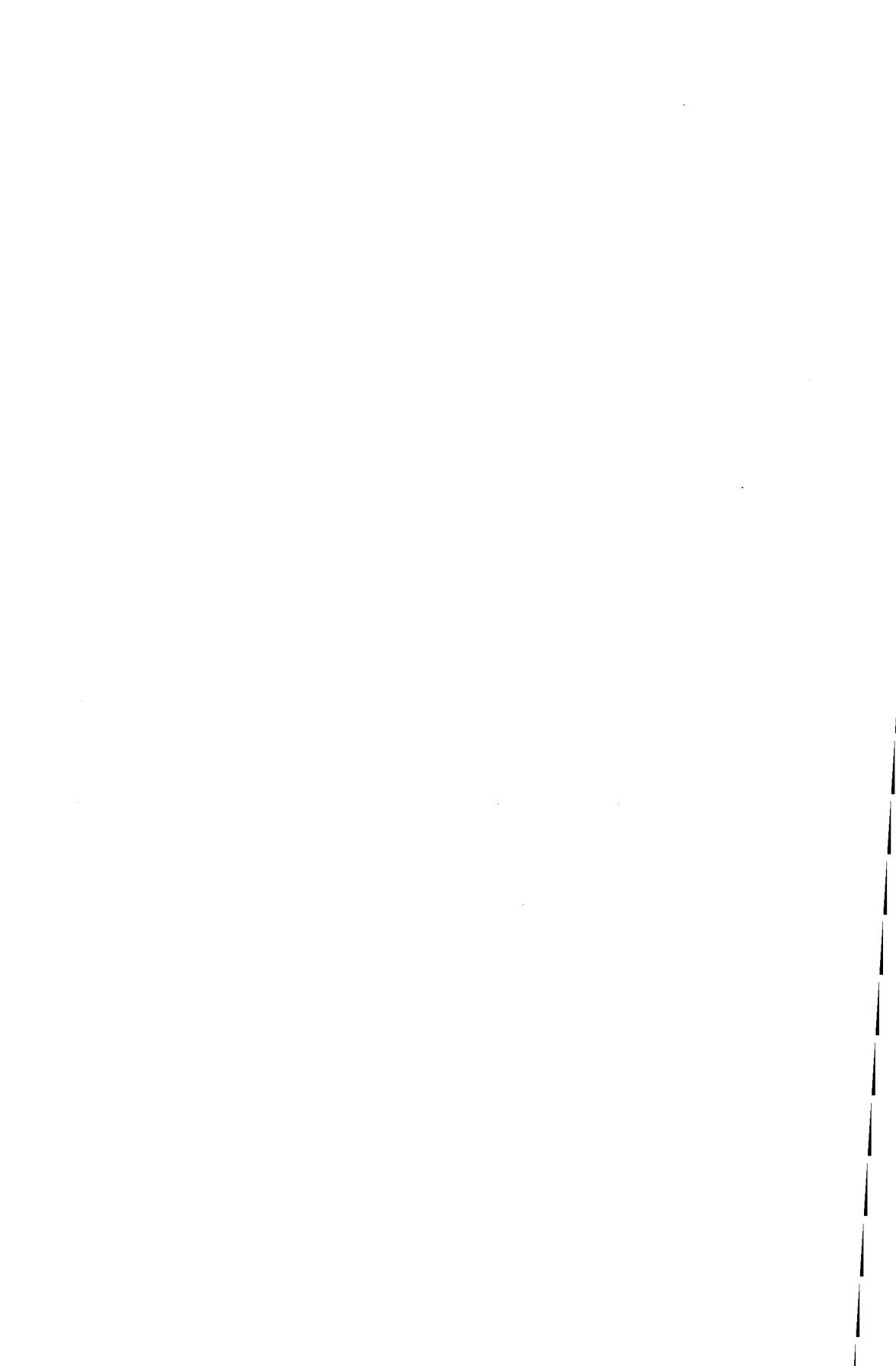




Jurisprudência da Sexta Turma



HABEAS CORPUS N. 24.341 — SP (2002/0102868-5)

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido

Impetrantes: Robson Gomes Marangon e outro

Advogados: Pedro Luiz Cunha Alves de Oliveira e outros

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Pacientes: Robson Gomes Marangon e Juan Manoel Olivares Gonzalez

EMENTA

Habeas corpus. Processual Penal. Crimes falimentares. Suspensão condicional do processo. Cabimento. Divergência entre o magistrado e o membro do Ministério Público. Aplicação. Artigo 28 do Código de Processo Penal.

1. É firme a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, quanto ao cabimento da suspensão condicional do processo *sempre* que a pena mínima abstrata cominada ao delito for igual ou inferior a 1 ano, como é da letra inequívoca do artigo 89 da Lei n. 9.099/1995 que, para sua incidência, faz indiferente a natureza do delito e do procedimento criminal.

2. Em havendo divergência entre o membro do Ministério Público e o Juiz, relativamente à suspensão condicional do processo, tem incidência a norma inserta no artigo 28 do Código de Processo Penal.

3. Ordem parcialmente concedida.

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 parcialmente a ordem de **habeas corpus**, 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 Carvalhido.

Brasília (DF), 16 de dezembro de 2003 (data do julgamento).

Ministro Hamilton Carvalhido, Presidente e Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: **Habeas corpus** originário em que foi convertida a cautelar inominada, na qual são partes Robson Gomes Marangon e Juan Manoel Olivares Gonzales, autores, e o Ministério Público do Estado de São Paulo, réu, visando à atribuição de efeito suspensivo a recurso especial interposto contra a Primeira Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, provendo o recurso do Ministério Público, revogou a suspensão condicional do processo concedida pelo MM. Juiz da 37ª Vara Cível da Comarca de São Paulo aos requerentes, determinando o prosseguimento do processo da Ação Penal n. 20/1998, que lhes é movida pela prática de crimes falimentares.

Alegam que a suspensão condicional do processo, desde que satisfeitos os seus requisitos objetivos e subjetivos, é direito subjetivo do acusado da prática de delitos de menor potencial ofensivo, não sendo faculdade exclusiva do órgão ministerial.

Sustentam, ainda, que a disciplina do artigo 89 da Lei n. 9.099/1995 “que instituiu a suspensão do processo, *sem qualquer ressalva ao rito processual*” não impossibilita a concessão do benefício ao entendimento de que a Lei dos Juizados Especiais não tem incidência naqueles crimes em que há previsão de rito especial.

Pugnam, em última análise, pelo restabelecimento da suspensão condicional do processo, com o conseqüente sobrestamento da ação penal.

A liminar foi deferida (fls. 191/195).

As informações estão às fls 204/205 dos autos.

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

“**Habeas corpus**. Crime falimentar. REsp. Art. 89 da Lei n. 9.099/1995. Exclusividade do MP para propor a suspensão condicional do processo. Efeito suspensivo a apelo especial ainda não admitido na origem. Impossibilidade. Parecer pelo conhecimento e denegação da ordem.” (Fl. 295)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Senhores Ministros, esta, a letra do artigo 89 da Lei n. 9.099/1995, **verbis**:

“Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a 1 (um) ano, abrangidas ou não por esta lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por 2 (dois) a 4

(quatro) anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do CP).”

Esta, a fundamentação do acórdão impugnado:

“(…)

Ora, como se vê pelo texto legal acima transcrito o legislador outorgou ao Ministério Público e somente a ele a faculdade de propor ou não o benefício, da suspensão do processo, ao réu. Portanto, não cabe ao Juiz se sobrepor àquele órgão quando não é feita a proposta.

O Magistrado, quando o Promotor de Justiça, ao oferecer a denúncia, deixa de efetuar a proposta de suspensão do processo ao acusado, seja qual for o motivo, deve encaminhar os autos do processo ao Procurador-Geral de Justiça, aplicando por analogia o disposto no art. 28 do Código de Processo Penal, que oferecerá ele próprio ou designará outro representante do *Parquet* para que o faça.

Por outro lado, também tem razão o representante do *Parquet*, uma vez que, realmente, à luz do art. 61, última parte, da Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, tal dispositivo não se aplica aos casos cuja lei preveja procedimento especial. Ora, indubitado, que a lei falimentar prevê um rito especial para os crimes nela especificados, primeiro pela forma de sua investigação que é o inquérito judicial e segundo por determinar que o despacho de recebimento da denúncia seja devidamente fundamentado.

Desta forma, no caso dos autos, o Juiz **a quo** agiu em desacordo com a lei, ao propor ele mesmo, na recusa do Dr. Promotor de Justiça, a suspensão do processo aos acusados. Por isso, sua decisão deve ser reformada.

Ante o exposto, conheço deste recurso como apelação e lhe dou provimento para o fim de revogar a decisão de fls. 25/26 e determinar o normal andamento do Processo-Crime n. 20/1998, movido pelo Estado contra os réus Robson Gomes Marangon e Juan Manoel Olivares Gonzalez.” (Fls. 108/109)

Tratando-se, em natureza, de resposta penal ao crime, a suspensão condicional do processo, prevista no artigo 89 da Lei n. 9.099/1995, define-se como objeto de manifestação *necessária* do poder jurisdicional do Estado, não conseqüencializando, assim, a atribuição da sua proposta ao Ministério Público, a exclusão da iniciativa do Juiz ou do direito de pedir do imputado.

Em se oferecendo como cabível, necessária e bastante a resposta penal da suspensão condicional do processo, a sua imposição, respeitada a sua natureza

transacional, é poder-dever do Estado, em nada impedida pela omissão do Ministério Público ou pela sua expressa manifestação contrária à medida, injustificandose, de resto, a pretendida supressão da iniciativa e do poder decisório do Juiz, tanto quanto a intervenção incidental, por analogia com um procedimento meramente administrativo, do chefe da instituição ministerial.

A egrégia Terceira Seção, contudo, pacificou já entendimento no sentido de que a suspensão condicional do processo não é direito subjetivo do acusado, mas uma faculdade do titular da ação penal pública, devendo, todavia, eventual divergência entre o órgão ministerial e o Juiz, quanto ao cabimento da suspensão, ser resolvida à luz do disposto no artigo 28 do Código de Processo Penal (EREsp n. 185.187/SP, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, *in* DJ de 22.11.1999).

É firme, também, por outro lado, a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, quanto ao cabimento da suspensão condicional do processo *sempre* que a pena mínima abstrata cominada ao delito for igual ou inferior a 1 ano, como é da letra inequívoca do já transcrito artigo 89 da Lei 9.099/1995, que, para sua incidência, faz indiferente a natureza do delito e do procedimento criminal, valendo, a propósito, conferir os seguintes precedentes:

“Habeas corpus. Furto. Suspensão condicional do processo. Transação penal. Descumprimento das condições impostas.

I - A suspensão condicional do processo, instituto regido pelo art. 89 da Lei n. 9.099, de 1995, alcança os crimes em que a pena mínima cominada seja igual ou inferior a um ano.

II - O furto tem sua pena, abstratamente, cominada na reclusão de um a quatro anos, estando, assim, excluído da possibilidade de transação penal, concedida aos crimes de menor potencial ofensivo.”

Ordem concedida para anular o acórdão, permitida a avaliação meritória subsequente. (HC n. 21.719/SP, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, *in* DJ de 08.09.2003)

Penal e Processual Penal — Apropriação indébita — Suspensão condicional do processo — Prazo — Advento da Lei n. 10.259/2001 — Modificação — Inocorrência.

— O art. 89 da Lei n. 9.099/1995 não foi alterado pela Lei n. 10.259/2001, restando este aplicável, somente, às infrações penais com pena mínima cominada igual ou inferior a 01 ano. Precedente.

— Ordem denegada, cassando-se a liminar concedida. (HC n. 23.838/RJ, Relator Ministro Jorge Scartezini, *in* DJ de 23.06.2003)

Criminal. RHC. Crime contra a propriedade imaterial. Concorrência desleal. Inobservância do rito do CPP. Falta de exame pericial. Desnecessidade. Delito que não deixa vestígios. Legitimidade da querelante. Interesse no direito de ação devidamente comprovado, em princípio. Demais avaliações devem ser feitas na instrução criminal. Lei dos juizados especiais. Aplicabilidade aos crimes sujeitos a procedimentos especiais. Recurso parcialmente provido.

I - A exigência de exame pericial, nos crimes contra a propriedade imaterial, só se justifica quando se tratar de delitos que deixam vestígios, que não é o caso dos autos, pois o paciente responde pela suposta prática de concorrência desleal, configurada no desvio de clientela.

II - Evidenciado, em princípio, que a querelante teria efetivamente suportado prejuízos com a conduta imputada ao paciente, motivo pelo qual teria interesse na apuração dos fatos e perseguição do ofensor.

III - Maiores incursões sobre a legitimidade da querelante para o oferecimento da queixa-crime devem ser resolvidas no decorrer da instrução criminal.

IV - *A Lei dos Juizados Especiais incide nos crimes sujeitos a procedimentos especiais, desde que obedecidos os requisitos autorizadores, permitindo a transação e a suspensão condicional do processo inclusive nas ações penais exclusivamente privadas.*

V - Ressalva de que, com o advento da Lei n. 10.259/2001 — que instituiu os juizados especiais cíveis e criminais no âmbito da Justiça Federal —, foi fixada nova definição de delitos de menor potencial ofensivo, cujo rol foi ampliado, devido à alteração para dois anos do limite de pena máxima.

VI - Por aplicação do princípio constitucional da isonomia, houve derrogação tácita do art. 61 da Lei n. 9.099/1995.

VII - Se a nova lei que não fez qualquer ressalva acerca dos crimes submetidos a procedimentos especiais, todas as infrações cuja pena máxima não exceda a dois anos, inclusive as de rito especial, passaram a integrar o rol dos delitos de menor potencial ofensivo, cuja competência é dos Juizados Especiais.

VIII - Deve ser acolhida, em parte, a argumentação do recurso ordinário, para anular o Processo Criminal n. 050.02.019665-2, a fim de que sejam observados os dispositivos da Lei n. 9.099/1995.

IX - Recurso parcialmente provido, nos termos do voto do Relator. (RHC n. 13.800/SP, Relator Ministro Gilson Dipp, in DJ de 1^a.12.2003 — Nossos os grifos).

In casu, contudo, afastada a suspensão condicional do processo pelo Ministério Público, o magistrado, conhecendo de razões lançadas em **habeas corpus** impetrado pelos recorrentes, reconsiderando decisão anterior, concedeu a resposta penal alternativa, cassada em grau de recurso, pela Corte Estadual, não apenas por vedado o oferecimento **ex officio** do juiz, mas também incompatibilidade da medida com os procedimentos especiais.

Pelo exposto, concedo, em parte, o **habeas corpus**, para que os autos, na forma do artigo 28 do Código de Processo Penal, sejam encaminhados à chefia do Ministério Público Estadual, afastado que fica o óbice do incabimento da medida.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 30.339 — MG (2003/0160801-4)

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido

Impetrante: Ana Maria Gattás Bara

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

Paciente: Nelson Del Papa

EMENTA

Habeas corpus. Direito Penal. Homicídio. Circunstância qualificadora. Atipicidade. Desqualificação do delito. Ordem parcialmente concedida.

1. A qualificadora inserta no inciso IV do parágrafo 2º do artigo 121 do Código Penal reclama, para a sua caracterização, a preordenação do agente à traição, emboscada, dissimulação ou a outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido, como *modo* de execução do delito.

2. As circunstâncias qualificativas, como na exposição de motivos da parte especial do Código Penal, “estão enumeradas no § 2º do art. 121. Umas dizem com a intensidade do dolo, outras com o modo de ação ou com a natureza dos meios empregados; mas todas são especialmente destacadas pelo seu valor sintomático: são circunstâncias reveladoras de maior periculosidade ou extraordinário grau de perversidade do agente.”

3. Mormente em se mostrando na luz da evidência, **primus ictus oculi**, a atipicidade objetiva da qualificadora afirmada, a soberania dos veredictos do júri, embora assegurada constitucionalmente (Constituição Federal, artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea c), não impede a desconstituição das suas condenações, na exata razão de que lhe prevalecem os princípios da reserva legal e da anterioridade, também insculpidos na Constituição da República (artigo 5º, inciso XXXIX).

4. Ordem parcialmente concedida.

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 parcialmente a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Paulo Gallotti e Paulo Medina votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Fontes de Alencar. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Brasília (DF), 25 de novembro de 2003 (data do julgamento).

Ministro Hamilton Carvalhido, Presidente e Relator

DJ de 16.02.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: **Habeas corpus** contra a Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que, rejeitando embargos infringentes opostos por Nelson Del Papa, preservou-lhe a condenação a 12 anos de reclusão em regime inicial fechado, pela prática do delito tipificado no artigo 121, parágrafo 2º, inciso IV, do Código Penal, em acórdão assim ementado:

“Embargos infringentes — Júri — Quesitos — Defeito de formulação — Falta — Recurso desprovido. Se a irregularidade na formulação dos quesitos, apontados nos embargos infringentes não foi objeto de protesto durante plenário pelo Tribunal do Júri e, de fato, não ocorreu, há de falar em nulidade do feito” (fl. 237).

