

HABEAS CORPUS N. 18.836 – PR

(Registro n. 2001.0128269-0)

Relator: Ministro Jorge Scartezzini
Impetrante: Eduardo de Vilhena Toledo
Impetrado: Tribunal Regional Federal da 4ª Região
Paciente: Osvaldo Pittol

EMENTA: Processual Penal – Atividade lesiva ao meio ambiente – Registro de importação de matéria-prima – Inexistência de regulamentação específica – Inquérito policial – Trancamento – Ausência de justa causa.

Em Direito Penal tem vigência o princípio da reserva legal, princípio este que, na ordem jurídica brasileira, tem **status** constitucional (CF, art. 5º, XXXIX): “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. **A fortiori**, não há como considerar criminosa a ausência de registro do glifosato ácido, junto ao Ministério da Agricultura, em razão da inexistência, reconhecida pelo próprio Ministério e Ibama, de legislação específica a determinar tal procedimento. Aliás, ressalte-se, por oportuno, que o v. acórdão atacado reconheceu a ausência de regulamentação da correta classificação do produto. Desta forma, observo a ausência de justa causa a ensejar a instauração de inquérito policial. Os princípios de garantia e da legalidade estrita em matéria criminal exigem adequação específica da conduta proibida, sob pena de se atentar contra a segurança jurídica.

Ordem concedida para determinar o trancamento dos inquéritos policiais (186/2000 e 294/2000) instaurados contra o paciente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em conceder a ordem para determinar o trancamento dos inquéritos policiais instaurados contra o paciente. Votaram com o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer e Gilson Dipp. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Edson Vidigal. Sustentou oralmente o Dr. Eduardo de Vilhena Toledo (pelo paciente).

Brasília-DF, 26 de fevereiro de 2002 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Jorge Scartezzini, Relator.

Publicado no DJ de 3.6.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo impetrado por Eduardo de Vilhena Toledo, em benefício de Osvaldo Pittol, contra o v. acórdão proferido pelo egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, *que denegou a ordem ali impetrada*, nos termos da seguinte ementa (fl. 35), **verbis**:

“**Habeas corpus.** Trancamento de inquérito policial. Matéria controvertida.

O **habeas corpus** não comporta exame aprofundado de matéria de prova controvertida. Não demonstrada de forma inequívoca, a falta de justa causa para a ação penal, descabe o trancamento do inquérito policial.

Além do mais, o simples indiciamento em inquérito policial não constitui constrangimento ilegal a ser corrigido por intermédio do **habeas corpus.**”

Consta dos autos que o Paciente é Diretor-Presidente da empresa Milenia Agro Ciências S/A, sediada em Londrina-PR, responsável pela fabricação de agroquímicos genéricos em larga escala. Nessa condição, importou 180 toneladas de matéria-prima denominada Glifosato Ácido 95%.

Em 20 de junho de 2000, a requerimento da empresa Nortox S/A, concorrente no mesmo ramo empresarial, foi instaurado o Inquérito Policial *n. 186/2000* objetivando a apuração de responsabilidade criminal por atividade lesiva ao meio ambiente atribuída a Milenia, pela importação da mencionada matéria-prima, *sem o competente registro junto ao Ministério da Agricultura.*

Posteriormente, ante as notícias de que a referida empresa continuava importando irregularmente o Glifosato Ácido 95%, o Ministério Público Federal requereu a instauração de outro inquérito policial, pelo mesmo motivo anterior, além da busca e apreensão de toda a carga do produto, o que deu origem ao *Inquérito n. 294/2000.*

Diante disso, o Paciente *impetrou habeas corpus* perante o Tribunal **a quo**, pleiteando o trancamento dos inquéritos policiais, sustentando que a importação do Glifosato Ácido 95%, no que tange à necessidade de registro, era controvertida, na medida em que o próprio Ministério da Agricultura reconheceu a desnecessidade do registro e que o Ibama reconheceu a ausência de regulamentação específica da matéria.

A ordem, entretanto, restou denegada sob o argumento de que a solução da controvérsia exigia o profundo exame de provas, o que seria inviável pela via escolhida. Daí, o presente *writ* substitutivo, onde o Impetrante repisa os argumentos ali deduzidos, salientando a desnecessidade do exame de provas, acrescentando, ainda, a ocorrência da **abolito criminis** com o advento do Decreto n. 3.828/2001, que concedeu a autorização para as empresas importarem, comercializarem e utilizarem a sobredita substância.

Requerida liminar, esta foi concedida, às fls. 112/113, para sobrestar o andamento dos inquéritos até o julgamento de mérito do presente *writ*.

Informações à fl. 117.

A douta Subprocuradoria Geral da República, em seu parecer, às fls. 123/126, opinou, inicialmente, pela denegação da ordem, sob o fundamento de que a solução da controvérsia exigia o amplo exame de provas.

Retornado os autos ao Ministério Público, em requisição formulada à fl. 127, este exarou novo parecer opinando pela concessão da ordem, sob o argumento de que inexistia justa causa para a instauração de inquérito policial.

Após, vieram-me conclusos os autos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator): Sr. Presidente, como relatado, o Impetrante, no presente *writ* substitutivo, pleiteia o trancamento dos inquéritos policiais instaurados contra o Paciente, Diretor-Presidente da empresa Milenia Agro Ciências S/A, pela suposta prática de atividades lesivas ao meio ambiente.

Para tanto sustenta: a) ausência manifesta de justa causa, e b) ocorrência da **abolito criminis** e conseqüente extinção da punibilidade com o advento do Decreto n. 3.828/2001, que regulamentou a matéria.

Depreende-se dos autos que, primeiramente, a requerimento da empresa Nortox S/A, concorrente no mesmo ramo empresarial, foi instaurado Inquérito Policial *n. 186/2000* objetivando a apuração de responsabilidade criminal pela importação de Glifosato Ácido 95%, *sem o competente registro junto ao Ministério da Agricultura*. Posteriormente, o Ministério Público Federal, sob a mesma justificativa, determinou a instauração de novo inquérito, agora sob o *n. 294/2000*, com a apreensão do produto. Em ambos, salientou-se que o registro junto ao Ministério da Agricultura era necessário porque o Glifosato importado pela Milenia não era considerado matéria-prima como sustentado, e sim produto técnico de elevado teor tóxico que necessitaria de registro federal. Tal circunstância era corroborada pela Nortox, também produtora de defensivos agrícolas, que teria seu registro regular junto ao Ministério da Agricultura.

O writ merece prosperar.

Com efeito, a discussão acerca de eventual atividade lesiva ao meio ambiente originou-se, em ambos os inquéritos, com a importação, pela empresa Milenia, do Glifosato Ácido 95%, sem o registro junto ao Ministério da Agricultura. Segundo se apurou, tal conduta estaria inserta no art. 56 da Lei n. 9.605/1998, que estabelece:

“Art. 56. Produzir, processar, embalar, *importar*, exportar, comercializar, fornecer, transportar, armazenar, guardar, ter em depósito ou usar produto ou substância tóxica, perigosa ou nociva à saúde humana ou ao meio ambiente, *em desacordo com as exigências estabelecidas em lei ou nos seus regulamentos*:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.”

Com se deduz da referida figura típica, a sua prática está condicionada à violação de exigências estabelecidas em lei ou regulamento. Consta dos autos que o primeiro inquérito (*n. 186/2000*) foi instaurado em 27 de julho de 2000, conforme cópia da portaria acostada à fl. 27. Entretanto, como ressaltado pelo Impetrante, a Milenia, em 29 de outubro de 1997 (*data bem anterior aos fatos*), consultou o Ministério da Agricultura sobre a necessidade de ser registrado o Glifosato Ácido e qual era o entendimento do referido órgão acerca da natureza do produto. Da resposta obtida, extrai-se (fl. 39), **verbis**:

“Em resposta ao seu ofício ... informamos a V. S.^a que este Departamento de Economia Agrícola – Deagri/SPA, *considera o Glifosato*

Ácido como matéria-prima para a fabricação dos herbicidas formulados à base do ingrediente ativo Glifosato.

Tal assertiva deve-se ao fato de que o *Glifosato Ácido* não possui ação direta como herbicida, necessitando de reação química para se transformar em sal de glifosato, este sim produto técnico que, após ser formulado, se transforma em produto comercial, que é utilizado como herbicida em diversas culturas agrícolas autorizadas.

O Departamento de Defesa e Inspeção Vegetal deste Ministério tem como norma não registrar as matérias-primas para a formulação de agroquímicos ...”

Infere-se, portanto, que o próprio Ministério da Agricultura, quando consultado, *salientou a desnecessidade de registro junto àquele órgão*, o que, aliás, é corroborado pelo Ofício n. 5/2000, enviado ao Chefe do Serviço de Sanidade Vegetal do Paraná, informando que *“O Ministério da Agricultura não possui legislação para registro, fiscalização da importação, transporte e comercialização da matéria-prima”* em referência.

Entretanto, enquanto para o Ministério da Agricultura o referido produto não necessitaria de registro para sua importação, outro órgão governamental – Ibama –, quando consultado, entendeu necessário, dada sua natureza tóxica.

Em razão da divergência entre os órgãos federais, a Administração reuniu os vários órgãos responsáveis pela fiscalização com o objetivo de padronizar a conceituação e requisitos necessários para a importação e comercialização do Glifosato Ácido. Assim, *somente em 21 e 22 de setembro de 2000*, é que, em deliberação conjunta, decidiram que as empresas detentoras do referido produto deveriam apresentar dados e informações, para efeito de reavaliação e/ou registro. De outro lado, o próprio Ibama, em Nota Informativa n. 28, *de 10 de abril de 2001*, esclareceu que (fl. 52), **verbis**:

“Até 21.12.2000, os órgãos federais responsáveis pelos setores da Agricultura, Saúde e Meio Ambiente não estabeleciam os requisitos aplicáveis ao registro de componentes ... data em que foi promulgado o Decreto n. 3.694, estabelecendo o prazo de cento e oitenta (180) dias para o registro dos componentes de agrotóxicos e afins.

Como conseqüência, em função da dificuldade de regulamentação pelos órgãos registrantes, diante das dúvidas surgidas na conceituação de matéria-prima e produto técnico para a fabricação do sal de

isopropilamina de Glifosato, o Glifosato Ácido era considerado matéria-prima (componente) e produto técnico.

Assim, com respaldo legal a Milenia e outras empresas ... utilizavam o Glifosato Ácido como matéria-prima na fabricação do sal de isopropilamina ...

