



Jurisprudência da Quinta Turma

HABEAS CORPUS N. 39.767-GO (2004/0166482-8)

Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima

Impetrante: Valdenar Rodrigues Pereira

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

Pacientes: Geraldo Duarte Barbosa (preso) e Joneval Augusto Rôla (preso),

Adair Júnio Ferreira Silva (preso) e Jovenil Lira de Rezende (preso)

EMENTA

Processual Penal. **Habeas corpus**. Extorsão praticada por policiais militares no exercício da atividade de polícia ambiental. Prisão preventiva. Decisão devidamente fundamentada. Garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal. Prevenção à reiteração de práticas criminosas. Ameaças à vítima e testemunhas. Inépcia da denúncia inexistente. Inquérito policial. Nulidade que não contamina a ação penal. Constrangimento ilegal inexistente. Ordem denegada.

1. A prática de delitos por policiais militares, utilizando-se das prerrogativas das funções públicas ocupadas, configura grave ameaça à ordem pública, tendo em vista a potencialidade corrosiva das estruturas sociais formais, que deveriam estar voltadas ao combate à criminalidade, ao invés de com ela estar compactuada.

2. As ameaças à vítima e aos seus familiares justificam a decretação da custódia cautelar para a garantia da ordem pública e pela conveniência da instrução criminal.

3. A denúncia contém a exposição clara e objetiva dos fatos tidos como delituosos, com todas as suas circunstâncias, permitindo aos pacientes o pleno exercício do seu direito de defesa e preenchendo, satisfatoriamente, o disposto no art. 41 do Código de Processo Penal.

4. Conforme pacífico magistério doutrinário e jurisprudencial, não há falar em contaminação da ação penal em face de eventuais defeitos ocorridos na prática de atos no decorrer do inquérito policial, que é peça meramente informativa e, como tal, serve apenas de base à denúncia.

5. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por

unanimidade, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 08 de novembro de 2005 (data do julgamento).

Ministro Arnaldo Esteves Lima, Relator

DJ 20.02.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário, com pedido de liminar, impetrado em favor de Geraldo Duarte Barbosa, Joneval Augusto Rôla, Adair Júnio Ferreira Silva e Jovenil Lira de Rezende — presos preventivamente e denunciados pela prática do crime previsto no art. 158, **caput**, do Código Penal —, impugnando acórdão da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, que denegou a ordem originariamente impetrada (HC n. 200401953216), por meio da qual pretendia o impetrante ver trancada a respectiva ação penal, pelo menos em relação ao primeiro paciente, ou, alternativamente, revogada a custódia cautelar contra eles decretada.

Sustenta o impetrante, em síntese, que o decreto de prisão preventiva é manifestamente ilegal, por ausência de fundamentação concreta e individualizada, não havendo nenhum elemento fático para sustentar a custódia dos pacientes.

Por outro lado, alega, também, a inépcia da denúncia, que não individualizou a conduta dos acusados.

Afirma, ainda, que o inquérito policial é nulo de pleno direito, o que contamina a ação penal, visto que a Polícia Federal não tem, na hipótese, competência para presidir as investigações.

Por derradeiro, diz que, ainda na fase policial, Jovenil Lira foi interrogado pelo delegado sem que lhe fosse facultado o direito constitucional de permanecer calado e de constituir advogado e que o defensor dos pacientes somente teve acesso aos autos 7 dias após a prisão, fatos que implicaram cerceamento defesa.

Requer, por fim, o trancamento da ação penal movida contra todos os pacientes ou, ao menos, em relação ao paciente Geraldo Duarte Barbosa. Alternativamente, pleiteia que os pacientes aguardem em liberdade a instrução e julgamento do processo em trâmite perante a 3ª Vara Criminal da Comarca de Jataí-GO.

O pedido formulado em sede de cognição sumária foi por mim indeferido (fls. 254/255).

As informações requisitadas foram prestadas pela autoridade apontada como coatora (fl. 259) e vieram acompanhadas de documentação necessária à instrução do presente *writ* (fls. 260/300).

O Ministério Público Federal, por meio do parecer exarado pela Subprocuradora-Geral da República Julieta E. Fajardo Cavalcanti de Albuquerque, opinou pela denegação da ordem (fls. 304/309).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima (Relator): Pela documentação que instrui o presente *writ*, verifica-se que os pacientes, acusados da prática do crime previsto no art. 158 do Código Penal, tiveram a prisão preventiva decretada nos autos do Inquérito Policial n. 70/2004, com fundamento na garantia da ordem pública e na conveniência da instrução criminal, uma vez que, além de estarem presentes a prova da materialidade delitiva e os indícios suficientes de autoria, trata-se de conduta delitiva praticada por policiais militares, utilizando-se das prerrogativas das funções públicas ocupadas, o que configura indiscutível grave ameaça à ordem pública, tendo em vista a potencialidade corrosiva das estruturas sociais formais, que deveriam estar voltadas ao combate à criminalidade, ao invés de com ela estar compactuada. (Fls. 148/149)

Afirmou-se, ainda, no decreto prisional atacado, a ocorrência de ameaças por parte dos pacientes à vítima, pessoa idosa, para que não denunciasse os fatos ocorridos, sob pena de sua família sofrer as conseqüências, o que constitui fundamento suficiente para o encarceramento dos agressores por motivo de conveniência da instrução criminal (fl. 149).

O Tribunal **a quo**, ratificando as razões adotadas pelo Juízo singular, acrescentou ainda que “a segregação dos pacientes mostra-se necessária, pois resta cristalino o receio de que a ordem pública venha a ser abalada com a liberdade dos acusados, tendo em vista a condição de policiais militares, que certamente causará temor a outras pessoas, especialmente àquelas que ainda podem revelar eventuais ilícitos penais perpetrados pelos acusados e ainda não descobertos. Os indícios apontam no sentido de que, permanecendo soltos, os acusados encontrariam os mesmos estímulos para a reiteração do crime, colocando em risco a sociedade. Por outro lado, os depoentes de fls. 41/42 e 47 afirmaram que estavam amedrontados” (fl. 276).

Verifica-se, assim, que, tanto a decisão do Juízo processante como o acórdão que denegou o *writ* originário demonstraram de forma satisfatória a necessidade da medida.

Com efeito, “Resta devidamente fundamentado o decreto prisional, com o reconhecimento da materialidade do delito e de indícios de autoria, e expressa menção à situação concreta que se caracteriza pela garantia da ordem pública, em virtude da real possibilidade de prática de novos delitos” (RHC n. 16.254-MG, Relator Ministro Felix Fischer, DJ 16.11.2004, p. 302).

Quanto à alegação de que a denúncia é inepta, por não individualizar as condutas dos acusados, penso que não assiste razão ao impetrante.

É de fácil identificação a conduta dos acusados por meio da narração dos fatos constantes da peça inicial acusatória (fls. 43/48), donde se conclui que os policiais militares do Estado de Goiás, Juvenil Lira de Rezende, Joneval Augusto Rôla e Adair Júnior Ferreira da Silva, no desempenho das atividades de Policiais Ambientais, dirigiram-se à Fazenda Laguazo, no Município de Serranópolis-GO, com o objetivo de apurar crimes ambientais ali praticados consistentes na posse irregular de armas de fogo e em caça e pesca também irregulares. Descobertas eventuais irregularidades, ao invés de continuarem praticando os atos subseqüentes necessários à apuração da infração, os mencionados policiais abstiveram-se, maliciosamente, de adotar tal procedimento, pois, logo depois de terem localizado as armas, a carne e os peixes, passaram, mediante graves ameaças, a constranger a vítima e seus familiares que ali se faziam presentes a dar a eles dinheiro, para não autuá-los.

Desse modo, a denúncia contém a exposição clara e objetiva dos fatos tidos como delituosos, com todas as suas circunstâncias, permitindo aos pacientes o pleno exercício do seu direito de defesa e preenchendo, satisfatoriamente, o disposto no art. 41 do Código de Processo Penal.

Ademais, cumpre ressaltar que “Não padece de inépcia a denúncia que enseja claramente a adequação típica, descrevendo suficientemente os fatos com todos os elementos indispensáveis, de modo a permitir o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa. Tratando-se de crimes de autoria coletiva, de difícil individualização da conduta de cada participante, admite-se a denúncia de forma mais ou menos genérica, por interpretação pretoriana do art. 41 do CPP. Precedentes” (REsp n. 694.838-SP, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, DJ 16.05.2005, p. 398).

Também não merece guarida o argumento de que o inquérito padece de nulidade por ter sido conduzido pela polícia federal. Isso porque, não há falar em contaminação da ação penal em face de eventuais defeitos ocorridos na prática de atos do inquérito, que é peça meramente de informação e, como tal, serve apenas de base à denúncia.

A propósito, confirmam-se os seguintes julgados desta Corte, ao apreciarem hipóteses semelhantes à que ora se analisa:

“**Habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário. Alegada nulidade de ação penal, porque o inquérito teria sido produzido pela polícia civil e não militar, estando o crime afeto à jurisdição desta última. Peça meramente informativa, que não vicia o Processo Penal. Precedentes: STF e STJ.

1. Não se vislumbra nulidade se o inquérito, ao invés de ter sido feito pela polícia militar, o foi pela civil, posto que tal situação em nada interfere na subsequente ação penal.

2. *Writ* denegado.” (HC n. 6.418-PR, Relator Ministro Anselmo Santiago, Sexta Turma, DJ 23.03.1998, p. 169)

“Processual Penal. Inquérito policial. Requisição de Procurador da República. Crime. Competência da Justiça Estadual. Constrangimento ilegal. Inexistência.

1. Não se mostra viável o pleito de trancar inquérito policial instaurado pela Polícia Federal, em atendimento à requisição de Procurador da República, em crime que, posteriormente, o Tribunal Regional entendeu ser de competência da Justiça Estadual.

2. Consoante pacífico entendimento doutrinário-jurisprudencial, a autoridade policial e o membro do *Parquet* agem por ‘atribuição’, e, nosso sistema processual-penal refere-se tão-somente à ausência de ‘competência’ como causa de nulidade.” (REsp n. 232.760-CE, Relator Ministro Fernando Gonçalves, Sexta Turma, DJ 04.02.2002, p. 581)

Pelas mesmas razões está superada a análise dos demais vícios do inquérito policial, que, segundo o impetrante, implicaram cerceamento de defesa, pois, diante da ausência de imediata declaração de nulidade, ficam sanados após a instauração da ação penal. Não há, assim, a aplicação da teoria da árvore dos frutos envenenados, por se tratar de fases distintas de persecução penal. Sobre o tema, é válido conferir as seguintes manifestações da Suprema Corte:

“**Habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário. Reconhecimento fotográfico na fase inquisitorial. Inobservância de formalidades. Teoria da árvore dos frutos envenenados. Contaminação das provas subsequentes. Inocorrência. Sentença condenatória. Prova autônoma.

1. Eventuais vícios do inquérito policial não contaminam a ação penal. O reconhecimento fotográfico, procedido na fase inquisitorial, em desconformidade com o art. 226, I, do Código de Processo Penal, não tem a

virtude de contaminar o acervo probatório coligido na fase judicial, sob o crivo do contraditório. Inaplicabilidade da teoria da árvore dos frutos envenenados (*fruits of the poisonous tree*). Sentença condenatória embasada em provas autônomas produzidas em juízo.

2. Pretensão de reexame da matéria fático-probatória. Inviabilidade do *writ*. Ordem denegada.” (HC n. 83.921-RJ, Relator Ministro Eros Grau, Primeira Turma, DJ 27.08.2004, p. 70)

“Recurso em **habeas corpus**. Extorsão mediante seqüestro. Nulidade de inquérito policial. Individualização da pena. O fato de o inquérito ter se originado de cópias de outro não implica a sua nulidade, além do que se trata de mera peça informativa que não contamina a ação penal. Não houve relação de prejudicialidade entre os dois **habeas corpus** julgados no STJ, motivo pelo qual os autos deverão ser remetidos àquele Tribunal Superior para análise da alegação de vício na individualização da pena. Recurso parcialmente provido.” (RHC n. 84.083-RJ, Relator Ministro Nelson Jobim, Segunda Turma, DJ 28.05.2004, p. 64)

Pelo exposto, *denego* a ordem impetrada; mantida, é claro, a situação do paciente Geraldo Duarte Barbosa, que teve revogada a sua prisão preventiva pelo Juízo processante (fl. 281), razão pela qual a impetração, quanto a ele, encontra-se prejudicada.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 44.015-SP (2005/0076667-6)

Relator: Ministro Gilson Dipp

Impetrantes: Antônio Cláudio Mariz de Oliveira e outro

Impetrada: Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Paulo Donizetti Forte

Advogados: Sérgio Eduardo Mendonça de Alvarenga e outros

EMENTA

Criminal. **Habeas corpus**. Homicídio qualificado. Dolo eventual. Comparação entre a narrativa ministerial e a classificação jurídica. Elemento volitivo não caracterizado. Constrangimento ilegal. Tipo penal culposos.

Negligência. Crime doloso contra a vida não configurado. Incompetência do Tribunal do Júri. Remessa dos autos a uma das varas criminais. Ordem concedida.

I - Hipótese em que o paciente foi denunciado pela suposta prática de homicídio qualificado por motivo torpe, em decorrência da morte de jogador do São Caetano Futebol Ltda.

II - A doutrina penal brasileira instrui que o dolo, ainda que eventual, conquanto constitua elemento subjetivo do tipo, deve ser compreendido sob dois aspectos: o cognitivo, que traduz o conhecimento dos elementos objetivos do tipo, e o volitivo, configurado pela vontade de realizar a conduta típica.

III - Se o dolo eventual não é extraído da mente do acusado, mas das circunstâncias do fato, conclui-se que a denúncia limitou-se a narrar o elemento cognitivo do dolo, o seu aspecto de conhecimento pressuposto ao querer (vontade).

IV - A análise cuidadosa da denúncia finaliza o posicionamento de que não há descrição do elemento volitivo consistente em 'assumir o risco do resultado', em aceitar, a qualquer custo, o resultado, o que é imprescindível para a configuração do dolo eventual.

V - A comparação entre a narrativa ministerial e a classificação jurídica dela extraída revela a submissão do paciente a flagrante constrangimento ilegal decorrente da imputação de crime hediondo praticado com dolo eventual.

VI - Afastado elemento subjetivo dolo, resta concluir que o paciente pode ter provocado o resultado culposamente.

VII - O tipo penal culposo, além de outros elementos, pressupõe a violação de um dever objetivo de cuidado e que o agente tenha a previsibilidade objetiva do resultado, a possibilidade de conhecimento do resultado, o 'conhecimento potencial' que não é suficiente ao tipo doloso.

VIII - Considerando que a descrição da denúncia não é hábil a configurar o dolo eventual, o paciente, em tese, deu causa ao resultado por negligência.

IX - Caberá à instrução criminal dirimir eventuais dúvidas acerca dos elementos do tipo culposo, como, por exemplo, a previsibilidade objetiva do resultado.

X - Precedentes desta Corte no sentido de que é possível alterar a classificação jurídica de crime em sede de **habeas corpus** e de recurso especial, desde que comprovada, e livre de dúvida, flagrante ilegalidade.

XI - Reconhece-se a incompetência do Tribunal do Júri para processar e julgar o processo criminal instaurado em desfavor do paciente, eis que não configurado crime doloso contra a vida, cassando-se o acórdão recorrido e determinando-se a remessa dos autos a uma das varas criminais da Comarca de São Paulo.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro-Relator. Sustentou oralmente: Dr. Antônio Cláudio Mariz de Oliveira (p/pacte).

Brasília (DF), 13 de dezembro de 2005 (data do julgamento).

Ministro Gilson Dipp, Relator

DJ 1ª.02.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de **habeas corpus**, substitutivo de recurso ordinário, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que denegou ordem anteriormente impetrada em favor de Paulo Donizetti Forte, visando ao reconhecimento da incompetência do Tribunal do Júri para o julgamento da ação penal contra ele instaurada.

Em razão da morte do jogador Paulo Sérgio Oliveira da Silva, conhecido como Serginho, o paciente, na qualidade de médico do São Caetano Futebol Ltda, foi denunciado pela suposta prática de homicídio qualificado por motivo torpe.

Recebida a peça acusatória, a defesa impetrou **habeas corpus** perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, sustentando, em breve síntese, ser inepta a denúncia ofertada contra o paciente, pois não descreveria crime doloso contra a vida, a ensejar a competência do Júri Popular.

O Tribunal **a quo**, entretanto, denegou a ordem, entendendo, basicamente, ser inadequada a via eleita para a discussão pretendida pelo paciente, se evidenciada a presença de indícios suficientes a sustentar a acusação.

A ementa do aresto possui o seguinte teor:

“**Habeas corpus**. Paciente denunciado como incurso no art. 121, § 2º, inciso I, c.c. o art. 13, § 2º, alínea **a**, e art. 18, inciso I, todos do Código Penal, acusado de praticar o delito imbuído de dolo eventual. Admissibilidade. Indícios de que o paciente admitiu e aceitou o risco de produzir o resultado ocorrido. Materialidade comprovada e existência de sinais de que o agente tinha conhecimento da enfermidade coronária que portava o atleta, reconhecida, inclusive, pelo Superior Tribunal de Justiça Desportiva. Pretensão do impetrante, no presente **habeas corpus**, que somente seria viável se sua inocência resultasse evidente e incontestável, o que não é o caso. Requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal presentes na denúncia e pretensão do impetrante que exigiria exaustivo exame do contexto probatório, incompatível com o instituto do **habeas corpus**. Ordem denegada.” (Fl. 40)

Daí a presente impetração, por meio da qual se reitera o pleito de reconhecimento da incompetência do Tribunal do Júri para julgar o paciente, “em face da própria descrição fática inserta na denúncia”, pois a peça acusatória teria narrado conduta culposa.

Os impetrantes cuidam de frisar que não se trata de pedido de trancamento da ação penal instaurada contra o paciente, tampouco de desclassificação antecipada do crime a ele imputado. O que pretendem, na realidade, como já acima destacado, é a declaração de incompetência do Tribunal Popular para o julgamento do processo-crime instaurado contra o réu, eis que não configurada a suposta prática de crime doloso contra a vida (fl. 6).

Para tanto, aduz-se que, não obstante o entendimento de que o acusado se defende dos fatos e não da classificação jurídica, tal regra não se aplicaria ao caso dos autos, eis que o flagrante erro na classificação do delito imputado ao paciente o estaria submetendo a processo perante Juízo incompetente. A espera pela eventual desclassificação quando do encerramento do sumário de culpa configuraria a submissão do réu a um sofrimento incomensurável de se ver processado por crime hediondo. Seria o mesmo que submeter alguém a processo por fato atípico.

De outro lado, a inicial refere que a tese defendida pelos impetrantes é a de que a denúncia teria narrado a prática de uma conduta culposa, negligente, pois

não descreveria as circunstâncias em que o paciente, supostamente aceitando o resultado morte, teria permitido a entrada do jogador Serginho em campo no dia do infortúnio (fl. 8).

Nesse contexto, afirma que “toda a tese acusatória funda-se na premissa de que o médico Paulo Forte teria conhecimento do grave estado de saúde da vítima Serginho”, e ao “permitir que ele entrasse em campo naquele jogo, teria assumido o risco”. Ocorre que, para a impetração, tal descrição seria de uma conduta tipicamente culposa, pois clara e indiscutível a negligência, já que, para a configuração do dolo eventual, seria imprescindível a demonstração de insensibilidade, indiferença pela vida alheia, o popular “tanto faz”.

Continuam, os impetrantes, referindo que “no caso dos autos, a acusação para imputar um crime de competência do Tribunal do Júri, teria que afirmar que o paciente imaginara que Serginho morreria jogando futebol naquele dia. Previra concretamente o acontecimento. Não desejara a morte do atleta, mas desejara que ele jogasse de qualquer jeito, não importando as conseqüências. Estas lhe eram indiferentes. Recusara-se a vetar sua escalação. Não iria dissuadir de seu desejo de vê-lo em campo a qualquer custo. Seu desejo era mais forte do que a morte efetivamente prevista. Afinal, como equivocadamente consta da denúncia, Serginho seria um ‘titular absoluto’.

A presença do jogador no time lhe era mais relevante do que a vida dele. Se ele não morresse, bom. Se morresse, paciência, azar o dele. Isto não lhe importava. Para o paciente, tanto fazia. Não abriria mão de sua presença em campo por nada. Todo aquele desespero flagrado por diversas câmeras de televisão assim que Serginho caiu no chão era falso: a morte, insistia-se, fora prevista e nunca lhe fora importante” (fls. 12/13).

Para a impetração, apenas se a descrição acima constasse da denúncia é que se poderia admitir a eventual configuração do dolo eventual, eis que não bastaria o conhecimento dos riscos, mas seria indispensável a descrição do elemento volitivo representado pela aceitação do resultado, pela indiferença.

Os impetrantes trazem, ainda, as seguintes informações:

a) teria sido o paciente, médico ortopedista, quem indicara o Incor para a realização dos exames cardíacos nos jogadores do São Caetano, com o intuito de avaliar, por meio de especialistas em cardiologia, a real situação a respeito do estado de saúde dos jogadores, o que não era costume dos clubes de futebol;

b) o verdadeiro responsável pela condição física do jogador Serginho seria o médico cardiologista Edimar Bocchi, o qual, não obstante ter detectado a existência de arritmia cardíaca, limitou-se a realizar anotações em seu prontuário

particular e a recomendar informalmente que a atividade esportiva seria contraindicada para o jogador, sem, contudo, proceder a uma comunicação oficial ao clube;

c) o paciente, na condição de ortopedista, embora tenha tido conhecimento da “contra-indicação” de maneira informal e verbal, ausente qualquer manifestação oficial e expressa do médico cardiologista, obteve a certeza de que não se tratava de risco de morte, já que tal alerta não teria sido realizado pelo especialista no assunto;

d) o documento particular do Dr. Edimar Bocchi, do qual constaria a gravidade da situação do jogador, não teria sido apresentado ao paciente, além de que estaria sob questionamento de sua legitimidade, por perícia, motivo pelo qual não poderia ser utilizado para comprovar que ele sabia dos riscos tão graves;

e) o próprio Clube São Caetano teria afastado o jogador Fabrício Carvalho de suas atividades, em virtude de manifestação expressa nesse sentido do Hospital do Coração.

Por tudo isso, sustentam ser inepta a denúncia, em razão da incongruência entre a narração dos fatos e a respectiva capitulação jurídica, pugnando pela distribuição dos autos da ação penal a uma das varas criminais da Comarca de São Paulo.

A liminar foi indeferida, assim como o pedido de reconsideração (fls. 241/242 e 278/279).

Informações prestadas (fls. 292/293).

A Subprocuradoria Geral da República opinou pelo não-conhecimento da ordem (fls. 433/448).

É o relatório.

Em mesa para julgamento.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Trata-se de **habeas corpus**, substitutivo de recurso ordinário, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que denegou ordem anteriormente impetrada em favor de Paulo Donizetti Forte, visando ao reconhecimento da incompetência do Tribunal do Júri para o julgamento da ação penal contra ele instaurada.

Em razão da morte do jogador Paulo Sérgio Oliveira da Silva, conhecido como Serginho, o paciente, na qualidade de médico do São Caetano Futebol Clube

Ltda, foi denunciado pela suposta prática de homicídio qualificado por motivo torpe.

Recebida a peça acusatória, a defesa impetrou **habeas corpus** perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, sustentando, em breve síntese, ser inepta a denúncia ofertada contra o paciente, pois não descreveria crime doloso contra a vida, a ensejar a competência do Júri Popular.

O Tribunal **a quo**, entretanto, denegou a ordem, entendendo, basicamente, ser inadequada a via eleita para a discussão pretendida pelo paciente, se evidenciada a presença de indícios suficientes a sustentar a acusação (fl. 40).

Daí a presente impetração, por meio da qual se reitera o pleito de reconhecimento da incompetência do Tribunal do Júri para julgar o paciente, “em face da própria descrição fática inserta na denúncia”, pois a peça acusatória teria narrado conduta culposa.

Passo ao exame da irresignação.

A análise do elemento subjetivo não pode, em regra, ser empreendida em sede de **habeas corpus**.

É cediço que a via eleita não comporta o exame de questões que, não livres de controvérsias, demandariam o revolvimento do conjunto fático-probatório, por se tratar de ação constitucional própria à preservação do direito de locomoção, quando demonstrada ofensa ou ameaça decorrente de ilegalidade ou abuso de poder.

Cumprе ressaltar, todavia, que é possível, ainda que em sede de **habeas corpus**, examinar a inexistência de dolo, tese sustentada pela impetração, desde que, para isso, seja suficiente a análise da peça acusatória e da classificação jurídica atribuída aos fatos, sem modificar a versão apresentada nas esferas ordinárias.

Nesse sentido, confira-se o seguinte trecho do voto proferido pelo Ministro Sepúlveda Pertence nos autos do HC n. 75.666-2-BA:

*“Nada impede que, em **habeas corpus**, se examine a alegação de inexistência de dolo se não se pretende substituir por outra a versão do fato acolhida nas instâncias ordinárias, mas sim dar nova classificação jurídica aos fatos nelas acertado.”*

Admitindo-se que tal procedimento é viável em sede de **habeas corpus**, bastaria, para o acolhimento do inconformismo, a verificação de flagrante constrangimento ilegal na classificação jurídica atribuída ao paciente a partir do simples cotejo entre a narração da peça acusatória, e das eventuais decisões que a

acolheram, com a imputação legal extraída do contexto fático, sem maiores incursões nas provas ou nos elementos caracterizadores da suposta prática delitiva.

É o que se fará no caso dos autos.