Noticiam os autos que, embora, por fim, pronunciado como incurso na sanção do artigo 121, parágrafo 2º, incisos II e IV, do Código Penal, viu-se o paciente condenar à pena de 1 ano e 6 meses de detenção, a ser cumprida em regime aberto, com **sursis** por 2 anos, como incurso na sanção do artigo 121, parágrafo 3º, do Código Penal (fls. 110/111).

Irresignado, o Ministério Público Estadual recorreu ao Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, obtendo a reforma do **decisum** para que o paciente fosse submetido a novo julgamento pelo Tribunal Popular.

Desta feita, veio a ser condenado à pena de 12 anos de reclusão, em regime fechado, pela prática do delito tipificado no artigo 121, parágrafo 2º, inciso IV, do Código Penal.

Interpôs a defesa recurso de apelação, objetivando a nulidade do julgamento por deficiência insanável na formulação do 12º quesito.

Por maioria de votos, o recurso foi improvido, em decisão assim ementada:

“Apelação Criminal — Júri — Nulidade de julgamento popular por deficiência na formulação dos quesitos — Inocorrência — Ausência de argüição no momento oportuno — Preclusão — Questionário que se apresenta claro e ausente de quaisquer vícios — Recurso defensivo desprovido.” (Fl. 175).

Dáí por que, com base no voto divergente do ilustre Desembargador Reynaldo Ximenes Carneiro, foram opostos embargos infringentes, os quais restaram desacolinados.

A presente insurgência está fundada na nulidade absoluta do segundo julgamento, em que se condenou o paciente com base em quesito no qual se descrevia um fato atípico como qualificadora, direcionado, complexo, ambíguo e em contradição com o primeiro quesito formulado aos jurados.

Assim, sustenta a impetrante que o julgamento restou nulo por se verificarem graves e insanáveis prejuízos ao paciente, eis que a sua condenação foi baseada na formulação de um quesito que reconheceu a qualificadora do uso de recurso que dificultou a defesa da vítima, “(...) formulado de forma imprecisa, atípica e dirigida (...)” (fl. 4).

De resto, aduz, que “trata-se de uma nulidade absoluta, tendo em vista que não pode alguém receber um decreto condenatório calcado num quesito que não descreveu em que consistia a qualificadora, sendo absurdo que o fato de se penetrar num local tipifique a mencionada qualificadora.” (Fl. 16)

Pugna-se, ao final, pela concessão da ordem para anular o julgamento do paciente “por evidente e insanável erro de quesitação”, para que seja submetido a novo júri.

A liminar foi deferida para conceder ao paciente o direito à prisão domiciliar, até o julgamento do presente *writ* (fls. 57/58).

A impetrante trouxe aos autos a documentação que lhe foi requisitada (fls. 88/227).

As informações estão às fls 228/244 dos autos.

O Ministério Público Federal veio pela concessão parcial da ordem, em parecer assim ementado:

“**Habeas corpus**. Tribunal do júri. Defeito de quesitação. Atipicidade da qualificadora. Anulação do julgamento. Concessão parcial da ordem.

O fato de uma pessoa adentrar num estabelecimento, por si só, não caracteriza a qualificadora do inciso IV do § 2º do artigo 121 do CP, consistente em utilizar-se de recurso que dificulte ou impossibilite a defesa da vítima.

A quesitação, além de defeituosa por considerar uma qualificadora atípica, ensejou dúvida, confusão e perplexidade na formação do juízo do corpo de jurados.

Não há necessidade, pois, de anular todo o julgamento por conta de um único quesito técnico, visto que além de beneficiar o réu, já que ao retirá-lo, sua pena restará diminuída, todos os atos processuais já realizados serão preservados.

Parecer pela concessão parcial da ordem.” (Fl. 246)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Senhores Ministros, **habeas corpus** contra a Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que, rejeitando embargos infringentes opostos por Nelson Del Papa, preservou-lhe a condenação a 12 anos de reclusão em regime inicial fechado, pela prática do delito tipificado no artigo 121, parágrafo 2º, inciso IV, do Código Penal, em acórdão assim ementado:

“Embargos infringentes — Júri — Quesitos defeito de formulação — Falta — Recurso desprovido. Se a irregularidade na formulação dos quesitos, apontados nos embargos infringentes não foi objeto de protesto durante plenário pelo Tribunal do Júri e, de fato, não ocorreu, há de falar em nulidade do feito” (fl. 237).

Noticiam os autos que, embora, por fim, pronunciado como incurso na sanção do artigo 121, parágrafo 2º, incisos II e IV, do Código Penal, viu-se o paciente condenar à pena de 1 ano e 6 meses de detenção, a ser cumprida em regime aberto, com **sursis** por 2 anos, como incurso na sanção do artigo 121, parágrafo 3º, do Código Penal (fls. 110/111).

Irresignado, o Ministério Público Estadual recorreu ao Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, obtendo a reforma do **decisum** para que o paciente fosse submetido a novo julgamento pelo Tribunal Popular.

Desta feita, veio a ser condenado à pena de 12 anos de reclusão, em regime fechado, pela prática do delito tipificado no artigo 121, parágrafo 2º, inciso IV, do Código Penal.

Interpôs a defesa recurso de apelação, objetivando a nulidade do julgamento por deficiência insanável na formulação do 12º quesito.

Por maioria de votos, o recurso foi improvido, em decisão assim ementada:

“Apelação Criminal — Júri — Nulidade de julgamento popular por deficiência na formulação dos quesitos — Inocorrência — Ausência de argüição no momento oportuno — Preclusão — Questionário que se apresenta claro e ausente de quaisquer vícios — Recurso defensivo desprovido.” (Fl. 175)

Daí por que, com base no voto divergente do ilustre Desembargador Reynaldo Ximenes Carneiro, foram opostos embargos infringentes, os quais restaram desacolinados.

A presente insurgência está fundada na nulidade absoluta do segundo julgamento, em que se condenou o paciente com base em quesito no qual se descrevia um fato atípico como qualificadora, direcionado, complexo, ambíguo e em contradição com o primeiro quesito formulado aos jurados.

Assim, sustenta a impetrante que o julgamento restou nulo por se verificarem graves e insanáveis prejuízos ao paciente, eis que a sua condenação foi baseada na formulação de um quesito que reconheceu a qualificadora do uso de recurso que dificultou a defesa da vítima, “(...) formulado de forma imprecisa, atípica e dirigida (...)” (fl. 4).

De resto, aduz, que “trata-se de uma nulidade absoluta, tendo em vista que não pode alguém receber um decreto condenatório calcado num quesito que não descreveu em que consistia a qualificadora, sendo absurdo que o fato de se penetrar num local tipifique a mencionada qualificadora.” (Fl. 16)

Em tema de nulidades processuais, o Código de Processo Penal acolheu o princípio *pas de nullité sans grief*, por força do qual não há falar em declaração de nulidade, em faltando a demonstração do efetivo prejuízo decorrente à parte.

Veja-se, a propósito, a exposição de motivos da Lei Processual Penal:

“O projeto não deixa respiradouro para o frívolo curialismo que se compraz em espiolhar nulidades. É consagrado o princípio geral de que nenhuma nulidade ocorre se não há prejuízo para a acusação ou a defesa.

Não será declarada a nulidade de nenhum ato processual, quando este não haja influído concretamente na decisão da causa ou na apuração da verdade substancial. Somente em casos excepcionais é declarada insanável a nulidade.”

E, no relativo ao tempo da argüição de nulidade nos processos do Júri, a questão encontra disciplina no artigo 571, inciso VIII, do Código de Processo Penal, **verbis**:

“Art. 571. As nulidades deverão ser argüidas:

(...) VIII - as do julgamento em plenário, em audiência ou em sessão do Tribunal, logo depois de ocorrerem.”

In casu, contudo, quando da leitura dos quesitos, limitou-se a defesa à impugnação do primeiro deles, como resulta da ata da sessão de julgamento, **verbis**:

“(…)

Terminada a falta do culto Defensor, confirmando a tese da negativa de autoria e indagando do Ministério Público sobre a existência de eventuais circunstâncias agravantes, o Juiz Presidente passou a proceder a quesitação que levada à apreciação da defesa e do Ministério Público, após detida análise dos quesitos nenhuma reclamação foi apresentada tendo a defesa e o Promotor de Justiça concordado plenamente a quesitação. Consultada a culta Promotora se haveria réplica, sua Ex^a. declarou que sim. Dada a palavra à Promotora de Justiça em réplica às 19:38 horas tendo encerrado sua fala em réplica às 20:08 horas pedindo a condenação do réu nos termos do libelo. Em seguida o Juiz Presidente indagou da defesa sobre o interesse em exercer a tréplica, o qual respondeu afirmativamente. *Dada a palavra à defesa do réu Nelson Del Papa, às 20:12 horas às 20:42 horas, que manteve teses acima mencionadas discordando da formulação do primeiro quesito no que concerne ao local onde o réu se encontrava no momento em que disparou a arma de fogo. Logo após, o MM. Juiz julgou improcedente o pedido de reformulação do primeiro quesito, conforme protesto da defesa do réu, uma vez que tal quesito foi formulado com base no que consta dos autos e do libelo.* Após, perguntados se estavam com alguma dúvida com relação ao processo os jurados responderam negativamente. Em seguida o MM. Juiz declarou encerrados os debates e o MM. Juiz passou a explicar aos senhores jurados a quesitação indagando se estavam habilitados a julgar a causa e se precisavam de mais esclarecimentos. Obtendo, então, resposta de que estavam habilitados e que dispensavam esclarecimentos. Não havendo também reclamações por parte do Ministério Público e da defesa, o MM. juiz declarou que o Tribunal ia se recolher à sala secreta

das suas deliberações tendo nela permanecido com MM. juiz e o Conselho de Sentença, a Doutora Promotora de Justiça, a defensora do acusado, comigo escritã, bem como os Oficiais de Justiça. Aí, na sala secreta, com a observância dos artigos 485, 486 e 487 do CPP, se procedeu à votação dos quesitos propostos, lidos e devidamente assinados o respectivo termo e, em seguida, lavrada a sentença . Abertas as portas e na presença das partes o MM. Juiz em voz alta e clara leu a sentença pela qual o réu, *Nelson Del Papa* foi condenado por quatro votos sim contra três votos não. Dou por encerrada a sessão. Eu, Jurema Gomes Sobreira de Araújo, escritã judicial III, a digitei. (Término às 22:30h do dia onze do mês de novembro do ano de dois mil e dois).” (Fls. 118/119 — nossos os grifos)

Embora inuvidosa a preclusão, certo é que, nos próprios do emprego de “outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido”, fundamentalmente a denúncia, o libelo e o 12^a quesito não contêm fato que se ajuste à qualificadora inserta no inciso IV do parágrafo do artigo 121 do Código Penal, **verbis:**

“(…)

3^a) a vítima, motorista de caminhão, transportava sorvetes e estacionou em frente ao estabelecimento comercial destinatário — um depósito da Kibon — a fim de descarregar;

4^a) o ‘barulho’ provocado pelo motor do caminhão irritou o denunciado, que residia, ao tempo do crime, na Rua Santa Rita, n. 164, Apto. 202, ao lado daquele depósito;

5^a) irritado, o denunciado *Nelson Del Papa* desceu de seu apartamento e veio até a rua tirar satisfação com o motorista-vítima, a quem ofendeu com palavras de baixo calão, no que houve retorsão imediata, porém, verbal;

6^a) o denunciado, insatisfeito, ‘subiu à escada que dava acesso à sua casa’, sob o brado ameaçador e retumbante de ‘agora eu vou te mostrar’ e retornou instantes depois, armado e disposto a tudo;

7^a) na rua, o denunciado não encontrou a sua vítima, que já entrara no depósito, a fim de dar continuidade ao seu trabalho;

8^a) o denunciado, sob os gritos de ‘eu vou te mostrar que essa é a última carreta que descarrega aqui’, penetrou audaciosamente no depósito e tão logo avistou a vítima, sem lhe permitir a mais mínima chance de defesa que fosse, contra ela disparou um certo tiro, nela produzindo lesões corporais que rapidamente evoluíram para o óbito, no local;

(...)” (fls. 102/103).

“(…)

4º) o réu, Nelson Del Papa, ao praticar o crime, usou de recurso que dificultou e tornou impossível toda e qualquer defesa por parte do ofendido: penetrou audaciosamente no depósito da sorveteria e tão logo avistou a vítima, que não tinha razões próximas ou remotas para esperar aquela brutal agressão e conseqüente morte, contra ela disparou um certo tiro.

(...)” (fl. 101).

“(…)

12º) O réu agiu utilizando-se de recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa da vítima, isto é, *penetrando no local onde esta se encontrava?*

Resposta: *Sim por quatro votos.*”

(...)” (fl. 121 — nossos os grifos).

É esta, com efeito, a qualificadora em causa (artigo 121, parágrafo 2º, inciso IV):

“Art. 121. Matar alguém:

(…)

§ 2º Se o homicídio é cometido:

(…)

IV - à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido;”

A seu propósito, reza a exposição de motivos do Código Penal:

“São também qualificativas do homicídio as agravantes que traduzem um modo insidioso da atividade executiva do crime (não se confundindo, portanto, com o emprego de meio insidioso), impossibilitando ou dificultando a defesa da vítima (como a traição, a emboscada, a dissimulação etc).”

Tal qualificadora, tem-se, assim, reclama, para a sua caracterização, que o agente se preordene ao emprego do recurso que torne impossível ou dificulte a defesa da vítima, o que não ocorreu na espécie, de forma evidente, **primus ictus oculi**, na exata razão de que tal *modo* de execução do homicídio em nada se confunde com a só pura e objetiva impossibilidade ou dificuldade de defesa da vítima, quando do fato-crime.

Daí, conquanto não sufragado no segundo grau da jurisdição, o acerto da pronúncia parcial do paciente, **verbis**:

“(…)

Então se pergunta: onde, as qualificadoras pretendidas pelo denunciante? (motivo fútil e surpresa).

Se houve enfrentamento (vítima/réu), e isto é fato indubitável nos autos (e até assentido pelo MP que é o autor da ação penal), como passar por cima dessa realidade comprovada e ver na ação delitiva praticada pelo réu um ato impregnado de futilidade?

Se existiu um fundo qualquer de mérito que precedeu no tempo o crime (seja ele imoral, violento ou injusto) envolvendo vítima e acusado, não há falar em motivo fútil, ainda que possa ser injusto. A tal propósito, diz a jurisprudência prevalente:

‘A jurisprudência tem negado a qualificação do motivo fútil quando o homicídio vem precedido de animosidade e atritos entre réu e vítima, antecedente psicológico não desproporcionado, ainda que injusto (TJSP — RT 436/350).

Descaracteriza a futilidade do homicídio, quando a vítima, após injuriar o réu com palavras ofensivas dá-lhe motivo para revidar a agressão’ (TJMG — in RT 394/314).

O mesmo se há dizer, com muito mais ênfase ainda, em relação à qualificadora ‘surpresa’.

Se o réu, depois de ‘tirar satisfação’ com a vítima e fazer dela um desafeto, ameaça-a de morte, pública e escancaradamente, ‘sob o brado ameaçador e retumbante do ‘agora eu vou te mostrar’ e ‘eu vou te mostrar que essa é a última carreta que descarrega aqui’ (gritando para a vítima e para quem quisesse ouvir), — como justificar tenha o seu proceder subsequente (disparado a arma) surpreendido o seu desafeto, com o qual trocara insultos instantes antes?

Diz a jurisprudência a tal propósito:

‘Se a conduta do réu, em face da briga em que se envolveu com a vítima pouco antes, era ou devia ser esperada, não se configura de uso de dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido’ (TJMS — RT 579/397).

‘Se existiam desavenças anteriores entre acusado e vítima, que discutiram antes do homicídio, não se pode falar em surpresa ou recurso que tornou impossível a defesa do ofendido’ (TJSP — RT 587/296).

(…)” (fls. 108/109).

A atipicidade objetiva do fato, quanto à qualificadora, é, assim, manifesta e não tolera discussão, merecendo, por isso, acolhimento a proposta ministerial de exclusão da qualificadora do crime.

Pelo exposto, concedo em parte a ordem impetrada, para excluir da condenação a qualificadora descrita no inciso IV do parágrafo 2º do artigo 121 do Código Penal e, assim, desclassificar o fato para o crime tipificado no artigo 121, **caput**, do Código Penal, fixando a pena em 06 anos de reclusão, a ser cumprida a partir do regime semi-aberto, adotando a motivação do **decisum** condenatório.

É o voto.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Medina: Sr. Presidente, tive a oportunidade de ler o memorial que me foi encaminhado, e o fato despertou meu interesse e estudo, especialmente, meu caro Ministro Paulo Gallotti, porque, dentre os que estiveram a decidir a questão, estava o nosso companheiro e amigo fiel Desembargador Reinaldo Ximenes.

Avaliei e verifiquei de plano a necessidade de reconhecer-se a nulidade do julgamento. Hoje, vejo que se trata de um concerto entre a Subprocuradoria Geral da República, o voto do Desembargador Reinaldo Ximenes, a sustentação oral da Dra. Ana Maria, que já militou no Ministério Público por mais de vinte anos no Rio de Janeiro e foi minha contemporânea na Faculdade de Juiz de Fora e o voto do Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Minha dúvida era se devíamos anular e submeter a questão a um novo julgamento, ou anular e adotar a classificação jurídica no homicídio simples, fixando a pena no mínimo legal.