Durante esse período de transição ficam mantidos os atuais registros e aceitos os procedimentos que vinham sendo adotados para fins de importação, produção e uso industrial desses componentes. Com vistas a disciplinar definitivamente a matéria, os órgãos acordaram pelo encaminhamento pela portaria conjunta contendo os procedimentos a serem adotados com relação ao registro de componentes.”

Destarte, ao contrário do entendimento esposado pelo v. acórdão guerreado, o caso não enseja o exame de provas. Na realidade, infere-se, das informações obtidas, que a necessidade de registro do produto importado pela Milenia é que era controvertida, sendo, inclusive, não reconhecida pelo Ministério da Agricultura. *Assim sendo, somente em 21.12.2000 é que os órgãos públicos chegaram a um ponto comum acerca da natureza do produto e a necessidade de sua regulamentação, ressaltando, todavia, que os procedimentos adotados até então deveriam ser mantidos.* Em decorrência disso, nessa mesma data foi publicado o Decreto n. 3.694/2000, que prevê, em seu art. 8º, o seguinte:

“Os titulares de registro de produtos técnicos, agrotóxicos e afins deverão fornecer ao órgão federal competente a relação das matérias-primas, ingredientes inertes e aditivos utilizados, acompanhada do respectivo pedido de registro, de acordo com o art. 8º-A, no prazo de cento e oitenta dias, a partir da publicação deste decreto.”

Em 16 de junho de 2001, dentro do prazo legal estabelecido, a Milenia Agro Ciências S/A, em cumprimento ao referido decreto, encaminhou todos os documentos requeridos, inclusive a solicitação de registro, conforme se verifica às fls. 56/85. Agiu, portanto, dentro dos ditames legais.

Como se sabe, em Direito Penal tem vigência o princípio da reserva legal, princípio este que, na ordem jurídica brasileira, tem **status** constitucional (cf. art. 5º, XXXIX, da Constituição): “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. *A fortiori, não há como considerar criminosa a ausência de registro do Glifosato Ácido junto*

ao Ministério da Agricultura, em razão da inexistência, reconhecida pelo próprio Ministério e Ibama, de legislação específica a determinar tal procedimento. Aliás, ressalte-se, por oportuno, que o v. acórdão atacado reconheceu a ausência de regulamentação da correta classificação do produto.

Desta forma, observo a ausência de justa causa a ensejar a instauração de inquérito policial. Os princípios de garantia e da legalidade estrita em matéria criminal exigem adequação específica da conduta proibida, sob pena de se atentar contra a segurança jurídica.

Sendo, pois, tal circunstância suficiente, por si só, para a concessão do pedido formulado, entendo desnecessário o exame da alegação de **abolitio criminis** decorrente da edição do Decreto n. 3.828, de 31 de maio de 2001, que, efetivamente, em seu art. 8^o-F, preceitua, **verbis**:

“As empresas que efetuarem o pedido de registro de matérias-primas, ingredientes inertes e aditivos, conforme previsto no art. 8^o-D, poderão importar, comercializar e utilizar até a conclusão da avaliação do pleito pelos órgãos federais competentes.”

Por tais fundamentos, concedo a ordem para determinar o trancamento dos inquéritos policiais (186/2000 e 294/2000) instaurados contra o Paciente.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 19.024 – MS

(Registro n. 2001.0141957-5)

Relator: Ministro Edson Vidigal
Impetrante: Denise da Silva Viégas (Defensora Pública)
Impetrada: Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul
Paciente: Odair Aparecido Rocha de Alencar (preso)

EMENTA: Penal – Confissão espontânea – Motivação – Irrelevância – Configuração da atenuante – **Habeas corpus**.

1. Para a configuração da atenuante de que trata o CP, art. 65, III, d, não é exigível que a autoria do crime seja desconhecida, nem

tampouco que o réu demonstre arrependimento pelo ato praticado. Precedentes.

2. **Habeas corpus** conhecido; pedido deferido para anular a sentença, tão-somente quanto à dosimetria da pena, e determinar o retorno dos autos à origem, para que nova sentença seja proferida, reconhecida a incidência da atenuante.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, deferir o pedido, determinando o retorno dos autos à origem, anulando a sentença tão-somente quanto à fixação da pena, para que nova sentença seja proferida, reconhecida a incidência da atenuante da confissão espontânea. Os Srs. Ministros José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer, Gilson Dipp e Jorge Scartezzini votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília-DF, 18 de dezembro de 2001 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Edson Vidigal, Relator.

Publicado no DJ de 25.2.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Edson Vidigal: Julgando apelação interposta por Odair Aparecido Rocha de Alencar, buscando reformar sentença que o condenara pela prática de furto (CP, art. 155, § 4º, I), o TJMS deu parcial provimento ao recurso, tão-somente para alterar o regime prisional imposto. Ficou assim ementada aquela decisão:

“Apelação-crime. Furto qualificado. Réu que pretende a aplicação do princípio da insignificância. Impossibilidade, já que a venda da **res furtiva** é que garante o sustento da vítima. Réu que pede o reconhecimento do furto privilegiado. Rompimento do obstáculo comprovado por laudo pericial. Apelante que pede o reconhecimento da confissão espontânea. Réu que foi preso somente após a realização de diligências. Pedido de alteração do regime de cumprimento de pena.

Regime de cumprimento de pena muito rigoroso. Recurso provido em parte. Unânime.

Não há falar em reconhecimento do princípio da insignificância quando restou provado que a venda da **res furtiva** é que garante o sustento da vítima, vendedora ambulante.

Incabível o pedido de reconhecimento de furto privilegiado quando restou provado por laudo pericial que o Réu, para obter seu intento, rompeu obstáculo para subtração dos objetos com uma espécie de alavanca.

Não pode ser reconhecida a confissão espontânea quando o Réu foi preso somente após a realização de diligências e, diante dos indícios, não teve como negar a autoria do ilícito.

Merece acolhida o pedido de alteração de regime de cumprimento de pena quando, embora o Réu não possua antecedentes favoráveis, compareceu a todas as fases do processo, não se furtando à ação da Justiça e o crime praticado é sem violência ou grave ameaça à pessoa.”

A impetração reclama de suposto constrangimento ilegal, decorrente do não-reconhecimento da atenuante da confissão espontânea. Diz que se o Réu “opta por confessar o delito, esclarecendo suas circunstâncias, auxiliando o trabalho da polícia judiciária, dando ao julgador maior tranqüilidade para proferir um édito condenatório, obviamente faz jus a uma recompensa, **in casu**, a atenuação de sua reprimenda, nos exatos termos previstos no art. 65, III, **d**, do estatuto penal pátrio, dispositivo que não perquire a motivação do confitente e busca apenas estimular a verdade processual” (fl. 6). Pede, reconhecida a incidência da atenuante, seja reduzida a pena imposta.

O Ministério Público, nesta Instância, é pela denegação da ordem.

Relatei.

VOTO

O Sr. Ministro Edson Vidigal (Relator): Sr. Presidente, a fixação da pena-base, principalmente se superior ao mínimo legal, deve seguir uma criteriosa análise e fundamentação. A sentença, aqui, atende a esses requisitos. Foram consideradas as circunstâncias judiciais previstas no CP, art. 59, em especial no tocante à personalidade do Réu, obedecendo aos ditames legais atinentes à dosimetria da pena.

Não obstante, a restrição feita à confissão, por não a considerar espontânea, atenta contra o próprio instituto. Para configurar-se a atenuante de que trata o CP, art. 65, III, não é exigível que a autoria do crime seja desconhecida, nem tampouco que o réu demonstre arrependimento pelo ato praticado. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal:

“Reincidência x antecedentes criminais. O Direito é ciência e como tal possui institutos, expressões e vocábulos com sentido próprio. Descabe confundir agravante com circunstância judicial e, portanto, reincidência – artigo 63 – com antecedentes criminais – artigo 59 –, ambos do Código Penal. A constatação de que o juízo não ultrapassou o campo da fixação da pena-base é conducente ao afastamento do vício, concluindo-se que, na verdade, foram considerados os antecedentes e não a reincidência do acusado.

Circunstância atenuante. Confissão espontânea. Prisão em flagrante. Sob a égide da disciplina anterior à reforma da parte geral do Código, ocorrida mediante a edição da Lei n. 7.209/1984, a prisão em flagrante era de molde a excluir a configuração da circunstância atenuante revelada pela confissão espontânea, que estava jungida às hipóteses em que a autoria do crime era ignorada ou imputada a outrem – alínea **d** do artigo 48. Com o abandono da irreal forma inicialmente adotada, pouco importa que o acusado tenha sido preso em flagrante. A simples postura de reconhecimento da prática do delito e, portanto, da responsabilidade, atrai a observância, por sinal obrigatória, da regra insculpida na alínea **d** do inciso III do artigo 65 do Código Penal – “confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime”. Tanto vulnera a lei aquele que exclui do campo de aplicação hipótese contemplada como o que inclui requisito nela não contido.

Nulidade. Vício de procedimento x vício de julgamento.

Os dois vícios têm efeitos diversos. O primeiro atrai a pecha de nulo para o provimento judicial, enquanto o segundo autoriza a simples reforma. O princípio processual da celeridade e economia conduz, tanto quanto possível, ao aproveitamento do ato judicial. Sendo viável expungir-se do título a parte reveladora da nulidade, esta não deve ser declarada.” (HC n. 69.479-RJ, rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 10.11.1992).

Também este STJ, em recentes decisões:

“Criminal. RHC. Estupro. Dosimetria. Exacerbação da pena-base. Desconsideração da atenuante da confissão espontânea. Aplicação da regra da continuidade delitiva antes de causa de aumento. Método trifásico. Equívoco. Ausência de prejuízo ao réu. Recurso parcialmente provido.

Para a incidência da atenuante da confissão espontânea, não se exige que a autoria do crime seja desconhecida, nem que o réu demonstre arrependimento pelo cometimento do delito. Precedentes.

Se o juiz reconhece a confissão espontânea do réu na fundamentação da sentença, deve considerar a respectiva atenuante na dosimetria da reprimenda.

Se os autos demonstram que o julgador procedeu à exasperação da pena-base, segundo a regra do art. 71 do Código Penal, anteriormente à consideração da causa de aumento do art. 226, inciso III, do mesmo diploma legal – o qual, ressalte-se, deveria ter incidido antes da continuidade –, evidencia-se mero equívoco que não pode ser reexaminado na via eleita, tendo em vista a ausência de prejuízo daí resultante, pois, procedendo-se ao cálculo na ordem correta, o resultado não seria alterado.

Recurso parcialmente provido para, cassando-se o acórdão recorrido, anular-se parcialmente a sentença monocrática tão-somente quanto à dosimetria da reprimenda, a fim de que outra seja elaborada, observando-se a incidência da atenuante da confissão espontânea, mantida a condenação do paciente.” (RHC n. 11.668-BA, rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 19.11.2001).

