



Jurisprudência da Sexta Turma

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL
N. 690.102-CE (2004/0135519-6)

Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa

Agravante: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

Procuradores: Jaime Luis Bezerra Araújo e outros

Agravado: Luiza Pereira de Brito

Advogado: Alderi Furtado Lopes

EMENTA

Recurso especial. Previdenciário. Aposentadoria por tempo de serviço. Valoração de prova. Início de prova material. Documentos acostados em nome do cônjuge da autora. Possibilidade.

1. É de ver que o início de prova não se dá somente com os documentos arrolados no art. 106 da aludida lei. Outros podem atender à exigência legal.

Segundo consta dos autos e é verossímil, a autora cuidou de juntar documentação apta a comprovar a atividade rural nos moldes determinados por este Tribunal, tais como o comprovante de pagamento de ITR em nome de seu cônjuge, dentre outros.

2. Ao analisar o tema, a Corte Especial pacificou o entendimento no sentido de que, em face das dificuldades encontradas pelo trabalhador rural em comprovar o tempo laborado, por força das adversidades inerentes ao meio campestre, verificar as provas colacionadas aos autos, com o fito de confirmar a atividade rural alegada, não se trata de reexame de prova, que encontra óbice no Enunciado n. 7 da súmula desta Casa; mas, sim, de lhe atribuir nova valoração, podendo resultar em conclusão jurídica diversa.

3. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Paulo

Gallotti e Paulo Medina. Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Ministros Nilson Naves e Hamilton Carvalhido. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 06 de setembro de 2005 (data do julgamento).

Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Relator

DJ 26.09.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa: É agravo regimental, interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social — INSS, contra decisão monocrática, proferida à fl. 174, que deu provimento ao recurso especial da autora, nos seguintes termos:

“Previdenciário. Rurícola. Aposentadoria por idade. Documentos em nome de cônjuge. Início de prova material, acrescida de idônea prova testemunhal, de modo a corroborar a qualidade de trabalhadora rural. Possibilidade de concessão do benefício. Recurso da autora a que se dá provimento.”

Sustenta o agravante que não há nos autos início de prova material, ou mesmo prova testemunhal, de modo a comprovar a atividade rural exercida pela obreira, não fazendo, pois, jus ao benefício aposentadoria por idade de trabalhador rural.

Requer, outrossim, a reconsideração da r. decisão agravada, ou que o recurso seja apreciado pela egrégia Sexta Turma, a fim de que seja conhecido e totalmente provido.

É o sucinto relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa (Relator): 1. Improcede, **data venia**, o inconformismo recursal.

Com efeito, a demonstração de tempo de serviço rurícola para concessão de aposentadoria está pacificado pela Súmula n. 149 desta egrégia Corte, no sentido de que:

“Súmula n. 149. A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeito da obtenção de benefício previdenciário.”

Contudo, aplica-se ao caso em exame a interpretação conjugada do art. 400 do Código de Processo Civil, com o art. 55, § 3º, c.c. o art. 106, ambos da Lei n. 8.213/1991.

É de ver que o início de prova não se dá somente com os documentos arrolados no art. 106 da aludida lei.

Outros podem atender à exigência legal.

Segundo consta dos autos e é verossímil, a autora cuidou de juntar documentação apta a comprovar a atividade rural nos moldes determinados por este Tribunal, conforme se extrai da sentença de 1ª grau:

“A nosso sentir, inegável que do cotejo dessas duas provas carreadas aos autos a autora logrou êxito em seu desiderato. Não existe nos autos, quanto à documentação apresentada, qualquer alegação ou indícios de que a prova documental fora obtida por erro, dolo ou coação, nem notícia de pedido de desentranhamento da aludida documentação. Porquanto, a prova documental produzida deve ser tida como válida. Desse modo, entendo que a autora demonstrou suficientemente, por meio da associação entre a prova documental (fls. 10 e 12) e a testemunhal (fls. 79/81) coligida para os autos: 1. ter mais de 55 anos de idade na data em que requereu o benefício na esfera judicial (§ 1º do art. 48 da Lei n. 8.213/1991); 2. sua condição de trabalhadora rural durante mais de oito anos, consolidados antes da vigência da Lei n. 8.213/1991, no regime de economia familiar, gozando de **status** de segurada especial e, por conseguinte, desonerada do encargo de comprovação do período de carência e do pagamento de quaisquer contribuições, **ex vi** do art. 143, § 2º, dos arts. 55 e 96 da Lei n. 8.213/1991.” (Fl. 104)

Trata-se de entendimento pacificado no âmbito deste Sodalício que a documentação acostada aos autos em nome do cônjuge da autora, quando corroborada por prova testemunhal, bem como por outros documentos, tal como a declaração do Sindicato Rural de Carnaubal-CE, está apta a comprovar a qualidade de rurícola da autora.

Dessa forma, restou devidamente comprovada a qualidade de trabalhadora rural da ora agravada.

Nesse sentido, colham-se os seguintes precedentes:

“Previdenciário. Trabalhador rural. Aposentadoria por idade. Comprovação de seus requisitos. Início de prova material corroborada por prova testemunhal. Existência.

1. Este Superior Tribunal já consolidou sua jurisprudência no sentido de que, existindo início de prova material a corroborar os depoimentos testemunhais, não há como deixar de reconhecer o direito da parte autora à concessão da aposentadoria por idade de trabalhador rural. Isso em razão das

dificuldades encontradas pelos trabalhadores do campo para comprovar o seu efetivo exercício no meio agrícola, em especial a mulher, cujos documentos comumente se apresentam em nome do cônjuge.

2. Recurso especial conhecido, porém improvido.” (REsp n. 638.439-SC; Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima (1128) Orgão Julgador T5 — Quinta Turma, data do julgamento 04.08.2005, data da publicação/fonte DJ 29.08.2005, p. 406)

“Previdenciário. Rurícola. Atividade rural. Comprovação. Rol de documentos exemplificativo. Art. 106 da Lei n. 8.213/1991. Documentos em nome de terceiro. Início de prova material. Caracterização. Questões não debatidas. Inovação. Impossibilidade. Agravo desprovido.

I - O rol de documentos hábeis à comprovação do exercício de atividade rural, inscrito no art. 106, parágrafo único, da Lei n. 8.213/1991, é meramente exemplificativo, e não taxativo, sendo admissíveis, portanto, outros documentos além dos previstos no mencionado dispositivo.

II - Na hipótese dos autos, houve o necessário início de prova material, pois a autora apresentou documentos em nome do marido e do pai, o que também lhe aproveita.

III - Neste contexto, tendo trabalhado na agricultura juntamente com seus pais e demais membros da família, despienda a documentação em nome próprio.

IV - A jurisprudência desta egrégia Corte é robusta ao considerar válidos os documentos em nome dos pais ou do cônjuge para comprovar atividade rural.

V - Não é possível, em sede de agravo interno, analisar questões não debatidas pelo Tribunal de origem, nem suscitadas em recurso especial ou em contra-razões, por caracterizar inovação de fundamentos.

VI - Agravo interno desprovido.” (AgRg no Ag n. 618.646-DF; Relator(a) Ministro Gilson Dipp (1111) Orgão Julgador T5 — Quinta Turma, data do julgamento 09.11.2004, data da publicação/fonte DJ 13.12.2004, p. 424)

“Recurso especial. Previdenciário. Aposentadoria por tempo de serviço. Valoração de prova. Documentos em nome de terceiros. Início de prova material. Existência.

1. ‘1. A comprovação do tempo de serviço para os efeitos desta Lei, inclusive mediante justificação administrativa ou judicial, conforme o disposto no art. 108, só produzirá efeito quando baseada em início de prova material,

não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no Regulamento.’ (art. 55, § 3º, da Lei n. 8.213/1991). 2. O início de prova material, de acordo com a interpretação sistemática da lei, é aquele feito mediante documentos que comprovem o exercício da atividade nos períodos a serem contados, devendo ser contemporâneos dos fatos a comprovar, indicando, ainda, o período e a função exercida pelo trabalhador.’ (REsp n. 280.402-SE, da minha Relatoria, **in** DJ 10.09.2001).

2. ‘(...) 4. Os documentos em nome do pai do recorrido, que exercia atividade rural em regime familiar, contemporâneos à época dos fatos alegados, se inserem no conceito de início razoável de prova material.’ (REsp n. 542.422-PR, da minha Relatoria, **in** DJ 09.12.2003).

3. Recurso provido.” (REsp n. 509.176-DF; Relator Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, data do julgamento 27.04.2004, data da publicação/fonte DJ 28.06.2004 p. 429)

2. Por último, somente à guisa de esclarecimento, não há falar em impossibilidade de análise dos documentos acostados aos autos, pois, conforme preconiza o douto Ministro Athos Gusmão Carneiro, em sua insuperável obra recurso especial, agravos e agravo interno: “Todavia, como está em voto lapidar do Ministro Franciulli Netto (Segunda Turma do STJ, REsp n. 171.219, ac. 12.03.2002, RSTJ 159/230), existem hipóteses em que a seleção da situação de fato atinge uma tal profundidade que, ao final, de sua análise, também já se realizou a apreciação jurídica. E refere o magistério de **Barbosa Moreira**: ‘quando se passa de semelhante averiguação à qualificação jurídica do fato apurado, mediante o respectivo enquadramento de determinado conceito legal, já se enfrenta questão de direito. Basta ver que, para afirmar ou para negar a ocorrência de tal ou qual figura jurídica, necessariamente se interpreta a lei. Interpretação é o procedimento pelo qual se determinam o sentido e o alcance da regra de direito, a sua compreensão e a sua extensão. Dizer que ela abrange ou não abrange certo acontecimento é, portanto, interpretá-la. Admitir a abrangência quando o fato não se encaixa na moldura conceptual é aplicar erroneamente a norma, como seria aplicá-la erroneamente não admitir a abrangência quando o fato se encaixasse na moldura conceptual. Em ambos os casos, viola-se a lei, tanto ao aplicá-la à hipótese não contida em seu âmbito de incidência, quanto ao deixar de aplicá-la à hipótese nele contida.’ (“Temas de Direito Processual”, Segunda Série, Saraiva, 1980, p. 235)” (**Carneiro, Athos Gusmão**, “Recurso Especial, Agravos e Agravo Interno”, Rio de Janeiro, Forense, 2003, ed. 3ª, p. 28)

Ao analisar o tema, a Corte Especial pacificou o entendimento no sentido de que, em face das dificuldades encontradas pelo trabalhador rural em comprovar o tempo laborado, por força das adversidades inerentes ao meio campestre, verificar as provas colacionadas aos autos, com o fito de confirmar a atividade rural alegada, não se trata de reexame de prova, que encontra óbice no Enunciado n. 7 da súmula desta Casa; mas, sim, de lhe atribuir nova valoração, podendo resultar em conclusão jurídica diversa.

Nesse sentido, mansa a jurisprudência dessa Casa:

“Previdenciário e Processual Civil. Rurícola. Aposentadoria por idade. Comprovação de atividade rural. Início razoável de prova material. Inaplicabilidade da Súmula n. 7-STJ. A verificação da existência de início de prova material não importa em ofensa ao enunciado da Súmula n. 7-STJ, eis que o reexame do conjunto fático-probatório é diverso da mera valoração da prova, já constituída. O tempo de serviço laborado em atividade rural, para fins de concessão de aposentadoria por idade, deve ser comprovado através de um início de prova material, corroborado por testemunhos idôneos; agravo regimental improvido.” (AgRg no REsp n. 501.108-SP, Sexta Turma, Relator Ministro Paulo Medina, DJ 10.11.2003)

3. Diante de todo o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 19.517-MS (2001/0178692-5)

Relator: Ministro Paulo Medina

Impetrante: Jorge Hakuiooshi

Advogada: Kátia da Silva — Defensora Pública

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul

Paciente: Jorge Hakuiooshi (preso)

EMENTA

Penal e Processual. Interrogatório. Nulidade. Prejuízo. Inexistência. Roubo circunstanciado. Método trifásico. Inobservância. Concurso de agentes. Emprego de arma. Aumento máximo. Fundamentação. Ausência.

A referência ao disposto no art. 186 do CPP não é suficiente, por si só, para inquirir de nulidade o processo, se a parte não se encarrega de demonstrar o efetivo prejuízo.

A consideração, no cálculo da pena-base, de haver o autor sido o mentor do crime ofende ao método trifásico, porque se trata de agravante (art. 62, I, CP) que deve ser ponderada na fase seguinte, em conjunto com a atenuante relativa à confissão espontânea, cabendo ao Magistrado avaliar, motivadamente, de que forma deverá a pena aproximar-se da circunstância que, na espécie, há de preponderar.

Não pode subsistir, à falta de fundamentação objetivamente motivada, o acréscimo máximo decorrente da ocorrência de duas causas legais de aumento (art. 157, § 2º, incisos I e II, do CP), sob pena de nulidade (art. 93, IX, CF).

Ordem concedida de ofício, para cassar o acórdão e, mantido o juízo condenatório, anular a sentença no que tange ao cálculo da pena, para que outra seja proferida, com observância do método trifásico, com fundamentação motivada inclusive quanto ao regime prisional.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido e Paulo Gallotti votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Brasília (DF), 20 de abril de 2004 (data do julgamento).

Ministro Paulo Medina, Relator

DJ 31.05.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Medina: Trata-se de **habeas corpus** impetrado pela Defensoria Pública em favor de Jorge Hakuioishi, contra acórdão da Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, prolatado nos autos da Apelação Criminal n. 2001.000919-9.

O paciente foi condenado a 8 anos e 3 meses de reclusão, em regime inicial fechado, porque incurso na sanção do art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal (fls. 17/21).

Recurso de apelação foi interposto (fls. 29/37), com base em nulidade processual, por constar, do termo de interrogatório, a observação contida no art. 186 do CPP, cuja parte final, segundo argüi, não foi recepcionada pela CF.

No mérito, sustentou o apelante falta de adequada motivação para a exasperação da reprimenda, uma vez que não foi aplicada a atenuante da confissão espontânea.

Além disso, alegou desobediência ao método trifásico, uma vez que ponderou, na fixação da pena-base, agravante — ser o réu mentor do crime — que deveria ser examinada em conjunto com a atenuante da confissão.

Insurgiu-se também contra o convencimento judicial quanto às circunstâncias judiciais e contra o aumento de 1/2 da pena, decorrente das circunstâncias legais.

Postulou, por fim, a concessão de regime semi-aberto.

A Corte estadual deu provimento parcial à apelação, em julgamento realizado em 27.03.2001, para, mantida a pena-base, fazer incidir a atenuante da confissão espontânea e reduzir a reprimenda para 7 anos e 6 meses de reclusão.

Neste **habeas corpus**, para além de asseverar que não pretende revolver matéria fática, limitou-se a Defensoria Pública a transcrever, **ipsis litteris**, a petição com a qual aviou o recurso de apelação e a reiterar os argumentos ali expendidos.

Requer a concessão da ordem, para fixar a pena-base no mínimo legal, acrescida de 1/3, em face da duplicidade de circunstâncias legais de aumento, com a imposição de regime inicial semi-aberto.

O Ministério Público Federal propende à denegação da ordem, porque considera que a pena-base foi fixada com fundamentação devida, tendo em conta que o paciente foi condenado por ser o mentor intelectual de assalto contra a residência de um tio (fls. 94/97).

Redistribuído o processo em 17.12.2003, vieram os conclusos em 07.01.2004.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Medina (Relator): Consta da sentença condenatória que no dia 26 de maio de 1999, por volta das 18h30min, o paciente, juntamente com dois outros indivíduos, portando duas facas e um revólver, invadiram a residência de Akio Hirata, de onde subtraíram os bens descritos na denúncia.

Relata também que o paciente, que é sobrinho da vítima, estivera encapuzado durante o roubo, que idealizou.

O juízo de condenação consigna que a instrução criminal teve curso regular e, ao fixar a pena-base, assim pronunciou seu convencimento (fl. 21):

“Passo a dosar a pena. Considerando os termos do art. 59 do Código Penal, verifica-se que o réu é primário. A culpabilidade não pode ser considerada normal, eis que foi o réu quem idealizou o assalto. A conduta social não lhe favorece, porque indicou a casa de parentes para ser assaltado. As circunstâncias do crime são graves, visto que houve violência física (vítimas amarradas) e de ordem moral. Os motivos alegados pelo réu, necessidade material, não justificam a ação perpetrada. As conseqüências limitam-se ao prejuízo da vítima, eis que não resultaram em lesões corporais.

Tudo ponderado, considerando principalmente o fato de o réu ser o mentor intelectual do crime, onde indicou a casa de seu tio para ser assaltada, fixo a pena-base um pouco acima do mínimo legal, em cinco anos e seis meses de reclusão e vinte dias-multa à razão de um trigésimo do salário mínimo vigente à época do fato.

Na ausência de circunstâncias atenuantes ou agravantes, passo a dosar a causa de aumento prevista no § 2º do art. 157 do Código Penal. Considerando que *estão presentes duas causas*, a do emprego de arma e a do concurso de pessoas, *aumento pela metade a pena-base*, tornando-a definitiva, em oito anos e três meses de reclusão e trinta dias multa à razão de um trigésimo do salário mínimo vigente à época do fato.”