Vi e observei que, embora não contemple o recurso, a defesa expressamente manifesta-se em adesão ao parecer do Subprocurador-Geral da República, Dr. Santoro. Ela mesma pretende a desclassificação e a pena fixada no mínimo legal.

Diante das circunstâncias e dos esclarecimentos trazidos pela defesa, acompanho sem restrição o voto do Sr. Ministro Hamilton Carvalhido, concedendo em parte a ordem de **habeas corpus**.

HABEAS CORPUS N. 36.284 — SP (2004/0087494-7)

Relator: Ministro Nilson Naves

Impetrante: Delcio José Sato

Impetrada: Décima Primeira Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo

Paciente: David Cristian Raizer da Silva (Preso)

EMENTA

Sentença (condenatória). Apelação (pretensão de liberdade). Flagrante. Prisão preventiva.

1. Em princípio, não pode apelar em liberdade quem foi preso em flagrante ou teve contra si decretada prisão preventiva e preso, assim, permaneceu durante toda a instrução criminal.

2. Se a sentença condenatória suficientemente se fundamentou a respeito de prisão já existente, exata se apresenta no ponto em que nega ao réu, conseqüentemente, a apelação em liberdade.

3. Em casos que tais, inexistente coação ilegal.

4. **Habeas corpus** denegado.

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

Ministro Nilson Naves, Relator

DJ de 25.10.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: Preso em flagrante e decretada, após, sua prisão preventiva, foi o paciente condenado por latrocínio na forma tentada, na Comarca

de Ubatuba. Pedido na origem o **habeas corpus**, foi ele denegado pelo Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo nos termos seguintes:

“Com efeito, o disposto no art. 594 do Código de Processo Penal, está reservado aos condenados que, no curso da instrução, permaneceram em liberdade, e não àqueles que estavam presos antes da sentença condenatória, em virtude de flagrante ou prisão preventiva, certo ainda, que a exceção é para os casos de pronúncia, de competência, portanto, do Júri. Esta é a lição colhida pela doutrina, lastreada em pacífico entendimento jurisprudencial. (**Damásio E. de Jesus** — ‘Código de Processo Penal Anotado’ — Saraiva — 8ª ed. — 1990 — p. 377).

No caso vertente, o paciente foi preso em flagrante (fls. 57/66), permanecendo nessa mesma situação até a prolação da r. sentença condenatória.

Destarte, por enquadrar-se na condição supra-exposta, não faz jus ao benefício.

Neste sentido, não destoa a jurisprudência:

‘O réu primário preso em virtude de flagrante ou preventiva não tem direito à aplicação do disposto no art. 594 do CPP, que visa apenas abrandar o princípio de necessidade de o réu recolher-se à prisão para apelar. Desse modo, prevalece para o condenado o efeito da sentença condenatória no sentido de ser o réu conservado na prisão’ (RJDTCRIM 6/212 — Relator: Ribeiro Machado).

Acresça-se que o art. 594 do Código de Processo Penal, assim como o art. 393 do mesmo diploma, não sofreu nenhuma alteração em decorrência da denominada ‘presunção de inocência’ do art. 5º, LVII, da Constituição Federal, permanecendo íntegro.

Dado o caráter cautelar da medida, entendeu-se, doutrinariamente, que a norma constitucional consagradora do ‘princípio do estado de inocência’ não revogou as várias disposições processuais dessa espécie, conforme se vê em ‘Código de Processo Penal Anotado’, **Damásio E. de Jesus** — Saraiva, 1990 — pp. 638 e 639.

Este, inclusive, entendimento predominante nos tribunais, resultando na Súmula n. 09 do STJ, assim vazada:

‘A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência’.

Ante o exposto, denega-se o writ.”

Daí este **habeas corpus**, a respeito do qual se manifestou o Ministério Público Federal em parecer assim ementado:

“**Habeas corpus.** Penal. Latrocínio tentado. Sentença. Recurso. Liberdade. Impossibilidade. Réu preso durante a formação da culpa. Denegação.

— À luz da nova ordem constitucional, que consagrou o princípio da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII), a faculdade de recorrer em liberdade objetivando a reforma da sentença penal condenatória é a regra. Somente impõe-se o recolhimento provisório do réu nas hipóteses que ensejam a prisão preventiva, na forma inscrita no art. 312 do CPP.

— O direito de apelar em liberdade de sentença, assegurado pelo Código de Processo Penal (art. 594), não se aplica ao réu que, recolhido em flagrante desde o início da instrução criminal, encontra-se submetido à prisão processual.

— Parecer pela denegação da ordem.”

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): Foi parecerista deste caso o Subprocurador-Geral Francisco Sobrinho, de cujo pronunciamento, contrário ao provimento do recurso, colho o seguinte:

“Hodiernamente, em sucessivos julgamentos nos Tribunais Superiores, vem-se proclamado que, à luz da nova ordem constitucional, que consagrou o princípio da presunção da inocência, a faculdade de recorrer em liberdade objetivando a reforma da sentença penal condenatória é a regra. Nesse sentido, somente impõe-se o recolhimento provisório do réu nas hipótese que ensejam a prisão preventiva, na forma inscrita no art. 312 do CPP. E, nesse caso, deve o Juiz fundamentar substancialmente a decisão, indicando de modo objetivo as razões determinativas de tal providência excepcional.

Inobstante a regra do art. 594 do Código de Processo Penal, que confere o direito de apelar em liberdade, o Superior Tribunal de Justiça já consolidou o entendimento de que o referido comando não se aplica ao réu já preso em razão de flagrante ou submetido à prisão preventiva, como no caso ora em análise. Senão vejamos:

‘Processual Penal. **Habeas corpus.** Sentença condenatória. Apelação. Princípio da presunção da inocência: CF, art. 5º, LVII. Direito de recorrer em liberdade. CPP, art. 594. Garantia não violada.

— À luz da nova ordem constitucional, que consagra no capítulo das garantias individuais o princípio da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII), a faculdade de recorrer em liberdade objetivando a reforma da

sentença penal condenatória é a regra, somente impondo-se o recolhimento provisório do réu à prisão nas hipóteses em que enseja a prisão preventiva, na forma inscrita no art. 312 do CPP

— O direito de apelar em liberdade de sentença, assegurado pelo Código de Processo Penal, art. 594, não se aplica ao réu que, preso em flagrante desde o início da instrução criminal, se encontra submetido à prisão processual.

— Recurso ordinário desprovido.

(RHC n. 12.737/SP, Relator Ministro Vicente Leal, Sexta Turma, DJ de 05.08.2002).

‘Constitucional. Processual Penal. Sentença condenatória. Apelação. Princípio da presunção da inocência: CF, art. 5º, LVII. Direito de recorrer em liberdade. CPP, art. 594. Garantia violada.

— À luz da nova ordem constitucional, que consagra no capítulo das garantias individuais o princípio da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII), a faculdade de recorrer em liberdade objetivando a reforma da sentença penal condenatória é a regra, somente impondo-se o recolhimento provisório do réu à prisão nas hipóteses em que enseja a prisão preventiva, na forma inscrita no art. 312 do CPP

— O direito de apelar em liberdade de sentença, assegurado pelo Código de Processo Penal, art. 594, não pode ser negado a réu que permaneceu em liberdade durante todo o curso do sumário, salvo se indicado no dispositivo da sentença fortes razões para a imposição da custódia processual.

— Recurso ordinário provido. **Habeas corpus** concedido.’

(RHC n. 11.586/MG, Relator Ministro Vicente Leal, Sexta Turma, DJ de 05.08.2002)

Ante o exposto, o Ministério Público Federal opina pela denegação da ordem.”

Acolhendo o parecer, nele me louvo para denegar a ordem.

HABEAS CORPUS N. 36.345 — BA (2004/0087906-3)

Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa
Impetrante: Sebastião Jorge Pereira Mendes
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado da Bahia
Paciente: José Graciliano do Nascimento (Preso)

EMENTA

Processual penal. **Habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário. Crime hediondo. Réu que permaneceu solto durante toda a instrução criminal. Direito de recorrer em liberdade. Possibilidade.

1. “(...) 2. O réu condenado por crime hediondo, de tortura, terrorismo ou tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, que responde ao processo preso cautelarmente, em razão de flagrante delito, não tem direito ao apelo em liberdade, eis que o inciso II do artigo 2º da Lei n. 8.072/1990, dando cumprimento à Constituição da República (artigo 5º, inciso XLIII), vedou-lhe a liberdade provisória, com ou sem fiança, e o artigo 393, inciso I, do Código de Processo Penal, faz da sua prisão um efeito necessário da sentença condenatória. 3. Em casos tais, a prisão do réu condenado decorre de imperativa determinação legal e constitucional, fazendo-se despcienda toda e qualquer motivação a respeito da necessidade da custódia, que ainda é de natureza cautelar e de necessidade presumida de forma absoluta pela lei. A ausência de fundamentação da sentença de primeiro grau quanto à possibilidade de o réu aguardar em liberdade o julgamento de seu apelo, aliada à primariedade e bons antecedentes reconhecidos na sentença, justificam a colocação do paciente em liberdade.” (HC n. 24.862/SP, Sexta Turma, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, DJ de 19.05.2003);

2. Conquanto o crime dos autos seja hediondo, óbice não há a que se conceda seu direito de apelar em liberdade, nos termos do artigo 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/1990;

3. Ordem concedida.

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, conce-

der a ordem de **habeas corpus**. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Nilson Naves, Hamilton Carvalhido e Paulo Gallotti. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Paulo Medina. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 02 de setembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Relator

DJ de 27.09.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa: Trata-se de **habeas corpus**, substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, impetrado em favor de José Graciliano do Nascimento, visando reformar decisão proferida pela egrégia Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, que lhe negou o direito de apelar em liberdade, eis que fora condenado a sete anos e seis meses de reclusão, a serem cumpridos em regime inicialmente fechado, pela prática do delito previsto no artigo 213, **caput**, c.c. o artigo 226, inciso I, ambos do Código Penal.

Sustenta-se, na presente ordem, ser o paciente primário, ter residência fixa, ser “trabalhador honesto”, ter comparecido a todos os atos da instrução do processo, razão pela qual requer lhe seja concedido o direito de apelar em liberdade.

A liminar restou indeferida (*fls. 39/40*). Informações prestadas (*fls. 29/37*).

O douto Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem, sustentando a absoluta ausência de fundamentação quanto à necessidade do encarceramento cautelar, somada à circunstância de o paciente ter respondido ao processo em liberdade (*fls. 39/40*).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa (Relator): 1. Desnecessário relembrar que é pacífica a jurisprudência desta egrégia Corte de Justiça a respeito da obrigatoriedade de que o acusado pela prática de crime hediondo, ou a ele equiparado, que tenha permanecido preso durante a instrução processual, tenha que se recolher à prisão para apelar.

Observe-se precedente desta egrégia Sexta Turma:

“**Habeas corpus**. Tráfico ilícito de entorpecentes. Ausência de comprovação da materialidade do crime. Direito de apelar em liberdade. Ordem denegada.

1. 'A noção legal de tráfico de entorpecentes não supõe, necessariamente, a prática de atos onerosos ou de comercialização' (STJ, HC n. 69.806/GO, Relator Ministro Celso de Mello, in DJ de 04.06.1993).

2. *O réu condenado por crime hediondo, de tortura, terrorismo ou tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, que responde ao processo preso cautelarmente, em razão de flagrante delito, não tem direito ao apelo em liberdade, eis que o inciso II do artigo 2º da Lei n. 8.072/1990, dando cumprimento à Constituição da República (artigo 5º, inciso XLIII), vedou-lhe a liberdade provisória, com ou sem fiança, e o artigo 393, inciso I, do Código de Processo Penal, faz da sua prisão um efeito necessário da sentença condenatória.*

3. *Em casos tais, a prisão do réu condenado decorre de imperativa determinação legal e constitucional, fazendo-se despicienda toda e qualquer motivação a respeito da necessidade da custódia, que ainda é de natureza cautelar e de necessidade presumida de forma absoluta pela lei.*

4. Daí, por lógica razão de ser o Direito um sistema, suprimiu a lei processual penal ao recurso de apelação o efeito suspensivo (Código de Processo Penal, artigo 597).

5. Ordem denegada.”

(HC n. 24.862/SP, Sexta Turma, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, DJ de 19.05.2003, grifos nossos)

2. No caso **sub examine**, contudo, o paciente permaneceu solto durante a instrução e, além disso, compareceu a todos os atos do processo. A situação, pois, enseja uma análise diferenciada.

A regra geral é que deve o juiz decidir sobre a possibilidade de apelo em liberdade, fundamentadamente, conforme o teor do disposto no artigo 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/1990.

No caso dos autos, o ilustre Juiz de primeiro grau restringiu-se a determinar a expedição de mandado de prisão, sem, ao menos, registrar a possibilidade, ou não, de o réu aguardar o julgamento de seu apelo em liberdade.

Assim, permanecendo livre durante toda a instrução criminal, inviável se faz o encarceramento do acusado sem a devida fundamentação.

3. Nesses termos, *concedo* a ordem de **habeas corpus**, para que o paciente possa aguardar o julgamento de seu apelo em liberdade, se por outro motivo não estiver preso.

HABEAS CORPUS N. 37.241 — RS (2004/0106835-3)

Relator: Ministro Nilson Naves

Impetrante: Andrei Zenkner Schmidt

Impetrada: Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região

Paciente: Mario Francisco dos Reis Zanini

EMENTA

Homicídio (ação penal pública). Falso testemunho (ação privada subsidiária). Queixa (rejeição). **Habeas corpus** impetrado pelo querelante (não-cabimento).

1. Admite-se como certa a ação privada nos crimes de ação pública se e quando esta não for intentada no prazo de lei.

2. A rejeição da queixa, porém, não cria para o querelante situação de constrangimento remediável por meio de **habeas corpus**.

3. Em hipótese que tal, o querelante não está a sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção (liberdade de ir, ficar e vir).

4. Cabe ao querelante defender-se na ação penal pública. Correto o Tribunal Regional, que entendeu ser inadequada a utilização da ação penal privada como defesa. “É na ação penal pública, onde o Recorrente é Réu, que ele pode e deve exercer todo direito de defesa assegurado pelo ordenamento jurídico pátrio.”

5. **Habeas corpus** 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 **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), 16 de setembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Nilson Naves, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: Tomo por relatório o do parecer do Ministério Público Federal, de redação seguinte:

“O advogado Andrei Zenker Schmidt impetra **habeas corpus** em favor de Mário Francisco Reis Zanini alegando que o mesmo está sofrendo constrangimento ilegal por parte da Sétima Turma do TRF — 4ª Região. Os fatos são os seguintes:

Mário Francisco Reis Zanini foi denunciado como incurso nas penas do art. 121, § 2º, do Código Penal. Segundo o ora paciente, durante a oitiva das testemunhas de defesa, o depoente Pedro Mendes Borges Sobrinho, ao prestar depoimento teria feito afirmação falsa em desfavor do paciente.

Por isso, o paciente, por intermédio de seu defensor, requereu a extração de cópias dos depoimentos judiciais das testemunhas de acusação e de defesa até então ouvidas, bem como a cópia do laudo pericial realizado no trecho da BR 392 onde ocorreu o suposto homicídio, o que foi deferido pelo MM. Juiz.

De posse das cópias, o paciente remeteu as mesmas ao Ministério Público para apuração de eventual responsabilidade criminal daquela testemunha.

Decorrido **in albis** o prazo para manifestação do *Parquet*, o paciente promoveu ação penal privada subsidiária da pública, através do oferecimento de queixa-crime.

À vista disso, o MM. Juiz abriu vista ao Ministério Público para manifestação, o qual ofereceu promoção repudiando a queixa-crime, requerendo a instauração de inquérito policial para investigação acerca do crime de falso testemunho.

Conclusos os autos ao Juiz, o mesmo rejeitou a queixa-crime, determinando o arquivamento do feito.

Contra esta decisão, o paciente interpôs recurso em sentido estrito, o qual não foi provido em acórdão assim ementado:

‘Processual Penal. Ação penal pública. Homicídio. Falso testemunho. Ação penal privada subsidiária de pública. Queixa-crime. Não-recebimento. Art. 581, I, do CPP. 1. Réu em ação penal pública, acusado da prática, em tese, de homicídio, ajuíza ação penal privada objetivando a condenação de pessoa que teria prestado falso testemunho na referida ação penal pública. 2. Utilização, inadequada, da ação penal privada como defesa. É na ação penal pública, onde o Recorrente é Réu, que ele pode e deve exercer todo direito de defesa assegurado pelo ordenamento jurídico pátrio. 3. Recurso improvido.’

Objetivando o recebimento da queixa-crime subsidiária proposta pelo paciente ou, alternativamente, a expedição de ordem determinando a instauração de inquérito policial para a apuração do delito, em tese, de falso testemunho praticado por Pedro Mendes Borges Sobrinho impetrou o presente *writ*.

