 427, de 10.06.1981, que estabelecem o “sistema inquisitivo nos processos de Conselho de Justificação”, porquanto um mesmo órgão estaria exercendo, concomitantemente, as funções de acusador e julgador.

Aduz, ainda, a nulidade do v. acórdão, porquanto o recorrente não fora intimado pessoalmente do acórdão indigitado coator, eis que o Código de Processo Penal Militar, de aplicação subsidiária no âmbito do Conselho de Justificação, determina a intimação pessoal do acusado que se encontrar preso, não suprimindo a simples intimação do seu defensor.

Salienta, por fim, que perdeu razão de ser a pena imposta pelo ato coator, uma vez que a decisão condenatória penal foi cassada pelas instâncias superiores, já tendo, inclusive, transitado em julgado o acórdão que o absolveu.

Admitido o recurso na origem, subiram os autos a esta egrégia Corte.

Contra-razões (fls. 199/203).

A douta Subprocuradoria Geral da República, às fls. 211/216, opina pelo desprovimento do recurso ordinário, em parecer assim ementado:

“Recurso ordinário em mandado de segurança. Servidor público militar. Sanção administrativa. Reforma compulsória. Posterior absolvição em Ação Penal. Irrelevância. Precedentes deste colendo Superior Tribunal de Justiça.

1. Doutrina e jurisprudência são unâimes quanto à independência das esferas penal e administrativa; a punição disciplinar não depende de processo civil ou criminal a que se sujeite o servidor pela mesma falta, nem obriga a Administração Pública a aguardar o desfecho dos mesmos.

2. Parecer pelo conhecimento e não provimento do recurso.” (Fl. 211)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): Antes de adentrar o mérito, necessário analisar a observância ou não do prazo decadencial para a impetração do *writ*.

O acórdão da Seção Criminal que o recorrente aponta como coator foi publicado no Diário Oficial do Estado em 03.03.1997, conforme certidão à fl. 21 dos autos.

Assim, em tese, o termo inicial do prazo decadencial para a impetração do *writ* seria a data da publicação do ato coator.

Ocorre que o recorrente invoca o disposto no art. 288, § 2º do Código de Processo Penal Militar, segundo entende, de aplicação subsidiária no procedimento especial do Conselho de Justificação (art. 16 da Lei n. 427/1981), para sustentar a tese de que o prazo decadencial só se iniciaria quando da ciência inequívoca pelo impetrado dos termos do v. acórdão coator, o que somente se aperfeiçoaria com a sua notificação pessoal.

Sem razão o recorrente.

Com efeito, segundo o próprio recorrente, “o ilustre advogado constituído para a formulação defensiva perante o Conselho de Justificação não mantém qualquer contato com o impetrante desde o julgamento do processo, não lhe tendo dado conhecimento dos termos do v. Acórdão ora sub censura” (fl. 4).

Se o recorrente já tinha defensor constituído nos autos do procedimento administrativo, caberia a esse causídico suscitar eventual irregularidade na intimação do impetrante, que até então não fora argüida.

Se apenas o outro causídico constituído posteriormente atentou para essa irregularidade, não há como ressuscitar o prazo, em razão da desídia do causídico anterior, para a impetração do *mandamus*.

O impetrante não pode se beneficiar da desídia ou até mesmo de eventual estratégia processual do seu próprio causídico para postergar o termo inicial do prazo decadencial que já havia expirado.

Nesse sentido:

“*Habeas corpus*. Recurso especial intempestivo. Alegada desídia do defensor constituído do paciente. Pedido de novo prazo. Impossibilidade.

1. Não há constrangimento ilegal na decisão que não admite recurso especial interposto fora do prazo, não sendo possível sua reabertura sob a alegação de ter o advogado agido desidiosamente.



2. Ordem denegada.” (HC n. 37.679-MG, Relator Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, julgado em 19.10.2004, DJ 26.09.2005, p. 464)

“Criminal. RHC. Homicídio qualificado. Nulidade na formulação de quesito. Falta de questionamento no momento oportuno. Preclusão. Deficiência de defesa. Não-caracterização. Recurso desprovido.

I - Tratando-se de nulidade relativa, eventual irregularidade na questionação ao Tribunal do Júri deve ser argüida no momento oportuno, sob pena de restar convalidada.

II - Não se caracteriza deficiência de defesa, se evidenciado que tal alegação se restringe em apontar a desídia de advogado, ao perder o prazo para apresentação de recurso de apelação, e a diferença de estratégia dos diversos defensores que atuaram no caso.

III - Recurso desprovido.” (RHC n. 15.293-MG, Relator Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 28.04.2004, DJ 14.06.2004, p. 241)

Se o ato coator foi publicado em 03.03.1997 e o *writ* só foi impetrado em 29.12.1997, patente a ocorrência do prazo decadencial.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso ordinário, em razão da decadência da impetração.

É o voto.

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 17.393-SC
(2003/0170815-9)**

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Recorrente: Gilberto Del Prato

Advogados: Francisco May Filho e outro

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

Impetrado: Governador do Estado de Santa Catarina

Impetrado: Presidente da Comissão do Processo Disciplinar n. 38/2000

Recorrido: Estado de Santa Catarina

Procuradores: Kátia Simone Antunes Laske e outros

EMENTA

Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Processo administrativo disciplinar. Oitiva testemunhal. Ausência do acusado. Cerceamento de defesa. Não-caracterização. Presença do defensor.

1. Não há falar em cerceamento de defesa e, conseqüentemente, em nulidade do processo administrativo disciplinar, nas hipóteses em que, embora não presenciada pelo próprio acusado, a oitiva testemunhal é acompanhada pelo seu advogado. Precedentes.

2. Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Felix Fischer e Gilson Dipp votaram com a Sr^a. Ministra-Relatora.

Brasília (DF), 5 de setembro de 2006 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

DJ 16.10.2006

RELATÓRIO

A Sr^a. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por Gilberto Del Prato, com fundamento no art. 105, inciso II, alínea **b**, da Constituição Federal, em face de v. acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que restou assim ementado, *in verbis*:

“Direito Administrativo. Mandado de segurança preventivo. Policial civil. Escrivão de polícia. Infração ao art. 210, inciso XVII e ao art. 211, inciso II, da Lei n. 6.843/1986. Instauração de processo administrativo disciplinar. Observância dos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa. Requisitos presentes. Violação de direito líquido e certo ausente. Ordem denegada.

‘A cientificação pessoal da acusação, seguida de observância do rito adequado, com garantia de oportunidade para contestação,



acompanhamento e produção de prova, assim como de defesa final, significam que foram assegurados, à (o) servidora (o) acusada (o), o contraditório e a ampla defesa.’ (Nilton Macedo Machado)

Ordem Denegada.” (Fl. 1.830)

No presente recurso ordinário, alega o Recorrente que houve cerceamento ao seu direito de defesa, vez que foi impedido de comparecer à determinada fase do processo administrativo que culminou em sua demissão do cargo de escrivão da polícia civil estadual.

Alega, em síntese, que, *litteris*:

“Nega o r. acórdão o cerceamento da sua defesa ao argumento de que a sua defensora compareceu a todos os atos do processo.

Ocorre, que a defensora não presenciou os fatos e não estava suficientemente informada nem esclarecida para propor as perguntas e refutar as respostas dadas pelas testemunhas às perguntas feitas pela autoridade administrativa.” (*sic*, Fl. 1.841)

O Ministério Público Federal, em parecer de fls. 1.883/1.883v, pugna pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

A Sr^a. Ministra Laurita Vaz (Relatora): Gilberto Del Prato impetrou mandado de segurança contra ato do Governador do Estado de Santa Catarina e do Presidente da Comissão de Processo Disciplinar, objetivando a anulação do Processo Administrativo n. 38/2000, que resultou em sua demissão do cargo de escrivão de polícia daquela unidade federativa, argumentando que não restaram observados os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, vez que não lhe fora permitido participar da oitava testemunhal, realizada em 18.12.2000.

Ao prestar as informações, aduziu o Sr. Governador do Estado que, *in verbis*:

“Primeiramente, cabe ressaltar que os fatos que deram origem ao processo disciplinar contra o impetrante foram apurados em Processo Criminal n. 075.96.005016-1, tendo sido prolatada sentença que condenou o impetrante em 3 (três) anos de reclusão com multa, como incurso no art. 157, § 2º, incisos I e II c.c. o art. 14, II e art. 62, I, todos do Código Penal.

Por ocasião da impetração, o impetrante faz constar um despacho que o impossibilitava de participar dos atos de ouvida das testemunhas de acusação, e sustentou que não foi respeitada a ampla defesa e o contraditório em processo administrativo.

Durante o andamento do processo administrativo, o impetrante foi chamado para acompanhar os depoimentos das testemunhas de acusação, contudo, já estava sob a custódia do Estado em estabelecimento carcerário, tendo comparecido sem a autorização do Juízo responsável. O Presidente da Comissão de Processo Disciplinar, ao tomar conhecimento da situação irregular do impetrante — estar preso e ter se afastado do estabelecimento carcerário sem autorização do Juízo —, providenciou o retorno do mesmo e cuidou para que situação semelhante não ocorresse.

Ao impedir o impetrante de desobedecer ordem judicial, não arquivou o processo administrativo, pois verificou que não haveria qualquer prejuízo ao impetrante, uma vez estar *devidamente representado por advogado constituído por instrumento que lhe dava todos os poderes necessários para sua defesa*.

Inaceitável seria obstar a apuração da responsabilidade administrativa, fundada nos mesmos fatos que levaram à condenação criminal, por ter o impetrante sua liberdade restringida legitimamente pelo Estado após sentença penal condenatória.

Toda a fundamentação da exordial, além de não ter relatado com fidelidade os acontecimentos que envolvem o impetrante, não se mostra consistente frente ao Ordenamento Jurídico Pátrio, a uma, por afirmar que nada desabona a conduta do impetrante, o que pode ser verificado com a sentença penal condenatória acostada e pela sindicância que resultou em ‘advertência’ juntada pelo próprio impetrante, a duas, por não haver demonstrado qualquer prejuízo com a atitude do Presidente da Comissão Disciplinar, que, como se verifica, apenas foi zeloso para com o cumprimento das decisões judiciais.” (Fls. 31/33, grifos no original)

A Corte de origem, refutando as alegações expendidas na exordial, denegou a ordem, asseverando que, *in verbis*:

“Em que pese o impetrante alegar que houve ofensa ao princípio do contraditório e do devido processo legal, em razão de ter o Presidente da Comissão Processante indeferido a permanência do indiciado na audiência de inquirição de testemunhas (fl. 14), *razão não lhe assiste, pois sua advogada, Ruthe Alves Costa, permaneceu na referida audiência*.

