

HABEAS CORPUS N. 11.322 – SP

(Registro n. 99.0106544-5)

Relator: Ministro Gilson Dipp
Relator p/ acórdão: José Arnaldo da Fonseca
Impetrante: Mário Ungar
Advogada: Rita de Cássia Gomes Rufino
Impetrado: Juiz-Presidente do Tribunal Regional Federal da 3ª Região
Paciente: Mário Ungar
Sustentação oral: Luís Otávio Sena (por paciente)

EMENTA: Processo Penal – Foro especial por prerrogativa de função – Denúncia recebida – Acórdão não publicado – Perda da função – Cancelamento da Súmula n. 394 do STF – Alegação de invalidade ou inexistência da decisão acolhedora da denúncia.

Incidência do princípio *tempus regit actum*. Remessa, contudo, dos autos ao juízo competente para processar e julgar a ação como entender de direito.

Pedido concedido, em parte.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, conhecer do pedido e o deferir, em parte, para determinar a remessa dos autos à Justiça Federal de 1ª instância, Seção Judiciária de São Paulo, Capital, para que ali seja julgado como se entender de direito e sem implicar, todavia, em manter, ou não, decisão acolhedora da denúncia, não só porque não se conhece, por não dada a publicidade, como também por ser passível de reexame pela própria Corte Regional. Os Srs. Ministros Edson Vidigal e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca. Votou vencido o Sr. Ministro-Relator.

Brasília-DF, 29 de junho de 2000 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Presidente e Relator p/ acórdão.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de **habeas corpus** contra acórdão prolatado pelo Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região no Inquérito n. 93-SP, que à unanimidade, recebeu denúncia ofertada contra Mário Ungar, ora paciente, dentre outros co-réus.

A impetração sustentou na inicial, em síntese, a inépcia da denúncia, sob a alegação de ilegitimidade do Procurador Regional da República para ratificar exordial acusatória ofertada por Subprocurador-Geral da República, sustentando, ainda, que o Procurador Regional deveria oferecer nova denúncia ou pedir arquivamento dos autos; que o princípio da unidade e da indivisibilidade do Ministério Público só incidiria na hipótese de identidade de órgãos do mesmo nível hierárquico, e que a ratificação procedida teria implicado na quebra da “estrutura funcional-administrativa” do *Parquet*.

Solicitadas as informações de estilo, foram as mesmas prestadas pela d. autoridade indigitada coatora (fls. 89/92).

Emitindo parecer à Subprocuradoria Geral da República opinou no sentido de que fosse concedida a ordem a fim de, acatando a orientação do Supremo Tribunal Federal, fossem tidos por insubsistentes a denúncia e os votos já prolatados no Tribunal **a quo**, em razão de sua incompetência superveniente, e remetidos os autos ao juízo monocrático de 1ª grau (fls. 94/125).

Protocolado pedido de aditamento da inicial, foi determinada sua oportuna juntada (fl. 127).

É o relatório.

Em mesa para julgamento.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): O presente feito teve início nesta Corte de Justiça, no Inquérito n. 83-8-SP, no qual figuravam como indiciados Orestes Quércia, Luiz Gonzaga de Mello Belluso, Ariê Helpert, José Machado de Campos Filho, José Carlos Coimbra, Mário Ungar, Yechil Yehcayahu Sharabi e Avner Shemesch, tendo em vista possível prática, em tese, de ilícitos penais relacionados a importações de equipamentos tecnológicos promovidas pelo Governo do Estado de São Paulo, diante da constatação de superfaturamento e a evasão de divisas pertinente.

Este Superior Tribunal rejeitou a denúncia contra Orestes Quércia, nos termos da seguinte ementa:

“Processo Penal. Denúncia. Rejeição. Viabilidade da acusação não evidenciada.

Ex-Governador de Estado denunciado por crime de estelionato, com os fatos determinantes da acusação intentada não constituindo indícios de que haja concorrido para a fraude vislumbrada pelo órgão acusador, situando-se a denúncia, a propósito de sua participação, no terreno das conjecturas.

Denúncia rejeitada, por faltar-lhe, nas circunstâncias assinaladas, aptidão para a instauração da ação penal, que pressupõe indícios suficientes a evidenciar a viabilidade da acusação, consoante entendimento consolidado na jurisprudência.

Rejeitada a denúncia quanto ao acusado sujeito à sua jurisdição criminal originária, não subsiste a competência do Superior Tribunal de Justiça. Autos remetidos ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região.” (Inquérito n. 83-8-SP, Rel. Min. Costa Leite, DJ de 21.11.1994).

O acórdão expressamente determinou a remessa dos autos ao egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, para o exame da denúncia em relação aos demais acusados.

Os autos, em decorrência, foram remetidos ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região, uma vez que a acusação também era dirigida a Luiz Gonzaga de Mello Belluzo e José Machado de Campos Filho – Secretários do Governo do Estado na época dos fatos tidos como delituosos e diante da inclusa tipificação no art. 22, parágrafo único, da Lei n. 7.492/1986.

A denúncia foi ratificada pelo Procurador Regional da República em relação aos acusados remanescentes, tendo sido requerido o prosseguimento da ação penal.

A ilustre Juíza-Relatora determinou a notificação dos acusados para a apresentação de respostas à denúncia ou de ratificação das anteriormente ofertadas, no prazo de 15 dias.

A peça póstica foi recebida pelo Órgão Especial do egrégio Tribunal **a quo** – contra o que se irressignou a impetração.

Em razões, sustentou a ilegitimidade do Procurador Regional da República para a ratificação de denúncia anteriormente ofertada pelo

Subprocurador-Geral da República nesta especial Instância – pugnando-se pela concessão de ordem, a fim de que fosse anulada a denúncia.

Em aditamento, pugnou-se pelo reconhecimento e declaração da inexistência e “absoluta nulidade e a ineficácia” do julgamento proferido nos autos da ação penal pelo TRF-3ª Região, tendo em vista o cancelamento da Súmula n. 394-STF.

Não merecem análise, entretanto, os argumentos trazidos na inicial – relativos à alegada ilegitimidade do Procurador Regional para a suposta ratificação da denúncia ofertada pelo Subprocurador-Geral, sob pena de indevida supressão de instância, eis que o tema sequer foi ventilado perante o egrégio Tribunal **a quo**.

Em sede de informações, aliás, a douta autoridade indigitada coatora ressalta, expressamente: “informo à V. Ex.^a que a alegada ilegitimidade do órgão do Ministério Público Federal não for suscitada perante esta Corte, na oportunidade da defesa preliminar, não tendo sido, então, objeto de exame no acórdão indicado” (fl. 90).

Igualmente, não há como ser acolhido o pedido de aditamento da inicial, no qual se pretendia a aplicação do cancelamento da Súmula n. 394 do Supremo Tribunal Federal, visando à declaração de incompetência do Tribunal **a quo** para o processo e julgamento do feito.

Não obstante caracterizar-se a mudança de tema, através de simples aditamento, tenho que o exame da questão compete, da mesma forma, ao colegiado do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, pois tal controvérsia – que trata, ressalte-se, da sua própria competência – também não foi enfrentada em 2º grau de jurisdição – eis que trazida, de maneira imprópria, diretamente a esta especial Instância.

Diante do exposto, não conheço do *writ*.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: O eminente Relator, Ministro Gilson Dipp, não conhece da impetração, visto que não decidida na instância **a quo** a questão aqui deduzida, a se conhecer, conclui, implicaria supressão de instância. Pedi vista por me ocorrer dúvida.

Vamos aos fatos: instaurado o Inquérito n. 93, no STJ, em razão do

foro privilegiado do ex-Governador Orestes Quércia, figurando outros indiciados, foi ofertada denúncia contra ele e contra o Paciente e outras pessoas que não eram jurisdicionadas, em sede de ação penal originária, desta Corte, mas do TRF/3ª Região.

Rejeitada a denúncia contra o ex-Governador, remeteram-se os autos ao TRF-3ª Região, e ali ratificou-se a denúncia, contra o ora paciente e os demais indiciados, sendo afinal, recebida.

O acórdão que recebeu a peça acusatória aguarda publicação. Dois são os fundamentos da impetração: o primeiro, atinente à falta de legitimidade para o órgão de nível médio da carreira, com atuação exclusiva no Tribunal Regional, ratificar a denúncia antes oferecida por Subprocurador-Geral da República perante o Superior Tribunal de Justiça, o que leva à nulidade da denúncia, sob pena de quebra da organização hierarquizada do *Parquet* Federal; o segundo, mediante aditamento, diz respeito à revogação da Súmula 394 do STF, daí sobrevindo a incompetência do TRF-3ª Região para processar e julgar o Paciente e os co-réus, porquanto, não mais exercendo ele o cargo de Secretário de Estado, perdera o foro privilegiado por prerrogativa de função. Ainda, se o acórdão que recebeu a denúncia não foi lavrado, assinado e publicado até a data do ajuizamento do presente **habeas corpus**, o ato decisório inexistente, e não há por parte do TRF jurisdição para lavrá-lo, vale dizer, inexistente julgamento.

Esses, em ressunta, os fatos e os fundamentos da postulação.

De início, cabe afastar a pecha de ilegitimidade do Procurador Regional da República para ratificar a denúncia antes oferecida por órgão ministerial superior hierárquico perante Tribunal Superior. É que, na hipótese, não se pode acenar com graus hierárquicos, porquanto o Procurador Regional da República atua no Tribunal Regional Federal no exercício de poder próprio, advindo da Lei Complementar n. 75/1993, assim como o Procurador da República, em 1ª grau. De conseguinte, nesta condição, no exercício do **munus**, pode retificar, ratificar a denúncia, concordar ou não com a manifestação do órgão ministerial superior, pedir arquivamento do inquérito, porque aí ele, o Procurador Regional, é o novo titular da ação. Acresce referir que é da tradição, por economia de tempo e por pertinência, subscreverem-se as peças acusatórias formuladas antes e que, por deslocamento de competência, vão a outros órgãos do Judiciário, sem com isso incorrer-se em vício ou ilegitimidade. Há vários exemplos no STF, no ex-TRF e no STJ.

Sob esse aspecto, não prospera a irrisignação.

Já foi dito que os autos foram ao TRF-3ª Região por prerrogativa de função, vale dizer, estaríamos diante de competência **ratione personae**. Em razão, contudo, da perda da função pública e da revogação da Súmula n. 394 do STF, a norma constitucional de competência, inscrita no art. 108 da Carta da República, não mais prevalece, e teria preponderância sobre a competência **ratione materiae**, qual já asseverou o colendo Supremo Tribunal Federal (in JSTF 165/297 – Código de Processo Penal – 7ª ed., Mirabete, p. 287). Nessa linha, afastada a competência especial, remanesce a competência **ratione materiae** prevista no art. 109, IV, da Lei Magna, igualmente de natureza absoluta, suscetível pelas partes, em qualquer instância e proclamável de ofício. Daí por que, não ventilada na Corte a quo – e não poderiam fazê-lo as partes, posto a decisão que recebeu a denúncia ser anterior à revogação da súmula e ainda não foi publicada – poderia aqui ser abordada e apreciada sem importar em ultrapassagem de instância.

Assim, Srs. Ministros, com a **venia** do Ministro-Relator, conheço do pedido.

Quando do recebimento da denúncia, a Corte Federal Regional detinha competência para processar e julgar o Paciente. Não há cogitar, pois, de nulidade ou de inexistência da decisão. A decisão foi dada pelo Tribunal no exercício constitucional da sua competência. Proferida e proclamada a decisão, a mudança da competência não impede a lavratura do acórdão e sua publicação **a posteriori**. Somente se à Corte faltasse competência quando deliberou é que acarretaria a invalidade da sua decisão.

E o colendo Supremo Tribunal Federal, ao cancelar a Súmula n. 394, consignou: “O Tribunal, por unanimidade, decidiu que continuam válidos todos os atos praticados e decisões proferidas com base na Súmula n. 394 do STF, é dizer, a decisão tem efeito **ex nunc**.” (in Questão de Ordem nos Inquéritos n. 656 e 687-SP, 881-MT, em 25.8.1999).

E do voto do Ministro Felix Fischer no HC n. 11.495-MT (DJ de 20.3.2000), destaco:

“Nesse sentido, é que já decidiu o Pretório Excelso:

Prefeito denunciado por promotor perante Juiz de Direito, nas sanções do art. 1º, II, e § 1º, do Decreto-Lei n. 201/1967. Competência superveniente do Tribunal de Justiça, art. 29, VIII, da Constituição Federal de 1988. *Desnecessidade de ratificação expressa da denúncia pelo Procurador-Geral da Justiça*, mormente quando, nas razões finais, pede a condenação, demonstrando que estava de acordo com a denúncia. Nulidade inexistente. É inestimável a importância das formalidades

processuais como garantias da liberdade pessoal e da segurança jurídica. Mas, a homenagem a esse princípio não há de chegar ao feiticismo, e não deve ser levada a exageros inúteis para se proclamar nulidade, pois, os atos praticados pelo promotor de Justiça, quando praticados, foram rigorosamente legais, e os atos praticados pelo Juiz, quando praticados, foram irretocavelmente legais, não havendo razão para que deixem de sê-lo porque, por lei posterior, a competência passou a ser do Tribunal. **Habeas corpus** conhecido, mas indeferido.” (STF – HC n. 69.906-MG – Segunda Turma, Rel. Min. Paulo Brossard, DJU de 16.4.1993, p. 6.434) (grifo nosso).

Repita-se: quando do recebimento da denúncia era o TRF competente. Antes, porém, de publicar essa decisão, deixou de o ser. Essa perda de competência não impede, contudo, a publicação do acórdão. A hipótese difere daquelas em que não se completou o julgamento, tornando-se sem efeito os votos proferidos.

Não estou aqui chancelando o recebimento da denúncia. Estou aqui reconhecendo o poder de o órgão colegiado, competente ao tempo em que proferiu a decisão, vir a publicá-la. Os efeitos e a eficácia dessa decisão quanto às partes são outra questão. É que proclamada a decisão, o tribunal cumpre e acaba o ofício jurisdicional, só podendo alterá-la nos casos inscritos no art. 619 do CPP, ou seja, mediante provimento de recurso cabível contra ela. E como os atos processuais são públicos (CF, art. 93, inc. LX; CPC, art. 155), impõem-se reconhecer a obrigatoriedade de lhes dar publicidade.

Em conclusão, conheço do pedido e o defiro em parte para determinar a remessa dos autos à Justiça Federal de 1ª instância, Seção Judiciária da Capital do Estado de São Paulo, para que ali seja processada e julgada a ação como se entender de direito, sem implicar, todavia, manter ou não a decisão acolhedora da denúncia, não só porque não conheço essa decisão por não dada ainda à publicidade, como também por ser passível de reexame pela própria Corte Regional.

HABEAS CORPUS N. 12.487 – RJ

(Registro n. 2000.0021109-5)

Relator: Ministro Gilson Dipp

Impetrante: Salvador Conti Tavares
Impetrada: Sétima Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Paciente: Antônio Fernando de Camargo Freitas (preso)
Sustentação oral: Salvador Conti Tavares (p/ paciente) e Ela Wiecko Volkmer de Castilho (p/ Ministério Público Federal)

EMENTA: Criminal – HC – Homicídio – Estupro – Atentado violento ao pudor – Ocultação de cadáver – Trancamento de ação – Ausência de prova da materialidade – Laudo não conclusivo sobre a **causa mortis** – Inépcia da denúncia – Deficiência ou prejuízo à defesa não demonstrados – Falta de justa causa não evidenciada – Prisão preventiva – Fundamentação válida do decreto – Garantia da ordem pública – Ordem denegada.