Após a descrição do ocorrido no dia da morte do jogador Serginho, depreende-se da denúncia:

“Não há desconfiança, hesitação ou incerteza que os denunciados Paulo Donizetti Forte, médico do São Caetano Futebol Ltda e Nairo Ferreira de Souza, presidente do São Caetano Futebol Ltda tinham total e absoluto conhecimento da situação que acometia o atleta vitimado e que tinham o dever legal de evitar que o resultado ocorresse da forma como ocorreu.

O não-afastamento do jogador da prática das atividades desportivas competitivas, sobretudo em nível profissional, e sua submissão a inúmeros jogos e treinos decorrentes da disputa de 3 (três) campeonatos importantes (Campeonato Paulista, Taça Libertadores da América e Campeonato Brasileiro), fizeram com (que) se criasse e se agravasse a situação de risco para ele com sua conseqüente morte em campo. Pela assunção desses riscos, os denunciados são co-responsáveis pelo resultado morte de Paulo Sérgio.

Apurou-se no presente inquérito policial que alguns jogadores do São Caetano Ltda, entre eles Paulo Sérgio, vulgo ‘Serginho’, em fevereiro de 2004, foram levados ao Instituto do Coração — Incor para realização de exames de capacitação clínica para regular desenvoltura da profissão de atletas profissionais do futebol. Esse instituto foi indicado pelo denunciado Paulo Donizetti Forte, por ser conhecido como centro de referência mundial em cardiologia. Esses exames ficaram a cargo do renomado Dr. Edimar Alcides Bocchi, Professor Livre Docente da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo e profundo conhecedor da cardiologia.

O que deveria ser apenas uma rotina, transmutou-se em um Inferno de Dante para os denunciados. É que quando eram realizados os exames no jogador ‘Serginho’, verificou-se uma arritmia ventricular, com diagnóstico de taquicardia ventricular não sustentada, impondo-se imediata interrupção.

De assaz importância observar que ‘Serginho’, antes da realização do exame de esforço, no qual se constatou a arritmia e a conseqüente taquicardia ventricular não sustentada, realçou ao médico especialista já ter sentido *palpitação*, silenciando sobre elementos mais específicos de data e circunstâncias.

Esse exame foi acompanhado pelo denunciado Paulo Donizetti Forte, médico do São Caetano Ltda, a quem foi inicialmente passada a necessidade

de que outros exames fossem levados a termo para se perscrutar as razões dos problemas apresentados por ‘Serginho’. Ao denunciado também foi preconizado o afastamento do jogador da prática de atividades esportivas, uma vez que havia risco de morte súbita.

Note-se: assim que detectada a taquicardia ventricular não sustentada o Dr. Edimar Alcides Bocchi e sua equipe aconselharam ao denunciado Paulo Donizetti Forte que havia risco de morte súbita do jogador e demonstraram que seu afastamento do esporte era medida imperativa, pelo menos até que seu quadro clínico fosse melhor avaliado.

A conclusão chegada pelo Dr. Edimar Alcides Bocchi, no sentido de que o simples fato de ser detectado mencionado problema tornava proibitiva a prática de atividades esportivas ante a iminência de morte súbita e compartilhada pelos médicos da Escola Paulista de Medicina que, (...), ao responderem a quesito que lhes indagava se o quadro clínico de ‘Serginho’ indicava seu afastamento das práticas esportivas, afirmam que:

‘O Teste ergométrico, por si só tornava proibitiva a prática esportiva, mesmo em nível amador. As arritmias que surgiram durante o mesmo, foram prenúncio de morte súbita, principalmente aos esforços, mesmo leves (...)

(...)

A testemunha Guilherme Veiga Guimarães, Fisiologista do Exercício do Incor e Doutor em Ciências pela Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, ao pronunciar o resultado do teste ergoespirométrico assinalou como orientação: *recomendação para que o jogador não desenvolva atividades esportivas (fl. 163).*

Ainda naquela primeira oportunidade de realização de exames perante o Incor, ou seja, em 11 de fevereiro de 2004, o Dr. Edimar Alcides Bocchi (...) assinalava a seguinte conduta:

‘1. Solicitação de exames complementares para esclarecimentos da arritmia. 2. Reforço da recomendação de *não* praticar esportes ao médico do Clube (Dr. Paulo) e ao jogador, que já foram informados no término do exame ergoespirométrico. O médico e o jogador foram informados do risco de morte súbita do jogador pela arritmia (o Dr. Guilherme, fisiologista do exercício já havia informado a ambos). 3. O jogador e o médico deverão avisar a família desde que esta não comparecer’.

As recomendações deduzidas pelo Dr. Edimar Alcides Bocchi, neste primeiro contato com o jogador, foram parcialmente cumpridas. ‘Serginho’ foi apresentado outras vezes para a realização de alguns exames solicitados pelo Dr. Edimar Alcides Bocchi, todavia, *não foi determinado seu afastamento das atividades físicas.*

Ocorre que importante detalhe ficou consignado no prontuário médico elaborado pelo Dr. Edimar Alcides Bocchi:

‘Dr. Paulo informou que exames a serem realizados dependerão da agenda do time, também informou que o afastamento do futebol dependerá do clube e do jogador.’

Muito embora houvesse possibilidade de morte súbita do jogador e, mesmo diante da gravidade do quadro clínico, assim como, das advertências dos médicos, optou-se pelo prosseguimento das atividades desportivas pelo atleta, consignando-se que os trabalhos que tinham a missão de evidenciar as causas de sua taquicardia ventricular não sustentada ficariam postergados a segundo plano, impondo-se respeito à agenda do clube.

(...)

Sobreleva ressaltar, por curial, que apesar da ciência da gravidade da doença e dos riscos de morte súbita, retardou-se o exame de cateterismo em razão da *agenda de jogos.* (...).

Finalmente, levado a termo o exame de cateterismo novas advertências:

‘Orientação para não fazer atividade esportiva padrão. Medicação não protege provavelmente. Não existe comprovação de que desfibrilador funcione. A melhor conduta é parar de jogar futebol.’

O cateterismo não encerrava o ciclo de exames e persistia a necessidade de que outros trabalhos de investigação, de inspeção ou de pesquisa minuciosa fossem realizados, tal como o Holter, todavia, o jogador não mais compareceu para se submeter a eles, levando o Dr. Edimar Alcides Bocchi a registrar derradeira informação (...):

‘Jogador não comparece para acompanhamento, portanto não é nosso paciente. Continua em atividade física esportiva. Que tenha sorte, pois chance de óbito existe.’

(...)

(...) Cumpre relembrar que o exame ergoespirométrico (teste de esforço físico em esteira) diagnosticou arritmia ventricular do coração; a ressonância magnética detectou cardiomiopatia hipertrófica assimétrica e mostrou anormalidade cardíaca, comprometimento da capacidade de concentração do coração; a cintilografia miocárdica apontou comprometimento da função do coração e anormalidade no fluxo do coração e, finalmente, o cateterismo detectou anormalidade na capacidade de contração do coração, apontando ponte miocárdica e prolapso da válvula mitral.

Observamos que inúmeras pessoas ouvidas nos presentes autos demonstram que o denunciado Paulo Donizetti Forte tinha pleno conhecimento dos riscos decorrentes do prosseguimento das atividades físicas do atleta 'Serginho' (...).

Sobejamente demonstrado e comprovado documental e testemunhalmente, refuta-se alegação de infortúnio, fatalidade ou imprevisibilidade, adjetivos citados nas declarações dos denunciados.

Ainda assim, o denunciado Paulo Donizetti Forte, atestou e certificou falsamente, em razão de sua função, fato ou circunstância que habilitou o atleta a obter registro e inscrição perante a Confederação Brasileira de Futebol — CBF e condições de jogo perante a temporada de 2004.

Além de atestar falsamente fato relevante, o denunciado Paulo Donizetti Forte omitiu declarações relevantes que importariam na suspensão do referido contrato de trabalho.

Essas duas condutas que importaram em sua condenação perante o Superior Tribunal de Justiça Desportiva, demonstram nítido interesse em omitir a situação clínica do atleta que lhe incapacitaria para o cumprimento do contrato de trabalho.

Percebe-se que, além de não afastar o atleta 'Serginho', tarefa que lhe seria exigível diante de seu quadro médico e do iminente risco de morte súbita, o denunciado Paulo Donizetti Forte fez tudo o que podia para deixar de mencionar ou de descrever, nos casos em que a lei exigia, tais fatos. Sonegou, pois, a realidade clínica de 'Serginho'.

Outra atitude deveras estranha do denunciado Paulo Donizetti Forte, foi a tomada logo após a realização do exame de cateterismo, ocasião em que, após ter sido novamente alertado dos riscos de morte súbita e da necessidade de afastamento de 'Serginho' do esporte, afirmou para este que ele poderia prosseguir jogando, gerando nele uma falsa e censurável expectativa de que nada poderia ocorrer se continuasse pelejando pelos campos do mundo.

(...)

A necessidade de imediato afastamento das atividades desportivas, cientificamente constatada e lavadas ao conhecimento do atleta 'Serginho', ao médico Paulo Donizetti Forte e ao Presidente Nairo Ferreira De Souza, afastam, como já destacado alhures, qualquer hipótese de fatalidade, infortúnio, imprevisibilidade ou de ceticismo.

Ainda há mais.

Há fato digno de registro que robustece a tese segundo a qual o jogador já vinha apresentando sinais de problemas cardíacos: a ingestão do medicamento conhecido por Digoxina (fl. 200). Segundo exsurge do parecer médico solicitado à Unifesp (quesito n. 8), a Digoxina:

‘É uma droga que pertence ao grupo dos cadiotônicos digitálicos, indicada fundamentalmente no tratamento da disfunção ventricular esquerda. É droga de uso exclusivamente cardiológico.’

A condição de jogo ressalte-se, não está atrelada exclusivamente ao contrato de trabalho. A condição de jogo está presente na habilitação do atleta relacionado para a disputa do campeonato e persiste a cada nova partida, sempre relacionado na súmula de jogo.

Não é por outra razão que a agremiação, a cada partida, deve relacionar e indicar os atletas que disputarão o jogo, sendo certo que apenas aqueles em condições físicas devem figurar entre os presentes. Daí, a relação dos jogadores ainda estar acompanhada pela identificação dos Diretores e do *médico responsável*.

Trata-se de uma obrigação permanente. Encontramos no Regulamento Geral das Competições da Confederação Brasileira de Futebol, mais precisamente no art. 17, § 4º, a regra cogente: somente terão condição de jogo os atletas que estiverem nas condições previstas nas normas legais e regulamentares.

Os denunciados Nairo Ferreira de Souza e Paulo Donizetti Forte, mesmo côncios do problema que 'Serginho' ostentava, apresentavam-no como apto a cada jogo, dando de brancos ao dever jurídico que tinham como presidente e médico do São Caetano Ltda no sentido de afastá-lo do futebol profissional e de indagar de seu Departamento Médico as razões da autorização para um jogador nessas condições exercer atividades físicas.

Aliás, repita-se, tais fatos foram objeto de acirrado debate na Justiça Desportiva e conferiram fundamento para que o São Caetano Ltda e os denunciados fossem condenados em todas as instâncias daquele ramo de Justiça (fls. 301/678).

Assevere-se para reforçar a idéia, que Paulo Donizetti Forte, médico do São Caetano Futebol Ltda e Nairo Ferreira de Souza, presidente do São Caetano Futebol Ltda tinham em razão de suas atividades o dever de agir, consistente no afastamento do atleta das partidas disputadas pelo São Caetano Futebol Ltda até sua eventual autorização médica.

Ao contrário. Apesar do patente óbice das ciências médicas, os denunciados permitiram que o atleta fosse inscrito e participasse de incontestáveis partidas pelos Campeonatos Paulista, Sulamericano e Brasileiro.

Tinham eles o dever legal de evitar o resultado, ou seja, deveriam ter afastado o jogador das atividades físicas e não tê-lo inscrito nessas citadas competições e, com isso, poderiam ter evitado o resultado morte.

Uma vez mais, há que ser trazido à baila o parecer da Unifesp (fls. 765/766), pois, segundo conclusões que nele repousam, a prática diária de atividades físicas foi a causa da morte de 'Serginho' (quesito n. 6). Neste diapasão, tivesse sido ele retirado do desporto, sobretudo o profissional, certamente teria desaparecido o resultado típico.

Em outras palavras, no presente caso, não estamos em face de uma conduta que causou o resultado, mas estamos diante de um nexó entre a não-realização de um comportamento devido e esperado e a ocorrência do resultado, inerente, pois, aos delitos praticados pela omissão. E, deixando de atuar dessa forma, os denunciados assumiram o risco de produzir o resultado colhido.

(...)” (fls. 33/42 e 45/49).

O voto condutor do acórdão impugnado, por sua vez, ao manter os termos da denúncia, asseverou:

“Concorda-se com o douto Ministério Público de 2ª Grau de Jurisdição, quando afirma ‘que os impetrantes, mediante a análise das provas colhidas na fase investigatória, pretender desclassificar a infração para homicídio culposo, suprimindo a atuação do Tribunal Popular. (Fl. 145)

Como ensina o magistrado **Guilherme de Souza Nucci**: ‘Conceito de dolo direito ou eventual é a vontade do agente dirigida a um resultado determinado, porém, vislumbrando a possibilidade de ocorrência de um segundo resultado, não desejado, mas admitido, unido ao primeiro. Por isso, a lei utiliza o termo ‘assumir o risco de produzi-lo’. Nesse caso, de situação mais complexa, o agente não quer o segundo resultado diretamente, embora, ele

sinta que ele pode se materializar juntamente com aquilo que pretende, o que lhe é indiferente' (“Código Penal Comentado”, Ed. RT p. 18).

A definição assenta como uma luva para o caso em tela.

Há indícios veementes de que ocorreram os fatos narrados na denúncia, não se podendo afastar, no momento, a averiguação da existência de dolo eventual.

A materialidade está comprovada pelo laudo necroscópico e, inclusive, pelo processo que tramitou perante a Justiça Desportiva.

Apesar do notável trabalho jurídico que elaboraram os doutos, cultos e nobres advogados signatários da inicial do presente remédio heróico, há indícios inarredáveis de que ocorreram os fatos narrados na denúncia, não se podendo afastar, agora, a averiguação da ocorrência de dolo eventual.

Está explícito às fls. 38/43: (...) [transcrição da denúncia]

Pelo narrado, ficou patente a existência de indícios que o paciente tinha pleno conhecimento da enfermidade de que estava acometido o atleta e do risco que corria continuando a jogar futebol.

Como a direção do departamento médico do clube, o paciente tinha pleno conhecimento de tudo o que estava ocorrendo, mas não afastou o jogador, que continuava a participar de treinos e jogos em importantes campeonatos.

Considere-se, ainda, que um jogador de futebol, acometido de grave problema de saúde, com risco de entrar em óbito, não teria qualquer valor em seu passe, o que, certamente, acarretaria enorme prejuízo para o clube.

Eventual desclassificação do delito do paciente somente poderá ser decidida no julgamento do feito, pelo Juízo ou Tribunal competente.

De qualquer forma, não ficou demonstrada a existência de qualquer constrangimento ilegal, uma vez que a denúncia não pode ser considerada inepta, por descrever o delito imputado ao paciente, preencher os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, não podendo, portanto, ser rejeitada, não havendo, assim, que se falar em falta de justa causa para a propositura da ação penal.

Patente, também, a competência do Juiz para receber a inicial e determinar o seu processamento, por cuidar-se de crime doloso contra a vida.” (Fls. 213/214 e 219/220).

Contudo, ao contrário do que restou assentado pelo aresto do Tribunal **a quo**, entendo não restar configurado, pela narração da peça acusatória, dolo eventual na conduta do paciente.

Da leitura da denúncia acima transcrita verifica-se que a responsabilidade criminal atribuída ao paciente decorreria do fato de que, na condição de médico do São Caetano, não obstante o suposto conhecimento do quadro de saúde do jogador Serginho, submetido a exames no Incor, teria, em tese, sido omissivo no que diz respeito à manutenção do atleta nas atividades esportivas profissionais, e, com isso, assumido o risco do resultado morte.

A conclusão do órgão acusatório de que o paciente conhecia o risco de morte súbita do jogador está embasada em alertas verbais empreendidos pela equipe médica do Incor e em anotações realizadas pelo cardiologista Dr. Edimar Alcides Bocchi em seu prontuário particular.

Entretanto, evidencia-se a ocorrência de contradição entre a narrativa acusatória e a conclusão dela extraída, qual seja, de que o paciente teria cometido, em tese, na condição de médico do São Caetano Futebol Ltda, homicídio qualificado, a título de dolo eventual, conforme se demonstrará a seguir, com base em fundamentação teórico-doutrinária, compatível com a via eleita.

Dispõe o art. 18, **caput** e inciso I, do Código Penal:

“Diz-se o crime:

I - *doloso*, quando o agente quis o resultado ou *assumiu o risco de produzi-lo;*”

A doutrina penal brasileira instrui que o dolo, conquanto constitua elemento subjetivo do tipo, deve ser compreendido sob dois aspectos: o *cognitivo*, que traduz o conhecimento dos elementos objetivos do tipo, e o *volitivo*, configurado pela vontade de realizar a conduta típica.

Da obra de **Eugênio Raúl Zaffaroni** e **José Henrique Pierangeli** (“Manual de Direito Penal Brasileiro” — Parte Geral, Revista dos Tribunais, 5ª ed., p. 458) extrai-se o seguinte trecho:

“(…) *Se quisermos aperfeiçoar um pouco mais a definição do dolo, que formulamos há pouco, e que se extrai da lei, é conveniente conceituá-lo como a vontade realizadora do tipo objetivo, guiada pelo conhecimento dos elementos deste no caso concreto.*

Dito de uma forma mais breve, o dolo é uma vontade determinada que, como qualquer vontade, pressupõe um conhecimento determinado. Durante muitos anos alguns autores insistiram no aspecto de conhecimento do dolo, situando nele a sua essência (teoria da representação), enquanto outros acentuavam seu aspecto de vontade pura (teoria da vontade). Há mais de meio século a doutrina apercebeu-se de que é tão falso que o dolo seja representação

como que o dolo seja vontade: o dolo é representação e vontade. Na base da disputa havia quase um equívoco verbal, como acabaram reconhecendo seus protagonistas.

O reconhecimento de que o dolo é uma vontade individualizada em um tipo, obriga-nos a reconhecer em sua estrutura os dois aspectos em que consiste: o do conhecimento pressuposto ao querer e o próprio querer (que não pode existir sem conhecimento). Isto dá lugar aos dois aspectos que o dolo compreende:

- a) o aspecto de conhecimento ou aspecto cognoscitivo do dolo; e
- b) o aspecto do querer ou aspecto volitivo do dolo.”

Ratificam tal explicitação **Paulo José da Costa Júnior** (“Comentários ao Código Penal”, Saraiva, 7ª ed., p. 74/75), **Luiz Regis Prado** (“Curso de Direito Penal Brasileiro”, Revista dos Tribunais, vol. 1, 5ª ed., p. 374), **Cezar Roberto Bitencourt** (“Código Penal Comentado”, Saraiva, 2ª ed., pp. 58/59) e **Damásio E. de Jesus** (“Código Penal Anotado”, Saraiva, 8ª ed.).

Em outros termos, o elemento cognitivo consiste no efetivo conhecimento de que o resultado poderá ocorrer, isto é, o efetivo conhecimento dos elementos integrante do tipo penal objetivo. A mera possibilidade de conhecimento, o chamado “conhecimento potencial”, não basta para caracterizar o elemento cognitivo do dolo.

No elemento volitivo, por seu turno, o agente quer a produção do resultado de forma direta — dolo direto — ou admite a possibilidade de que o resultado sobrevenha — dolo eventual.

Ingressando no estudo do dolo eventual, cabe destacar que, para sua configuração, ambos os requisitos acima expostos são indispensáveis: o conhecimento e a vontade.

Confira-se **César Roberto Bitencourt** (p. 59):

“A consciência e a vontade, que representam a essência do dolo, também devem estar presentes no dolo eventual. Para que este se configure é insuficiente a mera ciência da probabilidade do resultado ou a atuação consciente da possibilidade concreta da produção desse resultado. É indispensável determinada relação de vontade entre o resultado e o agente, e é exatamente esse elemento volitivo que distingue o dolo da culpa.”

No mesmo sentido, **Paulo José da Costa Júnior** (p. 75):

“Os elementos integrantes do dolo eventual são dois: a representação do resultado como possível e a anuência do agente à verificação do evento, assumindo o risco de produzi-lo.”

A respeito do elemento volitivo no dolo eventual, as considerações de **Eugênio Raúl Zaffaroni** e **José Henrique Pierangeli** (p. 474) e, ainda, **Paulo José da Costa Júnior** (p. 75), respectivamente:

“O dolo eventual, conceituado em termos corrente, é a conduta daquele que diz a si mesmo ‘que agüente’, ‘que se incomode’, ‘se acontecer, azar’, ‘não me importo’. Observe-se que aqui não há uma aceitação do resultado como tal, e suma sua aceitação como possibilidade, como probabilidade.”

“(…) A vontade e não a representação constitui a essência o dolo eventual. A decisão de agir, mesmo com a possibilidade da realização do evento, é uma situação psicológica característica, impregnada de volição. Constitui de qualquer modo uma decisão da vontade diante do evento previsto como possível, ainda que indiferente ou até incômodo.”

A partir da noção doutrinária acima elucidada e considerando que o *dolo eventual não é extraído da mente do acusado, mas das circunstâncias do fato*, o que se conclui é que a denúncia limitou-se a narrar o elemento cognitivo do dolo, o seu aspecto de conhecimento pressuposto ao querer (vontade).

Com efeito. A peça acusatória afirma, em toda a sua extensão, que “não há desconfiança, hesitação ou incerteza” de que o paciente tinha “total e absoluto conhecimento da situação que acometia o atleta vitimado” (fl. 33), além de que “inúmeras pessoas ouvidas nos presentes autos demonstraram que Paulo Donizetti Forte tinha pleno conhecimento dos riscos decorrentes do prosseguimento das atividades físicas do atleta” (fl. 40).

No entanto, a exordial acusatória não logrou demonstrar as circunstâncias hábeis a caracterizar a indiferença do paciente pela morte do jogador, o “tanto faz” se o atleta permanecesse vivo ou viesse a falecer, o “se acontecer, azar o dele”.

A análise cuidadosa da denúncia finaliza o posicionamento de que não há descrição do elemento volitivo consistente em “assumir o risco do resultado”, em aceitar, a qualquer custo, o resultado, o que é imprescindível para a configuração do dolo eventual.

Entendo que o fato de o jogador ter obtido registro e inscrição perante a Confederação Brasileira de Futebol — CBF com o atestado do paciente e a apontada omissão sobre o real estado de saúde da vítima, admitindo-se que dele tinha conhecimento o acusado, não são suficientes para caracterizar o elemento volitivo do dolo eventual.

Isso porque embora a denúncia afirme que o cardiologista Dr. Edimar Alcides Bocchi tenha informado o Clube a respeito das condições de saúde do jogador

Serginho, mesmo não demonstrando se tal procedimento foi realizado por escrito, depreende-se do acórdão impugnado que o referido médico, logo após o falecimento do atleta, expediu nota, em conjunto com o paciente, afirmando que o ocorrido seria uma fatalidade, já que os exames realizados pelo Incor não teriam demonstrado anomalias no coração da vítima, a qual apresentava exame físico normal.

A propósito, o trecho do aresto que transcreveu conteúdo da nota:

“O acontecido com o jogador ‘Serginho’ foi fruto de uma fatalidade. E tal conclusão se baseia no fato de que os exames realizados em fevereiro de 2004 não demonstraram doença hipertrófica do coração, mas o exame do Serviço de Verificação de Óbitos — SVO — agora divulgado apontou exatamente hipertrofia miocárdica como causa da morte. O referido jogador apresentava exame físico normal, eletrocardiograma compatível com o coração de atleta, e dois ecocardiogramas, exame específico para detecção de hipertrofia, que afastaram esta possibilidade, pois não mostraram hipertrofia. Exames adicionais (ressonância magnética e cinecoronarioventriculografia) também não demonstraram hipertrofia ventricular esquerda. A revisão dos exames confirmou ausência de hipertrofia.” (Fls. 228/229).

A contradição entre as anotações do prontuário particular e esta declaração do cardiologista suscita dúvida até mesmo a respeito do elemento cognitivo do dolo eventual.

Apenas a título de esclarecimento, eis que a argumentação refoge ao âmbito do **habeas corpus**, a impetração insurge-se, também, contra o elemento cognitivo descrito na denúncia, na medida em que sustenta não ter sido apresentado ao paciente o documento particular do Dr. Edimar Bocchi, do qual constaria a gravidade da situação do jogador Serginho, além de que a legitimidade de tal documentação estaria sob questionamento, por perícia, motivo pelo qual não poderia ser utilizado para comprovar que ele sabia dos riscos tão graves.

Diante destas considerações, a comparação entre a narrativa ministerial e a classificação jurídica dela extraída revela a submissão do paciente a flagrante constrangimento ilegal decorrente da imputação de crime hediondo praticado com dolo eventual.

Afastado o elemento subjetivo dolo, resta concluir que o paciente pode ter provocado o resultado culposamente.

O tipo penal culposo, além de outros elementos, pressupõe a violação de um dever objetivo de cuidado e que o agente tenha a previsibilidade objetiva do

resultado, a possibilidade de conhecimento do resultado, o “conhecimento potencial” que não é suficiente ao tipo doloso.

O art. 18, inciso II, do Código Penal anuncia as modalidades da culpa:

“Diz-se o crime:

II - *culposo*, quando o agente deu causa ao resultado por *imprudência*, *negligência* ou *imperícia*.”