Salienta-se que o impetrante fez-se representar, em todas as audiências durante a instrução processual, por sua procuradora, como comprovam alguns documentos constantes dos autos, por exemplo: fls. 1.414, 1.433 e 1.439.

(...)



Oportuno destacar também que *todos os passos no processo administrativo disciplinar foram respeitados, a saber: o impetrante foi citado para acompanhar o processo disciplinar (fl. 1.352); constituiu advogado de defesa (fl. 1.353); sua procuradora foi intimada do interrogatório do acusado (fl. 1358); participou da inquirição das testemunhas (fls. 1.414; 1.433; 1.439 etc.); como também apresentou defesa escrita (fls. 1.000/1.047).*

Dessa forma, não se constata qualquer vício ou cerceamento ao exercício da defesa em todo o desenrolar do Processo Administrativo Disciplinar instaurado para apurar as infrações (...).

(...)

Outrossim, embora a responsabilidade penal não se confunda com a responsabilidade administrativa, de pressupostos distintos, pois no primeiro caso há necessidade de prova cabal da existência de fato típico, antijurídico e culpável, já, no segundo, basta a infração à norma disciplinar ou de outra natureza. Convém mencionar que o impetrante foi condenado pelo mesmo fato na esfera criminal, pela sentença proferida nos autos da n. 075.96.005016-1, da Comarca de Tubarão, em 06.06.2001, ainda não transitada em julgado.” (Fls. 1.836/1.837, sem grifos no original)

Como se vê, merece ser prestigiado o aresto recorrido, ao firmar o entendimento no sentido de que não houve ofensa aos princípios norteadores do processo administrativo, vez que, embora a audiência de oitiva testemunhal não tenha sido presenciada pelo próprio acusado, contou com a presença de sua advogada, não havendo que se falar, na hipótese, em nulidade do processo administrativo disciplinar em razão de cerceamento de defesa.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados proferidos por este Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

“Processual Civil e Administrativo. Mandado de segurança. Processo administrativo disciplinar. Pena demissória aplicada. Pedido de revisão formulado. Suspensão ou interrupção do prazo para a impetração do *writ*. Não-ocorrência. Pleito recebido no efeito devolutivo. Aplicação da Súmula n. 430-STF. Decadência configurada. Tese de nulidade ocorrida no processo de revisão. Apreciação por esta corte. Nulidade inexistente. Direito líquido e certo não-evidenciado.

(...)

3. Quanto a suposto vício ocorrido nos autos do processo revisório, conquanto mereça ser apreciado por esta Corte, porque não atingido pela decadência, não comporta provimento, na medida em que *não se vislumbra*

qualquer nulidade na oitiva de testemunha que, embora não presenciada pelo próprio acusado, contou com a presença do seu defensor. Precedentes.

4. Recurso desprovido.” (RMS n. 12.339-MS, Quinta Turma, de minha relatoria, DJ 15.05.2006, sem grifos no original)

“Constitucional. Administrativo. Servidor público. Demissão. Processo disciplinar. Oitiva de testemunhas. Ausência dos acusados. Presença do defensor. Cerceamento de defesa. Não-ocorrência. Deficiência técnica da defesa. Ausência de demonstração. Recurso ordinário conhecido e improvido.

1. *O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que, em processo administrativo disciplinar, não há cerceamento de defesa se, embora sem a presença do acusado, a oitiva de testemunhas é acompanhada pelo defensor.*

2. Não obstante tenha sido alegado que a defesa se mostrou deficiente, os recorrentes não lograram demonstrar em que consistiu referida irregularidade, impedindo a análise da suscitada contrariedade aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

3. Recurso ordinário conhecido e improvido.” (RMS n. 18.846-BA, Quinta Turma, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJ 1^o.07.2005, sem grifos no original)

“Administrativo. Processo administrativo. Disciplinar. Sindicância. Demissão.

(...)

III - *Oitiva de testemunhas que, apesar de não presenciada pelo próprio acusado, contou com a presença do seu defensor.*

(...)

Recurso desprovido.” (RMS n. 10.472-ES, Quinta Turma, Relator Ministro Felix Fischer, DJ 04.09.2000, sem grifos no original)

Ante o exposto, conheço do recurso ordinário, porém, nego-lhe provimento. É como voto.

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 18.675-MT
(2004/0103287-0)**

Relator: Ministro Felix Fischer

Recorrente: Luiz Vidal da Fonseca



Advogado: Luiz Vidal da Fonseca (em causa própria)
T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso
Impetrado: Procurador-Geral de Justiça do Estado de Mato Grosso
Recorrido: Estado de Mato Grosso
Procuradores: Adérzio Ramires de Mesquita e outros

EMENTA

Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. Exercício cumulativo do cargo de Promotor de Justiça com membro e presidente de Conselho Penitenciário. Incorporação de vantagem aos proventos. Inviabilidade. Ausência de previsão legal.

I - A vantagem percebida pelo exercício da presidência do conselho penitenciário é de natureza modal ou condicional, o que pressupõe, para incorporação aos proventos, previsão legal expressa.

II - É pressuposto do art. 220, da Lei Complementar n. 4/1990, o exercício contínuo e de modo exclusivo, por parte do titular, das funções de direção, chefia, assessoramento, assistência ou cargo em comissão.

III - O exercício cumulativo das funções de Promotor de Justiça e Presidente de Conselho Penitenciário não preenche o mencionado requisito de exclusividade do cogitado art. 220, da Lei Complementar n. 4/1990.

Recurso ordinário desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 17 de agosto de 2006 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de recurso ordinário interposto por Luiz Vidal da Fonseca contra v. acórdão do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso, cuja ementa assim dispõe:

“Ementa. Mandado de segurança. Procurador de justiça aposentado. Incorporação de gratificação. Conselho Penitenciário Estadual. Vedação constitucional art. 128, § 5º, II, letra **d**. Benefício instituído após o impetrante ter se afastado do Conselho. Decreto n. 4.388, de 11.04.1994. Segurança denegada.

Não se pode conceder incorporação a proventos de aposentadoria de gratificação por exercício de função, se esta decorreu preteritamente antes do advento da lei que a instituiu.” (Fl. 197)

Segundo o recorrente, o pleito de incorporação da gratificação pelo exercício da presidência do Conselho Penitenciário seria amparado pelo direito adquirido, razão pela qual a ordem deveria ser concedida. Confirme-se:

“Ora, no caso concreto, o impetrante esteve à frente do Conselho Penitenciário — como seu Presidente e Membro (nato) —, desde o dia 1º de janeiro de 1968, e, portanto, até a promulgação da Constituição Federal de 1988, em outubro, já desempenhara o cargo por mais de 20 (vinte) anos, adquirido o seu direito à incorporação da respectiva gratificação.

E, dessa forma, pelo menos desde a vigência do Decreto n. 1.208, de fevereiro de 1985 e do Ato governamental do mesmo mês e ano, o impetrante passou a receber a gratificação correspondente ao Nível DAS-4, por 6 anos, 4 meses e 25 dias, em vigor tão-somente, e não a partir de 1994, após o Decreto n. 4.388/1994, conforme no voto do nobre Vogal, Desembargador Benedito Pereira do Nascimento.” (Fls. 174/175)

O Estado do Mato Grosso, às fls. 263/276, apresenta contra-razões, alegando, em síntese, que a Constituição da República de 1988 “impede ao membro do Ministério Público o exercício de outro cargo ou função pública, salvo a de magistério, mesmo quando em disponibilidade” (fl. 267). Assim, e considerando que o art. 220, da LC n. 4/1990, suscitado pelo impetrante (ora recorrente), é posterior à Carta Constitucional, “só se pode discutir a possibilidade de a vantagem que disciplina assistir a membro do Ministério Público na hipótese de o exercício excepcional dar-se em cargo comissionado ou função de direção, chefia ou assessoramento da própria instituição”. E conclui: “Essa proibição constitucional que impede ao membro do Ministério Público exercer função ou cargo estranho à Instituição corta, de vez, a simples pretensão de se discutir a respeito de ser-lhe possível falar em incorporação de vantagem em decorrência de exercício de cargo ou função fora do âmbito institucional”.



Ademais, alega o recorrido, a função e o cargo considerados pelo “dispositivo complementar invocado são os exercitáveis de modo contínuo, exigentes, assim, de exclusividade por parte dos respectivos titulares, previstos, portanto, em lei e dotados de remuneração à altura do ininterrupto atendimento das atribuições que lhe dão conteúdo, que, por óbvio, não se confundem com atividades extraordinárias desenvolvidas em órgãos deliberativos auxiliares (...)” (fl. 268).

A douta Subprocuradoria Geral da República opina pelo desprovimento do recurso (fls. 290/292).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): A questão sob exame cinge-se ao cabimento ou não da incorporação da vantagem pecuniária percebida pelo recorrente, quando do exercício da presidência do Conselho Penitenciário do Estado do Mato Grosso.

Antes, porém, cumpre observar que inexistente óbice constitucional quanto ao exercício dessa função por parte de membro do Ministério Público, haja vista o disposto no art. 129, IX. Eis esse dispositivo:

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

(...)

IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedadas a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.”

Nesse sentido, dispõe o art. 25, inciso VII, da Lei n. 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público):

“Art. 25. Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público:

(...)

VII - deliberar sobre a participação em organismos estatais de defesa do meio ambiente, neste compreendido o do trabalho, do consumidor, de política penal e penitenciária e outros afetos à sua área de atuação.”