“**Habeas corpus**. Penal. Paciente condenado pela prática do crime tipificado no art. 159, **caput**, c.c. o art. 61, II, **h**, e art. 62, I, todos do CP. Condenação confirmada em 2º grau de jurisdição. Erro na dosimetria da pena. Pena-base fixada acima do mínimo legal sem a devida fundamentação. Atenuante da confissão espontânea. Observância que se impõe. Concessão parcial da ordem.

Pena-base fixada acima do mínimo legal em razão que a r. sentença fixou a pena-base um ano acima do mínimo legal sem a necessária motivação.

Confissão na fase inquisitorial que, embora retratada em juízo,

influenciou decisivamente na condenação do réu. Atenuante que deve ser aplicada. Precedentes desta Corte.

Ordem concedida em parte para, mantida a condenação, anular o acórdão condenatório na parte relativa à dosimetria da pena para que outra seja fixada, considerando-se a pena-base no mínimo legal quanto ao paciente Marcos Rônio, observada ainda a atenuante prevista no art. 65, inciso III, letra **d**, do Código Penal, já que contra este existem circunstâncias agravantes. Extensão da ordem a co-réu, nos termos do art. 580 do CPP, somente no que se refere à aplicação da atenuante em tela.” (HC n. 16.341-PB, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 27.8.2001).

Assim, conheço do **habeas corpus**, e defiro o pedido, determinando o retorno dos autos à origem, anulando a sentença tão-somente quanto à fixação da pena, para que nova sentença seja proferida, reconhecida a incidência da atenuante da confissão espontânea.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 19.581 – CE

(Registro n. 2001.0181702-0)

Relator: Ministro Gilson Dipp
Impetrantes: Clayton Marinho e outros
Advogado: Paulo Guanabara Leal de Araújo
Impetrada: Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará
Paciente: Vítor Quinderé Amora (preso)
Sustentação oral: Marcelo Martins (pelo paciente)

EMENTA: Criminal – HC – Homicídio qualificado – Prisão preventiva – Ausência de concreta fundamentação – Apresentação espontânea – Condições pessoais favoráveis – Necessidade da custódia não demonstrada – Ordem concedida.

I – Exige-se concreta motivação do decreto de prisão preventiva, com base em fatos que efetivamente justifiquem a excepcionalidade da medida, atendendo-se aos termos do art. 312 do CPP e da

jurisprudência dominante, não sendo suficiente a mera alusão genérica à gravidade do delito, aos indícios de materialidade e autoria.

II – O simples fato de se tratar de crime hediondo não basta para que seja determinada a segregação.

III – Não obstante o fato de o réu ter se apresentado espontaneamente à autoridade policial não ser suficiente para garantir eventual direito subjetivo à liberdade provisória, tal aspecto não pode deixar de ser considerado na hipótese dos autos.

IV – Condições pessoais favoráveis, mesmo não sendo garantidoras de eventual direito à liberdade provisória, devem ser devidamente valoradas, quando não demonstrada a presença de requisitos que justifiquem a medida constritiva excepcional.

V – Não demonstrada a necessidade da medida, deve ser revogada a custódia processual.

VI – Ordem concedida para revogar a prisão cautelar efetivada contra Vítor Quinderé Amora, determinando-se a imediata expedição de alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não estiver preso, mediante condições a serem estabelecidas pelo julgador de 1º grau, sem prejuízo de que venha a ser decretada novamente a custódia, com base em fundamentação concreta.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem para revogar a prisão cautelar efetivada contra Vítor Quinderé Amora, determinando-se a imediata expedição de alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não estiver preso, mediante condições a serem estabelecidas pelo julgador de 1º grau, sem prejuízo de que venha a ser novamente decretada a custódia, com base em fundamentação concreta. Os Srs. Ministros Jorge Scartezzini, Edson Vidigal, José Arnaldo da Fonseca e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília-DF, 12 de março de 2002 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Gilson Dipp, Relator.

Publicado no DJ de 15.4.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de **habeas corpus**, substitutivo de recurso ordinário, contra acórdão do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, que denegou ordem anteriormente impetrada em favor de Vítor Quinderé Amora, visando à revogação da custódia preventiva contra ele decretada.

O r. acórdão está a seguir ementado:

“Ementa: **Habeas corpus**. Homicídio duplamente qualificado. Crime legalmente definido como hediondo. Paciente que denota ser perigoso para o convívio em sociedade. Prisão preventiva que se faz necessária como garantia da ordem pública. Despacho satisfatoriamente motivado. Nenhuma censura a ser feita. Inexistência de constrangimento ilegal. Ordem denegada.” (fl. 136).

O Paciente foi denunciado pela prática, em tese, do delito tipificado no art. 121, § 2º, incisos II e IV, em concurso material com o art. 121, § 2º, incisos II e IV, c.c. o art. 14, todos do Código Penal.

Em razões, sustenta-se, em síntese, que o Paciente teria se apresentado espontaneamente perante a autoridade policial; que não teria causado qualquer obstáculo a investigações; insuficiência de fundamentação da decisão que decretou a prisão do Paciente; e que o mesmo seria possuidor de condições pessoais favoráveis.

A Subprocuradoria Geral da República opinou pela concessão da ordem (fl. 174).

É o relatório.

Em mesa para julgamento.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Trata-se de **habeas corpus**, substitutivo de recurso ordinário, contra acórdão do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, que denegou ordem anteriormente impetrada em favor de Vítor Quinderé Amora, visando à revogação da custódia preventiva contra ele decretada.

Em razões, sustenta, a impetração, que o Paciente teria se apresentado

espontaneamente perante a autoridade policial e que não teria causado qualquer obstáculo a investigações.

Aduz-se, ainda, a insuficiência de fundamentação da decisão que decretou a prisão do Paciente, pois o mesmo seria possuidor de condições pessoais favoráveis.

Merece prosperar a irresignação.

Pelo exame dos autos, verifico que os motivos ensejadores da presente prisão cautelar efetivamente não se sustentam.

O MM. Juiz monocrático, atendendo à representação formulada pelo ilustre Delegado de Polícia, decretou a custódia preventiva do Paciente. O referido **decisum** possui o seguinte teor:

“(…)

Na hipótese dos autos, há fatos que corroboram de forma inarredável que houve, de fato, a morte de uma pessoa e lesões corporais contra outra, sem motivos sequer explicativos, pelo menos até aqui. O fato foi praticado com violência inusitada e horripilante, ensejando salpicos de emoção em toda grande Fortaleza. A autoria dos hediondos crimes fora imputada ao Sr. Vítor Quinderé Amora, que, por ocasião de sua oitiva perante a autoridade policial, não negou que praticou o fato, afirmando que o fez para revidar uma agressão injusta. A prova até agora coligida não contempla sequer parcialmente a versão conduzida pelo denunciado.

A prisão preventiva, por ser restritiva de liberdade, constitui uma antecipação da tutela penal, razão porque só pode ser decretada mediante motivação e fundamentação adequadas ao lado da existência inarredável da materialidade e autoria.

Estes requisitos estão plenamente cumpridos. Apesar do Réu ser advogado, primário, e não se conhecer outro fato dito delituoso praticado por ele, embora não esteja dificultando a instrução criminal, sem embargo, confessou a autoria de um bárbaro crime, incompatível com a tese por ele esposada, pelo menos até a presente data, levando em conta a prova até aqui produzida. E o pré-falado fato, pela maneira como foi cometido, comprometeu, **ipso facto**, o próprio direito do acusado permanecer em liberdade durante a instrução criminal. No confronto da liberdade individual com a ordem pública, prevalece esta porque representa os interesses da sociedade.

O repertório jurisprudencial, no tocante à apreciação dos valores comoção social, gravidade do fato, primariedade e bons antecedentes, tem se prontificado no sentido da necessidade da conjugação dos ditos valores para o fito de autorizar ou denegar prisão cautelar. A posição atual do Pretório Excelso, diante da decretação da prisão preventiva ou de sua negação, não deve fundar-se somente em um deles isoladamente. Assim, a comoção social, por si só, não constitui causa bastante para sua autorização, bem como a primariedade e os bons antecedentes também não são suficientes, de **per si**, para sua denegação.

(...)

A garantia da ordem pública, vista pela doutrina e pela jurisprudência, não questiona apenas a prevenção da reprodução de fatos criminosos, como também preservar e acautelar o meio social e a própria credibilidade do Poder Judiciário, diante da gravidade do crime de sua larga repercussão.

(...)

Os elementos contidos nos autos, à luz dos depoimentos uníssimos prestados perante a autoridade policial, demonstram que o fato fora praticado com requintes de perversidade, sendo de natureza grave e hedionda, causando comoção social, além de concluírem pela materialidade e autoria positivada de forma inquestionável, uma vez que não se trata de suposição, o fato foi assistido por muitas pessoas, porquanto ocorreu em plena via pública, além da confissão espontânea do próprio acusado. Convém ainda salientar que, num mesmo contexto social, foram dois os crimes perpetrados pelo denunciado, restando atingidos dois bens jurídicos tutelados pela lei substantiva penal: a vida e a incolumidade física das duas vítimas. Dessa forma, não vejo como não decretar a custódia exarada pela autoridade ministerial, em nome da ordem pública que restou quebrantada pela violência praticada contra um cidadão que teve restrita sua liberdade pelas lesões recebidas, que também, sem direito não só à liberdade como à segurança para exercitá-la.

Em face do exposto, defiro o pedido de custódia preventiva requerido pelo douto representante do Ministério Público em exercício neste módulo jurisdicional, expedindo-se para tanto o competente mandado de prisão, o que faço com fundamento nos arts. 311 e seguintes da lei adjetiva penal.” (fls. 87/91).

O egrégio Tribunal **a quo**, por sua vez, manteve a custódia do Paciente, ressaltando os fundamentos da decisão monocrática (fls. 140/145).

Note-se que não houve, em nenhum momento, o exame de qualquer fato concreto a justificar a decretação da medida constritiva excepcional com base na garantia da ordem pública, para a aplicação da lei penal, ou, ainda, por conveniência da instrução criminal.

Ao contrário, a motivação foi restrita à gravidade do próprio tipo penal, e conseqüente repercussão do crime perante a sociedade, nos indícios de materialidade e autoria, bem no fato de se tratar de delito hediondo.

Sobressai, portanto, a impropriedade da custódia cautelar decretada, tendo em vista que a determinação de custódia deve ser fundada em fatos concretos que indiquem que a prisão se faz necessária, atendendo aos termos do art. 312 do Código de Processo Penal e da jurisprudência dominante – não bastando a mera alusão genérica à gravidade do delito ou repercussão para tanto.