I – É impróprio o argumento de inexistência de prova da materialidade, apenas porque o laudo cadavérico não teria sido conclusivo sobre o motivo da morte da vítima, cabendo a ressalva de que a prova técnica não é a única capaz de atestar a materialidade das condutas, sendo que até mesmo a falta do exame de corpo de delito não impede a propositura da ação penal – não só porque o mesmo pode ser produzido na fase instrutória, mas, também, porque pode ser suprido pelo exame de corpo de delito indireto, na forma do art. 167 do CPP.

II – Não se acolhe alegação de inépcia da denúncia se a mesma encontra-se formalmente perfeita, descrevendo satisfatoriamente as condutas tidas como criminosas e amparada em indícios de autoria e de materialidade.

III – A falta de justa causa para a ação penal só pode ser reconhecida quando, de pronto, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático-probatório evidencia-se a atipicidade do fato, a ausência de indícios a fundamentarem a acusação ou, ainda, a extinção de punibilidade.

IV – Justifica-se a prisão cautelar quando o respectivo decreto encontra-se devidamente fundamentado nos termos do art. 312 do CPP e da jurisprudência dominante, reportando-se aos fundamentos do decreto da prisão dos co-réus, que aludiram à prova da materialidade e aos indícios de autoria.

V – A gravidade e a violência do crime podem ser suficientes para motivar a segregação cautelar como garantia da ordem pública. Precedentes do STF e desta Turma.

VI – Ordem denegada.

ACÓRDÃO

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

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

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Presidente.

Ministro Gilson Dipp, Relator.

Publicado no DJ de 21.8.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Adoto, como relatório, a parte expositiva do parecer ministerial de fls. 136/143, **in verbis**:

“Antônio Fernando de Camargo Freitas foi denunciado, juntamente com outros indivíduos, como incurso nas sanções do art. 121, § 20, incisos I, III, IV e V, na forma do art. 29; art. 211, na forma do art. 29; art. 213 c.c. o art. 226, inciso I, na forma do art. 29; art. 214 c.c. art. 226, inciso I, na forma do art. 29; art. 288, parágrafo único, c.c. o art. 8^a da Lei n. 8.072/1990; todos na forma do art. 69 do Código Penal, porque, em data não determinada, entre os dias 11 e 26 de abril de 1998, durante a noite, no Sítio Ponderosa, próximo ao km 6 da Estrada Mury-Lumiar, em comunhão de ações e desígnios, constrangeram Fabiana Ferreira Rocha, com dezesseis anos de idade, a permitir que com ela praticassem atos libidinosos diversos da conjunção carnal, desnudando-a, mediante violência e grave ameaça, exercidas com emprego de arma branca e de fogo, logo depois, com dolo de matar, desferiram golpes de arma branca contra a vítima, atingindo-a e causando-lhe lesões que foram a causa eficiente de sua morte, tendo sido o

crime praticado porque a vítima não consentiu em manter relações sexuais com os denunciados, havendo, após os golpes de arma branca, emprego de fogo e asfixia por enforcamento, tendo sido praticado o delito mediante dissimulação moral, uma vez que os denunciados atraíram a vítima através de falsas promessas de trabalho como modelo profissional. Consta, ainda, da exordial, que o cadáver foi ocultado, sendo encontrado em estado de decomposição apenas no dia 27 de abril de 1998.

A denúncia foi recebida em 16 de julho de 1999, tendo sido designado interrogatório para o dia 26 de julho do mesmo ano e, atendendo a requerimento da autoridade policial e manifestação favorável do Ministério Público, foi decretada a prisão preventiva do ora paciente, em 7 de julho de 1999, efetivando-se no dia *15 de julho de 1999*, com base no clamor público, periclitacão da aplicação da lei e ameaças às testemunhas, tendo em vista as declarações prestadas pelo denunciado, Natalício, no inquérito policial (fl. 58), de que o ora paciente estaria ameaçando a ele e sua família, tendo, inclusive, recebido a garantia de apoio financeiro para assumir a culpa.

A defesa requereu a liberdade provisória do ora paciente, tendo sido indeferida.

Diante disso, foi impetrada ordem de **habeas corpus** em seu favor, sob alegação de inépcia da denúncia, ausência de fundamentação do decreto da prisão preventiva, posto que não fez menção aos pressupostos da prova da existência do crime e indícios da autoria.

Sustentou que a perícia não foi conclusiva acerca do motivo da morte da vítima, havendo dúvidas, também, a respeito da identidade do cadáver encontrado; que o termo de reconhecimento e identificação de cadáver, referido na denúncia, não foi assinado por qualquer das pessoas ali citadas; que a denúncia é inepta, por não preencher os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, não havendo a mínima base probatória para a imputação do homicídio e dos crimes sexuais.

A Sétima Câmara Criminal do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por maioria, denegou a ordem, vencido, parcialmente, o Desembargador Motta Macedo que a concedia para, tão-somente, revogar a prisão preventiva, conforme decisão abaixo ementada:

‘Habeas corpus. Delitos diversos. Homicídio qualificado, consumado, dentre eles. Trancamento da ação penal. Inépcia da

denúncia. Não ocorrência. Decreto de prisão preventiva, insubsistência. Inexistência de indícios da autoria e da prova dos crimes. Não verificação. Não existindo nos autos a data exata da prática dos delitos, pode validamente o *Parquet* indicar o período de tempo em que os delitos tenham ocorrido, consoante os elementos constantes dos autos. Nos delitos de autoria coletiva, o Ministério Público, não dispondo de elementos para a precisa individualização da conduta de cada um dos participantes, pode fazer a descrição genérica do desenrolar dos fatos desde que em compatibilidade com as informações constantes do procedimento policial, como ocorre no caso em exame. É certo que, nos crimes materiais, a materialidade somente comprova-se com o competente laudo técnico; no entanto, a teor do art. 167 do Código de Processo Penal, 'não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta'. Os indícios da autoria encontram-se plenamente demonstrados se um dos co-réus indica o local exato onde foi encontrado o cadáver da vítima e se descreve, com muitos detalhes, o agir dos demais co-réus, fornecendo, inclusive, as suas identificações. Tendo sido o cadáver identificado pelo exame das arcadas dentárias, presente encontra-se séria prova da materialidade dos delitos. Além disso, o decreto de prisão preventiva do paciente que está suficientemente fundamentado, fulcrou-se no clamor público causado pelos delitos e na fuga dos envolvidos do distrito da culpa. Ordem denegada'.

Contra essa decisão, impetra nova ordem de **habeas corpus**, em substituição ao recurso ordinário, objetivando, liminarmente, seja concedido ao ora paciente, o direito de 'permanecer em liberdade até a definição final da controvérsia, com a expedição de alvará de soltura em seu favor', e a concessão da ordem para determinar o trancamento da ação penal, reiterando os mesmos argumentos alinhados no *writ* denegado."

A Subprocuradoria Geral da República opinou pela denegação da ordem (fl. 143).

É o relatório.

Em mesa, para julgamento.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Trata-se de **habeas corpus**, substitutivo de recurso ordinário, contra decisão do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que denegou ordem impetrada visando à revogação da prisão preventiva do Paciente, assim como ao trancamento da ação penal contra ele instaurada para a apuração dos delitos previstos no art. 121, § 2º, incisos I, III, IV e V, na forma do art. 29; art. 211, na forma do art. 29; art. 213 c.c. o art. 226, inc. I, na forma do art. 29; art. 214 c.c. o art. 226, inc. I, na forma do art. 29 – todos do CP; art. 228, parágrafo único, do CP, c.c. o art. 8º da Lei n. 8.072/1990; todos na forma do art. 69 do CP.

Em razões, a impetração reitera o pedido de trancamento do feito, assim como o de liberdade provisória, sustentando os mesmos argumentos da impetração originária, que consistiam, em síntese: na falta de justa causa pela ausência da prova da materialidade – porque o laudo cadavérico não teria sido conclusivo acerca da **causa mortis** da vítima, havendo dúvidas quanto à identidade do cadáver encontrado, e que o termo de reconhecimento e identificação do cadáver, referido na denúncia, não teria sido assinado por qualquer das pessoas ali citadas; inépcia da denúncia, por não atender aos requisitos do art. 41 do CPP – não havendo base probatória para a imputação do homicídio e crimes sexuais; e, ainda, falta de fundamentação do decreto de prisão preventiva – porque não teria feito menção aos pressupostos da prova da existência do crime e indícios da autoria.

Deve ser mantido integralmente o acórdão atacado.

Quanto à apontada falta de justa causa para a ação penal, improcedentes os argumentos.

Não se pode reconhecer ausência de justa causa apenas porque o laudo cadavérico não foi conclusivo sobre o motivo da morte da vítima, cabendo a ressalva de que a prova técnica não é a única capaz de atestar a materialidade das condutas, sendo que até mesmo a falta do exame de corpo de delito não impede a propositura da ação penal – não só porque o mesmo pode ser produzido na fase instrutória, mas, também, porque pode ser suprido pelo exame de corpo de delito indireto, na forma do art. 167 do Código de Processo Penal.

Nesse sentido, a jurisprudência desta Corte:

“Penal. Processual. Sedução. Vítima juridicamente pobre. Ministério

Público Legitimidade. Ausência do exame de corpo de delito. Inépcia da denúncia. Regressão da pena. Indulto. **Habeas corpus** substitutivo.

1. A miserabilidade jurídica da vítima, para os fins do CP, art. 225, § 1º, I, pode ser comprovada mediante simples declaração verbal ou escrita, e até que seja prolatada a sentença final.

2. É admissível o recebimento da denúncia sem o laudo pericial, que pode ser apresentado na fase instrutória.

3. Não se tranca ação penal baseada em denúncia que descreve a conduta típica do acusado, garantindo-lhe o direito à ampla defesa.

4. Tendo o condenado descumprido, no regime semi-aberto, as condições impostas, ficará a pena sujeita à regressão.

5. O indulto coletivo não pode ser concedido aos réus que não preencham as condições pré-estabelecidas.

6. **Habeas corpus** conhecido; pedido indeferido.” (HC n. 7.659-GO, Rel. Ministro Edson Vidigal, DJ de 28.9.1998).

“Penal. Processual Penal. **Habeas corpus**. Ação penal. Trancamento de ação penal. Denúncia. Inépcia. Não configuração. Descrição em tese de crime. Falsificação de documento. Prova da materialidade. Exame de corpo delito.

– O trancamento de ação penal por falta de justa causa, postulada na via estreita do **habeas corpus**, somente se viabiliza quando, pela mera exposição dos fatos na denúncia, se constata que há imputação de fato penalmente atípico ou que inexistente qualquer elemento indiciário demonstrativo da autoria do delito pelo paciente.

– Não é inepta a denúncia que descreve fatos que, em tese, apresentam a feição de crime e oferece condições plenas para o exercício de defesa.

– Em sede de crime de falsidade documental a comprovação da materialidade pelo exame de corpo de delito não é indispensável à propositura da ação penal, podendo ser produzida a prova durante seu curso normal.

– Recurso ordinário desprovido.” (RHC n. 7.673-SP, Rel. Ministro Vicente Leal, DJ de 26.10.1998).

“– Recurso em **habeas corpus**. Fatos que, em tese, constituem

crime. Indícios suficientes de autoria. Exame de corpo de delito. Falta.

– Incabível o trancamento da ação penal se os fatos descritos na denúncia são típicos sob o ponto de vista penal e se há fortes indícios de autoria.

– A falta de exame de corpo de delito não obsta o ingresso da ação penal.

– Constrangimento ilegal inexistente.

– Recurso conhecido e desprovido.” (RHC n. 7.269-SP, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ de 15.6.1998).

Ainda adoto os fundamentos do parecer ministerial, que elucidaram com precisão a controvérsia:

“No caso dos autos, certa foi a morte da vítima, porquanto seu cadáver foi encontrado escondido no meio do mato, em avançado estado de decomposição, o que impossibilitou a identificação da **causa mortis**, mas há relato de co-réu, e de testemunhas que presenciaram tal informação, no sentido de que a vítima sofreu violência sexual, sendo, após, morta pelos seus estupradores, tendo o Paciente participado do evento criminoso.

O cadáver foi identificado como sendo de Fabiana Ferreira Rocha (vítima), através de suas arcadas dentárias, reconhecimento este feito tanto pelo seu dentista particular, Dr. Miquéias Rosa (fl. 49), como pelos peritos do Instituto Médico Legal Afrânio Peixoto (fl. 83/v.).

É o quanto basta para a propositura da ação penal e autorizar o recebimento da denúncia, visto haver quase que certeza quanto à inexistência do homicídio e dos crimes sexuais praticados contra a vítima e indícios sólidos de ser o Paciente seu autor, ou pelo menos participe da empreitada criminosa.

Não se evidencia, pois, ausência de justa causa a autorizar o abortamento da ação penal” (fl. 141).

No tocante à denúncia, por sua vez, não vislumbro consistente imprecisão nos fatos atribuídos ao Paciente a impedir a compreensão da hábil acusação formulada, o que, se assim fosse, até poderia ensejar o pretendido trancamento do feito.

Pelo exame da peça póstica, cuja cópia encontra-se às fls. 31/34, tem-se o atendimento aos requisitos do art. 41 do CPP, uma vez que houve a exposição do fato criminoso, com suas circunstâncias, assim como se deu a devida qualificação dos acusados, a classificação do crime, além do oferecimento do rol de testemunhas.

A Subprocuradoria Geral da República muito bem expôs a controvérsia, em sede de parecer ministerial, cujos termos acolho e transcrevo:

“A denúncia, por outro lado, não padece de vício de inépcia que lhe inculca o Impetrante, pois há descrição circunstanciada das condutas delituosas, de molde a permitir o exercício da ampla defesa, tendo-se dito que todos os acusados constrangeram a vítima, mediante violência e grave ameaça exercidas com emprego de armas brancas e de fogo, a praticar, com eles, relação sexual e atos libidinosos diversos da conjunção carnal, passando-lhes as mãos nas partes íntimas de seu corpo, tendo, depois, desferido tiros contra ela e escondido seu cadáver, ficando consignado, ainda, que Natalício e Gereilton eram encarregados de contactar mulheres com promessas de emprego de modelo e apresentá-las a Antônio Fernando, ora paciente.

O fato de não haver precisado o momento exato do crime, tendo apenas indicado os dois marcos entre os quais pode ter ocorrido, não constitui vício capaz de comprometer a peça incoativa.

Como bem lembrado no douto voto proferido no acórdão impugnado:

‘até mesmo o erro ou a omissão quanto à data e à hora da prática do crime, o erro ou a omissão quanto ao local do delito, o erro quanto ao Juízo a quem a peça acusatória é dirigida, etc., não implicam em nulidade da mesma, mas sim em mera irregularidade, que pode ser a qualquer momento suprível, se for o caso, quer por meio de aditamento ou de rerratificação. Nulidade haverá se restar demonstrado que tais irregularidades causaram cerceamento ou embaraço à defesa, devendo o prejuízo ser cabalmente demonstrado, não bastando mera alegação desprovida da indispensável prova.’ (fls. 141/142).”

Não obstante, é posição desta Corte que o trancamento da ação, normalmente, é inviável em sede de **habeas corpus**, pois dependente do incabível exame da matéria fático-probatória.