Adiante, ao determinar o regime prisional, disse:

“Iniciará o cumprimento da pena no regime fechado, nos termos do art. 33, § 2º, **a**, do Código Penal. Deixo de condená-lo ao pagamento das custas, tendo em vista sua miserabilidade.” (grifei)

Observo que a Juíza de Direito, na primeira fase do cálculo da reprimenda, considerou a agravante prevista no art. 62, inciso I, do Código Penal para majorar a pena-base em um ano e seis meses e, na segunda fase, equivocadamente, afirmou inexistirem atenuantes ou agravantes, a despeito de haver o réu confessado espontaneamente o delito.

A Primeira Turma Criminal, ao apreciar o recurso, afastou a preliminar de nulidade processual, tendo em vista que (fl. 80):

“A advertência feita pela magistrada ao interrogando não o induziu ou coagiu a confessar a prática do crime, tanto que a própria defesa, em sede recursal, pede o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea.

Ademais, a defesa limitou-se apenas a apontar a irregularidade ocorrida no interrogatório do apelante, não demonstrando nenhum prejuízo advindo do procedimento adotado pela magistrada **a quo**, o que inviabiliza o reconhecimento da alegada nulidade processual.”

Prosseguiu no exame da pena aplicada e manteve a pena-base, confirmando o juízo de desvalor expendido na sentença condenatória, não obstante estar incluída, em seu cálculo, circunstância agravante.

Neste particular, declarou (fls. 81/82):

“A fixação acima do mínimo está fundamentada e se coaduna com as circunstâncias do crime.

Da mesma forma *houve observância ao sistema trifásico, porquanto nada obsta que a circunstância de o apelante ser o autor intelectual do crime seja considerada na fixação da pena-base e não como agravante*, e, ainda, como bem observou o Procurador de Justiça, ‘embora tenha sido analisado na fase da aplicação da pena-base, não foi utilizada como circunstância agravante, o que acarretaria a inafastável ocorrência de **bis in idem**’. (grifei)

A seguir, aplicou a causa de diminuição pertinente à confissão espontânea, a saber:

“Quanto ao reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, melhor sorte assiste à defesa, pois conforme se observa do interrogatório de fl. 110, o apelante confessou, com riqueza de detalhes, a prática do crime, assumindo, inclusive, a autoria intelectual do roubo e relatando a participação dos demais comparsas.

Em que pese o entendimento da magistrada, *entendemos que a atenuante deve ser considerada e aplicada* ao caso em questão, de sorte que o fato de o agente ter-se evadido do distrito da culpa e, somente depois, por força do cumprimento do mandado de prisão, ter comparecido em juízo, não afasta a benesse prevista no art. 65, III, **d**, do CP.

O apelante, ao ser interrogado em juízo, confessou o crime, bem como delatou seus comparsas, fato suficiente para reconhecer-se a atenuante da confissão espontânea.” (grifei)

Depois, confirmou o aumento máximo aplicado por conta das causas legais de aumento de pena, convencido de que:

“No que concerne ao aumento da pena em razão do emprego de arma e concurso de agentes, tem-se que a sentença não merece reparos neste aspecto, uma vez que a magistrada sentenciante observou os parâmetros legais contidos no § 2º

do art. 157 do Código Penal, aumentando a pena intermediária em metade, em razão da incidência de duas causas de aumento de pena (incisos I e II).

Portanto, *ainda que sucintamente, houve fundamentação para aplicação do aumento máximo*, devendo, por conseguinte, ser este mantido. (grifei)

Por fim, conservou o regime inicial fechado (fl. 22):

‘... em razão das circunstâncias judiciais desfavoráveis ao apelante (art. 59 do CP), que, embora primário, apresentou acentuada culpabilidade ao planejar e executar um roubo com emprego de violência e grave ameaça contra seus próprios parentes.’

E concluiu:

‘Neste diapasão, *acolhe-se o pedido da defesa apenas no que se refere ao reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, reduzindo-se, por conseguinte, a pena infligida para sete anos e seis meses de reclusão e vinte e sete dias-multa, a ser cumprida na forma fixada pelo juízo monocrático. Consoante o exposto, dá-se parcial provimento ao apelo para a referida retificação da pena.*’ (grifei)

Faço, à sentença e ao acórdão, dois reparos:

1. não se observou o método trifásico, porque a agravante decorrente do fato de haver sido o réu o mentor do crime influiu na pena-base, quando deveria ter sido apreciada no cálculo da pena provisória, em conjunto com a circunstância atenuante (art. 65, III, **d**), do que resultou prejuízo para o acusado;

2. o aumento máximo em função do concurso de duas circunstâncias legais de aumento não tem fundamentação alguma.

A exasperação da pena-base, à custa de circunstância agravante, configura hipótese evidente de prejuízo para o acusado, porquanto deve ser analisada na segunda fase, em conjunto com a confissão espontânea, à luz do que determina o art. 67 do Código Penal, de modo a fazer com que a pena provisória avizinhe o limite indicado pela circunstância que, no fato, houver sido preponderante.

Ademais, na terceira fase, a reprimenda poderia ter sido aumentada de 1/3 até a metade, segundo o livre convencimento do juiz, desde que adequadamente fundamentado.

Contudo, limitou-se o magistrado a dizer que:

“*estão presentes duas causas, a do emprego de arma e a do concurso de pessoas, aumento pela metade a pena-base.*”

Ou seja, restringiu-se a referir os termos dos dispositivos legais pertinentes, que lhe autorizam exasperar a pena, sem deduzir sequer um argumento motivador da exasperação.

As decisões judiciais não prescindem de fundamentação, sob pena de nulidade (art. 93, IX, CF), razão por que colaciono, a propósito, o seguinte precedente desta Turma:

“RHC. Processual Penal. Roubo simples. Dosimetria da reprimenda. Fixação da pena-base acima do mínimo legal. Circunstâncias judiciais em maioria favoráveis. Ausência de fundamento apto a justificar a exasperação. Nulidade. Precedentes dos STJ.

1. As decisões judiciais, notadamente aquelas que importem restrições à liberdade dos cidadãos, devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade (CF, art. 93, inciso IX). Hipótese em que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal sem fundamentação adequada. Nulidade que se reconhece.

2. Recurso provido para, mantida a custódia do Recorrente, reconhecer a nulidade da sentença tão-somente na parte atinente à fixação da pena, devendo outra ser fixada em conformidade com os ditames do art. 59 do Código Penal. (RHC n. 13.851-GO, Relatora a Ministra Laurita Vaz, DJ 23.06.2003, p. 392)

O Supremo Tribunal Federal não discrepa desta orientação, conforme se vê dos seguintes precedentes:

“**Habeas corpus**. Desatendimento ao método trifásico de fixação da pena. Fundamentação contraditória da sentença. Falta de fixação da pena-base. Desconsideração de circunstância atenuante. Nulidade. Processo Penal. Inteligência dos arts. 59 e 68. Precedentes do STF

O método trifásico é de obrigatória aplicação na fixação da pena, notadamente quando superior ao mínimo legal, sendo nulas as decisões que o desatendem. O vício da individualização da pena não afeta a condenação, restringindo-se o pronunciamento da nulidade à dosagem da reprimenda.

Ordem conhecida e deferida em parte, para anular o acórdão na parcela voltada à fixação da pena privativa da liberdade, sem prejuízo da condenação e mantida a prisão do paciente.” (HC n. 70.423-RJ, Relator o Ministro Paulo Brossard, DJ 06.05.1994, p. 10.469)

“Penal. Processual Penal. **Habeas corpus**. Pena. Fixação. Causa especial de aumento da pena. Opção pelo índice máximo. Necessidade de fundamentação.

I - A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que, prevendo o tipo penal, os índices mínimo e máximo para o agravamento da pena, em decorrência de causa especial de aumento, não pode a sentença adotar o índice máximo sem fundamentação específica.

II - Anula-se, no caso, o acórdão e a sentença, no ponto em que foi fixada a pena, para que, mantida a condenação, seja a pena fixada com a devida fundamentação.

III - HC deferido.” (HC n. 73.884-RJ, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJ 08.11.1996, p. 43.202)

Do exposto, registro que a simples referência ao disposto no art. 186 do CPP não é bastante para, **per se**, inquirar de nulidade o processo, uma vez que a defesa não demonstrou o prejuízo daí decorrente, até porque se valeu do interrogatório para argüir atenuante de confissão espontânea, acatada pelo Tribunal Estadual.

A consideração, no cálculo da pena-base, do fato de haver o autor idealizado o crime ofende ao método trifásico, porque constitui agravante a incidir no caso de concurso de pessoas (art. 62, I, CP).

A incidência isolada da atenuante (confissão espontânea), aplicada em 2ª instância, sem a avaliação determinada pelo art. 67 do Código Penal também configura prejuízo, na medida em que não se analisou, na espécie, de que maneira concorreram, ou qual das circunstâncias — agravante e atenuante — há de preponderar.

Porque não se atendeu ao método trifásico, exigido pelo art. 68 do Código Penal e, bem assim à falta de qualquer fundamentação para o acréscimo de metade da pena, aplicada em função das circunstâncias legais, devem ser reformados a sentença e o acórdão que a convalidou.

Posto isso, *concedo* de ofício a ordem, para cassar o acórdão e, mantido o juízo condenatório, anular a sentença no que tange ao cálculo da pena, para que outra seja proferida, com observância do método trifásico e fundamentação motivada, inclusive quanto ao regime prisional.

HABEAS CORPUS N. 25.256-MG (2002/0146071-2)

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido

Impetrante: Alcyr de Castro

Impetrada: Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Paciente: Celso José de Oliveira (preso)

EMENTA

Habeas corpus. Direito Penal. Lei n. 9.714/1998. Substituição da pena privativa de liberdade. Pena restritiva de direitos. Impossibilidade.

1. A incompatibilidade do crime de tortura com as penas restritivas de direitos decorre de suas próprias naturezas, eis que esse delito tem a integrá-lo, precisamente, a grave ameaça e a violência que excluem a sanção alternativa à pena de prisão.

2. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Paulo Gallotti, Paulo Medina, Hélio Quaglia Barbosa e Nilson Naves votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília, 10 de agosto de 2004 (data do julgamento).

Ministro Hamilton Carvalhido, Relator

DJ 13.12.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: **Habeas corpus** contra a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que, improvando o apelo interposto por Celso José de Oliveira, preservou o **decisum** que o condenou à pena de 2 anos e 4 meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, que lhe foi imposta pela prática do delito tipificado no art. 1º, §§ 1º e 4º, incisos I e III, da Lei n. 9.455/1997.

O impetrante alega constrangimento ilegal, por não se “*proceder a substituição da pena privativa de liberdade (art. 44 do Código Penal), por outra restritiva de direitos*”. (Fl. 3)

Aduz que é obrigatória a substituição da pena privativa de liberdade por uma das restritivas de direito, quando se têm reconhecidas, na sentença, as circunstâncias favoráveis insertas no art. 59 do Código Penal.

Pugna, ao final, pela substituição da pena privativa de liberdade imposta ao paciente, por uma restritiva de direitos.

Liminar indeferida (fls. 9/10).

Informações às fls. 13/14 dos autos.

O Ministério Público Federal é pela denegação da ordem, em parecer assim ementado:

“Penal. Processual Penal. **Habeas corpus**. Crime de tortura — Lei n. 9.455/1997. Substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Impossibilidade. Crime comparado a hediondo. Subsistência da Lei n. 8.072/1990. Parecer pela denegação da ordem.” (Fl. 32)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Sr. Presidente, **habeas corpus** contra a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que, improvendo o apelo interposto por Celso José de Oliveira, preservou o **decisum** que o condenou à pena de 2 anos e 4 meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, que lhe foi imposta pela prática do delito tipificado no art. 1^o, §§ 1^o e 4^o, incisos I e III, da Lei n. 9.455/1997.

O impetrante alega constrangimento ilegal, por não se “proceder a substituição da pena privativa de liberdade (art. 44 do Código Penal), por outra restritiva de direitos”. (Fl. 3)

Aduz que é obrigatória a substituição da pena privativa de liberdade por uma das restritivas de direito, quando se têm reconhecidas, na sentença, as circunstâncias favoráveis insertas no art. 59 do Código Penal.

A ordem deve ser denegada.

Estas, as letras do inciso I do art. 44 do Código Penal, art. 1^o e § 1^o, da Lei n. 9.455/1997:

“Art. 44. As penas restritivas de direito são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I - aplicada a pena privativa de liberdade não superior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;” (nossos os grifos).

“Art. 1. Constitui crime de tortura:

I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental;

(...)

§ 1º Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal.”

A incompatibilidade do crime de tortura com as penas restritivas de direitos decorre de suas próprias naturezas, eis que esse delito tem a integrá-lo, precisamente, a grave ameaça e a violência que excluem a sanção alternativa à pena de prisão.

Nesse sentido, por todos, o seguinte precedente jurisprudencial do excelso Supremo Tribunal Federal:

“Direito Penal. Crime de tortura. Pretendida desclassificação para o crime de maus tratos. Substituição da pena privativa por restritiva de direitos. **Sursis**. 1. Inadmissível a pretensão de reexame do conjunto probatório, visando à desclassificação do crime de tortura para o de maus tratos, na via de **habeas corpus**. *A substituição da pena privativa pela restritiva de direitos não tem lugar quando o crime é praticado com violência (CP, art. 44, I). A pena superior a dois anos de reclusão afasta a possibilidade da suspensão condicional da pena.* 2. HC conhecido parcialmente e indeferido.” (HC n. 84.037-SC, Relatora Ministra Ellen Graice, **in** DJ 30.04.2004 — nossos os grifos).

Pelo exposto, denego a ordem.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 30.713-BA (2003/0172431-5)

Relator: Ministro Paulo Medina

Impetrante: Maurício Vasconcelos

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado da Bahia

Paciente: Gilberto Lima Dias

EMENTA

Penal e Processual. Crimes contra a honra. Lei de Imprensa. **Animus injuriandi vel diffamandi**. Ausência. Ação penal. Trancamento. Possibilidade.

A crítica dirigida à Justiça e seus serventuários, exercida por representantes da sociedade, em programa radiofônico, ainda que desagradáveis, não configuram o dolo necessário à configuração do tipo, porque ausente o **animus injuriandi vel diffamandi**, razão pela qual falta justa causa para a ação penal.

Ordem concedida, para trancar a Ação Penal n. 3.279/2002, da Vara Criminal da Comarca de Brumado-BA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Hamilton Carvalho e Paulo Gallotti votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalho.

Brasília (DF), 27 de abril de 2004 (data do julgamento).

Ministro Paulo Medina, Relator

DJ 31.05.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Medina: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, impetrado em favor de Gilberto Lima Dias, contra acórdão da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, proferido nos autos do HC n. 29.991-4/2002 (fls. 146/150).

O paciente, integrante do Conselho de Cidadania de Brumado-BA, juntamente com mais dois cidadãos, foi denunciado como incurso nas penas dos arts. 21, 22 e 23, inciso II, da Lei n. 5.250/1967.

Narra a denúncia que os denunciados, por intermédio de programa veiculado em emissora de rádio local (fl. 36),

“... em consórcio, e sob a alegativa de que estavam a prestar serviços à comunidade, noticiaram, parcialmente, certos acontecimentos — sempre de

forma vaga, imprecisa e difusa —, interpretando-os ao seu talante, e dando-lhes projeção indevida, com o claro propósito de expor a Dr^a. Leonor da Silva Abreu, Magistrada Titular da Vara Cível desta Comarca de Brumado, à reprovação ético-social.”

O Ministério Público propôs o benefício da suspensão condicional do processo, a teor do art. 89 da Lei n. 9.099/1995 (fl. 107).

A denúncia foi recebida em 22.08.2002 (fl. 108).

Alega o impetrante que o Ministério Público do Estado da Bahia é carecedor de ação, porquanto a denúncia contém pedido juridicamente inviável e impossível, eis que “a descrição do fato imputado não é típica e só é, em tese, possível a imposição de uma pena em virtude da prática de um fato típico” (fl. 4).

Sustenta que a denúncia não descreve uma só linha apontando uma ofensa dirigida pelo Paciente à honra objetiva ou subjetiva da Magistrada da Vara Cível da Comarca.

Afirma que “a leitura desapassionada daquela peça, em verdade, descreve o exercício de um direito inerente ao cidadão que vive sob a égide do Estado Democrático: o direito de crítica” (fl. 5).

Aduz que “*a Justiça, lá como aqui e ali, é morosa mesmo. Os membros do Poder Judiciário e do Ministério Público exercem funções públicas que os expõem de forma mais aguda aos olhos da sociedade e, por isto mesmo, são alvos naturais de críticas*” (fl. 5).

Argúi que “o paciente, cidadão honesto, pacato, trabalhador e livre, não lançou uma ofensa sequer contra a honra da Magistrada, mesmo uma crítica direta”.

Assevera que “S. Ex^a. apenas chamou para si, exclusivamente, aquilo que com justeza se disse contra o Poder Judiciário local, como uma ofensa a sua honra funcional” (fl. 6).

Deduz que “a **quæstio** encerra a necessidade de se invocar a cláusula de exclusão de crime estatuída no art. 27, inciso VIII, da Lei Federal n. 5.250/1967”, posto que traduz crítica inspirada pelo interesse público (fl. 7).

Inferre que, tal como concluiu a Procuradoria Geral de Justiça (parecer de fls. 141/143), “a denúncia não descreveu nenhum crime, quer pela atipicidade das condutas, quer porque alcançadas por excludente de ilicitude” e, assim, “é de se esperar o deferimento do *writ*” (fl. 10).

Requer o deferimento de medida liminar para suspender o andamento da Ação Penal n. 3.279/2002 até o julgamento definitivo deste **mandamus**.