A corroborar tais entendimentos, os precedentes desta Turma:

“Processual Penal. Recurso ordinário em **habeas corpus**. Roubos majorado. Prisão preventiva. Fundamentação.

É de se anular a decretação da prisão preventiva que não apresenta fundamentação concreta. Inaceitável a motivação genérica e desvinculada.

Recurso provido.” (RHC n. 8.570-SP, DJ de 2.8.1999, rel. Min. Felix Fischer).

“RHC. Processual Penal. Prisão preventiva. Fundamentação deficiente e genérica. ‘O decreto de prisão preventiva deve ser convenientemente motivado, não sendo suficientes meras conjecturas de que o réu poderá fugir ou impedir a ação da Justiça. Assim, a fundamentação não pode se basear em preposições abstratas, como simples ato formal, mas resultar de fatos concretos.’ Recurso conhecido e provido.” (RHC n. 7.218-SP, DJ de 20.4.1998, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca).

“HC. Prisão preventiva. Ausência de concreta fundamentação. Necessidade da medida não demonstrada. Condições pessoais favoráveis do paciente. Ordem concedida.

I – Exige-se concreta motivação para a decretação de prisão cautelar contra paciente reconhecidamente primário, sem maus antecedentes

e que se apresentou espontaneamente à autoridade policial, pois a determinação de custódia deve fundar-se em fatos concretos que indiquem a necessidade da medida, atendendo aos termos do art. 312 do CPP e da jurisprudência dominante.

II – Ordem concedida para revogar a prisão cautelar efetivada contra Arnaldo Gomes da Silva, determinando a imediata expedição de alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de que o julgador, com base em fundamentação concreta, venha a decretar novamente a custódia.” (HC n. 12.052-MT, 8.5.2000, de minha relatoria).

Por outro lado, o simples fato de se tratar de crime hediondo, por si só, não basta para que seja determinada a segregação, pois, igualmente, exige-se convincente fundamentação.

A corroborar tais entendimentos, os precedentes desta Turma:

“Penal. Processual. Tráfico ilícito de entorpecentes. Prisão em flagrante. Manutenção. Fundamentação. **Habeas corpus**.

1. A Constituição Federal, em seu art. 93, IX, exige a motivação de todas as decisões judiciais, sob pena de nulidade.

2. A mera referência ao caráter hediondo do crime em tese praticado, por si só, não justifica a manutenção da prisão, que exige sejam atendidos os pressupostos inscritos no CPP, art. 312.

3. **Habeas corpus** conhecido; pedido deferido, sem prejuízo de que nova custódia venha a ser decretada, desde que devidamente fundamentada.” (HC n. 16.651-MG, DJ de 13.8.2001, relator Min. Edson Vidigal).

“Criminal. HC. Homicídio qualificado. Prisão preventiva. Ausência de concreta fundamentação. Necessidade da medida não demonstrada. Ordem concedida.

Exige-se concreta motivação do decreto de prisão preventiva, com base em fatos que efetivamente justifiquem a excepcionalidade da medida, atendendo-se aos termos do art. 312 do CPP e da jurisprudência dominante. Precedentes.

O simples fato de se tratar de crime hediondo não basta para que seja determinada a segregação.

Não demonstrada a necessidade da medida, deve ser revogada a custódia processual.

Ordem concedida para revogar a prisão cautelar efetivada contra Paulo Araújo Marques, determinando-se a imediata expedição de alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não estiver preso, mediante condições a serem estabelecidas pelo julgador de 1^a grau, sem prejuízo de que venha a ser decretada novamente a custódia, com base em fundamentação concreta.” (HC n. 18.320-SP, DJ de 4.2.2002, de minha relatoria).

Cabe, ainda, a ressalva de que o Paciente apresentou-se espontaneamente à autoridade policial, o que, não obstante, não ser suficiente para garantir eventual direito subjetivo à liberdade provisória, não pode deixar de ser considerado na hipótese dos autos, eis que, no próprio decreto prisional, o MM. Juiz monocrático reconheceu que o acusado não estaria dificultando a instrução do feito (fl. 88).

Outrossim, não obstante o entendimento de que as condições pessoais favoráveis não são garantidoras de eventual direito à liberdade provisória, entendo que as mesmas devem ser devidamente valoradas quando não demonstrada a presença de requisitos que justifiquem a medida constritiva excepcional.

Especificamente em relação ao Paciente, deve-se atentar ao fato de que possui peculiar situação a ser considerada – eis que reside no distrito da culpa, possui domicílio certo, ocupação lícita, família constituída e é tecnicamente primário.

Diante do exposto, concedo a ordem para revogar a prisão cautelar efetivada contra Vítor Quinderé Amora, determinando-se a imediata expedição de alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não estiver preso, mediante condições a serem estabelecidas pelo julgador de 1^a grau, sem prejuízo de que venha a ser decretada novamente a custódia, com base em fundamentação concreta.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 19.825 – SC

(Registro n. 2001.0193615-0)

Relator: Ministro Edson Vidigal

Impetrante: Marciano Corrêa da Silva

Advogado: João Flaris Camargo
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina
Paciente: Marciano Corrêa da Silva (preso)

EMENTA: Penal – Estupro na forma simples – Crime hediondo – Regime prisional – Lei n. 9.455/1997.

1. O estupro, mesmo quando praticado na sua forma simples, configura crime hediondo (STF, HC n. 81.288-SC, decisão plenária, relator para acórdão Min. Carlos Velloso, julgado em 17.12.2001).

2. Os condenados pela prática de crimes hediondos e os a estes assemelhados, devem cumprir integralmente a pena em regime fechado. A Lei de Tortura não derogou a Lei n. 8.072/1990, art. 2^a, § 1^o.

3. Ressalva do ponto de vista do Relator.

4. **Habeas corpus** conhecido e indeferido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp e Jorge Scartezini votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca.

Brasília-DF, 5 de março de 2002 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Edson Vidigal, Relator.

Publicado no DJ de 15.4.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Edson Vidigal: Acusado de ter cometido estupro, na sua forma simples, Marciano Corrêa da Silva foi condenado a seis anos de reclusão, no regime integralmente fechado, por aplicação da Lei dos Crimes Hediondos.

Negado pedido de progressão de regime, foi interposto agravo de instrumento para o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, ao argumento do apontado delito apenas se encontrar na lei de regência definido como crime hediondo na sua forma qualificada.

Como não foi obtido êxito, foi impetrado este **habeas corpus** reiterando o argumento que o crime de estupro só pode ser considerado hediondo, quando dele resultar morte ou lesão corporal de natureza grave.

Informações prestadas às fls. 42/49.

Opina o Ministério Público Federal pelo indeferimento do pedido (fls. 51/53).

Relatei.

VOTO

O Sr. Ministro Edson Vidigal (Relator): Sr. Presidente, requer o Impetrante que lhe seja assegurado o direito à progressão do regime prisional, ao argumento de ser inaplicável a Lei dos Crimes Hediondos, em caso de estupro na sua forma simples, quando não resultar lesão corporal grave ou morte; bem como por aplicação analógica da Lei de Tortura (Lei n. 9.455/1997).

Assim dispõe a Lei dos Crimes Hediondos:

“Art. 1º. São considerados hediondos os seguintes crimes (...):

....

V – estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, **caput** e parágrafo único);

VI – atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, **caput** e parágrafo único);”

No julgamento do HC n. 81.288-SC, em 17.12.2001, o Supremo Tribunal Federal fixou o entendimento de que o legislador, ao descrever o tipo penal “estupro” e “atentado violento ao pudor”, buscou, entre os parênteses, apenas esclarecer que dentro de tais expressões dever-se-ia considerar tanto a forma simples quanto a qualificada (Informativo n. 255-STF).

Pelo que, apesar de interpretar o texto de lei de forma divergente, acatando o posicionamento indicado pela Corte Suprema, tenho por correta a decisão do Tribunal Estadual, ao considerar o caráter hediondo do crime de estupro, mesmo na sua forma simples.

Efetivamente, consigno assistir razão ao Impetrante, quando invoca a aplicação da Lei n. 9.455/1997.

Tendo a nova lei, que trata dos crimes de tortura, garantido o direito à progressão da pena aos condenados por esse crime, há que se estender, por analogia, esse mesmo direito aos condenados por estupro. Inaceitável dizer que a referida lei seja de aplicação restrita, pois isso estaria sepultando a aplicação da analogia **in bonam partem**.

Todavia, esta egrégia Quinta Turma já firmou entendimento em sentido contrário:

“Ementa: Processual Penal. Recurso ordinário em **habeas corpus**. Execução. Crime hediondo. Progressão de regime. Lei n. 8.072/1990 e Lei n. 9.455/1997. *Writ* indeferido.

1. A Lei n. 9.455/1997 refere-se exclusivamente aos crimes de tortura, sendo descabida a sua extensão aos demais elencados na Lei n. 8.072/1990, em relação aos quais é mantida a vedação à progressão de regime.” (RHC n. 7.774, rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 26.10.1998).

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

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

Writ indeferido.” (RHC n. 7.926, rel. Min. Felix Fischer, DJ de 9.11.1998).

Pelo que, com a ressalva do meu ponto de vista, conheço do **habeas corpus**, mas indefiro o pedido.

É o voto.

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 9.819 – SP

(Registro n. 2000.0025582-3)

Relator: Ministro Felix Fischer

Recorrente: Luís Antônio Felipe

Advogado: Sérgio Pollo
Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Paciente: Luís Antônio Felipe (preso)

EMENTA: Processual Penal – Recurso ordinário em **habeas corpus** – Assistência judiciária gratuita – Prazo em dobro – Art. 5º, § 5º, da Lei n. 1.060/1950.

– A contagem em dobro dos prazos processuais, na forma do art. 5º, § 5º, da Lei n. 1.060/1950, somente é aplicável nos feitos em que atua Defensor Público, ou quem exerça cargo equivalente, não se incluindo nessa condição o mero advogado dativo (*precedentes*).

Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 6 de junho de 2000 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Presidente.

Ministro Felix Fischer, Relator.

Publicado no DJ de 14.8.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de recurso ordinário em **habeas corpus** impetrado contra v. acórdão da egrégia Primeira Câmara Criminal de Janeiro/2000, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, denegatório de *writ*.

Depreende-se dos autos que o Paciente foi condenado como incurso nos artigos 214, c.c. art. 224, alínea **a**, e 226, inciso III, todos do Código Penal, a 8 (oito) anos e 9 (nove) meses de reclusão.