O argumento de ausência de justa causa para o prosseguimento de feito só pode ser reconhecido quando, sem a necessidade de exame aprofundado e valorativo dos fatos, indícios e provas, restar inequivocamente demonstrada, pela impetração, a atipicidade flagrante do delito, a ausência de indícios a fundamentarem a acusação, ou, ainda, a extinção da punibilidade.

Tais circunstâncias, entretanto, não são verificadas **in casu**:

“Outrossim, tem-se a impropriedade do meio eleito para o exame das demais questões levantadas pela impetração, como a apontada dúvida acerca da morte da vítima, ante o estado de esqueletização do cadáver, e a existência de parecer médico atestando a ocorrência da morte há tempo superior ao do desaparecimento da vítima – eis que dependem da instrução do feito na instância ordinária e devem ser apreciados pelo Juiz do processo.

Por fim, no tocante à custódia impugnada, sob o argumento de ausência de fundamentação do decreto de prisão preventiva – porque não teria feito menção aos pressupostos da prova da existência do crime e indícios da autoria.”

O julgador monocrático procedeu à suficiente fundamentação da medida constritiva como garantia da ordem pública e por conveniência da instrução criminal – ante as noticiadas ameaças a testemunhas e co-réu – ainda invocando expressamente os fundamentos utilizados para a decretação da prisão dos co-réus (fls. 61/62).

Como bem ressaltado pelo egrégio Tribunal **a quo**, o decreto de custódia efetivamente não mencionou especificamente a prova da existência do crime e os indícios de autoria. Entretanto, o julgador, além de apontar os fundamentos daquela decisão, ainda se reportou aos fundamentos do decreto de prisão dos co-réus (referência à fl. 183), o qual, aludindo à indigitada prova da materialidade e indícios de autoria, veio a suprir a alegada ausência.

Nestes termos, dispôs com propriedade o acórdão ora impugnado:

“De outro lado, o Impetrante apregoa a insubsistência do decreto de prisão preventiva do paciente, vez que do mesmo modo não consta menção aos pressupostos da prova da existência do crime e dos indícios da autoria. Lendo-se o referido decreto (fls. 102/103), realmente não se encontram os termos citados pelo Impetrante. Ocorre que, na

apontada decisão, além dos próprios fundamentos da mesma, a autoridade apontada como coatora reportou-se, expressamente, aos ‘mesmos fundamentos de fl. 183’, na qual consta a decretação da prisão preventiva dos co-réus. Natalício Lopes e Gereilton Cosme (fl. 100). Nesta última decisão, está também expressamente consignado o seguinte: ‘Logo, os indícios da autoria existem, e a prova dos crimes são os cadáveres, cujos laudos de necrópsia estão em fase de conclusão’. Quanto aos indícios da autoria, foram eles fornecidos por um dos co-réus, o qual indicou o local exato onde se encontrava o cadáver da vítima e descreveu, com muitos detalhes, o agir dos demais co-réus, fornecendo, inclusive, as suas identificações. No que respeita à prova da materialidade, é de se consignar que o cadáver foi identificado pelo exame de suas arcadas dentárias.

Além disso, o prolator das duas decisões fez consignar que o fundamento das custódias cautelares é o clamor público causado pelos delitos e a fuga dos envolvidos do distrito da culpa. Em razão disso, não há que se cogitar da revogação do decreto de prisão preventiva do Paciente, que se encontra suficientemente fundamentado, como também da inépcia da peça acusatória.”

Por derradeiro, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que a gravidade e violência do crime são suficientes para embasar a custódia provisória como garantia da ordem pública:

“Periculosidade do réu evidenciada no crime – STF: Esta Corte, por ambas as suas Turmas, já firmou o entendimento de que a prisão preventiva pode ser decretada em face da periculosidade demonstrada pela gravidade e violência do crime, ainda que primário o agente” (in RT 648/347 – **Júlio Fabbrini Mirabete**, 5ª edição, p. 414).

No mesmo sentido, o posicionamento que vem sendo adotado por unanimidade nesta Turma (RHC n. 7.750-MG, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ de 14.9.1998, HC n. 8.430-RS, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 16.8.1999, RHC n. 7.429-RJ, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 3.8.1998) e que pode ser resumido pela ementa do HC n. 8.754-GO, do qual fui Relator:

“**Habeas corpus**. Prisão preventiva. Fundamentação válida do decreto. Gravidade e circunstâncias do crime. Garantia da ordem pública. Lei n. 9.455/1997. Aplicação exclusiva à prática de tortura. Ordem denegada.

I – Justifica-se a prisão cautelar quando o respectivo decreto encontra-se devidamente fundamentado nos termos do art. 312 do CPP e da jurisprudência dominante.

II – A gravidade e as circunstâncias do delito, que gerou grande clamor social, podem ser suficientes para motivar a segregação cautelar como garantia da ordem pública. Precedente do STF.

III – A Lei n. 9.455/1997 refere-se exclusivamente à prática de tortura, não ensejando analogia e extensão aos demais delitos previstos na Lei dos Crimes Hediondos.

IV – Ordem denegada.”

Não se vislumbra, portanto, qualquer deficiência no embasamento da segregação provisória do Paciente, tendo em vista que foi procedido em conformidade com as exigências legais, atendendo aos termos do art. 312 do CPP, e da jurisprudência dominante (STF: RT 574/461; STF: RT 558/423).

Diante do exposto, denego a ordem.

É como voto.

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 9.956 – PR

(Registro n. 2000.0038949-8)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca
Recorrentes: Adílson Ricardo Martins e outro
Advogados: Clóvis Pinheiro de Souza Júnior e outro
Recorrido: Tribunal de Alçada do Estado do Paraná
Paciente: Fabiano Sirtoli (preso)

EMENTA: Recurso ordinário em **habeas corpus** – Prisão em flagrante – Legalidade do ato – Presença dos requisitos que autorizam a prisão preventiva.

Flagrante impróprio bem caracterizado pela perseguição empreendida pelos policiais.

A polícia não exerce jurisdição, pelo que não se pode imputar

aos atos policiais qualquer vício decorrente de incompetência **ratione loci**.

Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 29 de junho de 2000 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 4.9.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: Trata-se de recurso ordinário interposto em favor de Fabiano Sirtoli, preso em flagrante e denunciado como incurso nas sanções do art. 157, § 2º, I e II, c.c. art. 29, **caput**, ambos do Código Penal. Tal recurso insurge-se contra o acórdão prolatado pela Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, que denegou a ordem anteriormente impetrada. O v. aresto restou assim ementado, **verbis** (fl. 133):

“**Habeas corpus**. Roubo qualificado. Auto de prisão em flagrante. Nulidades. Inocorrência. Flagrante impróprio bem caracterizado, diante da perseguição empreendida pelos policiais. Auto de flagrante lavrado em local diverso da prisão. Irrelevância. Presença, outrossim, de requisito necessário ao decreto preventivo. Liberdade provisória incabível. Ordem denegada.”

Nesta Instância pleiteia o Recorrente a nulidade do auto de prisão em flagrante e sustenta, para tanto, que não houve perseguição logo após o cometimento do crime. Além disso, aduz que o auto foi lavrado em comarca diversa daquela onde se consumou a prisão.

Com vistas, o *Parquet* Federal pugnou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): Narram os autos que o Paciente foi preso em flagrante em 17.12.1999, pela prática, em tese, de crime de roubo mediante concurso de agentes e emprego de arma.

Conforme demonstrado no relatório, o Recorrente postula seja decretada a nulidade do auto de prisão em flagrante, primeiro porque não ocorreu situação caracterizadora de flagrante e segundo porque o auto foi lavrado em comarca diferente de onde ocorreu a prisão.

Todavia, não merece acolhida a súplica.

Da leitura do auto de prisão em flagrante juntado por cópia de fls. 11/20, constata-se que o mesmo está formalmente perfeito, descrevendo hipótese típica de flagrante impróprio.

Após o roubo perpetrado, policiais foram comunicados do fato, iniciando as diligências para a localização do veículo e identificação dos autores do crime. Deslocaram-se ao trevo de acesso a Cascavel-PR, onde, logo em seguida, avistaram um veículo *Tipo* sendo seguido por uma caminhonete, os quais tomaram sentido Cascavel-PR e trafegavam em alta velocidade. Os policiais seguiram os mesmos e nas proximidades de Sede Alvorada, ao chegar num quebra-molas, o policial que estava conduzindo o veículo deu luz alta para verificar a placa, confirmando a placa do veículo roubado, momento em que tais indivíduos perceberam que estavam sendo seguidos e aumentaram a velocidade. Novamente os policiais conseguiram ficar mais próximos dos mesmos, momento em que o passageiro da caminhonete, o qual estava com a manga da camisa de cor preta, colocou a mão para fora da caminhonete e começou a efetuar disparos de arma de fogo, contra a viatura. Um dos policiais realizou disparos de arma de fogo, para o alto, com o intuito de intimidá-los e para que parassem o veículo, momento em que um veículo *importado Passat Alemão* aproximou-se da traseira da viatura com a luz alta e começou a fazer disparos. A viatura foi para o acostamento diminuindo a velocidade e o veículo *Passat Alemão* ultrapassou em alta velocidade, não efetuando disparos no momento em que ultrapassou a caminhonete, ganhando distância. Alguns quilômetros à frente de Sede Alvorada, os policiais perceberam a caminhonete parada numa lavoura, na beira da pista, onde não perceberam mais o veículo *Passat*, e novamente os indivíduos começaram a realizar disparos contra os policiais, sendo que um deles realizou disparos para o alto, com o intuito de intimidá-los e os mesmos saíram no veículo *Tipo*, abandonando a caminhonete. Um dos policiais

passou uma mensagem via rádio, comunicando que a caminhonete havia sido abandonada e que iriam abordá-la, momento em que mais dois policiais chegaram ao local para dar apoio. Enquanto verificavam a caminhonete, receberam uma mensagem via rádio confirmando que 3 elementos de um veículo *Tipo* haviam sido abordados por policiais rodoviários e se encontravam naquele posto, sendo que o policial que conduziu a viatura reconheceu o veículo *Tipo*. Foi realizada pelos policiais revista pessoal nos mesmos também no interior do veículo *Fiat*, no qual encontraram 1 capuz, 1 rolo de fita, 1 embalagem vazia de 10 cartuchos calibre 38 especial e algumas munições intactas.

Um dos policiais cientificou os indivíduos de seus direitos constitucionais, dando voz de prisão aos mesmos por roubo do veículo Ford/Ranger e, após, os conduziu juntamente com os veículos à Unidade Policial de Toledo, onde se apresentaram à autoridade policial.

Como se vê, o fato de o Paciente e seus comparsas terem sido presos momentos depois da perseguição em um posto rodoviário, não invalida a situação de flagrante impróprio a justificar a custódia. A jurisprudência tem entendido que o intervalo temporal contido na expressão “logo após” deve ser considerado de forma flexível, levando em conta a situação específica de cada caso. Cabe acrescentar ainda que mesmo que não houvesse sido caracterizado o flagrante impróprio estaria caracterizado na espécie o flagrante presumido, nos termos do artigo 302, IV, do CPP, logo, plenamente legal é a prisão do Paciente.

Também o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou no sentido de que:

“A quase-flagrância se dá quando, logo após a prática delituosa, a pessoa é encontrada com instrumentos, armas ou objetos que façam presumir ser o autor da infração. Não há perseguição. A pessoa é encontrada”. (RT 573/488-9)”

Também não prospera a alegada nulidade do flagrante decorrente do auto ter sido lavrado em comarca diferente de onde ocorreu a prisão. É que, consoante pacificado na doutrina e na jurisprudência, a polícia não exerce jurisdição, pelo que não se pode imputar aos atos policiais qualquer vício decorrente de incompetência **ratione loci**.

Nesse sentido:

“Processual Penal. Recurso em **habeas corpus**. Prisão em flagrante. Tráfico ilícito de entorpecentes.

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

2. Em se tratando de crime de natureza permanente – tráfico de entorpecentes – dispensável a apresentação de mandado para efeito de prisão e apreensão da droga.

3. Recurso improvido.” (RHC n. 5.204-SC, Rel. Min. Anselmo Santiago, DJ de 5.8.1996).

“A lavratura de auto de prisão em flagrante em local diverso daquele onde foi efetuada a prisão nada tem de ilegal. Policial não exerce função jurisdicional.” (Relator Min. Jesus Costa Lima, RSTJ 59/97).

Ante o exposto, nego provimento ao recurso ordinário.

É o meu voto.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 8.299 – PR

(Registro n. 97.0010205-0)

Relator:	Ministro Felix Fischer
Recorrentes:	Marisa Ferraro Sampaio e outro
Recorridos:	Secretário de Administração do Estado do Paraná e outro
Impetrados:	Secretário de Administração do Estado do Paraná, Gerente de Recursos Humanos da Divisão de Cadastro de Recursos Humanos da Secretaria de Administração do Estado do Paraná
Tribunal de origem:	Tribunal de Justiça do Estado do Paraná
Advogados:	José Cid Campelo e outro, e Manoel Caetano Ferreira Filho

EMENTA: Administrativo, servidores públicos estaduais – Licença especial – Contagem de tempo – Aposentadoria.

– O tempo de serviço prestado sob o regime celetista deve ser computado para fins de licença especial. Orientação contida no RE n. 209.899-RN do STF.

– Entendimento adotado nesta Corte de dar ao funcionalismo estadual paranaense o mesmo tratamento dispensado aos funcionários federais em situação análoga.

– Precedente.

– Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 6 de abril de 1999 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Presidente.

Ministro Felix Fischer, Relator.

Publicado no DJ de 31.5.1999.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de recurso em mandado de segurança interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

Buscava-se, no **mandamus**, a anulação do ato pelo qual se determinou a desconsideração do período trabalhado pelos Impetrantes – servidores públicos do Estado do Paraná – sob a égide da CLT, para fins de licença especial.

Cumpre esclarecer que a Administração, em um primeiro momento, deferiu o cômputo aqui pleiteado, anulando, posteriormente, o ato.

A pretensão foi rechaçada em decisão que traz a seguinte ementa:

“Servidor público civil. Contagem do período celetista na aquisição do direito à licença especial. Inviabilidade diante do estatuto estadual. Nulidade do acervo de serviço com esse acréscimo. Segurança denegada.

A licença especial só pode ser adquirida depois de cinco ou dez anos do exercício de cargo público, não sendo possível contar para esse fim, o tempo de serviço prestado sem a investidura nele.” (fl. 86).

Nas razões recursais, alega-se a existência do direito ao referido cômputo, bem como, que o ato que determinou a contagem, para efeitos de licença especial, do tempo de serviço prestado como celetista não poderia ser anulado.

Contra-razões às fls. 128/137 prestigiando a decisão recorrida.

A douta Subprocuradoria Geral da República se manifestou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): Em casos como o aqui em debate, o entendimento que vem sendo adotado nesta Corte é no sentido de dar ao funcionalismo estadual paranaense o mesmo tratamento dispensado aos funcionários federais.

Em seara federal, a Terceira Seção, no EREsp n. 92.135-DF, Rel. Min. José Dantas, Rel. para o acórdão Min. William Patterson, DJU de 28.4.1997, havia pacificado o seu entendimento no sentido de que não era permitida a contagem de tempo de serviço, prestado sob o regime celetista, para fins de percepção de anuênios.

O colendo Supremo Tribunal Federal, contudo, adotou orientação em sentido contrário, quando do julgamento do RE n. 209.899-0-RN, Rel. Min. Maurício Corrêa, em 4.6.1998:

“Constitucional. Administrativo. Regime jurídico único. Lei n. 8.112/1990: artigo 100 c.c. o artigo 67. Veto ao § 4º do artigo 243. Subsistência da vantagem pessoal.