Argumenta ser cabível o **habeas corpus** na espécie uma vez que ‘o paciente está figurando como réu numa ação penal em que um falso testemunho está lhe prejudicando, sendo que tal falsidade já fora reconhecida pelo próprio Juiz, no momento da audiência em que a testemunha prestou a informação falsa. Tendo em vista que o crime descrito no art. 342 é de ação penal pública, bem como o fato de o Ministério Público Federal não ter oferecido denúncia, a única saída processual que o paciente encontrou foi o oferecimento de queixa subsidiária contra a testemunha autora do perjúrio.’

O pedido liminar foi inferido às fls. 148/149.”

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): De igual sorte, tomo por voto os fundamentos do respectivo parecer do Ministério Público Federal, **in verbis**:

“O pleito não merece conhecimento.

Como se vê dos autos, não há ameaça à liberdade de locomoção do paciente em razão do acórdão proferido no julgamento do *Recurso em Sentido Estrito n. 2003.71.01.004690-7/RS*. Muito pelo contrário, o que deseja o paciente é a instauração de ação penal contra uma das suas testemunhas de defesa, na ação penal a que responde pelo crime de homicídio.

Sustenta que Pedro Mendes Borges Sobrinho fez falsa afirmação durante seu depoimento e, assim agindo, teria cometido o crime de falso testemunho.

Argumenta que este depoimento está lhe prejudicando na ação penal a que responde e, por isso, sofre grave ameaça a sua liberdade de locomoção, eis que com base neste depoimento poderá ser condenado.

Em que pesem suas argumentações, não vislumbramos a dita ameaça ao seu direito de ir e vir em razão do suposto falso testemunho.

Primeiro porque o constrangimento que alega sofrer por parte do TRF — 4ª Região, que não proveu o *Recurso em Sentido Estrito n. 2003.71.01.004690-7*, em nada coloca em risco a sua liberdade de locomoção, pois o ora paciente não figura no pólo passivo do referido feito, muito pelo contrário, está fazen-

do as vezes de acusador, objetivando o recebimento da queixa-crime que ofereceu contra Pedro Mendes.

Isso, por si só, já é suficiente para não se conhecer do presente *writ*.

Em segundo lugar, a leitura das peças que instruem o presente HC demonstra que o objetivo único da impetração é fazer com que a referida testemunha veja-se coagida, por ter prestado as declarações que firmou nos autos da Ação Penal n. 2001.71.01.001004-7, e possa, por isso, se retratar das mesmas.

Ora, não é objetivo da ação penal satisfazer interesses próprios, muito menos ser utilizada como meio de defesa de réus que respondem a outros processos criminais.

Muito pelo contrário, no caso do crime de falso testemunho é o Estado, titular da regularidade da administração da Justiça, que vislumbrando a prática do ilícito penal, deve agir afim de combatê-lo.

Bem tratou o acórdão da Sétima Turma do TRF — 4ª Região quando citou trecho da obra *Processo Penal*, de **Julio Fabbrini Mirabete**, que assim leciona:

(...)

É claro que se o crime de falso testemunho vier a prejudicar alguém, esta se torna vítima do mesmo. Todavia, o prejuízo deve se evidenciar de plano, o que não ocorre nos casos dos autos, pois, como dito pelo impetrante, o falso se deu em razão de contradições existentes entre o depoimento da testemunha na fase policial e na fase judicial.

Aliás, de acordo com o impetrante, haveria contradições entre um laudo pericial e o depoimento de Pedro Mendes, por isso, mais uma vez restaria confirmado o crime de falso testemunho.

Confrontar a precisão de um laudo pericial, instrumento altamente técnico com o depoimento de uma testemunha é algo muito perigoso, em especial se o fim a que se destina este confronto é acusá-la de um crime.

Assim, apenas com o mínimo de indícios da ocorrência do crime, poder-se-ia fazer acusação deste tamanho.

Um dos pedidos da impetração é justamente que seja determinado a instauração de inquérito policial para investigar os fatos. Ora, se gostaria que o fato fosse melhor elucidado, porque oferecer queixa-crime subsidiária de denúncia sem ter certeza se o que foi nela narrado configura-se como crime ou não?

Submeter uma pessoa a uma ação penal sem ter suporte fático e probatório que lhe dê crédito é fadar a denúncia/queixa-crime à rejeição, como ocorreu no caso concreto.

Acrescentando a tudo o que foi aqui dito, merece ser transcrito o teor da sentença que rejeitou a queixa-crime. Vejamos:

(...)

Ressalte-se que em nenhum momento negou ao ora paciente a amplitude de sua defesa, muito menos o contraditório das provas na ação penal produzidas. Aliás, a testemunha que o paciente tanto acusa foi arrolada por ele mesmo. Portanto, incoerente a sua conduta após o depoimento da mesma.

Com essas considerações, opina o Ministério Público Federal pelo não-conhecimento do **HC**".

De fato, Mário Francisco dos Reis Zanini não sofre nem se acha na iminência de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção (ir, ficar e vir), por ilegalidade ou abuso de poder. Por isso, acolhendo o parecer do Subprocurador-Geral Wagner Batista, não conheço do pedido.

RECURSO ESPECIAL N. 457.338 — MG (2002/0094947-6)

Relator: Ministro Paulo Gallotti

Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Recorrido: Geraldo de Souza Fraga (Preso)

Advogado: Aloísio Vieira — Defensor dativo

Recorrido: Jackson Antônio da Silva

Advogado: José Roberto Ferreira Marques — Defensor dativo

EMENTA

Recurso especial. Roubo qualificado. Duas qualificadoras. Aumento da pena-base.

1. Em se tratando de roubo qualificado por mais de uma circunstância, para a fixação de aumento de pena acima do mínimo legal, na jurisprudência recente do Superior Tribunal de Justiça, faz-se necessária a demonstração da imprescindibilidade de sua imposição, que não decorre abstratamente do número daquelas qualificadoras.

2. Recurso desprovido.

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 e Hamilton Carvalho votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalho.

Brasília (DF), 10 de fevereiro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Paulo Gallotti, Relator

DJ de 1ª.03.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Cuida-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, fundamentado nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional contra acórdão do Tribunal de Alçada que, em sede de apelação, reduziu as penas impostas aos réus em decorrência de condenação por roubo qualificado, modificando os respectivos regimes prisionais.

Opostos embargos de declaração pelo *Parquet*, foram rejeitados.

Alega o recorrente, em síntese, além de divergência jurisprudencial, negativa de vigência dos artigos 157, § 2º, inciso II, e 59, **caput**, ambos do Código Penal, pois o acórdão elevou a pena-base apenas de um terço mesmo diante do reconhecimento da existência de duas qualificadoras.

Contra-arrazoado o apelo especial, a Subprocuradoria Geral da República opina no sentido de seu provimento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator): Não merece acolhida a irresignação.

A jurisprudência recente desta Corte tem afirmado que, em se tratando de roubo qualificado por mais de uma causa, no caso concurso de agentes e emprego de arma de fogo, para a estipulação de aumento de pena acima do mínimo, impõe-se a demonstração da necessidade de sua adoção, que não decorre abstratamente do número daquelas circunstâncias.

Vejam-se:

A) “**Habeas corpus**. Roubo com emprego de arma e concurso de pessoas. Dosimetria. Pena-base no mínimo. Exasperação de causas de aumento de pena. Falta de fundamentação. Regime fechado. Gravidade abstrata do crime. Ordem concedida.

1. Ao estabelecer o aumento de pena no roubo, deve o juiz considerar, não, a gravidade abstrata do delito, como sói acontecer quando se faz caso apenas quantitativamente das causas especiais, mas, sim, a sua gravidade concreta para, desse modo, fixar o **quantum** de pena, na extensão do aumento, que vai de um mínimo a um máximo (Código Penal, artigo 157, parágrafo 2º).

2. A consideração só quantitativa das causas especiais de aumento de pena, submetidas a regime alternativo, é expressão, em última análise, da responsabilidade penal objetiva, enquanto a qualitativa é própria do direito penal da culpa e atende aos imperativos da individualização da pena, permitindo, **ad exemplum**, que uma única causa especial de aumento alternativa possa conduzir o **quantum** de pena para além do mínimo legal do aumento, que, em contrapartida, pode ser insuperável, diante do caso concreto, mesmo em se caracterizando mais de uma causa especial de aumento dessa espécie.

3. Tais espécies de aumento de pena são próprias da última fase do cálculo da pena, à luz do disposto no artigo 68, **caput**, do Código Penal, nada impedindo, como o exige a espécie, a despeito de serem duas as causas de aumento, que se o estabeleça no seu limite mínimo, à falta de razão autorizante do seu desrespeito.

4. Preceituando o Código Penal, em seu artigo 33, parágrafo 2º, alínea **b**, que, nos casos de ‘(...) condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito) (...)’, o regime prisional poderá ser o semi-aberto, requisitando a imposição de regime mais rigoroso, necessariamente, fundamentação específica.

5. Fazendo-se manifesto que a recusa do regime inicial semi-aberto ao condenado decorre da pura e simples consideração da natureza abstrata do crime, é de se o deferir como inicial de cumprimento da pena prisional.

6. Ordem concedida.”

(HC n. 24.589/RJ, Relator o Ministro Hamilton Carvalhido, DJ de 17.03.2003)

B) “Recurso especial. Apelação. Roubo triplamente qualificado. Majoração da pena.

A tão-só ocorrência de duas causas de aumento de pena não permite seja a pena aumentada acima do mínimo, sendo necessária fundamentação específica que demonstre respeito à qualidade das causas de aumento e não à quantidade das mesmas.

Recurso conhecido, mas desprovido.”

(REsp n. 275.028/DF, Relator o Ministro *José Arnaldo da Fonseca*, DJ de 22.04.2003)

No mesmo sentido, há inúmeros julgados do Supremo Tribunal Federal: HC n. 69.515/RJ, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 1^a.12.1992; HC n. 71.742/RJ, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJ de 07.02.1995; HC n. 73.070/SP, Relator para o acórdão o Ministro Maurício Corrêa, DJ de 29.09.2000, este último assim ementado:

“**Habeas corpus**. Roubo. Aumento da pena em face das qualificadoras: Uso de arma e concurso de pessoas. Artigo 157, § 2^o, I e II, do Código Penal.

1. O Juiz fixou na sentença a pena-base em seis anos de reclusão em face da reincidência e dos antecedentes e aplicou o aumento máximo por se tratar de duas qualificadoras.

2. O Tribunal coator, em grau de apelação, reduziu o aumento da pena pelas duas qualificadoras para 2/5 quintos, considerando ser a média aproximada entre o mínimo de 1/3 e o máximo da metade; em grau de revisão criminal, ratificou este critério de agravar a pena em 1/3 para uma, de 2/5 para duas e de metade para três ou mais qualificadoras.

3. A jurisprudência deste Tribunal não acolhe critérios como o adotado, de se estabelecer uma tabela, optando por dar ênfase à efetiva fundamentação da causa especial de aumento da pena, dentro dos limites previstos, com base em dados concretos. Precedentes.

4. **Habeas corpus** conhecido e deferido, em parte, para que o acréscimo previsto no artigo 157, § 2^o, do Código Penal, seja estabelecido em 1/3 da pena-base, à míngua de fundamentação com base em dados concretos para elevá-lo acima deste mínimo legal”.

No caso, o Tribunal **a quo**, entendendo não haver motivos concretos para a exacerbação acima do limite mínimo, adotou o aumento de um terço, anotando no acórdão dos embargos de declaração:

“Alega o embargante que não houve individualização da pena, quando fixado o aumento de um terço em razão das majorantes do concurso de pesso-

as e do emprego de arma; no entanto, é entendimento cediço nesta Câmara que o fato de existirem duas qualificadoras, por si só, não autoriza a aplicação do acréscimo acima do mínimo legal, tal como pretendido, pois este somente seria possível caso as armas utilizadas fossem de grosso calibre ou se tivesse participado do delito um número excessivo de pessoas, o que não se vislumbrou **in casu**.” (Fl. 394)

Diante do exposto, nego provimento ao presente recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 501.460 — RS (2003/0024436-1)

Relator: Ministro Paulo Gallotti

Recorrente: João Alencar Fernandes

Advogados: Luiz Grzechota e outros

Recorrido: Ministério Público Federal

EMENTA

Penal. Recurso especial. Falta de recolhimento de contribuições previdenciárias descontadas de empregados. Art. 168-A do Código Penal. Crime omissivo próprio. Desnecessidade de comprovação do dolo específico. Entendimento pacificado na Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça. Inexigibilidade de conduta diversa. Reexame de provas. Impossibilidade. Súmula n. 07 do STJ.

1. A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do EREsp n. 331.982/CE, pacificou entendimento de que o crime de apropriação indébita previdenciária caracteriza-se com a simples conduta de deixar de recolher as contribuições descontadas dos empregados, sendo desnecessário o **animus rem sibi habendi** para a sua configuração.

2. Trata-se, pois, de crime omissivo próprio ou puro, que se aperfeiçoa independentemente do fato de o agente (empregador) vir a se beneficiar com os valores arrecadados de seus empregados e não repassados à Previdência Social.

3. A exigência do dolo específico tornaria praticamente impossível atingir o objetivo do legislador ao editar a norma contida no art. 168-A

do Código Penal, que é o de proteger o patrimônio público e os segurados da Previdência Social.

4. A análise da tese de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa obriga, necessariamente, o reexame de provas, vedado em sede de recurso especial, a teor do disposto na Súmula n. 07 desta Corte.

5. Recurso especial parcialmente conhecido, mas desprovido.

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, conhecer parcialmente do recurso e lhe negar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Paulo Medina e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

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

Ministro Paulo Gallotti, Relator

DJ de 17.05.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Cuida-se de recurso especial, fundamentado nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal Federal da 4ª Região.

Noticiam os autos que o réu foi condenado pela prática do delito de apropriação indébita previdenciária, art. 168-A, § 1º, I, na forma do artigo 71, ambos do Código Penal, a 2 anos e 4 meses de reclusão, a serem cumpridos em regime aberto, pena corporal substituída por duas restritivas de direitos, pagamento de prestação pecuniária e prestação de serviços à comunidade.

Inconformado, apelou, tendo o Tribunal de origem negado provimento ao recurso e, **ex officio**, decretado a extinção da punibilidade pela prescrição referentemente às obrigações com vencimentos anteriores a 05.11.1995.

Alega o recorrente, em síntese, contrariedade do art. 168-A do Código Penal, além de divergência jurisprudencial, sustentando que a simples conduta de deixar de recolher as contribuições previdenciárias não é suficiente para configurar o tipo

penal considerado violado, exigindo-se, assim, a comprovação do dolo específico, ou seja, a vontade de se apropriar dos valores não recolhidos. Aduz, ainda, que o acórdão contrariou o artigo 23, inciso I, do Código Penal, ao não acatar a tese de inexigibilidade de conduta diversa.

Contra-arrazoado o apelo especial, a Subprocuradoria Geral da República opinou por seu parcial conhecimento e, nessa parte, pelo improvimento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator): Grande controvérsia instalou-se na doutrina e na jurisprudência a respeito da necessidade da comprovação do dolo específico para a configuração do delito previsto no art. 168-A, do Código Penal.

No âmbito desta Corte, entretanto, no julgamento do EREsp n. 331.982/CE, Relator o Ministro Gilson Dipp, a Terceira Seção pacificou o entendimento de que o crime de apropriação indébita previdenciária caracteriza-se com a simples conduta de deixar de recolher as contribuições descontadas dos empregados, sendo desnecessário o **animus rem sibi habendi** para sua configuração.

Veja-se a ementa desse acórdão:

“Criminal. Embargos de divergência. Caracterização do delito de omissão de recolhimento de contribuições previdenciárias. Recurso especial ‘não-conhecido’. Apreciação do mérito. Divergência configurada. Dolo genérico. **Animus rem sibi habendi**. Comprovação desnecessária. Embargos acolhidos.

I - A Sexta Turma desta Corte, ao não conhecer do recurso especial, não deixou de apreciar a questão de fundo relativa à configuração do delito de omissão no recolhimento de contribuições previdenciárias, tanto que explicitou o posicionamento da Turma no sentido da necessidade de comprovação do dolo específico de fraudar a Previdência Social, não conhecendo do apelo raro diante da impossibilidade de revisão, em sede de recurso especial, da presença ou não desse elemento subjetivo para a caracterização do delito.

II - Configurada a divergência nos moldes do Regimento Interno desta Corte se verificou que, a despeito de não ter conhecido do recurso, a egrégio Sexta Turma adentrou na análise da questão de fundo.

III - A conduta descrita no tipo penal do art. 95, **¶**, da Lei n. 8.212/1995 é centrada no verbo ‘deixar de recolher’, sendo desnecessária, para a configuração do delito, a comprovação do fim específico de apropriar-se dos valores destinados à Previdência Social. Precedentes do STJ e do STF.

IV - Embargos acolhidos.”

Trata-se, pois, de crime omissivo próprio ou puro, que se aperfeiçoa independentemente do fato de o agente (empregador) vir a se beneficiar com os valores arrecadados de seus empregados e não repassados à Previdência Social.