Considerando que a descrição da denúncia não é hábil a configurar o dolo eventual, o trecho a seguir transcrito revela que o paciente, em tese, deu causa ao resultado por negligência:

“(…) Paulo Donizetti Forte, médico do São Caetano Futebol Ltda e Nairo Ferreira de Souza, presidente do São Caetano Futebol Ltda tinham em razão de suas atividades o dever de agir, consistente no afastamento do atleta das partidas disputadas pelo São Caetano Futebol Ltda até sua eventual autorização médica.

Ao contrário. Apesar do patente óbice das ciências médicas, os denunciados permitiram que o atleta fosse inscrito e participasse de incontestáveis partidas pelos Campeonatos Paulista, Sulamericano e Brasileiro.

Tinham eles o dever legal de evitar o resultado, ou seja, deveriam ter afastado o jogador das atividades físicas e não tê-lo inscrito nessas citadas competições e, com isso, poderiam ter evitado o resultado morte.

Uma vez mais, há que ser trazido à baila o parecer da Unifesp (fls. 765/766), pois, segundo conclusões que nele repousam, a prática diária de atividades físicas foi a causa da morte de ‘Serginho’ (quesito n. 6). Neste diapasão, tivesse sido ele retirado do desporto, sobretudo o profissional, certamente teria desaparecido o resultado típico.

Em outras palavras, no presente caso, não estamos em face de uma conduta que causou o resultado, mas estamos diante de um nexó entre a não realização de um comportamento devido e esperado e a ocorrência do resultado, inerente, pois, aos delitos praticados pela omissão. E, deixando de atuar dessa forma, os denunciados assumiram o risco de produzir o resultado colhido.” (fls. 47/49).

A apontada omissão delinea, em princípio, a negligência, a culpa **in ommittendo**, a falta no atuar, como bem descreve **César Roberto Bitencourt** (p. 64):

“Negligência é a displicência no agir, a falta de precaução, a indiferença do agente que, podendo adotar as cautelas necessárias, não o faz. É a

imprevisão passiva, o desleixo, a inação (culpa **in ommittendo**). É o não-fazer o que deveria ser feito.”

Caberá à instrução criminal dirimir eventuais dúvidas acerca dos elementos do tipo culposo, como, por exemplo, a previsibilidade objetiva do resultado.

A corroborar o entendimento de que é possível alterar a classificação jurídica de crime em sede de **habeas corpus** — via que possui incursão fático-probatória restrita —, desde que comprovada, e livre de dúvida, flagrante ilegalidade, trago à colação os seguintes julgados desta Turma, sendo um, inclusive, prolatado em sede de recurso especial, cujos requisitos de admissibilidade são rigorosos, não se admitindo, da mesma forma, pesquisa de material probante:

“**Habeas corpus**. Penal e Processual Penal. Desclassificação do crime de lesão corporal grave para lesão corporal leve. Existência de exame de corpo de delito, ratificado por exame complementar, elaborado por peritos oficiais, atestando a inexistência de lesão corporal grave. Necessidade. Crime de facilitação de corrupção de menores. Caracterização. Alegação de atipicidade da conduta não evidenciada de plano. Trancamento. Impossibilidade.

1. O fato de existir boletim médico, assinado por apenas um médico-perito não oficial, atestando ter a vítima sofrido lesão corporal grave, e que, sequer, restou ratificado após os trinta dias da data do crime, não pode prevalecer sobre os laudos periciais oficiais realizados, a ponto de ensejar o oferecimento da denúncia pelo referido crime.

2. *Afigura-se necessária, na espécie, portanto, a desclassificação do crime de lesão corporal grave para lesão corporal leve, tendo em vista a existência de exame de corpo de delito, elaborado por peritos oficiais, e ratificado posteriormente em laudo complementar, a teor do disposto no art. 168, § 2º, do Código de Processo Penal, dando conta de que a vítima não permaneceu incapacitado para suas atividades habituais por mais de trinta dias.*

3. ‘O delito previsto no art. 1º da Lei n. 2.252/1954, por ser formal, prescinde da efetiva prova da corrupção do menor (adolescente), sendo suficiente apenas a sua participação em empreitada criminosa junto com um sujeito penalmente imputável (maior de 18 anos).’ (REsp n. 445.633-DF, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJ 04.08.2003).

4. Ademais, a denúncia descreve, com todos os elementos indispensáveis, a existência do crime em tese (facilitação de corrupção de menores), bem como a respectiva autoria, com indícios suficientes para a deflagração da persecução penal. Nesse contexto, não é viável em sede de **habeas corpus**, sem o devido processo legal, garantido o contraditório e a ampla defesa, inocentar o Paciente da acusação, precipitando prematuramente o mérito.

5. Ordem parcialmente concedida para desclassificar o delito de lesão corporal grave, pela qual foi denunciado o ora Paciente, para lesão corporal leve. A teor do art. 580 do Código de Processo Penal, por se encontrar na mesma situação processual do Paciente, estendo os efeitos da decisão ao co-réu Francisco Eduardo Guinle Buzar.” (HC n. 42.474-RJ, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ 29.08.2005)

“Penal e Processual Penal. Recurso especial. Homicídios dolosos. Pronúncia. *Desclassificação. Dolo eventual e culpa consciente. **Quaestio facti e quaestio iuris***. Reexame e reavaliação da prova.

I - É de ser reconhecido o prequestionamento quando a questão, objeto da irresignação rara, foi debatida no acórdão recorrido.

II - É de ser admitido o dissídio pretoriano se, em caso semelhante, no **punctum saliens**, há divergência de entendimento no plano da valoração jurídica.

*III - Não se pode generalizar a exclusão do dolo eventual em delitos praticados no trânsito. Na hipótese de ‘racha’, em se tratando de pronúncia, a desclassificação da modalidade dolosa de homicídio para a culposa deve ser calcada em prova por demais sólida. No **iudicium accusationis**, inclusive, a eventual dúvida não favorece os acusados, incidindo, aí, a regra exposta na velha parêmia **in dubio pro societate**.*

IV - O dolo eventual, na prática, não é extraído da mente do autor mas, isto sim, das circunstâncias. Nele, não se exige que resultado seja aceito como tal, o que seria adequado ao dolo direto, mas isto sim, que a aceitação se mostre no plano do possível, provável.

V - O tráfego é atividade própria de risco permitido. O ‘racha’, no entanto, é — em princípio — anomalia que escapa dos limites próprios da atividade regulamentada.

VI - A reavaliação do material cognitivo admitido e delineado no acórdão reprochado não se identifica com o vedado reexame da prova na instância incomum. Faz parte da reavaliação, inclusive, a reapreciação de generalização que se considera, **de per si**, inadequada para o **iudicium accusationis**.

Recurso provido, restabelecendo-se a pronúncia de 1ª grau.” (REsp n. 247.263-MG, Relator Ministro Felix Fischer, DJ 20.08.2001)

Por derradeiro, ressalta-se trechos de acórdão do Magistrado **Luiz Viel**, publicado na obra “Temas Polêmicos” — Estudos e Acórdãos em Matéria Criminal,

Curitiba: 1999, pp. 93/102, sob o título é “Abuso de acusação na denúncia. Fundamento e classificação.”, cuja apresentação foi elaborada pelo Ministro Félix Fischer, integrante desta Turma:

*“(...) É, pois, a **opinio delicti** que o Ministério Público espelha na denúncia (ou o ofendido na queixa-crime) que inevitavelmente esse juízo não poderia ficar inteiramente entregue ao poder do articulador da peça acusatória.*

Há de haver, portanto, algum controle, algum poder corretivo da opinião delitiva exposta na acusação. (...).

(...)

Situações há em que, excepcionalmente, algum corretivo tem de ser feito porque há claro, evidente e manifesto excesso de imputação, se disso resulta desvio ou grave prejuízo, pois a titularidade da ação penal e todos os princípios reconhecidos partem da idéia fundamental de que a imputação tenha base e esteja articulada nos limites da notícia fática disponível.

(...)

*Vê-se, portanto, que o poder acusatório, como de resto os poderes em geral que as pessoas podem ter, no âmbito da relação, não é exercível de qualquer modo ou em qualquer medida. Tudo, no ordenamento jurídico, regulando relações, definindo posições, sofre e tem de sofrer a limitação do bom uso, de **modus in rebus**, da legitimidade, da pertinência; a defesa tem de ser legítima, o exercício de direito regular etc.”*

Cabe, por fim, salientar que a condenação do paciente perante o Superior Tribunal de Justiça Desportiva não é suficiente para sustentar a acusação, na forma como exposta, em virtude das especificidades da responsabilidade criminal.

Portanto, reconheço a incompetência do Tribunal do Júri para processar e julgar o processo criminal instaurado em desfavor do paciente, eis que não configurado crime doloso contra a vida, cassando o acórdão recorrido e determinando a remessa dos autos a uma das varas criminais da Comarca de São Paulo.

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

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 44.782-SP (2005/0095938-5)

Relator: Ministro Gilson Dipp

Impetrante: Luiz Fernando Sá e Souza Pacheco

Impetrado: Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Nairo Ferreira de Souza

EMENTA

Criminal. **Habeas corpus**. Homicídio qualificado. Trancamento da ação penal. Dolo eventual. Ausência do elemento cognitivo. Impropriedade do *writ*. Comparação entre a narrativa ministerial e a classificação jurídica. Elemento volitivo não caracterizado. Constrangimento ilegal. Tipo penal culposo. Negligência. Crime doloso contra a vida não configurado. Incompetência do Tribunal do Júri. Remessa dos autos a uma das varas criminais. Ordem denegada. **Habeas corpus** de ofício concedido.

I - Hipótese em que o paciente foi denunciado pela suposta prática de homicídio qualificado por motivo torpe, em decorrência da morte de jogador do São Caetano Futebol Ltda.

II - O trancamento da ação, normalmente, é inviável em sede de **habeas corpus**, pois dependente do exame da matéria fática e probatória.

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

IV - Hipóteses não verificadas no caso dos autos, pois refoge ao âmbito do **habeas corpus** a análise da alegação de que o paciente não tinha conhecimento das condições de saúde do jogador, supostamente proibitivas da prática esportiva profissional, sendo que não haveria, nos autos, qualquer elemento indicativo de que de tal fato era conhecedor, não bastando a simples condição de Presidente do Clube de Futebol para a responsabilização criminal.

V - A doutrina penal brasileira instrui que o dolo, ainda que eventual, conquanto constitua elemento subjetivo do tipo, deve ser

compreendido sob dois aspectos: o cognitivo, que traduz o conhecimento dos elementos objetivos do tipo, e o volitivo, configurado pela vontade de realizar a conduta típica.

VI - Se o dolo eventual não é extraído da mente do acusado, mas das circunstâncias do fato, conclui-se que a denúncia limitou-se a narrar o elemento cognitivo do dolo, o seu aspecto de conhecimento pressuposto ao querer (vontade).

VII - A análise cuidadosa da denúncia finaliza o posicionamento de que não há descrição do elemento volitivo consistente em “assumir o risco do resultado”, em aceitar, a qualquer custo, o resultado, o que é imprescindível para a configuração do dolo eventual.

VIII - Em obediência aos estreitos limites da via eleita, vislumbra-se a submissão do paciente a flagrante constrangimento ilegal decorrente da imputação de crime hediondo praticado com dolo eventual decorre da comparação entre a narrativa ministerial e a classificação jurídica dela extraída, que revela não estar configurado o elemento volitivo do dolo.

IX - Afastado elemento subjetivo dolo, resta concluir que o paciente pode ter provocado o resultado culposamente.

X - O tipo penal culposo, além de outros elementos, pressupõe a violação de um dever objetivo de cuidado e que o agente tenha a previsibilidade objetiva do resultado, a possibilidade de conhecimento do resultado, o “conhecimento potencial” que não é suficiente ao tipo doloso.

XI - Considerando que a descrição da denúncia não é hábil a configurar o dolo eventual, o paciente, em tese, deu causa ao resultado por negligência.

XII - Caberá à instrução criminal dirimir eventuais dúvidas acerca dos elementos do tipo culposo, como, por exemplo, a previsibilidade objetiva do resultado.

XIII - Precedentes desta Corte no sentido de que é possível alterar a classificação jurídica de crime em sede de **habeas corpus** e de recurso especial, desde que comprovada, e livre de dúvida, flagrante ilegalidade.

XIV - Deve ser denegada a ordem, por impropriedade do *writ* para o imediato trancamento da ação penal instaurada contra o paciente, reconhecendo-se, de ofício, a incompetência do Tribunal do Júri para

processar e julgar o referido processo criminal, eis que não configurado crime doloso contra a vida, cassando-se o acórdão recorrido e determinando-se a remessa dos autos a uma das varas criminais da Comarca de São Paulo.

XV - Ordem denegada, concedendo-se, porém, **habeas corpus** de ofício, nos termos do voto do Relator.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, denegar a ordem, concedendo **habeas corpus** de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro-Relator. Sustentou oralmente Dr. Luiz Fernando Sá e Souza Pacheco (p/ pacte).

Brasília (DF), 13 de dezembro de 2005 (data do julgamento).

Ministro Gilson Dipp, Relator

DJ 1ª.02.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de **habeas corpus**, substitutivo de recurso ordinário, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que denegou ordem anteriormente impetrada em favor de Nairo Ferreira de Souza, visando ao trancamento da ação penal contra ele instaurada.

Em razão da morte do jogador Paulo Sérgio Oliveira da Silva, conhecido como Serginho, o paciente, na qualidade de Presidente do São Caetano Futebol Ltda, foi denunciado pela suposta prática de homicídio qualificado por motivo torpe.

Recebida a peça acusatória, a defesa impetrou **habeas corpus** perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, sustentando, em breve síntese, ausência de justa causa para a ação penal.

O Tribunal **a quo**, entretanto, denegou a ordem, entendendo, basicamente, ser inadequada a via eleita para a discussão pretendida pelo paciente, se evidenciada a presença de indícios suficientes a sustentar a acusação.

A ementa do aresto possui o seguinte teor:

“**Habeas corpus**. Paciente denunciado como incurso no art. 121, § 2º, inciso I, c.c. o art. 13, § 2º, alínea a, e art. 18, inciso I, todos do Código Penal, acusado de praticar o delito imbuído de dolo eventual. Admissibilidade. Índícios de que o paciente admitiu e aceitou o risco de produzir o resultado ocorrido. Materialidade comprovada e existência de sinais de que o agente tinha conhecimento da enfermidade coronária que portava o atleta, reconhecida, inclusive, pelo Superior Tribunal de Justiça Desportiva. Pretensão do impetrante, no presente **habeas corpus**, que somente seria viável se sua inocência resultasse evidente e incontestável, o que não é o caso. Requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal presentes na denúncia e pretensão do impetrante que exigiria exaustivo exame do contexto probatório, incompatível com o instituto do **habeas corpus**. Ordem denegada.” (Fl. 40)

Daí a presente impetração, por meio da qual se reitera o pleito de reconhecimento da falta de justa causa para a ação penal instaurada contra o paciente, por ser a denúncia materialmente inepta.

Para tanto, sustenta-se, inicialmente, ser a via do **habeas corpus** apropriada para o reconhecimento da ilegitimidade do paciente para figurar no pólo passivo, em virtude da inexistência de “qualquer resíduo indiciário da ciência do paciente acerca da real condição clínica do atleta falecido” (fl. 16), bem como de documento capaz de cientificar a diretoria do clube e o paciente de que o jogador não mais pudesse exercer a atividade esportiva profissional.

Assim, a peça acusatória, ao afirmar que “a conclusão de que Nairo Ferreira de Souza, presidente do São Caetano Futebol Ltda, também gozava das informações sobre o quadro clínico do atleta é emergente do óbvio”, não descreve o liame entre a imputação e a conduta do paciente.

Alega-se que a simples condição do paciente de Presidente do Clube de Futebol São Caetano, sem “qualquer elemento a indicar que Nairo tenha tomado conhecimento da condição clínica do atleta”, significa a imposição, de maneira arbitrária, da responsabilidade penal objetiva. “(...) A simples condição de Presidente de um clube não pode levar à presunção de que tenha o paciente aderido, conscientemente, à conduta supostamente delituosa, se omitindo ou dela participando de qualquer modo”. (Fls. 18 e 20)

Ainda nesse contexto, aduz-se que o argumento do Ministério Público de que o paciente, “ao prestar depoimento no inquérito policial, não nega o conhecimento do problema do atleta e esclarece que o custeio dos exames fora autorizado pela Diretoria do Clube”, só reforçaria o cuidado do São Caetano com seus jogadores.

Segundo a inicial, após a realização dos exames, não teria sido produzido “qualquer documento dando ciência ao clube da real condição clínica do atleta, assim como não existe nos autos nenhum depoimento em que se alegue tenha sido a diretoria do clube (ou mesmo o paciente) alertada para a necessidade de aposentar o jogador”. Tal argumento, segundo a impetração, se confirma com as declarações do próprio médico cardiologista responsável pelos exames do atleta, que afirmou não ter feito qualquer solicitação no sentido da necessidade de interromper a carreira do jogador (fls. 29 e 31/33).

Com base em tal argumentação, o impetrante requer o trancamento da ação penal instaurada contra o paciente.

A liminar foi indeferida, assim como o pedido de reconsideração (fls. 65/66 e 72).

Informações prestadas (fls. 292/293).

A Subprocuradoria Geral da República opinou pela denegação da ordem (fls. 245/248).

O impetrante apresentou memorial, reforçando os argumentos deduzidos na exordial do *writ*.

É o relatório.

Em mesa para julgamento.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Trata-se de **habeas corpus**, substitutivo de recurso ordinário, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que denegou ordem anteriormente impetrada em favor de Nairo Ferreira de Souza, visando ao trancamento da ação penal contra ele instaurada.

Em razão da morte do jogador Paulo Sérgio Oliveira da Silva, conhecido como Serginho, o paciente, na qualidade de Presidente do São Caetano Futebol Ltda, foi denunciado pela suposta prática de homicídio qualificado por motivo torpe.

Recebida a peça acusatória, a defesa impetrou **habeas corpus** perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, sustentando, em breve síntese, ausência de justa causa para a ação penal.

O Tribunal **a quo**, entretanto, denegou a ordem, entendendo, basicamente, ser inadequada a via eleita para a discussão pretendida pelo paciente, se evidenciada a presença de indícios suficientes a sustentar a acusação (fl. 40).

Daí a presente impetração, por meio da qual se reitera o pleito de reconhecimento da falta de justa causa para a ação penal instaurada contra o paciente, por ser a denúncia materialmente inepta.

Passo à análise da irresignação.

A impetração sustenta, em apertada síntese, que o paciente não tinha conhecimento das condições de saúde do jogador Serginho, supostamente proibitivas da prática esportiva profissional, sendo que não haveria, nos autos, qualquer elemento indicativo de que de tal fato era conhecedor, não bastando a simples condição de Presidente do Clube de Futebol para a responsabilização criminal. Pretende, em consequência, obstar o prosseguimento da ação penal instaurada contra o acusado.

É posição desta Corte que o trancamento da ação, normalmente, é inviável em sede de **habeas corpus**, pois dependente do exame da matéria fática e probatória.

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

Tais hipóteses, contudo, não se verificam no caso dos autos, na forma como ventilada pela impetração, a qual se insurge, na realidade, contra a descrição do elemento cognitivo do dolo eventual, que consiste no efetivo conhecimento dos elementos integrantes do tipo penal objetivo.

A análise do elemento subjetivo não pode, em regra, ser empreendida em sede de **habeas corpus**.

É cediço que a via eleita não comporta o exame de questões que, não livres de controvérsias, demandariam o revolvimento do conjunto fático-probatório, por se tratar de ação constitucional própria à preservação do direito de locomoção, quando demonstrada ofensa ou ameaça decorrente de ilegalidade ou abuso de poder.

Cumprе ressaltar, todavia, que é possível, ainda que em sede de **habeas corpus**, examinar a inexistência de dolo, desde que, para isso, seja suficiente a análise da peça acusatória e da classificação jurídica atribuída aos fatos, sem modificar a versão apresentada nas esferas ordinárias.

Nesse sentido, confira-se o seguinte trecho do voto proferido pelo Ministro Sepúlveda Pertence nos autos do HC n. 75.666-2-BA:

“Nada impede que, em **habeas corpus**, se examine a alegação de inexistência de dolo se não se pretende substituir por outra a versão do fato acolhida nas instâncias ordinárias, mas sim dar nova classificação jurídica aos fatos nelas acertado.”

Admitindo-se que tal procedimento é viável em sede de **habeas corpus**, bastaria, para o acolhimento do inconformismo, a verificação de flagrante constrangimento ilegal na classificação jurídica atribuída ao paciente a partir do simples cotejo entre a narração da peça acusatória, e das eventuais decisões que a acolheram, com a imputação legal extraída do contexto fático, sem maiores incursões nas provas ou nos elementos caracterizadores da suposta prática delitiva.

É o que se fará no caso dos autos.

Examine-se, pois, a denúncia.

Após a descrição do ocorrido no dia da morte do jogador Serginho, depreende-se da peça acusatória:

“Não há desconfiança, hesitação ou incerteza que os denunciados Paulo Donizetti Forte, médico do São Caetano Futebol Ltda e Nairo Ferreira de Souza, presidente do São Caetano Futebol Ltda tinham total e absoluto conhecimento da situação que acometia o atleta vitimado e que tinham o dever legal de evitar que o resultado ocorresse da forma como ocorreu.

O não-afastamento do jogador da prática das atividades desportivas competitivas, sobretudo em nível profissional, e sua submissão a inúmeros jogos e treinos decorrentes da disputa de 3 (três) campeonatos importantes (Campeonato Paulista, Taça Libertadores da América e Campeonato Brasileiro), fizeram com (que) se criasse e se agravasse a situação de risco para ele com sua conseqüente morte em campo. Pela assunção desses riscos, os denunciados são co-responsáveis pelo resultado morte de Paulo Sérgio.

Apurou-se no presente inquérito policial que alguns jogadores do São Caetano Ltda, entre eles Paulo Sérgio, vulgo ‘Serginho’, em fevereiro de 2004, foram levados ao Instituto do Coração — Incor para realização de exames de capacitação clínica para regular desenvoltura da profissão de atletas profissionais do futebol. Esse instituto foi indicado pelo denunciado Paulo Donizetti Forte, por ser conhecido como centro de referência mundial em cardiologia. Esses exames ficaram a cargo do renomado Dr. Edimar Alcides Bocchi, Professor Livre Docente da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo e profundo conhecedor da cardiologia.

O que deveria ser apenas uma rotina, transmutou-se em um Inferno de Dante para os denunciados. É que quando eram realizados os exames no jogador ‘Serginho’, verificou-se uma arritmia ventricular, com diagnóstico de taquicardia ventricular não sustentada, impondo-se imediata interrupção.

De assaz importância observar que ‘Serginho’, antes da realização do exame de esforço, no qual se constatou a arritmia e a conseqüente taquicardia

ventricular não sustentada, realçou ao médico especialista já ter sentido *palpitação*, silenciando sobre elementos mais específicos de data e circunstâncias.

Esse exame foi acompanhado pelo denunciado Paulo Donizetti Forte, médico do São Caetano Ltda, a quem foi inicialmente passada a necessidade de que outros exames fossem levados a termo para se perscrutar as razões dos problemas apresentados por ‘Serginho’. Ao denunciado também foi preconizado o afastamento do jogador da prática de atividades esportivas, uma vez que havia risco de morte súbita.

Note-se: assim que detectada a taquicardia ventricular não sustentada o Dr. Edimar Alcides Bocchi e sua equipe aconselharam ao denunciado Paulo Donizetti Forte que havia risco de morte súbita do jogador e demonstraram que seu afastamento do esporte era medida imperativa, pelo menos até que seu quadro clínico fosse melhor avaliado.

A conclusão chegada pelo Dr. Edimar Alcides Bocchi, no sentido de que o simples fato de ser detectado mencionado problema tornava proibitiva a prática de atividades esportivas ante a iminência de morte súbita e compartilhada pelos médicos da Escola Paulista de Medicina que, (...), ao responderem a quesito que lhes indagava se o quadro clínico de ‘Serginho’ indicava seu afastamento das práticas esportivas, afirmam que:

‘O teste ergométrico, por si só tornava proibitiva a prática esportiva, mesmo em nível amador. As arritmias que surgiram durante o mesmo, foram prenúncio de morte súbita, principalmente aos esforços, mesmo leves (...)’

(...)

A testemunha Guilherme Veiga Guimarães, Fisiologista do Exercício do Incor e Doutor em Ciências pela Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, ao pronunciar o resultado do teste ergoespirométrico assinalou como orientação: *recomendação para que o jogador não desenvolva atividades esportivas (fl. 163)*.

Ainda naquela primeira oportunidade de realização de exames perante o Incor, ou seja, em 11 de fevereiro de 2004, o Dr. Edimar Alcides Bocchi (...) assinalava a seguinte conduta:

‘1. Solicitação de exames complementares para esclarecimentos da arritmia. 2. Reforço da recomendação de não praticar esportes ao médico do Clube (Dr. Paulo) e ao jogador, que já foram informados no término do exame ergoespirométrico. O médico e o jogador foram informados do risco de morte

súbita do jogador pela arritmia (o Dr. Guilherme, fisiologista do exercício já havia informado a ambos). 3. O jogador e o médico deverão avisar a família desde que esta não comparecer’.