Todavia, no que concerne à incorporação da vantagem pecuniária percebida pelo recorrente, há que se analisar a natureza dessa vantagem, vez que nem todas incorporam-se automaticamente ao vencimento e, pois, não se convertem em proventos. Hely Lopes Meirelles discorre sobre esses aspectos:

“As vantagens pecuniárias podem ser concedidas tendo-se em vista unicamente o tempo de serviço, como podem ficar condicionadas a determinados requisitos de duração, modo e forma da prestação de serviço (vantagens modais ou condicionais). As primeiras tornam-se devidas desde logo e para sempre com o só exercício do cargo pelo tempo fixado em lei; as últimas (modais ou condicionais) exigem, além do exercício do cargo, a ocorrência de certas situações, ou o preenchimento de determinadas condições ou encargos estabelecidos pela Administração. Exemplo típico de vantagens dependentes apenas do tempo de serviço são os adicionais por biênio, triênio, quinquênio etc.; exemplos de vantagens condicionais ou modais temo-los nos adicionais de tempo integral, de dedicação plena e de nível universitário, como também, nas gratificações por risco de vida e saúde, no salário-família, na licença-prêmio conversível em pecúnia e outras dessa espécie.

O que convém fixar é que as vantagens por tempo de serviço integram-se automaticamente no padrão de vencimento, desde que consumado o tempo estabelecido em lei, ao passo que *as vantagens condicionais ou modais, mesmo que auferidas por longo tempo em razão do preenchimento dos requisitos exigidos para sua percepção, não se incorporam ao vencimento, a não ser quando essa integração for determinada por lei. E a razão dessa diferença de tratamento está em que as primeiras (por tempo de serviço) são vantagens pelo trabalho já feito (pro labore facto), ao passo que as outras (condicionais ou modais) são vantagens pelo trabalho que está sendo feito (pro labore faciendo), ou, por outras palavras, são adicionais de função (ex facto officii), ou são gratificações de serviço (propter laborem), ou, finalmente, são gratificações em razão de condições pessoais do servidor (propter personam). Daí porque, quando cessa o trabalho, ou quando desaparece o fato ou a situação que lhes dá causa, deve cessar o pagamento de tais vantagens, sejam elas adicionais de função, gratificações de serviço ou gratificações em razão das condições pessoais do servidor.*” (g.n.) (*Direito Administrativo Brasileiro*, 28 ed., p. 458)

Na espécie, o próprio recorrente, na exordial, demonstrou que a vantagem percebida durante o exercício da presidência do Conselho Penitenciário “caracteriza-se como vantagem condicional ou modal” (fl. 6), a qual, na lição do citado administrativista Hely Lopes Meirelles não se incorpora “ao vencimento, a não ser quando essa integração for determinada por lei” (fl. 6).

Ocorre que, para o recorrente, o art. 220, da LC n. 4/1990, teria preenchido tal requisito — previsão expressa de incorporação — ao assim prescrever:

“Art. 220. O Servidor que tiver exercido função de direção, chefia, assessoramento, assistência ou cargo em comissão, por períodos de 5 (cinco) anos consecutivos ou 10 (dez) anos interpolados, poderá se aposentar com



gratificação da função ou remuneração do cargo em comissão de maior valor, desde que exercido por um período mínimo de 2 (dois) anos.” (Fl. 3)

No entanto, entendo que esse dispositivo não autoriza a incorporação pleiteada pelo recorrente, uma vez que pressupõe o exercício contínuo *das funções de direção, chefia, assessoramento, assistência ou cargo em comissão, ou seja, exige-se a exclusividade por parte dos titulares dessas funções*, o que não ocorreu em relação ao exercício da função de presidente do Conselho Penitenciário.

O eminente Desembargador-Relator, ao repisar posicionamento do eminente Procurador do Estado do Mato Grosso, destacou o aspecto ora em exame:

“Além do mais, há o aspecto de que a função e o cargo considerado pelo dispositivo complementar invocado são os exercitáveis de modo contínuo, exigentes, assim, de exclusividade por parte dos respectivos titulares, previstos, portanto, em lei e dotados de remuneração à altura do ininterrupto atendimento das atribuições que lhes dão conteúdo, que, por óbvio, não se confundem com atividades extraordinárias desenvolvidas em órgãos deliberativos auxiliares, que, de fornecimento periódico, por meio de reuniões remuneradas mediante gratificação (característica do Conselho Penitenciário), não exigem dedicação exclusiva a seus integrantes, os quais, por isso mesmo, permanecem vinculados aos respectivos cargos de carreira, quando servidores, ou às atividades profissionais privadas, quando não.” (Fl. 202)

Cumpra salientar que o recorrente não contestou tal argumentação, mas, ao contrário, reconheceu que exercia cumulativamente as funções de Promotor de Justiça com as de Membro e Presidente do Conselho Penitenciário (fls. 175/176). Preocupou-se, apenas, em defender a tese de que é possível essa acumulação, o que, como salientei no início desta manifestação, é de fato possível. Não obstante, o requisito da exclusividade no desempenho das funções, pressuposto do citado art. 220, da Lei Complementar n. 4/1990, não se verificou, razão pela qual correta a denegação da ordem. No mesmo sentido desse entendimento, há precedente desta colenda Corte:

“Mandado de segurança. Aposentadoria. Gratificação de função. Incorporação.

I - Correto o v. acórdão que indeferiu a pretensão do impetrante, tocante à incorporação aos proventos de aposentadoria de gratificação de função como representante do Ministério Público perante o Conselho Penitenciário, por falta de lei que expressamente autorizasse esta incorporação.

II - Recurso desprovido.” (RMS n. 106, Paraná, Relator Ministro Geraldo Sobral, DJ 18.02.1991)

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.
É o voto.

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 18.887-MS
(2004/0123452-8)**

Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima
Recorrente: Kênia Magalhães Braga
Advogado: Isaias Braga
T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul
Impetrado: Governador do Estado de Mato Grosso do Sul
Recorrido: Estado de Mato Grosso do Sul
Procuradores: Fabricio Griesbach e outros

EMENTA

Administrativo. Servidor Público Estadual. Cargo em comissão. Livre nomeação e exoneração. Gestante. Reintegração. Impossibilidade. Recurso ordinário improvido.

1. Os ocupantes de cargos em comissão não possuem direito à permanência no cargo, podendo ser exonerados a qualquer momento, de acordo com os critérios de conveniência e oportunidade da Administração.

2. É inviável a pretensão da recorrente de ser reintegrada ao cargo em comissão do qual fora exonerada quando estava no sétimo mês de gravidez.

3. Recurso ordinário improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 7 de novembro de 2006 (data do julgamento).

Ministro Arnaldo Esteves Lima, Relator

DJ 27.11.2006



RELATÓRIO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por Kênia Magalhães Braga, com fundamento no art. 105, II, **b**, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, assim ementado (fl. 146):

“Mandado de segurança. Preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*. Estado de Mato Grosso do Sul na pessoa de seu Procurador Geral. Interesse direto na causa. Integração na lide, praticando ampla defesa. Preliminar rejeitada. Servidora gestante. Cargo em comissão. Exoneração *ad nutum*. Inaplicabilidade da estabilidade constitucional. Ausência de direito líquido e certo. Ordem denegada.

Pode figurar no pólo passivo a autoridade impetrada que possui interesse direto na causa, arcando com os efeitos da possível concessão do *mandamus*.

A servidora gestante não estável e ocupante do cargo em comissão pode ser exonerada *ad nutum* por ato imotivado, porquanto não goza da estabilidade provisória prevista constitucionalmente.”

A recorrente impetrou mandado de segurança objetivando desconstituir ato que a exonerou do cargo em comissão de Gestora de Processos da Secretaria de Infra-Estrutura e Habitação do Estado de Mato Grosso do Sul, sustentando ser esse ato ilegal, pois na época estava no sétimo mês de gravidez.

No presente recurso ordinário, a recorrente sustenta que o acórdão recorrido violou as garantias asseguradas às trabalhadoras gestantes previstas nos arts. 7º, XVIII, e 39, § 2º, da Constituição Federal e 10, II, **b**, do ADCT.

O Estado de Mato Grosso do Sul apresentou contra-razões (fls. 158/163). Sustenta que (a) a estabilidade provisória das gestantes não se aplica aos ocupantes de cargos não-efetivos da Administração Pública; (b) “a ilegalidade na exoneração de um servidor em cargo de confiança só ocorre em uma hipótese, vale saber: quando o Administrador motiva o ato de exoneração e esse motivo se verifica insubsistente” (fl. 162); e (c) a exoneração da recorrente deu-se em cumprimento do art. 1º do Decreto n. 11.047/2002.

O Ministério Público Federal, pelo Subprocurador-Geral da República Pedro Henrique Távora Niess, opina pelo não-provimento do recurso ordinário (fls. 176/180).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima (Relator): Conforme relatado, a recorrente impetrou o presente mandado de segurança objetivando desconstituir ato que a exonerou do cargo em comissão de Gestora de Processos da Secretaria de Infra-Estrutura e Habitação do Estado de Mato Grosso do Sul, sustentando ser esse ato ilegal, pois na época estava no sétimo mês de gravidez.

Dos autos, entretanto, verifico que a exoneração da recorrente deu-se em virtude do Decreto n. 11.047/2002, que assim dispôs (fl. 8):

“Art. 1º. Ficam exonerados, a partir de 1ª de janeiro de 2003, todos os ocupantes de cargos em comissão integrantes dos Quadros de Pessoal das Secretarias de Estado, das autarquias e das fundações integrantes da estrutura do Poder Executivo.”

Sobre a natureza do cargo ocupado pela recorrente, cumpre salientar que, na lição de Hely Lopes Meirelles (*Direito administrativo brasileiro*, 29ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 398), cargo em comissão “é o que só admite provimento em caráter provisório. São declarados em lei de livre nomeação (sem concurso público) e exoneração (art. 37, II), destinando-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento (CF, art. 37, V)”. Nesse sentido, assim vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça:

“Recurso ordinário. Mandado de segurança. Servidor público titular de cargo em comissão. Estado da Paraíba. Exoneração. Legalidade. Pretensão de indenização de licença especial não-gozada. Ausência de direito líquido e certo. Recurso improvido.

1. O titular de cargo em comissão não possui qualquer direito à permanência no cargo, podendo ser exonerado, a qualquer momento, de acordo com a oportunidade e a conveniência da autoridade que o nomeou.

(...)