A exigência do dolo específico tornaria praticamente impossível atingir o objetivo do legislador ao editar a norma contida no art. 168-A do CP, que é o de proteger o patrimônio público, e os segurados da Previdência Social.

A propósito, veja-se, no que interessa, o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal:

“**Habeas corpus**. Crime contra a ordem tributária praticado em continuidade delitiva: não-recolhimento de contribuição previdenciária descontada de empregados. Alegações de: exclusão da ilicitude por inexistência de dolo; extinção da punibilidade pelo parcelamento do débito; inexistência de mora por vício na notificação administrativa, porque dirigida à pessoa jurídica; atipicidade do crime de apropriação indébita; e de aplicação da **lex gravior** em detrimento da **lex mitior**: ultra-atividade da lei penal quando, após o início de crime continuado, sobrevem lei mais severa.

1. Dolo genérico caracterizado: alegação de inexistência de recursos financeiros não comprovada suficientemente no processo-crime.

2. (...)

3. (...)

4. Alegação improcedente de atipicidade do delito de apropriação indébita (crime de resultado), porque o paciente foi condenado por crime contra a ordem tributária: não-recolhimento de contribuição previdenciária descontada de empregados, que é crime omissivo puro, infração de simples conduta, cujo comportamento não traduz simples lesão patrimonial, mas quebra do dever global imposto constitucionalmente a toda a sociedade; o tipo penal tutela a subsistência financeira da Previdência Social. Inexistência de responsabilidade objetiva.

5. (...)

6. **Habeas corpus** conhecido, mas indeferido.”

(HC n. 76.978/RS, Relator o Ministro *Maurício Corrêa*, DJ de 29.09.1998)

Resta, evidente, portanto, que a decisão do Tribunal Federal da 4ª Região está inteiramente afinada com a atual jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça sobre o tema.

No tocante ao pleito de exclusão da culpabilidade pela inexigibilidade de conduta diversa, o recurso não merece conhecimento.

A análise da questão suscitada obriga, necessariamente, o reexame de prova, providência sabidamente incompatível com a via do recurso especial, a teor do Enunciado n. 07 da nossa súmula, **verbis**:

“A pretensão de simples reexame de provas não enseja recurso especial”.

Vejam-se:

A) “Recurso especial. Penal. Apropriação indébita. Pedido de absolvição. Reexame de prova. Incidência da Súmula n. 07/STJ.

‘O acolhimento da tese da defensora, de ofensa ao art. 386, III do CPP — com o objetivo de se avaliar sobre a suficiência, ou não, das provas que levaram o Tribunal **a quo** a confirmar a condenação do recorrente —, encontra óbice na Súmula n. 07 deste egrégio STJ, por implicar revolvimento do conjunto probatório, o que é vedado na via especial.’

Recurso não conhecido.”

(REsp n. 472.075/SP, Relator o Ministro *José Arnaldo da Fonseca*, DJ de 24.03.2003)

B) “Recurso especial. Crime tipificado pela Lei n. 8.212/1991, em seu art. 95, **d**. Inexigibilidade de conduta diversa. Ausência de dolo. Reexame de provas. Súmula n. 07/STJ.

Comprovada na instância ordinária que o recorrente poderia agir de forma diversa e não o fez por opção própria, fica esta Corte impedida de pronunciar-se acerca da questão.

A ausência de dolo na conduta, bem como a verificação acerca das dificuldades financeiras da empresa, implicariam o reexame de provas, inviável em sede de recurso especial, a teor do Enunciado de n. 07.

Recurso especial conhecido, mas improvido.”

(REsp n. 472.120/RS, Relator o Ministro *Paulo Medina*, DJ de 25.08.2003)

Diante do exposto, conheço parcialmente do recurso, mas lhe nego provimento.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 504.488 — BA (2002/0158065-0)

Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa

Recorrente: Dagmar Tereza da Silva Bispo

Advogado: Francisco Antonio de Sousa Porto

Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

Procuradores: Wanja Meyre Soares de Carvalho e outros

EMENTA

Previdenciário. Processual Civil. Valor da causa para fins de alçada. Litisconsórcio ativo facultativo. Aplicação do artigo 4º da Lei n. 6.825/1980. Divisão pelo número de litisconsortes.

1. Em casos de litisconsórcio facultativo ativo, para fins de alçada e conseqüente fixação da competência jurisdicional, deve-se proceder a divisão do valor atribuído à causa, pelo número de litisconsortes.

2. Sendo o resultado da divisão do valor atribuído à causa, pelo número de litisconsortes, inferior ao equivalente a 308,5 BTNs, incabível o recurso de apelação, conforme o artigo 4º da Lei n. 6.825/1980.

3. Recurso especial provido. Acórdão anulado.

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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Nilson Naves, Hamilton Carvalhido e Paulo Gallotti. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Paulo Medina. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 21 de setembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Relator

DJ de 11.10.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa: Cuida-se de recurso especial interposto por Dagmar Tereza da Silva, com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas a e

c da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, assim ementado:

“Processual Civil. Embargos de declaração. Embargos infringentes recebidos como apelação. Possibilidade. Art. 4º da Lei n. 6.825/1980. Litisconsórcio ativo facultativo. Valor da causa global superior a 308,5 BTN (antes 50 ORTND OTN).

I - Não há que se falar na existência de erro material, omissão ou contradição no v. acórdão embargado. No caso em tela, foi dada à causa valor superior a 308,5 BTN quando do ajuizamento da ação (art. 4º da Lei n. 6.825/1980), o que levou o v. acórdão a afastar a hipótese de cabimento de embargos infringentes e a considerar correta a decisão do Juiz monocrático que recebeu o recurso como apelação e competente esta casa para julgamento.

II - O v. acórdão embargado adotou o entendimento que, havendo litisconsórcio ativo facultativo, o valor da causa, para efeito de alçada recursal, é a importância total cobrada ou o valor global, e não a que, havendo cumulação de pedidos, o valor da causa será a quantia correspondente à soma dos valores de todos eles.

III - Embargos de declaração rejeitados.”

Insurge-se a recorrente contra a decisão **a quo** que considerou como valor da causa, para fins de alçada recursal, em caso de litisconsórcio ativo facultativo, aquele a ela atribuído globalmente, sem efetuar a divisão pelo número de litisconsortes, do que resultou no recebimento e processamento dos embargos infringentes como apelação. Alega que tal entendimento nega vigência ao artigo 4º da Lei n. 6.825/1980, eis que este impediria o recurso de apelação nas causas de valor equivalentes a até 308,5 BTN e, dividindo-se o valor global da causa pelo número de litisconsortes, resultaria em valor inferior ao da alçada recursal mínima, razão pela qual não deveria ter sido recebida a apelação, havendo **erro in procedendo**, que conduziria o acórdão à nulidade.

Em contra-razões, o recorrido alega ser cabível o recurso de apelação, reiterando os fundamentos do acórdão recorrido.

É, em síntese, o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa (Relator): 1. Merece prosperar a insurgência recursal.

A questão analisada versa acerca do valor da causa para fins de alçada, quando da existência de litisconsórcio facultativo ativo, eis que controvertem as partes

se deve ser considerado o seu valor global ou o quociente de sua divisão pelo número de litisconsortes, pois, **in casu**, sendo considerado como válido o primeiro, há de se admitir a apelação, caso contrário, cabíveis os embargos infringentes, conforme se depreende do artigo 4º da Lei n. 6.825/1980.

Para que se possa analisar efetivamente a questão discutida, faz-se necessário observar devidamente a matéria atinente ao instituto do litisconsórcio, em nosso ordenamento jurídico.

A presente ação foi proposta pela recorrente, em litisconsórcio ativo facultativo, com mais 3 (três) seguradas, visando à revisão de seus benefícios previdenciários, havendo, entre as causas, um mesmo fundamento de fato e de direito, eis que pretendiam ver os seus benefícios revistos, a fim de que lhes fosse garantida a equivalência com o salário mínimo, em virtude de irregulares índices de reajuste aplicados pelo recorrido, o que estaria a contrariar o artigo 201, § 4º, da Constituição Federal.

Sendo assim, percebe-se que cada uma das autoras, inclusive a recorrente, poderia ingressar em juízo separadamente, não havendo nenhuma exigência legal de litigarem em conjunto, tendo, cada uma delas, pretensão individual e específica, o que leva a concluir que o valor da causa também deve ser aferido de forma individualizada.

Além disso, o fundamento do litisconsórcio facultativo instituído nos incisos II e III do artigo 46 do Código de Processo Civil está diretamente ligado ao instituto processual da conexão, eis que, em verdade, tais incisos, nada mais retratam que uma possibilidade de reconhecimento prévio da conexão, pelos litigantes. Portanto, ainda que as autoras tivessem optado por ingressar em juízo separadamente, os feitos teriam que ser unidos, conforme a disciplina do artigo 105 do estatuto processual civilista, importando em unidade de processo e julgamento. Nesse caso, não haveria dúvida quanto à aferição individual do valor da causa, o que impediria o recurso de apelação. A propósito outra não é a lição de **José Roberto dos Santos Bedaque**:

“Se duas demandas estiverem fundadas em idêntica causa de pedir (contrato, ato ilícito) ou tiverem por objeto o mesmo bem da vida (determinado imóvel) são consideradas conexas.

Verificadas tais situações e havendo pluralidade de pessoas nelas envolvidas, admite-se o litisconsórcio, até porque, ainda que proposta separadamente, seriam reunidas para julgamento conjunto (CPC, art. 105).” (**Marcatto, Antonio Carlos**, “Coord. Código de Processo Civil Interpretado”. Editora Atlas S/A: São Paulo, 2004, p. 150)

Assim, como o artigo 4º da Lei n. 6.825/1980 veda o manejo da apelação em causas de valor inferior ao equivalente a 308,5 BTN, revela-se nítida intenção legislativa de conferir celeridade em tais feitos, visando uma rápida solução dos litígios de menor importância econômica, com recurso apenas para o mesmo órgão prolator da decisão impugnada; a prevalecer a tese do Tribunal **a quo**, por vezes, os litigantes ver-se-iam desestimulados a litigar em litisconsórcio facultativo, ante a maior demora na tramitação da ação.

Nesse sentido, como o litisconsórcio facultativo e o instituto da conexão também encontram fundamento no princípio da economia processual, isto é, conferir tratamento diferenciado às partes por terem optado em litigar conjuntamente não cumpre o sentido do referido princípio, cria desestímulo ao litisconsórcio, levando a uma maior demanda processual, consumindo tempo, energia e onerando a máquina judiciária, que tardaria na prestação jurisdicional e acarretando, em última análise, um prejuízo para todos os jurisdicionados, já tão prejudicados diante de um aparelhamento judiciário que ainda não consegue atender aos reclamos da sociedade.

2. Ademais, conferir tratamento diferenciado quanto ao valor da causa, em casos de litisconsórcio por cúmulo subjetivo facultativo, ofenderia ainda o princípio constitucional do devido processo legal, em seus aspectos formal e material, conforme abalizada doutrina. Quanto ao primeiro aspecto, a **ratio essendi** da norma é justamente a de evitar que demandas de pequeno valor econômico fiquem com sua tramitação embaraçada nos meandros da máquina judiciária, possibilitando maior celeridade processual, o que viria de encontro ao entendimento de que, em casos de litisconsórcio facultativo, haveria a possibilidade de recurso de apelação, desestimulando o cúmulo subjetivo e fazendo com que questões que poderiam perfeitamente serem resolvidas conjuntamente, tivessem que ser desmembradas em tantos quantos fossem o número de litisconsortes, o que se mostra desarrazoado. Quanto ao segundo aspecto, a possibilidade do litisconsórcio está ligada também à garantia de acesso ao Judiciário, que não deve ser assegurada apenas formalmente. Não basta existir uma legislação assegurando ao jurisdicionado o direito de ter sua demanda apreciada pelo Judiciário, pois o Estado tem o dever de subministrar meios de garantir efetivamente este direito, inclusive implementando medidas legislativas concretas, para mitigar a desigualdade das partes, em determinadas situações. Desse modo, não pode prevalecer o entendimento da decisão **a quo** que conferiu tratamento diferenciado aos autores, notadamente à recorrente, pois estaria confrontando o amplo acesso à jurisdição, eis que o instituto do litisconsórcio facultativo ganha, atualmente, nítida feição de facilitar o acesso ao Judiciário, tendo em vista a racionalização de custos que tal instituto possibilita às partes, que

podem se cotizar no pagamento de custas e honorários advocatícios, principalmente quando ainda não se confere ampla assistência jurídica aos que dela necessitam, conforme assegurado no artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal, razão pela qual não se pode conferir nenhum tratamento diferenciado às partes, simplesmente por terem optado em litigar conjuntamente. **José Roberto dos Santos Bedaque** afirma ser o devido processo legal um direito de acesso à ordem jurídica justa, lecionando que:

“A inafastabilidade do Poder Judiciário não pode representar garantia formal de exercício da ação. É preciso oferecer condições reais para a utilização desse instrumento, sempre que necessário. De nada adiante assegurar contraditório, ampla defesa, juiz natural e imparcial, se a garantia de acesso ao processo não for efetiva, ou seja, não possibilitar realmente a todos meios suficientes para superar eventuais óbices existentes ao pleno exercício dos direitos em juízo.” (**Marcato, Antonio Carlos**, “Coord. Código de Processo Civil Interpretado”. Editora Atlas S/A: São Paulo, 2004, p. 39)

3. Por outro lado, em se acolhendo a tese do valor global dado à causa para fins de alçada, estar-se-ia permitindo a ocorrência de desvios, ante a possibilidade indireta dos litisconsortes escolherem aquele Juízo ou Tribunal, que melhor lhes conviesse, infringindo o princípio do juiz natural, eis que a parte **ex adversa** ficaria vinculada à escolha dos autores.

Neste sentido, suponhamos que dois indivíduos, pretendam ingressar em juízo, com demandas de valores individuais em que não coubesse recurso de apelação. Cientes de que determinado Juízo, contrariando entendimento da Corte de Apelação, vem reiteradamente julgando improcedentes causas similares e, a fim de submeter seus pleitos ao segundo grau, poderiam se unir em litisconsórcio, com o único propósito de elevar o valor da causa. Idêntica situação ocorreria quando o Tribunal de Alçada tivesse, em determinada questão, entendimento diverso daquele encampado pelo Tribunal de Justiça, bastando a simples união dos litisconsortes para determinar a competência de um ou de outro, ficando tal definição submetida ao único alvedrio de um dos pólos da relação processual, com infringência dos princípios da igualdade de partes e do juiz natural.

4. O extinto Tribunal Federal de Recursos tinha entendimento sumulado no sentido da divisão do valor da causa pelo número de litisconsortes facultativos para fins de alçada, como adiante se vê:

“Súmula n. 261: No litisconsórcio ativo voluntário, determina-se o valor da causa, para fins de alçada recursal, dividindo-se o valor global pelo número de litisconsortes”.

Esta Corte Superior também tem decidido diversas vezes neste sentido, conforme arestos adiante colacionados:

“Processual Civil — Administrativo — Recurso especial — Violação aos arts. 128 e 460 do CPC e art. 4º da Lei n. 6.825/1980 — Falta de prequestionamento — Não-conhecimento — Litisconsórcio ativo — Cúmulo subjetivo — Vigência da Lei n. 6.825/1980 — Valor da causa por autor inferior a 100 ORTNs — Inaplicabilidade do art. 475, II, do CPC — Dissídio pretoriano não comprovado.

1. A Turma, reiteradamente, tem decidido que, a teor do art. 255 e parágrafos do RISTJ, para comprovação e apreciação do dissídio jurisprudencial, devem ser mencionado e expostas as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, bem como juntadas cópias integrais de tais julgados ou, ainda, citado repositório oficial da jurisprudência. Dissídio não comprovado.

2. Não enseja interposição de recurso especial matéria que não foi ventilada no julgamento atacado e sobre a qual a parte não opôs os embargos declaratórios competentes, restando, portando, sem o devido prequestionamento (artigos 128 e 460 do CPC, 4º da Lei n. 6.825/1980). Aplica-se, neste aspecto, a Súmula n. 356 do Pretório excelso.

3. Na cumulação subjetiva, o litisconsórcio se forma não em razão de um só fato, mas em razão de um fundamento de fato. Há identidade fática na situação de todos os recorrentes. Dai a existência de um só processo, em que há tantas relações jurídicas processuais quanto são os litisconsortes. Assim, no litisconsorte ativo voluntário, determina-se o valor da causa, para efeito de alçada recursal, dividindo-se o valor global pelo número de litisconsortes. Aplicação da Súmula n. 261 do extinto TFR.

4. Havendo sido, em sede de impugnação ao valor da causa, fixado este em valor **per capita** e sendo este inferior a 100 ORTNs, não estava a decisão que pôs fim ao processo de conhecimento sujeita ao reexame necessário, como previsto no art. 475, II, do CPC, tendo em vista a aplicação do art. 1º da Lei n. 6.825/1980, vigente à época.