Afinal, pede a audiência do Ministério Público e a concessão da ordem, para trancar a ação penal.

Deferi o pedido liminar (fls. 155/157).

Informações da autoridade apontada coatora às fls. 165/166.

Parecer do Ministério Público Federal propende à concessão da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Medina (Relator): Em programas radiofônicos, denominados “Microfone Aberto” e “Tribunal da Opinião Pública”, transmitidos pela Rádio Musical FM, de Brumado-BA, o paciente, juntamente com outros dois denunciados, formulou críticas expressando seu desagrado com a atuação da Justiça naquela urbe.

As declarações, conquanto desagradáveis, apontavam, sobretudo, nos termos da denúncia, a morosidade da Justiça que, segundo os denunciados, “não funciona”, “não está se pagando”, “está emperrada”, “é lenta”, “morosa”.

No programa transmitido em 23.02.2002, o paciente refere o Magistrado em exercício na Comarca, ao tempo dos fatos, para reafirmar a lentidão de todo o Poder Judiciário local e, dentre outras reclamações, afirma:

“... então, por que o Juiz tem que ficar duzentos anos na mesma Cidade? E se julga impedido de julgar a causa A, a causa B, a causa C, o alfabeto inteiro. Muito bem. É muito fácil se julgar impedido... não é a Juíza. Não é funcionário da (...), que são subalternos da Juíza, que têm medo dela.

[...]

... da corrida de cágado que é a Justiça de Brumado, certo? Vamos, vamos, inclusive, fazer um campeonato, né? Fazer um campeonato sobre quem chega primeiro... do serventuário, do serventuário da Justiça, com a lesma e com o cágado...” (fl. 37).

Outros denunciados também reafirmaram a morosidade do Judiciário local, porque (fl. 38).

“Disse Nemésio Ribeiro Sales: ‘a Justiça, em Brumado, é devagar, em passos de cágado e alimentado por leite de lesma. Há! Há! Há!... se é lesma ou cágado?’...”

Manoel Almeida Ramos também disse:

“... ele tem um processo lá que já tem quatorze anos. Não, não vou falar com respeito à pessoa, certo?”

Como se vê, os denunciados fizeram nada mais que criticar a reconhecida lentidão do Poder Judiciário, o que não constitui novidade nem traduz desrespeito à pessoa do Magistrado, pois expressaram nada mais que seu inconformismo com a situação.

É cediço que o Poder Judiciário não responde à demanda da sociedade por justiça com a presteza necessária e devida. Os meios de comunicação de massa tecem, quase diariamente, os mesmos comentários e críticas, assumidas e reconhecidas por Juízes, Promotores, Advogados e tantos quantos operam o Direito e representam a sociedade.

Conforme bem assinala o parecer ministerial (fl. 171),

“... ainda que as expressões sejam, objetivamente, deseducadas e deselegantes, de pronto, não pode ser considerada típica a conduta, pois a injúria e a difamação não se configuram se a manifestação eventualmente ofensiva foi feita com o propósito de informar, narrar ou criticar um acontecimento.

[...]

Não se pode esquecer que há um interesse social e administrativo da imprensa em acompanhar o desempenho funcional dos servidores públicos em geral, realçando erros e virtudes, sendo certo que nem mesmo os agentes políticos estão isentos ou imunes a qualquer narrativa crítica, sob pena de obterem uma posição privilegiada, frente aos meios de comunicação, própria de regimes autoritários.

Na realidade, Gilberto Lima Dias não proferiu ofensas contra a Dr^a. Leonor da Silva Abreu, limitando-se a tecer críticas, ainda que desagradáveis, à Justiça, da qual a ofendida não é a única representante, não passando as palavras proferidas de meras elocubrações imprecisas, excessos dos quais não há como se constatar o **animus injuriandi vel diffamandi**, razão por que penso ausente justa causa para a persecução criminal.”

Com efeito, expressar o pensamento é direito garantido no texto constitucional e, do que se extrai da denúncia, inexistente vontade de injuriar ou difamar a pessoa da Juíza, razão por que a ação penal carece de justa causa.

Posto isso, *concedo* a ordem, para trancar a Ação Penal n. 3.279/2002, da Vara Criminal da Comarca de Brumado-BA.

HABEAS CORPUS N. 37.741-PE (2004/0117527-5)

Relator: Ministro Nilson Naves

Impetrante: Maria Lúcia de Souza Brandão

Impetrado: Câmara de Férias do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco

Paciente: Carlos Marcelo Bezerra Cavalcanti

EMENTA

Prisão preventiva/sentença condenatória (prisão provisória). Fundamentação (necessidade). Apelação (em liberdade).

1. A prisão provisória só há de ser imposta por meio de decisão fundamentada, por exemplo, no caso da preventiva, o despacho (ou a decisão) que a decretar “será sempre fundamentado”.

2. Tal é o que, de igual sorte, acontecerá com a sentença penal, se e quando o juiz entender que o réu, para apelar, haverá de ser recolhido à prisão.

3. Faltando à sentença persuasiva motivação, o melhor dos entendimentos é o de que o réu, já em liberdade (ainda que contra si tenha preventiva decretada), pode apelar em liberdade.

4. **Habeas corpus** parcialmente deferido com efeito extensivo ao co-réu.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, tendo-se verificado empate no julgamento e prevalecendo a decisão mais favorável ao paciente, conceder parcialmente a ordem de **habeas corpus** com extensão ao co-réu, Amilton Martins da Silva, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votou com o Relator o Sr. Ministro Paulo Gallotti. Votaram divergentemente os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido e Hélio Quaglia Barbosa, que denegaram a ordem. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Paulo Medina. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília, 18 de novembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Nilson Naves, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: O Ministério Público Federal, pela palavra da Subprocuradora-Geral Deborah Macedo, emitiu parecer descrevendo a espécie e sobre ela opinando nestes termos:

“Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário impetrado com o propósito de que o paciente seja posto em liberdade, seja em face de nulidades que se teriam verificado no curso da ação penal, seja por lhe assistir o direito de acompanhar o recurso nessa condição.

Sustenta a impetrante que as nulidades processuais consistiriam em: oitiva de testemunha pelo juiz sem prévia intimação do paciente ou de seu advogado, ato judicial este que veio a justificar posterior decreto de prisão preventiva; ausência de intimação do paciente e de seu advogado de expedição de carta precatória para oitiva da testemunha de acusação Antonio Ítalo da Silva Junior, bem como da respectiva audiência e deficiência de defesa.

Todavia, não procede a irresignação quanto a esse ponto.

Como esclarecem as informações prestadas à instância precedente,

‘Em 24.10.1996, compareceram perante o Juiz de Direito titular dessa Comarca, o Sr. Ademar Simplício de Oliveira, irmão da vítima e o Sr. João Miguel de Lima, e prestaram as declarações de fls. 170/171v., informando que o acusado, ora paciente, se encontrava armado e perguntando a populares se conheciam os familiares da vítima e onde moravam e também alegando que se acontecesse alguma coisa com ele acusado, a sua família faria vingança, bem como informando que o comentário naquela cidade é de que o acusado é metido a valente.

Diante de tais informações, e por entender que tais fatos estavam provocando um sentimento de temor na família da vítima, bem como na sociedade tupanatinguense, assim como por haver provas concretas da materialidade e indícios veementes de sua autoria, o Juiz titular decretou (fls. 171/171v) a prisão preventiva do paciente e do outro acusado Amilton Martins da Silva (destaque no original).’

De sorte que não houve, a rigor, oitiva de testemunha. Tratou-se, apenas, do comparecimento espontâneo de pessoas em juízo, as quais não podem ser qualificadas como testemunhas porque não arroladas por qualquer das partes e tampouco ouvidas nessa condição. De outro giro, o decreto de prisão preventiva não postula, inclusive porque muito pouco razoável, exercício prévio de contraditório.

Também não procede a alegação de que a defesa não veio a ser previamente cientificada da expedição de carta precatória para oitiva da testemunha Antonio Ítalo da Silva Júnior. A diligência foi determinada em audiência, da qual participou o paciente e seu defensor (fl. 99). No juízo deprecado, o paciente contou com a assistência de defensor nomeado **ad hoc** (fl. 48). E é pacífica a jurisprudência dos tribunais no sentido de que a exigência contida em lei é de intimação das partes da expedição da carta precatória, e não da data em que se realizará a audiência no juízo deprecado (STJ: RT 547/414; RSTJ 32/110).

Nessa linha, não haveria que se cogitar de deficiência de defesa, pois esta, no entender da impetrante, consistiria exatamente em não apontar, nas peças produzidas a tal título, as nulidades referidas, que, como já expresse, não se verificam.

No entanto, a recusa ao paciente e ao co-réu do apelo em liberdade não encontra fundamentação eficiente.

Já decidiu essa egrégia Corte, **verbis**:

‘A atual redação do art. 594, CPP, aproximou-o das mais recentes recomendações da doutrina penal e da criminologia. A orientação inicial era de a restrição ao exercício do direito de liberdade decorrer do simples reconhecimento do crime; depois, se não demonstradas a primariedade e os bons antecedentes; hoje, por imperativo da Constituição da República, é diferente. A proibição de recorrer em liberdade é excepcional. Urge, além disso, de a decisão ser motivada e evidenciar a necessidade do recolhimento’ (RT 713/408).

Mesmo no caso de crime hediondo, como tal qualificado o delito praticado pelo paciente, a leitura que se faz do § 3º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 é no sentido de ser indispensável a fundamentação, seja para negar, seja para conceder o direito.

No caso dos autos, o benefício veio a ser negado em face de se tratar de crime hediondo e porque desfavoráveis aos acusados as circunstâncias judiciais. Considerou-se ainda, **verbis**:

‘Além do mais, a segregação dos acusados impõe-se para a garantia da ordem pública, vez que a comunidade se sente intranquila ao ver soltos os réus, que praticaram crime tão bárbaro como o latrocínio. Assim, a constrição dos denunciados representa, em última análise, a preservação da credibilidade no Poder Judiciário.’

Considerar que o crime de latrocínio é em si um elemento perturbador da ordem pública é, **d. v.**, tentativa de restabelecer o instituto da prisão preventiva obrigatória, o que o nosso ordenamento constitucional repudia.

A credibilidade do Judiciário é construída diariamente, toda vez que efetivamente aplica a justiça. Nesse caso, isso quer significar que, em face do princípio constitucional de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória, qualquer prisão cautelar não pode ter em conta a culpabilidade do réu, aferida apenas ao final do processo, e não pode importar em antecipação da pretensão executória do Estado.

De modo que opina o MPF pela concessão parcial da ordem, com extensão dos efeitos da decisão ao co-réu.”

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): É este o pedido formulado:

“... caso não concordem os eminentes Ministros desse egrégio e Superior Tribunal de Justiça, em conceder o trancamento da ação penal, por falta de justa causa, embora evidente a ausência do dolo, requer pois a ora impetrante, sejam reconhecidas as nulidades expostas e provadas, o que pode ser feito em sede de **habeas corpus**, e ao final, concedida a favor do Paciente, a expedição do salvo-conduto, para que reiniciando a instrução, possa o mesmo acompanhar todos os atos em liberdade, até final julgamento, ou ainda, ter por reconhecido, o direito de acompanhar o recurso de apelação já interposto perante o Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco...”

O **habeas corpus** processou-se com liminar por mim deferida até que se ultimasse o julgamento.

2. Pelo crime de latrocínio (Código Penal, art. 157, § 3º, 2ª parte), a denúncia, envolvendo ainda outra pessoa, data de agosto de 1995. No mês anterior, fora o paciente preso, mas a sua prisão preventiva acabou sendo revogada em dezembro. Contudo, no ano seguinte (em outubro), novamente teve ele contra si decretada a prisão, porque, segundo informações colhidas, ameaçava os familiares da vítima. Não foi recapturado.

A sentença condenatória é de novembro de 2003; dela consta este dispositivo:

“Isso posto, fixo a pena-base para os acusados Carlos Marcelo Bezerra Cavalcanti e Amilton Martins da Silva relativamente ao crime previsto no § 3º, art. 157 do Código Penal, em vinte e cinco (25) anos de reclusão. Na

ausência de atenuantes, agravantes, ou, ainda, causas de diminuição ou aumento de pena, torno-a definitiva, do que resulta em vinte e três (23) anos de reclusão.

A pena deverá ser cumprida integralmente em regime fechado, haja vista a natureza hedionda no crime praticado (art. 1º, inciso II, e art. 2º, § 1º, ambos da Lei n. 8.072/1990). Determino que o local de cumprimento será o Presídio Brito Alves, em Arcoverde.

Determino que o local de cumprimento será o Presídio Advogado Brito Alves, em Arcoverde.

Em face do disposto no art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/1990, nego aos acusados o direito de apelar em liberdade, tendo em vista que, se não bastasse a hediondez do crime, as circunstâncias judiciais não lhes são favoráveis. Além do mais, a segregação dos acusados impõe-se para a garantia da ordem pública, vez que a comunidade se sente intranquilha ao ver soltos os réus, que praticaram crime tão bárbaro como o latrocínio. Assim, a constrição dos denunciados representa, em última análise, a preservação da credibilidade no Poder Judiciário.”

3. Entre outros escritos e entre outros pedidos e recursos de natureza criminal, escrevi o seguinte voto para o HC n. 33.340:

“Antes de sentença penal condenatória transitada em julgado, a prisão dela decorrente tem a natureza de medida cautelar, a saber, de prisão provisória — classe de que são espécies a prisão em flagrante, a temporária, a preventiva, etc. Em casos tais, requer-se se fundamente a sua imposição; por exemplo, quanto à preventiva, reza o art. 315 da lei processual que o despacho (ou a decisão) que a decrete ou a denegue ‘seja sempre fundamentado’. Outra não tem sido a nossa jurisprudência quanto ao procedimento a ser adotado em relação ao flagrante, à vista do disposto no parágrafo único do art. 310.

De outra banda, presume-se que toda pessoa é inocente, isto é, não será considerada culpada até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, princípio que, de tão eterno e de tão inevitável, prescindiria de norma escrita para tê-lo inscrito no ordenamento jurídico. Em qualquer lugar, a qualquer momento, aqui, ali e acolá, esse princípio é convocado em nome da dignidade da pessoa humana.

Diante dessas aligeiradas linhas, ando perguntando a mim se se justifica a expedição de mandado de prisão, puramente, antes que a sentença penal condenatória transite em julgado. Há, da Terceira Seção do Superior Tribunal, a

Súmula n. 267: 'A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão.'

Não participei da formação da súmula, mas lhe devo respeito, como devo respeito aos precedentes do nosso Tribunal, a todos, embora o próprio Tribunal, para minha tristeza, profunda tristeza, nem sempre respeite seus próprios precedentes. Devo-lhes respeito, dou-lhes fé e deixo com eles a minha fé, mas deles, não obstante tanto respeito e tanta fé, posso dissentir, até porque o nosso Regimento nos autoriza a remessa dos feitos à Seção ou à Corte Especial quando propomos a revisão da jurisprudência já assentada. Vejam o que um homem de letras e filósofo do século XVIII teria dito (dizem que as palavras são de **Voltaire**, o qual, ao nascer, recebeu o nome François-Marie Arouet): 'quem não muda de camisas, nem de idéias, é porque não tem umas nem outras.' Conquanto não tenha eu, pessoalmente, participado, repito, da formação da súmula, estou propondo a mudança do seu enunciado.

Trago, então, uma sugestão, consubstanciada em que a interposição, digamos, do recurso especial, não obstará, a teor da leitura da Súmula n. 267, a expedição de mandado de prisão, *desde que, nesse caso*, o tribunal ou o juiz justificasse a prisão, tal como acontece, por exemplo, com a prisão preventiva, **ut** art. 315. Isso obviamente implicaria alteração da Súmula n. 267. Pensei até em sugerir fosse ela cancelada, verificando, depois, que é possível manter o enunciado, desde que alterado. Encaminhei, assim, o meu raciocínio no sentido de sugerir a alteração; com ela, parece-me, salvo melhor entendimento, que é possível o ajustamento da lei ao princípio da presunção de inocência.

No caso em comento, foi o juiz da causa quem disse que haveria de se aguardar o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, quem apelou foi a defesa, somente ela, e foi o Tribunal que determinou se expedisse o mandado de prisão, fê-lo sem nenhuma achega, sem nenhum fundamento, daí decorrer, portanto, a apontada coação ilegal.

Acompanho o Relator, concedendo a ordem, a fim de que o paciente guarde em liberdade o trânsito em julgado."

Na ementa do RHC n. 16.054, deixei gravado isto: "Por si só, a gravidade do fato não justifica prisão preventiva tendente a garantir a ordem pública." Findei assim o voto: "Ao que também cuido, a cláusula segundo a qual as condutas são graves, constante do ato judicial em questão, não justifica, por si só, procedimento tendente a garantir a ordem pública, daí que, acolhendo o parecer, que se reporta a outras circunstâncias favoráveis ao paciente, dou provimento ao recurso ordinário, a fim de conceder a ordem de **habeas corpus** nos termos sugeridos pela parecerista."

Pela minha lembrança, há precedentes da Sexta Turma que autorizam, em casos semelhantes ao de que estamos cuidando, a apelação em liberdade.