O veto ao § 4º do artigo 243 da Lei n. 8.112/1990 não tem base jurídica para desconstituir direito de ex-celetistas à contagem do tempo

pretérito para fim de anuênio, na forma prevista no artigo 67 do novo Regime Jurídico Único, visto que o artigo 100 do texto legal remanescente dispõe que é contado para todos os efeitos o tempo de serviço público federal.

Recurso extraordinário não conhecido.”

A Turma, recentemente, adequou-se à orientação do Pretório Excelso:

“Administrativo. Contagem do tempo de serviço celetista para todos os efeitos. Lei n. 8.112/1990, arts. 100 e 67.

O tempo de serviço prestado sob o regime celetista deve ser computado para todos os efeitos, nos termos do art. 100 da Lei n. 8.112/1990. Precedente do STF (RE n. 209.899-0-RN).

Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 180.993-PB, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU de 27.10.1998).

O mesmo entendimento foi aplicado por este Colegiado ao caso dos servidores do Estado do Paraná em situação análoga. Leia-se:

“Administrativo. Servidores públicos do Estado do Paraná. Contagem do tempo de serviço celetista para efeitos de licença especial. Lei n. 6.174/1970 e Lei n. 10.219/1992, arts. 70, § 2º; e 129, inc. I.

O tempo de serviço prestado sob o regime celetista deve ser computado para efeitos de licença especial, nos termos da Lei n. 6.174/1970, a teor do comando contido no art. 129, inc. I, da Lei n. 10.219/1992. Orientação contida no RE n. 209.899-0-RN do STF, em situação análoga, referente aos servidores públicos federais.

Recurso ordinário provido.” (RMS n. 5.767-PR, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU de 30.11.1998).

Colho do voto-condutor do acórdão:

“Os Impetrantes eram todos servidores públicos do Estado do Paraná, regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, até a edição da Lei n. 10.219, de 21 de dezembro de 1992, que institui o Regime Jurídico Único dos servidores públicos estaduais, em cumprimento ao artigo 39 da Constituição Federal.

Com a transposição para o regime estatutário, pleitearam o reconhecimento do tempo de serviço prestado sob o regime celetista

para efeitos de licença especial, e lhes foi negado pelo acórdão recorrido.

O direito questionado funda-se nos arts. 247 e 248 da Lei n. 6.174/1970, que dispõem sobre a concessão de licença especial ou sua inclusão como tempo de serviço *fictício*, para fins de aposentadoria.

Com a instituição do Regime Jurídico Único, Lei n. 10.219/1992, os Impetrantes passaram ao regime estatutário, para todos os efeitos legais. No entanto, o acórdão recorrido não lhes reconheceu o direito objeto deste *writ*, ao entendimento de que somente após a transposição para o regime estatutário poderiam usufruir do estabelecido na Lei n. 6.174/1970, pois no regime celetista referida vantagem não existia.

O artigo 70, § 2º, da Lei n. 10.219/1992, estabelece a aplicação da Lei n. 6.174/1970 aos servidores anteriormente regidos pelo regime celetista.

O art. 129, inc. I, do mesmo diploma legal, dispõe sobre a contagem do tempo de serviço remunerado prestado ao Estado do Paraná, para todos os efeitos, aos servidores que tiveram transposição de regime.

Esse dispositivo legal assegura a contagem do tempo de serviço dos Impetrantes para os efeitos da Lei n. 6.174/1970, recepcionada pela Lei n. 10.219/1992.

A questão se assemelha ao reconhecimento do tempo de serviço dos servidores públicos federais, anteriormente regidos pela Consolidação da Leis do Trabalho.

Em recente decisão plenária, datada de 4 de junho deste ano, o Supremo Tribunal Federal, à unanimidade, firmou orientação a respeito da contagem do tempo de serviço prestado sob a égide da Consolidação das Leis do Trabalho, para fins de anuênio, nos termos do artigo 67, parágrafo único, da Lei n. 8.112/1990.

O acórdão proferido no RE n. 209.899-0-RN, Relator Ministro Maurício Corrêa, está assim ementado:

‘Constitucional. Administrativo. Regime Jurídico Único. Lei n. 8.112/1990: artigo 100 c.c. o artigo 67. Veto ao § 4º do artigo 243. Subsistência da vantagem pessoal.

O veto ao § 4º do artigo 243 da Lei n. 8.112/1990 não tem base jurídica para desconstituir direito de ex-celestista à contagem do tempo pretérito para fim de anuênio, na forma prevista

no artigo 67 do novo Regime Jurídico Único, visto que o artigo 100 do texto legal remanescente dispõe que é contado para todos os efeitos o tempo de serviço público federal.

Recurso extraordinário não conhecido.”

O artigo 100 da Lei n. 8.112/1990, referido pelo acórdão acima transcrito, contempla a mesma previsão referente à contagem do tempo de serviço de que trata o art. 129, inc. I, do Regime Jurídico Único dos servidores estaduais do Estado do Paraná, Lei n. 10.219/1992. Concluiu-se, então, que aplica-se, igualmente, à presente hipótese, a decisão do Supremo Tribunal Federal, para efeitos de contagem do tempo de serviço prestado sob o regime celetista para efeitos de licença especial.

Sabe-se que as decisões do Pretório Excelso não se revestem de efeito vinculante. Mas sua observância mostra-se necessária para a busca de efetividade do processo, como meio hábil à realização da Justiça.

Assim sendo, o acórdão recorrido merece ser reformado para adequar-se a essa orientação.”

Com estas considerações, dou provimento ao recurso.

É o voto.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 9.590 – RS

(Registro n. 98.0022277-4)

Relator: Ministro Jorge Scartezzini
Recorrentes: Joice Alexandra Cardoso de Farias e outros
Advogado: Luiz Fernando Koch
Tribunal de origem: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
Impetrados: Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul e Conselheiro-Presidente do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul

Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul
Advogados: Marcelo Ferreira Costa e outros

EMENTA: Administrativo – Recurso ordinário em mandado de segurança – Servidores públicos estaduais – Telefonistas do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul – Alterações de atribuições (Resolução n. 467/1996 e 368/1989) – Aumento de carga horária de 30 para 36 horas semanais – Previsão editalícia – Inexistência de direito adquirido – Art. 227 da CLT não aplicável ao caso – Funcionário portador de deficiência visual – Ausência de prova pré-constituída – Resguardadas as vias ordinárias.

1. Prevendo o edital do concurso para o cargo de telefonista a possibilidade de outras atribuições (“executar atividades correlatas” – item 2.1), desde que condizentes com aquelas exercidas pelo servidor, não há violação da Administração em alterá-las, se observados os limites legais. Somente haveria ilegalidade, a ensejar o presente remédio heróico, se as funções atualmente cobradas dos servidores públicos, ora recorrentes, se afastassem do nível de escolaridade previsto, tivessem maior complexidade ou, ainda, esbarrassem em portadores de limitações orgânicas. As mudanças nas tarefas empreendidas num nível de razoabilidade, obedecendo determinados critérios exigidos para o cargo, não respalda o pedido de afronta a direito líquido e certo, constitucionalmente assegurado, apenas porque sempre se exerceu determinadas funções e estas não podem ser modificadas.

2. Se o servidor é contratado para trabalhar 36 (trinta e seis) horas semanais, consoante previsão contida no edital do certame, não pode aduzir direito adquirido a somente trabalhar 30 (trinta) horas porque assim vem fazendo desde a posse no cargo. Inexistência de direito adquirido. Inaplicabilidade do art. 227 da CLT, posto que não incide sobre os servidores públicos norma que se dirige às empresas que exploram serviço de telefonia.

3. Havendo notícia de telefonista portador de deficiência visual e não estando a prova pré-constituída nos autos, não há como ampará-lo através da presente via mandamental, assegurado ao mesmo, todavia, as vias ordinárias para persecução do seu direito.

4. Recurso conhecido, porém, desprovido, com a ressalva supramencionada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça em, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso, mas negar-lhe provimento, assegurando, todavia, ao recorrente portador de deficiência visual as vias ordinárias para persecução do seu direito. Votaram com o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros Edson Vidigal, José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer e Gilson Dipp.

Brasília-DF, 26 de setembro de 2000 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Jorge Scartezzini, Relator.

Publicado no DJ de 13.11.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini: Cuida-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por Joice Alexandra Cardoso de Farias e outros, com fundamento no artigo 105, II, **b**, da Constituição Federal, contra o v. acórdão de fl. 151, prolatado pelo 2º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que, à unanimidade, denegou a ordem. A ementa do julgado encontra-se expressa nos seguintes termos, **verbis**:

“Direito Público. Administrativo. Mandado de segurança. Para a concessão do **mandamus** se faz necessária, de plano, a demonstração dos requisitos subjetivos indispensáveis, representados pela violação a direito líquido e certo, por ato abusivo ou ilegal. Pressupostos que não se ostentam. Atos administrativos, consubstanciados no critério de oportunidade e conveniência, dentro do poder discricionário da Administração. Ilegalidade inócua. Segurança denegada.”

Alegam os Recorrentes, nas suas razões, em síntese, ser ilegal a Resolução n. 467/1996 que alterou dispositivos da Resolução n. 368/1989, pois aquela teria instituído nova denominação e novas atribuições ao cargo ocupado pelos servidores, ferindo, assim, o direito adquirido de somente exercerem as funções contidas no edital do concurso que prestaram. Sustentam,

ainda, que um dos servidores possui deficiência visual e que não pode exercer novas funções, bem como é o ato do Presidente da Corte que alterou a carga horária de 6 horas diárias para 7 horas e 12 minutos (fls. 159/166).

Contra-razões apresentadas às fls. 170/172, nas quais a Procuradoria Geral do Estado argüiu a ausência dos requisitos indispensáveis para a concessão do **mandamus**, bem como a legalidade dos atos praticados pela autoridade coatora, porquanto foram observadas a conveniência e oportunidade para a Administração.

Devidamente preparado o recurso (fl. 167) e estando o mesmo tempestivo, subiu o presente a esta Corte.

A douta Subprocuradoria Geral da República opina pelo provimento parcial do recurso (fls. 186/189), vindo-me os autos conclusos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator): Sr. Presidente, o recurso merece ser conhecido, por se encontrar tempestivo, e parcialmente provido.

Aduzem os recorrentes, Oficiais Telefonistas do Quadro Efetivo do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, que a Resolução n. 467/1996, que alterou dispositivos da Resolução n. 368/1989, no que tange à denominação e às atribuições inerentes ao cargo que ocupam, violou-lhes direito líquido e certo, tendo em vista a evidente ampliação das atribuições estatuídas nos editais dos concursos a que se submeteram. Expõem, ainda, que a determinação administrativa que lhes alterou a jornada de trabalho de 6 horas diárias para 7 horas e 12 minutos é ilegal e fere direito adquirido dos mesmos, a teor do art. 227 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Passo ao exame.

O Edital n. 67/1985, do concurso para o cargo de Telefonista, Nível II, Classe A, em seu item 2.1, assim normatiza:

“2.1. Descrição das atribuições:

Operar aparelhos telefônicos e mesas de ligações, cuidar da conservação e limpeza da aparelhagem; prestar as informações necessárias à boa comunicação interna e externa; comunicar a quem de direito os

defeitos verificados nos ramais e mesas; *executar outras atividades correlatas.*” – grifei.

Já a Resolução n. 368/1984, repisando o contido nas normas do certame, que fazem lei entre as partes, regulamenta as atribuições do cargo de telefonista, acrescentando a consulta a guias, listagens, manuais e similares que possibilitem o pronto atendimento das ligações solicitadas, mantendo em seu último tópico, a execução de tarefas correlatas.

Entendeu a autoridade coatora, que seriam correlatas, ou seja, teriam mútua relação, as atividades de telefonistas e recepcionistas (Resolução n. 467/1996). Ora, o próprio edital do concurso abre a possibilidade de prestação de outras atividades, desde que condizentes com aquelas exercidas pelo servidor. Somente haveria ilegalidade, a ensejar o presente remédio heróico, se as funções atualmente cobradas se afastassem do nível de escolaridade prevista, tivessem maior complexidade ou, ainda, esbarrassem em portadores de limitações orgânicas.

A alteração das tarefas num nível de razoabilidade, obedecendo a determinados critérios exigidos para o cargo, não respalda o pedido de afronta ao direito adquirido, constitucionalmente assegurado, apenas porque sempre se exerceram determinadas funções e estas não podem ser modificadas ou alteradas.

Outrossim, registro que pondero pertinentes as observações dos Recorrentes, encampadas pelo *Parquet* federal, acerca do servidor Oneide de Souza Figueiredo, portador de deficiência visual. Explana-se na peça recursal (fl. 162) que: “De relevar, também, que as funções de telefonista e recepcionista não se compatibilizam. Isso porque entre os servidores concursados no cargo de telefonista, um deles, o impetrante Oneide de Souza Figueiredo, é deficiente visual. Se foi admitido no cargo, é porque a função a ser exercida poderia ser exercida, não obstante a deficiência apontada, nos termos da Lei Estadual n. 7.533/1981, repetida pelo art. 15 da Lei Estadual n. 10.098/1994 (Estatuto dos Servidores do Estado). Quer isso dizer que se um cego – situação do servidor referido acima – for admitido no serviço público de telefonista, é porque as atribuições decorrentes não se acumulam ou não são cumuláveis com as de recepção.”

Todavia, a via do mandado de segurança presta-se à defesa de lesão ou ameaça de lesão a direito líquido e certo. Nas lições de **Hely Lopes Meirelles**, in *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, etc.*”, RT, 13ª edição, p. 17:

“O objeto do mandado de segurança será sempre a correção de ato ou omissão de autoridade, desde que ilegal e ofensivo de direito individual e coletivo, líquido e certo, do impetrante.”

Ensina-nos, ainda, conceituado autor que (fl. 13):

“Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se a sua existência for duvidosa; se a sua extensão ainda não estiver delimitada; se o seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais.” – grifamos.

Assim, verifico que o recorrente Oneide de Souza Figueiredo prova alguma trouxe aos autos que embase seu pedido. Fez apenas meras alegações. Não há comprovação da existência e da extensão do alegado, não sendo, desta forma, nem líquido e nem tampouco certo o direito supostamente afrontado, uma vez que dependente de dilação probatória. *Faculto-lhe, entretanto, as vias ordinárias para persecução de seu direito.*

No tocante ao aumento de horas trabalhadas durante o dia (de 30 para 36 horas semanais), valho-me do ilustre parecer ministerial emitido às fls. 186/189, pela douta Subprocuradora-Geral da República, Dra. Gilda Pereira de Carvalho Berger, o qual transcrevo, **verbis**:

“Como já apreendido pelo Procurador de Justiça Brusque de Abreu, fls. 140/145, o problema do horário de trabalho, as 36 horas semanais, já o ‘o Edital n. 67/1985, fl. 59, publicado no DOE de 3.1.1985, no item 2.3 refere que o período normal de trabalho é de 36 – trinta e seis – horas semanais e o mesmo se encontra à fl. 62, item 2.3, Edital do Concurso Público n. 76/1990, exceção aberta à regra constante na Lei n. 7.357, de fevereiro de 1980 que em seu art. 40 estabelece que o regime de trabalho dos cargos do quadro geral dos funcionários classificados nos padrões 1 a 16 será de quarenta e quatro horas semanais, sendo repetido à fl. 130, título III, disposições gerais e transitórias.