3. Recurso improvido.” (RMS n. 17.726-PB, Relator Ministro Paulo Medina, Sexta Turma, DJ 07.11.2005, p. 385)

“Recurso em mandado de segurança. Direito administrativo. Diretor de escola pública. Dispensa. Cargo em comissão. Exoneração *ad nutum*. Legalidade. Recebimento de vencimentos. Impossibilidade.

I - É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que os ocupantes de cargos comissionados ou de funções gratificadas, em razão da instabilidade do vínculo e da precariedade da admissão, podem ser demitidos *ad nutum*.



II - Não havendo nenhuma ilegalidade na exoneração do autor, do cargo de diretor de escola, demissível a qualquer tempo, não há que se falar em direito líquido e certo ao direito de receber os vencimentos relativos ao período pleiteado pelo recorrente.

Recurso desprovido.” (RMS n. 18.684-PR, Relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJ 26.09.2005, p. 410)

Não obstante tal entendimento, a recorrente assim formulou o seu pedido (fls. 4/5):

“Ao final julgado provado e procedente o pedido, referendar como nulo o ato administrativo impugnado, reintegrando a impetrante no cargo do qual foi exonerada, restabelecendo-se todos os seus direitos e garantias, determinar o pagamento de seus salários e demais consecuições e incidências, e ainda condená-lo no pagamento das custas processuais e honorários de advogado.”

Desta forma, mostra-se inviável o pedido da recorrente, já que inexistente direito a permanecer no cargo em comissão de que foi exonerada. Nesse sentido:

“Constitucional e Administrativo. Mandado de segurança. Cargo em comissão. Gestante. Exoneração. Falta de motivação do ato administrativo no sentido de que a exoneração se deu por outra razão que não a da gravidez. Inexistência de direito a permanecer no cargo, que e de confiança. Direito, contudo, a uma indenização equivalente a cinco meses de remuneração, a contar da gravidez. Invocação de normas protetivas da própria constituição para o trabalhador *in genere* (arts. 5º, § 2º, 7º, inciso XVIII, e 10, inciso II, alínea **b**, do ADCT). Recurso ordinário conhecido e provido.

I - A impetrante foi nomeada para exercer cargo em comissão. Alega que foi exonerada simplesmente por estar grávida. O impetrado, em suas informações, ao fazer a defesa do ato impugnado, não alegou nenhuma razão para a exoneração. restou, assim, claro que o motivo foi a gravidez.

II - Ainda que não haja norma expressa para proteger a recorrente, pode-se-lhe aplicar, por força do art. 5. da constituição, dispositivos constitucionais relativos ao trabalhador em geral (art. 7º, inciso XVIII, combinado com o art. 10, inciso II, **b**, do ADCT).

III - Recurso ordinário conhecido e parcialmente provido para que a recorrente, que não tem direito a permanecer no cargo, seja paga uma indenização equivalente à remuneração que ela teria em 5 (cinco) meses a contar da gravidez.”

Ante o exposto, nego provimento ao recurso ordinário.

É o voto.

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 18.961-SC
(2004/0131779-9)**

Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima

Recorrente: Sindicato dos Trabalhadores em Educação na Rede Pública do
Ensino do Estado de Santa Catarina

Advogados: José Rogério da Silva Cristóvam e outro

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

Impetrado: Secretário de Estado da Administração do Estado de Santa
Catarina

Recorrido: Estado de Santa Catarina

Procuradores: Paulo Roney Ávila Fagúndez e outros

EMENTA

Administrativo. Servidor público estadual. Abono instituído pela Lei Estadual n. 12.667/2003. Pagamento aos professores readaptados. Impossibilidade. Vantagem *propter laborem*. Recurso ordinário improvido.

1. O abono instituído pela Lei Estadual n. 12.667/2003 é vantagem *propter laborem*, sendo devido apenas aos professores da rede de ensino do Estado de Santa Catarina enquanto permanecerem em efetivo exercício em sala de aula.

2. Recurso ordinário improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 12 de setembro de 2006 (data do julgamento).

Ministro Arnaldo Esteves Lima, Relator

DJ 09.10.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação na Rede Pública do Ensino do Estado de Santa Catarina — SINTE, com fundamento no art. 105, II, **b**, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, assim ementado (fl. 69):

“Mandado de segurança. Abono instituído pela Lei n. 12.667/2003. Pedido de percepção por servidoras readaptadas. Impossibilidade. Benesse instituída somente para quem se encontra em atividade na sala de aula. Ausência de previsão do pagamento em qualquer outra situação. Impetrantes que jamais receberam a referida gratificação. Direito líquido e certo não comprovado. Segurança denegada.”

O recorrente impetrou o presente mandado de segurança objetivando que o pagamento do abono de R\$ 50,00 (cinquenta reais) previsto no art. 2º da Lei Estadual n. 12.667/2003 seja estendido aos professores da rede estadual de ensino que se encontrem fora da sala de aula em virtude de readaptação por problemas de saúde, nos termos do art. 49 da Lei Estadual n. 6.844/1986.

Em seu recurso ordinário, o recorrente sustenta que (a) os professores readaptados, que tiverem que se afastar das salas de aula por motivo de saúde, fazem jus ao abono previsto no art. 2º da Lei Estadual n. 12.667/2003, sob pena de diminuição de sua remuneração; e (b) o art. 49 da Lei Estadual n. 6.844/1986 determina que a readaptação não acarreta decesso nem aumento de remuneração.

O Estado de Santa Catarina apresentou contra-razões (fls. 88/91). Sustenta que (a) o art. 2º da Lei Estadual n. 12.667/2003 prevê que o pagamento do abono será feito ao professor enquanto permanecer em efetivo exercício em sala de aula, não se prevendo a outorga desse direito quando afastado por motivo de qualquer outra razão; (b) é aplicável ao caso o disposto na Súmula n. 339-STF; e (c) “a gratificação de regência de classe não pode ser outorgada na readaptação, caso o servidor não a venha recebendo anteriormente” (fl. 90).

O Ministério Público Federal, pelo Subprocurador-Geral da República Benedito Izidro da Silva, opina pelo não-provimento do recurso ordinário (fls. 102/104).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima (Relator): Conforme relatado acima, o sindicato recorrente impetrou o presente mandado de segurança objetivando

que o pagamento do abono de R\$ 50,00 (cinquenta reais) previsto no art. 2º da Lei Estadual n. 12.667/2003 seja estendido aos professores da rede estadual de ensino que se encontrem fora da sala de aula em virtude de readaptação por problemas de saúde, nos termos do art. 49 da Lei Estadual n. 6.844/1986.

O art. 2º da Lei Estadual n. 12.667/2003 assim determina:

“Art. 2º. Aos servidores ativos, ocupantes do cargo de Professor do Quadro do Magistério Público Estadual e aos admitidos em caráter temporário na função de Professor pela Secretaria de Estado da Educação e Inovação, enquanto permanecer em efetivo exercício em sala de aula, é concedido um segundo abono no valor de R\$ 50,00 (cinquenta reais).”

Desta forma, o referido dispositivo legal estabelece expressamente as hipóteses e condições nas quais o abono em tela será devido ao servidor, tendo nítido caráter de vantagem *propter laborem*, que, na lição de Hely Lopes Meirelles (*Direito administrativo brasileiro*, 29ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 461 e 463), é aquela paga “em razão das condições anormais em que se realiza o serviço”, motivo pelo qual, “quando cessa o trabalho, ou quando desaparece o fato ou a situação que lhes dá causa, deve cessar o pagamento de tais vantagens, sejam elas adicionais de função, gratificações de serviço ou gratificações em razão das condições pessoais do servidor”. Nesse sentido:

“Administrativo. Oficial de justiça avaliador. Proventos. Incorporação. Função Comissionada FC-3. Impossibilidade.

Impossibilidade de se estender aos Oficiais de Justiça inativos, por força de norma constitucional, a Função Comissionada FC-3, criada pela Lei Distrital n. 10.417/2002, pois, pela sua própria natureza *propter laborem*, é devida apenas aos Oficiais de Justiça que estiverem no efetivo exercício do cargo e em razão de suas atribuições específicas. Precedentes.

Recurso desprovido.” (RMS n. 18.711-DE, Relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJ 13.06.2005, p. 325)

“Constitucional. Administrativo. Servidor público estadual. Gratificação de Participação em Resultados — GRP. Lei Estadual n. 13.547/1999. Decreto n. 5.443/2001. Vantagem *pro labore faciendo*. Inexistência de linearidade e generalidade. Agravo interno desprovido.

I - O Superior Tribunal de Justiça, secundando orientação do Pretório excelso, consolidou entendimento acerca da impossibilidade de extensão de vantagens de natureza *propter laborem*, devidas aos servidores em razão de trabalho a ser realizado. Precedentes.



II - A Gratificação de Participação em Resultados — GRP, instituída pela Lei Estadual n. 13.547/1999, tem natureza *propter laborem*, sendo devida somente aos servidores que estiverem em efetivo exercício e que cumprirem metas previamente definidas. Neste contexto, a gratificação em comento não incide durante o período de licença maternidade, mormente quando tal hipótese é expressamente vedada pelo decreto regulamentador do referido diploma legal estadual.

III - Agravo interno desprovido.” (AgRg no RMS n. 16.414-GO, Relator Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ 06.09.2004, p. 273)

“Administrativo. Servidoras públicas inativas. Auxílio-transporte. Incorporação aos proventos. Impossibilidade. Natureza *propter laborem*.

A gratificação denominada Ajuda de Transporte é uma vantagem pecuniária do tipo *propter laborem*, que diz respeito ao efetivo exercício das funções, destinada exclusivamente à necessidade dos servidores se locomoverem, enquanto estiverem prestando serviços ao órgão a que estão vinculados.

Desaparecendo os motivos que justificaram a sua concessão, extingue-se a razão de seu pagamento, sendo que, somente através de expressa determinação legal é que a referida vantagem pode ser incorporada aos proventos. Ausência de direito líquido e certo à incorporação. Precedentes.

Recurso ordinário a que se nega provimento.” (RMS n. 11.436-PI, Relator Ministro Paulo Medina, Sexta Turma, DJ 17.05.2004, p. 286)

Assim, mostra-se descabida a pretensão do recorrente de que o pagamento do referido abono seja estendido aos professores readaptados, ante a absoluta falta de previsão legal.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso ordinário.

É o voto.