4. Pondo-me em total acordo com o parecer ministerial, cuja inteira transcrição fiz no relatório, concedo em parte a ordem de **habeas corpus** (com o que ratifico a liminar) a fim de garantir ao paciente que apele em liberdade. Estendo a ordem ao co-réu, Amilton Martins da Silva.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: Sr. Presidente, a Lei n. 8.072/1990, que deu cumprimento ao inciso XLIII do art. 5º da Constituição da República fez insuscetível de “fiança e liberdade provisória” os crimes hediondos, a prática de tortura, o tráfico de entorpecentes e o terrorismo.

A propósito do tema, assim se manifestou o Supremo Tribunal Federal, no voto do ilustre Ministro Sepúlveda Pertence, condutor da decisão denegatória unânime do **Habeas Corpus** n. 83.648-ES, **verbis**:

“Voto

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Relator): No HC n. 77.513, em 28.03.2000, a Turma discutiu o cabimento de **habeas corpus** para rever decisão do STJ acerca dos pressupostos de recurso especial decidido contra o réu.

Meu voto, seguido pelo eminente Ministro Sydney Sanches (que já relatara, no mesmo sentido, o HC n. 71.097 — RTJ 162/612), era pela admissibilidade ampla do **habeas corpus**, inclusive — como era o caso — para rever a afirmação da existência ou não da alegada divergência entre julgados.

O voto-vista do eminente Ministro Ilmar Galvão só admitiria **habeas corpus** nas hipóteses excepcionais em que o Tribunal entende cabível o recurso extraordinário contra acórdão proferido em recurso especial, não para reexaminar o seu cabimento em concreto, mas unicamente para verificar a infringência em tese do art. 105, III, da Constituição (**v.g.**, RE n. 140.752-AgRg, Pl., Rezek, 10.02.1994; AI n. 152.835-AgRg, Primeira Turma, Pertence, 30.11.1993, RTJ 155/609; AI n. 147.736-AgRg, Segunda Turma, Velloso, 04.10.1993, DJ 04.02.1994, RTJ 152/264; AI n. 134.469-AgRg, Segunda Turma, Brossard, 03.11.1992, DJ 27.11.1992, Lex 170/195; AI n. 139.810-AgRg, Segunda Turma, Velloso, 24.08.1993, DJ 1º.10.1993, Lex 182/69).

Menos restritivo, o eminente Ministro Moreira Alves — seguido pelo eminente Ministro Octavio Gallotti —, não admitia o HC naquele caso para reexame do dissídio de jurisprudência — que reduzia a mera questão de fato —,

mas o entendia cabível para a revisão das questões jurídicas, mesmo infra-constitucionais, decididas contra paciente, assim, as atinentes às alíneas **a** e **c** do art. 105, III, da Constituição.

Conheço, pois, da impetração.

Entendo, contudo, que o STJ decidiu corretamente a questão de fundo, à vista do art. 2º, II, da Lei dos Crimes Hediondos e na linha da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal (HC n. 78.820, 16.03.1999, Pertence; HC n. 8.2316, 11.02.2003, Sanches).

A proibição legal de concessão da liberdade provisória seria inócua, se a afastasse o juízo da não-ocorrência, no caso concreto, dos motivos autorizadores da prisão preventiva: precisamente porque a inoccorrência deles é uma das hipóteses de liberdade provisória do preso em flagrante (CPE, art. 310, parágrafo único; CF, Lei n. 6.416/1977), o que a Lei n. 8.072 a vedou, se se cuida de prisão em flagrante de crime hediondo.

De outro lado, a proibição da liberdade provisória, nessa hipótese, deriva logicamente do preceito constitucional que impõe a inafiançabilidade das referidas infrações penais: como acentuou, com respaldo na doutrina, o voto vencido, no Tribunal do Espírito Santo, do ilustre Desembagador Sérgio Teixeira Gama, seria ilógico que, vedada pelo art. 5º, XLIII, da Constituição, a liberdade provisória mediante fiança nos crimes hediondos, fosse ela admissível nos casos legais de liberdade provisória *sem* fiança.

Conheço do **habeas corpus**, mas o indefiro: é o meu voto.”

Tenho, assim, como incompatível com a lei e a Constituição Federal a interpretação que conclui pela admissibilidade, no caso de qualquer desses crimes, da conversão da prisão cautelar decorrente de flagrante-delito em liberdade provisória (Código de Processo Penal, art. 310, parágrafo único).

Por lógica e inarredável consequência, vedado está o apelo em liberdade, do réu condenado que respondeu preso, em razão de flagrante-delito, ao processo da ação penal, harmonizadamente, em acréscimo com o art. 35 da Lei de Tóxico.

A todas as luzes, em face do que se expôs, faz-se imperativa a compreensão, a nosso ver indubitosa, de que o § 2º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, como na boa doutrina, tem incidência nos processos de réu solto, coerentemente, aliás, com o contexto da lei em causa e os princípios que a motivaram.

In casu, como deu conta o ilustre Relator, trata-se de réu condenado e evadido e com prisão preventiva decretada, ao qual, além, se negou, a mais, o apelo em liberdade em função do “bárbaro” latrocínio que praticou e pelo qual foi condenado.

Ademais, não há incompatibilidade qualquer entre a prisão cautelar e a presunção de não-culpabilidade, até porque ambas as acolhe a Constituição Federal.

De resto, é este o Enunciado n. 267 da súmula deste Superior Tribunal de Justiça, **verbis**:

“A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão.”

Pelo exposto, **data venia** do ilustre Ministro-Relator, denego a ordem de **habeas corpus**.

É o voto.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Presidente): Srs. Ministros, peço vênias para acompanhar o voto do Ministro-Relator diante da peculiaridade de, no meu modo de ver, não estar suficientemente fundamentada, sem referência ao decreto de prisão preventiva, a negativa de recurso em liberdade.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa: Sr. Presidente, peço vênias para denegar a ordem de **habeas corpus** em virtude de uma circunstância muito peculiar que não me passou despercebida no voto do eminente Ministro-Relator, em que constou como fundamento do segundo decreto de prisão preventiva o fato de um dos acusados, ou de ambos os acusados, estarem a ameaçar os familiares da vítima.

HABEAS CORPUS N. 38.247-SP (2004/0129970-0)

Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa

Impetrante: Frederico Silva Faria

Impetrado: Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo

Paciente: Hernan Alonso Higueta Vasquez

EMENTA

Habeas corpus. Penas. Processual Penal. Exercício ilegal da medicina. Trancamento da ação penal por falta de justa causa. Exame de provas. Impossibilidade. Ordem denegada.

1. É entendimento desta Corte que o trancamento da ação penal por falta de justa causa para a sua propositura só é possível quando se constate, **prima facie**, a atipicidade da conduta, a incidência de causa excludente de culpabilidade, bem como a ausência de indícios de autoria ou prova da materialidade do delito.

2. O exame sumário exigido, tendo por base os documentos que instruem a impetração, não possibilita a conclusão pela razoabilidade das ponderações do impetrante sem que haja exame mais profundo da prova.

3. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem de **habeas corpus**. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Nilson Naves, Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti e Paulo Medina. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 04 de outubro de 2005 (data do julgamento).

Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Relator

DJ 24.10.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa: Trata-se de **habeas corpus**, interposto por Frederico Silva Faria, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, alegando ilegal constrangimento decorrente da denegação da ordem de **habeas corpus**, através do qual pretendia o trancamento da ação penal, sob o argumento de ausente justa causa para o prosseguimento da Ação Penal n. 404/2002, que tramita na Segunda Vara da Comarca de Tatuí.

Pretende agora o recorrente o trancamento da ação penal, alegando a ausência de justa causa para o seu prosseguimento, corrigindo-se dessa forma ilegal constrangimento com a imediata concessão da ordem.

O parecer da Subprocuradoria Geral da República é pela denegação da ordem (fls. 61/68).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa (Relator): O inconformismo não merece prosperar.

Verifica-se da impetração que o paciente, juntamente com outros sete réus, foi denunciado pelo cometimento dos delitos previstos nos arts. 288, 282, **caput**, e parágrafo único, e 171, **caput**, todos do Código Penal, porque na qualidade de médicos, o paciente e outros co-reus exerciam a medicina dentro das dependências do Hospital Avançado, em desacordo com as determinações legais, com o fim de lucro, sem autorização legal, mediante meio fraudulento.

Consta, ainda, que alguns dos médicos tinham seus registros no CRM provisórios e expirados, outros, como o ora paciente, tinham seus registros cancelados e estavam, portanto, impedidos de exercer a medicina no País, conforme informações do Conselho Regional de Medicina de São Paulo.

Segundo, ainda a impetração, o Hospital Avançado dispunha de equipamentos, instalações e demais aparatos necessários a todas as atividades inerentes ao exercício da medicina

O Tribunal **a quo** denegou a ordem sob o fundamento de que a matéria invocada para o trancamento da ação penal envolveria apreciação do mérito da causa.

Pretende agora o impetrante, através deste **habeas corpus**, o trancamento da ação penal, alegando a ausência de justa causa para o prosseguimento da ação penal.

É entendimento desta Corte que o trancamento da ação penal por falta de justa causa para a sua propositura só é possível quando se constate, **prima facie**, a atipicidade da conduta, a incidência de causa excludente de culpabilidade, bem como a ausência de indícios de autoria ou prova da materialidade do delito.

No caso dos autos, o exame sumário aqui exigido, tendo por base os documentos que instruem a impetração, não possibilita a conclusão favorável, desde logo, às ponderações do impetrante, sem que haja exame mais profundo da prova.

Embora se pretenda fazer crer que não tem o paciente qualquer envolvimento com os atos praticados no referido hospital, alegando que apenas deixara um cadastro com dados pessoais naquele local, a verdade é que, como bem apontado no v. acórdão, “não se pode ignorar a existência de documento oficial emanado do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo dando conta de que o paciente estava com seu registro provisório expirado, razão pela qual não poderia exercer a medicina em nenhum local do País (fl. 68). Apesar disso, na época em que supostamente vigorava este impedimento, há nos autos notícia de cadastro preenchido pelo paciente, apresentando-se como médico” (fl. 56)

Assim posta a questão, qualquer conclusão acerca do trancamento da ação penal deverá passar por profunda análise de provas, o que é inviável neste momento, sendo mais adequado, agora, o prosseguimento da ação penal, não havendo nisso nenhum constrangimento ilegal a ser corrigido, até porque terá o paciente oportunidade de se defender, garantidos a ampla defesa e o contraditório.

Ante o exposto, *denego a ordem*.

HABEAS CORPUS N. 39.719-SP (2004/0165077-6)

Relator: Ministro Nilson Naves

Impetrantes: Luiz Ricardo Borges e outro

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Mauri Alberto Pizzo (preso)

EMENTA

Prisão preventiva (Código de Processo Penal, art. 311). Fundamentação (necessidade).

1. Em qualquer fase do inquérito ou da instrução, cabe a prisão preventiva.
2. Certamente que do despacho (ou da decisão) que a decreta exige-se fundamentação.
3. Carecendo de fundamentação, a prisão carece de legalidade.
4. Certamente que a gravidade abstrata do crime por si só não justifica a prisão.
5. **Habeas corpus** deferido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem de **habeas corpus** nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti e Hélio Quaglia

Barbosa votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Paulo Medina. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília, 17 de março de 2005 (data do julgamento).

Ministro Nilson Naves, Relator

DJ 13.06.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: É este o relatório da Subprocuradora-Geral Maria Eliane, falando em nome do Ministério Público Federal:

“Cuida-se de **habeas corpus**, com pedido de liminar, impetrado em favor de Mauri Alberto Pizzo, por alegado constrangimento ilegal imputado à Sexta Câmara Criminal de Férias ‘Julho/2004’ do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que denegou a ordem de **habeas corpus** originária, mantendo-se a prisão cautelar do Paciente.

Consta dos autos que o Paciente foi denunciado pela prática do crime tipificado no art. 214, c.c. o art. 224, ambos do Código Penal Brasileiro, porquanto, teria constrangido a menor Ana Lídia de Carvalho Erbeta Silva, mediante violência ou grave ameaça a praticar ou permitir que com ela se praticasse ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

Atendendo a pedido ministerial, foi decretada, em 24.05.2004, a prisão preventiva do Paciente (fl. 132).

A defesa formulou pedido de revogação de prisão preventiva, que foi indeferido (fls. 170/171 e fls. 178/179). Irresignada, impetrou **habeas corpus** que restou denegado na origem (fl. 221).

Daí o presente **habeas corpus** onde sustenta o Impetrante a falta de fundamentação e dos requisitos autorizadores para a decretação da custódia, cautelar. Argumenta, ainda, excesso de prazo para o término da instrução criminal.

Requer seja concedida liminarmente a ordem de revogação da custódia, bem como sua confirmação no mérito.

Liminar indeferida (fl. 228).

Dispensadas as informações, eis que suficientemente instruído o *writ*.”

S. Ex^a. opina pela denegação da ordem. Eis a ementa do parecer:

“1. Diante do direito constitucionalmente assegurado à liberdade (art. 5º, **caput**, da CF), a prisão preventiva é medida extrema. Considerada um mal necessário, pois suprime a liberdade do acusado antes de uma sentença condenatória transitada em julgado, tem por objetivo a garantia da ordem pública, a preservação da instrução criminal e a fiel execução da pena.

2. Tratando-se de crime doloso punido com reclusão (art. 313, I, do CPP), e atendidos os requisitos do art. 312 quanto à existência do crime e indícios de autoria, além de ter por fundamento a garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal, não há falar em constrangimento ilegal por falta de fundamentação.

3. É pacífico o entendimento de que as circunstâncias de bons antecedentes, residência e emprego fixos não impedem a constrição cautelar quando esta se mostrar necessária.

4. O Paciente está sendo processado pela prática de atentado violento ao pudor, sendo certo que a Lei n. 8.072/1990, em seu art. 2º, inciso II, veda a concessão de liberdade provisória, em face de sua hediondez.

Parecer pela denegação da ordem.”

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): Estou concedendo a ordem. Foi a prisão preventiva decretada em 24.05.2004, nestes termos:

“O pedido de prisão preventiva do réu Mauri Alberto Pizzo, requerida pelo Dr. Promotor de Justiça, deve ser deferido.

Declarações da vítima, depoimentos das testemunhas, bem como dos termos de declarações juntados às fls. 72/77, dão conta da existência do crime, são indicações suficientes de que o réu é o autor, de forma que se conclui que, em liberdade, certamente significa perigo para a ordem pública.

Assim, decreto, nos termos dos arts. 311 e 312 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva de Mauri Alberto Pizzo, devidamente qualificado nos autos, em garantia da ordem pública, a conveniência da instrução criminal e segurança de uma futura aplicação da lei penal.

Expeça-se o competente mandado de prisão preventiva, após, dê-se ciência ao Dr. Defensor, dos documentos juntado às fls. 67/78.”

Faltou ao ato judicial fundamentação, é claro. Faltou-lhe também quando se respondeu aos pedidos de revogação, vamos conferir: (I) “todavia, cumpre-me

registrar que o delito em comento coloca em risco a ordem pública, pois, intranqüiliza toda a comunidade, haja vista as declarações prestadas perante o Dr. Promotor de Justiça, os requisitos legais autorizadores da prisão cautelar, na espécie, se fazem presentes”; (II) “o conceito de ordem pública não se limita a prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas também, a acautelar o meio social e da própria credibilidade da Justiça em face da gravidade do crime e sua repercussão”; (III) “embora candentes os argumentos da defesa, força é convir que a permanência do postulante no cárcere ainda se justifica”.

Ora, antes de sentença penal condenatória transitada em julgado, a prisão dela decorrente tem a natureza de medida cautelar, a saber, de prisão provisória — classe de que são espécies a prisão em flagrante, a temporária, a preventiva, etc. Em casos tais, requer-se se fundamente a sua imposição; por exemplo, quanto à preventiva, reza o art. 315 da lei processual que o despacho (ou a decisão) que a decrete ou a denegue “seja sempre fundamentado”. Outra não tem sido a nossa jurisprudência quanto ao procedimento a ser adotado em relação ao flagrante, à vista do disposto no parágrafo único do art. 310.

Entre tantos precedentes, eis a ementa que escrevi para o HC n. 38.128 (sessão de 16.12.2004):

“Prisão preventiva. Fundamentação (necessidade).

1. O ato judicial que decreta a prisão preventiva, diz a lei, bem como o ato que a revoga, ‘será sempre fundamentado’.

2. Quando, em caso tal, carecer o ato de suficiente motivação, falta-lhe validade, decorrendo daí ilegal coação.

3. Ordem de **habeas corpus** concedida.”

Concedo a ordem para revogar a prisão imposta ao paciente.

HABEAS CORPUS N. 40.041-MS (2004/0170963-1)

Relator: Ministro Nilson Naves

Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso do Sul

Procurador: Eny Cleyde de M. Sartori Nogueira — Defensora Pública

Impetrada: Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul

Paciente: Warley Araújo e Sá (preso)

EMENTA

Pena (aplicação). Circunstância atenuante (menoridade). Civil (menoridade). Código Penal, art. 65, I, e Código Civil, art. 5º.

1. É circunstância que sempre atenua a pena ser o agente, na data do fato, menor de 21 (vinte e um) anos.

2. É certo que a menoridade civil cessa aos dezoito anos completos, no entanto, a norma civil não alterou a norma penal, cujo significado encontra razões na imaturidade da pessoa.

3. A norma penal há de ser alterada por norma da mesma espécie. Soa estranho possa ela ser alterada por outras ordens de idéias — de natureza civil, por exemplo.

4. Ordem de **habeas corpus** concedida a fim de que se refaça o cálculo da pena.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem de **habeas corpus** nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti e Hélio Quaglia Barbosa votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Paulo Medina. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 17 de março de 2005 (data do julgamento).