É preciso destacar que o egrégio Tribunal de Contas tem as funções de telefonista, para efeitos óbvios, mas não tem funções relacionadas a 'serviços telefônicos', e no sistema estatutário estadual incorre qualquer normatização quanto à obrigatoriedade do Estado de fixar carga semanal de 30 horas de trabalho àqueles que exercem funções de telefonista, inaplicando-se, pois, o art. 227 da CLT, conforme, aliás, salientado nas doutas informações.

Quando as Impetrantes realizaram o concurso ao cargo que ocupam sabiam, por dicção editalícia, que seu horário de trabalho seria de 36 horas semanais. E como as Impetrantes estão entre os padrões 1 a 16, levam vantagem quanto aos demais integrantes destes padrões, os quais devem prestar serviços de 44 horas semanais, enquanto as Impetrantes prestam serviços em 36 horas semanais, conforme regras que acima se destacou. Há de se considerar, por igual, a regra do art. 7^a da CLT que veda aplicação dos preceitos nela contidos aos funcionários públicos da União, Estados e Municípios, a não ser que expressamente determinado o contrário. E nenhuma norma celetista estende o pretendido privilégio às Impetrantes.

A vantagem das Impetrantes é tão mais evidente quando se compara seu horário de trabalho com os ditames da Lei n. 7.357, de 8 de fevereiro de 1980 que estabeleceu carga horária de 44 horas semanais, para telefonistas, e depois a reduziu para 40 horas de trabalho.

Daí que tenho, pela documentação acostada com as doutas informações que o ato da Presidência da Corte de Contas em determinar o cumprimento da carga horária de 36 horas semanais não fere a lei, com o que, neste ponto não se configura, para as Impetrantes, a existência de direito adquirido líquido e certo.

... **omissis.**

Por fim, conforme o voto que dá respaldo ao acórdão recorrido, fl. 155: 'Quanto ao prejuízo preconizado pela alteração hostilizada, relativamente ao acréscimo de tempo ficto para a aposentadoria (Lei n. 2.455/1954), contemplado aos telefonistas, **in casu** acumulando outras tarefas, cumpre ver que o benefício, após o advento da Constituição Federal de 1988 (art. 40, § 1^a), tornou-se incompatível, presentemente restrito a situações excepcionais relacionadas a atividades penosas, insalubres e perigosas, estabelecidas em lei'.

A inaplicabilidade do art. 227 da CLT aos celetistas, como frisado nas informações, fl. 51, advém de a Administração Pública não ser

empresa que explore o serviço de telefonia, bem como de ser outro o regime de trabalho dos Impetrantes.”

Por tais fundamentos, *conheço do recurso, mas nego-lhe provimento, res-salvado ao impetrante-recorrente Oneide de Souza Figueiredo, as vias ordiná-rias para pleitear o seu direito, onde poderá efetuar a correta produção de pro-vas.*

É como voto.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 11.408 – GO

(Registro n. 99.0113666-0)

Relator: Ministro Jorge Scartezzini
Recorrente: Ivone Francisco dos Santos
Advogado: Alex A. Nader
Tribunal de origem: Tribunal de Justiça do Estado de Goiás
Impetrado: Governador do Estado de Goiás
Recorrido: Estado de Goiás
Advogados: Valentina Jungmann Cintra Alla e outros

EMENTA: Processo Civil – Recurso ordinário em mandado de segurança – Servidor público – Não recolhimento de custas – Deserção – Art. 511 do CPC c.c. art. 34 da Lei n. 8.038/1990 – Súmula n. 187-STJ.

1. O não-recolhimento das custas de remessa e porte de retorno, no ato da interposição do recurso ou dentro do prazo recursal, enseja a pena de deserção e o conseqüente não conhecimento do mesmo por esta Corte. Todos os requisitos da apelação, previstos no Código de Processo Civil, são aplicáveis ao recurso ordinário. Inteligência do art. 511 do estatuto processual civil (com a redação que lhe deu a Lei n. 9.139/1995) c.c. o art. 34 da Lei n. 8.038/1990. Aplicação da Súmula n. 187-STJ.

2. Precedentes (REsp n. 187.368-SP; RMS n. 6.441-DF, 9.212-MG e 8.039-ES).

3. Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 26 de setembro de 2000 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Jorge Scartezini, Relator.

Publicado no DJ de 13.11.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Scartezini: Cuida-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por Ivone Francisco dos Santos, com fundamento no artigo 105, II, **b**, da Constituição Federal, contra o v. acórdão de fl. 406, prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Goiás que, à unanimidade, denegou a segurança. A ementa do julgado encontra-se expressa nos seguintes termos, **verbis**:

“Mandado de segurança. Processo administrativo. Penalidade. I – Cabe mandado de segurança para exame dos aspectos extrínsecos do ato administrativo bem como de sua legalidade intrínseca, quando se apurar se a penalidade aplicada ao servidor é legal. II – Não se concede a segurança, se restou comprovado que a sanção disciplinar aplicada tem previsão legal e decorreu de apuração em procedimento administrativo em que se assegurou ampla defesa. III – Segurança denegada.”

Alega a Recorrente, em suas razões, em síntese, que o v. aresto guereado malferiu os princípios da ampla defesa e do devido processo legal, tendo em vista que a restauração do processo disciplinar original foi feita

sem as alegações finais, peça importante e fundamental da defesa (fls. 414/422).

O Estado de Goiás ofereceu contra-razões às fls. 425/430, onde argumenta que não há que se falar em cerceamento de defesa, quer no processo disciplinar, quer na restauração, tendo em vista que não houve irregularidade ou vício.

Estando o recurso tempestivo, *mas ausente de preparo*, subiu o mesmo a esta Corte.

A douta Subprocuradoria Geral da República opina pelo desproviamento do recurso (fls. 434/440), vindo-me os autos conclusos.

É o relatório.

VOTO

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

O deslinde desta matéria, posta **sub judice**, é de singeleza ímpar.

Humberto Theodoro Júnior, assim leciona-nos:

“Duas novidades foram instituídas pela Lei n. 8.950, de 1994:

a) o preparo (depósito de custas e do porte de retorno) deve ser feito previamente de modo que o comprovante haverá de ser juntado à própria petição do recurso, quando a legislação pertinente impuser ao recorrente tais encargos” (in, *As Inovações do Código de Processo Civil*, Ed. Forense, RJ, 1995, n. 17, p. 22).

No mesmo sentido, **Cândido Rangel Dinarmarco**, ao asseverar que:

“Na nova sistemática será bem mais raro acontecer a deserção, porque já no momento da interposição recursal a parte tem como dimensionar de modo definitivo e com segurança a sua capacidade e disposição a efetuar esse desembolso. *Mas se recorrente não-isento não juntar desde logo a guia de recolhimento (preparo imediato), não se redimir trazendo-a depois e, de todo modo, se ele não vier a fazer o preparo ainda dentro do prazo recursal, incidirá a regra do art. 511, caput, e o recurso será em princípio dado por deserto.*” (in *A Reforma do Código de Processo Civil*, Ed. Malheiros, 3ª edição, nota 122, p. 167) – grifei.

Comentando o art. 34 da Lei n. 8.038/1990, pertinente aos requisitos de admissibilidade e o procedimento dos recursos nos Tribunais Superiores, **Nelson Nery Júnior** registra que:

“Todos os requisitos da apelação, previstos no CPC, são aplicáveis ao RO” (in Código de Processo Civil Comentado, RT, SP, 3ª edição, nota 1, p. 1.943).

Consoante se depreende dos autos, *não houve o recolhimento das custas de remessa e porte de retorno previsto no caput do art. 511 do Código de Processo Civil, com a redação que lhe deu a Lei n. 8.950/1994, incidindo, nesta hipótese, a pena de deserção*, já pacificada neste Tribunal, na esteira do enunciado na Súmula n. 187-STJ, do seguinte teor:

“É deserto o recurso interposto para o Superior Tribunal de Justiça, quando o recorrente não recolhe, na origem, a importância das despesas de remessa e retorno dos autos.”

Registre-se, entre inúmeros, os precedentes assim ementados:

“Recurso ordinário em mandado de segurança. Apelação. Denegação da segurança. Princípio da fungibilidade. Deserção. Artigo 511 do Código de Processo Civil.

1. Apesar dos Recorrentes terem ingressado com recurso de apelação, deve ser relevado o equívoco na denominação, eis que indicada, expressamente, a norma do artigo 105, inciso II, alínea **b**, da Constituição Federal, pertinente ao recurso ordinário, único cabível na hipótese.

2. O recurso ordinário, previsto no artigo 496, inciso V, do Código de Processo Civil, deve atender à norma geral do artigo 511 do mesmo diploma, exigindo-se que o preparo seja efetuado, em regra, até a interposição do recurso.

3. Recurso ordinário não conhecido ante a deserção.” (RMS n. 6.441-DF, Rel. Min. Menezes Direito, DJU de 15.9.1997).

“Recurso ordinário. Deserção. Súmula n. 187-STJ. É deserto o recurso quando não comprovado o seu preparo, no respectivo prazo de interposição. Aplicação da Súmula n. 187-STJ. Recurso ordinário não

conhecido.” (RMS n. 9.212-MG, Rel. Ministro Gilson Dipp, DJU de 5.10.1998).

“Processual Civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Falta de preparo. Deserção.

– É deserto o recurso se a parte que o interpõe não comprova, na origem, o respectivo preparo.

– Recurso não conhecido.” (RMS n. 8.039-ES, Rel. Ministro Felix Fischer, DJU de 30.6.1997).

“Processo Civil. Recurso especial. Porte de retorno. Art. 511 do CPC. Deserção quando não comprovado no ato de interposição. Súmula n. 187-STJ.

1. O pagamento do porte de retorno do recurso especial deve ser comprovado no ato de interposição, nos termos do art. 511 do CPC, sob pena de deserção.

2. Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 187.368-SP, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, DJU de 5.4.1999).

Por tais fundamentos, *sendo este deserto*, não conheço do presente recurso ordinário.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 191.023 – MG

(Registro n. 98.0074358-8)

Relator: Ministro Felix Fischer
Recorrente: Sílvio Raimundo Filho
Advogado: Elver Lages de Melo (Defensor Público)
Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais

EMENTA: Penal – Recurso especial – Furto – Privilégio – Prejuízo – Nulidade absoluta – Fundamentação da sentença – *Writ* de ofício – Prescrição – Proibição da *reformatio in peius* indireta.

I – O princípio do livre convencimento exige fundamentação concreta, vinculada, do ato decisório. A sentença lacônica, genérica, não preenche as exigências constitucionais e infraconstitucionais (art. 93, inciso IX, 2ª parte, da Carta Magna e arts. 157, 381 e 387 do CPP). Não se pode confundir livre convencimento com convicção íntima (*precedentes*).

II – Anulada a decisão de 1ª grau e observada a proibição da **reformatio in peius** indireta é de se reconhecer a prescrição da pretensão punitiva (*precedentes*).

Writ concedido de ofício. Recurso prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder o **habeas corpus** de ofício, anulando-se a r. decisão de 1ª grau e declarando extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, prejudicado o recurso especial. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Edson Vidigal, José Arnaldo da Fonseca e Gilson Dipp. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Jorge Scartezzini.

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

Ministro Felix Fischer, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 4.9.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Cuida-se de recurso especial interposto com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Carta Magna, contra o v. acórdão da Segunda Câmara Criminal do egrégio Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais.

Infere-se dos autos que, no julgamento de 1ª grau, o ora recorrente foi condenado às penas de 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão em regime semi-aberto e multa, como incurso no art. 155, **caput**, do Código Penal.

Irresignada, apelou a defesa pleiteando a absolvição por insuficiência de provas e alternativamente a redução da pena em face de alegada ausência

de prejuízo, e conseqüentemente, a extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição retroativa.

O egrégio Tribunal **a quo**, à unanimidade, negou provimento ao recurso, ao fundamento de que o Réu não satisfez os requisitos exigidos para a desclassificação do delito para furto privilegiado.

Daí o presente recurso especial, em que o Recorrente alega violação ao artigo 155, § 2º, do Código Penal, além de divergência jurisprudencial.

Argumenta o ora recorrente, em síntese, que, por seu réu primário à época da condenação e, havendo a ausência de prejuízo à vítima, faz jus à desclassificação para o furto privilegiado. Em sendo desclassificado, requer a redução da pena e, conseqüentemente, a extinção da punibilidade em face da ocorrência da prescrição.

Contra-razões apresentadas às fls. 127/134.

Não sendo admitido o recurso, os Recorrentes interpuseram agravo de instrumento. Determinou-se a subida dos autos.

A douta Subprocuradoria Geral da República se manifestou pelo não-conhecimento do recurso quanto à alínea **c** e pelo desprovimento quanto ao fundamento da alínea **a**.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Antes do exame da pretensão recursal, os autos apresentam na r. decisão de 1ª grau **error in procedendo** insanável que, inclusive, em parte, foi detectado no v. acórdão reprochado só que valorado como algo irrelevante.

A r. sentença é nula por falta de suficiente fundamentação (arts. 157, 381 e 387 do CPP e 93, inciso IX, 2ª parte, da **Lex Fundamentalis**). Diz o ato judicial increpado, **in verbis**: “Delito de furto simples caracterizado. Réu confesso. A **res** furtiva saiu da esfera de vigilância do seu dono. Réu presumivelmente primário. Sem antecedentes criminais.” (fl. 62). E, paradoxalmente, sem sentido, fixou-se a pena acima do mínimo legal.

Pelo próprio relatório se vê que a confissão utilizada para a condenação foi *extrajudicial*. Em nenhum momento explicitou-se o seu conteúdo ou a sua própria *relevância* probatória concreta (que, em regra, deveria ser excepcional conquanto obtida em etapa pré-processual). Contraditoriamente,

restou olvidada a atenuante da confissão espontânea (se ela não o foi, v.g., então o seu teor seria, em princípio, de prova obtida por meio ilícito...).

É flagrante, pois, a ausência de motivação concreta, vinculada, com evidente adoção do vedado *princípio da convicção íntima*, ao invés do *livre convencimento concretamente fundamentado*. O *princípio da persuasão racional* ou *livre convencimento* (art. 157 do CPP) exige fundamentação *concreta*, calcada na *prova dos autos*, observadas as regras jurídicas pertinentes e as da experiência comum aplicáveis. A convicção *pessoal, subjetiva*, do magistrado, alicerçada em aspectos outros que não os acima indicados, não se presta para supedanejar uma decisão. Aliás, está na *exposição de motivos* do CPP que “é a *motivação* da sentença que oferece a garantia contra os *excessos*, os *erros de apreciação*, as *falhas de raciocínio* ou de *lógica* ou os demais vícios de julgamento” (n. XII, **in fine**). Referindo-se ao princípio enfocado, tem-se a ensinança de **J. Frederico Marques**, a saber: “Esse princípio libertou o juiz, ao ter de examinar a prova, de critérios apriorísticos contidos na lei, em que o juízo e a lógica do legislador se impunham sobre a opinião que em concreto podia o magistrado colher, *não o afastou, porém, do dever de decidir segundo os ditames do bom senso, da lógica e da experiência*. O *livre convencimento* que hoje se adota no *Direito Processual* não se confunde com o julgamento por *convicção íntima*, uma que vez que o *livre convencimento lógico e motivado* é o *único aceito pelo moderno processo penal*. (in *Elementos de Processo Penal*, Vol. II, p. 278, 1997). E, de forma adequada à **quaestio**, preleciona **Germano Marques da Silva**: “É hoje entendimento generalizado que um sistema de processo penal inspirado nos valores democráticos não se compadece com decisões que hajam de impor-se apenas em razão da autoridade de quem as profere, mas antes pela razão que lhes subjaz” (in *Curso de Processo Penal*, vol. III, p.p. 288/289, 1994, Ed. Verbo, Lisboa). Referindo-se – em lição aplicável ao nosso ordenamento jurídico – à sistemática de apreciação da prova e da convicção do julgador, ensina **J. Figueiredo Dias**: “O princípio não pode de modo algum querer apontar para uma apreciação imotivável e incontrolável – e, portanto, arbitrária – da prova produzida”. **Mais adiante**, no **punctum saliens**: “A consequência mais relevante da aceitação destes limites à discricionariedade estará também aqui em que, *sempre que tais limites se mostrarem violados*, será a matéria susceptível de recurso ‘de direito’ para o STJ” (in *Direito Processual Penal*, p.p. 202/203, 1974, Coimbra Editora). Assim, v.g., REsp n. 184.156-SP, Quinta Turma, DJU de 9.11.1998.