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 19.025-GO
(2004/0074103-4)**

Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima

Recorrente: José Guimarães de Alcântara

Advogado: Rodrigo Amorim Martins de Sá

T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado de Goiás
Impetrado: Secretário da Fazenda do Estado de Goiás
Recorrido: Estado de Goiás

EMENTA

Administrativo. Servidor público estadual aposentado. Gratificação de incentivo funcional. Lei Estadual n. 10.460/1988. Incorporação. Conclusão de curso de graduação antes da extinção do benefício e da aposentadoria do servidor. Concessão. Precedentes. Recurso ordinário provido.

1. É firme o entendimento no Superior Tribunal de Justiça no sentido de que faz jus à incorporação da Gratificação de Incentivo Funcional o servidor que, quando em atividade e ainda na vigência do art. 175 da Lei n. 10.460/1988 do Estado de Goiás, tenha concluído curso de graduação que guarde relação com as atribuições do cargo ocupado, pouco importando que o requerimento somente tenha sido feito após sua aposentadoria. Precedentes.

2. Recurso ordinário provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 12 de setembro de 2006 (data do julgamento).

Ministro Arnaldo Esteves Lima, Relator

DJ 09.10.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por José Guimarães de Alcântara, com fundamento no art. 105, II, **b**, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, assim ementado (fl. 81):



“Mandado de segurança. Funcionário público do Fisco aposentado. Inclusão de gratificação de incentivo funcional. Curso superior. Impossibilidade.

É da essência do benefício pleiteado o exercício efetivo do respectivo cargo, não fazendo jus à inclusão da gratificação de incentivo funcional aos proventos o servidor que se encontra aposentado, mesmo que tenha concluído o curso de graduação em Direito sob a égide da Lei n. 10.460/1988. Segurança denegada.”

O recorrente, servidor público estadual aposentado, impetrou o presente mandado de segurança objetivando desconstituir o ato que indeferiu o pedido de incorporação aos seus proventos da Gratificação de Incentivo Funcional, afirmando que faz jus ao benefício por ter concluído o curso de Direito em 30.06.1984, quando ainda estava em vigor o art. 175 da Lei Estadual n. 10.460/1988.

Em seu recurso ordinário, o recorrente sustenta que (a) possui direito líquido e certo à incorporação da referida gratificação aos seus proventos, pois preenche todos os requisitos previstos no art. 175 da Lei Estadual n. 10.460/1988; (b) a Lei Estadual n. 12.706/1995, que extinguiu a gratificação pleiteada resguardou, expressamente, as situações de direito adquirido já constituídas até a data de sua vigência; (c) “Se o objetivo da gratificação é remunerar o trabalho profissional aperfeiçoado em decorrência da conclusão do curso superior, como ficou enfatizado na decisão, deveria ser considerado que o Recorrente concluiu o curso de Direito em 1984 e aposentou-se em 1994, tendo, portanto, prestado à Administração Pública Estadual, na condição de Fiscal Arrecadador, um serviço mais qualificado por mais de 10 (dez) anos” (fl. 114); e (d) a decisão impugnada afronta o princípio da isonomia previsto no art. 40, § 8º, da Constituição Federal.

O Estado de Goiás apresentou contra-razões (fls. 122/130). Sustenta que (a) a Gratificação de Incentivo Funcional é de natureza *ex facto officii*, de modo que seu pagamento se encontra condicionado à efetiva prestação do serviço nas condições estabelecidas pela Administração; e (b) “o curso indicado pelo impetrante, como embasador da concessão do benefício reclamado não se enquadra nem como curso de aperfeiçoamento nem como de especialização, estando na categoria de graduação, o que a legislação distingue com clareza inquestionável” (fl. 128).

O Ministério Público Federal, pelo Subprocurador-Geral da República João Pedro de Saboia Bandeira de Mello Filho, opina pelo provimento do recurso ordinário (fls. 144/147).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima (Relator): Conforme relatado acima, o recorrente, Fiscal Arrecadador da Secretária da Fazenda do Estado de Goiás, aposentado desde 28.11.1994, impetrou o presente mandado de segurança objetivando desconstituir o ato que indeferiu o pedido de incorporação aos seus proventos da Gratificação de Incentivo Funcional, afirmando que faz jus ao benefício por ter concluído o curso de Direito em 30.06.1984, quando ainda estava em vigor o art. 175 da Lei Estadual n. 10.460/1988, que assim previa:

“Art. 175. A título de incentivo funcional, será concedida uma gratificação mensal de até 20% (vinte por cento) sobre o vencimento ou a remuneração do funcionário portador de certificado de curso de aperfeiçoamento ou especialização ministrado:

(...)

VI - por entidade de ensino superior.

(...)

§ 1º - Os cursos de que trata este artigo deverão, obrigatoriamente, versar sobre disciplinas relacionadas com as atribuições do cargo ocupado pelo funcionário.”

Referida gratificação foi extinta pela Lei Estadual n. 12.706/1995, que assim determinou:

“Art. 1º Fica extinta, no âmbito da administração direta, autárquica e fundacional do Poder Executivo, a gratificação de incentivo funcional, respeitadas as situações de direito adquirido já constituídas até a vigência desta lei.”

Na hipótese, o Tribunal de origem reconheceu que, como as disciplinas cursadas pelo recorrente “têm relação com a função do cargo que exercia na atividade (...), o curso superior se caracteriza como aperfeiçoamento”, de modo que ele “fazia jus à referida gratificação, porque havia concluído curso de aperfeiçoamento e preencheria os requisitos necessários à sua concessão” (fl. 76). Entretanto, a ordem foi denegada ao argumento de que “a referida gratificação somente pode ser auferida pelo funcionário em pleno exercício de suas atividades funcionais” (fl. 77), e o recorrente somente requereu a concessão após sua aposentadoria.

Ocorre que, apreciando casos idênticos ao dos autos, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que faz jus à Gratificação de Incentivo Funcional o servidor que, quando em atividade e ainda na vigência do art. 175 da Lei Estadual n. 10.460/1988, tenha concluído curso de graduação que guarde relação com as



atribuições do cargo ocupado, como no caso em tela, pouco importando que o requerimento somente tenha sido feito após sua aposentadoria. Nesse sentido:

“Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Gratificação de incentivo funcional. Lei estadual n. 10.460/1988. Conclusão do curso de graduação pelo impetrante antes da revogação do benefício pela Lei n. 12.706/1995 e antes de sua aposentadoria. Concessão.

1. A despeito da previsão do art. 175 da Lei n. 10.460/1988 da possibilidade de se gratificar os servidores pela conclusão de curso de aperfeiçoamento ou de especialização, já se pronunciou esta Corte no sentido de que a conclusão de curso de graduação que guarde relação com as atribuições do cargo ocupado, como na hipótese em comento, capacita o servidor, contribuindo para o melhor desempenho de suas funções, possibilitando, portanto, a concessão do benefício pleiteado. Precedentes.

2. O fato de o Impetrante somente ter pleiteado a concessão do benefício após o ato de aposentação não lhe retira o direito à gratificação pretendida, uma vez que preenchidos os requisitos legais antes de sua aposentadoria, vale dizer, o direito já havia se incorporado ao seu patrimônio jurídico. Precedentes.

3. Recurso provido, para conceder a segurança a partir da data da impetração, ressalvando-se, contudo, a prescrição das parcelas anteriores ao quinquênio que antecedeu a propositura do *mandamus*.” (RMS n. 13.306-GO, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJ 06.02.2006, p. 288)

“Embargos de Declaração. Administrativo. Servidor público. Gratificação de incentivo funcional. Conclusão do curso de graduação. Concessão. Aposentadoria. Vigência da Lei Estadual n. 10.460/1988. Art. 535 do CPC. Requisitos. Omissão, contradição e obscuridade. Inexistência.

I - Conforme uníssona jurisprudência desta Corte, faz jus à concessão da chamada “gratificação de incentivo funcional”, o servidor público que, à época de sua aposentação, já havia concluído o curso de nível superior, porquanto, preenchia todos os requisitos necessários à percepção do aludido benefício em conformidade com o art. 175 da Lei n. 10.460/1988.

(...)

III - Embargos de declaração rejeitados.” (EDcl no RMS n. 10.864-GO, Relator Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ 29.10.2001, p. 217)

Ante o exposto, dou provimento ao recurso ordinário. Concedo a segurança a partir da data da impetração. Custas *ex lege*. Sem condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nos termos da Súmula n. 105-STJ.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 628.913-SP (2004/0016745-7)

Relatora: Ministra Laurita Vaz
Recorrente: Elpimar Ribeiro de Andrade
Advogados: Márcia Dometila Lima de Carvalho e outros
Recorrida: Renata de Paula Moraes
Advogados: Celino de Souza e outros

EMENTA

Locação. Execução. Penhora do imóvel do fiador. Doação anterior à citação da executada. Art. 593 do Código de Processo Civil. Fraude à execução não caracterizada. Precedentes.

1. É pacífico o entendimento nesta Corte no sentido de que só há a configuração de fraude à execução quando o ato tendente a frustrar a satisfação do crédito tenha ocorrido após a citação válida do devedor.

2. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto da Sr^a. Ministra-Relatora. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Felix Fischer e Gilson Dipp votaram com a Sr^a. Ministra-Relatora.

Brasília (DF), 3 de outubro de 2006 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

DJ 06.11.2006

RELATÓRIO

A Sr^a. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de recurso especial interposto por Elpimar Ribeiro de Andrade, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, em face de decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que restou ementada nos seguintes termos, *litteris*:

“A Lei n. 8.245/1991, em seu art. 82, acrescentou o inciso VII ao art. 3^o da Lei n. 8.009/1990, para excluir da proteção o ‘bem de família’ por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação, permitindo a sua penhora.” (Fl. 91)



Nas razões do especial, sustenta a Recorrente, além de dissídio pretoriano, negativa de vigência aos arts. 593, inciso II, 219 e 263, do Código de Processo Civil. Alega, em síntese, que não restou caracterizada a fraude à execução na hipótese dos autos.

Apresentadas as contra-razões e admitido o recurso na origem, ascenderam os autos à apreciação desta Corte.

É o relatório.