As recomendações deduzidas pelo Dr. Edimar Alcides Bocchi, neste primeiro contato com o jogador, foram parcialmente cumpridas. ‘Serginho’ foi apresentado outras vezes para a realização de alguns exames solicitados pelo Dr. Edimar Alcides Bocchi, todavia, *não foi determinado seu afastamento das atividades físicas.*

Ocorre que importante detalhe ficou consignado no prontuário médico elaborado pelo Dr. Edimar Alcides Bocchi:

‘Dr. Paulo informou que exames a serem realizados dependerão da agenda do time, também informou que o afastamento do futebol dependerá do clube e do jogador.’

Muito embora houvesse possibilidade de morte súbita do jogador e, mesmo diante da gravidade do quadro clínico, assim como, das advertências dos médicos, optou-se pelo prosseguimento das atividades desportivas pelo atleta, consignando-se que os trabalhos que tinham a missão de evidenciar as causas de sua taquicardia ventricular não sustentada ficariam postergados a segundo plano, impondo-se respeito à agenda do clube.

(...)

Sobreleva ressaltar, por curial, que apesar da ciência da gravidade da doença e dos riscos de morte súbita, retardou-se o exame de cateterismo em razão da *agenda de jogos*. (...).

Finalmente, levado a termo o exame de cateterismo novas advertências:

‘Orientação para não fazer atividade esportiva padrão. Medicação não protege provavelmente. Não existe comprovação de que desfibrilador funcione. A melhor conduta é parar de jogar futebol.’

O cateterismo não encerrava o ciclo de exames e persistia a necessidade de que outros trabalhos de investigação, de inspeção ou de pesquisa minuciosa fossem realizados, tal como o Holter, todavia, o jogador não mais compareceu para se submeter a eles, levando o Dr. Edimar Alcides Bocchi a registrar derradeira informação (...):

‘Jogador não comparece para acompanhamento, portanto não é nosso paciente. Continua em atividade física esportiva. Que tenha sorte, pois chance de óbito existe.’

(...)

(...) Cumpre relemburar que o exame ergoespirométrico (teste de esforço físico em esteira) diagnosticou arritmia ventricular do coração; a ressonância magnética detectou cardiomiopatia hipertrófica assimétrica e mostrou anormalidade cardíaca, comprometimento da capacidade de concentração do coração; a cintilografia miocárdica apontou comprometimento da função do coração e anormalidade no fluxo do coração e, finalmente, o cateterismo detectou anormalidade na capacidade de contração do coração, apontando ponte miocárdica e prolapso da válvula mitral.

(...)

Sobejamente demonstrado e comprovado documental e testemunhalmente, refuta-se alegação de infortúnio, fatalidade ou imprevisibilidade, adjetivos citados nas declarações dos denunciados.

(...)

(...) A conclusão de que Nairo Ferreira de Souza, presidente do São Caetano Futebol Ltda também gozava das informações sobre o quadro clínico do atleta é emergente do óbvio.

Isso porque, ao prestar depoimento no Inquérito Policial não nega o conhecimento do problema do atleta e esclarece que o custeio dos exames fora autorizado pela Diretoria do Clube (fl. 33).

Outrossim, durante as entrevistas de ‘Serginho’ e seu médico, o denunciado Paulo Donizetti Forte com os médicos especialistas do Instituto do Coração — Incor, mais de uma vez, sugerem que a decisão de parar de jogar também caberia ao Clube, cuja presidência estava nas mãos do denunciado Nairo.

Por outro lado, os vários encaminhamentos do atleta ao mencionado instituto, em oportunidades diversas, induziam a inequivocidade de anormalidade em seu estado de saúde, circunstância que não escapavam do conhecimento do Presidente do Clube, a mais elevada autoridade administrativa da entidade desportiva.

Importantíssima a informação prestada pelo Dr. Edimar Alcides Bocchi a fl. 77:

‘O médico disse que já havia informado ao Clube e que já haviam lavrado um documento provisório para que o jogador assinasse, pois esse insistia em continuar jogando.’

Assim como o Paulo Donizetti Forte, o denunciado Nairo Ferreira de Souza, também abafou e abscondeu a realidade clínica do jogador, encovando declaração relevante que importaria em suspensão do contrato de trabalho entabulado entre o clube e o atleta.

Isso porque, ostentava ele condição de mandatário máximo do São Caetano Ltda e, como dito alhures, tinha plena ciência das intercorrências sofridas por ‘Serginho’, nascendo, via de consequência, o dever de levar à Confederação Brasileira de Futebol — CBF, tais fatos.

Não há dúvida que ‘Serginho’ não ostentava condição física para o Desporto, notadamente o futebol profissional, decorrente da já mencionada taquicardia ventricular não sustentada. No entanto, essa falta de capacidade, permaneceu silenciada aos órgãos da Administração do Desporto e por quase uma temporada inteira não houve qualquer notícia dessa situação.

Incabível qualquer simplismo no sentido de que o Contrato de Trabalho do atleta fora registrado na Confederação Brasileira de Futebol em 14 de janeiro de 2004 e afirmado, naquele momento, que o atleta encontrava-se em boas condições de saúde física e mental, podendo exercer suas atividades profissionais. Não há dúvida que as ‘palpitações’ já dotavam de inverossimilhança a capacidade física atestada. Demais disso, ninguém constrói o quadro clínico de arritmia ventricular e miocardiopatia em menos de trinta dias, especialmente no recesso do futebol.

Por esses fatos, Nairo Ferreira de Souza também foi condenado pelo Superior Tribunal de Justiça Desportiva.

A necessidade de imediato afastamento das atividades desportivas, cientificamente constatada e lavadas ao conhecimento do atleta ‘Serginho’, ao médico Paulo Donizetti Forte e ao Presidente Nairo Ferreira de Souza, afastam, como já destacado alhures, qualquer hipótese de fatalidade, infortúnio, imprevisibilidade ou de ceticismo.

Ainda há mais.

Há fato digno de registro que robustece a tese segundo a qual o jogador já vinha apresentando sinais de problemas cardíacos: a ingestão do medicamento conhecido por Digoxina (fl. 200). Segundo exsurge do parecer médico solicitado à Unifesp (quesito n. 8), a Digoxina:

‘É uma droga que pertence ao grupo dos cardiotônicos digitálicos, indicada fundamentalmente no tratamento da disfunção ventricular esquerda. É droga de uso exclusivamente cardiológico.’

A condição de jogo ressalte-se, não está atrelada exclusivamente ao contrato de trabalho. A condição de jogo está presente na habilitação do atleta relacionado para a disputa do campeonato e persiste a cada nova partida, sempre relacionado na súmula de jogo.

Não é por outra razão que a agremiação, a cada partida, deve relacionar e indicar os atletas que disputarão o jogo, sendo certo que apenas aqueles em condições físicas devem figurar entre os presentes. Daí, a relação dos jogadores ainda estar acompanhada pela identificação dos Diretores e do *médico responsável*.

Trata-se de uma obrigação permanente. Encontramos no Regulamento Geral das Competições da Confederação Brasileira de Futebol, mais precisamente no art. 17, § 4º, a regra cogente: somente terão condição de jogo os atletas que estiverem nas condições previstas nas normas legais e regulamentares.

Os denunciados Nairo Ferreira de Souza e Paulo Donizetti Forte, mesmo côncios do problema que 'Serginho' ostentava, apresentavam-no como apto a cada jogo, dando de brancos ao dever jurídico que tinham como presidente e médico do São Caetano Ltda no sentido de afastá-lo do futebol profissional e de indagar de seu Departamento Médico as razões da autorização para um jogador nessas condições exercer atividades físicas.

Aliás, repita-se, tais fatos foram objeto de acirrado debate na Justiça Desportiva e conferiram fundamento para que o São Caetano Ltda e os denunciados fossem condenados em todas as instâncias daquele ramo de Justiça (fls. 301/678).

Assevere-se para reforçar a idéia, que Paulo Donizetti Forte, médico do São Caetano Futebol Ltda e Nairo Ferreira de Souza, presidente do São Caetano Futebol Ltda tinham em razão de suas atividades o dever de agir, consistente no afastamento do atleta das partidas disputadas pelo São Caetano Futebol Ltda até sua eventual autorização médica.

Ao contrário. Apesar do patente óbice das ciências médicas, os denunciados permitiram que o atleta fosse inscrito e participasse de incontestáveis partidas pelos Campeonatos Paulista, Sulamericano e Brasileiro.

Tinham eles o dever legal de evitar o resultado, ou seja, deveriam ter afastado o jogador das atividades físicas e não tê-lo inscrito nessas citadas competições e, com isso, poderiam ter evitado o resultado morte.

Uma vez mais, há que ser trazido à baila o parecer da Unifesp (fls. 765/766), pois, segundo conclusões que nele repousam, a prática diária de

atividades físicas foi a causa da morte de ‘Serginho’ (quesito n. 6). Neste diapasão, tivesse sido ele retirado do desporto, sobretudo o profissional, certamente teria desaparecido o resultado típico.

Em outras palavras, no presente caso, não estamos em face de uma conduta que causou o resultado, mas estamos diante de umnexo entre a não realização de um comportamento devido e esperado e a ocorrência do resultado, inerente, pois, aos delitos praticados pela omissão. E, deixando de atuar dessa forma, os denunciados assumiram o risco de produzir o resultado colhido.

(...)” (fls. 81/89 e 91/97).

O voto condutor do acórdão impugnado, por sua vez, ao manter os termos da denúncia, asseverou:

“A denúncia narra fato típico, descrevendo claramente o delito imputado ao paciente, não podendo, portanto, de antemão, ser rejeitada, não havendo, assim, que se falar em falta de justa causa para a propositura da ação penal.

A materialidade está comprovada pelo laudo necroscópico e inclusive pelo processo que tramitou perante a Justiça Desportiva e existem indícios de autoria por parte do paciente, eis que Presidente do clube de futebol ao qual pertencia o jogador.

Há sérios indícios, também, de que o paciente agiu com dolo eventual, uma vez que existem notícias de que o departamento médico do clube levou ao seu conhecimento a enfermidade que acometia o atleta e a impossibilidade de continuar jogando futebol competitivo.

(...)

Assim, como já mencionado, há indícios da existência do dolo eventual, ou seja, de que o paciente, conscientemente, admitiu e aceitou o risco de produzir o resultado ocorrido, qual seja, a morte do atleta.

Como ensina o magistrado **Guilherme de Souza Nucci**: ‘Conceito de dolo direito ou eventual é a vontade do agente dirigida a um resultado determinado, porém, vislumbrando a possibilidade de ocorrência de um segundo resultado, não desejado, mas admitido, unido ao primeiro. Por isso, a lei utiliza o termo ‘assumir o risco de produzi-lo’. Nesse caso, de situação mais complexa, o agente não quer o segundo resultado diretamente, embora, ele sinta que ele pode se materializar juntamente com aquilo que pretende, o que lhe é indiferente’ (“Código Penal Comentado”, Ed. RT, p. 18).

A definição assenta como uma luva para o caso em tela.

A denúncia, como se viu, guarda observância aos requisitos exigíveis, com alicerce na conduta do paciente, o que é suficiente para fazer fluir a ação penal.

Descabe o prematuro trancamento da ação penal, através de um exame valorativo dos elementos até então coligidos, impedindo-se o órgão acusador de completar sua prova até o encerramento da instrução. Se o paciente agiu, ou não, com dolo eventual, é matéria a ser relegada para a sentença de pronúncia, no contexto da prova produzida.

(...)

Patente, também, a competência do juiz para receber a inicial e determinar o seu processamento, por cuidar-se de crime doloso contra a vida.

Assim sendo, não encontra o menor amparo o pretendido trancamento da ação penal.” (Fls. 43/45)

Contudo, ao contrário do que restou assentado pelo aresto do Tribunal **a quo**, entendo não restar configurado, pela narração da peça acusatória, dolo eventual na conduta do paciente, porém, não em virtude da inexistência do elemento cognitivo, como quer fazer crer a impetração, mas pela ausência de descrição do elemento volitivo.

Da leitura da denúncia acima transcrita verifica-se que a responsabilidade criminal atribuída ao paciente decorreria do fato de que, na condição de Presidente do Clube de Futebol do São Caetano, não obstante o suposto conhecimento do quadro de saúde do jogador Serginho, submetido a exames no Incor, teria, em tese, sido omissivo no que diz respeito à manutenção do atleta nas atividades esportivas profissionais, e, com isso, assumido o risco do resultado morte.

A conclusão do órgão acusatório de que o paciente conhecia o risco de morte súbita do jogador está embasada no argumento de que o acusado seria a mais elevada autoridade administrativa do Clube e, nessa condição, seria conhecedor da realização de exames cardiológicos nos jogadores e, por conseguinte, dos resultados referentes ao atleta Serginho, tanto é que o custeio dos procedimentos teria sido autorizado pela Diretoria. Além disso, caberia ao Clube a decisão a respeito da continuidade das atividades do jogador vítima, conforme ele próprio e o médico do São Caetano, o co-denunciado Paulo Donizetti Forte, teriam afirmado.

Entretanto, a exemplo da conclusão explanada nos autos do HC n. 44.015-SP, impetrado em favor do médico do Clube, evidencia-se a ocorrência de contradição entre a narrativa acusatória e a conclusão dela extraída, qual seja, de que o paciente teria cometido, em tese, na condição de Presidente do São Caetano Futebol

Ltda, homicídio qualificado, a título de dolo eventual, conforme se demonstrará a seguir, com base em fundamentação teórico-doutrinária, compatível com a via eleita.

Dispõe o art. 18, **caput** e inciso I, do Código Penal:

“Diz-se o crime:

I - *doloso*, quando o agente quis o resultado ou *assumiu o risco de produzi-lo;*”

A doutrina penal brasileira instrui que o dolo, conquanto constitua elemento subjetivo do tipo, deve ser compreendido sob dois aspectos: o *cognitivo*, que traduz o conhecimento dos elementos objetivos do tipo, e o *volitivo*, configurado pela vontade de realizar a conduta típica.

Da obra de **Eugênio Raúl Zaffaroni** e **José Henrique Pierangeli** (“Manual de Direito Penal Brasileiro” — Parte Geral, Revista dos Tribunais, 5ª ed., p. 458) extrai-se o seguinte trecho:

“(…) *Se quisermos aperfeiçoar um pouco mais a definição do dolo, que formulamos há pouco, e que se extrai da lei, é conveniente conceituá-lo como a vontade realizadora do tipo objetivo, guiada pelo conhecimento dos elementos deste no caso concreto.*

Dito de uma forma mais breve, o dolo é uma vontade determinada que, como qualquer vontade, pressupõe um conhecimento determinado. Durante muitos anos alguns autores insistiram no aspecto de conhecimento do dolo, situando nele a sua essência (teoria da representação), enquanto outros acentuavam seu aspecto de vontade pura (teoria da vontade). Há mais de meio século a doutrina apercebeu-se de que é tão falso que o dolo seja representação como que o dolo seja vontade: o dolo é representação e vontade. Na base da disputa havia quase um equívoco verbal, como acabaram reconhecendo seus protagonistas.

O reconhecimento de que o dolo é uma vontade individualizada em um tipo, obriga-nos a reconhecer em sua estrutura os dois aspectos em que consiste: o do conhecimento pressuposto ao querer e o próprio querer (que não pode existir sem conhecimento). Isto dá lugar aos dois aspectos que o dolo compreende:

- a) *o aspecto de conhecimento ou aspecto cognoscitivo do dolo; e*
- b) *o aspecto do querer ou aspecto volitivo do dolo.”*

Ratificam tal explicitação **Paulo José da Costa Júnior** (“Comentários ao Código Penal”, Saraiva, 7ª ed., pp. 74/75), **Luiz Regis Prado** (“Curso de Direito

Penal Brasileiro”, Revista dos Tribunais, vol. 1, 5ª ed., p. 374), **Cezar Roberto Bitencourt** (“Código Penal Comentado”, Saraiva, 2ª ed., pp. 58/59) e **Damásio E. de Jesus** (“Código Penal Anotado”, Saraiva, 8ª ed.).

Em outros termos, o elemento cognitivo consiste no efetivo conhecimento de que o resultado poderá ocorrer, isto é, o efetivo conhecimento dos elementos integrante do tipo penal objetivo. A mera possibilidade de conhecimento, o chamado “conhecimento potencial”, não basta para caracterizar o elemento cognitivo do dolo.

No elemento volitivo, por seu turno, o agente quer a produção do resultado de forma direta — dolo direto — ou admite a possibilidade de que o resultado sobrevenha – dolo eventual.

Ingressando no estudo do dolo eventual, cabe destacar que, para sua configuração, ambos os requisitos acima expostos são indispensáveis: o conhecimento e a vontade.

Confira-se **César Roberto Bitencourt** (p. 59):

“A consciência e a vontade, que representam a essência do dolo, também devem estar presentes no dolo eventual. Para que este se configure é insuficiente a mera ciência da probabilidade do resultado ou a atuação consciente da possibilidade concreta da produção desse resultado. É indispensável determinada relação de vontade entre o resultado e o agente, e é exatamente esse elemento volitivo que distingue o dolo da culpa.”

No mesmo sentido, **Paulo José da Costa Júnior** (p. 75):

“Os elementos integrantes do dolo eventual são dois: a representação do resultado como possível e a anuência do agente à verificação do evento, assumindo o risco de produzi-lo.”

A respeito do elemento volitivo no dolo eventual, as considerações de **Eugênio Raúl Zaffaroni** e **José Henrique Pierangeli** (p. 474) e, ainda, **Paulo José da Costa Júnior** (p. 75), respectivamente:

“O dolo eventual, conceituado em termos corrente, é a conduta daquele que diz a si mesmo ‘que agüente’, ‘que se incomode’, ‘se acontecer, azar’, ‘não me importo’. Observe-se que aqui não há uma aceitação do resultado como tal, e suma sua aceitação como possibilidade, como probabilidade.”

“(…) A vontade e não a representação constitui a essência o dolo eventual. A decisão de agir, mesmo com a possibilidade da realização do evento, é uma situação psicológica característica, impregnada de volição. Constitui de qualquer modo uma decisão da vontade diante do evento previsto como possível, ainda que indiferente ou até incômodo.”

A partir da noção doutrinária acima elucidada e considerando que o *dolo eventual não é extraído da mente do acusado, mas das circunstâncias do fato*, o que se conclui é que a denúncia limitou-se a narrar o elemento cognitivo do dolo, o seu aspecto de conhecimento pressuposto ao querer (vontade).

Com efeito. A peça acusatória afirma, em toda a sua extensão, que “não há desconfiança, hesitação ou incerteza” de que o paciente tinha “total e absoluto conhecimento da situação que acometia o atleta vitimado” (fl. 81), além de que “ao prestar depoimento no inquérito policial não nega o conhecimento do problema do atleta e esclarece que o custeio dos exames fora autorizado pela Diretoria do Clube” (fl. 91).

No entanto, a exordial acusatória não logrou demonstrar as circunstâncias hábeis a caracterizar a indiferença do paciente pela morte do jogador, o “tanto faz” se o atleta permanecesse vivo ou viesse a falecer, o “se acontecer, azar o dele”.

A análise cuidadosa da denúncia finaliza o posicionamento de que não há descrição do elemento volitivo consistente em “assumir o risco do resultado”, em aceitar, a qualquer custo, o resultado, o que é imprescindível para a configuração do dolo eventual.

Entendo que o fato de se tratar do Presidente do São Caetano Futebol Ltda, a quem caberia importantes decisões administrativas, ainda que de forma colegiada, não é suficiente para caracterizar o elemento volitivo do dolo eventual.

Isso porque embora a denúncia afirme que o cardiologista Dr. Edimar Alcides Bocchi tenha informado o Clube a respeito das condições de saúde do jogador Serginho, mesmo não demonstrando se tal procedimento foi realizado por escrito, depreende-se do acórdão impugnado que o referido médico, logo após o falecimento do atleta, expediu nota, em conjunto com o co-réu Paulo Donizetti Forte, médico do São Caetano, afirmando que o ocorrido seria uma fatalidade, já que os exames realizados pelo Incor não teriam demonstrado anomalias no coração da vítima, a qual apresentava exame físico normal.

A propósito, o trecho do aresto que transcreveu conteúdo da nota:

“O acontecido com o jogador ‘Serginho’ foi fruto de uma fatalidade. E tal conclusão se baseia no fato de que os exames realizados em fevereiro de 2004 não demonstraram doença hipertrófica do coração, mas o exame do Serviço de Verificação de Óbitos — SVO — agora divulgado apontou exatamente hipertrofia miocárdica como causa da morte. O referido jogador apresentava exame físico normal, eletrocardiograma compatível com o coração de atleta, e dois ecocardiogramas, exame específico para detecção de hipertrofia, que afastaram esta possibilidade, pois não mostraram hipertrofia. Exames

adicionais (ressonância magnética e cinecoronarioventriculografia) também não demonstraram hipertrofia ventricular esquerda. A revisão dos exames confirmou ausência de hipertrofia.” (Fls. 53/54)

A contradição entre as anotações do prontuário particular e esta declaração do cardiologista de fato reforça a dúvida levantada pela impetração a respeito do elemento cognitivo do dolo eventual.

Entretanto, tal análise refoge ao âmbito do **habeas corpus**, pois, ao contrário do ocorrido com o elemento volitivo do dolo eventual, o elemento cognitivo, relacionado ao efetivo conhecimento, pelo paciente, de que o resultado poderia ocorrer, restou configurado, em tese, na descrição da peça acusatória, embora possa ser afastado no decorrer da instrução criminal, momento oportuno para a investigação probatória.

Diante destas considerações, a conclusão que se vislumbra em obediência aos estreitos limites da via eleita é que a submissão do paciente a flagrante constrangimento ilegal decorrente da imputação de crime hediondo praticado com dolo eventual decorre da comparação entre a narrativa ministerial e a classificação jurídica dela extraída, que revela não estar configurado o elemento volitivo do dolo.

Afastado o elemento subjetivo dolo, resta concluir que o paciente pode ter provocado o resultado culposamente.

O tipo penal culposo, além de outros elementos, pressupõe a violação de um dever objetivo de cuidado e que o agente tenha a previsibilidade objetiva do resultado, a possibilidade de conhecimento do resultado, o “conhecimento potencial” que não é suficiente ao tipo doloso.

O art. 18, inciso II, do Código Penal anuncia as modalidades da culpa:

“Diz-se o crime:

II - *culposo*, quando o agente deu causa ao resultado por *imprudência, negligência ou imperícia.*”

Considerando que a descrição da denúncia não é hábil a configurar o dolo eventual, o trecho a seguir transcrito revela que o paciente, em tese, deu causa ao resultado por negligência:

“(…) Paulo Donizetti Forte, médico do São Caetano Futebol Ltda e Nairo Ferreira de Souza, presidente do São Caetano Futebol Ltda tinham em razão de suas atividades o dever de agir, consistente no afastamento do atleta das partidas disputadas pelo São Caetano Futebol Ltda até sua eventual autorização médica.

Ao contrário. Apesar do patente óbice das ciências médicas, os denunciados permitiram que o atleta fosse inscrito e participasse de incontestáveis partidas pelos Campeonatos Paulista, Sulamericano e Brasileiro.

Tinham eles o dever legal de evitar o resultado, ou seja, deveriam ter afastado o jogador das atividades físicas e não tê-lo inscrito nessas citadas competições e, com isso, poderiam ter evitado o resultado morte.

Uma vez mais, há que ser trazido à baila o parecer da Unifesp (fls. 765/766), pois, segundo conclusões que nele repousam, a prática diária de atividades físicas foi a causa da morte de ‘Serginho’ (quesito n. 6). Neste diapasão, tivesse sido ele retirado do desporto, sobretudo o profissional, certamente teria desaparecido o resultado típico.

Em outras palavras, no presente caso, não estamos em face de uma conduta que causou o resultado, mas estamos diante de um nexo entre a não realização de um comportamento devido e esperado e a ocorrência do resultado, inerente, pois, aos delitos praticados pela omissão. E, deixando de atuar dessa forma, os denunciados assumiram o risco de produzir o resultado colhido.” (Fls. 95/97)

A apontada omissão delinea, em princípio, a negligência, a culpa **in ommittendo**, a falta no atuar, como bem descreve **César Roberto Bitencourt** (p. 64):

“Negligência é a displicência no agir, a falta de precaução, a indiferença do agente que, podendo adotar as cautelas necessárias, não o faz. É a imprevisão passiva, o desleixo, a inação (culpa **in ommittendo**). É o não-fazer o que deveria ser feito.”

Caberá à instrução criminal dirimir eventuais dúvidas acerca dos elementos do tipo culposo, como, por exemplo, a previsibilidade objetiva do resultado.

A corroborar o entendimento de que é possível alterar a classificação jurídica de crime em sede de **habeas corpus** — via que possui incursão fático-probatória restrita —, desde que comprovada, e livre de dúvida, flagrante ilegalidade, trago à colação os seguintes julgados desta Turma, sendo um, inclusive, prolatado em sede de recurso especial, cujos requisitos de admissibilidade são rigorosos, não se admitindo, da mesma forma, pesquisa de material probante:

“**Habeas corpus**. Penal e Processual Penal. Desclassificação do crime de lesão corporal grave para lesão corporal leve. Existência de exame de corpo de delito, ratificado por exame complementar, elaborado por peritos oficiais, atestando a inexistência de lesão corporal grave. Necessidade. Crime de facilitação de corrupção de menores. Caracterização. Alegação de atipicidade da conduta não evidenciada de plano. Trancamento. Impossibilidade.

1. O fato de existir boletim médico, assinado por apenas um médico-perito não oficial, atestando ter a vítima sofrido lesão corporal grave, e que, sequer, restou ratificado após os trinta dias da data do crime, não pode prevalecer sobre os laudos periciais oficiais realizados, a ponto de ensejar o oferecimento da denúncia pelo referido crime.