Nula a r. sentença, extinta está a punibilidade **ex vi** arts. 107, inciso IV; 109, inciso V; e 110, § 1^a, do Código Penal, visto que a denúncia, última causa interruptiva do prazo prescricional, foi recebida em 9.10.1991 (fl. 29).

Considerando-se a proibição da **reformatio in peius** indireta (v.g. HC n. 9.871-SP, Quinta Turma, DJU de 13.12.1999, p. 163 e EREsp no REsp n. 37.786-SP, Terceira Seção, DJU de 4.8.1997) é de reconhecer a *prescrição da pretensão punitiva*.

A *nulidade absoluta* detectada é de ser, preliminarmente, conhecida via *writ ex officio*.

Concedo, pois, **habeas corpus** de ofício, anulando-se a r. decisão de 1ª grau e declarando extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva. Recurso especial prejudicado.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 212.338 – SP

(Registro n. 99.0038997-2)

Relator: Ministro Gilson Dipp
Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Advogados: Oswaldo de Souza Santos Filho e outros
Recorrida: Celina Alves da Silva
Advogado: Fernando Neto Castelo

EMENTA: Processual – **Reformatio in peius** – Assistência social – Benefício de prestação continuada – Art. 203 da CF/1988 – Lei n. 8.742/1993 – Requisitos.

1. Concedido o benefício de prestação continuada do art. 203 da CF/1988 (Lei n. 8.742/1993) pago pela União Federal, descabe na via do recurso de ofício, com recurso voluntário apenas do INSS, alterá-lo para renda mensal vitalícia do art. 139 da Lei n. 8.213/1991, paga pela autarquia, sob pena de **reformatio in peius**.

2. O início de prova material resultou não prequestionado porque não discutido no acórdão, incidentes as Súmulas n. 282 e 356-STF.

3. A circunstância de o marido perceber aposentadoria no valor mínimo, por si só, não impede a concessão do benefício de prestação continuada do art. 203 da CF/1988.

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

ACÓRDÃO

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

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

Ministro Felix Fischer, Presidente em exercício.

Ministro Gilson Dipp, Relator.

Publicado no DJ de 5.6.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Cuida-se de recurso especial fundado na alínea a do permissivo, contraposto a acórdão assim sumariado:

“Previdenciário. Renda mensal vitalícia. Sentença concessiva. Comprovada a incapacidade total e permanente da Autora para a atividade laboral. Recurso do INSS e remessa oficial, tida como interposta, improvidos. Sentença mantida.

1. Comprovado que a Autora é pobre, na acepção jurídica da palavra, e que exerceu atividade remunerada por período superior a 5 anos, e provada sua incapacidade total e permanente, para o exercício de atividade laboral, impõe-se a concessão de renda mensal vitalícia (art. 139 da Lei n. 8.213/1991).

2. O termo inicial do benefício fica mantido à data do requerimento administrativo, até porque os males de que a Autora é portadora já a afligiam nessa época, como demonstrou a perícia realizada nos autos.

3. Recurso da autarquia e remessa oficial, tida como interposta, improvidos.

4. Sentença mantida.” (fl. 105).

Alega a Autarquia-recorrente, em preliminar, contrariedade aos arts.

505 e 515 do CPC, vez que, tendo a sentença condenado à concessão do amparo social do art. 203 da CF/1988, pago pela União, não poderia o Tribunal, em grau de recurso oficial com recurso voluntário apenas do INSS, reformar para pior a sentença, condenando-a a conceder a renda mensal vitalícia, paga com verba do próprio INSS. No mérito, dá como ofendidos os arts. 139 e 55, § 3^a, da Lei n. 8.213/1991, na medida em que o acórdão desconsiderou o fato de a Autora ser dependente do marido aposentado da Previdência Social, bem como considerou válida a prova exclusivamente testemunhal.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): O caso é de autora nascida em 11.11.1935 que em 30.10.1991 e 13.4.1993, respectivamente, requereu administrativamente o benefício da renda mensal vitalícia, e sendo-lhe negado em ambas as ocasiões por conclusão médica contrária, ajuizou ação em 22.5.1996.

A sentença julgou procedente o pedido, concedendo o amparo social do art. 203 da CF/1988 porque já vigente a Lei n. 8.742, de 7.12.1993, contudo, o acórdão modificou a decisão, conferindo a renda mensal vitalícia do art. 139 da Lei n. 8.213, de 24.7.1991, então vigente por ocasião do pedido administrativo (30.10.1991).

Ocorre que essa modificação da sentença foi feita pelo Tribunal na via da remessa oficial, com recurso voluntário apenas do INSS. Deu-se, portanto, a reforma para pior que a nossa legislação condena, a doutrina repele e a jurisprudência não aceita (REsps n. 12.765, DJ de 18.11.1991, e 14.238, DJ de 21.9.1992). Assim, cumpre acolher a preliminar, para declarar concedido o benefício de prestação continuada chamado amparo social do art. 203 da CF/1988, pago pela União, mas através do INSS que o admitia desde a concessão.

O acolhimento da preliminar não importa, porém, em nulidade do acórdão que deve ser mantido em tudo o mais.

Com efeito, no que diz respeito ao início de prova material porque a questão, embora suscitada ligeiramente no apelo, não foi discutida no acórdão, incidindo as Súmulas n. 282 e 356-STF. Ademais, note-se que os dois requerimentos administrativos foram indeferidos pelo INSS apenas por

conclusão médica contrária, sem qualquer refutação à qualidade de trabalhadora rural da Autora.

Ainda sem razão a autarquia no tocante ao empenço de a Autora ser dependente do marido, consoante bem o disse o acórdão, nestes termos:

“Os depoimentos prestados às fls. 46/48 evidenciam, ainda, que se trata de pessoa pobre, na acepção jurídica da palavra, ou seja, que não desempenha atividade remunerada, nem possui rendas ou bens próprios para sua manutenção.

E não se pode considerar como ganho suficiente, para o sustento de si e da família, a renda mínima percebida pelo marido da Autora, que não é obstáculo para a concessão da renda mensal vitalícia.

Nesse sentido, já decidiu esta egrégia Corte:

‘Previdenciário. Renda mensal vitalícia. Manutenção da unidade familiar.

1. Homem e mulher são co-responsáveis na manutenção da unidade familiar. Entendimento do § 5º do art. 226 da CF/1988.

2. O fato de o marido da Autora receber benefício de valor mínimo não é óbice à concessão da renda mensal vitalícia.

3. Recurso do INSS improvido.’ (AC n. 90.03.044654-7-SP, Juiz-Relator Aricê Amaral, Segunda Turma, DOE de 4.10.1993, p. 147).” – (fl. 102)

Ante o exposto, conheço em parte do recurso e dou-lhe provimento, apenas para declarar concedido o benefício de prestação continuada do art. 203 da CF/1988.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 223.380 – DF

(Registro n. 99.0062821-7)

Relator: Ministro Edson Vidigal

Recorrentes: Federação Nacional dos Fiscais de Contribuições Previdenciárias – Fenapisa e outro

Advogado: João Antônio Velho Cirne Lima
Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Advogados: Wanja Meyre Soares de Carvalho e outros

EMENTA: Administrativo e Processual Civil – Ação ordinária – Associação de classe – Legitimidade – Recurso especial.

1. As entidades de classe têm legitimidade ativa para defender, em juízo, os interesses e direitos coletivos de seus associados.
2. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 26 de setembro de 2000 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Edson Vidigal, Relator.

Publicado no DJ de 16.10.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Edson Vidigal: A Federação Nacional dos Fiscais de Contribuições Previdenciárias – Fenapisa e a Associação Nacional dos Fiscais de Contribuições Previdenciárias – Anfip ajuizaram, em conjunto, ação de rito ordinário contra o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, buscando garantir, aos filiados, o pagamento de diferenças salariais vencidas e vincendas. O MM. Juiz Federal da 8ª Vara – SJ/DF extinguiu o processo, sem julgamento de mérito, entendendo faltar, às Autoras, legitimidade ativa para postular, em Juízo, direito em nome dos associados.

Foi interposto apelo, mas o TRF da 1ª Região negou provimento ao recurso. Ficou assim ementada aquela decisão:

“Constitucional e Processual Civil. Adicional de tempo de serviço. Extensão de decisão judicial dada em processo de terceiros. Associação Nacional dos Fiscais de Contribuições Previdenciárias. Ausência de autorização expressa dos filiados. Ilegitimidade ativa **ad causam**. Constituição Federal, arts. 5^ª, XXI; e 8^ª, III, CPC, art. 267, VI, e § 3^ª.

I – As entidades associativas dependem de prévia e expressa autorização individualizada de seus filiados, nominalmente identificados, para postular vantagens na esfera judicial, mormente quando estas não são específicas da categoria. Presentes as mesmas circunstâncias, a exigência também se aplica aos sindicatos e federações sindicais.

II – Caso em que, além de inexistir autorização de cada um dos sindicalizados, sequer se consegue identificar da ata da assembléia junta aos autos se de mera reunião da Diretoria da Anfip, registrando-se, de outro lado, que nada foi junto pela Fenapisa na fase cognitiva da ação.

III – As disposições da antiga Lei n. 1.134/1950, que conferia às associações o poder de representação coletiva ou individual, não foram recepcionadas pelo art. 5^ª, inciso XXI, da Carta da República vigente.

IV – Precedentes do TRF-1^a Região.

V – Apelação improvida.”

Vêm agora as Autoras, com este recurso especial (CF, art. 105, III, c), trazendo aos autos julgado deste STJ, reclamando que “as autorizações individuais existem, não só a decorrente da assembléia-geral da associação realizada na cidade de Manaus, como as que resultaram da resposta ao aerograma enviado a todos os associados, e que serviu de base para a listagem que acompanha a inicial e onde estão relacionados aqueles que, em resposta, reconfirmaram a autorização estatutária para a propositura da presente ação” (fl. 1.323).

Pedem a reforma do acórdão atacado, “determinando-se ao Juízo **a quo** o exame do mérito” (fl. 1.324).

Admitido na origem, vieram os autos a esta Corte, com contra-razões. Relatei.

VOTO

O Sr. Ministro Edson Vidigal (Relator): Sr. Presidente, dois foram os

fundamentos acolhidos pela origem, para aceitar a ilegitimidade ativa da Associação-impetrante: a ausência de autorização expressa para ajuizarem o pedido em nome dos filiados e, de outro lado, o não-recebimento, pela CF/1988, das disposições previstas na Lei n. 1.134/1950.

Esta Corte já enfrentou o tema, em anterior recurso especial interposto pela mesma Associação aqui recorrente. Naquela ocasião, assim decidiu a egrégia Sexta Turma:

“Processual Civil. Associação de classe. Defesa dos direitos individuais dos associados. Lei n. 1.134/1950. Recepção pela Carta Magna de 1988, art. 5º, XXI. Legitimidade **ad causam**. Substituto processual.

– *A Lei n. 1.134/1950, que conferiu às associações de classe nela mencionadas legitimidade **ad causam** para representar em juízo seus associados, encontra-se em pleno vigor, tendo sido recepcionada pela nova Carta Magna, que expressamente conferiu às entidades de classe legitimidade para a defesa judicial dos direitos de seus filiados, quando expressamente autorizadas (CF, art. 5º, XXV).*

– Estando a entidade de classe regularmente constituída e em normal funcionamento, tem a mesma legitimidade para, na qualidade de substituto processual, postular em juízo em prol dos direitos da categoria, independentemente de autorização em assembléia-geral, sendo suficiente a cláusula específica constante do respectivo estatuto.

– Recurso especial conhecido e provido.” (REsp n. 91.755-DF, Rel. Min. Vicente Leal, DJ em 23.6.1997).

Idêntico, aliás, tem sido o entendimento desta Quinta Turma. Destaco, por oportuno:

“Recurso especial. Administrativo e Processual Civil. Associação. Ação ordinária. Autorização dos filiados (outorga). Art. 3º Lei n. 8.073/1990. Possibilidade.

Conforme entendimento jurisprudencial prestigiado por esta Corte, é possível que as entidades de classe defendam, em juízo, os interesses de seus filiados. Inteligência do art. 3º da Lei n. 8.073/1990 e art. 5º, XXI, CF.

Violação e dissídio caracterizados. Recurso provido para determinar

ao Tribunal **a quo** que examine o mérito da discussão da respectiva apelação.” (REsp n. 208.808-AL, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ em 8.11.1999).

Na hipótese destes autos, verifico, agiram as Recorrentes em defesa dos interesses de seus filiados, e por eles vieram devidamente autorizadas, seja pelo próprio estatuto, seja pela assembléia-geral extraordinária para tal fim especialmente convocada. Não prosperam, portanto, os fatos tidos pela Corte local como impeditivos do direito de ação.

Conheço, pois, do recurso, e dou-lhe provimento para, reformando o acórdão recorrido, determinar à origem, o exame do mérito da ação proposta pelas ora recorrentes.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 225.787 – DF

(Registro n. 99.0070344-8)

Relator: Ministro Felix Fischer
Recorrentes: Luz Marina Soares de Melo e outro
Advogado: Waldemar Soares Lima Júnior
Recorrido: Distrito Federal
Advogados: Leila Maria Ramos Dourado e outros
Sustentação oral: Paulo José Machado Corrêa

EMENTA: Processual Civil – Coisa julgada – Mandado de segurança – Decisão de mérito – Renovação do pedido – Concurso público – Nomeação.

I – A decisão denegatória do mandado de segurança somente faz coisa julgada, impedindo a posterior demanda na via ordinária, quando negado, à luz da legislação, que houve a violação ao direito reclamado pelo impetrante. A denegação do *writ* em virtude da ausência de liquidez e certeza do direito, porém, não impede que se busque, na via própria, novamente, a satisfação do direito. Súmula n. 304-STF.

II – Hipótese em que, anteriormente à ação ordinária, foram impetrados dois **mandamus**. No primeiro, denegou-se a segurança por ausência de demonstração, pelos candidatos, de que obtiveram a pontuação exigida para a prova; no segundo, porém, reconheceu-se que os candidatos não tinham direito a continuar no certame porque não foram aprovados numa das fases. Na ação, buscam os Autores rediscutir a questão da aprovação no concurso, já decidida anteriormente no **mandamus**, razão pela qual se reconhece o acerto da decisão que extinguiu o processo sem julgamento do mérito em face da coisa julgada.

Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Gilson Dipp, Jorge Scartezzini, José Arnaldo da Fonseca e Edson Vidigal. Sustentou oralmente, pelo recorrido, o Dr. Paulo José Machado Corrêa.

Brasília-DF, 26 de outubro de 1999 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Presidente.

Ministro Felix Fischer, Relator.

Publicado no DJ de 22.11.1999.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Luz Marina Soares de Melo e outro interpuseram recurso especial com fulcro no art. 105, III, alínea **a**, da Constituição Federal, contra acórdão do egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios que confirmou a extinção da ação sem julgamento do mérito, com fundamento na existência de coisa julgada, tendo em vista que os Autores já haviam impetrado mandado de segurança com o mesmo objeto, o qual foi denegado, sendo apreciado o mérito.

Alegam os Recorrentes violação ao art. 15 da Lei n. 1.533/1951. Sustentam que a decisão proferida no **mandamus**, mesmo sendo de mérito, não

obsta posterior ação ordinária com o mesmo objeto, pois a coisa julgada não atinge o direito subjetivo da parte.

Requerem a reforma da decisão para que seja apreciado o mérito da demanda.

O recurso não foi admitido, subindo os autos pela via do agravo de instrumento.

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

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): Inicialmente, no que tange à falta de prequestionamento, levantada pelo douto representante do Ministério Público Federal, cabe dizer que a questão abordada no recurso foi apreciada no acórdão objurgado, embora o dispositivo apontado como malferido não tenha sido citado. O prequestionamento, no entanto, conforme vem decidindo esta Corte, se perfaz com a apreciação da matéria, sendo despicienda a citação do artigo de lei objeto do recurso. Nesse sentido, por exemplo: EREsp n. 155.621-SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU de 13.9.1999, p. 37.

No mérito, trata-se de discussão acerca da coisa julgada em mandado de segurança.

Os Recorrentes impetraram um primeiro mandado de segurança (Proc. n. 7.670/1991) para prosseguir no concurso público para o cargo de perito criminal, sendo denegada a segurança porque não restou comprovado terem os candidatos obtido pontuação mínima numa das provas. A sentença foi confirmada em 2º grau (AC n. 27.460 – fl. 279).

Posteriormente, foi impetrado um segundo **mandamus** (Proc. n. 8.142/1992), com liminar deferida em favor dos candidatos, o qual foi denegado, sendo confirmada a sentença quando do julgamento da apelação pelo egrégio TJDFT (AC n. 29.966). Transcrevo o trecho desta decisão referente à pretensão dos candidatos:

“Quanto ao segundo recurso, melhor sorte não assiste aos Apelantes, pois em que pese a determinação em demonstrarem a independência das fases na etapa 1, pretendendo ver assegurado o mesmo

direito do segundo impetrante, não há como prosperar a tese, em virtude do caráter eliminatório de cada fase.

Os Impetrantes só puderam se submeter à prova da fase V da etapa 1, por força de liminar, que veio a ser cassada quando do exame do mérito, ao ser denegada a segurança.

A pretensão dos Recorrentes é no sentido de se ignorar aquela decisão por lhes ser desfavorável, revigorando a força da liminar cassada.

Ora, ao ser denegada a segurança, ficou evidenciada a ausência de direito líquido e certo dos Impetrantes, no tocante àquela fase (1) e etapa (1), por conseguinte, sendo de caráter eliminatório, não poderiam submeter-se à etapa seguinte.

Não tendo os Apelantes me convencido do desacerto da sentença, mesmo porque esta se forra em boas razões extraídas do direito, nego provimento, também a este recurso.” (fls. 314/315).

Os candidatos ainda lograram ser nomeados nos cargos, mas em seguida foram afastados por força da decisão proferida no último **mandamus**. Daí a propositura da presente ação ordinária, na qual pretendem seja reconhecido o direito de serem mantidos nos cargos.

A alegação dos Recorrentes de que a decisão denegatória da segurança não faz coisa julgada, não tem procedência.

Superadas as questões processuais prévias, permitida a análise do mérito do mandado de segurança, o julgador, antes de apreciar o direito propriamente dito, deve verificar se os fatos estão devidamente demonstrados, ou seja, se o direito é líquido e certo. Se não for, a segurança será denegada, mas nesse caso não foi apreciada a violação ao direito do cidadão, e aí não há, realmente, coisa julgada, ou seja, é possível propor ação ordinária com o mesmo objetivo. Porém, se os fatos estiverem certos, aprecia-se então o direito subjetivo do Impetrante, reconhecendo ou negando-o. Nesta hipótese, a denegação produz coisa julgada, não podendo o Impetrante renovar o pedido na via ordinária.

Essa é a lição de **Celso Agrícola Barbi** (Mandado de Segurança, Forense, 8ª edição, p. 227):

“Tudo isso nos leva à conclusão de que, quando o mandado é denegado por questões prévias ou por incerteza quanto aos fatos, poderá ser a demanda renovada por outra via processual, nos termos do art. 15 da Lei n. 1.533. Mas se os fatos forem considerados provados

e a sentença denegar a medida, porque o juiz concluiu pela inexistência de qualquer direito subjetivo do impetrante, haverá formação da coisa julgada material, e não mais poderá ser reaberta a discussão em outro processo, pois a isso se opõem os arts. 470 a 474 do Código de Processo Civil.

A jurisprudência do Supremo Tribunal foi consolidada na Súmula n. 304, do seguinte teor: 'Decisão denegatória de mandado de segurança, não fazendo coisa julgada contra o impetrante, não impede o uso da ação própria'.

Como se vê, a redação é pouco clara, parecendo consagrar a velha tese de que a decisão do mandado nunca faz coisa julgada material, quando for denegatória. Na 2ª edição desta obra, assim interpretamos a referida Súmula e escrevemos o seguinte:

'A jurisprudência dominante é em sentido contrário ao texto. Recentemente, a Súmula n. 304 do Supremo Tribunal Federal, fixou: "Decisão denegatória de mandado de segurança, não fazendo coisa julgada contra o impetrante, não impede o uso da ação própria.' Observe-se, porém, que entre as referências em que se fundou a súmula está o acórdão de 3.7.1963, no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 9.598, publicado no Diário da Justiça de 5.9.1963, p. 803; esse acórdão refere-se à reiteração de mandado de segurança já negado. O Relator, Ministro Pedro Chaves, sustenta que, se houve decisão anterior em mandado de segurança o pedido não pode ser reiterado nessa via. O Ministro Vitor Nunes Leal entendeu que, se negado mandado de segurança, não pode ser utilizada a ação ordinária sobre o mesmo direito. Como se vê, um dos acórdãos dado como referência não abona a tese da súmula.

Posteriormente, todavia, o Supremo Tribunal Federal vem interpretando a Súmula n. 304 exatamente no sentido por nós definido, isto é, se houve certeza sobre os fatos, mas o juiz reconheceu que a lei não dá ao autor o direito subjetivo que ele alega, isto é, se o mandado foi negado com exame do mérito, a sentença faz coisa julgada material. Logo, não pode haver renovação do pedido na mesma via ou em qualquer outra, devendo o autor usar da ação rescisória, se ocorrerem os pressupostos desta."

Também nesse sentido ensina **Hely Lopes Meirelles** (Mandado de

Segurança, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, **Habeas Data**, Malheiros, 17^a ed., p. 78):

“Quando a lei diz que a decisão do mandado de segurança não impedirá que o requerente, por ação própria, pleiteie seus direitos e os respectivos efeitos patrimoniais (art. 15) e possibilita a renovação do pedido quando a sentença denegatória não lhe houver apreciado o mérito (art. 16), é de entender-se que a Justiça poderá manifestar-se, *sempre*, sobre a matéria não decidida no mandado anterior. Daí não se pode concluir, **data venia** dos que entendem em contrário, que sendo a segurança denegada por qualquer motivo, ficará aberta a via ordinária para a reapreciação da mesma questão. Não nos parece assim, porque tal exegese conduz à negação da *coisa julgada*, pelo só fato de a decisão ser contrária à pretensão do impetrante. O que a lei ressalva é a composição dos danos pelas vias ordinárias, exatamente porque essa indenização não pode ser obtida em mandado de segurança. Por outro lado, assinala o legislador que o interessado poderá renovar o pedido em outro mandado, enquanto o juiz não o denegar pelo mérito.”

Quando o primeiro **mandamus** foi denegado porque não restou demonstrado pelos candidatos que haviam obtido a pontuação mínima, não surgiu óbice à renovação do pedido, pois até então não havia sido apreciado efetivamente o pedido, à luz da legislação, para se saber se os candidatos tinham direito subjetivo a continuar no concurso.

Na segunda impetração, porém, houve a negativa do pedido após a apreciação do mérito. Nesse julgamento foi juntada documentação demonstrando os pontos obtidos pelos candidatos nas provas, e constatou o egrégio Tribunal **a quo** não foi obtida a pontuação mínima exigida no edital. Além disso, considerou que o fato de terem eles continuado no certame por força de liminar não os habilitava à nomeação. Inaplicável ao caso, portanto, o enunciado da Súmula n. 304-STF.

Já na ação ordinária, os Autores buscaram rediscutir a questão da sua reprovação em uma das fases do certame, tópico já decidido no *writ*. Resalte-se que tal **quaestio** somente foi apreciada no mandado de segurança porque os fatos relativos a ela foram devidamente demonstrados através de prova documental, razão pela qual não se justifica a reabertura de sua discussão na via ordinária se é desnecessária maior dilação probatória.

Em vista disso, o processo foi corretamente extinto sem julgamento do mérito em 1^a instância, não merecendo reforma o acórdão que confirmou a sentença, porquanto na presente ação houve mera renovação do pedido já

apreciado **mandamus** impetrado pelos mesmos Autores. Em suma, os Recorrentes não têm direito à nomeação porquanto, não foram aprovados numa das fases do concurso.

Nesse sentido há precedentes desta Corte:

“Processual Civil. Mandado de segurança. Exame de mérito. Ação ordinária.

– Coisa julgada material. Argüição acertadamente acolhida como prejudicial à renovação do pedido nas vias ordinárias, em não vindo ao caso a Súmula n. 304-STF.” (REsp n. 137.221-SP, Rel. Min. José Dantas, DJU de 1.12.1997).

“Agravo regimental no recurso especial. Administrativo. Concurso. Anulação de prova oral. Cargo de delegado. Candidatos já empregados. Respeito à coisa julgada. RMS n. 8.189-DF.

– Ainda que se possa argumentar que o objeto do recurso especial difere daquele do recurso ordinário no mandado de segurança já julgado, com resultado contrário à pretensão dos mesmos agravantes, deve-se respeitar, assim, a coisa julgada.

– Agravo desprovido.” (AgRg no REsp n. 152.018-DF, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU de 15.6.1998).

“Mandado de segurança. Improcedência. Pedido. Renovação. Impetração. Coisa julgada.

Não se conhece de mandado de segurança, se a matéria objeto da ação é mera repetição de anterior impetração, cuja decisão de mérito foi desfavorável ao impetrante, ante o óbice intransponível da coisa julgada.” (MS n. 4.861-DF, Rel. Min. Anselmo Santiago, DJU de 14.9.1998).

Pelo exposto, não conheço do recurso.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 250.500 – RS

(Registro n. 2000.0021615-1)

Relator: Ministro Gilson Dipp

Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul
Recorrido: Sadir Moreira da Silva
Advogada: Magda Barbedo Mesquita

EMENTA: Criminal – REsp – Execução – Tráfico de entorpecentes – Crime hediondo – Regime integralmente fechado de cumprimento de pena – Lei n. 8.072/1990 – Vedação legal à progressão – Constitucionalidade – Lei n. 9.455/1997 – Aplicação exclusiva aos crimes de tortura – Recurso conhecido e provido.

I – As condenações por delito de tráfico de entorpecentes, elevado à categoria de hediondo pela Lei n. 8.072/1990, devem ser cumpridas em regime integralmente fechado, vedada a progressão.

II – Constitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos já afirmada pelo egrégio STF.

III – A Lei n. 9.455/1997 refere-se exclusivamente aos crimes de tortura, sendo descabida a sua extensão aos demais delitos previstos na Lei n. 8.072/1990, em relação aos quais é mantida a vedação à progressão de regime prisional. Precedentes.

IV – Recurso conhecido e provido para, reformando a decisão recorrida, determinar o regime integralmente fechado para o cumprimento da pena.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em conformidade com os votos e notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento para, reformando a decisão recorrida, determinar o regime integralmente fechado para o cumprimento da pena. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Jorge Scartezzini, José Arnaldo da Fonseca, Edson Vidigal e Felix Fischer. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Edson Vidigal.

Brasília-DF, 20 de junho de 2000 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Presidente.

Ministro Gilson Dipp, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, com fulcro no artigo 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, em face do v. acórdão proferido pela Câmara de Férias do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que deu parcial provimento ao apelo defensivo, para estabelecer o regime inicial fechado para o cumprimento da pena imposta ao Réu, condenado por tráfico ilícito de entorpecentes.

Em razões, o Recorrente alega contrariedade ao art. 2^a, § 1^a, da Lei n. 8.072/1990, além de dissídio jurisprudencial entre o acórdão recorrido e outros do Supremo Tribunal Federal e desta Corte.

Não foram apresentadas contra-razões (fl. 149).

Admitido o recurso, a Subprocuradoria Geral da República opinou pelo seu provimento (fl. 158).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público Federal, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, alegando-se ofensa ao art. 2^a, § 2^a, da Lei n. 8.072/1990, assim como dissídio jurisprudencial com arestos do Supremo Tribunal Federal e desta Corte – que se orientam no sentido da constitucionalidade da Lei dos Crimes Hediondos e de que a Lei n. 9.455/1997 não derogou a Lei n. 8.072/1990, sendo impossível, portanto, a progressão de regime para os delitos nesta tipificados, com exceção da tortura.

Irresigna-se, assim, com decisão da Câmara de Férias do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que deu parcial provimento a recurso defensivo, estabelecendo o regime inicialmente fechado para o cumprimento da pena do Réu, condenado nas sanções do art. 12 da Lei n. 6.368/1976, às penas de 3 anos de reclusão, além de multa.

Conheço do recurso porque satisfeitos os seus requisitos de admissibilidade, merecendo prosperar a sua argumentação.

Nos termos do posicionamento adotado por esta Turma, a condenação por crime elencado ou equiparado a hediondo, pela Lei n. 8.072/1990, deve ser cumprida em regime integralmente fechado, **ex vi** do § 1^a do art. 2^a da

referida lei – que não admite a indigitada progressão, excepcionando-se, exclusivamente, os delitos de tortura, que foram beneficiados com o advento da Lei n. 9.455/1997.

A corroborar tal entendimento, os precedentes:

“Processual Penal. Crime hediondo. Regime de cumprimento da pena.

A pena pela prática de crime hediondo deverá ser cumprida integralmente em regime fechado, vedada a progressão (Lei n. 8.072/1990, art. 2^a, § 1^a).

Precedentes.

Recurso conhecido e provido.” (REsp n. 141.636-GO – Rel. Min. Cid Flaquer Scartezini – DJ de 17.11.1997 – p. 59.582).

“Processual Penal. Lei dos Crimes Hediondos. Regime prisional. Art. 2^a, § 1^a, da Lei n. 8.072/1990. Constitucionalidade (STF – HCs n. 70.657-6 e 70.044).

A pena para crime considerado hediondo deve ser cumprida em regime integralmente fechado.