Irresignado, interpôs apelação que, entretanto, não foi recebida por ser intempestiva (fl. 16).

Contra essa decisão impetrou ordem de **habeas corpus**, com pedido de liminar, alegando que aquele recurso não recebido era, na verdade, tempestivo, uma vez que a advogada do Réu teria direito ao benefício da contagem do prazo em dobro (art. 5^ª, § 5^ª, da Lei n. 1.060/1950). O pedido de liminar foi indeferido e a ordem restou denegada pelo egrégio Tribunal **a quo**. Colhe-se do v. acórdão objurgado a seguinte fundamentação, **in verbis**:

“O benefício do prazo em dobro para recurso, expressamente previsto no art. 5^ª da Lei n. 1.060/1950, se aplica tão-somente à Defensoria Pública ou entidades equivalentes, como a Procuradoria Geral do Estado, que exerçam essa função nos locais onde as Defensorias ainda não estejam instaladas.

Entretanto, tal benefício não se estende ao defensor dativo, haja vista ser ele advogado militante na própria comarca onde corre o feito para a qual foi nomeado.” (fl. 61).

Daí o presente recurso ordinário, em que o Recorrente renova os fundamentos elencados na exordial.

A douta Subprocuradoria Geral da República, ao final, manifestou-se pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): O Recorrente alega que a advogada do Réu, subscritora do recurso de apelação, sendo defensora dativa, tinha direito à contagem dos prazos em dobro, por força do art. 5^ª, § 5^ª, da Lei n. 1.060/1950. Não lhe assiste razão, contudo.

Conforme consta à fl. 5, aquela causídica foi designada, “através do rodízio”, para a defesa do ora paciente, por ser ele pessoa sem condições financeiras. Não se trata, portanto, de pessoa que exerça cargo equivalente ao defensor público, mas, sim, de advogado nomeado para patrocinar *uma determinada causa*, motivo pelo qual não faz jus ao benefício previsto naquele dispositivo legal.

Assim, ademais, é o entendimento desta Corte, conforme os precedentes a seguir colacionados:

“Processual Civil. Justiça gratuita. Prazo em dobro. Precedentes da Corte.

1. A Corte já firmou orientação no sentido de que ‘para fazer jus aos benefícios instituídos pelo art. 5º, § 5º, da Lei n. 1.060/1950, é de rigor que o patrono da parte seja integrante do serviço organizado de assistência judiciária, mantido pelo Estado’.

2. Recurso não conhecido.” (REsp n. 122.501-SP, Sexta Turma, rel. Min. Anselmo Santiago, DJU de 18.12.1998).

“Processual Civil. Beneficiário da Justiça gratuita. Prazo em dobro.

I – Para fazer jus aos benefícios instituídos pelo art. 5º, § 5º, da Lei n. 1.060/1950, é de rigor que o patrono da parte seja integrante do serviço organizado de assistência jurídica, mantido pelo Estado.

II – Recurso não conhecido.” (REsp n. 71.317-SP, Terceira Turma, rel. Min. Waldemar Zveiter, DJU de 24.6.1996).

“Justiça gratuita. Prazo em dobro. Precedentes da Corte.

1. Como assentado em precedentes da Corte, para ‘fazer jus aos benefícios instituídos pelo art. 5º, § 5º, da Lei n. 1.060/1950, é de rigor que o patrono da parte seja integrante do serviço organizado de assistência judiciária, mantido pelo Estado’.

2. Recurso conhecido e provido.” (REsp n. 105.096-PR, Terceira Turma, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU de 25.2.1998).

“Assistência judiciária gratuita. Prazo em dobro. Art. 5º, § 5º, da Lei n. 1.060/1950.

– Somente contam-se em dobro os prazos processuais nos feitos sob patrocínio do defensor público ou quem exerça cargo equivalente ou nos casos em que o advogado se vincule legitimamente a serviços organizados de assistência judiciária.

– Embargos conhecidos e recebidos.” (EREsp n. 90.972-SP, Terceira Seção, rel. p/ acórdão Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU de 6.4.1998).

“Processual Civil. Assistência judiciária gratuita. Prazo em dobro. Art. 5º, § 5º, da Lei n. 1.060/1950.

A contagem em dobro dos prazos processuais, na forma do art. 5^o, § 5^o, da Lei n. 1.060/1950 somente é aplicável nos feitos em que atue defensor público, ou quem exerça cargo equivalente, não se incluindo nessa condição o mero patrono particular, mandatário do assistido.

Precedente da Terceira Seção: EREsp n. 90.972-SP, relator para o acórdão Min. José Arnaldo da Fonseca.

Embargos acolhidos.” (EREsp n. 186.355-SP, Terceira Seção, DJU de 24.4.2000).

Destarte, nego provimento ao recurso.

É o voto.

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 9.834 – SP

(Registro n. 2000.0029128-5)

Relator: Ministro Felix Fischer
Recorrente: Paulo Enéas Bonadia
Advogados: Aloísio Lacerda Medeiros e outros
Recorrido: Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo
Paciente: Paulo Enéas Bonadia

EMENTA: Penal e Processual Penal – Recurso ordinário em **habeas corpus** – Crime contra a ordem econômica – Norma penal em branco – Complementação – Ausência de justa causa – Reexame de prova.

I – A impossibilidade de se realizar, em sede de **habeas corpus**, minucioso cotejo do material probatório impede que se aprecie a alegação de falta de justa causa para a ação penal, tendo em vista que demandaria, no caso, a análise da existência de fraude sobre os frascos de aditivo de combustível objeto de exame no laudo pericial.

II – O art. 1^o, I, da Lei n. 8.176/1991, ao proibir o comércio de combustíveis “em desacordo com as normas estabelecidas na forma da lei”, é norma penal em branco em sentido estrito, porque não

exige a complementação mediante lei formal, podendo sê-lo por normas administrativas infralegais, estas, sim, estabelecidas “na forma da lei”.

Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 3 de abril de 2001 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 4.6.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de recurso interposto em favor de Paulo Enéas Bonadia contra v. acórdão da egrégia Décima Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, que indeferiu a ordem de **habeas corpus** em que se pretendia o trancamento da ação penal instaurada contra o Paciente, acusado da prática do delito previsto no art. 1º, I, da Lei n. 8.176/1991, alegando-se que a complementação do tipo penal deveria ser efetuada, necessariamente, mediante lei formal, e não portaria ministerial.

No voto-condutor do v. acórdão recorrido, considerou-se o seguinte:

“Na hipótese em exame, a prática do que a acusação apontou como crime contra a ordem econômica ocorreu ‘em meados do ano de 1996 a abril de 1997’ (fl. 3), sendo que, segundo informação da Agência Nacional do Petróleo, à fl. 130, a ‘Petroplus – Produtos Automotivos Ltda’, também representada pelo Paciente, levou o aditivo ‘STP’, ora em discussão, para registro na Agência Nacional de Petróleo (ANP) nas datas de 1.8.1996 e 4.10.1996 (fl. 130), fato que poderá ensejar discussão no processo devido, o que é, aqui, impossível.

Tem-se, de qualquer modo, que o artigo 4º da Lei n. 8.176/1991 é expresso em atribuir ao Poder Executivo o estabelecimento das normas regulamentadoras do sistema e planos anuais de estoque de combustíveis. E, se o mesmo Poder Executivo, através de um de seus Ministérios, regulou o que ora se discute, perfeitamente lícito que a denúncia seja baseada na portaria correspondente.” (fls. 241/242).

Em suas razões, os Recorrentes alegam a atipicidade da conduta atribuída ao Réu, tendo em vista que o art. 1º da Lei n. 8.176/1991 estabelece que as normas específicas a serem observadas no tocante aos combustíveis serão definidas ‘na forma da lei’, ou seja, por lei formal, enquanto a conduta do Réu foi tipificada com base em portaria baixada pelo Ministério da Infra-Estrutura. Argumentam que, ao se considerar como típica a conduta com base em portaria, houve violação ao princípio da reserva legal.

Por outro lado, asseveram a falta de **fumus boni iuris** para a persecução penal, afirmando que a perícia foi realizada sobre frascos de combustível cujas etiquetas não mencionavam os números de registro do produto junto à Agência Nacional do Petróleo, mas que esses mesmos frascos, anteriormente, continham etiquetas regulamentares. Assim sendo, concluem pela ausência de justa causa para a ação penal.

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

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): O primeiro tópico abordado no recurso diz respeito à atipicidade da conduta do Réu, denunciado como incurso nas penas do art. 1º, I, da Lei n. 8.176/1991, cuja redação é a seguinte:

“Art. 1º. Constitui crime contra a ordem econômica:

I – adquirir, distribuir e revender derivados de petróleo, gás natural e suas frações recuperáveis, álcool etílico hidratado carburante e demais combustíveis líquidos carburantes, em desacordo com as normas estabelecidas na forma da lei;

.....
Pena – detenção, de 1 (um) a 5 (cinco) anos.”

Alega-se que a complementação da norma penal, no caso, foi efetuada mediante portaria do Ministério da Infra-Estrutura (Portaria n. 726/1990), quando deveria ter sido, necessariamente, por lei formal, tendo em vista que na parte final do inciso I acima transcrito há a expressão “na forma da lei”.

Normas penais em branco, na definição de **Heleno Cláudio Fragoso** (Lições de Direito Penal – A Nova Parte Geral, Forense, 7ª ed., 1985, p. 76), são “aquelas em que se apresenta incompleta a descrição da conduta incriminada, ou seja, aquelas em que o tipo deve ser completado por outra disposição legal, já existente ou futura”.

As normas penais em branco, portanto, são as que têm o tipo incompleto. A descrição das elementares do crime tem de ser complementada por outra disposição legal, já existente ou futura. A enumeração do tipo mantém deliberadamente uma lacuna, que outro dispositivo legal virá integrar. Há um comando ou proibição, formulado de maneira genérica, ao qual só a disposição integradora dará a configuração específica. Na norma penal em branco há o preceito principal, enquanto a norma integradora contém um complemento necessário.

Costuma-se distinguir as normas penais em branco entre as de complementação homóloga e heteróloga. As de complementação homóloga (ou em sentido amplo) são aquelas em que a norma complementar é outra lei (em sentido formal), ou seja, é oriunda da mesma instância legislativa que a norma principal. Estas normas se subdividem em homovitelinias e heterovitelinias.

As normas penais em branco de complementação homóloga homovitelina são aquelas cuja norma complementar é do mesmo ramo do Direito que a principal, ou seja, a lei penal será complementada por outra lei penal. Exemplo desse tipo é o art. 338 do CP (reingresso de estrangeiro expulso), que é complementado pelo art. 5º, § 1º, do CP (define a extensão do território nacional para efeitos penais).