5. Recurso conhecido, nos termos acima expostos e, neste aspecto, provido para reformar o v. acórdão, restabelecendo a r. sentença monocrática e todas as decisões e atos processuais dela decorrentes.” (REsp n. 314.130/DF. Quinta Turma. Relator Ministro Jorge Scartezzini. DJ de 02.08.2004)

“Trabalhista. Alçada. Litisconsórcio ativo. Valor da causa. Em causa em que há litisconsórcio ativo, o seu valor, para fins de alçada, é determinado pelo quociente da divisão do valor global pelo número de litisconsortes. (Sú-

mula n. 261/TRF).” REsp n. 34.832/RS. Terceira Turma. Relator Ministro Dias Trindade. DJ de 28.06.2003)

O colendo Supremo Tribunal Federal, interpretando o texto do artigo 4º da Lei n. 6.825/1980, também se pronunciou no sentido da divisão do valor atribuído à causa pelo número de litisconsortes, conforme os seguintes arestos:

“Valor da causa. I - cumulação subjetiva. Havendo cumulação subjetiva, o valor da causa há de referir-se a cada autor. Se o valor da causa foi dado de forma global, entende-se representar ele a soma dos valores referentes a cada autor. II - não correspondendo o valor da causa, em relação a cada autor, ao mínimo fixado no artigo 4º da Lei n. 6.825/1980, (50 ORTNs) na data do ajuizamento da ação, não cabe recurso à instância superior.” (RE n. 112.942/RJ. Segunda Turma. Relator Ministro Carlos Madeira. DJ de 30.04.1987)

“Processo Civil — Alçada — Lei n. 6.825/1980, Artigo 4º.

Já as duas Turmas do STF se manifestaram no sentido de ser válido o entendimento do TFR, de, no caso de ação ser movida por vários autores, em se tratando de litisconsórcio facultativo, ser dividido o valor atribuído já na causa pelo número deles, face aos disposto nos arts. 48 e 292 do CPC”. (RE n. 108.680-7/SC, Relator Ministro Aldir Passarinho, DJ de 29.05.1987)

5. Portanto, não resta dúvida de que, em respeito aos princípios da igualdade de partes, do devido processo legal, do juiz natural e da economia processual, bem como em razão da própria finalidade do litisconsórcio facultativo, se deve considerar, para fins de alçada, o valor atribuído à causa, como sendo o quociente da divisão do valor global pelo número de litisconsortes.

6. Ante o exposto, dou provimento ao recurso, para anular a decisão recorrida e determinar a remessa dos autos ao juízo de primeiro grau, a fim de que este julgue os embargos.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 535.164 — RS (2003/0047243-5)

Relator: Ministro Paulo Gallotti

Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

Recorrido: Alexandre Andrades Fagundes

Advogado: Élbio Fernandes do Nascimento

EMENTA

Penal. Roubo. Tentativa. Reincidência. Agravante de consideração obrigatória.

1. Não há que se falar em violação do princípio **non bis in idem**, se o juiz aumenta a pena, com base no art. 61, I, do Código Penal, sendo o réu reincidente.

2. Recurso provido.

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, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Paulo Medina e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Brasília (DF), 06 de abril de 2004 (data do julgamento).

Ministro Paulo Gallotti, Relator

DJ de 17.05.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Cuida-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul, fundamentado na alínea **a** do permissivo constitucional, no qual se aponta violação do artigo 61, I, do Código Penal, contra acórdão do Tribunal de Justiça que, em sede de apelação da defesa, deu parcial provimento ao recurso, no ponto aqui atacado, para excluir da pena imposta ao recorrido, pela prática de tentativa de roubo qualificado, a agravante da reincidência.

Sem contra-razões, a Subprocuradoria Geral da República opinou pelo provimento do apelo especial.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator): Merece acolhida a irresignação.

Não obstante a fundamentada motivação do acórdão atacado, na verdade, em compreensão pacificada, esta Corte tem proclamado ser obrigatória, na imposição de pena ao reincidente, a consideração da respectiva agravante, que não caracteriza **bis in idem** em relação à sanção anteriormente aplicada.

Vejam-se:

A) “Recurso especial. Penal. Roubo qualificado. Afastamento da reincidência em sede de embargos infringentes. Negativa de vigência ao art. 61, inciso I, do Código Penal. Recurso provido.

1. Não pode o Tribunal afastar a agravante da reincidência fundamentando-se em argumento subjetivo, qual seja, a finalidade da aplicação da pena.

2. O agravamento da pena pela reincidência está de acordo com os princípios da individualização da reprimenda e da isonomia, porquanto é maior a censurabilidade na conduta do agente que reitera na prática do crime. Precedentes do STJ.

3. Recurso especial conhecido e provido.”

(REsp n. 475.259/RS, Relatora a Ministra Laurita Vaz, DJ de 16.06.2003)

B) “Penal. Recurso especial. Reincidência. Não-configuração de **bis in idem**.

Não há falar-se em **bis in idem** se, em obediência ao art. 61, inciso I, do Código Penal, aumentou-se a pena sob o fundamento de ser o réu reincidente.

Recurso conhecido e provido.”

(REsp n. 442.873/RS, Relator o Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ de 28.04.2003)

C) “Penal. Recurso especial. Roubo. Reincidência.

I - Dentro dos limites legais, uma vez caracterizada a reincidência, a agravante deve ser aplicada.

II - Fere o disposto no art. 61, inciso I, do CP, a rejeição de sua incidência sob pretextos de **bis in idem**, concretamente inócua, de não ser o reincidente necessariamente mais perverso e de que o Estado é estimulador da reincidência.

Recurso provido.”

(REsp n. 453.818/RS, Relator o Ministro Felix Fischer, DJ de 18.11.2002)

Diante do exposto, dou provimento ao recurso para que, anulando a parte dispositiva do acórdão, mantida a condenação na aplicação, da pena seja levada em conta a agravante da reincidência.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 536.139 — PR (2003/0078124-3)

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido

Recorrente: Cristina Maria Oliveira

Advogado: Nilton de Mattos Caldas

Representada por: Newton Mulfold Oliveira

Recorrida: União

EMENTA

Recurso especial. Servidor público. Pensão por morte. Falecimento de beneficiário. Reversão do benefício para a neta. Ausência de amparo legal. Impossibilidade.

1. Os proventos da inatividade devem ser regulados pela lei vigente ao tempo do fato que lhe determinou a incidência, da qual decorreu a sua juridicização e conseqüente produção do direito subjetivo à percepção do benefício. Inteligência do Enunciado n. 359 da súmula do Supremo Tribunal Federal.

2. Em havendo o servidor público federal instituidor do benefício falecido na vigência da Lei n. 3.373/1958, que dispõe sobre o Plano de Assistência ao Funcionário e sua família, a que se referem os artigos 161 e 256 da Lei n. 1.711/1952, impõe-se reconhecer que, com a morte do beneficiário, o benefício de pensão por morte percebido até então, por força do disposto no artigo 7º, inciso II, da Lei n. 3.373/1958, deve ser revertido para os co-beneficiários, ou, na falta destes, para o beneficiário da pensão vitalícia.

3. A condição de **neto** da beneficiária falecida não lhe assegura o direito de reversão do benefício, conforme o disposto no artigo 7º, inciso II, da Lei n. 3.373/1958.

4. 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, 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. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Fontes de Alencar. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Brasília (DF), 25 de novembro de 2003 (data do julgamento).

Ministro Hamilton Carvalhido, Presidente e Relator

DJ de 02.02.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: Recurso especial interposto por Cristina Maria de Oliveira contra acórdão da Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado:

“Administrativo. Servidor. Pensão. Sentença **extra petita**. Lei n. 3.373/1958.

1. A r. sentença proferida não foi **extra petita**, pois, ainda que a inicial seja um tanto lacunosa, ela se manteve nos limites do postulado.

2. Seguindo orientação do *STF*, a Turma decide as controvérsias da espécie, observando a legislação vigente à data do óbito do instituidor, no caso, a Lei n. 3.373/1958.

3. O autor da pensão indicou, em atenção ao item **b** inciso II artigo 5º da Lei n. 3.373/1958, a sua irmã, Dulce da Cruz Oliveira, que, por longos anos, percebeu o benefício, extinto pela morte de Dulce.

4. Não há direito hereditário na percepção de tais pensões.

5. Providos o apelo e a remessa oficial” (fl. 176).

Opostos embargos declaratórios, foram estes rejeitados.

Alega a recorrente o seguinte:

“(…)

b) O dispositivo constitucional contrariado

Princípio da imediatidade eficaz

(…)

3b) Por conseguinte, ao basear o julgamento indeferitório em jurisprudência do egrégio STF já ultrapassada pelo advento da nova Constituição — basta atentar para as datas dessas decisões — o v. acórdão, data vênua, contrariou o art. 40, § 7^o, da Constituição Federal, já que a lei reguladora passou a ser outra, que contempla, não só um novo valor do benefício (como vinha sendo pago) mas igualmente incluiu como beneficiário outras pessoas, e entre elas, a recorrente que comprovadamente vivia sob a dependência econômica do servidor e cuja circunstância sequer foi objeto de análise e de julgamento pelo aresto hostilizado.

c) Negação de vigência à Lei Federal

1c) Ao subsidiar o entendimento negatório na legislação ultrapassada afastando a recorrente da condição de beneficiária, o v. acórdão contrariou expressamente o disposto no art. 217, inciso I, e da LF n. 8.112/1990 que trata da seguridade social dos servidores e assim normado:

‘São beneficiários das pensões: a pessoa designada maior de 60 anos e a pessoa portadora de deficiência, que viviam sob a dependência econômica do servidor.’

Com efeito, ao considerar extinta a pensão por morte da avó, da qual a recorrente dependia e assim o fazia também em relação ao servidor falecido, como ficou assentado na prova coletada, a r. decisão hostilizada negou vigência à legislação de regência e à sua finalidade social que prevê a concessão do benefício do caso de pessoa deficiente e que vivia às expensas do servidor, como demonstrado.

2c) A contingência de a recorrente ser dependente economicamente de Dulce da Cruz Oliveira, que por sua vez o era do servidor, foi negada pelo v. acórdão, sob a suposição, não comprovada nos autos, de que essa responsabilidade seria de seus pais. Elegendo essas premissas, negou vigência às disposições ínsitas no art. 131 do Código de Processo Civil, tanto no que diz respeito à ausência de indicação na sentença dos motivos que lhe formaram o convencimento, como no desprezo para o exame da prova que as corroboraram.

(...)” (fls. 197/198).

Recurso tempestivo (fl. 195), respondido (fls. 206/211) e admitido (fls. 221/222).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalho (Relator): Senhores Ministros, Cristina Maria Oliveira, incapaz, representada pelo seu pai, pretende receber o benefício de *pensão por morte* que sua avó, Dulce da Cruz Oliveira, falecida, percebia em decorrência da morte de seu irmão, Ascânio Borges da Cruz, ex-servidor público federal.

A Súmula n. 359 do Supremo Tribunal Federal, revista no julgamento do ERE n. 72.509/PR, Relator Ministro Luiz Gallotti, **in** DJ de 30.03.1973, com indubitável incidência na espécie, dispõe que:

“Ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se *pela lei vigente ao tempo em que* o militar, ou o servidor civil, *reuniu os requisitos necessários.*” (Nossos os grifos)

Tem-se, assim, que os proventos da inatividade devem ser regulados pela lei vigente ao tempo do fato que lhe determinou a incidência, da qual decorreu a sua juridicização e conseqüente produção do direito subjetivo à percepção do benefício.

E, em se tratando de pensão por morte, a lei aplicável é a vigente ao tempo do óbito do servidor.

In casu, do que se recolhe do acórdão recorrido, o servidor público federal instituidor do benefício faleceu na vigência da Lei n. 3.373/1958, que dispõe sobre o Plano de Assistência ao Funcionário e sua Família, a que se referem os artigos 161 e 256 da Lei n. 1.711/1952, e que, no tocante ao benefício de pensão por morte, estabelecia o seguinte:

“Art 1º O Plano de Previdência tem por objetivo principal possibilitar aos funcionários da União, segurados obrigatórios definidos em leis especiais e peculiares a cada instituição de previdência, meios de proporcionar, depois de sua morte, recursos para a manutenção da respectiva família.

Art 2º O Plano de Previdência compreende:

- I - Seguro social obrigatório;
- II - Seguro privado facultativo.

Art 3º O Seguro social obrigatório garante os seguintes benefícios:

- I - Pensão vitalícia;
 - II - Pensão temporária;
 - III - Pecúlio especial.
- (...)

§ 3º A declaração dos beneficiários será feita ou alterada, a qualquer tempo, somente perante o Ipase, em processo especial, nela se men-

cionando claramente o critério para a divisão, no caso de serem nomeados diversos beneficiários.

Art 4º É fixada em 50% (cinquenta por cento) do salário-base, sobre o qual incide o desconto mensal compulsório para o Ipase, a soma das pensões à família do contribuinte, entendida como esta o conjunto de seus beneficiários que se habilitarem às pensões vitalícias e temporárias.

Art 5º Para os efeitos do artigo anterior, considera-se família do segurado:

I - Para percepção de pensão vitalícia:

- a) a esposa, exceto a desquitada que não receba pensão de alimentos;*
- b) o marido inválido;*
- c) a mãe viúva ou sob dependência econômica preponderante do funcionário, ou pai inválido no caso de ser o segurado solteiro ou viúvo;*

II - Para a percepção de pensões temporárias:

a) o filho de qualquer condição, ou enteado, até a idade de 21 (vinte e um) anos, ou, se inválido, enquanto durar a invalidez;

b) o irmão, órfão de pai e sem padrasto, até a idade de 21 (vinte e um) anos, ou, se inválido enquanto durar a invalidez, no caso de ser o segurado solteiro ou viúvo, sem filhos nem enteados.

Parágrafo único. A filha solteira, maior de 21 (vinte e um) anos, só perderá a pensão temporária quando ocupante de cargo público permanente.

Art 6º Na distribuição das pensões, serão observadas as seguintes normas:

I - Quando ocorrer habilitação à pensão vitalícia, sem beneficiários de pensões temporárias, o valor total das pensões caberá ao titular daquela;

II - Quando ocorrer habilitação às pensões vitalícias e temporárias, caberá a metade do valor a distribuir ao titular, da pensão vitalícia e a outra metade, em partes iguais, aos titulares das pensões temporárias;

III - Quando ocorrer habilitação somente às pensões temporárias, o valor a distribuir será pago, em partes iguais, aos que se habilitarem.

Parágrafo único. Nos processos de habilitação, exigir-se-á o mínimo de documentação necessário, a juízo da autoridade a quem caiba conceder a pensão, e concedida esta, qualquer prova posterior só pro-

duzirá efeito da data em que foi oferecida em diante, uma vez que implique a exclusão de beneficiário.

Art 7º Por morte dos beneficiários ou perda da condição essencial à percepção das pensões, estas reverterão:

I - A pensão vitalícia — para os beneficiários das pensões temporárias;

II - As pensões temporárias — para os seus co-beneficiários, ou, na falta destes, para o beneficiário da pensão vitalícia.” (Nossos os grifos)

Extraí-se ainda dos autos, que a avó da autora, Dulce da Cruz Oliveira, era beneficiária única de pensão temporária, deferida com base no artigo 5º, inciso II, alínea **b**, da Lei n. 3.373/1958, **verbis**:

Art 5º Para os efeitos do artigo anterior, considera-se família do segurado:

(...)

II - Para a percepção de pensões temporárias:

(...)

b) o irmão, órfão de pai e sem padrasto, até a idade de 21 (vinte e um) anos, ou, se inválido enquanto durar a invalidez, no caso de ser o segurado solteiro ou viúvo, sem filhos nem enteados.

Parágrafo único. A filha solteira, maior de 21 (vinte e um) anos, só perderá a pensão temporária quando ocupante de cargo público permanente.”

De tanto, resulta que, com a morte da beneficiária, o benefício de pensão por morte percebido até então, por força do disposto no artigo 7º, inciso II, da Lei n. 3.373/1958, deveria ser revertido para os co-beneficiários, ou, na falta destes, para o beneficiário da pensão vitalícia.

E o artigo 5º, incisos I e II, do aludido diploma legal, estabelece como beneficiários das pensões temporária e vitalícia:

Art 5º Para os efeitos do artigo anterior, considera-se família do segurado:

I - Para percepção de pensão vitalícia:

a) a esposa, exceto a desquitada que não receba pensão de alimentos;

b) o marido inválido;

c) a mãe viúva ou sob dependência econômica preponderante do funcionário, ou pai inválido no caso de ser o segurado solteiro ou viúvo;

II - Para a percepção de pensões temporárias:

a) o filho de qualquer condição, ou enteado, até a idade de 21 (vinte e um) anos, ou, se inválido, enquanto durar a invalidez;

b) o irmão, órfão de pai e sem padrasto, até a idade de 21 (vinte e um) anos, ou, se inválido enquanto durar a invalidez, no caso de ser o segurado solteiro ou viúvo, sem filhos nem enteados.