Recurso conhecido e provido.” (REsp n. 125.398-RS, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 6.10.1997, p. 50.033).

Cabe a ressalva, ainda, de que o egrégio Supremo Tribunal Federal já afirmou a constitucionalidade do dispositivo legal atacado, nos termos do seguinte julgado:

“Habeas corpus.

Com efeito, impedem as suas alegações à impetração, porquanto, a partir do julgamento do HC n. 69.603, se firmou entendimento desta Corte no sentido de não ser inconstitucional o art. 2^a, § 1^a, da Lei n. 8.072/1990 ao impor o cumprimento da pena dos crimes hediondos em regime fechado; (...).

Habeas corpus indeferido.” (HC n. 77.219-7-SP, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 25.9.1998).

Com relação à Lei n. 9.455/1997, por sua vez, tem-se que a mesma refere-se exclusivamente aos crimes de prática de tortura, não ensejando

analogia e extensão aos demais delitos previstos na Lei n. 8.072/1990, em relação aos quais é mantida a vedação à progressão de regime.

Explicito tal entendimento nos termos do voto proferido pelo Sr. Ministro Felix Fischer, no HC n. 7.226-SP, **in verbis**:

“Os delitos prescritos no art. 5^a, inciso XLIII, da **Lex Fundamental**is são distintos, com proibições totalmente diversificadas e com aspectos penais inteiramente diferentes. Se a Lei n. 8.072/1990 estabelece, aqui ou ali, uniformidade de tratamento, tal não implica, por óbvio, que uma alteração infraconstitucional, que não afeta a norma maior, revogue o restante da legislação especial no tópico questionado. E, não traz estrutura jurídica relevante o uso da denominada analogia **in bonam partem**, porquanto a situação que se pretende atingida está legalmente contemplada.”

Nesse sentido, ainda trago à colocação os seguintes julgados:

“HC. Crime hediondo. Delito previsto no art. 12 da Lei n. 6.368/1976. Pena cumprida em regime fechado. Aplicação da Lei n. 8.072/1990.

Dispondo o legislador que nos crimes hediondos o cumprimento da pena será no regime fechado, não se permite ao juiz qualquer discricionariedade na sua fixação, tal qual estabelecer na forma progressiva da execução.

Inexiste qualquer inconstitucionalidade do rigorismo legal em aplicar-se o art. 2^a, § 1^a, da Lei n. 8.072/1990, ante o caráter de hediondez pela prática do delito previsto no art. 12 da Lei n. 6.368/1976.

Ordem denegada.” (HC n. 6.659-SP (97.0090889-5), Rel. Min. Cid Flaquer Scartezini, DJ de 15.6.1998).

“Processual Penal. Execução penal. Tráfico de drogas. Progressão de regime. Lei n. 8.072/1990 e Lei n. 9.455/1997.

A Lei n. 9.455/1997 que trata, especificamente, do crime de tortura, não se aplica, em sede do art. 2^a, § 1^a, da Lei n. 8.072/1990, a outros crimes.

Writ indeferido.” (HC n. 7.226-SP (98.0020549-7), Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 22.6.1998).

“Narcotráfico. Progressão penal. Crime hediondo.

– **Habeas corpus**. Acerto de sua denegação, na origem, face à assertiva de que a Lei n. 9.455/1997 aplica-se apenas aos crimes de tortura.” (HC n. 7.383-DF (98.0028802-3), Rel. Min. Edson Vidigal, DJU de 31.8.1998).

Diante do exposto, conheço e dou provimento ao recurso para, reformando a decisão recorrida, determinar o regime integralmente fechado para o cumprimento da pena.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 252.816 – PI

(Registro n. 2000.0028011-9)

Relator: Ministro Edson Vidigal
Recorrente: Estado do Piauí
Advogados: Antônio Ribeiro Soares Filho e outros
Recorrido: Raimundo Nonato Bessa
Advogados: José Teles Veras e outro

EMENTA: Previdenciário – Tempo de serviço urbano – Início razoável de prova material reconhecido pelo Tribunal – Infirmação – Reexame de provas – Inadmissibilidade.

1. Reconhecido pelo Tribunal de origem a existência de início de prova material, suficiente a comprovar o tempo de serviço urbano que se pretende averbar, qualquer infirmação contra essa conclusão importa no reexame do conjunto fático-probatório dos autos, inadmissível na sede eleita. Incidência da Súmula n. 7-STJ.

2. Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do

recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer, Gilson Dipp e Jorge Scartezzini.

Brasília-DF, 26 de setembro de 2000 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Edson Vidigal, Relator.

Publicado no DJ de 16.10.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Edson Vidigal: Em ação declaratória proposta por Raimundo Nonato Bessa contra o Estado do Piauí, com vistas ao reconhecimento do tempo de serviço prestado em atividade como escriturário, no período de janeiro/1968 a dezembro/1969, e sua respectiva averbação, o juízo monocrático julgou procedente o pedido.

O Tribunal de Justiça do Estado do Piauí negou provimento à apelação. O acórdão ficou assim ementado:

“Ação declaratória. Aposentadoria. Averbação de tempo de serviço. Prova documental incontestada.

Comprovado, em juízo, o tempo de serviço, através de prova documental incontestada e suficiente, deve-se fazer a averbação pretendida, para efeito de aposentadoria. Precedentes jurisprudenciais. Recurso conhecido e improvido.”

Vem agora o Estado do Piauí com esse recurso especial (CF, art. 105, III, a e c), alegando afronta à Lei n. 8.213/1991, ao Decreto n. 611/1992 e CPC, art. 267, IV, sob o fundamento de impossibilidade legal de que a prova de tempo de serviço seja feita apenas através de testemunhas.

Tendo subido o recurso por força de agravo, não houve impugnação. Relatei.

VOTO

O Sr. Ministro Edson Vidigal (Relator): Sr. Presidente, a prova testemunhal é sempre admissível, no sistema processual brasileiro, desde que outra lei não disponha em contrário. E a Lei n. 8.213/1991 o faz, quando afirma em seu art. 55, § 3º, que “a comprovação do tempo de serviço para

os efeitos desta lei, inclusive mediante justificação administrativa ou judicial, conforme o disposto no art. 108, *só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal*, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no regulamento”. Tal entendimento restou consagrado na Súmula n. 149-STJ.

Entretanto, não assiste razão ao Recorrente, vez que tanto a sentença de 1ª grau, como o acórdão recorrido, entenderam comprovados o tempo de serviço através de prova documental incontestada (fls. 71/72), bastante para constituir início razoável de prova material; qualquer infirmação contra essa decisão, importa no reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que se torna inadmissível na via eleita, ante o óbice da Súmula n. 7-STJ.

Nesse sentido, o conjunto probatório encontra-se em perfeita harmonia com as regras da Lei n. 8.213/1991 e do Decreto n. 611/1992. Assim tem se manifestado esta Quinta Turma:

“Processual Civil. Recurso especial. Admissibilidade. Aposentadoria por idade. Rurícola. Ingresso na via administrativa. Início de prova material.

– O prévio ingresso na via administrativa não pode servir de condição para a propositura da ação, onde se pleiteia o reconhecimento da condição de trabalhador rural.

– *Havendo prova documental, compondo o material cognitivo, cai por terra a tese sustentada no recurso, dada a diversidade de pressupostos.*

– *Início razoável de prova material hábil, inclusive, para efeitos de comprovação de período trabalhado como rurícola.*

– Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 195.668-RS, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 5.4.1999).

Assim, não conheço do recurso.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 262.550 – PB

(Registro n. 2000.0057294-2)

Relator: Ministro Edson Vidigal

Recorrente: União
Recorrido: Adhemar Soares Londres Neto e outros
Advogado: Inácio Machado da Nóbrega Neto

EMENTA: Processual Civil – Servidor público – Gratificação – Supressão – Lei n. 7.757/1989 – Prescrição de fundo de direito – Decreto n. 20.910/1932, art. 1º – Súmula n. 85-STJ.

1. Quando a ação busca configurar ou restabelecer uma situação jurídica, a prescrição deve ser contada a partir do momento em que a parte teve o seu direito atingido, de forma inequívoca, passando a ter a possibilidade de acionar o Poder Judiciário para satisfazer a sua pretensão; a prescrição, conseqüentemente, faz-se sobre o próprio fundo do direito. Dessa forma, tendo sido a gratificação pleiteada suprimida em face da Lei n. 7.757/1989, a sua entrada em vigência, constitui o termo inicial da contagem do prazo prescricional, estabelecido pelo Decreto n. 20.910/1932, art. 1º.

2. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

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

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

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Edson Vidigal, Relator.

Publicado no DJ de 6.11.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Edson Vidigal: Em ação de rito ordinário, proposta por servidores públicos federais contra a União, visando à obtenção do percentual de 80% (gratificação judiciária), instituída pelo Decreto-Lei n.

2.173/1984, e suprimida em face da Lei n. 7.757/1989, o Juiz de 1^a grau julgou-a procedente, entendendo terem os Autores direito à gratificação requerida, a partir da data do efetivo exercício do cargo, até a data da entrada em vigor da Lei n. 9.421/1996.

Apreciando a apelação da União, bem como a remessa oficial, o Tribunal de origem afastou as preliminares de carência da ação e de prescrição, julgando parcialmente procedente o recurso, no sentido de determinar a observância da prescrição quinquenal e a exclusão do pagamento dos expurgos inflacionários.

Reagiu a União com o recurso especial (CF, art. 105, III, a), alegando violação às Leis n. 7.961/1989 e 7.923/1989 e ao Decreto n. 20.910/1932.

O recurso foi admitido na origem, por despacho de fl. 114.

Relatei.

VOTO

O Sr. Ministro Edson Vidigal (Relator): Sr. Presidente, visa a União à revisão da decisão proferida no acórdão prolatado em apelação, alegando, primeiramente, ser insustentável tal julgado, em face da ocorrência de prescrição ao caso posto em dedução.

Alega, para tanto, contrariedade ao Decreto n. 20.910/1932, que regula a prescrição quinquenal do direito de ação contra a Fazenda Pública. Reza o art. 1^a desta legislação, **in verbis**:

“As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.”

De fato, razão cabe à Recorrente, da análise dos autos constata-se, efetivamente, a ocorrência da prescrição do direito em si, na forma do dispositivo supratranscrito, e não apenas das parcelas anteriores ao quinquênio imediatamente antecessor ao ingresso em juízo, como reconheceu o Tribunal paranaense.

Há que se esclarecer, pois, a distinção de ambas as hipóteses.

Quando a ação busca configurar ou restabelecer uma situação jurídica,

a prescrição deve ser contada a partir do momento em que a parte teve o seu direito atingido, *de forma inequívoca*, passando a ter a possibilidade de acionar o Poder Judiciário para satisfazer a sua pretensão; a prescrição, conseqüentemente, faz-se sobre o próprio fundo do direito. No caso de relação jurídica de trato sucessivo, onde a ação visa ao acerto de contas que não estão sendo pagas devidamente pelo Estado, a prescrição faz-se tão-somente sobre as prestações vencidas antes do quinquênio legal.

Na oportunidade do julgamento do RE n. 110.419-SP, sessão plenária de 8.3.1989, o eminente Ministro-Relator Moreira Alves teceu os seguintes esclarecimentos sobre a controvérsia:

“Fundo de direito é expressão utilizada para significar o direito de ser funcionário (situação jurídica fundamental) ou os direitos a modificações que se admitem com relação a essa situação jurídica fundamental, como reclassificações, reenquadramentos, direito a adicionais por tempo de serviço, direito à gratificação por prestação de serviços de natureza especial, etc. A pretensão ao fundo do direito prescreve, em Direito Administrativo, em cinco anos a partir da data da violação dele, pelo seu não conhecimento inequívoco. Já o direito a perceber as vantagens pecuniárias decorrentes dessa situação jurídica fundamental ou de suas modificações ulteriores é mera consequência daquele, e sua pretensão, que diz respeito a **quantum**, renasce cada vez em que este é devido (dia a dia, mês a mês, ano a ano, conforme a periodicidade em que é devido o seu pagamento), e, por isso, se restringe às prestações vencidas há mais de cinco anos, nos termos exatos do artigo 3^o do Decreto n. 20.910/1932, que reza:

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

(...) Se o Estado paga, reconhece, portanto, a existência incontroversa do ‘fundo do direito’, mas paga menos do que é constitucional ou legalmente devido, o direito ao pagamento certo renasce periodicamente.

Note-se, por fim, que esse renascimento periódico só deixa de ocorrer – e isso foi construção jurisprudencial, para impedir que ele

se desse apesar de indeferimentos sucessivos da Administração Pública a reclamação expressa do funcionário – se o servidor público requer ao Estado a correção da prestação que lhe está sendo indevidamente paga, e seu requerimento é indeferido. A partir de então, tem o servidor de ajuizar a ação para obter o resultado querido, sob pena de prescrever definitivamente essa pretensão.”

Aqui, entendo que o acórdão recorrido merece reforma. Certas condições são exigidas para que seja a ação considerada prescrita: 1) um direito atual, já adquirido pelo seu titular; 2) a violação desse direito, a que a ação tem por fim remover; e 3) o transcurso do prazo previsto em lei, a contar da ciência inequívoca dessa violação.

Cumprе observar que, no caso em tela, o direito à gratificação postulada foi suprimido pela Administração Pública, com base na Lei n. 7.757/1989, até a edição da Lei n. 9.421/1996, ou seja, a situação jurídica em si, a partir da qual se originariam as prestações pleiteadas é que foi denegada e, o tendo sido há mais de cinco anos, prescrito se encontra o direito ao pleito da própria gratificação e não apenas às parcelas além, do lustro aludido. Ora, isto é o que se percebe, pois o ato lesivo praticado pela Administração teve lugar com a entrada em vigor da Lei n. 7.757/1989, em abril de 1989, data a partir da qual a gratificação foi suprimida dos vencimentos dos servidores, e a partir da qual teriam, os Recorrentes, cinco anos para propor a ação visando ao seu pagamento, no entanto, só ingressaram em juízo em 1997, quando já superado o prazo legal inviabilizador do direito de ação.

No sentido de consolidar tal diferenciação entre a prescrição de fundo de direito e a prescrição apenas das parcelas anteriores ao quinquênio de propositura da ação, quando de prestações de trato sucessivo, prudente o entendimento da Súmula n. 85-STJ reza:

“Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação.”

Nesse sentido também:

“Administrativo. Recurso especial. Servidor público militar aposentado. Gratificação de gabinete. Supressão. Prescrição. Fundo de direito.

A prescrição quinquenal das ações contra a Fazenda Pública atinge o fundo de direito quando o ato lesivo da Administração negar a situação jurídica fundamental em que se embasa a pretensão veiculada.

– Na hipótese, o direito de reclamar judicialmente o restabelecimento da gratificação de gabinete, nasceu com o advento da Lei Delegada n. 17/1989, que, ao estender seu pagamento a todos os integrantes do quadro de oficiais do Estado de Minas Gerais, vedando a acumulação de gratificações, negou a existência do próprio direito vindicado. A suposta lesão jurídica atingiu o fundo de direito, sendo inaplicável o comando expresso na Súmula n. 85-STJ, que disciplina a prescrição quinquenal nas relações de trato sucessivo, hipótese em que se objetiva o recálculo do **quantum** da gratificação paga a menor.

– Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 135.257-MG, DJ de 22.9.1997, Rel. Min. Vicente Leal).

Assim, conheço e dou provimento ao recurso especial, invertendo os ônus sucumbenciais.

É o voto.