Ministro Nilson Naves, Relator

DJ 13.06.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: É este o relatório apresentado pela Subprocuradora-Geral Zélia Oliveira:

“Cuida-se de **habeas corpus** impetrado em benefício de Warley Araújo e Sá, contra o v. acórdão da Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul que negou provimento à apelação criminal em que se buscava a aplicação de atenuante prevista no art. 65, I, do Código Penal, ao agente com menos de 21 anos, na data do fato delitivo imputado.

O acórdão está assim ementado:

‘Apelação criminal. Entorpecente. Tráfico ilícito. Depoimento dos policiais do flagrante em harmonia com as demais provas. Autoria demonstrada. Alegação de menoridade. Pena bem fixada. Recurso improvido.

Os depoimentos seguros de policiais que surpreenderam e deram voz de prisão ao réu que transportava substância entorpecente, em harmonia com os demais elementos dos autos, são válidos para a dedução sobre a responsabilidade do acusado.

A primeira parte do inciso I do art. 65 do Código Penal restou revogada, de forma implícita, com a entrada em vigor do novo Código Civil, que diz que a menoridade cessa aos 18 anos completos.’ (Fl. 48)

Tem-se dos autos que o paciente foi condenado a 4 anos de reclusão, em regime integralmente fechado, e 20 dias-multa, pela incursão nas penas do art. 12, **caput**, da Lei n. 6.368/1976.

Em face de tal **decisum**, interpôs apelação criminal, pugnando pela absolvição ou aplicação da atenuante da menoridade, tendo em vista que à época dos fatos, ainda não completara 21 anos, sustentando, no mérito, que a sentença condenatória não estaria fundada em suficiente suporte probatório; que as testemunhas ouvidas em Juízo foram os policiais que participaram da diligência, portanto de valor relativo; por fim, que a sentença teria sido proferida com base nos antecedentes do réu.

O recurso restou improvido, à unanimidade, pela egrégia Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, sob entendimento de que a condenação estaria lastreada em consistente acervo probatório e, quanto à aplicação da atenuante referente à menoridade do agente, que não seria aplicável, por já estar, na data do fato delitivo (9 de julho de 2003), em vigor o novo Código Civil, que reduziu a idade de maioria civil, revogando o art. 65, I, primeira parte, do Código Penal.

Contra dita decisão, impetra o presente **mandamus**, sob alegação de constrangimento ilegal decorrente do malferimento ao art. 65, I, do Código Penal.”

Em conclusão, o parecer é “pela concessão da ordem para que a egrégia Segunda Turma do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul proceda a novo cálculo da pena imposta ao paciente, aplicando a circunstância atenuante prevista no art. 65, I, do Código Penal”.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): Acolho o parecer ministerial, de teor seguinte (quanto aos fundamentos):

“Merece prosperar o **mandamus**.

É que o Tribunal Estadual se recusou a aplicar a atenuante da idade inferior a vinte e um anos, por entender que, praticado o fato delituoso sob a égide do novo Código Civil, imporia reconhecer o descabimento do preceito previsto no art. 65, I, primeira parte, do Código Penal.

Assim dispõe o art. 65, I, do Código Penal:

‘Art. 65. São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

I - ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença;’

É de se ver que a redação do dispositivo não indica qualquer relação com capacidade civil do agente, pois, se assim fosse, uma vez emancipado, segundo as modalidades previstas no antigo Código Civil, não seria possível ao acusado ser beneficiado com a atenuação em comento, o que nunca se admitiu.

O legislador penal, como se pode ver, fez uso de um critério meramente etário para adoção do benefício, sem qualquer menção à capacidade civil do agente.

Com efeito, a inteligência da norma penal é beneficiar o condenado que, por possuir pouca idade, não detém plena capacidade de discernimento; não busca, assim, proteger o civilmente incapaz.

Assim, a redução da maioridade civil tem efeitos restritos à capacidade de exercício pessoal dos atos da vida privada, sem qualquer relevância na esfera penal.

Em assim sendo, o novo Código Civil não revogou outras normas que, especificamente, dispõem sobre temas diversos.

A adoção de benefícios de natureza penal, por outro lado, se apóia em critérios de política criminal vislumbrados pelo legislador que, certamente, não vê suficiente maturidade no indivíduo com idade inferior a vinte e um anos, devendo, por isso, ser tratado com alguma benevolência.

Também por isso trata com alguma brandura o septuagenário, tendo em vista que a senilidade lhe subtrai reflexos e pronta capacidade de avaliação de determinados atos.

Mas nem por isso se pode admitir que o art. 65, I, última parte, do Código Penal, foi modificado pelo Estatuto do Idoso, para reconhecer a atenuante ao maior de sessenta e cinco anos, como já tem pretendido.

Lembre-se, por derradeiro, que em matéria penal, vige o princípio da legalidade restrita, de sorte que o aplicador da lei não pode retirar do réu benefício que a lei penal lhe concedeu, ao argumento de que fora revogado por ato legislativo que nada dispôs sobre a matéria.

É possível que em futuro muito próximo, a atenuação da pena por conta da idade inferior a vinte e um anos seja suprimida do Código Repressivo — no processo penal, por exemplo, já não se exige a nomeação de curador ao réu menor de vinte e um anos, por ocasião do seu interrogatório, visto que o art. 194 do Código de Ritos foi revogado pela Lei n. 10.792/2003.

Até lá, todavia, se a lei penal prevê o benefício, não pode ser subtraído do acusado pelo Juiz.

Nessa augusta Corte, parece que a questão ainda não foi apreciada.

Todavia, já foi enfrentada a influência da modificação da idade de alcance da maioridade civil na esfera infracional, quando analisado o limite de idade para extinção das medidas socioeducativas aplicadas ao adolescente, tendo, essa augusta Corte, firmado o entendimento de que o novo Código Civil não revogou as disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente a respeito do tema.

É ver como se vem posicionando esse Sodalício Superior:

(...)

O mesmo tratamento deve ser dado à questão penal.

Diante do exposto, opina-se pela concessão da ordem para que a egrégia Segunda Turma do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul proceda a novo cálculo da pena imposta ao paciente, aplicando a circunstância atenuante prevista no art. 65, I, do Código Penal.”

Pelo que disse, acolho o parecer ministerial. De fato, as menoridades não se confundem: a de ordem civil não há de repelir a de ordem penal. Ora, tendo o novo Código Civil dito que a menoridade cessa aos 18 (dezoito) anos completos, tal não implicou abolir a circunstância penal atenuante da menoridade, a saber, a de ser o agente, na data do fato, menor de 21 (vinte e um) anos. Isso se me afigura intuitivo. Servem de apoio a esse entendimento, como se disse num velhíssimo acórdão do Império, razões que se fundem no “imperfeito desenvolvimento das faculdades intelectuais do delinqüente na ocasião do crime” (confira-se o Código anotado por

Antonio Luiz Ferreira Tinoco, da publicação “História do Direito Brasileiro”, Superior Tribunal de Justiça/Senado Federal, 2003, p. 52). Posteriormente, idênticas razões foram subscritas, entre outras, por **Costa e Silva**: “A razão do tratamento especial dispensado ao menor de 21 anos é o seu incompleto desenvolvimento físico e moral. Nesse período da vida, não tem, em regra, o indivíduo a experiência e a força de resistência necessárias. É mais sensível à influência de fatores exógenos” (“Código Penal”, vol. I, 1943, p. 275). Também o foram por **Aníbal Bruno**: “Dos 18 aos 21 anos incompletos, o Código admite a sua maturidade ainda imperfeita, para beneficiá-lo com a atenuação da pena. Reconhece a sua imputabilidade e, portanto, a sua responsabilidade penal, mas atenua a punição pelo seu estado de não-completa maturação de espírito” (“Direito Penal”, tomo III, 1967, p. 134). Sei lá se, em dias bem atuais, pode-se, em caso tal, falar em falta de maturidade. Ocorre, porém, que temos lei, e essa é a melhor das suas exegeses.

Se a lei é revogada, ao todo ou em parte, de forma expressa ou tácita, por lei posterior, admitindo-se, também, segundo outras idéias, que também é revogada por força do costume ou desuso, a lei penal, ao que cuida, há de ser revogada por lei da mesma espécie. Soa-me estranho possa ela ser alterada por outra ordem de idéias, digamos, de natureza civil.

Voto pela concessão da ordem a fim de determinar se refaça, na origem, o cálculo da pena.

HABEAS CORPUS N. 40.637-SP (2004/0183030-8)

Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa

Impetrantes: José Sierra Nogueira e outro

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

Paciente: Daniel Victor Iwuagwu (preso)

EMENTA

Habeas corpus. Penal. Processual Penal. Nulidade absoluta. Prova ilícita. Prorrogação de escutas telefônicas. Lei n. 9.296/1996. Inocorrência. Ordem denegada.

1. A interceptação telefônica de fato não pode exceder quinze dias. Porém, pode ser renovada por igual período, não havendo qualquer

restrição legal ao número de vezes em que possa ocorrer sua renovação, desde que comprovada a necessidade.

2. A proclamação de nulidade do processo por prova ilícita se vincula à inexistência de outras provas capazes de confirmar autoria e materialidade; em caso contrário deve ser mantido o decreto de mérito, uma vez fundado em outras provas.

3. *Writ* denegado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem de **habeas corpus**. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Nilson Naves, Paulo Gallotti e Paulo Medina. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 06 de setembro de 2005 (data do julgamento)

Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Relator

DJ 26.09.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa: Cuida-se de **habeas corpus** em que é paciente Daniel Victor Iwuagwu, contra decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que, denegando a ordem, afastou alegação de nulidade absoluta decorrente de prova ilícita.

Alega o impetrante, em suas razões de impetração, que é nula a decisão embasada em prova ilegal consistente em escutas telefônicas que, muito embora autorizadas pelo douto Juízo, estão eivadas de nulidade insanável, já que teriam tais autorizações infringido a Lei n. 9.296/1996, que estabelece os prazos autorizados para as escutas telefônicas, por ter havido excesso nas prorrogações, três ao todo, quando a aludida lei prevê que as autorizações para escuta telefônica ocorram até duas vezes, pelo prazo máximo de quinze dias.

Busca, então, o reconhecimento da nulidade absoluta, afastando-se, com isso, o ilegal constrangimento, que deve ser imediatamente corrigido mediante concessão da ordem a fim de que seja anulada a sentença.

É o sucinto relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa (Relator): Na presente impetração, busca o paciente a anulação do processo, vez que a condenação teria se baseado em prova ilícita.

Segundo consta dos autos, o paciente, juntamente com outros dois réus, foi denunciado como incurso nos arts. 12 e 14 da Lei n. 6.368/1976, porque com aqueles se associara para o fim de praticar tráfico de entorpecentes.

Alega-se que foi decretada a quebra de sigilo telefônico do paciente em afronta ao art. 5º, 1ª parte, da Lei n. 9.296/1996, que estabelece o prazo máximo de quinze dias, renovável por igual período, para a interceptação telefônica.

O art. 5º da Lei n. 9.296/1996 tem o seguinte teor:

“Art. 5º. A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.”

É bem verdade que a interceptação, de fato, não há de exceder quinze dias; porém, pode ser renovada por igual período, não havendo qualquer restrição legal ao número de vezes que possa ocorrer sua renovação, desde que comprovada a sua necessidade.

Nesse sentido, corretas as razões do acórdão impugnado, baseadas na melhor doutrina.

A propósito, as palavras de **Vicente Greco Filho** (in “Interceptação Telefônica”, Saraiva, 1996, p. 31).

“A lei não limita o número de prorrogações possíveis, devendo entender-se, então, que serão tantas quantas forem necessárias à investigação, mesmo porque 30 dias pode ser prazo muito exíguo.”

E em nota de rodapé, o mesmo autor analisa gramaticalmente o dispositivo, acrescentando:

“A leitura rápida do art. 5º poderia levar à idéia de que a prorrogação somente poderia ser autorizada uma vez. Não é assim; ‘uma vez’, no texto da lei, não é adjunto adverbial, é preposição. É óbvio que se existisse uma vírgula após a palavra ‘tempo’, o entendimento seria mais fácil.”

Cumprе ressaltar que os fatos trazidos aos autos se revelam extremamente complexos, envolvendo rede de tráfico de entorpecentes, a ensejar investigação policial diferenciada.

Dessa forma, parece mais razoável a interceptação telefônica perdurar por tempo dilargado, necessário à apuração dos fatos delituosos, cabendo ao juiz da causa avaliar a necessidade, autorizando a medida fundamentadamente, como na espécie aconteceu.

Isso não bastasse, a proclamação de nulidade do processo por prova ilegal se vincula à inexistência de outras provas capazes de confirmar autoria e materialidade; em caso contrário deve ser mantido o decreto de mérito, uma vez fundado em outras provas, como no caso, em que a sentença condenatória reputou comprovada a materialidade, a partir da apreensão de substância entorpecente, em conjunto com prova testemunhal, a corroborar a matéria fática apurada no todo.

Ante o exposto, não havendo nenhum constrangimento ilegal a ser sanado, *denego a ordem*.

HABEAS CORPUS N. 41.734-SP (2005/0021351-1)

Relator: Ministro Paulo Gallotti

Impetrante: Leonil Duarte Pinheiro

Impetrado: Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo

Paciente: Leonil Duarte Pinheiro (preso)

EMENTA

Habeas corpus. Processo Penal. Roubo qualificado. Apelação. Sessão de julgamento realizada sem a intimação pessoal do defensor dativo. Pretensão de aplicação do art. 370, § 4º, do CPP. Intimação realizada em 1990. Não-aplicação da Lei n. 9.271/1996. Nulidade inexistente.

1. Somente com o advento da Lei n. 9.271/1996, que deu nova redação ao § 4º do art. 370 do Código de Processo Penal, é que se passou a exigir que a intimação do defensor dativo fosse feita pessoalmente.

2. No caso, tendo a intimação ocorrido em 1990, isto é, antes da entrada em vigor da apontada lei, não há que se falar em nulidade.

3. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas

taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Paulo Medina, Hélio Quaglia Barbosa e Nilson Neves votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Brasília (DF), 06 de setembro de 2005 (data do julgamento).

Ministro Paulo Gallotti, Presidente e Relator

DJ 03.10.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Cuida-se de **habeas corpus** impetrado em causa própria por Leonil Duarte Pinheiro, condenado como incurso no art. 157 do Código Penal, a 6 anos e 8 meses de reclusão, apontando-se como autoridade coatora o extinto Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo.

Alega-se, em síntese, que o defensor dativo do paciente não foi intimado para o julgamento da apelação por ele interposta, conforme determina o art. 5º, § 5º, da Lei n. 1.060/1950. Diante disso, pretende-se a decretação da nulidade do processo desde então, pleiteando, em consequência, o reconhecimento da extinção da punibilidade em virtude da ocorrência da prescrição retroativa.

Prestadas as informações, o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator): Tenho que a ordem deve ser denegada.

Ao prestar as informações requeridas, a autoridade coatora informou o seguinte:

“Em 23 de agosto de 1990, a defensora dativa do paciente, Dr^a. Maristela Fonseca Gouveia de Castro, foi intimada da pauta de julgamento por publicação na imprensa oficial do Estado.” (Fl. 18)

Somente com o advento da Lei n. 9.271/1996, que deu nova redação ao § 4º do art. 370 do Código de Processo Penal, é que se passou a exigir que a intimação do defensor dativo fosse feita pessoalmente.

No caso, tendo a intimação ocorrido em 1990, isto é, antes da entrada em vigor da apontada lei, não há que se falar em nulidade.

Vejam-se os precedentes:

A - “**Habeas corpus**. Processual Penal. Latrocínio consumado. Fatos ocorridos em 1991. Pretensão de aplicação do art. 370, § 4º, do CPP. Apelação. Sessão de julgamento realizada sem a intimação pessoal do defensor dativo. Cerceamento de defesa. Defensor público e defensor nomeado. Cargos não equivalentes. Nulidade inexistente. Insurgência deduzida treze anos depois. Eventual irregularidade convalidada.

1. O defensor dativo, quando atua no exercício da advocacia particular, não exerce função pública propriamente dita. Assim, em se verificando que a exigência de intimação pessoal do defensor nomeado somente foi trazida pela Lei n. 9.271/1996, não há como decretar-se a nulidade do julgamento do recurso de apelação, por falta de intimação pessoal do defensor dativo, ocorrido antes da entrada em vigor do aludido diploma legal, o qual, por cuidar-se de lei processual, não possui efeito retroativo.

2. Ainda que assim não fosse, esta Corte e o excelso Pretório, em hipóteses análogas, têm-se manifestado no sentido de considerar convalidada a nulidade diante da inércia da defesa, tal como ocorre **in casu**, em que o condenado, mais de sete anos depois, quer ver a anulação do julgamento do recurso de apelação.