Parágrafo único. A filha solteira, maior de 21 (vinte e um) anos, só perderá a pensão temporária quando ocupante de cargo público permanente.” (Nossos os grifos)

Na espécie, a autora é **neta** da beneficiária falecida, condição esta que não lhe assegura o direito de reversão do benefício, conforme o disposto no artigo 7º, inciso II, da Lei n. 3.373/1958.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 660.944 — RS (2004/0093067-4)

Relator: Ministro Nilson Naves

Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

Recorrido: Zilmar Borba

Advogada: Iara Terezinha Oliveira Canto Mariano

EMENTA

Estelionato. Cheque pré-datado de conta encerrada. Prejuízo reposto. Acórdão absolutório (Código de Processo Penal, art. 386, III). Não-ocorrência de violação do disposto no art. 171 do Código Penal. Dissídio não configurado. Acórdão assentado em mais de um fundamento suficiente (Súmula n. 283/STF). Pretensão inadmissível de reexame de prova (Súmula n. 07/STJ). 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 unani-

midade, não conhecer do recurso especial nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti e Quaglia Barbosa votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Paulo Medina. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 07 de outubro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Nilson Naves, Relator

DJ de 22.11.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: O recorrido foi denunciado nestes termos:

“No dia 15 de setembro de 2000, por volta de 12h, na Rua Voluntários da Pátria, n. 1.184, nesta Cidade, o denunciado obteve, para si, vantagem ilícita em prejuízo de Jader Renato Pereira Maluc, induzindo-o em erro, mediante uso de meio fraudulento, ao adquirir um veículo Monza efetuando o pagamento com o cheque n. 617891, da agência local do Bansicredi, no valor de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), sabendo que sua conta estava encerrada. O documento foi devolvido pelo banco sacado.

Na ocasião, o acusado havia vendido o veículo Monza para a vítima, que efetuou o pagamento em dinheiro. No dia seguinte, procurou a vítima manifestando o interesse em recomprar o veículo. Acertaram o negócio e o denunciado pagou a vítima com o referido cheque, de conta sua encerrada (auto de apreensão de fl. 05).”

Pelo estelionato (Cód. Penal, art. 171), foi ele condenado à reclusão de 6 (seis) meses e a multa. Apelou da sentença e foi absolvido, com fundamento no art. 386, III, do Cód. de Proc. Penal, pelo acórdão.

Segundo o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, está “demonstrado à saciedade que a respeitável decisão hostilizada negou vigência ao artigo 171, **caput** do Código Penal, bem como entrou em confronto com acórdão do Superior Tribunal de Justiça”, e o recurso especial (pelas alíneas **a** e **c**) foi admitido nestes termos, resumidamente:

“Uma das inconformidades do postulante é quanto ao entendimento do Órgão Julgador, no sentido de que o pagamento do prejuízo, ainda na Delegacia de Polícia, afasta a tipicidade do agir do agente, deixando de existir a prova de materialidade do crime.

Razão assiste ao recorrente ao alegar afronta ao art. 171, **caput**, do CP, encontrando-se a tese recursal no mesmo sentido da orientação da Corte Superior, conforme se constata de recente julgado:

(...)

Quanto ao dissídio jurisprudencial, também deve ser admitida a inconformidade, pois o julgado colacionado (RHC n. 8.917/SP) consigna entendimento oposto ao do aresto impugnado, restando plenamente configurado o dissídio quanto a essa questão.

Registre-se, por derradeiro, que, caracterizada, no particular, ofensa à norma penal mencionada e o dissídio interpretativo aventado, é o que basta para que tenha trânsito a inconformidade, mostrando-se anódino o exame de admissibilidade, com relação às demais questões suscitadas, devolvidas, por inteiro, à apreciação do Superior Tribunal de Justiça (Súmulas do Supremo Tribunal Federal, Verbetes n. 528 e n. 292).”

O Ministério Público Federal é pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): Originalmente, foram acolhidos os fundamentos apresentados pelo Desembargador Amilton Bueno (Relator); os seguintes, em resumo:

“O apelo — vênua da colega singular — está apto a vingar:

um — a infração é daquelas que deixa vestígio. Logo, imperativa prova da materialidade.

Na espécie, apesar de existir auto de apreensão, o cheque objeto do litígio foi devolvido — ainda na Delegacia de Polícia — à vítima.

Então, prova da materialidade não existe.

dois — o cheque — diz a vítima — foi pré-datado. E a Câmara entende que, mesmo na hipótese do **caput** do art. 171 do Código Penal, resta a inibida a ação penal: ...

(...)

três — o prejuízo foi repostado pelo acusado antes mesmo do oferecimento da denúncia — mediante entrega de um veículo em pagamento do cheque.

A Câmara também pacificou que paga, em tais circunstâncias, outra vez inibe a ação penal — inexistência de prejuízo. Relembro o Precedente n. 70007036718, julgado em 19.11.2003, de minha relatoria: ...

(...)

Eis por que se impõe decreto absolutório.

Diante do exposto, dá-se provimento ao apelo de Zilmar Borba para absolvê-lo da imputação articulada na denúncia, com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal.”

Em termos tais, a mim salta aos olhos não ter o acórdão recorrido disposto de modo inverso ao que estatui o art. 171 do Cód. Penal, donde já se me apresentar sem cabimento o fundamento que busca apoio na alínea **a**, o mesmo sucedendo quanto à alínea **c**, porquanto o apontado dissídio não existe, isso porque o indicado paradigma diz respeito ao início e ao curso de ação penal, quando, então, nele se entendeu, ao ver da ementa, que “narrando a denúncia fatos que, em tese, constituem crime, descabe cogitar de trancamento da ação penal por atipicidade da conduta. O ressarcimento do prejuízo antes do recebimento da denúncia não exclui o crime de estelionato cometido na sua modalidade fundamental”. Ora, as coisas verificadas são diferentes entre os julgados confrontados: aqui não se cuida de crime em tese, mas de fato examinado sob vários ângulos.

Sem dúvida que o acórdão local está assentado em mais de um fundamento, fundamentos suficientes, um por um, tanto que, quando da admissão do especial, lá se disse que “uma das inconformidades do postulante é quanto ao entendimento do Órgão Julgador, no sentido de que o pagamento do prejuízo (...) afasta a tipicidade do agir do agente”, daí vir a pêlo a Súmula n. 283/STF, segundo a qual “é inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles”.

Sem dúvida também que o acórdão de origem está fundado em provas. Veja-se que é o recorrente que diz que o Relator “não aceitou as inúmeras e ponderosas provas produzidas nos autos para firmar convicção quanto à materialidade do delito de estelionato em questão”, quer dizer que o acórdão acabou valendo-se de outras provas. Ora, “a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial” (Súmula n. 07/STJ).

Voto pelo não-conhecimento do recurso especial.

**RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA
N. 11.283 — TO (1999/0096200-1)**

Relator: Ministro Paulo Medina

Recorrente: Renato Américo de Araújo Filho

Advogado: Marcílio Nascimento Costa

T. origem: Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins

Impetrado: Secretário da Receita do Estado de Tocantins

Recorrido: Estado do Tocantins

Procuradores: Hércules Ribeiro Martins e outros

EMENTA

Administrativo. Remoção. Servidor público. Agente do Fisco. Tocantins. Ato administrativo discricionário. Previsão legal. Lei n. 580/1993. Motivação. Interesse público.

— A remoção **ex officio**, fundamentada no interesse do serviço, determinada por autoridade competente, que mantém o servidor dentro do mesmo quadro, constitui ato administrativo perfeito.

— Não estando albergado pelo manto da inamovibilidade, mas ao contrário, existindo previsão legal da possibilidade de remoção dos servidores do Fisco Estadual (Lei n. 580/1993) e, por último, estando devidamente motivado e fundamentado o ato da Administração, não há qualquer agressão a direito líquido e certo do recorrente.

— Recurso ordinário a que se nega provimento.

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, negar provimento ao recurso, 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), 06 de abril de 2004 (data do julgamento).

Ministro Paulo Medina, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Medina: Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança, interposto por Renato Américo de Araújo Filho, Agente de Fiscalização e Arrecadação do Estado do Tocantins, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça daquele Estado, que negou provimento a agravo regimental, interposto contra decisão que indeferiu liminar em mandado de segurança.

O acórdão encontra-se vazado em ementa do seguinte teor:

“Mandado de segurança — Decisão denegatória de liminar — Primazia do interesse coletivo em detrimento do pessoal — Discricionariedade do julgador.

O julgador não está adstrito ao interesse pessoal do impetrante, quando há confronto de interesses emanados da Administração em favor de coletividade, evidenciado o **periculum in mora** inverso. A decisão denegatória de liminar, em circunstâncias tais, advém do poder de cautela geral inerente ao julgador.” (Fl. 69)

Irresignado, o impetrante interpõe o presente recurso ordinário, com fulcro no art. 105, **b**, da Constituição Federal. Verbera, preliminarmente, que o recurso cabível contra decisão que nega liminar em mandado de segurança é o agravo regimental, pelo que dispõe o artigo 247 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

Reedita, no mais, as razões da impetração, insurgindo-se contra o ato do Sr. Secretário da Fazenda do Estado do Tocantins, que editou a Portaria n. 769/1998, removendo-o da Delegacia Regional de Tocantinópolis — TO para a Delegacia Regional de Miracema do Tocantins, em desacordo com a Lei Estadual n. 580, de 24 de agosto de 1993.

Foram apresentadas contra-razões de fls. 117/121, onde se sustenta a ilegitimidade passiva **ad causam** da Secretária da Fazenda do Estado. No mérito da questão, sustenta-se a legitimidade do ato praticado.

Em parecer de fls. 143/146, o Ministério Público Federal opina pelo não-conhecimento do recurso, ante a inadequação da via eleita. Fundamenta que o recurso cabível contra agravo regimental em decisão que indeferiu liminar seria o recurso especial, não o ordinário.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Medina (Relator): A questão deduzida neste recurso ordinário centra-se no pedido de servidor público do Estado do Tocantins, de nulidade

da Portaria n. 769/1998, que o removeu da Delegacia Regional de Tocantinópolis — TO para a Delegacia Regional de Miracema do Tocantins, em desacordo com a Lei Estadual n. 580, de 24 de agosto de 1993.

Saliente-se, preliminarmente, que a jurisprudência desta Corte tem evoluído no sentido de admitir a interposição do recurso ordinário contra decisões colegiadas que, de qualquer forma, não concedam o mandado de segurança. Assim, no presente caso, indeferido o *writ*, liminarmente, pelo Relator, e mantida essa decisão pelo colegiado, o recurso ordinário se apresenta como cabível.

Confira-se, a propósito, o seguinte precedente:

“Recurso ordinário. Mandado de segurança contra ato jurisdicional. Súmula n. 267/STF. Precedente da corte.

1. Indeferido liminarmente o mandado de segurança e negado provimento ao respectivo agravo regimental, cabe a interposição do recurso ordinário constitucional, à medida que não concedida a ordem pretendida. A decisão denegatória do **mandamus** foi proferida por Tribunal estadual, sendo cabível o recurso ordinário, previsto no artigo 105, II, **b**, da Constituição Federal para impugná-la.

2. O mandado de segurança não é sucedâneo do recurso processual adequado, nem têm os tribunais estaduais competência para julgá-los contra decisão proferida nos Juizados Especiais.

3. Recurso ordinário conhecido e desprovido.”(ROMS n. 15.910 — Terceira Turma — Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito — DJ de 20.10.2003)

Analiso, pois, o mérito do recurso.

Observa-se, de forma indubitosa, que no sistema legal vigente no nosso país, dispositivos que se acham contidos na Constituição Federal e em normas de hierarquia inferior, têm por objetivo regulamentar os direitos, vantagens e obrigações que podem ser alcançados pelo cidadão que venha, através de concurso público, a ocupar um cargo em qualquer órgão ou ente da Administração Pública.

Através desse sistema legal, vê-se o servidor submetido a regras que possuem o escopo de regular o provimento, a vacância, a remoção, a redistribuição e a substituição, os direitos e vantagens, o regime disciplinar e a seguridade social.

Ao servidor público impõe-se, em realidade, verdadeiro conjunto de regras, que não lhe permitem a negociação das condições estatutariamente ofertadas e que afastam dele qualquer possibilidade de, mediante processos comuns a outros trabalhadores, ver alterado esse rol de direitos e vantagens.

Dentro desses dispositivos evidencia-se a importância do interesse da Administração na determinação de atos como a remoção, objeto deste recurso.

Dispondo sobre o tema da remoção para os agentes do Fisco, no âmbito local, a Lei do Estado do Tocantins n. 580/1993, em seus arts. 18 e 19, consigna:

“Art. 18. Remoção para os efeitos desta lei é a movimentação de Agente do Fisco, que passa a ser lotado em outra Delegacia Regional da Receita, sem modificar a sua situação funcional.

§ 1º A remoção de que trata este artigo ocorrerá para suprir vagas existentes em Delegacias Regionais, mediante prévia seleção, obedecendo aos critérios de verificação obrigatória, sob pena de nulidade do respectivo ato de remoção:

- a) antiguidade no Fisco do Estado do Tocantins;
- b) antiguidade da Delegacia Regional;
- c) classificação no concurso público de admissão;
- (...)

“Art. 19. A remoção far-se-á:

I - (...)

II - **ex officio**, comprovada necessidade de serviço;

(...)”

Como se observa, há clara previsão legal no estatuto próprio, da remoção dos servidores do Fisco do Estado do Tocantins, categoria da qual faz parte o recorrente.

Verificada a legalidade, ou seja, o cumprimento do primeiro requisito do ato administrativo discricionário — em que se encasa a remoção de servidor público — é de se aferir a motivação, inerente a esse tipo de ato, que afeta o interesse individual do administrado.

Lecionando a respeito do tema da motivação dos atos administrativos, o saudoso **Hely Lopes Meirelles** expôs:

“(…)”

Pela motivação o administrador público justifica sua ação administrativa, indicando os fatos (pressupostos de fato) que ensejam o ato e os preceitos jurídicos (pressupostos de direito) que autorizam sua prática. Claro está que em certos atos administrativos oriundos do poder discricionário a justificação será dispensável, bastando apenas evidenciar a competência para o exercício desse poder e a conformação do ato com o interesse público, que é pressuposto

de toda atividade administrativa. *Em outros atos administrativos, porém, que afetam o interesse individual do administrado, a motivação é obrigatória, para o exame de sua legalidade, finalidade e moralidade administrativa.* A motivação é ainda obrigatória para assegurar a garantia da ampla defesa e do contraditório prevista no art. 5º, LV, da CF de 1988. Assim, sempre que for indispensável para o exercício da ampla defesa e do contraditório, a motivação será constitucionalmente obrigatória.

A motivação, portanto, deve apontar a causa e os elementos determinantes da prática do ato administrativo, bem como o dispositivo legal que se funda. Esses motivos afetam de tal maneira a eficácia do ato que sobre eles se edificou a denominada teoria dos motivos determinantes, delineada pelas decisões do Conselho de Estado da França e sistematizada por Jèze (v. cap. IV, item V).

Em conclusão, com a Constituição de 1988 consagrando o princípio da moralidade e ampliando o do acesso ao Judiciário, a regra geral é a obrigatoriedade da motivação, para que a atuação ética do administrador fique demonstrada pela exposição dos motivos do ato e para garantir o próprio acesso ao Judiciário.(...)” (in: “Direito Administrativo Brasileiro”, Malheiros Editores, 26ª edição, p. 93).

A autoridade indigitada afirmou que a movimentação dos servidores fiscais é imprescindível para a manutenção do funcionamento permanente de todas as unidades operacionais da Secretaria da Fazenda, incluindo as Delegacias Regionais, Coletorias Estaduais, Postos Fiscais internos ou interestaduais; que os quantitativos modulares de vagas existentes em cada órgão deve ser suprido, sob pena de causar prejuízos à arrecadação estadual; que existem vagas a ser preenchidas no quantitativo das respectivas Delegacias Regionais da Receita.

Estão expressas, de modo textual, as situações que levaram à remoção do recorrente. Desse modo, evidencia-se a motivação do ato, pelo interesse público, soberano nos atos administrativos.

De outro lado, não é despciendo consignar que, ao tomar posse no cargo público que ocupa, o impetrante, ora recorrente, tinha perfeita ciência da possibilidade de remoção. Não pode, em conseqüência, alegar posteriormente ferimento de seus interesses pessoais, que não pode se sobrepor ao interesse coletivo.

Neste sentido assenta-se a jurisprudência desta Corte. Cite-se, a propósito, o seguinte precedente:

“Mandado de segurança. Administrativo. Remoção. Designação. Servidor público. Ibama. INSS. Procuradoria Geral Federal. Acre. Espírito Santo. Processo administrativo. Lei eleitoral. Decisão judicial.

1. A remoção **ex officio**, fundamentada no interesse do serviço, determinada por autoridade competente, que mantém o servidor dentro do mesmo quadro, constitui ato administrativo perfeito. A concordância do interessado não é elemento do ato e sua inexistência não viola os dispositivos da lei que regula o processo administrativo (Lei n. 9.784/1999).

2. A remoção levada a efeito e publicada a mais de três meses antes das eleições não fere o art. 73 da Lei n. 9.504/1997.