As normas penais em branco de complementação homóloga heterovitelina têm suas respectivas normas complementares oriundas de outro ramo do Direito. É o caso, por exemplo, do art. 178 do CP (emissão irregular de conhecimento de depósito ou *warrant*), que é complementado pelas normas (comerciais) disciplinadoras desse título de crédito.

Já as normas penais em branco de complementação heteróloga (ou em sentido estrito) são aquelas cuja complementação advém de outra instância

legislativa, como as portarias, regulamentos, resoluções, etc. Como exemplo, pode-se citar o art. 268 do CP (infração de medida sanitária preventiva), que é complementado por regulamentação do Ministério da Saúde.

In casu, a controvérsia se cinge em saber se o art. 1º, I, da Lei n. 8.176/1991 se classifica como norma penal em branco de complementação homóloga ou heteróloga. Não obstante a solidez dos argumentos expendidos pelos Recorrentes, não há como se aceitar a alegação de que a lei penal em questão exigiria complementação com lei formal. Como bem destacou o culto Subprocurador-Geral da República, Dr. Henrique Fagundes, “O inciso I do art. 1º da Lei n. 8.176, de 1991, pune o comércio ‘em desacordo com as normas estabelecidas na forma da lei’. Não exige a Lei n. 8.176, portanto, que o complemento de sua norma penal em branco se dê por *lei em sentido formal*. A menção, na norma em branco, à ‘forma da lei’ liga-se à locução ‘normas estabelecidas’, ou seja, essas normas complementares é que haverão de ser estabelecidas, como óbvio, *na forma da lei*”. (fls. 278/279).

Ademais, o próprio art. 4º, § 2º, da Lei n. 8.176/1991 estabelece que caberá ao Poder Executivo estabelecer “as normas que regulamentarão o Sistema Nacional de Estoques de Combustíveis e o Plano Anual de Estoques Estratégicos de Combustíveis”. Como já referido acima, essas normas regulamentares deverão ser estabelecidas na forma da lei, sem que necessariamente devam ser instituídas mediante lei em sentido formal.

No que diz respeito à ausência de justa causa para a ação penal, o recurso, nesse tópico, não deve prosperar, tendo em vista que a sua apreciação demandaria a análise detalhada dos fatos, com o cotejo analítico do material cognitivo, para se verificar a ocorrência de fraude sobre os frascos de aditivo da marca “STP” examinados no laudo pericial de fls. 145/147, no qual se constatou que os referidos produtos não continham o número de registro na Agência Nacional do Petróleo ou no Departamento Nacional de Combustíveis, conclusão essa mencionada na denúncia.

O exame quanto à eventual fraude nos referidos frascos, a fim de se desqualificar a conclusão obtida na perícia e, em conseqüência, se concluir pela ausência de justa causa para a ação penal, porém, não é possível em sede de **habeas corpus**.

Nesse sentido:

“Direito Penal. Estelionato. Concurso formal. Processos diversos. Individualização da pena. Penas alternativas. Falta de requisito subjetivo.

1. O pedido de reexame de penas infligidas, nas suas quantidades básicas, e de denegação de pena alternativa, à falta de condição subjetiva, é incabível na via estreita do **habeas corpus**, enquanto requisita exame do conjunto da prova, por influentes as circunstâncias e conseqüências do delito, os antecedentes, a conduta social, a personalidade, os motivos e a culpabilidade do agente, e o comportamento da vítima na determinação do necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

2. **Habeas corpus** não conhecido.” (HC n. 11.113-RS, rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJU de 26.3.2001).

“Criminal. HC. Homicídio qualificado. Fundamentação do decreto condenatório. Impropriedade do meio eleito. Flagrante ilegalidade não demonstrada. Soberania do júri. Escolha de uma das versões. Respaldo nos autos. Motivação suficiente do **decisum**. Apelo em liberdade. Execução da pena iniciada. Legalidade. Ordem denegada.

I – O **habeas corpus** constitui-se em meio impróprio para a análise de alegações que exijam o reexame do conjunto fático-probatório – como a aduzida insuficiência de fundamentos para a condenação – tendo em vista a incabível dilação que se faria necessária.

II – A desconstituição do julgado só é admitida em casos de flagrante e inequívoca ilegalidade, o que não restou evidenciado **in casu**.

III – Em respeito à própria soberania do júri, não se pode ter como nula a decisão embasada em uma das versões, se respaldada pelos elementos dos autos e se a interpretação da prova se deu de maneira harmônica.

IV – Havendo suficiente fundamentação, torna-se descabida análise mais acurada dos motivos utilizados para a condenação, tendo em vista a impropriedade do meio eleito.

V – Não há ilegalidade na decisão do Tribunal que, confirmando a condenação, determina a prisão do réu, dando início à execução da pena, pois a custódia se traduz em mero efeito da condenação e os recursos eventualmente interpostos não têm efeito suspensivo.

VI – Ordem denegada.” (HC n. 13.920-SP, rel. Min. Gilson Dipp, DJU de 19.3.2001).

“Recurso em **habeas corpus**. Citação por edital. Ausência. Nulidade. Matéria não debatida e decidida pelo Tribunal **a quo**. Exame

pelo STJ. Supressão de instância. Cerceamento de defesa. Exame de provas.

1. Não resta configurada a nulidade da citação editalícia se, procurados nos endereços constantes dos autos, não foram os réus encontrados.

2. Se no Tribunal **a quo** não foi abordada a questão referente à falta de fundamentação do decreto de prisão preventiva, mostra-se impróprio o debate perante esta Corte, em sede de recurso ordinário, sob pena de supressão de instância.

3. A apreciação da alegação de cerceamento de defesa importa em revolvimento do conjunto fático-probatório, vedado na via estreita do remédio heróico.

4. Recurso improvido.” (RHC n. 10.518-RJ, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU de 19.3.2001).

“**Habeas corpus**. Pronúncia. Manutenção da segregação cautelar como garantia da ordem pública. Impossibilidade de revogação da custódia.

Não há que se argüir da nulidade do flagrante ante a superveniência da sentença de pronúncia. Custódia fundamentada na garantia da ordem pública, maus antecedentes e periculosidade do agente.

A aferição da inexistência dos crimes e da inocência do paciente demandam exame de prova controvertida, objetivo incompatível com a via eleita.

Ordem denegada.” (HC n. 13.868-PB, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU de 5.3.2001).

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

É o voto.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 11.172 – RS

(Registro n. 99.0081194-1)

Relator: Ministro Jorge Scartezzini

Recorrentes: Maria Dorália Saldanha Rohenkol e outro

Advogados: Sandra Maria Lazzari e outro
Tribunal de origem: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
Impetrado: Procurador-Geral da Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul
Advogados: Alexandre Mariotti e outros

EMENTA: Constitucional – Administrativo – Recurso ordinário em mandado de segurança – Antigas assessoras especiais da Presidência da Corte de Justiça Estadual – Quintos incorporados – Transposição destes valores para o cargo de Procuradoras do Estado, alcançado através de concurso público – Vantagens pessoais – Possibilidade – Ordem concedida.

1. Consoante reiterada jurisprudência desta Corte Superior (cf., entre outros, RMS n. 12.122-DF, 11.676-DF, 8.231-DF e EDcl em EDcl no RMS n. 8.408-RS), os chamados “quintos”, uma vez incorporados, tornam-se vantagens pessoais, não podendo mais ser retirados do patrimônio de seus beneficiários.

2. No caso concreto, tendo as recorrentes incorporado vantagens pessoais adquiridas quando ainda eram funcionárias estatutárias, exercendo os cargos comissionados de assessoras especiais da Presidência do Poder Judiciário local, impossível a subtração destas quando do exercício de nova função pública, qual seja, do cargo de Procurador do Estado.

3. Outrossim, não há que se falar em esferas administrativas diversas, impossibilitando tal transposição. Isto porque a vantagem foi concedida pelo Estado, uno e indivisível como ente político e composto por três Poderes, harmônicos entre si. Desta forma, uma vez incorporada, não se permite sua supressão, porquanto, através de concurso, as servidoras apenas se deslocaram do Poder Judiciário para o Poder Executivo.

4. Recurso conhecido e provido para, reformando **in totum** o v. acórdão de origem, conceder a ordem, nos termos em que pleiteada na inicial. Os efeitos financeiros são a partir da impetração, conforme o art. 1º da Lei n. 5.021/1966. Custas **ex lege**. Sem honorários advocatícios, consoante Enunciados Sumulares n. 105-STJ e 512-STF.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em dar provimento ao recurso para, reformando **in totum** o r. acórdão de origem, conceder a ordem, nos termos em que pleiteada na inicial. Votaram com o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer e Gilson Dipp.

Brasília-DF, 18 de abril de 2002 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Jorge Scartezzini, Relator.

Publicado no DJ de 5.8.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini: Cuida-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por Maria Dorália Saldanha Rohenkol e Susana Vieira Damiani, com fundamento no art. 105, II, **a**, da Constituição Federal, contra v. acórdão de fls. 236/249, proferido pelo 2º Grupo de Câmaras Cíveis do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que, por maioria, denegou a segurança. A ementa do julgado encontra-se expressa nos seguintes termos, **verbis**:

“Administrativo. Funcionário público. Pedido para incorporar, aos vencimentos de cargo concursado, gratificação percebida em função pública, depois transformada em cargo em comissão. Inadmissibilidade. Restrições impostas pelo art. 39, § 3º, da CF, e exegese do art. 102 da Lei Complementar-RS n. 10.098/1994.

A Constituição Federal, ao regram, no art. 39, § 3º, o princípio da reciprocidade do tempo de serviço público em um cargo, com tempo de serviço público em outro, admite o aproveitamento apenas para fins de aposentadoria e de disponibilidade.

O art. 102 da Lei Complementar-RS n. 10.098/1994 refere que a vantagem será incorporada ao vencimento do cargo, **rectius**, do cargo que gera o direito a ela. Deixa claro que ela se agrega ao vencimento do cargo, e não à pessoa que ocupa o cargo. Assim, a conquistada

pessoal no exercício de um cargo não se transfere para outro, mas, ao invés, se extingue na ocasião da vacância.

Segurança denegada.”

Opostos embargos de declaração (fls. 252/257), os mesmos foram, por unanimidade, acolhidos em parte, tão-somente, para corrigir o erro material verificado (fls. 365/368).