2. *Afigura-se necessária, na espécie, portanto, a desclassificação do crime de lesão corporal grave para lesão corporal leve, tendo em vista a existência de exame de corpo de delito, elaborado por peritos oficiais, e ratificado posteriormente em laudo complementar, a teor do disposto no art. 168, § 2º, do Código de Processo Penal, dando conta de que a vítima não permaneceu incapacitada para suas atividades habituais por mais de trinta dias.*

3. “O delito previsto no art. 1º da Lei n. 2.252/1954, por ser formal, prescinde da efetiva prova da corrupção do menor (adolescente), sendo suficiente apenas a sua participação em empreitada criminosa junto com um sujeito penalmente imputável (maior de 18 anos).” (REsp n. 445.633-DF, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJ 04.08.2003).

4. Ademais, a denúncia descreve, com todos os elementos indispensáveis, a existência do crime em tese (facilitação de corrupção de menores), bem como a respectiva autoria, com indícios suficientes para a deflagração da persecução penal. Nesse contexto, não é viável em sede de **habeas corpus**, sem o devido processo legal, garantido o contraditório e a ampla defesa, inocentar o Paciente da acusação, precipitando prematuramente o mérito.

5. Ordem parcialmente concedida para desclassificar o delito de lesão corporal grave, pela qual foi denunciado o ora Paciente, para lesão corporal leve. A teor do art. 580 do Código de Processo Penal, por se encontrar na mesma situação processual do Paciente, estendo os efeitos da decisão ao corréu Francisco Eduardo Guinle Buzar.” (HC n. 42.474-RJ, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ 29.08.2005)

“Penal e Processual Penal. Recurso especial. Homicídios dolosos. Pronúncia. *Desclassificação. Dolo eventual e culpa consciente. Quaestio facti e quaestio iuris.* Reexame e reavaliação da prova.

I - É de ser reconhecido o prequestionamento quando a questão, objeto da irresignação rara, foi debatida no acórdão recorrido.

II - É de ser admitido o dissídio pretoriano se, em caso semelhante, no **punctum saliens**, há divergência de entendimento no plano da valoração jurídica.

III - Não se pode generalizar a exclusão do dolo eventual em delitos praticados no trânsito. Na hipótese de ‘racha’, em se tratando de pronúncia, a desclassificação da modalidade dolosa de homicídio para a culposa deve ser calcada em prova por demais sólida. No **judicium accusationis**, inclusive, a eventual dúvida não favorece os acusados, incidindo, aí, a regra exposta na velha parêmia **in dubio pro societate**.

IV - O dolo eventual, na prática, não é extraído da mente do autor mas, isto sim, das circunstâncias. Nele, não se exige que resultado seja aceito como tal, o que seria adequado ao dolo direto, mas isto sim, que a aceitação se mostre no plano do possível, provável.

V - O tráfico é atividade própria de risco permitido. O ‘racha’, no entanto, é — em princípio — anomalia que escapa dos limites próprios da atividade regulamentada.

VI - A reavaliação do material cognitivo admitido e delineado no acórdão reprochado não se identifica com o vedado reexame da prova na instância incomum. Faz parte da reavaliação, inclusive, a reapreciação de generalização que se considera, **de per si**, inadequada para o **judicium accusationis**.

Recurso provido, restabelecendo-se a pronúncia de 1ª grau.” (REsp n. 247.263-MG, Relator Ministro Felix Fischer, DJ 20.08.2001)

Por derradeiro, ressalta-se trechos de acórdão do Magistrado **Luiz Viel**, publicado na obra “Temas Polêmicos” — Estudos e Acórdãos em Matéria Criminal, Curitiba: 1999, pp. 93/102, sob o título é “Abuso de acusação na denúncia. Fundamento e classificação.”, cuja apresentação foi elaborada pelo Ministro Felix Fischer, integrante desta Turma:

“(…) É, pois, a **opinio delicti** que o Ministério Público espelha na denúncia (ou o ofendido na queixa-crime) que inevitavelmente esse juízo não poderia ficar inteiramente entregue ao poder do articulador da peça acusatória.

Há de haver, portanto, algum controle, algum poder corretivo da opinião delitiva exposta na acusação. (...).

(...)

Situações há em que, excepcionalmente, algum corretivo tem de ser feito porque há claro, evidente e manifesto excesso de imputação, se disso resulta desvio ou grave prejuízo, pois a titularidade da ação penal e todos os princípios reconhecidos partem da idéia fundamental de que a imputação tenha base e esteja articulada nos limites da notícia fática disponível.

(...)

Vê-se, portanto, que o poder acusatório, como de resto os poderes em geral que as pessoas podem ter, no âmbito da relação, não é exercível de qualquer modo ou em qualquer medida. Tudo, no ordenamento jurídico, regulando relações, definindo posições, sofre e tem de sofrer a limitação do bom uso, de **modus in rebus**, da legitimidade, da pertinência; a defesa tem de ser legítima, o exercício de direito regular etc.”

Cabe, por fim, salientar que a condenação do paciente perante o Superior Tribunal de Justiça Desportiva não é suficiente para sustentar a acusação, na forma como exposta, em virtude das especificidades da responsabilidade criminal.

Portanto, demonstrada a impropriedade do *writ* para o imediato trancamento da ação penal instaurada contra o paciente, eis que a pretensão demandaria o profundo volver sobre o conjunto probatório que embasa a acusação, do ponto de vista do eventual conhecimento do paciente a respeito da saúde da vítima, a ordem deve ser denegada, pois rejeitada a tese da impetração.

Porém, conforme a fundamentação acima explicitada, a qual conclui no sentido da inexistência do elemento volitivo do dolo eventual, reconhece-se, de ofício, a incompetência do Tribunal do Júri para processar e julgar o processo criminal iniciado contra o paciente, eis que não configurado crime doloso contra a vida, cassando-se o acórdão recorrido e determinando-se a remessa dos autos a uma das varas criminais da Comarca de São Paulo.

Diante do exposto, denego a ordem, eis que os fundamentos da impetração, seguido do pleito de trancamento da ação penal, não se mostraram hábeis ao êxito pretendido, concedendo, porém, **habeas corpus** de ofício, nos termos da fundamentação acima.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 45.278-SP (2005/0106352-2)

Relator: Ministro Gilson Dipp

Impetrante: Cláudia Barbieri Bombarda — Procuradoria da Assistência Judiciária

Impetrada: Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Celso Aparecido dos Santos (preso)

EMENTA

Criminal. **Habeas corpus**. Execução da pena. Porte de telefone celular e acessórios. Falta grave. Resolução da secretaria de administração penitenciária. Perda dos dias remidos. Constrangimento ilegal. Ordem concedida.

I - Hipótese em que se alega a ocorrência de violação ao princípio da legalidade a punição do paciente, com a perda dos dias remidos, com fulcro em Resolução da Secretaria de Administração Penitenciária que determina ser falta de natureza grave o condenado portar aparelho de telefone celular.

II - Não se caracteriza como constrangimento ilegal a decretação de perda dos dias remidos pelo Juízo da Execução, quando demonstrada a ocorrência de falta grave durante o período de cumprimento da pena privativa de liberdade, **ex vi** do art. 127 da Lei n. 7.210/1984. Precedentes.

III - Resolução da Secretaria da Administração Penitenciária, ao definir como falta grave o porte de aparelho celular e seus componentes e acessórios, ultrapassou os limites do art. 49 da Lei de Execuções Penais, o qual dispõe que a atuação do Estado deve restringir-se à especificação das faltas leves e médias.

IV - Se a hipótese dos autos não configura falta grave, resta caracterizado constrangimento ilegal decorrente da decretação da perda dos dias remidos pelo trabalho do paciente. Precedente da Turma.

V - Deve ser cassado o acórdão recorrido, bem como a decisão monocrática que decretou a perda dos dias remidos pelo paciente.

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

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 20 de abril de 2006 (data do julgamento).

Ministro Gilson Dipp, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de **habeas corpus**, substitutivo de recurso ordinário, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que denegou ordem anteriormente impetrada em favor de Celso Aparecido dos Santos, visando à anulação da decisão do Juízo da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Araraquara-SP que ratificou a sanção disciplinar a ele aplicada, em razão da prática de falta grave apurada por comissão de sindicância do estabelecimento prisional.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena total de 21 anos e 05 meses de reclusão, pela prática dos crimes previstos nos arts. 121, § 2º, incisos I e IV, e 155, § 4º, incisos I e IV, c.c. o art. 29, **caput**, todos do Código Penal.

No decorrer do cumprimento da pena, foi punido com sanção disciplinar por ter sido encontrado, em sua cela, um telefone celular e um carregador de baterias, ocorrência esta considerada falta grave pela comissão de sindicância.

Diante disso o Juízo das Execuções determinou a perda dos dias remidos referentes ao trabalho realizado anteriormente à falta disciplinar.

Irresignado, o paciente interpôs agravo em execução perante o Tribunal **a quo**, pendente de julgamento (fl. 34).

Na seqüência, impetrou ordem de **habeas corpus**, a qual restou denegada nos termos da seguinte ementa:

“**Habeas corpus**. Porte de celular dentro de presídio. Falta grave. Resolução SAP n. 113/2003. Perda dos dias remidos. Ausência de constrangimento ilegal. Medida Provisória n. 28/2002 (art. 7º) que permite aos Estados e ao Distrito Federal legislar de forma específica e suplementar quanto ao regime disciplinar dos presos. Faltas graves elencadas na LEP que podem ser acrescidas de outras. Correta a decisão do Magistrado de 1º grau. Ordem denegada” (fl. 68).

Em razões, alega-se que o paciente está submetido a constrangimento legal, pois as situações caracterizadoras de falta grave estão previstas de forma taxativa no art. 50 da Lei de Execuções Penais, não abrangendo a hipótese de posse de aparelho de celular e carregador de baterias, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade.

Aduz-se, ainda, que a Resolução n. 113 da Secretaria da Administração Penitenciária — SAP, que contempla a hipótese de falta grave em caso de porte de telefone celular pelo apenado, não possui força de lei.

Ao final, pugna-se pela cassação da decisão do Juízo das Execuções.

Não houve pedido de liminar.

Informações prestadas (fls. 33/34)

A Subprocuradoria Geral da República opinou pela denegação do *writ* (fl. 75).

É o relatório.

Em mesa para julgamento.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Trata-se de **habeas corpus**, substitutivo de recurso ordinário, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que denegou ordem anteriormente impetrada em favor de Celso Aparecido dos Santos, visando à anulação da decisão do Juízo da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Araraquara-SP, que ratificou a sanção disciplinar a ele aplicada, em razão da prática de falta grave apurada por comissão de sindicância do estabelecimento prisional.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena total de 21 anos e 5 meses de reclusão, pela prática dos crimes previstos nos arts. 121, § 2º, incisos I e IV, e 155, § 4º, incisos I e IV, c.c. o art. 29, **caput**, todos do Código Penal.

No decorrer do cumprimento da pena, foi punido com sanção disciplinar por ter sido encontrado, em sua cela, um telefone celular e um carregador de baterias, ocorrência esta considerada falta grave pela comissão de sindicância.

Diante disso o Juízo das Execuções determinou a perda dos dias remidos referentes ao trabalho realizado anteriormente à falta disciplinar.

Irresignado, o paciente interpôs agravo em execução perante o Tribunal **a quo**, pendente de julgamento (fl. 34).

Na seqüência, impetrou ordem de **habeas corpus**, a qual restou denegada nos termos da ementa de fl. 68.

Em razões, alega-se que o paciente está submetido a constrangimento legal, pois as situações caracterizadoras de falta grave estão previstas de forma taxativa no art. 50 da Lei de Execuções Penais, não abrangendo a hipótese de posse de aparelho de celular e carregador de baterias, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade.

Aduz-se, ainda, que a Resolução n. 113 da Secretaria da Administração Penitenciária — SAP, que contempla a hipótese de falta grave em caso de porte de telefone celular pelo apenado, não possui força de lei.

Ao final, pugna-se pela cassação da decisão do Juízo das Execuções.

Merece prosperar a argumentação.

É posicionamento desta Corte que, comprovada a falta grave, cabe ao juízo da execução, obedecendo aos termos legais, decretar a perda dos dias remidos, não se cogitando de qualquer ofensa a direito supostamente adquirido.

Com efeito. A prática de falta grave impõe a revogação do instituto da remição — **ex vi** do art. 127 da Lei n. 7.210/1984.

Nesse sentido, trago à colação os seguintes julgados desta Corte e do STF:

“Criminal. Recurso especial. Falta grave. Regressão cautelar. Perda dos dias remidos. Art. 127 da LEP. Inexistência de direito adquirido. Recurso provido.

I - O cometimento de falta grave durante o cumprimento da pena de reclusão em regime semi-aberto, justifica a regressão cautelar do regime prisional inicialmente fixado.

II - *Demonstrada a ocorrência de falta grave durante o período de cumprimento da pena privativa de liberdade deve ser decretada a perda dos dias remidos, não se cogitando de qualquer ofensa a direito supostamente adquirido, pois a prática de falta grave impede o deferimento ou enseja a revogação do instituto da remição — ex vi do art. 127 da Lei n. 7.210/1984.*

III - Recurso provido, nos termos do voto do Relator” (REsp n. 682.112-SP de minha Relatoria, DJ 28.02.2005)

“Agravamento regimental em agravo de instrumento. 2. Matéria criminal. 3. Cometimento de falta grave pelo preso. Perda dos dias remidos. Possibilidade. 4. Violação ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. Inocorrência. Precedentes. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.” (AI no AgRg n. 569.917-RS, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJ 24.02.2006)

Todavia, em recente julgado esta Turma consignou que a Resolução n. 113 da Secretaria da Administração Penitenciária — SAPE, ao definir como falta grave o porte de aparelho celular e seus componentes e acessórios, ultrapassou os limites do art. 49 da Lei de Execuções Penais, o qual dispõe que a atuação do Estado deve restringir-se à especificação das faltas leves e médias.

Eis o teor do referido dispositivo legal:

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

Dessa forma, se a hipótese dos autos não configura falta grave, resta caracterizado constrangimento ilegal decorrente da decretação da perda dos dias remidos pelo trabalho do paciente.

A corroborar tal entendimento, o precedente:

“Penal. **Habeas corpus**. Falta grave. Não-caracterização. Perda dos dias remidos. Conduta prevista em resolução estadual. Impossibilidade. Incompetência da administração estadual para definir falta grave.

I - *De acordo com o disposto no art. 49 da LEP: ‘As faltas disciplinares classificam-se em leves, médias e graves. A legislação local especificará as leves e médias, bem assim as respectivas sanções’.*

II - *Por não se caracterizar a conduta do paciente em falta grave, razão não há para que se decrete a perda dos dias remidos.*

Writ concedido.” (HC n. 46.545-SP, Relator Ministro Felix Fischer, DJ 03.04.2006)

Portanto, deve ser cassado o acórdão recorrido, bem como a decisão monocrática que decretou a perda dos dias remidos pelo paciente.

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

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 46.392-SP (2005/0126062-1)

Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima

Impetrante: Roberto Albino Monteiro

Impetrado: Tribunal Regional Federal da 3ª Região

Paciente: Roberto Albino Monteiro (preso)

EMENTA

Processual Penal. **Habeas corpus**. Uso de documento falso. Prisão em flagrante. Instrução encerrada. Excesso de prazo para a prolação da sentença. Atraso injustificável que não pode ser atribuído à defesa. Ordem concedida.

1. Constitui constrangimento ilegal a demora injustificável para a prolação da sentença, quando encerrada a instrução criminal, estando o réu preso cautelarmente.

2. O princípio da razoabilidade, na hipótese, milita em favor do réu, uma vez que a prisão cautelar não pode perdurar por tempo indeterminado, sem que esteja demonstrada a sua necessidade.

3. Ordem concedida, para a expedição do alvará de soltura, caso o paciente não esteja preso por outro motivo.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 08 de novembro de 2005 (data do julgamento).

Ministro Arnaldo Esteves Lima, Relator

DJ 20.02.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, impetrado por Roberto Albino Monteiro, em causa própria — preso em flagrante e acusado da prática dos delitos previstos nos arts. 297 e 304 do Código Penal —, impugnando acórdão proferido pela Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que denegou a ordem ali impetrada (HC n. 20050300009106-2) com o objetivo de desconstituir o decreto prisional cautelar.

Pretende, por meio deste *writ*, a concessão da ordem para que seja reconhecida a ocorrência de excesso de prazo para a conclusão da instrução criminal, determinando-se a expedição do seu alvará de soltura.

Sustenta que possui endereço fixo e que não sabia da procedência duvidosa de seus documentos, pois confiou na pessoa do despachante que os providenciou.

O pedido formulado em sede de cognição sumária foi por mim indeferido (fl. 6).

As informações requisitadas foram prestadas pela autoridade apontada como coatora (fl. 17) e vieram acompanhadas de cópia do acórdão impugnado e de extrato de movimentação processual (fls. 18/23).

O Ministério Público Federal, por meio do parecer exarado pelo Subprocurador-Geral da República Antônio Carlos Pessoa Lins, opinou pela prejudicialidade da ordem (fls. 25/26).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima (Relator): Consta que o paciente foi preso em flagrante delito na data de 23.09.2004, permanecendo encarcerado até o presente momento. Em consulta ao endereço eletrônico do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, verifico que já foi encerrada a instrução criminal, estando os autos conclusos para prolação de sentença desde o dia 29.06.2005. Existiram sucessivas remessas dos autos ao Ministério Público Federal, tendo havido retorno ao Juízo em 22.09.2005, último andamento registrado.

Desse modo, o princípio da razoabilidade, na hipótese, milita em favor do réu, uma vez que a prisão cautelar não pode perdurar por tempo indeterminado, sem que esteja demonstrada a sua necessidade.

No caso, não me parece aceitável manter a custódia cautelar do paciente, que já ultrapassa 1 (um) ano, sem que a defesa tenha dado causa a essa demora indiscutivelmente excessiva.

Com efeito, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, julgando **habeas corpus** impetrado sob alegação de excesso de prazo de prisão cautelar, assim decidiu, **verbis** (HC n. 85.237-8-DF, Relator Ministro Celso de Mello, DJ 29.04.2005, Seção 1, p. 8):

“Processo Penal. Prisão cautelar. Excesso de prazo. Inadmissibilidade. Ofensa ao postulado constitucional da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III). Transgressão à garantia do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV). **Habeas corpus** conhecido em parte e, nessa parte, deferido. O excesso de prazo, mesmo tratando-se de delito hediondo (ou a este equiparado), não pode ser tolerado, impondo-se, ao Poder Judiciário, em obséquio aos princípios consagrados na Constituição da República, o imediato relaxamento da prisão cautelar do indiciado ou do réu.

Nada pode justificar a permanência de uma pessoa na prisão, sem culpa formada, quando configurado excesso irrazoável no tempo de sua segregação cautelar (RTJ 137/287 — RTJ 157/633 — RTJ 180/262-264 — RTJ 187/933-934), considerada a excepcionalidade de que se reveste, em nosso sistema jurídico, a prisão meramente processual do indiciado ou do réu, mesmo que se trate de crime hediondo ou de delito a este equiparado.

O excesso de prazo, quando exclusivamente imputável ao aparelho judiciário — não derivando, portanto, de qualquer fato procrastinatório causalmente atribuível ao réu — traduz situação anômala que compromete a efetividade do processo, pois, além de tornar evidente o desprezo estatal pela liberdade do cidadão, frustra um direito básico que assiste a qualquer pessoa: o direito à resolução do litígio, sem dilações indevidas (CF, art. 5º, LXXVIII) e com todas as garantias reconhecidas pelo ordenamento constitucional, inclusive a de não sofrer o arbítrio da coerção estatal representado pela privação cautelar da liberdade por tempo irrazoável ou superior àquele estabelecido em lei.

A duração prolongada, abusiva e irrazoável da prisão cautelar de alguém ofende, de modo frontal, o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa — considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) — significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Constituição Federal (Art. 5º, incisos LIV e LXXVIII). EC n. 45/2004. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 7º, ns. 5 e 6). Doutrina. Jurisprudência.

O indiciado ou o réu, quando configurado excesso irrazoável na duração de sua prisão cautelar, não podem permanecer expostos a tal situação de evidente abusividade, ainda que se cuide de pessoas acusadas da suposta prática de crime hediondo (Súmula n. 697-STF), sob pena de o instrumento processual da tutela cautelar penal transmutar-se, mediante subversão dos fins que o legitimam, em inaceitável (e inconstitucional) meio de antecipação executória da própria sanção penal. Precedentes.”

A Súmula n. 52 desta Corte não constitui, no caso, óbice à concessão da ordem, considerando a situação concreta, pois não é possível, sob a sua orientação, dilatar excessivamente o prazo para sentenciar, sem que tal seja imputável ao denunciado, máxime após a superveniência do inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal, oriunda da EC n. 45/2005, que preconiza, como garantia fundamental, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Pelo exposto, *concedo* a ordem impetrada, por força da excessiva e injustificada demora na prolação da sentença, que não pode ser atribuída à defesa,

determinando a expedição de alvará de soltura, caso o paciente não se encontre preso por outro motivo.

É como voto.

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA
N. 13.027-PI (2001/0035751-2)**

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Recorrente: Francisco de Assis da Silva

Advogados: João Carlos Alexandre dos Santos e outros

T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado do Piauí

Impetrado: Comandante-Geral da Polícia Militar do Estado do Piauí

Recorrida: Estado do Piauí

Procuradores: Francisco das Chagas Vaz Ferreira e outros

EMENTA

Recurso ordinário em mandado de segurança. Administrativo. Servidor público. Policial militar. Gratificação GAB. Lei Complementar n. 13/1994 e Lei Complementar n. 15/1994. Requisitos legais não preenchidos. Ausência de direito à incorporação.

1. Conquanto satisfeito o requisito temporal por parte do Recorrente no exercício da atividade gratificada, essa gratificação — denominada GAB —, consoante restou assentado no acórdão recorrido, não foi alcançada pelo diploma legal que instituiu o direito, o qual é claro em exigir o exercício de *função de direção, chefia, assessoramento, assistência, cargo em comissão ou função gratificada*.

2. **In casu**, não restou evidenciado nos autos que o Recorrente tenha exercido função de confiança, nos termos das LCs ns. 13/1994 e 15/1994. A gratificação em tela, com o símbolo GAB, pelo que se depreende dos autos, não está abrangida pela legislação de regência, razão pela qual não se verifica, na espécie, direito líquido e certo a ser amparado pela via mandamental. Precedentes.

3. Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 09 de março de 2006 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

DJ 03.04.2006

RELATÓRIO

A Sr^a. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por Francisco de Assis da Silva, com fundamento no art. 105, inciso II, alínea **b**, da Constituição Federal, em face do v. acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, ementado nos seguintes termos, **in verbis**:

“A incorporação prevista no art. 56 da LC n. 13/1994 somente será concedida ficando provado haver o impetrante exercido, por mais de 05 anos consecutivos, ou 10 anos intercalados, cargo ou função comissionados na Administração Pública.

Soldado que integra o Corpo de Guarda do Tribunal de Justiça não exerce cargo ou função em comissão.” (Fl. 37)

Sustenta o Recorrente, em síntese, que preenche os requisitos previstos no art. 56 e parágrafos, da Lei Complementar n. 13/1994, por força da Lei Complementar n. 15/1994, art. 1^o, os quais dispõem sobre a incorporação da gratificação, na medida em que, efetivamente, exerceu por período superior a 5 (cinco) anos, cargo em comissão, funções de direção, chefia ou de assessoramento.

Contra-razões ofertadas às fls. 56/61.

O Ministério Público Federal opinou, às fls. 84/85, pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

A Sr^a. Ministra Laurita Vaz (Relatora): Busca o ora Recorrente o direito de incorporar, em seus vencimentos, a gratificação por serviços prestados junto ao

Tribunal de Justiça do Estado do Piauí — GAB, tendo em vista o exercício da função gratificada durante 5 (cinco) anos consecutivos ou 10 (dez) anos intercalados.

Desse modo, cinge-se a questão em saber se o servidor, de fato, faz jus à almejada incorporação, nos termos do que dispõem as Leis Complementares ns. 13/1994 e 15/1994.

O art. 56 da referida Lei Complementar n. 13/1994 preceitua que:

“Art. 54. Ao servidor investido em cargo de comissão ou função de direção, chefia ou assessoramento é devida uma gratificação pelo seu exercício.

§ 1º A gratificação prevista neste artigo, com antecipação do disposto no art. 136, desta Lei Complementar, integra a remuneração do servidor, na proporção de 1/5 (um quinto) por ano, continuado ou não, até o limite de 5/5 (cinco quintos).

§ 2º O servidor somente fará jus à gratificação de que trata o parágrafo anterior, se tiver exercido, na administração pública, cargo em comissão ou função, por período de 05 (cinco) anos consecutivos ou 10 (dez) intercalados.”

Os arts. 1º e 136 da Lei Complementar n. 15/1994 prescrevem, **in verbis**:

“Art. 1º Ficam estendidos aos policiais militares da Polícia Militar do Piauí os direitos constantes do art. 56 e seus parágrafos, da Lei Complementar n. 13, de 03 de janeiro de 1994, inclusive o consignado no § 6º do referido diploma legal.

136. O servidor que tiver exercido função de direção, chefia, assessoramento, assistência, cargo em comissão ou função gratificada, por período de 5 (cinco) anos consecutivos, ou 10 (dez) intercalados, poderá aposentar-se com a gratificação da função ou gratificação do cargo em comissão, de maior valor, desde que exercido por um período mínimo de 02 (dois) anos.”