3. Inexiste, nos autos, decisão judicial que impeça o AGU de promover a remoção de procurador federal dentro dos quadros da Procuradoria Geral Federal.

4. O fundamento de descumprimento da decisão judicial para a concessão de segurança confunde-se com o processo de reclamação.

5. Não é competência do STJ garantir a autoridade de decisão proferida por outro juiz ou tribunal.

6. Segurança denegada.” (MS n. 8.519/DF — Sexta Turma — Minha Relatoria — DJ de 10.03.2004)

“Recurso em mandado de segurança. Administrativo. Servidor público. Remoção. Motivação. Ilegalidade. Inexistência.

1. É válido o ato de remoção **ex officio** de servidor público, adequadamente motivado e ajustado à lei.

2. Recurso improvido.” (RMS n. 13.550 — Sexta Turma — Relator Ministro Hamilton Carvalhido — DJ de 04.08.2003)

Concluo, pois, que não estando albergado pelo manto da inamovibilidade, mas ao contrário, existindo previsão legal da possibilidade de remoção dos servidores do Fisco Estadual e, por último, estando devidamente motivado e fundamentado o ato da Administração, não há qualquer agressão a direito líquido e certo do recorrente.

Posto isso, nego provimento ao recurso ordinário.

**RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA
N. 11.436 — PI (1999/0114972-0)**

Relator: Ministro Paulo Medina

Recorrentes: Walnice de Sousa Gomes Moreno e outro

Advogados: Fabricio de Moura Servulo e outro

T. origem: Tribunal de Justiça do Estado do Piauí

Impetrado: Governador do Estado do Piauí

Recorrido: Estado do Piauí

Procuradores: João Emílio Falcão Costa Neto e outros

EMENTA

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

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

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

— Recurso ordinário a que se nega provimento.

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, negar provimento ao recurso, 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), 06 de abril de 2004 (data do julgamento).

Ministro Paulo Medina, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Medina: Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por Walnice de Sousa Gomes Moreno e Luiza Maria de Moura Sérvulo, servidoras públicas estaduais inativas, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, que julgou a legalidade do ato do Exmo. Sr. Governador daquele Estado, que retirou de seus proventos de aposentadoria a quantia referente ao auxílio-transporte.

O julgado em tela restou consolidado na ementa do seguinte teor:

“Mandado de segurança denegado. Ajuda de transporte. Caráter indenizatório. Impossibilidade de incorporação ao salário (art. 43, § 1º, do Estatuto do Funcionário Público Estadual).” (Fl. 50)

Irresignadas, as impetrantes interpuseram petição de fls. 57/63 com o nome de apelação que, pelo princípio da fungibilidade recursal, e nos termos dispostos no art. 540 do CPC e 247 do RISTJ, recebo como recurso ordinário.

Sustentam, em essência, que foram aposentadas como Agente Fiscal de Tributos Estaduais do quadro de pessoal da Fazenda do Estado do Piauí. Dentre outras verbas, recebiam a chamada Ajuda Transporte, que foi paga durante todo o período da ativa e quando da efetivação das aposentadorias, porém suprimida a partir do mês de junho de 1995, em agressão ao seu direito adquirido e à Lei Estadual n. 2.854/1968 e Decreto n. 932, de 1º de março de 1969.

Nas contra-razões de fl. 83, o Estado do Piauí pede a manutenção do acórdão recorrido, à míngua de direito líquido e certo.

A douta Subprocuradoria Geral da República, em seu parecer de fl. 83, reportando-se ao parecer estadual opina pelo desprovemento do recurso, ao fundamento de que não foi demonstrada mácula de ilegalidade.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Medina (Relator): A pretensão deduzida no *writ* que deu origem ao presente recurso ordinário centra-se no pedido de ilegalidade da exclusão, a partir do mês de junho de 1995, dos proventos de aposentadoria que percebiam mensalmente, os valores referentes à gratificação denominada “Ajuda Transporte”.

É incontroverso na doutrina e na jurisprudência, que as vantagens percebidas em razão do exercício do cargo não se incorporam aos vencimentos dos servidores públicos, sendo passíveis de supressão, quando cessarem os motivos que determinaram sua concessão.

No caso em tela, a Lei Estadual n. 2.854/1968, em seu art. 68, dispõe:

“Art. 68. Na fixação dos proventos proporcionais ou integrais serão acrescentadas ao vencimento a gratificação adicional por tempo de serviço e vantagens outras que o funcionário venha percebendo por mais de cinco anos consecutivos ou de dez, interpoladamente.”

A gratificação denominada “Ajuda de Transporte” é uma vantagem pecuniária destinada, exclusivamente, à necessidade dos servidores em atividade de se locomoverem, obviamente, enquanto estiverem prestando serviços ao Estado. Findos os motivos que justificaram a sua concessão, extingue-se a razão de seu pagamento, porquanto cuida-se de gratificação de serviço, ou seja, **propter laborem**. Daí porque não se inclui nas “vantagens outras” previstas no supracitado dispositivo.

O saudoso professor **Hely Lopes Meirelles**, ao analisar o tema, leciona:

“Vantagens pecuniárias são acréscimos ao vencimento do servidor, concedidas a título definitivo ou transitório, pela decorrência do tempo de serviço (**ex facto temporis**), ou pelo desempenho de funções especiais (**ex facto officii**), ou em razão das condições anormais em que se realiza o serviço (**propter laborem**), ou, finalmente, em razão de condições pessoais do servidor (**propter personam**). As duas primeiras espécies constituem os adicionais (adicionais de vencimento e adicionais de função), as duas últimas formam a categoria das gratificações (gratificações de serviço e gratificações pessoais)...

Certas vantagens pecuniárias incorporam-se automaticamente ao vencimento (**v.g.**, por tempo de serviço) e o acompanham em todas as suas mutações, inclusive quando se converte em proventos da inatividade (vantagens pessoais subjetivas); outras apenas são pagas com o vencimento, mas dele se desprendem quando cessa a atividade do servidor (vantagens de função ou de serviço)...

O que convém fixar é que as vantagens por tempo de serviço integram-se automaticamente no padrão de vencimento, desde que consumado o tempo estabelecido em lei, ao passo que as vantagens condicionais ou modais, mesmo que auferidas por longo tempo em razão do preenchimento dos requisitos exigidos para sua percepção, não se incorporam ao vencimento, a não ser quando essa integração for determinada por lei. E a razão dessa diferença de tratamento está em que as primeiras (por tempo de serviço) são vantagens pelo trabalho já feito (**pro labore facto**), ao passo que as outras (condicionais ou modais) são vantagens pelo trabalho que está sendo feito (**pro labore faciendo**), ou, por outras palavras, são adicionais de função (**ex facto**

officii), ou são gratificações de serviço (**propter laborem**), ou, finalmente, são gratificações em razão de condições pessoais do servidor (**propter personam**). Daí por que quando cessa o trabalho, ou quando desaparece o fato ou a situação que lhes dá causa, deve cessar o pagamento de tais vantagens, sejam elas adicionais de função, gratificações de serviço ou gratificações em razão das condições pessoais do servidor.” (In “Direito Administrativo Brasileiro”, 24ª edição, pp. 430/431)

Desaparecendo, pois, os motivos excepcionais e transitórios que justificaram a concessão da gratificação de transporte, objeto da presente ação mandamental, não há que se falar em incorporação da mesma aos proventos de aposentadoria das recorrentes.

Este é o entendimento já pacificado nesta Corte, como pode-se conferir nos seguintes precedentes:

“Administrativo — Recurso ordinário em mandado de segurança — Agentes fiscais de tributos aposentadas — Incorporação do auxílio-transporte aos proventos — Impossibilidade — Natureza **propter laborem** — Inexistência de previsão legal — Ausência de direito líquido e certo.

1. A “Gratificação Ajuda de Transporte” é uma vantagem pecuniária destinada exclusivamente à necessidade dos servidores se locomoverem, enquanto estiverem prestando serviços ao Órgão a que estão vinculados. Findos os motivos que justificaram a sua concessão, extingue-se a razão de seu pagamento, porquanto cuida-se de gratificação de serviço, ou seja, de natureza **propter laborem**.

Assim, tendo estes desaparecido, somente através de expressa determinação legal é que a referida vantagem pode ser incorporada aos proventos. Ausência de direito líquido e certo a amparar a pretensão.

2. Precedente (ROMS n. 9.976/TO).

3. Recurso conhecido, porém, desprovido.” (ROMS n. 11.436 — Quinta Turma — Relator Ministro Jorge Scartezini — DJ de 08.03.2004)

“Constitucional. Administrativo. Mandado de segurança. Servidor público estadual inativo. Auxílio-transporte. Vantagem de natureza indenizatória. Incorporação. Impossibilidade. Lei Estadual n. 580/1993.

— É incontroverso na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que as vantagens percebidas em razão do exercício do cargo não se incorporam aos vencimentos dos servidores públicos, sendo passíveis de supressão quando cessados os motivos que determinaram sua concessão.

— A Lei Estadual n. 580/1993, que dispôs sobre normas específicas para o quadro funcional da Secretaria da Fazenda do Estado do Tocantins, não admitiu a extensão da gratificação do auxílio-transporte aos servidores inativos, em razão do expresso veto ao **caput** do art. 45, que previa tal benefício.

— Se a pretensão deduzida no mandado de segurança funda-se em preceito de lei que foi vetado pelo chefe do Poder Executivo Estadual, o pleito perde, por completo, a sua vitalidade jurídica, inexistindo o alegado direito líquido e certo invocado na impetração.

— Recurso ordinário desprovido.”(ROMS n. 10.175 — Sexta Turma — Relator Ministro Vicente Leal — DJ de 28.06.1999)

Ademais, a Lei n. 2.854/1968 — Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Piauí — foi revogada pela Lei Complementar n. 13/1994 e, desta forma, não ampara a pretensão das impetrantes, haja vista que no momento de suas aposentadorias não mais estava vigorando.

Posto isso, *nego provimento ao recurso ordinário*.

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 11.644 — GO (2000/0019450-6)

Relator: Ministro Paulo Medina

Recorrente: Redner Teixeira de Moura

Advogados: Juscimar Pinto Ribeiro e outros

T. origem: Tribunal de Justiça do Estado de Goiás

Impetrado: Secretário de Fazenda do Estado de Goiás

Recorrido: Estado de Goiás

Procuradores: Virgínia Charpinel Junger Cestari e outros

EMENTA

Administrativo. Servidor público. Posse em novo cargo público. Gratificação de incentivo funcional. Exercício no cargo anterior. Incorporação. Impossibilidade. Adicional de tempo de serviço. Contagem do tempo anterior e percepção na forma da nova lei.

— Vantagens pessoais dizem respeito ao indivíduo, enquanto as vantagens de carreira estão relacionadas ao cargo ou função exercidos,

tendo direito a sua percepção qualquer servidor, independentemente das circunstâncias pessoais ou especiais.

— Sendo intrínseca ao exercício do cargo, a gratificação de incentivo funcional não pode incorporar os proventos do servidor investido em novo cargo ou função, se não há dispositivo legal a autorizar a pretensão.

— O adicional por tempo de serviço é vantagem pessoal, continuando o servidor a fazer jus à contagem do tempo para sua percepção quando empossado em novo cargo. O cálculo, contudo, deve obedecer aos critérios da norma vigente ao tempo de sua posse.

— Recurso ordinário a que se dá provimento em parte.

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, dar parcial provimento ao recurso, 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), 06 de abril de 2004 (data do julgamento).

Ministro Paulo Medina, Relator

DJ de 17.05.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Medina: Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por Redner Teixeira de Moura, funcionário público estadual, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, que julgou a legalidade do ato do Sr. Secretário da Fazenda daquele Estado, que indeferiu seu pedido relativo à averbação de três quinquênios e duas gratificações de incentivo funcional, adquiridos durante o exercício de serviço público.

O acórdão encontra-se condensado em ementa do seguinte teor:

“Mandado de segurança — Cargo Público. Provimento. O provimento de cargo público, em decorrência de habilitação em concurso é forma originária de ingresso no serviço público. Por isso, o funcionário se submete às leis vigentes no momento da posse, não trazendo para o novo cargo, vantagens que possuía no exercício de cargo anterior. Segurança denegada.” (Fl. 93)

Irresignado, o impetrante interpõe o presente recurso ordinário, com fulcro no art. 105, **b**, da Constituição Federal. Verbera, em síntese, que foi contratado para o exercício de função pública do Estado de Goiás junto à Superintendência Estadual de Esportes, tornando-se estável no serviço público estadual com o advento da Constituição Federal de 1988.

Nomeado para o cargo de Técnico dos Tributos Estaduais — TTE, da carreira do Fisco do Estado de Goiás, por ter sido habilitado em concurso público, requereu a averbação das vantagens que conquistara — três quinquênios e duas gratificações de incentivo funcional — que fora denegada pela autoridade apontada.

Em contra-razões de fls. 117/121 o Estado de Goiás argúi preliminar de ilegitimidade passiva **ad causam** do Sr. Secretário da Fazenda. No mérito, pede a manutenção do acórdão recorrido por seus próprios fundamentos.

O digno representante do Ministério Público Federal, em alentado parecer de fls. 138/141, opina pelo provimento parcial do recurso (fl. 138/141)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Medina (Relator): A questão deduzida neste recurso ordinário centra-se no pedido de servidor público do Estado de Goiás de ter reconhecido seu direito adquirido à percepção da gratificação de incentivo funcional e do adicional de tempo de serviço, em virtude de posse em novo cargo público no mesmo ente.

Vantagem pessoal — como a própria acepção gramatical deixa evidente — diz respeito ao indivíduo, enquanto as vantagens de carreira estão relacionadas ao cargo ou função exercidos, tendo direito a sua percepção qualquer servidor, independentemente das circunstâncias pessoais ou especiais.

Ou seja, se a parcela que compõe os vencimentos do servidor é devida a todos os integrantes de uma carreira, sem a interferência de qualquer condição pessoal em sua aquisição, não pode ser ela considerada como vantagem pessoal e está sujeita ao teto constitucional de que dispõe o art. 37, XI, da Constituição Federal de 1988.

Trago a lume, a propósito, a lição do Professor **Celso Antonio Bandeira de Mello** sobre o tema:

“Vantagem pessoal é aquela em que o servidor percebe em razão de uma circunstância ligada a sua própria situação individual e não ligada pura e simplesmente ao cargo. Além do adicional por tempo de serviço pode ser citado como exemplo o adicional pela prestação de serviço extraordinário ou

pelo trabalho noturno (o efetuado entre 22 horas e 5 horas do dia seguinte) que o servidor desempenhe. Contrapõe-se às vantagens pessoais as denominadas (ainda que inadequadamente) vantagens de carreira. Opostamente às anteriores, sua percepção corresponde a um acréscimo que está associado pura e simplesmente ao cargo ou função. Qualquer que neles esteja preposto as receberá pelo fato de exercê-los, sem que para tanto, tenha que concorrer alguma circunstância ou incidente associável aos particulares eventos da vida profissional do agente ou às invulgares condições de trabalho a que presta sua atividade.” (“Curso de Direito Administrativo” — 4ª ed. — São Paulo — Malheiros)

No caso em tela, tem-se duas gratificações de caráter distintos: a gratificação de incentivo funcional e o adicional por tempo de serviço.

A gratificação de incentivo funcional fora concedida ao servidor em decorrência de uma condição específica, qual seja, de conclusão de Curso de Direito Tributário e de Contabilidade Geral na Academia de Polícia Civil. É portanto, uma gratificação condicionada, não podendo ser incorporada aos proventos, a não ser que haja determinação legal neste sentido, mesmo que auferida por longo tempo, em razão do preenchimento de requisitos especiais.

É oportuno salientar, ainda, que a gratificação de incentivo funcional já estava revogada à época da posse do recorrente no novo cargo público, através da Lei Estadual n. 12.706/1995.

Por outro lado, no que tange ao adicional por tempo de serviço, o servidor possui direito adquirido à contagem do tempo prestado, para a percepção de quinquênios, nos termos da legislação vigente à época de sua posse no novo cargo.

O artigo 247 da Lei Estadual n. 10.460/1988 prevê:

“Art. 247. Para apuração do quinquênio computar-se-á também, o tempo de serviço prestado anteriormente em outro cargo estadual, desde que entre um e outro não haja interrupção de exercício por prazo superior a 30 (trinta) dias.”

“Art. 170. Ao funcionário será concedida, por quinquênio de efetivo serviço público, gratificação adicional de 10% (dez por cento) sobre os vencimentos ou a remuneração do respectivo cargo de provimento efetivo, vedada a sua computação para fins de novos cálculos de idêntico benefício.”

Por seu turno, o art. 1º da Lei n. 12.831, de 28 de dezembro de 1995 consigna:

“Art. 1º Passa a ser de 5% (cinco por cento) o percentual da gratificação adicional por tempo de serviço, de que trata o art. 170, **caput**, da Lei n. 10.460, de 22 de fevereiro de 1988.”

Posto isso, *dou parcial provimento ao recurso ordinário* para reconhecer ao recorrente o direito a contagem do tempo de serviço prestado no cargo público anterior, para o efeito da aquisição de quinquênios, na forma da Lei n. 12.831/1995.