Alegam as Recorrentes, nas suas razões, em síntese, que não restou sanada em sede de declaratórios a evidente contradição entre as proposições do acórdão, pois, “de um lado, decidiu o eminente magistrado que, por força do § 3º do art. 40 da CF, pela reciprocidade instantânea, o aproveitamento do tempo de serviço público prestado de comissionamento só poderia se dar aos efeitos de aposentadoria e disponibilidade, e só é incorporável a vantagem percebida no cargo para o qual está habilitado a recebê-la. Por outro lado, decidiu que, por força do art. 37 da CF, nada obsta que postulem as Impetrantes, com base no tempo de serviço transposto para o cargo atual, vantagens pessoais previstas no estatuto que rege as suas vidas funcionais, podendo, assim, com fundamento daquele dispositivo constitucional, requererem a vantagem pessoal da incorporação da função comissionada”. Logo, entendem devida a incorporação da gratificação de assessor especial da Presidência do Tribunal de Justiça aos vencimentos de Procuradora do Estado (fls. 372/382).

Contra-razões apresentadas às fls. 384/389, em que o Estado do Rio Grande do Sul, devidamente representado, assentou que a decisão ora atacada não merece qualquer reparo ao entendimento de que inexistente direito líquido e certo a ser amparado, pois “incorporam-se aqueles comissionamentos que representam um **plus** na relação contratual, e não o comissionamento que corresponde à própria relação contratual, como foi o caso das Recorrentes”.

Devidamente preparado o recurso (fls. 370/371) e estando este tempestivo, subiu o presente a esta Corte.

A douta Subprocuradoria Geral da República opina pelo conhecimento e provimento do recurso (fls. 397/403), vindo-me os autos conclusos.

É o relatório.

VOTO

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

Inicialmente, ressalto que o tema não é novo nesta Corte Superior de Uniformização.

A questão da manutenção das vantagens pessoais adquiridas em um determinado cargo público e transpostas para outro cargo, também, público, só que afeto à outra esfera da Administração, como na presente hipótese, já foi amplamente debatida neste Colegiado. Assim, já se entendeu que pode um magistrado (RMS n. 12.122-DF, rel. Ministro Fernando Gonçalves, DJU de 18.6.2001; RMS n 11.676-DF, rel. Ministro Edson Vidigal, DJU de 20.8.2001, e RMS n. 8.231-DF, rel. Ministro Cid Flaquer Scartezzini, DJU de 7.10.1997, entre outros) continuar a perceber os quintos incorporados quando servidor público, em razão do exercício do cargo comissionado de Direção e Assessoramento (DAS); bem como permitiu que membros do Ministério Público que tivessem gratificações incorporadas pudessem transpô-las para a magistratura (EDcl em EDcl no RMS n. 8.408-RS, rel. Ministro Vicente Leal, DJU de 14.12.2000), já que se tratavam de vantagens pessoais, sendo adquirido o direito.

Esta é a hipótese dos autos.

Na esteira dos exemplos supracitados, pretendem as Recorrentes manter suas vantagens pessoais adquiridas quando ainda eram funcionárias públicas, exercendo os cargos comissionados de assessoras especiais da Presidência do Poder Judiciário local, na nova função que exercem, quais sejam, Procuradoras do Estado.

Ora, como se sabe, não se trata da concessão de um novo direito às Recorrentes, mas da manutenção de um direito já incorporado ao patrimônio destas. Ademais, não há que se falar em esferas administrativas diversas, já que a vantagem foi concedida pelo Estado, uno e indivisível como ente político e composto por três Poderes, harmônicos entre si. Logo, não pode a vantagem pessoal ser suprimida de forma arbitrária se o servidor, através de concurso, se desloca do Poder Judiciário para o Poder Executivo. Incorporada a seu patrimônio, ele a transporta.

Nesta esteira, adoto como razões de decidir as expendidas pelo ilustre representante do *Parquet* Federal, assim vazadas (fls. 400/402):

“As Impetrantes, Procuradoras do Estado do Rio Grande do Sul, insurgem-se contra portaria que cancelou a incorporação aos seus vencimentos da gratificação pelo exercício da função de assessoria especial no Poder Judiciário.

A Lei Estadual n. 5.668/1968, em seu art. 6^o (fl. 102), criou a assessoria de assistência ao Presidente do Tribunal de Justiça, *prestada na mesma forma do art. 49 da Lei n. 4.937, de 22.2.1995*, que assim dispõe:

‘Art. 49. Para o desempenho de suas atribuições constitucionais, o Governador e os Secretários de Estado poderão ser assistidos por especialistas, civis e militares, escolhidos livremente entre os servidores ou pessoas estranhas ao serviço público estadual.

(...)

§ 3^o. Quando a designação recair em funcionário estadual, a retribuição adquirirá a forma de gratificação de natureza especial e, somada aos vencimentos e vantagens correspondentes ao cargo de provimento efetivo, não poderá ser superior ao limite fixado pelo artigo 54 desta lei.

§ 4^o. Quando a designação recair em pessoa estranha ao serviço público, obedecerá à forma de contrato e o trabalho poderá ser considerado serviço público relevante.’

A incorporação da gratificação foi concedida pelo art. 102 da Lei Complementar Estadual n. 10.098/1994:

‘Art. 102. O servidor efetivo que contar com 18 (dezoito) anos de tempo de serviço computável à aposentadoria, se do sexo masculino, ou 15 (quinze) se do feminino, e que houver exercido cargo em comissão, inclusive sob a forma de função gratificada, por 2 (dois) anos completos, terá incorporada, ao vencimento do cargo, como vantagem pessoal, a importância equivalente a 20% (vinte por cento) do valor da função gratificada, a cada 2 (dois) anos, até o limite de 100% (cem por cento), na forma da lei.’

Especificando a incorporação concedida, o art. 3^o da Lei Complementar n. 10.248/1994 estabeleceu:

‘Art. 3^o. Equiparam-se à função gratificada, exclusivamente para os fins previstos nos artigos 102 e 103 da Lei Complementar n. 10.098, de 3 de fevereiro de 1994, as gratificações previstas ...

no artigo 49 da Lei n. 4.937, de 22 de fevereiro de 1965, e os comissionamentos anteriormente exercidos pelo servidor sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho ou como extranumerário, limitada a sua importância a seis vezes o valor da função gratificada, padrão 10, acrescida da representação.' (fl. 115).

Diante deste contexto, nota-se que a gratificação, além de ter sido incorporada como *vantagem pessoal*, ocorreu em relação às gratificações de assessoria especial percebidas por funcionários públicos e também pelos servidores em regime celetista.

Assim sendo, o direito à incorporação da gratificação aos vencimentos do cargo foi expressamente reconhecido pelas Portarias n. 5 e 6, de 1996, documento à fl. 37, as quais declararam que as Impetrantes fazem jus à parcela correspondente a 100% da função gratificada de assessor especial.

No entanto, as Portarias n. 238 e 239 (fl. 2), extinguíram a vantagem incorporada, com fundamento em parecer da Procuradoria do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado:

‘Os dispositivos legais colacionados no art. 3^o da Lei Complementar n. 10.248/1984 referem-se a gratificações recebidas em razão de funções exercidas no Gabinete do Governador ou de Secretários de Estado (Leis n. 2.331/1954, 4.937/1965, 5.786/1969 e 6.417/1972), nos serviços auxiliares do Tribunal de Justiça (Lei n. 6.466/1972), pela direção ou vice-direção de escola (Lei n. 6.672/1974), nos comissionamentos anteriormente exercidos pelo servidor sob o regime da CLT ou como extranumerário, sempre como acréscimo aos vencimentos ou salários.’ (fl. 38).

Ora, pela transcrição dos dispositivos legais **sub examen**, percebe-se o equívoco interpretativo da manifestação, instrumento que se mostra inábil para fundamentar as portarias supressoras da gratificação, extinta por ato arbitrário e atentatório aos princípios constitucionais do direito adquirido e do ato jurídico perfeito.”

Por tais fundamentos, *conheço e dou provimento ao recurso para, reformando in totum o v. acórdão de origem, conceder a ordem, nos termos em que pleiteada na inicial*. Os efeitos financeiros são a partir da impetração, conforme o art. 1^o da Lei n. 5.021/1966.

Custas *ex lege*. Sem honorários advocatícios, consoante Enunciados Sumulares n. 105-STJ e 512-STF.

É como voto.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 12.549 – RO

(Registro n. 2000.0116484-8)

Relator: Ministro Edson Vidigal
Recorrente: Sindicato dos Trabalhadores em Saúde no Estado de Rondônia – Sindsaúde
Advogados: Hélio Vieira da Costa e outro
Tribunal de origem: Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia
Impetrado: Governador do Estado de Rondônia
Recorrido: Estado de Rondônia
Procuradores: Nilton Djalma dos Santos e outros
Sustentação oral em 9.10.2001: Aldir Passarinho (pelo recorrente), Marcelo Galvão e Alexandre Cardoso da Fonseca (pelo recorrido)

EMENTA: Recurso em mandado de segurança – Sindicato – Administrativo – Servidores celetistas do Estado de Rondônia – Exoneração – Ausência de estabilidade e de aprovação em concurso público – Pagamento de indenização (Leis n. 8.112/1990 e 9.801/1999).

Os servidores substituídos ingressaram no serviço público estadual depois de 5.10.1983 e, por essa razão, não estariam amparados pela estabilidade, nos termos da Constituição de 1988, entretanto, cuidam-se de servidores com mais de 10 anos de serviço que foram simplesmente exonerados.

Por força da Lei n. 8.112/1990, art. 243, § 7º, c.c. art. 2º, inciso V, da Lei n. 9.801/1999, é devida indenização de um mês de remuneração por ano de efetivo exercício (igualdade de tratamento com os estáveis, para fins da referida quitação).

Recurso parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, dar parcial provimento ao recurso para, reformando em parte o acórdão, reconhecer a devida indenização aos substituídos de um mês de remuneração por ano de efetivo exercício, suspendendo, a partir desta data, a eficácia do ato governamental que os exonerou até que se proceda ao pagamento da indenização devida ou que se fixe, em ato normativo, o prazo para pagamento, nos termos do art. 2º, § 1º, incisos V e VI, da Lei n. 9.801, de 14.6.1999, que dispõe sobre as normas gerais para perda de cargo público por excesso de despesa e dá outras providências, sobrestados, de imediato, os efeitos do ato demissório até que se observe o disposto nos incisos referidos, percebendo, enquanto isso, salário a partir desta data, nos termos do voto do Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca. Votaram com o Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca os Srs. Ministros Felix Fischer e Jorge Scartezini. Votaram-vencidos o Sr. Ministro-Relator, que deu provimento ao recurso, e o Sr. Ministro Gilson Dipp, que negou-lhe provimento.

Brasília-DF, 18 de outubro de 2001 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator p/ acórdão.