3. Ordem denegada.” (HC n. 37.053-RJ, Relatora a Ministra Laurita Vaz, DJ 20.06.2005)

B - “**habeas corpus**. Processo Penal. Recurso de apelação. Crime de roubo. Ausência de intimação pessoal do defensor dativo para o julgamento. Cerceamento de defesa. Obrigatoriedade a partir da Lei n. 9.217, de 1996. Impossibilidade, **in casu**, de reconhecimento de nulidade. Consoante preconiza o § 4º do art. 370 do Código de Processo Penal, com a redação da Lei n. 9.271/1996, a intimação do defensor dativo deve ser pessoal, não sendo lícita a atribuição de efeitos retroativos a este dispositivo. Ordem denegada.” (HC n. 31.487-SP, Relator o Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ 20.06.2005)

Ante o exposto, denego a ordem de **habeas corpus**.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 43.937-RJ (2005/0074746-6)

Relator: Ministro Paulo Gallotti

Impetrante: José Antônio Fagundes Adures

Impetrada: Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Paciente: José Antônio Fagundes Adures

EMENTA

Habeas corpus. Estelionato. Dosimetria da pena. Idade da vítima. Circunstância agravante. Réu que não era maior de 70 anos à data da sentença. Inexistência de atenuante. Impossibilidade de compensação. Ordem denegada.

1. Não há que se falar em compensação entre a agravante genérica do crime cometido contra pessoa idosa, com a atenuante do art. 65, inciso I, parte final, do Código Penal, se à época da sentença o réu não havia atingido a idade de 70 anos.

2. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Paulo Medina, Hélio Quaglia Barbosa e Nilson Naves votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Brasília (DF), 06 de setembro de 2005 (data do julgamento).

Ministro Paulo Gallotti, Presidente e Relator

DJ 03.10.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Cuida-se de **habeas corpus** impetrado, em causa própria, por José Antônio Fagundes Adures, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Os autos foram a mim distribuídos por prevenção com o HC n. 35.968-RJ.

Colhe-se do processado que o paciente foi condenado, juntamente com outras pessoas, por infração ao art. 171, **caput**, do Código Penal, a 1 ano e 6 meses de reclusão, em regime aberto, substituída por medida restritiva de direitos, e multa, tendo a pena-base sido fixada em 1 ano e aumentada de 6 meses pelo reconheci-

mento da agravante de ter sido o crime praticado contra pessoa idosa, decisão mantida em sede de apelação.

Busca o impetrante/paciente, em síntese, afirmando ser idoso, a redução da pena em 6 meses, já que esse foi o **quantum** aumentado diante do reconhecimento da agravante, entendendo, assim, que deveria haver compensação entre essas circunstâncias. Pretende, com a diminuição da reprimenda, seja reconhecida a prescrição superveniente.

Indeferida a liminar, fls. 88/89, o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator): A meu ver, a ordem não deve ser concedida.

À época da sentença condenatória, 17 de dezembro de 2001, assim dispunha o art. 61 do Código Penal, no que interessa:

“Art. 61. São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

(...)

II - ter o agente cometido o crime:

(...)

h) contra criança, velho, enfermo ou mulher grávida.” (redação parcialmente alterada pela Lei n. 10.741/2003, que substituiu o termo “velho” por “maior de 60 anos”)

Por sua vez, o art. 65 assim dispunha:

“Art. 65. São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

I - ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença;” (redação que permanece em vigor)

(...)

Na sentença condenatória, restou consignado:

“Observadas as diretrizes do art. 59 do CP, não vislumbro circunstância judicial que justifique majoração da pena-base acima do mínimo legal, razão pela qual fixo-a em 1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Em segunda fase, aumento a pena em 6 (seis) meses, tendo em vista ter sido o crime praticado contra pessoa idosa, nos termos do art. 61, II, **h**, do

Código Penal, totalizando 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão e 20 (vinte) dias-multa, à razão unitária de 1/10 do valor atualizado do salário mínimo, cf. art. 49, § 1º, do CP” (Fl. 33)

O magistrado de 1º grau, acertadamente, aplicou os dispositivos incidentes na espécie, aumentando a pena por ter sido o crime praticado contra pessoa idosa, sem operar qualquer redução, pois, à época da sentença, o paciente não havia atingido a idade de 70 anos, o que, aliás, só ocorrerá em 27 de março de 2006, conforme se verifica da certidão juntada à fl. 5.

Assim, diferentemente do reconhecido no HC n. 35.643-RJ, impetrado em favor do co-réu Ironi Jobim, maior de 70 anos na data da sentença, não há razão aqui para a redução da pena.

Diante do exposto, denego a ordem.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 353.496-RS (2001/0128430-8)

Relator: Ministro Paulo Gallotti

Recorrente: Roger Silveira Haab

Advogados: Aloísio Jorge Holzmeier e outro

Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

Procuradores: Neusa Mourão Leite e outros

EMENTA

Administrativo. Servidor público. Posse. Prazo. Prorrogação por tempo indeterminado. Impossibilidade. Art. 13, § 2º, da Lei n. 8.112/1990. Inaplicabilidade.

1. A regra do § 2º do art. 13 da Lei n. 8.112/1990 destina-se somente aos servidores públicos, condição que o candidato aprovado em certame público só adquire no momento de sua posse.

2. A higidez física e mental é condição **sine qua non** para o exercício da função pública, requisito que deve ser comprovado dentro dos prazos legais, que não podem ser prorrogados indeterminadamente.

3. Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Paulo Medina, Fontes de Alencar e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Brasília (DF), 11 de novembro de 2003 (data do julgamento).

Ministro Paulo Gallotti, Relator

DJ 05.12.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Cuida-se de recurso especial, com fundamento na alínea **a** do permissivo constitucional, interposto contra acórdão do Tribunal Federal da 4ª Região, assim ementado:

“Administrativo. Prorrogação prazo para posse em cargo público. Motivo de doença. A investidura no cargo público ocorre com a posse (arts. 2º e 7º da Lei n. 8.112), pois, antes desta, a relação jurídica entre o candidato nomeado e a Administração ainda não se aperfeiçoou. O candidato nomeado que, no prazo legal, não apresenta condições de saúde para submeter-se aos exames médicos admissionais não pode se beneficiar da regra contida no art. 13, § 2º, da Lei n. 8.112, porque a higidez física e mental constitui requisito legal para o provimento do cargo, e não pode a Administração aguardar, por tempo indeterminado, a sua reabilitação para então preencher a vaga, quando já demonstrada a necessidade da força de trabalho que ela representa. Apelações providas.” (Fl. 59)

O recorrente aponta violação dos arts. 2º, 7º, 13, § 1º, e 2º, todos da Lei n. 8.112/1990, sustentando, em síntese, que, uma vez nomeado para o cargo em que logrou aprovação em concurso público, poderia se valer do disposto no § 2º do art. 13 do aludido diploma legal, e postergar sua posse para quando estivesse restabelecido do mal que lhe acometeu.

Contra-razões às fls. 74/76.

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

Ouvida, a Subprocuradoria Geral da República manifestou-se pelo conhecimento e improvimento do apelo especial (fls. 83/88).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator): Roger Silveira Haab ajuizou ação ordinária contra o Instituto Nacional do Seguro Social — INSS objetivando ver garantido o direito de tomar posse no cargo de agente administrativo, para o qual foi aprovado em concurso público realizado por aquela autarquia.

Narram os autos que o recorrente, após ser nomeado, em 22 de novembro de 1994, teve prorrogado o prazo para tomar posse até 20.01.1995 em virtude de ter sido internado para tratamento médico no dia 1º de dezembro daquele ano.

Impossibilitado de ser submetido ao exame médico de admissão, moveu ação cautelar preparatória da presente ação, com o propósito de ver novamente prorrogado o aludido prazo, desta vez invocando o disposto no § 2º do art. 13 e o princípio da igualdade insculpido no art. 5º, **caput**, da Constituição Federal.

Indeferida a liminar (fls. 21/23), foi o pedido julgado parcialmente procedente pela sentença de 1º grau “para o fim de declarar o direito do autor à suspensão do prazo para posse no cargo de agente administrativo, voltando a correr, pelo restante, no período imediatamente posterior ao trânsito em julgado da presente ação”.

É este o teor do art. 13, §§ 1º e 2º, com a redação vigente à época do ajuizamento da presente ação:

“Art. 13. A posse dar-se-á pela assinatura do respectivo termo, no qual deverão constar as atribuições, os deveres, as responsabilidades e os direitos inerentes ao cargo ocupado, que não poderão ser alterados unilateralmente, por qualquer das partes, ressalvados os atos de ofício previstos em lei.

§ 1º A posse ocorrerá no prazo de 30 (trinta) dias contados da publicação do ato de provimento, prorrogável por mais 30 (trinta) dias, a requerimento do interessado.

§ 2º Em se tratando de servidor em licença, ou afastado ou qualquer outro motivo legal, o prazo será contado do término do impedimento.”

É essa a fundamentação do acórdão recorrido, **verbis**:

“Consta, nos autos, que o autor, nomeado em 22.01.1994, teve prorrogado o prazo para a posse no cargo de agente administrativo até 20.01.1995, pois, hospitalizado desde 1º.12.1994, não tinha condições de submeter-se ao exame médico que constitui pressuposto para a investidura, conforme dispõe o art. 14 da Lei n. 8.112. Tal dilação de prazo deu-se nos termos do art. 13, § 1º, do mesmo diploma legal, que reconhece, ao candidato, a faculdade de requerê-la,

independentemente da explicitação dos motivos que o levaram a assim proceder. Entretanto, esgotado o prazo legal, e persistindo a sua incapacidade temporária, pretende valer-se da regra contida no § 2º do mencionado dispositivo legal, para, desta feita, suspendê-lo até o restabelecimento de suas condições de saúde. A tanto, opõe-se, o INSS, alegando que os prazos prescritos na lei são peremptórios, e que são destinatários da regra que se intenciona aplicar, no caso concreto, somente os servidores licenciados ou afastados por qualquer motivo legal, não ostentando o autor esse **status**.

Com razão o apelante. A própria lei no seu art. 2º, define 'servidor' como a pessoa legalmente investida em cargo público, estabelecendo, no seu art. 7º, que a investidura no cargo ocorre com a posse. Sob essa perspectiva, é forçoso concluir que, efetivamente, antes de tomar posse, o candidato nomeado não se enquadra no conceito legal.

E a tese esposada no **decisum**, com apoio na lição de **Celso Antonio Bandeira de Mello**, longe de respaldar a ilação de que o autor é alcançado pela norma prevista no § 2º do art. 13 da LRU, apenas confirma que o ato de nomeação dá início a uma relação jurídica com o Poder Público que ainda não se completou. E o fato de decorrer deste primeiro ato direitos e deveres a ambas as partes não quer significar que, desde já, confere, ao candidato, a condição de servidor, antes mesmo de sua investidura no cargo. Tanto é que o direito à posse, assim como o direito à nomeação de quem foi preterido na ordem de classificação do concurso, por exemplo, justificam-se pela natureza vinculada de tais atos, e não pela circunstância de serem seus destinatários servidores públicos. E se, de um lado, pela nomeação, o candidato é designado para titularizar o cargo público, o qual fica provido e de outro, a sua relação com o Estado somente se aperfeiçoa com a posse, na medida em que antes desta, não possui todas as atribuições, deveres, responsabilidades e prerrogativas do cargo.

Além disso, não haveria como afirmar-se que, técnica e formalmente, o autor, vítima de um infortúnio, é verdade, encontrava-se licenciado (situação que pressupõe ato formal da Administração) ou afastado por um dos motivos elencados na lei (férias, viagem a serviço, etc.), no momento em que requerida a suspensão do prazo para posse no cargo.

Nem se poderia pretender ampará-lo na regra que, explicitamente, ressalva a situação do servidor licenciado ou afastado legalmente, a pretexto de estar a norma consagrando uma discriminação inaceitável, porque tanto na hipótese de licença como de afastamento tem-se um impedimento temporário,

por um prazo definido (pois até mesmo a licença-saúde, após eventuais prorrogações, resulta na inativação do servidor depois de determinado lapso temporal), por força de norma legal que expressamente os autorizou (às vezes em proveito do próprio órgão ao qual está vinculado).

Na hipótese dos autos, entretanto, tem-se apenas um atestado médico, datado de 19.12.1994, dando conta de que o autor foi hospitalizado na Clínica São José em 1^a.12.1994, e a assertiva, contida na inicial, de que, provavelmente, teria alta médica após o prazo de trinta dias (o qual teria expirado em meados de fevereiro de 1994, se considerada a época da petição). Nada mais. Em momento algum preocupou-se, o demandante, em demonstrar que persistia o impedimento noticiado nos autos, nem tampouco que, reabilitado, tentou realizar o exame médico necessário para a posse no cargo almejado.

Ao contrário, conta que, indeferida a liminar em 20.01.1995, da decisão não interpôs recurso. Passados quatro anos desde então, nada mais referiu a respeito de seu atual estado de saúde, tendo apenas tangenciado a questão, em sua última manifestação nos autos, em 02.10.1996. Não menciona eventual melhora ou a cessação de sua incapacidade laboral que dizia temporária.

Ademais disso, é de se notar que a impossibilidade de submeter-se à perícia médica admissional se dá por motivo de doença, e a higidez física e mental constitui requisito básico para a assunção de cargo público (art. 5^a, IV, da Lei n. 8.112). Assegurar-lhe, por prazo indeterminado, a posse e exercício no cargo, a fim de oportunizar-lhe a recuperação física, constitui, isto sim, o reconhecimento de um privilégio, pois idêntico tratamento, por certo, não foi concedido aos que foram considerados inaptos no exame médico admissional. E a suspensão de prazo prevista no § 2^a do já citado art. 13 refere-se à circunstância de estar o servidor impedido, legalmente, de assumir suas novas funções, e não de preencher os pressupostos legais para o seu ingresso no serviço público.

Nesse contexto, não há quebra da isonomia a ser reconhecida (art. 5^a da CF). O que parecia, de início, a manifestação de inequívoco interesse em aceitar o cargo acabou por revelar-se em evidente desinteresse em assumi-lo. Depois de quatro anos desde a hospitalização, se ainda não tomou posse nele, ou não apresenta condições de saúde para tanto, ou a sua inércia deve ser considerada em desfavor, pois, em sendo peremptórios os prazos estabelecidos em lei, é descabida a sua prorrogação excepcional no caso concreto. E nem se diga que ele está apenas esperando o deslinde do feito, pois sequer manifesta-se nos autos para informar sobre sua eventual reabilitação.

É de ser ver, ainda, que, depois de decorrido tanto tempo desde a nomeação, e tendo sido indeferida a liminar, é provável que a vaga já tenha sido suprida há bastante tempo, até porque, diante da real, concreta e efetiva necessidade de preenchimento do cargo, não seria crível supor que pudesse, a Administração, reservar vaga por tempo indefinido, correndo o risco de ver expirado o prazo de validade do concurso e, portanto, impedida de aproveitar os candidatos habilitados no certame.

Sob qualquer ângulo que se analise a questão, impõe-se reconhecer que a solução preconizada pelo **decisum** não se revela a mais adequada, sobretudo porque atrela, a meu juízo indevidamente, a fluência do prazo para posse ao trânsito em julgado da sentença (e não à cessação do impedimento, tal como prescreve a norma que pretende aplicar), sendo, pois, evidentes os prejuízos que dela advêm para o normal funcionamento do órgão. O INSS, além de não poder contar, por tempo indefinido, com a força de trabalho que a vaga 'reservada' representa, estará impossibilitado de provê-la a curto prazo, se, definitiva a incapacidade laboral do autor, vier a expirar o prazo de validade do concurso, isto sem falar nos custos que envolveriam a realização de um novo processo seletivo.

Infere-se dos precedentes citados na inicial que o adiamento do exame médico na hipótese de o candidato não comparecer na data aprazada, por doença, é admitido, desde que ele venha a ser realizado dentro do cronograma de aplicação da mesma fase concursal, e não anos depois, pois não seria razoável impedir o prosseguimento e conclusão do certame no aguardo, por tempo indefinido, da convalescência de um único participante. Seria, como afirma o recorrente, 'uma inversão de valores, com a predominância do interesse particular sobre o público' (fl. 39).

E embora não tenha a sentença assegurado a possibilidade da Administração de inadmitir o candidato, se constatada a sua incapacidade física para o desempenho das atribuições do cargo, porquanto determinada a posse e exercício nele 'uma vez aprovado em exame médico na forma do art. 14 da Lei n. 8.112', e não incondicionalmente (fl. 33), não se afigura razoável impedir que o INSS possa contar com a mão-de-obra de que necessita, sem lhe dar qualquer perspectiva de prazo para o efetivo preenchimento da vaga existente.

Nesse aspecto, estava correta a observação feita pelo magistrado que analisou o pedido de liminar no tocante à ausência de uma estimativa médica do provável restabelecimento do autor, já que não pode a Administração aguardar, indefinidamente, a sua recuperação física.

E, ao contrário do que, posteriormente, ponderou o juízo **a quo** na sentença, a questão central não consiste em verificar-se qual o interesse mais relevante: prover imediatamente o cargo ou prover o cargo com o candidato melhor classificado. Nem é verdadeira a assertiva de que a medida de aguardar o restabelecimento do candidato nomeado não causará prejuízo ao interesse público. Se, de fato, tem o autor a intenção de assumir o cargo para o qual foi nomeado, então por que, em momento algum, noticiou a alta hospitalar, já que se passaram quatro anos e meio desde então, ou se apresentou para tomar posse e entrar em exercício nele? Se a moléstia, nesse caso, ‘configura razão de força maior a autorizar, excepcionalmente, nova prorrogação (fl. 32), até quando será justificado o alargamento do prazo legal?