VOTO

A Sr^a. Ministra Laurita Vaz (Relatora): Consoante alega a Recorrente — fiadora em contrato de locação celebrado entre Renata de Paula Moraes e Joseph Haikal El Alam —, o imóvel que está sendo objeto de penhora, em virtude de débitos locatícios, foi por ela doado à sua única filha em 30.08.2000, com reserva de usufruto vitalício. Tendo sido proposta a execução em 18.06.2001, entende que não restou caracterizada a fraude, uma vez que esta só ocorreria se a transferência do imóvel tivesse sido efetuada após a citação válida no processo executivo.

Com efeito, é pacífico o entendimento nesta Corte no sentido de que só há a configuração de fraude à execução quando o ato tendente a frustrar a satisfação do crédito tenha ocorrido após a citação válida do devedor.

Por oportuno, confirmam-se os seguintes precedentes:

“Processo Civil. Fraude de execução. Art. 593 do CPC. Requisitos. Citação válida do devedor. Conhecimento da lide pelo adquirente. Súmula n. 7-STJ. Prova da insolvência. Presunção relativa em favor do exequente. Precedentes. Súmula n. 83-STJ.

I - Este Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que a alienação ou oneração do bem, para que seja considerada em fraude de execução, deverá ocorrer após a citação válida do devedor, seja no curso da ação de execução, seja durante o processo de conhecimento.

II - A comprovação de que o adquirente já teria conhecimento da demanda e mesmo assim realizou o negócio, prova que deve ser realizada pelo credor, não encontra espaço em sede de recurso especial em razão do óbice contido na Súmula n. 7 desta Corte, pois as instâncias ordinárias não se pronunciaram, a qualquer momento, sobre a questão, sendo certo que a este Superior Tribunal de Justiça não cabe examinar os fatos e provas da causa.

III - Nos termos da jurisprudência pacífica deste Tribunal, milita em favor do exeqüente a presunção *iuris tantum* de que a alienação do bem, no curso da demanda, levaria o devedor à insolvência, cabendo ao adquirente a prova em contrário.

IV - Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 127.159-MG, Terceira Turma, Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, DJ 13.06.2005; sem grifo no original)

“Processo Civil. *Fraude à execução. Fiador. Doação.*

1. *Em ação de execução, constatado que o imóvel penhorado fora transferido por doação antes da citação do devedor, não há que se falar em fraude à execução.*

2. Precedentes.

3. Recurso não conhecido.” (REsp n. 401.530-SP, Sexta Turma, Relator Ministro Paulo Gallotti, DJ 27.03.2006; sem grifo no original)

“Processo Civil. *Fraude à execução. Art. 593 do CPC. Requisitos. Alienação posterior à citação válida do devedor. Ocorrência.*

O entendimento desta Corte é no sentido de que ocorrida a citação válida do devedor, posterior alienação ou oneração do bem por este consubstancia-se em fraude à execução.

Recurso desprovido.” (REsp n. 719.969-RS, Quinta Turma, Relator Ministro Felix Fischer, DJ 26.09.2005; sem grifo no original)

“Processual Civil. *Fraude à execução. Citação regular do executado. Imprescindibilidade. Art. 593, II, CPC. Precedentes.*

1. *Não é possível a declaração de fraude à execução sem a existência de demanda anterior com citação válida.*

2. Diversidade de precedentes.

3. Embargos de divergência rejeitados.” (EREsp n. 259.890-SP, Corte Especial, Relator Ministro José Delgado, DJ 13.09.2004; sem grifo no original)

Ante o exposto, conheço do recurso especial e dou-lhe provimento, a fim de, reformando o acórdão recorrido, dar provimento ao agravo de instrumento interposto contra a decisão que declarou a fraude à execução.

É como voto.



RECURSO ESPECIAL N. 756.891-GO (2005/0092805-7)

Relator: Ministro Gilson Dipp

Recorrente: Ministério Público do Estado de Goiás

Recorrida: Cíntia Arruda Rosa

Advogado: Ramos Gonçalves Lima

EMENTA

Criminal. REsp. Crimes contra a Administração Pública. Trancamento da . Denúncia embasada em material produzido em inquérito civil público conduzido pelo *Parquet*. Possibilidade. Recurso provido.

I - Não obstante se verifique, atualmente, o debate em torno da questão pelo Supremo Tribunal Federal, o entendimento consolidado desta Corte é no sentido de que são válidos, em princípio, os atos investigatórios realizados pelo Ministério Público.

II - A interpretação sistêmica da Constituição e a aplicação dos poderes implícitos do Ministério Público conduzem à preservação dos poderes investigatórios deste Órgão, independentemente da investigação policial.

III - Independentemente da investigação policial, o Ministério Público pode se valer de outros elementos de convencimento, como diligências complementares a sindicâncias ou auditorias desenvolvidas por outros órgãos, peças de informação, bem como inquéritos civis que evidenciem, além dos fatos que lhe são próprios, a ocorrência, também, de crimes.

IV - A vedação dirigida ao Ministério Público é quanto a presidir e realizar inquérito policial. Precedente do STF.

V - Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça: “A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator.” Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 12 de setembro de 2006 (data do julgamento).

Ministro Gilson Dipp, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de Goiás, com fulcro nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado, que concedeu ordem em *habeas corpus* em favor de Cíntia Arruda Rosa, nos termos da seguinte ementa:

“*Habeas Corpus*. Ausência de justa causa. Trancamento. Possibilidade. Ordem concedida. 1) A ação mandamental de *habeas corpus* é remédio processual apropriado para fazer cessar qualquer constrangimento ilegal ou ameaça à liberdade de locomoção. Este remédio constitucional pode ser também utilizado em hipóteses excepcionais para trancar a , quando evidente a falta de justa causa para propô-la. 2) O inquérito civil público não é meio hábil para instaurar. 3) Não é da atribuição do Ministério Público promover a coleta e produção de provas com vistas a propor . Tal comportamento configura ingerência indébita no exercício da atividade policial, além de causar desequilíbrio em desfavor do réu, no decorrer do embate judicial. 4) De acordo com determinação constitucional, o inquérito policial, cuja prerrogativa é da polícia judiciária, é procedimento que enseja a promoção da referida ação. 5) O inquérito civil, cuja atribuição é realmente do Ministério Público, presta-se apenas a embasar possível ação civil pública. 6) Se evidente nos autos que a foi instaurada com base em inquérito civil público, autoriza-se a concessão do *mandamus* para o trancamento da , uma vez que indiscutível a falta de justa causa. 7) *Writ* concedido.” (Fls. 62/63)

Cíntia Arruda Rosa foi denunciada, juntamente com Maria Divina Seradourada de Moura, Maria Rosa Barcelos de Faria e Rita de Cássia Raposo Correa, como incurso nas sanções do art. 312 do Código Penal, tendo como base inquérito civil público instaurado pelo representante ministerial.

Alegando a impossibilidade de denúncia com base em inquérito civil, a defesa impetrou *habeas corpus*, pugnando pelo trancamento da ação penal.

O Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, entendendo que o inquérito civil não é meio hábil para instaurar ação penal, concedeu a ordem para trancá-la.

Contra essa decisão foram opostos embargos de declaração, que restaram rejeitados.

No presente recurso especial, aponta o Ministério Público contrariedade ao art. 39, § 5º, 40 e 43, todos do Código de Processo Penal e divergência jurisprudencial com julgados desta Corte no sentido da possibilidade de propositura de sem inquérito policial, embasada em inquérito civil público.



Requer a cassação do acórdão recorrido para que se dê prosseguimento à ação penal.

Não foram apresentadas contra-razões (fl. 157).

Admitido o recurso (fls. 158/159), a Subprocuradoria Geral da República opinou pelo seu provimento (fls. 172/181).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de Goiás, com fulcro nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado, que concedeu ordem em *habeas corpus* em favor de Cíntia Arruda Rosa para trancar a contra ela instaurada.

Em razões, aponta o Ministério Público contrariedade ao art. 39, § 5º, 40 e 43, todos do Código de Processo Penal e divergência jurisprudencial com julgados desta Corte no sentido da possibilidade de propositura de sem inquérito policial, embasada em inquérito civil público.

Requer a cassação do acórdão recorrido para que se dê prosseguimento à ação penal.

O recurso é tempestivo. O Ministério Público foi intimado na pessoa do Procurador de Justiça no dia 02.03.2004 (fl. 104), e a petição de interposição do recurso especial foi protocolada em 16.03.2004 (fl. 107).

A matéria foi devidamente prequestionada e a divergência encontra-se configurada nos moldes determinados no art. 255-RISTJ.

Satisfeitos os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso especial, merecendo prosperar a irresignação.

Em primeiro lugar, o oferecimento da denúncia não está adstrito a prévio procedimento investigatório, o qual constitui peça meramente informativa, como ocorre com o inquérito policial.

O entendimento consolidado desta Corte é no sentido de que são válidos, em princípio, os atos investigatórios realizados pelo Ministério Público, o qual pode, inclusive, requisitar informações e documentos a fim de instruir os seus procedimentos administrativos, visando ao oferecimento da denúncia.

A atividade de investigação é consentânea com a finalidade constitucional do Ministério Público (art. 129, inciso IX, da Constituição Federal), vez que cabe a este exercer, inclusive, o controle externo da atividade policial.

A interpretação sistêmica da Constituição e a aplicação dos poderes implícitos do Ministério Público conduzem à preservação dos poderes investigatórios do MP, independentemente da investigação policial.

Segundo preceituam os arts. 127 e 129 da Constituição Federal, o *Parquet* que tem a seu cargo a “defesa da ordem jurídica e do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”, exerce “o controle externo da atividade policial, incumbindo-lhe ainda ‘requisitar diligências investigatórias e instauração do inquérito policial, bem como outras punições’ que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com a sua finalidade”.

Resta subentendido, portanto, que dentro destas amplas finalidades e atribuições insere-se o poder da investigação criminal, compatível com a natureza do Ministério Público e indispensável à implementação de seus objetivos constitucionais. Este poder não precisa estar explícito, além de que o MP é o destinatário exclusivo da investigação.

Além disto, a pode ser proposta sem inquérito policial, a teor do art. 46, § 1º, da Lei Processual Penal, sendo inteiramente coerente com as finalidades do Ministério Público a obtenção de elementos de convencimento por meio de diligências complementares a sindicâncias ou auditorias desenvolvidas por outros órgãos, peças de informação, bem como por intermédio de inquéritos civis que evidenciem, além dos fatos que lhe são próprios, a ocorrência, também de crimes.