Conquanto satisfeito o requisito temporal por parte do Recorrente no exercício da atividade gratificada, essa gratificação — denominada GAB —, consoante restou assentado no acórdão recorrido, não foi alcançada pelo Diploma Legal que instituiu o direito, o qual é claro em exigir o exercício de *função de direção, chefia, assessoramento, assistência, cargo em comissão ou função gratificada*, como se verifica:

“Com efeito, trata-se de função exercida em razão da sua profissão, que consiste em assegurar o policiamento preventivo e a zelar seguramente pelo patrimônio do Estado, sendo, portanto, função inerente ao dever do policial.

Ademais, constata-se pelo doc. de fl. 13 que o requerente percebe do Poder Judiciário gratificação mensal por seu serviço prestado no prédio do TJPI em companhia de numerosos outros colegas, que percebem idêntica gratificação.” (Fls. 38/39)

Cabe trazer à colação os seguintes dispositivos extraídos do Código de Vencimentos dos Policiais Militares, **in verbis**:

“Art. 3º Vencimentos são o quantitativo mensal em espécie, devido ao policial-militar em serviço ativo.

Parágrafo único. Vencimentos compõem-se de:

soldo;

gratificações.

Art. 12. Gratificações são as partes dos vencimentos atribuídas ao policial-militar como estímulo às atividades profissionais, inclusive, as exercidas em condições peculiares de desempenho, bem como pelo tempo de permanência em serviço.

Art. 13. O policial militar fará jus às seguintes gratificações:

- 1) Gratificação de tempo de serviço;
- 2) Gratificação de habilitação policial-militar;
- 3) Gratificação de função policial-militar;
- 4) Gratificação de representação.”

Dessa forma, não restou evidenciado nos autos que o Recorrente tenha exercido função de confiança, nos termos da LC ns. 13/1994 e 15/1994. A gratificação em tela, com o símbolo GAB, pelo que se depreende dos autos, não está abrangida pela legislação de regência, razão pela qual não se verifica, na espécie, direito líquido e certo a ser amparado pela via mandamental.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

“Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Servidor público estadual. Policial militar. Exercício de função comissionada nos termos da LC n. 13/1994. Não-comprovação. Ausência de liquidez e certeza.

1. Consoante certidão emitida pela Secretaria de Administração do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, que se reveste de presunção **iuris tantum**, não há comprovação de que o recorrente tenha, efetivamente, exercido a função comissionada no lapso temporal previsto nas Leis Complementares Estaduais ns. 13/1994 e 15/1994, já que apenas certifica que

o militar 'presta serviços junto ao Tribunal' desde 1992. Inexiste, desta forma, nos autos, prova legítima quanto ao direito alegado, não sendo este, porquanto, líquido e sequer certo.

2. Precedente (RMS n. 10.499-PI).

3. Recurso conhecido, porém, desprovido." (RMS n. 11.880-PI, Quinta Turma, Relator Ministro Jorge Scartezini, DJ 18.02.2002.)

"Recurso em mandado de segurança. Administrativo. Policial militar estadual. Reserva remunerada. Incorporação de vantagem. Lei Complementar n. 13/1994. Necessidade do exercício de determinadas funções comissionadas pelo prazo descrito. Insuficiência de prova.

Não tendo demonstrado, eficazmente, o recorrente, o exercício em cargo em comissão ou função gratificada pelo período de 5 anos consecutivos ou 10 intercalados, nos termos da legislação supra, descabe invocar direito líquido e certo a ser protegido pela estreita via do mandado de segurança.

Recurso desprovido." (RMS n. 10.499-PI, Quinta Turma, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ 21.02.2000.)

Ante o exposto, *nego provimento* ao recurso.

É como voto.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 16.578-AM (2003/0108358-0)

Relator: Ministro Felix Fischer

Recorrente: Heloisa Vasques Naranjo

Advogado: José Paiva de Souza Filho

T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas

Impetrado: Presidente da Assembléia Legislativa do Estado do Amazonas

Recorrida: Assembléia Legislativa do Estado do Amazonas

Procuradores: Vander Laan Reis Goes e outros

EMENTA

Recurso ordinário. Mandado de segurança. Servidor público inativo. Aposentadoria. Ato jurídico perfeito. Cálculo dos proventos.

Direito adquirido. Súmula n. 359 STF. Necessidade de processo administrativo e ampla defesa para invalidação de ato ampliativo de direito do servidor. Recurso provido.

I - Ainda que revogada por legislação superveniente ao ato de aposentadoria, a Recorrente possui direito adquirido à percepção de vantagem vigente à data da concessão do benefício.

Aplicação do Enunciado n. 359 da Súmula do STF.

II - Se considerada ilegal a percepção da vantagem, mesmo à data da aposentadoria, para a invalidação da forma de fixação dos proventos da Recorrente, no legítimo exercício do poder de autotutela, a Administração Pública deve respeitar as garantias do contraditório e da ampla defesa, especialmente quando se trata de subtração de direitos já incorporados ao patrimônio jurídico do servidor.

III - Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 27 de setembro de 2005 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

DJ 14.11.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de recurso ordinário interposto por Heloisa Vasques Naranjo, contra acórdão de fls. 31/35, do Pleno do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, que denegou a ordem no mandado de segurança impetrado contra ato do Presidente da Assembléia Legislativa do Estado, assim ementado:

“Mandado de segurança. Autoridade coatora legitimada para figurar no pólo passivo da relação jurídico-processual. Recepcionada relativamente à legislação constitucional pela Carta Política estadual. Rejeitada a preliminar

de perda do objeto do *writ*. Mantida a validade dos dispositivos da Lei n. 1.762/1986, no tocante às vantagens de natureza pessoal para os já tinham perspectiva latente. Segurança denegada.”

A Recorrente era servidora da Assembléia Legislativa do Estado do Amazonas, tendo sido aposentada em 17.11.1993.

À época, foram incorporados aos seus proventos de aposentadoria o prêmio de 20%, assegurado pela Lei Estadual n. 1.762/1986, art. 139, II.

A referida vantagem foi paga devidamente pela autoridade coatora, até o mês de abril de 1999, quando, no mês subsequente, foi suprimida.

Nas razões recursais de fls. 41/49, a Recorrente alega direito adquirido à percepção do prêmio de 20%, subtraído de seus proventos, sem qualquer procedimento administrativo e ampla defesa.

Contra-razões da Assembléia Legislativa do Estado, às fls. 73/75, aduzindo que a gratificação foi revogada pela Emenda Estadual n. 23/1996 e pela Lei Estadual n. 2.531/1999.

Argumenta, outrossim, o Recorrido que, já à época da aposentadoria da Recorrente, a gratificação em tela fora concedida de forma ilegal e que sua subtração se traduz no exercício do poder de autotutela.

O Ministério Público Federal, mediante parecer de fls. 91/96, opina pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): O caso em apreço urge ser analisado sob dois diferentes ângulos.

Primeiramente, a promulgação da Emenda Estadual n. 23/1996 e da Lei Estadual n. 2.531/1999, que revogaram o prêmio de 20%, previsto pelo art. 139, II, da Lei Estadual n. 1.762/1986, não pode retroagir para subtrair a vantagem dos proventos de inatividade da Recorrente.

Segundo **José dos Santos Carvalho Filho**, in “Direito Administrativo”. 13ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Lumen Iuris, 2005, p. 532:

“Aposentadoria é o direito garantido pela Constituição, ao servidor público, de perceber determinada remuneração na atividade diante da ocorrência de certos fatos jurídicos previamente estabelecidos.”

Uma vez implementada, a aposentadoria possui natureza de ato jurídico perfeito, fazendo com que o patrimônio jurídico conquistado pelo servidor, à época da concessão da aposentadoria, encontre-se sob o pálio do direito adquirido.

No mesmo sentido é o Enunciado n. 359 da Súmula do STF, segundo o qual os proventos de aposentadoria regem-se pela lei vigente à época da concessão do aludido benefício.

A propósito, confirmam-se os seguintes precedentes:

“Recurso ordinário. Mandado de segurança. Servidor público. Militar. Revisão de proventos de reserva remunerada. Súmula n. 359 do STF. Art. 5º, inciso LXIX, CR/1988. Recurso provido.

I - “Ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos de aposentadoria da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou servidor civil, reuniu os requisitos necessários, inclusive, a apresentação do requerimento, quando a inatividade for voluntária.” (Súmula n. 359, STF).

II - Recurso provido” (RMS n. 173.38-GO, Sexta Turma, Relator Ministro Paulo Medina, DJ 1º.08.2005).

“Recurso ordinário. Mandado de segurança. Contribuição previdenciária. Procuradores de justiça aposentados. Inexigibilidade. Lei Estadual n. 10.588/1995. Emenda Constitucional n. 20, de 15.12.1998. Orientação firmada pela excelsa Corte na ADIMC n. 2.010, Relator Ministro Celso de Mello, DJ 12.04.2002.

Salvo disposição legal diversa, a aposentadoria rege-se pela lei vigente ao tempo em que satisfeitos todos os requisitos legais para o seu gozo. Esse o teor da Súmula n. 359 da Excelsa Corte.

Os impetrantes já percebiam os proventos da aposentadoria quando entrou em vigor a Lei estadual n. 10.588/1995, fato não contestado pela autoridade impetrada, razão pela qual há direito adquirido dos impetrantes à não incidência da contribuição. O Supremo Tribunal Federal posicionou-se no sentido da impossibilidade de cobrança da contribuição previdenciária dos inativos, já que o art. 195 e incisos da Constituição, ao cuidarem do custeio da seguridade social, não estabeleceram contribuição a cargo dos aposentados (ADIMC 2.010, Relator Ministro Celso de Mello, DJ 12.04.2002).

A mesma lógica impeditiva da cobrança da contribuição previdenciária dos inativos no âmbito da União se aplica aos Estados e Municípios (Agravos de Instrumento n. 400.411-SC, Relator Ministro Sydney Sanches, DJ 19.02.2003, 428.137-SC, Ministro Carlos Velloso, DJ 06.03.2003 e 355.589-SC, Ministro Nelson Jobim DJ 08.03.2002, dentre outros).

Recurso ordinário provido para afastar a incidência da contribuição previdenciária suplementar sobre os proventos da impetrante” (RMS n. 1.1303-RS, Segunda Turma, Relator Ministro Franciulli Netto, DJ 12.05.2003).

“Constitucional e Previdenciário. Recurso em mandado de segurança. Contribuição previdenciária de servidores públicos inativos. Lei Complementar Estadual n. 124/1996. Competência concorrente. Respeito à ordem constitucional. Impossibilidade. Lesão ao direito adquirido dos aposentados. Precedentes do STJ.

I - Ao Estado federado cabe legislar, concorrentemente com a União, sobre matéria previdenciária, devendo alinhar-se de forma consentânea à Constituição Federal e à legislação federal, sob pena de criar leis manifestamente inconstitucionais (arts. 24, inciso XII, e 195, inciso II, da CF/1988).

II - A aposentadoria é regida pela legislação vigente à época em que o servidor implementou as condições para obtê-la, de forma que qualquer legislação editada posteriormente a aposentadoria do beneficiário, obrigatoriamente, deverá respeitar o seu direito adquirido (art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal). Aplicação da Súmula n. 359 do STF.

III - Precedentes do STJ.

IV - Recurso provido” (RMS n. 11.809-SC, Segunda Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ 22.04.2002).

Na mesma senda, são os recentes julgados do Supremo Tribunal Federal:

“Ementa: Agravo regimental em recurso extraordinário. Servidor público. Aposentadoria. Lei n. 1.762/1986 do Estado do Amazonas. Vantagem pessoal. 1. O art. 139, II, da Lei Estadual n. 1.762/1986, assegurou o direito de incorporar aos seus proventos 20% da remuneração percebida quando da atividade. Note-se que à época da edição da referida lei, estava em vigor a Constituição do Brasil de 1967-1969, que, em seu art. 102, § 2º, vedava a percepção de proventos superiores à remuneração da atividade. Todavia, eventual inconstitucionalidade do art. 139, II, daquela lei estadual, em face da CB/1967-1969, nunca foi argüida e a gratificação por ela instituída incorporou-se ao patrimônio dos recorridos. 2. Esta Corte firmou o entendimento no sentido de que os proventos regulam-se pela lei vigente à época do ato concessivo da aposentadoria, excluindo-se, assim, do desconto na remuneração, as vantagens de caráter pessoal incorporadas pelo funcionário público, tornando-se, deste modo, plausível a tese do direito

adquirido. 3. A concessão da gratificação, com a aposentadoria, deu-se com observância do princípio da boa-fé e retirá-la, a esta altura, quando por efeito da lei estadual, está placitada pela ordem jurídico-constitucional vigente, constituiria ofensa ao princípio da irredutibilidade de vencimentos. Agravo regimental a que se nega provimento.” (RE n. 384.334 AgRg-AM, Primeira Turma, Relator Ministro Eros Grau, DJ 24.06.2005).

“Ementa: Recurso extraordinário. Agravo regimental. 2. Aposentadoria. Direito adquirido quando preenchidos todos os requisitos. Súmula n. 359-STF. 3. Requerimento administrativo. Desnecessidade. Precedentes. 4. Agravo regimental a que se dá parcial provimento, tão-somente, para afastar a retroação da data de início da aposentadoria.” (RE n. 310.159 AgRg-RS, Segunda Turma, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJ 06.08.2004).

Sob o segundo prisma, o de que, mesmo à época da concessão da aposentadoria à Recorrente, a incorporação do prêmio de 20% sobre seus proventos estaria em desacordo com o ordenamento constitucional vigente (art. 37, XI, CR/1988), o acórdão recorrido encontra-se, outrossim, em dissonância com a jurisprudência desta Corte.

Pois a subtração da vantagem, ainda que considerada ilegal, não pode se dar ao arrepio das garantias do processo administrativo e da ampla defesa, mormente considerando se tratar de invalidação administrativa de ato classificado como ampliativo de direito, o que importará na redução da esfera jurídica do servidor.

Nesse sentido:

“Recurso ordinário. Mandado de segurança. Servidor público. Exercício de cargo em comissão na faculdade de direito de jacarezinho, estado do paraná. Incorporação da gratificação de representação de gabinete nos proventos de aposentadoria. Posterior subtração. Necessidade de procedimento em que se assegure ao servidor o contraditório e a ampla defesa. Recurso parcialmente provido.

1. Ainda que indevida a gratificação de representação de gabinete ao Recorrente, nos termos do art. 143, III, da Lei n. 6.174/1970, do Estado do Paraná, sua subtração, após ter sido concedida e incorporada aos proventos de aposentadoria, depende de prévio procedimento administrativo, em que se assegure ao servidor o contraditório e ampla defesa.

Precedentes.

2. Recurso parcialmente provido.” (RMS n. 147.77-PR, Sexta Turma, Relator Ministro Paulo Medina, DJ. 07.04.2005, DJ 02.05.2005, p. 417)

“RMS. Administrativo e Constitucional. Servidor público. Aposentadoria. Ato de cancelamento. Necessidade do devido processo legal. Garantia da ampla defesa. A Administração Pública tem o poder-dever de rever seus próprios atos quando praticados com ilegalidade, pois deles não se originam direitos (Súmula n. 473-STF). Todavia, é necessário que a mesma observe, através de procedimento administrativo próprio, os princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa. (Precedentes).

Verificado que foi oportunizado à recorrente o devido processo legal junto ao INSS, órgão competente pela expedição do tempo de serviço rural, não há que se falar em ilegalidade do ato que cancelou sua aposentadoria por não contar com o tempo necessário à aposentação. Recurso desprovido” (RMS n. 19.690-DF, Quinta Turma, de minha relatoria, DJ 07.06.2005, DJ 1ª.08.2005).

Logo, ainda que revogado por legislação superveniente ao ato de aposentadoria, a Recorrente possui direito adquirido à percepção do prêmio de 20%, previsto na Lei Estadual n. 1.762/1986.

Se considerada ilegal a percepção do prêmio, mesmo à data da aposentadoria, para a invalidação da forma de fixação dos proventos da Recorrente, no legítimo exercício do poder de autotutela, a Administração Pública deve respeitar as garantias do contraditório e da ampla defesa, especialmente quando se trata de subtração de direitos já incorporados ao patrimônio jurídico do servidor.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso.

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA
N. 18.875-MG (2004/0121571-1)**

Relator: Ministro Felix Fischer

Recorrente: Humberto José Carlos de Medeiros

Advogados: Rogério Ferreira Nogueira e outros

T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Impetrado: Juiz de Direito da 2ª Vara Cível de Coronel Fabriciano-MG

Recorrido: Estado de Minas Gerais

EMENTA

Recurso ordinário. Mandado de segurança. Validade da portaria que instaurou o processo administrativo disciplinar a pedido do impetrante. Não demonstração de parcialidade da autoridade apontada como coatora. Inexistência de prejuízo com a não-oitiva de testemunha que integrava a comissão processante. Recurso desprovido.

I - Na espécie, o objeto do mandado de segurança restringe-se à validade ou não da portaria que instaurou o processo administrativo disciplinar contra o impetrante, não cabendo, na via eleita, a discussão de suspeição do eminente Diretor do Foro que, no uso de suas competências, e a pedido do próprio impetrante, determinou a instauração do mencionado processo.

II - Não demonstrado o prejuízo para a defesa do impetrante, descabe a alegação de “impedimento” do Presidente da Comissão Processante.

III - Recurso ordinário desprovido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 02 de fevereiro de 2006 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

DJ 13.03.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de recurso ordinário interposto por Humberto José Carlos de Medeiros contra v. acórdão proferido pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que denegou a segurança pleiteada. Eis a ementa do julgado:

“Mandado de segurança. Processo administrativo-disciplinar. Ato impugnado. Previsão legal. Justificativa evidenciada. Competência da autoridade praticante. Objeto definido. Legalidade e oportunidade. Impõe-se prestigiar o ato impugnado via **mandamus**, desde que se revista de todas as formalidades

legais, — notadamente a observância do contraditório —, esteja justificado **salienter tantum**, encontre expressa previsão em lei, foi praticado por autoridade competente, além de ter objeto definido. A autoridade disciplinar administrativa competente para apreçar falta funcional atribuída a servidor judicial, é o diretor do foro a que esteja subordinado o pretense infrator” (fl. 209).

Aduz o recorrente que “Levantada suspeição e impedimento do Sr. Diretor do Foro por ter, em outra oportunidade, numa avaliação de desempenho não-gerencial, analisado e julgado o mesmo caso em questão do processo administrativo (doc. juntos), o Relator apenas afirmou que: ‘Saliente-se, por oportuno, que, para casos de suspeição ou parcialidade de Juiz, existe recurso próprio’, deixando de analisar a questão prejudicial ao recorrente.” (Fl. 226)

Alega, ainda, que o “impedimento do Presidente da Comissão (...) também não foi analisado na sentença” (fl. 226) e que “o motivo principal da Portaria não está em se apurar o fato, suposta agressão ao dever funcional, e sim na extensão de fato pré julgado que importará em pena a se estabelecer.” (Fl. 229)

Não foram apresentadas contra-razões ao recurso (fl. 239).

O douto Subprocurador-Geral da República opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 247/252), apontando, em síntese, os seguintes argumentos:

“O processo disciplinar foi instaurado por autoridade competente e os trâmites e exigências legais foram preenchidos, conforme consta dos autos. O impetrante participou ativamente do processo, valendo-se da ampla defesa e do contraditório. Assim, não há que se falar em ilegalidade seja na instauração, seja no andamento do procedimento, que é meio adequado para se apurar as supostas faltas possivelmente cometidas pelo Impetrante. Caberá à autoridade competente aplicar, se for o caso, a pena devida. Se ultrapassar os limites da competência do Impetrado, este certamente remeterá os autos à Autoridade competente. No momento não há falar em incompetência do Impetrado. Ele é competente para instaurar e para aplicar a pena, conforme o caso” (fl. 250).

“De uma criteriosa análise das razões do recurso ordinário do impetrante, resta evidente que ali sequer menciona os fatos pelos quais foi instaurado o processo disciplinar, tendo preferido passar ao largo da discussão.

Apenas sustenta que haveria suspeita de parcialidade do Diretor do Foro, por que adiantou que da instauração do processo disciplinar poderia decorrer a penalidade de suspensão ou a demissão, o que significa nada mais que dizer o óbvio.

Seja como for, o impetrante, acaso tenha algum fato relevante, indicativo da suspeição, poderá argüi-lo tanto no âmbito do próprio processo disciplinar, como, depois de findo, pelas vias ordinárias, sendo certo, entretanto, que não se trata de direito amparado pelos requisitos de liquidez e certeza” (fl. 251/252).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): O impetrante insurge-se contra ato do eminente Diretor do Foro da Comarca de Coronel Fabriciano, que editou a Portaria n. 15/2002, a qual instaurou o processo administrativo disciplinar contra o impetrante e a pedido deste. Eis o requerido na exordial:

“a) Liminarmente e **inaudita altera pars**, seja cancelada imediatamente a Portaria n. 15/2002, por estar eivada de vícios de nulidade apontados, ferindo mortalmente os direitos assegurados constitucionalmente ao impetrante” (fl. 13).

“d) Seja julgado totalmente procedente o pedido, concedendo-se a segurança em definitivo, condenando-se o Impetrado ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios” (fl. 14).

O Tribunal **a quo**, ao denegar a ordem, ressaltou que “para casos de suspeição ou parcialidade de Juiz, existe recurso próprio” (fl. 2.121), sendo que “a apuração, na espécie, era oportuna, em face de denúncia objeto de representação ajuizada pelo Banco Itaú S/A, acerca de prática, pelo impetrante, de irregularidades funcionais.” (fl. 213). Ao final, observou o eminente Desembargador-Relator que “o processo disciplinar encontra-se em tramitação (como por ele [o impetrante] informado através das petições de fls. 185 e 191), e, ao que tudo indica, tramita com amplitude e respeito ao contraditório”. (Fl. 213)

Como visto, o objeto do *writ* restringe-se à validade ou não da portaria que instaurou o processo administrativo disciplinar contra o impetrante, não cabendo, na via eleita, a discussão de suspeição do eminente Diretor do Foro que, no uso de suas competências, e a pedido do próprio impetrante (fls. 168/169), determinou a instauração do mencionado processo.

Ademais, a sanção de demissão, prevista no caso de configuração das infrações apontadas na cogitada portaria, não poderia ser aplicada pela autoridade apontada como coatora, o que prejudica ainda mais a alegada suspeição. É o que observou o eminente Subprocurador-Geral da República:

“O Impetrado é autoridade competente para instaurar o Processo Disciplinar, mas não será competente para julgar em caso demissão. Caso a Comissão Processante apresente relatório neste sentido e o Presidente o acolha, deverá ser enviado o Processo a quem de direito: o Presidente do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, conforme dispõe a Lei Complementar Estadual n. 59/2001” (fl. 249).

Em caso julgado nesta colenda Corte, no qual se alegou a suspeição do Juiz-Presidente da Comissão Processante, observou o eminente Ministro-Relator Gilson Dipp:

“Primeiramente, não merece prosperar a suspeição do Juiz Presidente da Comissão Processante, tendo em vista que não há nos autos subsídios suficientes, a fim de permitir a eficaz análise do contexto fático sobre o qual repousa a questão, impossibilitando, assim, a avaliação da procedência da alegação.

Cumprir destacar que o mandado de segurança é ação constitucionalizada, de rito sumaríssimo, instituída para proteger direito líquido e certo, sempre que alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por ilegalidade ou abuso de poder, exigindo-se prova pré-constituída como condição essencial à verificação da pretensa ilegalidade, sendo a dilação probatória incompatível com a natureza da ação mandamental “ (RMS n. 18.559-AM).

Na espécie, sequer se trata de “Juiz-Presidente de Comissão Processante”, mas de Juiz-Diretor do Foro da Comarca de Coronel Fabriciano que, acatando pedido do próprio impetrante, determinou a instauração de processo administrativo disciplinar para apurar os fatos, sem, todavia, integrar a comissão responsável pela condução desse processo.

Incabível, portanto, a alegação de que a “suspeição” da autoridade coatora pudesse invalidar a edição da Portaria n. 15/2002, objeto do presente *writ*.

O impetrante sustenta, outrossim, “impedimento do Presidente da Comissão, o servidor Moacir Mendes Gonçalves” (fl. 226), o qual, apesar de arrolado como testemunha, foi excluído, pela autoridade coatora, do rol apresentado pelo impetrante.

Ocorre que, conforme se verifica dos autos, antes da instauração do processo administrativo disciplinar, foi solicitado ao impetrante esclarecimentos acerca das acusações formuladas pelo Banco Itaú (fl. 65). Todavia, ao invés de apresentar os esclarecimentos, o impetrante requereu a “constituição de Comissão sindicante” (fl. 67), apresentando, de imediato, rol de testemunhas, entre as quais o mencionado servidor Moacir Mendes Gonçalves (fl. 67).

Diante dessa solicitação, a autoridade coatora despachou nos seguintes termos:

“Verifico que o serventuário acusado arrolou como testemunha o secretário da direção do foro Dr. Moacir Mendes Gonçalves. Tomando por analogia o art. 409 e seus dois incisos do CPC, manifeste-se o arrolado, visto que é um dos funcionários efetivos que deverá integrar a comissão processante, em caso de instauração do processo disciplinar administrativo, considerando ainda que já vem funcionando como escrivão do feito” (fl. 68).

Em resposta a esse despacho, o servidor Moacir Mendes Gonçalves afirmou:

“Realmente nada sei a propósito do fato objeto de apuração, a não ser por referência de terceiras pessoas de modo que devo ser excluído do rol das testemunhas arroladas pelo serventuário indiciado, considerando, por analogia, o que estabelece o art. 409 do CPC” (fl. 68, v.).

Diante desse fato, decidiu a autoridade apontada como coatora:

“Cuida-se de representação feita pelo Banco Itaú S/A contra o Oficial de Justiça Humberto José Carlos de Medeiros, acoimando-o do cometimento de falta grave, no cumprimento de mandado de busca e apreensão de veículo requerida pelo Banco.