Se nomeação houve, é de se supor a necessidade premente de preenchimento da vaga. Nesse sentido, não se afigura plausível assegurar, ao autor, o direito à posse e exercício no cargo, por prazo indefinido, ampliando o conteúdo da normal legal, sem que reste demonstrado, em contrapartida, o seu empenho em assumir suas funções tão logo habilitado para tanto, havendo, ainda, o risco de expiração do prazo do concurso, a inviabilizar o aproveitamento de outros candidatos.” (Fls. 54/57)

Tenho que, na linha da compreensão firmada pelo Tribunal de origem, a regra do § 2^a do art. 13 da Lei n. 8.112/1990 destina-se somente aos servidores públicos, condição que o recorrente não ostentava quando formulou o segundo pedido de prorrogação do prazo para tomar posse.

Conforme leciona **Hely Lopes Meirelles**, in “Curso de Direito Administrativo Brasileiro”, Malheiros, 27^a edição, “a posse é a **conditio juris** da função pública. Por ela se conferem ao servidor ou ao agente político as prerrogativas, os direitos e deveres do cargo ou do mandato. Sem a posse, o provimento não se completa, nem pode haver exercício da função pública. É a posse que marca o início dos direitos e deveres funcionais, como, também, gera restrições, impedimentos e incompatibilidades para o desempenho de outros cargos, funções ou mandatos”. (Fl. 411)

De outro lado, como assentou o aresto hostilizado, a higidez física e mental é condição **sine qua non** para o exercício da função pública, requisito que deve ser comprovado dentro dos prazos legais, que não podem ser prorrogados indeterminadamente.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 510.913-CE (2003/0034700-9)

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido

Recorrente: Estado do Ceará

Procuradores: Erlon Moreira Pinto e outros

Recorridos: Francisco Fernando Alcântara Mota e outro

Advogado: Cid Alcides Campos

EMENTA

Recurso especial. Previdenciário. Prescrição quinquenal. Prestação de trato sucessivo. Súmula n. 85-STJ. Exame de direito local.

1. Em se reduzindo a análise da questão federal, tal como posta na insurgência especial, necessariamente, à interpretação de norma de direito local, faz-se inviável em sede de recurso especial, a teor do Enunciado n. 280 da súmula do Supremo Tribunal Federal.

2. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Paulo Gallotti, Hélio Quaglia Barbosa e Nilson Naves votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Paulo Medina. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

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

Ministro Hamilton Carvalhido, Relator

DJ 13.12.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: Recurso especial interposto pelo Estado do Ceará, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea a, da Constituição Federal, impugnando acórdão da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, assim ementado:

“Não há que se cogitar de prescrição do fundo de direito, pois que, esse instituto alcança as prestações quinquenais que antecedem o ajuizamento da ação.

Implementadas as condições exigidas para fazer jus ao benefício, tal qual o recolhimento das diferenças relativas à contribuição junto ao Ipec, além de legitimar o órgão previdenciário para figurar no pólo passivo da demanda, negar não se há o direito de reajustamento das pensões a que fazem jus os autores, que não podem ser retiradas por lei nova, desde o instante em que se perfez o direito adquirido, passando a integrar o patrimônio do servidor.” (Fls. 124/125)

Sustenta o recorrente a ocorrência, na espécie, da prescrição de fundo de direito, porque, como se recolhe nas próprias razões recursais:

“(…)

Em consonância com o já explanado pelo Supremo Tribunal Federal (Súmula n. 443), entende-se que quando se está discutindo a própria relação que dá causa a uma situação da qual se originam prestações de trato sucessivo não apenas estas prescrevem (Súmula n. 85-STJ).

Trata-se, em verdade, de regra consignada no art. 1º do Decreto n. 20.910/1932, que assim dispõe:

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

Destarte, poderá haver, tal como no caso em espécie, prescrição do próprio fundo de direito, ao contrário do que preconizou a Corte cearense que propala a aplicação do instituto somente no que pertine às prestações periódicas, em total contrariedade à lei federal.

(…)” (fls. 150/151 do apenso I).

A violação do art. 1º do Decreto n. 20.910/1932 funda a insurgência especial. Recurso tempestivo (fl. 148), respondido (fl. 152) e inadmitido (fls. 157/158). Agravo de instrumento provido.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Sr. Presidente, sustenta o recorrente a ocorrência, na espécie, da prescrição de fundo de direito, porque, como se recolhe nas próprias razões recursais:

“(…)

Em consonância com o já explanado pelo Supremo Tribunal Federal (Súmula n. 443), entende-se que quando se está discutindo a própria relação que dá causa a uma situação da qual se originam prestações de trato sucessivo não apenas estas prescrevem (Súmula n. 85-STJ).

Trata-se, em verdade, de regra consignada no art. 1º do Decreto n. 20.910/1932, que assim dispõe:

‘As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originaram.’

Destarte, poderá haver, tal como no caso em espécie, prescrição do próprio fundo de direito, ao contrário do que preconizou a Corte cearense que propala a aplicação do instituto somente no que pertine às prestações periódicas, em total contrariedade à Lei Federal.

(…)” (fls. 150/151 do apenso I).

Aponta, assim, a violação do art. 1º do Decreto n. 20.910/1932, que dispõe, **verbis**:

“Art. 1º As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, seja qual for sua origem, prescrevem em cinco anos, contados da data do ato ou fato do qual se originaram.”

Ocorre, entretanto, que, **in casu**, ao que se tem dos autos, pretendem os recorridos a incorporação à pensão parlamentar vitalícia que percebem das vantagens decorrentes da Lei Estadual n. 10.715/1982.

É o que se depreende do pedido deduzido no item **a** da petição inicial, senão vejamos:

“(…) ser declarado e reconhecido aos suplicantes o direito de terem suas pensões parlamentares ajustadas, de modo a que o percentual de 1/20 (hum vinte avos) por ano de contribuição, a que fazem jus, incida sobre os subsídios, parte fixa e parte variável e vantagens auferidas pelos deputados estaduais, na forma preconizada na Lei n. 10.715, de 27 de setembro de 1982;

(…)” (fl. 6).

Tem-se, assim que, diversamente do alegado pelo recorrente, não cuida a espécie de pretensão de revisão de ato de concessão de pensão, mas de incorporação

de vantagens às pensões a que fazem jus os recorridos, tal como previsto na Lei Estadual n. 10.715/1982, constituindo-se, portanto, em típica hipótese de vantagem de trato sucessivo, o que faz incidir na espécie o enunciado da Súmula n. 85 desta Corte, **verbis**:

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

Não é outro o sentido da sentença de 1ª grau:

“José Haroldo Magalhães Martins e Francisco Fernando Alcântara Mota promovem a presente ação ordinária contra o Estado do Ceará e o Instituto da Previdência do Estado do Ceará com o objetivo de ser-lhes reconhecido e declarado o direito, como ex-deputados estaduais, de terem suas pensões ajustadas, de modo que o percentual de 1/20 (hum vinte avos) por ano de contribuição incida sobre os subsídios, parte fixa e parte variável e vantagens auferidas pelos deputados estaduais, na forma preconizada pela Lei n. 10.715, de 27 de setembro de 1982.

(...)

É de se rejeitar (...) a preliminar de prescrição do próprio fundo do direito, uma vez que se trata de vantagem incorporada ao patrimônio dos demandantes por força de lei na qual apóiam a sua pretensão, ao lado de jurisprudência iterativa de nossa Corte de Justiça Estadual.

A prescrição, no caso, incidirá apenas sobre as prestações anteriores a um quinquênio da propositura da ação.

(...)” (fls. 95/97).

E, ainda, do acórdão impugnado:

“(…)

José Haroldo Magalhães Martins e Francisco Fernando Alcântara Mota, ingressaram com a presente ação ordinária contra o Estado do Ceará e o Instituto de Previdência do Estado do Ceará, objetivando ser-lhes reconhecido o direito, na condição de ex-deputados estaduais, a terem suas pensões reajustadas, de modo que o percentual de 1/20 (hum vinte avos), por ano de contribuição, incida sobre os subsídios, parte fixa e variável e vantagens auferidas pelos deputados estaduais, isso em respeito à Lei n. 10.715/1982.

(...)

A seu tempo, o Estado do Ceará aflora matéria preliminar a dizer que o direito perseguido pelos promoventes teria sido já alcançado pelo instituto da prescrição.

De igual sorte, essa preliminar também não deve prosperar, tendo inclusive sido repelida na sentença recorrida, quando entendeu o MM. Juiz, a exemplo de já examinada e decidida a matéria até em 2ª grau, que a prescrição alcançaria apenas as prestações quinquenais anteriores ao ajuizamento da ação, e jamais o fundo de direito.

A matéria, inclusive, já foi deslindada em outros casos semelhantes perante esta Câmara, havendo que se levar em conta que o direito adquirido, seja em qualquer situação, como no ato de aposentadoria, não pode ser abalado pelo instituto da prescrição.” (Fls. 125/128)

De qualquer modo, ao que se tem, a questão federal, tal como posta, implica, necessariamente, a apreciação de dispositivo constante na Lei Estadual n. 10.715/1982, no sentido de se verificar a natureza da alteração produzida pela norma de direito local no pensionamento dos recorridos, pretensão incabível em sede de recurso especial, consoante o disposto no art. 105, inciso III, da Constituição da República, **verbis**:

“Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

(...)

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou Lei Federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de Lei Federal;
- c) *der à Lei Federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.*” (nossos os grifos).

Tem incidência, assim, o Enunciado n. 280 da súmula do Supremo Tribunal Federal, também aplicável em sede de recurso especial, **verbis**:

“Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário.”

Nesse sentido:

“Agravos regimental. Previdenciário. Prescrição quinquenal. Configurada a hipótese de prestação de trato sucessivo. Súmula n. 85-STJ. Exame de direito local.

1. O **dies a quo** do prazo prescricional constitui-se na data da lesão do direito subjetivo, produzida pelo descumprimento do dever jurídico correspondente.

2. 'Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação.' (súmula do STJ, Enunciado n. 85).

3. Incabível a alegação de que o direito que se pretende resguardar foi instituído por lei local diversa da apreciada pelo acórdão, até porque, nos termos da Súmula n. 280 do STF, o exame de direito local não enseja recurso especial.

4. Agravo regimental improvido." (AgRg no REsp n. 68.239-SP, da minha relatoria, **in** DJ 04.02.2002).

Pelo exposto, não conheço do recurso especial.

É o voto.

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 15.047-BA (2002/0077259-2)

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido

Recorrente: José Fróes de Castro

Advogados: Lisianne Meira Maia Gama e outros

Tribunal origem: Tribunal de Justiça do Estado da Bahia

Impetrado: Governador do Estado da Bahia

Recorrido: Estado da Bahia

Procuradores: Candice de Moura Ludwig e outros

Sustentação oral: Lisianne Meira Maia Gama, pelo recorrente

EMENTA

Recurso ordinário em mandado de segurança. Constitucional. Administrativo. Aposentadoria. Cassação. Inexistência de direito adquirido. Supressão de instância. Ausência de prova pré-constituída. Reexame de prova. Incabimento.

1. “Será cassada a aposentadoria ou a disponibilidade, se ficar provado, em processo regular, que o funcionário praticou, *quando em atividade*, qualquer dos atos para os quais cominada neste Estatuto a pena de demissão, ou demissão a bem do serviço público.” (art. 245 da Lei n. 2.323/1966, Estatuto dos Servidores Públicos da Bahia).

2. Irrelevante o fato de o servidor já haver realizado os requisitos para concessão da aposentadoria anteriormente à prática das faltas se, ao cometê-las, ainda se encontrava em atividade.

3. Não se conhece do recurso ordinário na parte em que a matéria que dá substância à motivação não se constituiu em objeto do **decisum** impugnado, pena de supressão de um dos graus de jurisdição.

4. Resta incontroverso em todo o constructo doutrinário e jurisprudencial que o **mandamus** não admite dilação probatória, daí porque a prova do alegado direito líquido e certo deve ser pré-constituída.

5. São pacíficas a doutrina e a jurisprudência de nossos tribunais no sentido de que é incabível, em sede de mandado de segurança, o reexame de prova.

6. Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Paulo Medina, acompanhando o voto do Sr. Ministro-Relator, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Paulo Gallotti e Paulo Medina votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalho.

Brasília (DF), 23 de março de 2004 (data do julgamento).

Ministro Hamilton Carvalho, Presidente e Relator

DJ 09.02.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalho: Recurso ordinário interposto por José Fróes de Castro contra acórdão do Pleno do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia

que denegou o mandado de segurança impetrado contra ato do Governador do Estado, que cassou-lhe a aposentadoria, assim ementado:

“Mandado de segurança. Liminar indeferida. Processo administrativo. Ampla defesa. Observância ao princípio do devido processo legal. Segurança denegada.

Em autos de ação mandamental, há que se denegar a segurança se restou evidenciado que o ato acoimado de ilegal decorreu das provas produzidas em processo administrativo, no qual foi observado o princípio do devido processo legal e conferido ao Impetrante o direito a ampla defesa.” (Fl. 316)

Alega o recorrente que, por ser servidor público estadual, não lhe é aplicável a Lei n. 8.112/1990, incidindo, tampouco, na espécie, a Lei Estadual n. 2.323/1966, Estatuto dos Servidores Públicos da Bahia porque, embora tenha se aposentado em 28 de setembro de 1988, quando dos fatos que dão origem ao processo administrativo-disciplinar — maio de 1988 —, já possuía direito adquirido à aposentadoria porque preencheria o requisito temporal à sua concessão desde 4 de julho de 1984.

Sustenta, ainda, que

“(…) pagou um alto preço ao ser condenado com a pena de demissão, tendo em vista que o perito grafotécnico constatou ser as assinaturas do recorrente verdadeiras e constantes das notas fiscais avulsas que ora se acostam, considerando-se as assinaturas existentes ‘da peça-padrão’.

Todavia, em exame minucioso feito por peritos do Instituto de Criminalística do Espírito Santo, comprovou-se que as assinaturas constantes dos documentos ‘notas fiscais avulsas’, objeto da acusação e da sua condenação divergem das assinaturas colhidas pelo exame grafotécnico que foi realizado.

Conclui-se, pois, que as assinaturas constantes nas peças-padrão não são do recorrente.” (Fl. 351)

Recurso tempestivo (fl. 329) e respondido (fls. 437/442).

O Ministério Público Federal veio pelo improvimento do recurso, em parecer assim sumariado:

“Administrativo. Servidor público. Recurso ordinário em mandado de segurança. Processo administrativo-disciplinar. Cassação de aposentadoria decorrente de demissão a bem do serviço público. Inadequação da via eleita. Necessidade de produção de provas. Legalidade do ato coator. Garantia da ampla defesa e do contraditório. Proporcionalidade da pena aplicada.

I - Inadequada a via mandamental quando necessária a produção de provas.



II - A atuação do Poder Judiciário, nas hipóteses como a vertente, deve circunscrever-se ao campo da constitucionalidade e da legalidade do ato demissionário.

III - **In casu**, entendendo não ter sido negado ao impetrante o direito à ampla defesa e nem ao contraditório, não havendo nenhuma irregularidade de ordem formal, capaz de ensejar a anulação do ato administrativo.

IV - Presente, a meu ver, a indispensável proporcionalidade da pena aplicada, porquanto ao final do exaustivo processo disciplinar, restou demonstrada a prática da conduta de emissão irregular de notas fiscais, estando, ainda, adequadamente fundamentada a decisão administrativa.

V - Parecer opinando pelo conhecimento e desprovimento do recurso ordinário.” (Fl. 451)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Srs. Ministros, está o recorrente em que possui direito adquirido à aposentadoria porque, quando dos fatos irregulares que lhe foram imputados, já possuía tempo de serviço bastante à sua concessão.

Entretanto, é da letra do próprio Estatuto dos Servidores Públicos da Bahia, Lei n. 2.323/1966, por seu art. 245, que a aposentadoria poderá ser cassada em face da comprovação, em processo administrativo-disciplinar, de que, em atividade, o servidor praticou falta punida com demissão, **verbis**:

“Art. 245. Será cassada a aposentadoria ou a disponibilidade, se ficar provado, em processo regular, que o funcionário:

I - praticou, *quando em atividade*, qualquer dos atos para os quais cominada neste Estatuto a pena de demissão, ou demissão a bem do serviço público;” (nossos os grifos).

Assim, absolutamente irrelevante o fato de o servidor já possuir os requisitos para concessão da aposentadoria em data anterior às faltas se, quando da sua prática, ainda estava em atividade.

Se não requereu sua aposentadoria no tempo oportuno e permaneceu prestando serviço público, deveria ter continuado observando as regras que regem os servidores públicos, no exercício de suas funções, cuja violação, a qualquer tempo, importa a imposição da penalidade cabível.

Vejam-se, por todos, os seguintes precedentes jurisprudenciais:

“Administrativo. Mandado de segurança. Servidor demitido. Alegação de que à época da aplicação da pena administrativa já contava tempo de serviço suficiente para a aposentadoria voluntária. Irrelevância.

1. Não aproveita ao servidor que veio a ser punido com pena de demissão, após a realização de processo administrativo, a alegação de que ao tempo da aplicação da pena administrativa, contava ele tempo de serviço suficiente para se aposentar voluntariamente, pois, se não requereu dito benefício na ocasião oportuna, deveria continuar a observar, diligentemente, os princípios que regem a Administração **interna corporis**, máxime que consoante o disposto no art. 134 da Lei n. 8.112/1990, pode a aposentadoria ser cassada em relação ao inativo que durante o período de atividade cometeu falta grave, punível com demissão, devidamente apurada.