Por outro lado, a plena defesa e o contraditório são reservados para o processo, quando há a acusação.

Sendo assim, não há que se discutir acerca da validade da denúncia embasada em inquérito civil público, que, como o inquérito policial é procedimento pré-processual que, apresentando indícios de crime, pode ser peça informativa da inicial acusatória.

A respeito do assunto, trago à colação os seguintes precedentes desta Corte:

“Criminal. RHC. Sindicância. Denúncia. Nulidade do procedimento administrativo que não afeta a ação penal. Peça acusatória que atende aos requisitos legais. Dispensabilidade de procedimento investigatório. Constrangimento ilegal não-evidenciado. Recurso desprovido.

I - Hipótese em que o processo administrativo a que se refere a impetração foi anulado por inobservância de preceito legal que garante a presença de representante sindical na Comissão de Sindicância.

II - Aspecto que não é capaz de macular o conteúdo material do procedimento administrativo que fundamentou a denúncia, não se podendo falar em prova ilícita.



III - É descabido o propósito de desentranhamento de documentos referentes à sindicância anulada, pois a peça acusatória encontra-se formalmente perfeita, narrando os fatos e apresentando a materialidade e a autoria dos delitos.

IV - *O oferecimento da denúncia não está adstrito a prévio procedimento investigatório, o qual constitui peça meramente informativa, como ocorre com o inquérito policial.*

V - Recurso desprovido.” (RHC n. 13.946-RS, de minha Relatoria, DJ 06.10.2003)

“Processual Penal. Recurso especial. Art. 68 da Lei n. 9.605/1998. Poder investigatório do Ministério Público. Ação penal embasada em provas colhidas em inquérito civil público. Possibilidade.

I - Na esteira de precedentes desta Corte, malgrado seja defeso ao Ministério Público presidir o inquérito policial propriamente dito, não lhe é vedado, como titular da ação penal, proceder investigações. A ordem jurídica, aliás, confere explicitamente poderes de investigação ao Ministério Público, art. 8º, incisos II e IV, e § 2º, da Lei Complementar n. 75/1993. (Precedentes).

II - *Por outro lado, o inquérito policial, por ser peça meramente informativa, não é pressuposto necessário à propositura da ação penal, podendo essa ser embasada em outros elementos hábeis a formar a opinio delicti de seu titular, a exemplo do inquérito civil público. Se até o particular pode juntar peças, obter declarações etc., é evidente que o Parquet também pode. Desta forma, o fato da opinio delicti para a propositura da ação penal ter se formado em razão de provas colhidas em inquérito civil público não pode, por si só, levar à rejeição da denúncia (Precedentes).*

Recurso provido para que o egrégio Tribunal *a quo*, superada a questão posta, analise a viabilidade do recebimento da peça acusatória conforme entender de direito.” (REsp n. 665.997-GO, Relator Ministro Felix Fischer, DJ 30.05.2005)

“*Habeas Corpus*. Processual penal. Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional. Prisão preventiva. Ausência de fundamentação. Excesso de prazo. Revogação deferida na origem. Prejudicialidade. Trancamento da ação penal. Atos investigatórios praticados pelo Ministério Público. Possibilidade. Titular da e dispensabilidade do inquérito policial.

1. Em razão da notícia da revogação da prisão preventiva dos pacientes pelo Juiz natural do processo-crime, juntada aos autos, encontra-se prejudicado o exame dos argumentos defensivos de ausência de fundamentação

para a decretação da medida constritiva de liberdade e excesso de prazo no encerramento da instrução criminal.

2. *A legitimidade do Ministério Público para conduzir diligências investigatórias decorre de expressa previsão constitucional, oportunamente regulamentada pela Lei Complementar, mesmo porque proceder à colheita de elementos de convicção, a fim de elucidar a materialidade do crime e os indícios de autoria, é um consectário lógico da própria função do órgão ministerial de promover, com exclusividade, a pública.*

3. A competência da polícia judiciária não exclui a de outras autoridades administrativas. Inteligência do art. 4º, parágrafo único, do Código de Processo Penal. Precedentes do STJ.

4. *Writ parcialmente conhecido e, nessa parte, denegado.*” (HC n. 29.159-SP, DJ 19.12.2003, Relatora Ministra Laurita Vaz)

“Processual Penal. Inquérito policial. Dispensabilidade. Proposição de pública. *Ministério público. Investigação criminal. Possibilidade.* Denúncia. Despacho de recebimento. Falta de fundamentação. Não ocorrência. Inépcia. Inexistência. Crime em tese. Trancamento. Impossibilidade.

1. *Esta Corte tem entendimento pacificado no sentido da dispensabilidade do inquérito policial para propositura de ação penal pública, podendo o Parquet realizar atos investigatórios para fins de eventual oferecimento de denúncia, principalmente quando os envolvidos são autoridades policiais, submetidos ao controle externo do órgão ministerial.*

2. O despacho que recebe a denúncia não contém carga decisória, examinando apenas as condições da ação e a caracterização, em tese, de infração penal, prescindindo, por isso mesmo, de fundamentação, assim entendida aquela preconizada pelo art. 93, IX, da Constituição Federal.

3. Revestida a denúncia dos requisitos do art. 41, do CPP, tendo sido suficientemente descritos os fatos delituosos, ensejando ao paciente possa, amplamente, exercer o seu direito de defesa, fica afastada qualquer alegação de sua inépcia.

4. *Recurso improvido.*” (RHC n. 11.670-RS, DJ 04.02.2002, Relator Ministro Fernando Gonçalves)

A propósito, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a vedação dirigida ao Ministério Público é quanto a presidir e realizar inquérito policial (HC n. 81.326-DF, Relator Ministro Nelson Jobim, DJ 1º.08.2003).

A respeito do assunto, trago à colação os seguintes precedentes desta Corte:



“Criminal. RHC. Falsidade ideológica. Trancamento da ação penal. Denúncia embasada em material produzido em processo administrativo conduzido pelo *Parquet*. Possibilidade. Interceptação telefônica. Incompetência do juiz da central de inquérito. Ilegalidade não demonstrada. Ausência de justa causa não-evidenciada de plano. Ausência de dolo. Impropriedade do meio eleito. Recurso denegado.

I - Não obstante se verifique, atualmente, o debate em torno da questão pelo Supremo Tribunal Federal, o entendimento consolidado desta Corte é no sentido de que são válidos, em princípio, os atos investigatórios realizados pelo Ministério Público.

II - A interpretação sistêmica da Constituição e a aplicação dos poderes implícitos do Ministério Público conduzem à preservação dos poderes investigatórios deste Órgão, independentemente da investigação policial.

III - Independentemente da investigação policial, o Ministério Público pode se valer de outros elementos de convencimento, como diligências complementares a sindicâncias ou auditorias desenvolvidas por outros órgãos, peças de informação, bem como inquéritos civis que evidenciem, além dos fatos que lhe são próprios, a ocorrência, também, de crimes.

IV - A vedação dirigida ao Ministério Público é quanto a presidir e realizar inquérito policial. Precedente do STF.

V - Quando a interceptação telefônica constitui medida cautelar, no curso da investigação criminal, a exigência de que a autorização seja feita pelo juiz competente da ação principal deve ser entendida e aplicada com temperamento, para evitar eventual obstáculo da atuação da Justiça. Precedente do STF.

VI - O trancamento da ação penal por falta de justa causa, na via estreita do *habeas corpus*, somente é possível se constatado, de pronto, sem a necessidade de exame valorativo dos elementos dos autos, evidenciar-se a atipicidade do fato, a ausência de indícios a fundamentarem a acusação ou, ainda, a extinção da punibilidade.

VII - Hipótese em que a conduta narrada constitui, em tese, o crime previsto no art. 299 do Código Penal, vindo a denúncia acompanhada de veementes indícios de materialidade e autoria dos crimes, cuja participação também é atribuída ao recorrente, não sendo possível, *initio litis*, o trancamento da ação penal.

VIII - A verificação a respeito da existência, ou não, do elemento subjetivo necessário à caracterização do crime de falsidade ideológica, representado pela intenção dirigida para criar, alterar ou extinguir uma obrigação

com prejuízo ou dano de um terceiro, dependeria de minuciosa análise do conjunto probatório, sendo imprópria a via estreita do *habeas corpus*.

IX - Recurso desprovido.” (RHC n. 15.128-PR, de minha Relatoria, DJ 07.03.2005)

“Processual Penal. *Habeas corpus*. Art. 89, da Lei n. 8.666/1993. Prefeito. Recebimento da denúncia. Afastamento do cargo. Fundamentação. Término do mandato eletivo. Perda de objeto. Poder investigatório do Ministério Público. Inépcia da denúncia. Trancamento da . Atipicidade.

I - Encerrado o mandato eletivo do paciente, resta sem objeto o pedido que visava sua reintegração em seu cargo de Prefeito.

II - Na esteira de precedentes desta Corte, malgrado seja defeso ao Ministério Público presidir o inquérito policial propriamente dito, não lhe é vedado, como titular da ação penal, proceder investigações. A ordem jurídica, aliás, confere explicitamente poderes de investigação ao Ministério Público, art. 129, incisos VI, VIII, da Constituição Federal, e art. 8º, incisos II e IV, e § 2º, da LC n. 75/1993 (Precedentes).

III - Por outro lado, o inquérito policial, por ser peça meramente informativa, não é pressuposto necessário à propositura da ação penal, podendo essa ser embasada em outros elementos hábeis a formar a *opinio delicti* de seu titular. Se até o particular pode juntar peças, obter declarações etc., é evidente que o *Parquet* também pode. Além do mais, até mesmo uma investigação administrativa pode, eventualmente, supedanear uma denúncia.

IV - Não há que se falar em inépcia da denúncia se esta preenche os requisitos do art. 41 do CPP e fornece todos os elementos necessários para o exercício da defesa. (Precedentes).

V - O trancamento de ação por falta de justa causa, na via estreita do *writ*, somente é viável desde que se comprove, de plano, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito, hipóteses não ocorrentes na espécie. *In casu*, qualquer entendimento contrário demandaria, necessariamente, aprofundada dilação probatória, o que é vedado na estreita via do *writ* (Precedentes).