Foram pedidos esclarecimentos ao Oficial de Justiça, acusado de faltoso, tendo este deixado de prestar os esclarecimentos para, abespinhadamente, tecer críticas à tramitação do feito, dizendo que não foram apreciados os esclarecimentos prestados no processo de busca e apreensão, alvitando, **ex cathedra**, por indicar o procedimento que deveria ser seguido, nos termos de Portaria editada para egrégia Corregedoria de Justiça, realçando que lhe interessa profundamente a apuração dos fatos, requerendo a imediata constituição da Comissão Sindicante, arrolando testemunhas.

Decido.

O Oficial de Justiça, indicado como faltoso, não se dignou em prestar os esclarecimentos solicitados por este Juízo, preferindo tecer críticas ao procedimento, como se o pedido que lhe foi dirigido fosse resultado de erronia, pretendendo, **ex professo**, ditar os rumos do processo disciplinar devida seguir.

Assim, na ausência de explicações, hei por instaurar Processo Disciplinar Administrativo contra o Oficial de Justiça Humberto José Carlos de Medeiros, lavrando a portaria que lhe dará início.

O Escrivão Judicial III, Dr. Moacir Mendes Gonçalves, indicado como testemunha, porém, invocando, por analogia, o art. 49 do CPC, diz nada saber dos fatos, pelo que fica excluído do rol apresentado pelo indiciado.

Lavrada a Portaria, que deverá ser instruída com os presentes autos, remeta-se cópia da mesma e desta minha decisão à Corregedoria Geral do Estado de Minas Gerais” (fls. 70/71).

Assim, e considerando que o impetrante não demonstra o prejuízo que tal decisão teria acarretado para sua defesa, entendo, igualmente, improcedente a alegação de “impedimento” do referido servidor.

Por fim, correto o posicionamento do douto Subprocurador-Geral da República:

“O Processo Disciplinar foi instaurado por autoridade competente e os trâmites e exigências legais foram preenchidos, conforme consta dos autos. O impetrante participou ativamente do processo, valendo-se da ampla defesa e do contraditório. Assim, não há que se falar em ilegalidade seja na instauração, seja no andamento do procedimento, que é meio adequado para se apurar as supostas faltas possivelmente cometidas pelo Impetrante. Caberá à autoridade competente aplicar, se for o caso, a pena devida. Se ultrapassar os limites da competência do Impetrado, este certamente remeterá os autos à Autoridade competente. No momento não há falar em incompetência do Impetrado. Ele é competente para instaurar e para aplicar a pena, conforme o caso” (fl. 250).

De todo modo, o objeto do presente **mandamus** limita-se à validade ou não da Portaria n. 15/2002, a qual, como analisado, não padece de qualquer vício.

Com essas considerações, nego provimento ao recurso.

É o voto.

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA
N. 18.901-RJ (2004/0125995-2)**

Relator: Ministro Felix Fischer

Recorrente: Cid Freire Salgado

Advogados: Élcio Costa Barcellos e outro

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

Impetrado: Governador do Estado do Rio de Janeiro

Recorrido: Estado do Rio de Janeiro

Procuradores: Fernanda Lessa Mainier Hack e outros

EMENTA

Recurso ordinário. Mandado de segurança. Servidor público. Cassação de aposentadoria. Prazo prescricional. Infração disciplinar capitulada como crime. Condenação na esfera criminal. Aplicação do prazo prescricional previsto na norma penal. inoccorrência de prescrição. Recurso desprovido.

I - Nos termos do art. 57 do Estatuto dos Servidores Públicos do Estado do Rio de Janeiro, aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime, os prazos prescricionais previstos na lei penal.

II - Na hipótese, entre a ocorrência do ilícito e a instauração do processo administrativo disciplinar transcorreu-se um período de aproximadamente 8 (oito) anos. Prazo prescricional a ser aplicado baseia-se na pena em abstrato do crime previsto no art. 316 do CP, o qual prevê a pena máxima de 8 (oito) anos e, pois, resulta em um prazo prescricional de 12 (doze) anos, conforme art. 109, inciso III, do Código Penal. Não-ocorrência da prescrição.

III - Legalidade da previsão do art. 57 do Estatuto dos Servidores Públicos do Estado do Rio de Janeiro, cujo teor identifica-se com o art. 142, § 1º, da Lei n. 8.112/1990 (precedentes).

IV - Recurso ordinário desprovido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 02 de fevereiro de 2006 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

DJ 13.03.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de recurso ordinário (fls. 100/106) interposto por Cid Freire Salgado, ex-Fiscal de Rendas do Estado do Rio de Janeiro, contra decisão do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, assim ementada:

“Mandado de segurança. Fiscal de renda. Concessão na esfera penal. processo administrativo. Imposição da pena de cassação da aposentadoria.

Mandado de segurança

Sendo distintas as jurisdições penal e administrativa, a ação penal não inibe a instauração de inquérito administrativo.

A circunstância de não ter sido imposta ao réu a pena acessória de demissão não é óbice à imposição da sanção administrativa externa.” (Fl. 85)

O recorrente sustenta a nulidade do ato de cassação de sua aposentadoria tendo em vista que, em 1987, quando da instauração do inquérito policial para apurar o envolvimento do recorrente na prática de crime previsto no art. 316 do Código Penal, foi também aberta sindicância, a qual foi arquivada por ausência de provas, sendo que, somente em 1996, em decorrência de sentença penal condenatória, a Administração instaurou o processo administrativo disciplinar que resultou na pena de demissão e conseqüente cassação da aposentadoria do recorrente. Alega, assim, que *“passaram-se 8 (oito) anos e 8 (oito) meses, isto é, o lapso temporal compreendido entre 20.07.1987 a 18.04.1996, sem que a Recorrida tivesse qualquer preocupação acerca da situação jurídica do Recorrente, até porque já o havia processado, conforme item II do presente recurso, quando tomou conhecimento no início do ano de 1996, com a conseqüente instauração de novo inquérito.”* (Fl. 101)

Afirma, ainda, que a aplicação do art. 57, § 1º, do Decreto-Lei n. 220/1975, Estatuto dos Servidores Públicos do Estado do Rio de Janeiro, que vincula a prescrição administrativa à penal quando a mesma conduta for punível nas duas esferas fere o princípio da igualdade, vez que difere do prazo prescricional de cinco anos, estabelecido na esfera administrativa. Requer, assim, o provimento do recurso para que seja concedida a segurança com a nulidade do ato de cassação da aposentadoria.

Contra-razões apresentadas às fls. 138/140.

A douto Subprocuradoria Geral da República opina pelo desprovimento do recurso ordinário (fls. 153/157).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): Insurge-se o impetrante, ora recorrente, contra ato da Governadora do Estado do Rio de Janeiro que cassou a sua aposentadoria, com fulcro no art. 55, inciso I, por transgressão ao art. 39, incisos VI

e VII, art. 40, incisos III e VIII, e art. 52, inciso II, primeira parte, todos do Decreto-Lei n. 220, de 18.07.1975, regulamentado pelo Decreto n. 2.479/1979 (fl. 16).

Na espécie, tratando-se de infração cometida por Fiscal de Receita do Estado do Rio de Janeiro, a lei aplicável é o Estatuto dos Servidores Públicos do Estado do Rio de Janeiro — Decreto-Lei n. 220/1975 — que, ao molde da Lei n. 8.112/1990, também determina que a prescrição administrativa, quando o ilícito administrativo for considerado ilícito penal, regular-se-á pela norma penal. É o que bem observou o **decisum a quo**:

“Prescrição — ou decadência — haveria se, no termos do art. 57 do Decreto-Lei n. 220/1975, § 1^a (*‘a falta também prevista como crime na lei penal prescreverá juntamente com este’*), tivesse ocorrido prescrição penal, o que, como visto, não se deu, não se tendo sequer cogitado na oportunidade da idade do impetrante, sendo certo que, ao que tudo indica (ele não indicou a data do nascimento), à data da instauração do inquérito ele ainda não atingira a idade de 70 anos.” (Grifei) (fl. 87)

Como exposto, ao se adotar na instância administrativa o modelo do prazo prescricional vigente na instância penal, devem-se aplicar os prazos prescricionais ao processo administrativo-disciplinar nos mesmos moldes que aplicados no criminal, vale dizer, prescreve o poder disciplinar contra o servidor com base na pena cominada em abstrato, nos prazos do art. 109 do Código Penal, enquanto não houver sentença penal condenatória com trânsito em julgado, e, após o referido trânsito ou desprovimento do recurso da acusação, com base na pena aplicada em concreto (art. 110, § 1^a, combinado com o art. 109, CP). Nesse sentido manifestam-se vários precedentes desta colenda Corte: RMS n. 13.395-RS, RMS n. 15.363-SP, RMS n. 18.688-RJ, MS n. 9.772-DF e MS 10.078-DF.

No caso em tela, conforme notícia o próprio recorrente, em 1987, cometeu-se o ato ilícito (art. 316, CP) (fl. 100), o qual resultou na sentença condenatória, datada de 14.09.1994 (fl. 101). *“Em 10.01.1996, o Procurador do Estado tomou (Doc. 04) conhecimento da Sentença Penal Condenatória (...) que culminou com a instauração do Processo n. 04/014078/1996 em 17.04.1996, publicado no Diário Oficial de 18.04.1996 (Doc. 5)”* (fl. 101).

Constata-se, pois, que entre a ocorrência do ilícito e a instauração do processo administrativo disciplinar transcorreu-se um período de aproximadamente 8 (oito) anos. Ocorre que o prazo prescricional a ser aplicado deve basear-se na pena em abstrato do crime previsto no art. 316 do CP, o qual prevê a pena máxima de 8 (oito) anos e, pois, resulta em um prazo prescricional de 12 (doze) anos, conforme art. 109, inciso III, do Código Penal.

É que a instauração do processo administrativo-disciplinar, ao que tudo indica, ocorreu antes do trânsito em julgado da sentença condenatória e, pois, o cômputo do prazo prescricional não leva em conta a pena em concreto (art. 110, CP).

Desta forma, não procede o argumento levantado pelo Recorrente de que teria ocorrido a prescrição disciplinar. Observe-se que nem mesmo poder-se-ia cogitar a prescrição intercorrente, pois o ato de cassação da aposentadoria foi publicado em 2003, após, aproximadamente, 7 (sete) anos da instauração do processo administrativo disciplinar. Mesmo que se considere, neste caso, a pena em concreto, já que teria, nesse período, transitado em julgado a sentença condenatória, para fins de cômputo do prazo prescricional, este seria de 8 (oito) anos, vez que a pena aplicada foi de três anos e seis meses (art. 109, IV, CP).

O recorrente alega, ainda, que o art. 57 do Estatuto dos Servidores Públicos do Estado do Rio de Janeiro, que vincula a prescrição administrativa à penal quando a mesma conduta for punível nas duas esferas, afrontaria o princípio da igualdade, vez que difere do prazo prescricional de cinco anos, estabelecido na esfera administrativa. Ocorre que a jurisprudência já manifestou-se a respeito da aplicação dessa regra, ao analisar artigo da Lei n. 8.112/1990, cujo teor é idêntico ao do cogitado art. 57. Confirme-se:

“Ementa. Constitucional. Administrativo. Servidor público. Demissão. Prescrição.

I - Inocorrência de prescrição: na hipótese de a infração disciplinar constituir também crime, os prazos de prescrição previstos na lei penal têm aplicação: Lei n. 8.112/1990, art. 142, § 2º.” (MS n. 23.310-6-RJ, Relator Ministro Carlos Velloso, DJ 27.06.2003)

Por todo o exposto, nego provimento ao recurso.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 647.242-RN (2004/0031244-0)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca

Recorrente: Funasa — Fundação Nacional de Saúde

Procuradores: Anelizia Monteiro Bezerra e outros

Recorridos: Edínio José Wanderley e outros

Advogados: Paulo de Souza Coutinho Filho e outros

EMENTA

Recurso especial. Administrativo e Processual Civil. Embargos declaratórios. Questões devidamente analisadas. Violação do art. 535 do CPC não caracterizada. Servidores da “Dataprev”. Reposicionamento na Funasa. Novo padrão vencimental. “Diferença de vencimentos”. Lei n. 8.270/1991. Parcela sujeita aos mesmos percentuais de revisão ou antecipação dos vencimentos. Equivalência de percentual entre os vencimentos e a “diferença”. Impossibilidade.

Não se vislumbra a alegada afronta ao art. 535 do CPC, uma vez que toda a matéria abordada foi efetivamente discutida pelo aresto embargado.

A Lei n. 8.270/1991 garantiu aos servidores respectivos, visando à preservação vencimental decorrente da mudança de quadros, uma rubrica denominada “diferença de vencimentos”, a qual servirá de base para cálculo de vantagens pessoais e ficará sujeita aos mesmos percentuais de revisão ou antecipação de vencimentos.

O pedido autoral, referente ao direito à percepção da parcela “diferença de vencimentos” em percentual equivalente àquele verificado em relação ao vencimento básico quando da sua redistribuição, é totalmente impertinente; sem qualquer previsão legal.

Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 16 de dezembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator

DJ 21.02.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: Cuida-se de recurso especial interposto com amparo no art. 105, inciso III, **a**, da Carta Magna, com o objetivo de

impugnar acórdão do egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que, por unanimidade, negou provimento ao apelo cível interposto e à remessa oficial, nos termos da seguinte ementa, **verbis** (fl. 280):

“Constitucional. Administrativo. Servidor público antes pertencente ao quadro de pessoal da Dataprev, redistribuído para a Fundação Nacional de Saúde. Diferença de vencimentos. Incorporação ao vencimento básico. Mudança do padrão de vencimento. Irredutibilidade de vencimentos. Litigância de má-fé.

1. Os autores, servidores da Dataprev, à época em que foram redistribuídos para a Fundação Nacional de Saúde, percebiam remuneração superior à constante na tabela a que se refere o art. 4º, **caput**, da Lei n. 8.270/1991.

2. Como não poderiam os mesmos sofrer redução de vencimentos, em face do cânone constitucional da irredutibilidade de vencimentos, previu o supramencionado diploma legal no § 3º do art. 4º e no § 6º do art. 7º, a criação da parcela denominada diferença de vencimentos, a qual passou a abranger todas as vantagens pessoais, determinando que fosse aplicada a referida verba, os mesmos percentuais concedidos a título de revisão ou antecipações, aos vencimentos, exatamente por fazer parte do vencimento básico do servidor.

3. Deve o acréscimo de padrão de vencimento, resultante da avaliação feita a cada doze ou dezoito meses do desempenho funcional, por apresentar feição de promoção, incidir sobre a diferença de vencimentos.

4. Estando evidenciada a litigância de má-fé de alguns autores, mantém-se a condenação fixada no **decisum**, ou seja, no percentual de 20% sobre o valor que tiverem de receber da Fundação-ré, nos termos do § 2º do art. 18 do CPC.

5. Apelação e remessa oficial improvidas.”

Dessa decisão foram opostos embargos declaratórios (fls. 283/6) e os mesmos foram rejeitados (fl. 296).

Sustenta a parte-recorrente que, ao assim decidir, o v. aresto fustigado teria violado o disposto nos arts. 458, II, e 535, II, do CPC, eis que teria sonogado a prestação jurisdicional de prequestionamento, já que a decisão recorrida não se teria manifestado sobre diversos dispositivos legais.

Afirma, quanto ao mérito, que teria havido afronta ao art. 4º, § 3º, da Lei n. 8.270/1991, pois os recorridos obtiveram no ato do enquadramento a isonomia salarial e vêm obtendo os aumentos sucessivos com as mudanças de padrão e de

classe no período de 12 a 18 meses, não servindo, portanto, para base de cálculo de diferença de vencimento como os recorridos almejam.

Aduz que todas as vezes que a remuneração se modifica para todos os servidores, isso se dá no vencimento básico e não na diferença de vencimento, já que sobre ela em hipótese alguma incidem os padrões concedidos por força de promoção.

Os recorridos ofereceram contra-razões (fls. 325/332) e o recurso, admitido na origem (fl. 342), ascendeu a esta Casa.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): Os autores ajuizaram, contra a Funasa, ação ordinária na qual pleiteavam “... o direito à percepção da parcela “diferença de vencimentos” em percentual equivalente àquele verificado em relação ao vencimento básico quando da sua redistribuição, no interesse da administração, da Dataprev para a Fundação-ré, condenando esta, ainda, no pagamento das diferenças...” (fl. 229).

O pedido foi julgado procedente em 1ª instância (fl. 238) e foi mantido tal entendimento por ocasião do julgamento da apelação interposta pela Fundação-recorrente (fl. 280).

Analiso, inicialmente, o recurso no que diz respeito à possível afronta ao art. 535 do CPC.

Ao opor os declaratórios, a Fundação pretendia manifestação expressa da Corte **a quo** no que diz respeito à aplicação dos dispositivos constitucionais que indicava (fl. 285), sustentando que o juízo dever-se-ia pronunciar explicitamente se os servidores-autores deviam seguir a tabela de vencimentos básicos e o respectivo padrão da nova lotação (art. 4º da Lei n. 8.270/1991), observada a irredutibilidade de vencimentos pela criação de parcela remuneratória distinta do vencimento básico.

O Tribunal, rejeitando os embargos, declarou que o **decisum** embargado teria delimitado com clareza as razões sobre as quais se alicerçava, não existindo as omissões apontadas.

Não vislumbro a apontada contrariedade a dispositivo do CPC, pois toda a matéria foi devidamente tratada, não havendo necessidade de o órgão julgador se manifestar, ponto por ponto, sobre questões invocadas, nos termos da pacificada jurisprudência desta Corte de Justiça.

Quanto ao mérito, melhor sorte a socorre, conforme a seguir demonstrar-se-á. O dispositivo tido por afrontado é do seguinte teor:

“Art. 4º Os valores de vencimentos dos servidores da Superintendência de Desenvolvimento da Amazônia — Sudam, da Superintendência da Zona Franca de Manaus — Suframa, da Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste — Sudene, da Fundação Jorge Duprat Figueiredo de Segurança e Medicina do Trabalho — Fundacentro, da Fundação Nacional de Saúde — FNS, de nível auxiliar do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada — Ipea, da Fundação Roquette Pinto, do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação — FNDE, da Comissão Executiva do Plano da Lavoura Cacaueira — Ceplac e dos especialistas passam a ser os constantes no Anexo XI desta lei.

(...)

§ 3º Havendo diferença de vencimento, em decorrência de aplicação do disposto neste artigo, este valor será pago a título de diferença de vencimentos, nominalmente identificada, sendo considerada também para cálculo de vantagens pessoais e se sujeitando aos mesmos percentuais de revisão ou antecipação dos vencimentos.”

Não há dúvidas de que o que garante a lei, aos servidores dos citados órgãos que passaram a ter seus vencimentos delimitados por nova disposição em razão do novo “enquadramento”, é que eventual diferença de vencimentos decorrente fosse paga a título de “diferença de vencimentos”, que se sujeitaria “aos mesmos percentuais de revisão ou antecipação dos vencimentos”.

Apesar da clareza de tal disposição, é aí que reside a confusão.

Sustentam os autores que as duas rubricas (“vencimento” e “diferença de vencimentos”), sujeitando-se aos mesmos percentuais de revisão ou antecipação, independentemente dos valores nominais que viessem a ter, a razão percentual encontrada deveria ser constante, e exemplificam uma situação (fl. 8).

Por tal motivo, o pedido está assim delineado (fls. 8/9):

“Como se evidencia, Ex^a, não estão a questionar os índices de reajustes da política governamental, que, embora irrealis e inidôneos, em nada repercutem na pretensão deduzida nesta inicial. *O seu escopo é ver a relação percentual entre os valores pagos a título de vencimento e os pagos a título de diferença, reconduzida ao nível ocupado quando da implantação da tabela única, em março de 1992.* O ordenamento jurídico há de reagir a altura, acometendo esta eiva contumaz que desdenha dos ditames estabelecidos pela

Lei n. 8.270, fazendo tábula rasa do art. 37, inciso XV, da Constituição da República.” (Grifei)

Assim já vinha delineado na decisão singular:

“... na pretensão de obter provisão jurisdicional que confira o direito à percepção da parcela ‘*diferença de vencimentos*’ em percentual equivalente àquele verificado em relação ao vencimento básico quando da sua redistribuição...” (fl. 229).

Ora, em hipótese alguma é isso que a Lei n. 8.270/1991 determinou ou mesmo garantiu. *A garantia, em termos de preservação vencimental com a criação da rubrica denominada de “diferença de vencimentos”, é que a mesma, a partir de então, deverá ser considerada para cálculo de vantagens pessoais e se sujeitar aos mesmos percentuais de revisão ou antecipação dos vencimentos.*

Não há nada que lhes garanta a preservação da “...*relação percentual entre os valores pagos a título de vencimento e os pagos a título de diferença...*”.

Esta Corte de Justiça já deliberou, de forma sistemática, em situações análogas:

“... Consoante pacífico entendimento das Cortes Superiores, não há direito adquirido a regime jurídico, não havendo que se falar em direito à manutenção dos critérios de reajustes de funções comissionadas transformadas em *vantagem pessoal nominalmente identificada*. *Vantagem sujeita exclusivamente à atualização decorrente da revisão geral da remuneração dos servidores públicos federais...*” (REsp n. 549.899-RS, DJ 08.11.2004, Minha relatoria, grifei)

“... É assente o entendimento de que a complementação salarial inserta no Decreto-Lei n. 2.438/1988 constitui *vantagem pessoal nominalmente identificável, razão pela qual é descabida sua vinculação ao vencimento-básico, nela incidindo tão-somente os índices de revisão geral dos proventos...*” (REsp n. 329.685-CE, DJ 28.04.2004, Relator Ministro Felix Fischer, grifei)

“... A recorrente não tem direito líquido e certo ao reajuste concedido pela Lei n. 8.061/2002, já que esta é posterior à data em que a *vantagem pessoal* incorporada à sua remuneração, na vigência da Lei Complementar Estadual n. 122/1994, passou a constituir parcela autônoma. Com efeito, após o advento das Leis Complementares Estaduais ns. 162/1999 e 203/2001, *a citada vantagem passou a ser reajustável pelos índices da revisão geral dos servidores públicos.*

Ademais, não há como pretender a manutenção de regime anterior, não havendo que se falar em violação ao disposto no art. 40, III, § 8º, da Carta Magna.

Ausência de liquidez e certeza a amparar a pretensão...” (RMS n. 16.064-RN, DJ 1ª.07.2004, Relator Ministro Jorge Scartezzini, grifei)

A Fundação recorrente bem equacionou a contenda (fls. 306/307):

“Portanto, se vislumbra do enunciado que os Recorridos obtiveram no ato do enquadramento a isonomia salarial e vêm obtendo os aumentos sucessivos com as mudanças de padrão e de classe no período de 12 a 18 meses, aproximadamente. *Não serve portanto para base de cálculo de diferença de vencimento como querem insistentemente os Recorridos. Todas as vezes que a remuneração se modifica para todos os servidores, isso se dá no vencimento básico e não na diferença de vencimento, já que sobre ela em hipótese alguma incidem os padrões concedidos por força de promoção. O que vale dizer que a relação diferença de vencimento/remuneração, declinará no tempo.*

Como se observa, as mudanças ocorridas pelos motivos indicados não são considerados, de acordo com a orientação do órgão central do SIPEC, reajuste de vencimentos, tampouco vantagem pessoal, como definido no § 3º da Lei n. 8.270/1991. Dessa forma, conforme a prova documental acostada aos autos, podemos concluir que o procedimento adotado é o mesmo que se aplica aos servidores que nas mesmas situações dos Recorridos se encontram em outros órgãos ou entidades da Administração Federal sob a forma de redistribuição.

Em sendo acatada a decisão a quo, se verificará o procedimento do enriquecimento ilícito por parte de quem irá receber, no caso os Recorridos e o empobrecimento no caso da Recorrente, já que esta vem cumprindo acertadamente o que disciplina o art. 4º, § 3º, da Lei n. 8.270/1991.” (Grifei)

Os vencimentos podem sofrer determinados reajustes, que não sejam considerados como “revisão” ou “antecipação”, no que não serão aplicados à “diferença”, necessariamente; por isso a fundamentação da recorrente de que esta *declinará no tempo*, sem que com isso haja qualquer “prejuízo” aos autores-servidores.

Por tais razões, é totalmente impertinente a pretensão dos autores, sem qualquer previsão na legislação invocada, no que dou provimento ao presente recurso, para julgar improcedente o pedido, invertida a sucumbência.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 704.095-PR (2004/0164919-0)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca

Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

Procuradores: Mariana Gomes de Castilhos e outros

Recorrido: Gerci Bronca Garbin

Advogados: Antônio Celso de Oliveira Figueiredo e outro

EMENTA

Previdenciário. Conversão de benefício previdenciário em URV. Impossibilidade de restituição dos valores recebidos por força da decisão rescindenda.

Uma vez reconhecida a natureza alimentar dos benefícios previdenciários, descabida é a restituição requerida pela Autarquia, em razão do princípio da irrepetibilidade dos alimentos.

Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 08 de março de 2005 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator

DJ 11.04.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: Trata-se de recurso especial interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social — INSS, com fulcro na alínea **a** do permissivo constitucional, contra v. acórdão do egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado (fl. 231):

“Previdenciário. Ação rescisória. Conversão de benefício previdenciário em URV. Violação à literal disposição de lei verificada em face da decisão do STF que reconheceu a legalidade da sistemática adotada pelo INSS. Procedência. Valores recebidos por força da decisão rescindenda. Desconto mensal no benefício. Verba de natureza alimentar. Impossibilidade. Art. 115, II, da Lei n. 8.213/1991. Inaplicabilidade.