2. Precedentes do STF.

3. Mandado de segurança denegado.” (MS n. 4.200-DE, Relator Ministro Anselmo Santiago, **in** DJ 1º.02.1999).

“I - Cassação de aposentadoria pela prática, na atividade, de falta disciplinar punível com demissão (Lei n. 8.112/1990, art. 134): constitucionalidade, sendo irrelevante que não a preveja a Constituição e improcedente a alegação de ofensa do ato jurídico perfeito.

II - Presidente da República: competência para a demissão de servidor de autarquia federal ou a cassação de sua aposentadoria.

III - Punição disciplinar: prescrição: a instauração do processo disciplinar interrompe o fluxo da prescrição, que volta a correr por inteiro se não decidido no prazo legal de 140 dias, a partir do termo final desse último.

IV - Processo administrativo-disciplinar: congruência entre a indicição e o fundamento da punição aplicada, que se verifica a partir dos fatos imputados e não de sua capitulação legal.” (MS n. 23.299-SP, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, **in** DJ 12.04.2002).

“Mandado de segurança. Demissão. Procurador autárquico. 2. Alegação de inconstitucionalidade dos incisos III e IV do art. 127 da Lei n. 8.112/1990, ao estabelecerem entre as penalidades disciplinares a demissão e a cassação de aposentadoria ou disponibilidade. Sua improcedência. A ruptura do vínculo funcional é prevista no art. 41, § 1º, da Constituição. Houve, no caso, processo administrativo, onde assegurada ao impetrante ampla defesa. A demissão decretou-se por valer-se o impetrante do cargo, em detrimento da

dignidade da função pública e desídia. Lei n. 8.112/1990, art. 117, incisos IX e XI. 3. Não cabe, em mandado de segurança, penetrar na intimidade das provas e fatos de que resultou o processo disciplinar. 4. *Não pode prosperar, aqui, contra a demissão, a alegação de possuir o servidor mais de trinta e sete anos de serviço público. A demissão, no caso, decorre da apuração de ilícito disciplinar perpetrado pelo funcionário público, no exercício de suas funções. Não é, em conseqüência, invocável o fato de já possuir tempo de serviço público suficiente à aposentadoria. A lei prevê, inclusive, a pena de cassação da aposentadoria, aplicável ao servidor já inativo, se resultar apurado que praticou ilícito disciplinar grave, em atividade.* 5. Autonomia das instâncias disciplinar e penal. 6. Mandado de segurança indeferido.” (MS n. 21.948-RJ, Relator Ministro Néri da Silveira, in DJ 07.12.1995 — nossos os grifos).

Posto isso, tem-se na espécie que o recorrente respondeu a processo administrativo-disciplinar relativamente “à emissão irregular de notas fiscais avulsas” e pela “falta de recolhimento aos cofres da fazenda pública estadual, do Imposto sobre Circulação de Mercadorias — ICM, destacado nas primeiras vias das referidas notas fiscais avulsas e cobrado mediante emissão de Documento de Arrecadação Estadual — DAE, que acompanha as primeiras vias das notas fiscais avulsas emitidas”. (Fl. 3), ao qual resultou na aplicação da pena de demissão a bem do serviço público, convertida em cassação de aposentadoria.

Está o recorrente em que:

“(...) pagou um alto preço ao ser condenado com a pena de demissão, tendo em vista que o perito grafotécnico constatou serem as assinaturas do recorrente verdadeiras e constantes das notas fiscais avulsas que ora se acostam, considerando-se as assinaturas existentes ‘da peça-padrão’.

Todavia, em exame minucioso feito por peritos do Instituto de Criminalística do Espírito Santo, comprovou-se que as assinaturas constantes dos documentos ‘notas fiscais avulsas’, objeto da acusação e da sua condenação divergem das assinaturas colhidas pelo exame grafotécnico que foi realizado.

Conclui-se, pois, que as assinaturas constantes nas peças-padrão não são do recorrente.” (Fl. 351)

Ocorre, entretanto, que o segundo exame grafotécnico, que concluiu pela existência de divergência entre as assinaturas apostas nas cópias das notas fiscais e os padrões gráficos do recorrente não integrou o processo administrativo-disciplinar, tampouco o mandado de segurança impetrado, vindo somente a ser juntado aos autos quando da interposição do presente recurso ordinário, não tendo, por isso, sido objeto de decisão do acórdão recorrido, o que, por si só inviabiliza a

análise da questão por este Superior Tribunal de Justiça, pena de supressão de instância, a par do fato de que, como resta incontroverso em todo constructo doutrinário e jurisprudencial, o **mandamus** não admite dilação probatória, daí porque a prova do alegado direito líquido e certo deve ser pré-constituída.

Nesse sentido:

“Recurso ordinário em mandado de segurança. Direito líquido e certo. Ausência de prova pré-constituída. O mandado de segurança, em face à sua natureza excepcional, não comporta dilação probatória, fazendo-se necessário que a indigitada violação a direito líquido e certo do impetrante reste evidenciada por prova pré-constituída, indene de dúvidas. Agravo a que se nega provimento.” (AgRg no RMS n. 12.567-MG, Relator Ministro Castro Filho, **in** DJ 04.11.2002).

Diga-se, de qualquer modo, que a conclusão do aludido exame não é taxativa em aferir a falsidade das assinaturas, limitando-se a “aconselhar os peritos que tais documentos sejam novamente analisados em originais para que se possa concluir categoricamente sem margens de dúvidas”. (Fl. 379)

O fundamental, contudo, **in casu**, é que não se vislumbra nulidade qualquer no ato demissório, devidamente motivado e fundamentado, como se extrai do relatório final da Comissão de Processo Administrativo-Disciplinar:

“(…)

Por fim, a Comissão, por unanimidade de seus Membros, sopesadas as provas constantes dos autos, pró e contra, consideradas as razões apresentadas pela defesa, e, considerada, ainda, a inexistência de causas excludentes de culpabilidade e também de causas extinguentes de punibilidade, conclui que, dolosamente:

a) O acusado José Fróes de Castro, Cadastro n. 50.846, atualmente Auditor Fiscal, classe II, referência 7, inativo, quando ainda em efetivo exercício, *emitiu, ou então permitiu que se emitissem, irregularmente, notas fiscais avulsas*, relativas aos Talonários ns. 525.951 a 526.000, ns. 589.101 a 589.150, ns. 913.351 a 913.400, ns. 936.251 a 936.300, ns. 937.701 a 937.750, ns. 503.001 a 503.050 e ns. 659.201 a 659.250, para acobertar supostas operações de saídas de couros bovinos, deste Estado da Bahia para o Estado do Espírito Santo, destinados à firma Jajo Comércio de Couros Ltda, de Linhares-ES, sem que o Imposto de Circulação de Mercadorias — ICM destacado nas notas fiscais avulsas, consoante Documentos de Arrecadação Estadual — DAEs anexos às referidas notas fiscais avulsas, também irregularmente emitidos, tenha sido recolhido aos cofres públicos do Estado, com

prejuízos para a Fazenda Pública Estadual, praticando crimes não só contra a Fazenda Pública Estadual, mas também contra a Administração Pública e contra a fé pública, com o agravante de tratar-se de ação delituosa continuada por quase doze longos meses;

(...)

24. Definida, assim, a culpabilidade de ambos os acusados, José Fróes de Castro e Salústio de Almeida Santos, conclui, também, a Comissão, ainda pela unanimidade de seus Membros, que:

a) O acusado José Fróes de Castro, Cadastro n. 50.846, atualmente Auditor Fiscal, classe II, referência 7, inativo, infringiu os arts. 225, III e XII; 226, XVI; 227, 228, 229 e 230 combinados com os arts. 235, 239, IV; 240 II, e 245, I, da Lei n. 2.323, de 11 de abril de 1966 — Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado da Bahia, estando, por conseguinte, sujeito à pena de cassação de aposentadoria, prevista no art. 234, VI, da referida lei.” (Fls. 189/190)

E do ato que, acolhendo a sugestão da comissão, aplicou ao recorrente a pena de demissão a bem do serviço público, posteriormente convertida em cassação de aposentadoria:

“O Governador do Estado da Bahia, no uso de suas atribuições, e tendo em vista o que consta do Processo SF n. 2.803/1991,

Resolve

demitir, a bem do serviço público, José Fróes de Castro, Agente de Tributos Estaduais, classe III, Cadastro n. 050846, do Quadro da Secretaria da Fazenda, nos termos do art. 240, incisos II e V, combinado com o art. 245, parágrafo único, ambos da Lei n. 2.323, de 11 de abril de 1966, vigente à época da infração.” (Fl. 31)

Demais, a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que compete ao Poder Judiciário apenas apreciar a regularidade do processo administrativo-disciplinar à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, sem contudo, adentrar no mérito administrativo.

Verificada a regularidade do processo administrativo-disciplinar e a correlação da figura típica da falta disciplinar cometida com o preceito que autoriza a demissão a bem do serviço público, o cabimento ou não da pena aplicada, da valoração das provas, requisita, necessariamente, a revisão do material fático apurado no procedimento administrativo, com a conseqüente incursão sobre o mérito do julgamento administrativo, estranhos ao âmbito de cabimento do **mandamus** e à competência do Poder Judiciário.

Nesse sentido:

“1. Mandado de segurança. Ato disciplinar. Reexame dos fatos apurados no inquérito administrativo. O mandado de segurança não é meio hábil a alcançar-se, no Judiciário, a substituição da moldura fática delineada no processo administrativo. A regra segundo a qual não se dará segurança quando se tratar de ato disciplinar, salvo se praticado por autoridade incompetente ou preterida formalidade essencial — inciso III do art. 5º da Lei n. 1.533/1951 — afina-se com a exigência sobre a liquidez e certeza do direito, porquanto impossível é confundir o enquadramento jurídico dos fatos apurados com a revisão destes, somente passível de ser alcançada em fase própria, ou seja, a probatória, em que viabilizadas altas indagações sobre os acontecimentos envolvidos na controvérsia.

(...)” (MS n. 21.297-DF, Relator Ministro Marco Aurélio, **in** DJ 28.02.1992).

“Mandado de segurança contra ato do Presidente da República. Demissão de Agente de Polícia Federal, do Departamento de Polícia Federal, do Ministério da Justiça: transporte de mercadorias contrabandeadas em Foz do Iguaçu. Alegação de equivocada apreciação das provas e de que a decisão do processo administrativo deveria aguardar o trânsito em julgado do processo-crime.

1. Não cabe reexaminar em mandado de segurança os elementos de provas e os concernentes à materialidade e autoria do delito, porque exigem instrução probatória.

(...)

3. Mandado de segurança conhecido, mas indeferido, ressalvando-se ao impetrante as vias ordinárias.” (MS n. 22.534-PR, Relator Ministro Maurício Corrêa, **in** DJ 10.09.1999 — nossos os grifos).

“Cassação de aposentadoria. Agente de polícia federal. Inexistência de prova da responsabilidade disciplinar. Inviabilidade de sua análise em sede mandamental. Inimputabilidade do impetrante. Existência de perícia idônea afirmando a sua plena capacidade de autodeterminação. Alegação de irregularidades formais. Ausência de demonstração. Desnecessidade de a cassação de aposentadoria ser previamente autorizada pelo Tribunal de Contas da União. Mandado de segurança indeferido.

O processo mandamental não se revela meio juridicamente adequado à reapreciação de matéria de fato e nem constitui instrumento idôneo à reavaliação

dos elementos probatórios que, ponderados pela autoridade competente, substantiam o juízo censório proferido pela Administração Pública.

Refoje aos estreitos limites da ação mandamental o exame de fatos despojados da necessária liquidez, pois o **iter** procedimental do mandado de segurança não comporta a possibilidade de instauração *incidental* de uma fase de dilação probatória.

A noção de direito líquido e certo ajusta-se, em seu específico sentido jurídico, ao conceito de situação que deriva de fato certo, vale dizer, de fato passível de comprovação documental imediata e inequívoca.

(...)” (MS n. 20.882-DF, Relator Ministro Celso de Mello, **in** DJ 23.09.1994).

E deste Superior Tribunal de Justiça:

“Recurso especial. Administrativo. Mandado de segurança. Ato disciplinar. Exame de seu mérito. Impossibilidade.

Ao Judiciário cabe examinar ato disciplinar apenas sob o prisma de sua idoneidade, sua motivação, não se permitindo discussão sobre se determinada sanção é justa ou injusta; adequada ou inadequada, desde que motivada e em conformidade com a apuração dos fatos.

Recurso provido.” (REsp n. 67.075-DF, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, **in** DJ 03.03.1997).

“Administrativo. Servidor público. Processo administrativo-disciplinar. Demissão. Conduta desidiosa. Nulidade. Fundamentação insuficiente. Inocorrência. Proporcionalidade. Autoria. Materialidade. Comprovação.

I - A alegada nulidade por falta de fundamentação da punição imposta à servidora não se verifica, tendo em vista que a conduta infracional foi devidamente apurada no curso do processo disciplinar, expondo-se ao final, com suficiente motivação, as razões da demissão da impetrante.

II - Não fere o princípio da proporcionalidade a imposição de pena de demissão à servidora se, ao final do processo, restou demonstrada a prática de conduta desidiosa (art. 117, XV, da Lei n. 8.112/1990), nos termos do art. 132, XIII, da Lei n. 8.112/1990.

III - Questões cuja solução demandaria, necessariamente, revisão do material fático apurado no processo disciplinar, ou a incursão sobre o mérito do julgamento administrativo, não podem ser apreciadas em sede de **mandamus**.

Segurança denegada.” (MS n. 7.370-DE, Relator Ministro Felix Fischer, **in** DJ 24.09.2001 — nossos os grifos).

“Mandado de segurança. Administrativo. Servidor. Policial rodoviário federal. Processo administrativo. Demissão. Independência das esferas penal e administrativa. Pedido de reconsideração. Parecer da consultoria jurídica do Ministério. Penalidade diversa da sugerida pela comissão processante. Possibilidade. Conclusão contrária à prova dos autos.

A jurisprudência é absolutamente pacífica no sentido da independência das esferas penal e administrativa, de forma que eventual punição administrativa prescinde de condenação criminal para ser aplicada.

A análise de mandado de segurança, onde se pretenda a anulação de procedimento administrativo que tenha imposto penalidade ao servidor, restringe-se à observância dos princípios do contraditório e ampla defesa, proporcionalidade da pena aplicada ou outros aspectos procedimentais, sendo incabível a rediscussão dos próprios fatos e atos originários no apuratório administrativo.

O impetrante valeu-se de seu pedido de reconsideração, devidamente analisado pela Administração.

O art. 169 da Lei n. 8.112/1990 permite que o julgamento discorde do relatório da Comissão, quando contrário à prova dos autos.

Tal relatório constata toda a omissão e irregularidades praticadas pelo impetrante, mas conclui, tão-somente, pela aplicação da pena de advertência, motivo pelo qual o parecer ministerial, ao propor a pena de demissão, por improbidade administrativa, em observância ao preceito supra, não violou direito líquido e certo do impetrante.

Segurança denegada.” (MS n. 7.019-DE, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, **in** DJ 05.03.2001 — nossos os grifos).

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Paulo Medina: Trata-se de recurso ordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, que denegou o mandado de segurança impetrado contra ato do Governador daquele Estado, que cassou-lhe a aposentadoria.

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido negou provimento ao recurso, ao fundamento de que a pena fora aplicada após processo administrativo-disciplinar, instaurado com observância de todos os pressupostos legais, não cabendo ao Judiciário reexaminar os elementos de provas, ante a impossibilidade de dilação probatória.

Estando claro o procedimento administrativo, realizado à luz do contraditório e ampla defesa, pedi vista dos autos com o fito de examinar a proporcionalidade da pena aplicada, sendo esta um dos elementos da legalidade a que deve estar vinculado todo ato administrativo, e que o submete à análise do Poder Judiciário.

O recorrente respondeu a processo administrativo-disciplinar, relativo à emissão irregular de notas fiscais avulsas, bem como falta de recolhimento do Imposto sobre Circulação de Mercadorias — ICM aos cofres da Fazenda Pública do Estado da Bahia.

A Lei Estadual n. 2.323/1966 — Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado da Bahia — aplicável ao caso, prevê acerca da pena de demissão:

“Art. 240. Será aplicada a pena de demissão a bem do serviço público ao funcionário que:

I - (...)

II - noticiar crime contra a administração; contra a fé pública e a Fazenda Estadual, ou previstos nas leis respectivas à segurança e à defesa nacional;

(...)

V - lesar os cofres públicos ou dilapidar o patrimônio do Estado.

(...)”

Por sua vez, no que tange à aposentadoria e disponibilidade, dispõe o art. 245 do mesmo diploma legal:

“Art. 245. Será cassada a aposentadoria ou a disponibilidade, se ficar provada, em processo regular, que o funcionário:

I - praticou, quando em atividade, qualquer dos atos para os quais cominada neste Estatuto a pena de demissão, ou demissão a bem do serviço público;

II - foi condenado por crime cuja pena importaria em demissão se estivesse na atividade;

III - aceitou representação de Estado estrangeiro sem prévia autorização do Governo.

Parágrafo único. Nas hipóteses previstas neste artigo, ao ato de cassação da aposentadoria ou disponibilidade seguir-se-á o de demissão ou demissão a bem do serviço público.”

Desse modo, verificada a regularidade do processo administrativo-disciplinar e a correlação entre a falta cometida com a pena aplicada, não há que se falar em nova análise das provas apresentadas, em virtude da impossibilidade de dilação probatória em sede de mandado de segurança.

Acompanhando o Relator, concluo pelo não-provimento do recurso.