Writ parcialmente conhecido e, nesta parte, denegado.” (HCn.38417-BA, Ministro Felix Fischer, DJ 07.03.2005)

Desta forma, deve ser cassada a ordem concedida, para determinar o prosseguimento da instaurada.



Ante o exposto, dou provimento ao recurso, nos termos da fundamentação acima.
É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 774.079-RS (2005/0132215-6)

Relator: Ministro Gilson Dipp

Recorrente: Ângelo Gueri Emmerich (preso)

Advogada: Tânia Jungbluth

Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

EMENTA

Criminal. REsp. Crimes contra o patrimônio. Pedido de justificação criminal indeferido. Pedido com fundamentação suficiente. Valor da prova que deve ser aferido pelo juízo competente para o julgamento do pedido revisional. Pretensão de constituir prova para futura propositura de revisão criminal. Cerceamento de defesa. Recurso provido.

I - Hipótese em que o Juízo de primeiro grau indeferiu pedido de realização de justificação criminal.

II - O art. 3º do Código de Processo Penal admite a aplicação subsidiária e analógica do Código de Processo Civil, onde a justificação é regulada pelo art. 861 ao art. 866, além do art. 423 daquele diploma processual penal prever a possibilidade de realização de justificações.

III - Deve ser admitida a justificação criminal com o fim de constituir material probatório para instruir ação de revisão criminal, tendo em vista que a prova utilizada para tal fim deve ser pré-constituída.

IV - A manifesta intenção do recorrente em propor ação revisional — que exige a existência de prova pré-constituída — com o fim de se ver absolvido, constitui fundamento suficiente ao deferimento de realização de audiência de justificação.

V - Compete ao órgão jurisdicional, quando do julgamento da revisão criminal, dar às provas colhidas o valor que lhes for admissível.

VI - Estando demonstrado o cerceamento ao direito de ampla defesa do recorrente, resta patente a ilegalidade da decisão que indeferiu a justificação, bem como do acórdão que a manteve, sendo

necessária a desconstituição do julgado para determinar a realização da requerida justificação criminal.

VII - Recurso provido, nos termos do voto do Relator.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça: “A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator”. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 17 de agosto de 2006 (data do julgamento).

Ministro Gilson Dipp, Relator

DJ 25.09.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de recurso especial interposto por Ângelo Gueri Emmerich, com fulcro na alínea **a** do permissivo constitucional, em face de acórdão proferido pela Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que negou provimento ao recurso de apelação da defesa, nos termos da seguinte ementa:

“Apelação-crime. Justificação criminal. Rejeição do pedido.

Merece mantida a decisão que rejeita o pedido de justificação criminal quando, à ausência da necessária fundamentação, a inicial deixa de deduzir a finalidade da prova a ser produzida. Em pretendendo o requerente a produção de provas, sob o crivo do contraditório, para fins de embasar ulterior ação de revisão criminal, deveria ter enquadrado seu pedido em alguma das hipóteses previstas no art. 621 do CPP, sob pena de não restar demonstrado, de forma inequívoca, seu interesse processual.

À unanimidade, negaram provimento ao apelo.” (Fl. 43)

Ângelo Gueri Emmerich, condenado pela prática de roubo, ingressou com ação de justificação judicial, visando provar fato para fundamentação de revisão criminal através da oitiva de 4 testemunhas e a realização de uma diligência.

O pedido que restou rejeitado pelo Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Novo Hamburgo-RS.



Contra essa decisão, a defesa interpôs recurso de apelação, argumentando no sentido de que não poderia o juiz ter procedido a uma análise meritória da prova a ser produzida, mas limitar-se à verificação dos requisitos formais do procedimento.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul negou provimento ao apelo, ao entendimento de que o pedido deveria ter sido embasado em alguma das hipóteses previstas no art. 621 do CPP, bem como explicitado os objetivos pretendidos com a produção das provas.

No presente recurso especial, aponta o recorrente negativa de vigência ao art. 423 do CPP, argumentando acerca do seu direito de postular a justificação, bastando-lhe tão-somente expor o objetivo e demonstrar suas razões, de modo a obter prova de inocência.

Foram apresentadas contra-razões (fls. 67/68).

Admitido o recurso (fls. 70/71), a Subprocuradoria Geral da República opinou pelo seu provimento (fls. 86/89).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Trata-se de recurso especial interposto por Ângelo Gueri Emmerich, com fulcro na alínea **a** do permissivo constitucional, em face de acórdão proferido pela Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que negou provimento ao recurso de apelação da defesa.

Em razões, aponta o recorrente negativa de vigência ao art. 423 do CPP, argumentando acerca do seu direito de postular a justificação, bastando-lhe tão-somente expor o objetivo e demonstrar suas razões, de modo a obter prova de inocência.

O recurso é tempestivo. O acórdão foi publicado no dia 29.09.2004 (fl. 49), a petição de interposição do recurso especial via fax foi protocolada em 14.10.2004 (fl. 53) e os originais em 18.10.2004 (fl. 59).

A matéria foi devidamente prequestionada, conforme se verifica no seguinte trecho do acórdão recorrido:

“À ausência de regulamentação específica, são aplicáveis à justificação criminal, prevista no art. 423 do CPP, o que dispõem os art. 861 a 866 do CPC. Logo, quer no âmbito cível, quer no âmbito penal, o procedimento de

justificação objetiva a constituição de prova, sob o crivo do contraditório, para que ela seja utilizada em processo futuro.

Nos termos do *caput* do art. 866 do CPC, ao deduzir seu pedido inicial, deve o requerente fundamentar, circunstanciadamente, a finalidade da prova que pretende seja produzida em juízo. Por conseguinte, em sendo a justificação ajuizada para fins de instruir ulterior revisão criminal, deveria a defesa de Ângelo ter embasado seu pedido em alguma das hipóteses previstas no art. 621 do CPP” (Fl. 45)

Satisfeitos os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso especial, merecendo prosperar a irrisignação.

Após o trânsito em julgado da condenação, o paciente requereu a realização de justificação, para a realização de diligências e inquirição de testemunhas, com a finalidade de instruir futura ação de revisão criminal.

O Magistrado indeferiu o pedido, nos termos da seguinte decisão:

“(…) O que revela dizer é que a revisão criminal teria lugar se prova nova viesse, de fato, a inocentar o acusado. Isso não existe no caso concreto, o que se pretende a nova defensora do réu Ângelo é fazer prova que os seus defensores no processo não fizeram, mas poderiam ter feito, e deveriam, pois lá era o lugar apropriado. Pior que isso, sequer se cogita de que eventual prova a ser feita na justificação viesse realmente a inocentar o acusado. Cuida-se, somente, de reabrir a instrução para afastar dúvidas da defesa, mas não do juízo.

Aliás, a própria inicial da presente cautelar deixa claro que ela tem lugar em razão do que entendeu ser falta de diligência da defesa técnica do ora autor no requerer e mesmo analisar provas.

Isso, entretanto, não é motivo suficiente para intentar uma revisão criminal.” (Fl. 15)

A Corte Estadual, ao negar provimento ao recurso de apelação, asseverou:

“Ocorre que a inicial de fls. 2/11, ao fundamentar a justificação judicial, limita-se a mencionar a necessidade de embasar ulterior pedido de revisão criminal, detendo-se, tão-somente, em análise da prova já produzida nos autos da movida contra o requerente. Inexiste menção específica da finalidade das provas requeridas. Em verdade, sequer restou explicitada a intenção, o objetivo pretendido com a oitiva das testemunhas arroladas. Em última análise, requer a defesa, tão-somente, a reabertura da instrução criminal, ao que não se presta o procedimento da justificação.” (Fl. 45)



O Código de Processo Penal, em seu art. 423, prevê a possibilidade de realização de justificações e o art. 3º do mesmo diploma legal admite a aplicação subsidiária e analógica do Código de Processo Civil, onde a justificação é regulada pelo art. 861 ao art. 866.

Tal instituto tem por objetivo “justificar a existência de algum fato ou relação jurídica, seja para simples documento e sem caráter contencioso, seja para servir de prova em processo regular” (art. 861 do CPC).

O Código de Processo Penal, em seu art. 621, permite a revisão de processos findos visando ao reconhecimento da inocência do condenado, desde que a prova utilizada para a propositura do pedido revisional seja pré-constituída, não se permitindo a oitiva de testemunhas, por exemplo, em sede revisional.

Assim, deve ser admitida a justificação criminal para fins de constituir previamente material probatório para instruir ação de revisão criminal.

Ressalta-se que, justamente por ser inadmissível a oitiva de testemunhas na revisão criminal, além de ser incabível a prova testemunhal constituída unilateralmente, é que se torna relevante a realização da justificação, onde a prova passa pelo crivo do Magistrado, com a fiscalização e participação do órgão do Ministério Público, em respeito ao princípio do contraditório.

Ademais, ao contrário do que asseverado pelo Tribunal *a quo*, a petição inicial deixa claro o intuito da justificação como subsídio para ajuizamento de futura revisão criminal. Confira-se:

“A despeito de não ter sido muito significativa a instrução processual, considerando ter-se sustentado em procedimento inquisitorial incompleto e defeituoso, faz-se necessária a presente justificação criminal, posto que a revisão criminal futura é um instituto de alta dignidade porque tem origem na garantia do direito de liberdade e constitui projeção do princípio da ampla defesa.” (Fl. 9)

A manifesta intenção do recorrente, portanto, em produzir provas para a propositura de pedido revisional é motivo suficiente para o pleito de realização de audiência de justificação.

Por outro lado, não permitir a realização do apontado procedimento consistiria em ofensa ao princípio da ampla defesa, inconcebível no sistema penal brasileiro, especialmente em se tratando de depoimentos que não foram apreciados no decorrer da instrução criminal.

Por fim, cabe a ressalva de que compete ao órgão jurisdicional, quando do julgamento da revisão criminal, dar às provas colhidas o valor que lhes for admissível.

Dessarte, estando demonstrado o cerceamento ao direito de ampla defesa do recorrente, resta patente a ilegalidade da decisão que indeferiu a justificação, bem como do acórdão que a manteve, sendo necessária a desconstituição do julgado para determinar a realização da requerida justificação criminal.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso, nos termos da fundamentação acima.

É como voto.