1. O STF, no julgamento do RE n. 313.382-SC, em 26.09.2002, entendeu que a palavra ‘nominal’ contida no inciso I do art. 20 da Lei n. 8.880/1994 não ofende a garantia constitucional do direito adquirido.

2. A utilização dos valores nominais dos meses de novembro e dezembro de 1993 e janeiro e fevereiro de 1994 na fórmula de conversão dos benefícios previdenciários para URV não representa ofensa à garantia constitucional de preservação do seu valor real.

3. É rescindível, por violação a literal disposição de lei, o acórdão que, sustentado na inconstitucionalidade da expressão ‘nominal’ presente no inciso I do art. 20 da Lei n. 8.880/1994, garantiu a conversão de benefício previdenciário para URV, no mês de março de 1994, considerando o seu valor reajustado pelo IRSM na apuração da média aritmética do quadrimestre anterior.

4. É incabível o desconto, no valor do benefício previdenciário, das quantias recebidas pelo segurado em decorrência de decisão transitada em julgado e posteriormente rescindida, hipótese que não se amolda às disposições do art. 115, II, da Lei n. 8.213/1991.

5. Pedido rescisório procedente.

6. Honorários advocatícios fixados em 7% sobre o valor atribuído à ação rescisória, corrigido, já considerada a compensação diante da proporcionalidade da sucumbência, em face do indeferimento da devolução das diferenças recebidas pela parte ré, e em 10% sobre o valor atualizado da causa originária, em decorrência do juízo rescisório, suspensa a sua execução por litigar a mesma ao amparo da Assistência Judiciária Gratuita.”

Foram opostos embargos de declaração, que restaram rejeitados.

No especial, o recorrente alega ofensa aos arts. 876 e 884 do Código Civil, 115 da Lei n. 8.213/1991, 126, 127, 485 e 535, todos do Código de Processo Civil.

Admitido na origem, subiram os autos, vindo-me conclusos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): Em precedentes análogos, esta egrégia Turma já decidiu sobre a matéria objeto de exame no presente recurso especial. Assim, como razões de decidir, adoto os seguintes fundamentos trazidos pelo Exm^o. Ministro Gilson Dipp nos autos do Recurso Especial n. 674.181-SC (DJ 15.10.2004), **verbis**:

“Inicialmente, com relação aos arts. 876 e 884 do Código Civil, 126 e 127 do Código de Processo Civil, da análise dos autos, verifica-se a ausência de prequestionamento dos temas pertinentes aos artigos tidos por violados, tendo em vista que o Tribunal de origem não se manifestou, especificamente, sobre a matéria objeto de irresignação do recorrente, mesmo após a oposição de embargos de declaração. A mera oposição não supre o requisito do prequestionamento. Afinal, compete ao Tribunal de origem manifestar-se a respeito do tema.

Assim, incidem, à espécie, o entendimento consolidado nas Súmula ns. 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal. Ilustrativamente:

“(AgRg no Ag) Processual Civil. Pressupostos. Prequestionamento. Ausência. Súmulas ns. 282 e 356-STF. Cotejo analítico. Necessidade. Deficiência na fundamentação. Inadmissão. Aplicação da Súmula n. 284-STF. Necessidade da imposição de multa. Art. 557, § 2^o, do CPC.

1. Inviável em sede de recurso especial, apreciação de matéria cujo tema não fora objeto de discussão no acórdão recorrido, uma vez que cabe ao Tribunal **a quo** manifestar-se sobre o tema, tendo em vista a exigência do indispensável prequestionamento. Aplicação das Súmulas ns. 282 e 356-STF.

2. A admissão do Especial com base na alínea **c** impõe o confronto analítico entre o acórdão paradigma e a decisão hostilizada, a fim de evidenciar a similitude fática e jurídica posta em debate, nos termos do art. 255/RISTJ.

3. Não se admite o recurso especial pela alínea **a**, quando verificada ausência de indicação explícita do dispositivo tido por violado, o que denota a deficiência na fundamentação do instrumento, impossibilitando, assim, a exata compreensão da controvérsia. Aplicação da Súmula n. 284-STF. (Precedente: AgRg no Ag n. 53.617-DF, DJ 15.05.2000; AgRg no EREsp n. 153.061-DF, DJ 16.08.1999 e AgRg no Ag n. 216.864-SC, DJ 07.06.1999)

4. Inexistindo qualquer fundamento relevante que justifique a interposição do agravo regimental, ou que venha a infirmar as razões contidas na decisão agravada, impõe-se a aplicação da multa de que trata o § 2º, do art. 557 do Código de Processo Civil, arbitrada em 1% (um por cento) sobre o valor atualizado da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor.

5. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no Ag n. 261.108-RN, de minha relatoria, DJ 1ª.08.2000)

Ademais, quanto aos arts. 876 e 884 do Código Civil, constata-se que o recurso especial interposto está deficientemente fundamentado. Cumpre registrar, que a mera alusão ao malferimento de legislação federal, sem particularizar o gravame ou descompasso na sua aplicação, não enseja a abertura da via especial. O recorrente deve demonstrar os motivos de sua insurgência, o que não ocorreu no caso em tela. A esse respeito, convém lembrar o enunciado contido na Súmula n. 284-STF:

‘É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.’

A esse respeito, nossa jurisprudência é uníssona. Ilustrativamente:

‘Processual Civil. Recurso especial. Conhecimento. Fundamentação deficiente. Súmula n. 284-STF.

É inadmissível o recurso especial, interposto pela alínea **a** do permissivo constitucional, quando a deficiência de sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia, pois o recorrente sequer indicou os dispositivos legais tidos por violados. Aplicação da Súmula n. 284-STF.

Recurso não conhecido.” (REsp n. 186.995-SP, Relator Ministro Felix Fischer, DJ 29.05.2000)

“Processual Civil. Recurso especial. Falta de indicação do dispositivo legal violado. Dissídio jurisprudencial não comprovado.

Incabível o reexame pela via especial se o recorrente não indicou com precisão e clareza, nem tampouco demonstrou quais e de que forma teriam sido violados os dispositivos de lei federal (Súmula n. 284 do STF).

(omissis)

Agravo improvido.” (AgRg no Ag n. 387.542-SP, Relator Ministro Garcia Vieira, DJ 22.10.2001)

No tocante à violação ao art. 535 do Código de Processo Civil, impõe-se frisar que compete ao magistrado fundamentar todas as suas decisões, de modo a robustecê-las, bem como afastar qualquer dúvida quanto a motivação tomada, tudo em respeito ao disposto no art. 93, IX, da Carta Magna de 1988. Cumpre destacar que deve ser considerada a conclusão lógico-sistemática adotada pelo **decisum**, como ocorre **in casu**. Desta feita, escorreito o v. acórdão recorrido.

A jurisprudência desta egrégia Corte está consubstanciada neste sentido, **verbis**:

“Processo Civil. Embargos de declaração. Alegação de omissão e pedido de prequestionamento. Pretensão de efeitos modificativos.

1. Embargos de declaração opostos contra v. acórdão que negou provimento a agravo regimental interposto de decisão que negou seguimento a agravo de instrumento.

2. Alegação de omissão no v. julgado. Pretensão de que seja dado efeito modificativo aos embargos.

3. A inexistência das pechas que autorizam o efeito modificativo do v. acórdão demonstra o manifesto caráter infringente pretendido pelo embargante de novo julgamento de questão já decidida.

4. As eivas suscetíveis de reparação, em embargos declaratórios, são aquelas provenientes de defeitos de exteriorização do julgado.

5. Pretendido o prequestionamento dos incisos II, XXXIV, XXXV e LV, do art. 5º da Constituição Federal.

6. As alegadas ofensas à Constituição não têm forma nem figura de juízo, pois que a embargante não foi privada do seu direito de recorrer.

7. Embargos de declaração rejeitados. Decisão unânime.” (EDcl no AgRg 281.982-SP, Relator Ministro Franciulli Netto, DJ 12.03.2001)

“Embargos de declaração. Efeito infringente. Art. 535 do CPC. Impossibilidade. Súmula n. 260 do antigo TFR. Interpretação. Execução. Pretensão de discutir critérios de cálculo na execução. Impossibilidade.

Não se prestam a um reexame da matéria de mérito decidida no acórdão embargado.

Embargos rejeitados.” (EDcl no Ag n. 320.004-RJ, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ 12.03.2001)

Em relação ao restante, pleiteia o INSS a restituição dos valores pagos aos segurados por força da decisão rescindida, tendo o v. acórdão decidido pela

impossibilidade dos descontos, em razão do caráter alimentar dos proventos percebidos a título de benefício previdenciário.

Sobre o tema, este Tribunal possui jurisprudência pacífica no sentido de reconhecer a natureza alimentar dos benefícios previdenciários. Ilustrativamente:

“Processual Civil e Administrativo. Recurso especial. Agravo regimental. Juros de mora. Fluência. Percentual. 1% a.m. Prestação de natureza alimentar. Coisa julgada. Ofensa. Não-ocorrência.

I - É pacífico o entendimento desta Corte Superior que, em se tratando de verbas relativas a benefícios previdenciários, são elas consideradas de natureza alimentar, e, assim sendo, não é aplicável a regra do art. 1.062 do CC, mas sim o art. 3º do Decreto-Lei n. 2.322/1987. Os juros de mora, à luz dessa regra, devem incidir à taxa de um por cento ao mês.

II - **omissis.**

Agravo desprovido.” (AgRg no REsp n. 601.052-RS, Relator Ministro Felix Fischer, DJ 07.06.2004)

“Agravo regimental. Agravo de instrumento. Benefício previdenciário. Pagamento com atraso na via administrativa. Correção monetária. Prestações de natureza alimentar. Inclusão dos expurgos inflacionários.

1. Correta a aplicação dos expurgos inflacionários, porquanto, tratando-se de benefícios previdenciários, verba de caráter alimentar, a correção monetária deve ser a mais consentânea com a realidade, desde quando devida cada parcela, ainda que pagas administrativamente. Precedentes.

2. Agravo regimental improvido.” (AgRg no Ag n. 461.018-PI, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJ 02.12.2002)

“Recurso especial. Previdenciário. Revisão de benefício. Pensão por morte. Lei mais benéfica. Incidência. Benefícios em manutenção. Possibilidade.

1. **omissis.**

2. **omissis.**

3. **omissis.**

4. Indissociável o benefício previdenciário das necessidades vitais básicas da pessoa humana, põe-se na luz da evidência a sua natureza alimentar, a assegurar aos efeitos continuados da relação jurídica a regência da lei nova que lhes recolha a produção vinda no tempo de sua eficácia, em se cuidando de norma nova relativa à modificação de percentual dos graus de

suficiência do benefício para o atendimento das necessidades vitais básicas do segurado e de sua família.

5. O direito subjetivo do segurado é o direito ao benefício, no valor irredutível que a lei lhe atribua e, não, ao valor do tempo do benefício, como é da natureza alimentar do benefício previdenciário.

6. Recurso especial conhecido e provido.” (REsp n. 436.764-AL, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, DJ 19.12.2002)

Assim, uma vez reconhecida a natureza alimentar dos benefícios previdenciários, descabida é a restituição requerida pela Autarquia, em razão do princípio da irrepetibilidade dos alimentos. A esse respeito, seguem os seguintes precedentes:

(...)

“Civil e Processual. Família. Ação revisional. Alimentos provisórios. Superveniência de sentença. Alimentos definitivos (art. 13, § 2º, Lei n. 5.478/1968). Agravo. Perda de objeto. Falta de interesse recursal.

I - Fixados os alimentos definitivos (art. 13, § 2º, da Lei de Alimentos), resta sem objeto o agravo de instrumento em que se discutia os alimentos provisórios fixados **in initio litis**, dado ao princípio da irrepetibilidade dos mesmos.

II - Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 302.60-SP, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, DJ 30.10.2000)

“Alimentos. Medida cautelar. Alimentos provisionais. Prestações vencidas e não pagas. Sentença definitiva favorável ao alimentante. Execução (possibilidade).

Tendo a mulher obtido a concessão de alimentos provisionais, através de medida cautelar, a superveniência de sentença favorável ao alimentante, na ação principal de separação judicial, não lhe afeta o direito de executar as prestações vencidas e não pagas. A característica de antecipação provisória da prestação jurisdicional, somada a de irrepetibilidade dos alimentos garantem a eficácia plena da decisão concessiva dos alimentos provisionais. Do contrário, os devedores seriam incentivados ao descumprimento, aguardando o desfecho do processo principal.

Recurso não conhecido.” (REsp n. 36.170-SP, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ 1º.08.1994)”

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

RECURSO ESPECIAL N. 748.196-RS (2005/0075106-0)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

Recorrido: José Anderson (Preso)

Advogados: Nesy Marina Ramos — Defensora Pública e outro

EMENTA

Recurso especial. Direito Penal e Processual Penal. Crime de roubo qualificado. Ofensa ao art. 619 do CPP. Omissão não configurada. Conduta social e personalidade do réu desfavoráveis. Consideração determinada pelo art. 59 do CP. Maus antecedentes. Inquéritos e processos sem o trânsito em julgado. Impossibilidade. Princípio da não-culpabilidade. Reincidência. Violação ao art. 61, inciso I, do CP. Majoração. Necessidade.

1. Não ocorre violação ao art. 619 do Código de Processo Penal, porquanto as alegadas omissões no julgado restaram devidamente tratadas no acórdão recorrido.

2. O magistrado, quando da individualização da pena, deve proferir uma decisão justa, individualizando, inclusive pela conduta social e personalidade do agente, a sanção que seja mais adequada. Não existe nenhum impedimento à análise das circunstâncias enumeradas para a fixação da pena-base no art. 59 do Código Penal, de forma positiva ou negativa.

3. Na fixação da pena-base e do regime prisional, inquéritos e processos em andamento não podem ser levados em consideração como maus antecedentes, em respeito ao princípio da não-culpabilidade. Precedentes do STJ e do STF.

4. Restando comprovado, no momento da dosimetria da pena, a reincidência, a sanção corporal deverá ser sempre agravada, sob pena de violação ao comando contido no art. 61, inciso I, do Código Penal. Precedentes.

5. Recurso especial conhecido e parcialmente provido para, reformando o acórdão recorrido, determinar a análise das circunstâncias do art. 59 do Código Penal para fixação da pena-base, bem como a incidência do art. 61, inciso I, do mesmo estatuto.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 07 de fevereiro de 2006 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

DJ 27.03.2006

RELATÓRIO

A Sr^a. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, contra acórdão proferido, em sede de apelação criminal, pelo Tribunal de Justiça local.

Infere-se dos autos que o Juízo de Direito da 1^a Vara Criminal do Foro Regional Alto Petrópolis da Comarca de Porto Alegre, no Estado do Rio Grande do Sul, condenou o Recorrido José Anderson à pena de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime fechado, pela prática do delito tipificado no art. 157, § 2^o, incisos I e II, c.c. art. 61, inciso I, do Código Penal.

Em sede de apelo defensivo, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul deu provimento parcial ao recurso para reduzir à pena do Recorrido para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime fechado.

Entendeu a Corte **a quo** que a personalidade e a conduta social “só podem ser consideradas para beneficiar o acusado e não pra lhe agravar mais a pena” (fl. 166) e, desconsiderando os antecedentes, fixou a pena-base do recorrido no mínimo. Excluiu, ainda, a agravante da reincidência, ao argumento de “inconstitucional por constituir **bis in idem** e por revitalizar o medieval direito penal do autor” (fl. 167).

Embargos de declaração, buscando expor os fundamentos pelos quais a Corte **a quo** entendeu não recepcionado o art. 61, inciso I, do Código Penal, foram opostos e rejeitados.

Sustenta o Recorrente, nas razões do especial, inicialmente, negativa de vigência ao art. 619 do Código de Processo Penal, porque “ausentes os fundamentos pelos quais entendeu pela inconstitucionalidade da reincidência,

mesmo após a interposição de embargos declaratórios pelo Ministério Público” (fl. 198).

Alega, também, que o “acórdão ora atacado, ao não conhecer os antecedentes a personalidade e a conduta social do recorrido como circunstâncias judiciais que exasperam a pena, acabou por negar vigência ao art. 59, **caput**, do Código Penal” (fl. 199).

Aduz, ainda, “interpretação divergente proferida por outro Tribunal da federação no que concerne à existência de antecedentes criminais, diante de processos penais em curso, sentenças condenatórias ainda não transitadas em juízo e até indiciamento em inquéritos policiais” (fl. 206).

Argúi, por fim, além de dissenso pretoriano, violação ao art. 61, inciso I, do Código Penal, sustentado, em suma, que “faz parte da aplicação da pena, quando da fixação da pena provisória, considerar o aspecto da reincidência, não para, tão-somente, majorar a apenação e, sim, para dar a exata proporção da sanção ao agente com maior grau de reprovabilidade, em obediência ao princípio da individualização da pena” (fl. 213).

Contra-razões apresentadas às fls. 234/248.

Admitido o recurso na origem, ascenderam os autos à apreciação desta Corte Superior.

O Ministério Público Federal, em seu parecer às fls. 267/274, opinou pelo parcial provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

A Sr^a. Ministra Laurita Vaz (Relatora): Inicialmente, não vislumbro a alegada violação ao art. 619 do Código de Processo Penal, porquanto, conforme bem acentuado no acórdão proferido nos embargos declaratórios, “as razões pelas quais a Câmara afastou a incidência do art. 61, I, do Código Penal constaram no texto do acórdão, ainda que sinteticamente, sendo que em complemento ainda foi feita menção a artigos doutrinários e jurisprudência” (fl. 183).

Outrossim, no tocante à não-consideração da *personalidade* e da *conduta social* do agente, quando da fixação da pena-base, porque tais circunstâncias só poderiam ser usadas para beneficiar o sentenciado, o acórdão merece reparo. Ao contrário do que decidiu o acórdão as circunstâncias enumeradas no art. 59, do Código Penal, podem ser valoradas de forma positiva ou negativa para a fixação da pena-base.

O magistrado deve, como meio de garantia do próprio réu, por meio da análise dos critérios estabelecidos pelo Código Penal, proferir uma decisão justa, individualizando, inclusive pela conduta social e personalidade do agente, a sanção que seja mais adequada.

Nesse sentido:

“Criminal. REsp. Dosimetria. Embargos de infringência acolhidos, em 2º grau, para determinar a redução da pena. Circunstâncias judiciais negativas desconsideradas. Conduta social e personalidade. Reincidência excluída, por ser considerada **bis in idem**. Improriedade. Recurso provido.

I - Hipótese que trata de acolhimento de embargos infringentes, para diminuir a pena imposta em 1º grau de jurisdição e mantida em sede de apelação, fazendo prevalecer entendimento inicialmente vencido, no sentido de que as circunstâncias judiciais não devem ser consideradas senão para beneficiar o réu, e de que a reincidência configuraria **bis in idem**.

II - As circunstâncias judiciais enumeradas no art. 59 do Código Penal representam garantia do réu, na medida em que servem de parâmetro para que o julgador possa ter melhor condição de proferir uma decisão justa.

III - O agravamento da pena pela reincidência não representa **bis in idem**, eis que reflete a necessidade de maior reprovabilidade do réu voltado à prática criminosa.

IV - Hipótese em que o Juiz ao fixar a pena-base, não se utilizou da condenação anterior do réu para aplicar a pena acima do mínimo legal, mas, sim, de outras circunstâncias negativamente valoradas.

V - Irresignação que merece ser provida, para cassar o acórdão recorrido e restabelecer a decisão proferida em sede de apelação.

VI - Recurso provido, nos termos do voto do relator.” (REsp n. 390.704-RS, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ 28.04.2003.)

Por outro lado, **in casu**, o Recorrido possui em sua certidão de antecedentes (fls. 30 e 39/40) criminais uma sentença condenatória transitada em julgado e um processo criminal em curso.

No que diz respeito à majoração da pena pelos antecedentes, o Tribunal **a quo** aplicou, escorreitamente, a jurisprudência desta egrégia Corte Superior relativa à impossibilidade de utilização de inquéritos e ações penais em andamento como maus antecedentes no momento da fixação da pena-base, bem como para a fixação do regime prisional, em observância ao princípio da não-culpabilidade.

Nesse diapasão:

“Penal. **Habeas corpus**. Receptação. Exacerbação da pena-base. Ações penais em andamento. Consideração como maus antecedentes. Impossibilidade. Fixação da pena-base no mínimo legal.

I - Inquéritos e processos em andamento não podem ser considerados, como maus antecedentes, para fins de exacerbação da pena-base. (Precedentes desta Corte e do colendo Supremo Tribunal Federal).

II - Cumpre reduzir a pena-base para o mínimo legal, se ela foi majorada, apenas, pela circunstância de o réu responder a processos criminais.

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

Recurso conhecido e provido.” (RHC n. 13.586-MS, Relator Ministro Felix Fischer, DJ 28.10.2003.)

“Criminal. REsp. Porte ilegal de arma. Pena fixada no mínimo legal. ImproPRIAMENTE majorada em face da existência de inquéritos criminais e outro processo em andamento, considerados como maus antecedentes. Impossibilidade. Recurso conhecido e provido.

I - O envolvimento em inquéritos diversos e em processo ainda em curso não pode servir como indicativo de maus antecedentes, para o aumento da pena-base. Precedentes.

II - Hipótese em que deve ser afastada a exacerbação pena, mantendo-a no mínimo legal.

Recurso conhecido e provido, nos termos do voto do Relator.” (REsp n. 443.779-SP Relator Ministro Gilson Dipp, DJ 09.06.2003)

Confirmam-se, ainda, sobre o assunto os seguintes precedentes do excelso Pretório:

“Recurso ordinário em **habeas corpus**. Paciente condenado por crime contra a ordem tributária. Alegada nulidade na dosimetria da pena.

Impossibilidade de considerar-se como maus antecedentes a existência de processos criminais pendentes de julgamento, com o conseqüente aumento da pena-base.

Recurso parcialmente provido para, mantida a condenação, determinar que nova decisão seja proferida, com a observância dos parâmetros legais.”

(RHC n. 83.493-PR, Primeira Turma, Relator para acórdão Ministro Carlos Britto, DJ 13.02.2004, sem grifo no original.)

“**Habeas corpus.** Injustificada exacerbação da pena com base na mera existência de inquéritos ou de processos penais ainda em curso. Ausência de condenação penal irrecorrível. Princípio constitucional da não-culpabilidade (CF art. 5º, LVII). Pedido deferido, em parte.

“O princípio constitucional da não-culpabilidade, inscrito no art. 5º, LVII, da Carta Política não permite que se formule, contra o réu, juízo negativo de maus antecedentes, fundado na mera instauração de inquéritos policiais em andamento, ou na existência de processos penais em curso, ou, até mesmo, na ocorrência de condenações criminais ainda sujeitas a recurso, revelando-se arbitrária a exacerbação da pena, quando apoiada em situações processuais indefinidas, pois somente títulos penais condenatórios, revestidos da autoridade da coisa julgada, podem legitimar tratamento jurídico desfavorável ao sentenciado. Doutrina. Precedentes.” (HC n. 79.966-SP, Segunda Turma, Relator para acórdão Ministro Celso de Mello, DJ 29.08.2003, sem grifo no original.)

Por fim, no que diz respeito à violação ao art. 61, inciso I, do Código Penal, o Tribunal **a quo** ao deixar de aplicar, veementemente, o acréscimo da reincidência, aduzindo, entre outras coisas, que tal instituto não se coaduna com a ordem constitucional vigente, *negou vigência ao referido artigo*, segundo o qual:

“Art. 61. São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

I - a reincidência;

(... **omissis**...)”

Com efeito, em que pese a existência de construção embrionária de doutrina em sentido contrário, impende dizer que o sistema legal em vigência deve ser efetivamente respeitado e aplicado; e, consoante se depreende da redação do dispositivo em questão, o legislador endereçou um *comando*, e não uma faculdade, ao aplicador da lei, qual seja: no momento da dosimetria da pena, estando comprovada a reincidência, *a sanção corporal deverá ser sempre agravada*.

Nesse sentido:

“Recurso especial. Penal e Processo Penal. Furto qualificado e estelionato. Afastamento da reincidência (art. 61, I, do CP). Ocorrência de negativa de vigência do referido dispositivo legal. Agravante corretamente reconhecida só na segunda fase do sistema trifásico.

“O v. acórdão negou vigência ao art. 61, I, do CP, por afastar a aplicação da reincidência, implicando em ofensa aos princípios constitucionais da isonomia e da individualização da reprimenda, pois, ao fazê-lo, igualou os réus com situações pessoais desiguais, ou seja, criminoso contumaz — que possuem condenações transitadas em julgado —, ao criminoso primário — que nunca delinqüiram —, privilegiando o reincidente.”

Recurso conhecido e provido.” (REsp n. 445.176-RS, Quinta Turma, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ 11.11.2002.)

“Penal. Recurso especial. Roubo. Reincidência.

I - Dentro dos limites legais, uma vez caracterizada a reincidência, a agravante deve ser aplicada.

II - Fere o disposto no art. 61, inciso I, do CP, a rejeição de sua incidência sob pretextos de **bis in idem**, concretamente inócurrenre, de não ser o reincidente necessariamente mais perverso e de que o Estado é estimulador.

Recurso provido.” (REsp n. 453.818-RS, Quinta Turma, Relator Ministro Felix Fischer, DJ 18.11.2002.)

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento para, reformando o acórdão recorrido, determinar a análise das circunstâncias do art. 59 do Código Penal para fixação da pena-base, bem como a reincidência do art. 61, inciso I, do mesmo estatuto.

É como voto.