Publicado no DJ de 4.2.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Edson Vidigal: O mandado de segurança originariamente impetrado pelo Sindicato dos Trabalhadores em Saúde do Estado de Rondônia – Sindsaúde, buscava revogar a exoneração de servidores celetistas (Decreto n. 8.955/2000), admitidos na vigência da CF/1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 1/1969, sob a alegação de que estáveis, porquanto aprovados mediante concurso interno, realizado nos termos da Lei Complementar Estadual n. 2/1984.

O TJRO, após homologar a desistência requerida em relação aos servidores contratados antes de 5.10.1983, decidiu:

“Mandado de segurança coletivo. Servidor público. Estabilidade.

Contratação inicial pelo regime da CLT. Transposição de emprego para o cargo público. Impossibilidade.

Sem contar com a estabilidade extraordinária criada pelo art. 19 do ADCT da Constituição de 1988, adquire-se a estabilidade no serviço público somente mediante concurso público de provas ou de provas e títulos. É inconstitucional a transposição de emprego para cargo público sem a indispensável realização de concurso público.” (fl. 5.066).

Vem agora, com este recurso ordinário (CF, art. 105, II, **b**), pedindo a reforma daquela decisão, aos seguintes fundamentos:

os substituídos teriam adquirido estabilidade sob o manto da Constituição Federal de 1967, modificada pela Emenda Constitucional n. 1/1969, que estabeleceu a possibilidade de exceção à regra do concurso público mediante lei autorizativa;

os substituídos adquiriram estabilidade após dois anos de suas respectivas nomeações/efetivações, daí porque ilegal e arbitrária a exoneração;

não lhes seria aplicável o ADCT, art. 18, porquanto a Assembléia Constituinte somente foi instalada em 1.2.1987, e a lei complementar que os efetivou data de 1984;

ausente o necessário processo administrativo;

violados os princípios constitucionais da ampla defesa, do direito adquirido e do ato jurídico perfeito;

não observadas as disposições da Lei Complementar n. 96/1999 (Lei Camata), quais sejam:

6.1) redução plena dos encargos com cargos comissionados e funções de confiança;

6.2) emissão de ato normativo fixando o prazo para o pagamento das indenizações;

6.3) apontamento de um critério impessoal para escolha dos atingidos;

6.4) publicação dos demonstrativos da execução orçamentária do Estado;

ocorrência da prescrição quinquenal.

O Ministério Público, nesta Instância, é pelo não-provimento do recurso (fls. 5.437/5.440).

Relatei.

VOTO-VENCIDO

O Sr. Ministro Edson Vidigal (Relator): Sr. Presidente, o mandado de segurança foi impetrado contra ato do Sr. Governador do Estado de Rondônia, que exonerou os servidores, ora substituídos pelo Impetrante, Sindsaúde, através do Decreto n. 8.955/2000.

O Recorrente reclama nula a exoneração, porquanto malferido direito líquido e certo dos substituídos, todos servidores estáveis aprovados em concurso interno (Leis Complementares Estaduais n. 2/1984 e 10/1985), nomeados, empossados e com estágio probatório cumprido.

Em sentido contrário, o Recorrido afirma legal e regular o ato impugnado, motivado que teria sido pela necessidade de enxugar a máquina administrativa, e efetivado em estrita observância à CF/1988, art. 169, § 3º, II, e à Lei Complementar n. 96/1999 (Lei Camata). Alega ausente a estabilidade respectiva, na medida em que referido concurso interno somente teria sido realizado em agosto de 1987, quando já iniciados os trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte.

A Lei Complementar n. 41/1981, que criou o Estado de Rondônia, determinava, em seu art. 17, que, observados os termos da Constituição Federal, cumpriria ao Governador daquela unidade da Federação estruturar a Administração local, bem como aprovar os quadros e tabelas de seu pessoal. Foi assim que, através das Leis Complementares Estaduais n. 2/1984 e 10/1985, foram os substituídos incluídos no Plano de Cargos respectivo.

É certo que os atos de investidura respectivos datam de 1988 a 1990. Não é menos certo, porém, que as admissões foram alicerçadas na ordem constitucional então em vigor. O cerne da questão reside, portanto, na licitude, ou não, de investir em cargo público servidor celetista, aprovado em concurso interno realizado antes de promulgada a CF/1988, mas efetivamente investido, por razões de conveniência e oportunidade da Administração, já na vigência daquela.

Temos entendido incabível o reconhecimento de direito adquirido face a uma nova ordem constitucional, porque esta tudo pode modificar. Foi assim que o ADCT – CF/1988 determinou fossem extintos os efeitos jurídicos de qualquer ato legislativo ou administrativo, lavrado a partir da instalação da Assembléia Nacional Constituinte (1.12.1987) – e não agosto de 1987, como pretende o Recorrido –, destinado à concessão de estabilidade a servidor admitido sem prévio concurso público. Cito seu artigo 18:

“Art. 18. Ficam extintos os efeitos jurídicos de qualquer ato legislativo ou administrativo, *lavrado a partir da instalação da Assembléia Nacional Constituinte*, que tenha por objeto a concessão de estabilidade a servidor admitido sem concurso público, da Administração Direta ou Indireta, inclusive das fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público.”

Ainda, o ADCT, art. 19:

“Art. 19. Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da Administração Direta, Autárquica e das Fundações Públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37 da Constituição, são considerados estáveis no serviço público.”

Por outro lado, a Constituição Federal de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 1/1969, vigente à época dos fatos, determinava, em seu artigo 97:

“Art. 97. Os cargos públicos serão acessíveis a todos os brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei.

§ 1º. A primeira investidura em cargo público dependerá de aprovação prévia, em concurso público ou de provas e títulos, salvo os casos indicados em lei.”

Ainda, consoante o art. 100 daquela Constituição, a estabilidade seria alcançada pelo servidor que contasse com 2 (dois) anos de efetivo exercício – no caso, no período compreendido entre 1986/1987, anterior, portanto, à instalação da Assembléia Nacional Constituinte.

Uma interpretação, mesmo literal, dos dispositivos em confronto permite concluir que a vedação constitucional é restrita aos atos destinados a conferir estabilidade ao servidor admitido sem prévio concurso público, não abrangendo eventual transposição de regime jurídico. Nesse sentido, destaca, por oportuno:

“Administrativo. Assistentes jurídicos. Concurso interno. Transposição à carreira da Advocacia Geral da União.

O ordenamento jurídico constitucional anterior admitia, em tema de provimento de cargos e empregos públicos, a investidura mediante os institutos da promoção e da ascensão, formas derivadas de provimento de cargo.

Após a promulgação da nova Carta Magna, o Supremo Tribunal Federal consagrou o entendimento de que a investidura e o cargo público efetivo, não importando se isolado ou em carreira, submete-se à exigência de prévio concurso público, sendo vedado o provimento mediante ascensão funcional.

Realizado concurso interno sob a égide da ordem constitucional anterior, a investidura no cargo de assistentes jurídicos por força do instituto da ascensão funcional enquadra-se, com todas as letras, na situação prevista no art. 19, I, da Lei n. 9.028/1985, que assegura a transposição ao quadro da Advocacia Geral da União.

Segurança concedida.” (MS n. 5.783-DF, Terceira Seção, unânime, rel. Min. Vicente Leal, DJ de 23.11.1998).

De minha relatoria,

“Administrativo. Transposição para o quadro da Advocacia Geral da União. Assistente jurídico. Lei n. 9.028/1995, art. 19. Aprovação em concurso interno.

A norma contida na Lei n. 9.028/1995, art. 19, assegura aos assistentes jurídicos aprovados em concurso interno, com obediência ao ordenamento jurídico anterior à vigência da nova Carta Magna, o direito à transposição para o quadro da Advocacia Geral da União, mesmo se a respectiva investidura deu-se em data posterior.

Precedente do STJ.

Segurança concedida.” (MS n. 6.103-DF, Terceira Seção, unânime, DJ de 1.7.1999).

É exatamente o caso dos autos. Os substituídos foram aprovados em concurso interno, realizado sob a égide de legislação que autorizava o provimento derivado de cargo público. Aprovados, tiveram homologado o respectivo resultado antes de 5.10.1988, muito embora posteriormente investidos.

O ADCT, art. 18, não traz, em seu bojo, qualquer restrição à admissão de pessoal regularmente realizada durante o regime anterior. A verdade,

e como bem ressaltado pelo Recorrente, em memorial que mandei juntar por linha, é que não se discute, aqui, eventual direito adquirido à estabilidade, mas à transformação da função exercida – de celetista para estatutária –, consoante o regimento vigente à época em que ocorridos os fatos.

Desta forma, tratando a hipótese de mera transformação de regime jurídico, *o ato impugnado veio a atingir direito líquido e certo que já se encontrava constituído há cerca de doze anos*. E a retroatividade da norma constitucional, conquanto admissível, não pode atingir eventual direito pré-constituído.

Muito embora à Administração seja dado anular seus próprios atos, tal poder não é, sob qualquer perspectiva, absoluto. Buscando resguardar a segurança das relações jurídicas, o legislador condicionou o exercício de tal prerrogativa à existência de vício, devidamente comprovado. Hipótese diversa, pois, da que tratam estes autos. Aqui, não houve má-fé, mas, tão-somente, aplicação da lei em vigor.

Assim, decidiu o STF:

“Estado de Minas Gerais. Administrativo. Acórdão que teve por nulo ato de dispensa de servidores que tiveram seus empregos transformados em função pública. Art. 4º da Lei n. 10.254/1990. Alegada ofensa aos incs. I e II do art. 37 e ao art. 39 da CF.

Os primeiros dispositivos sob enfoque não chegaram a ser ventilados, incidindo as Súmulas n. 282 e 356.

Diploma legal editado em cumprimento ao art. 39 da CF, o qual, por isso, não pode ser apodado de inconstitucional.

Ofensa que, se ocorrente, teve por objeto o texto da lei, não o da Carta.

Recurso não conhecido.” (RE n. 228.489-8-MG, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ em 10.3.2000).

Do voto-condutor extraio:

“Anote-se *descaber, ao Estado, argüir ilegalidade na admissão de servidores seus, se embasado em lei e decretos estaduais, por ser defeso valer-se alguém da própria torpeza em benefício próprio e grave prejuízo alheio*, lesionando direitos essenciais, como o emprego, a fonte de subsistência própria e dos dependentes.”

Nem se diga, aliás, que o princípio da oportunidade faculte, à Administração, desconsiderar as garantias constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal. Não cabe, como ocorrido aqui, a exoneração sumária dos servidores. Há que ser-lhes assegurado o exercício do direito de defesa, bem como obedecido o devido processo legal.

Foi o que entendeu o STF, quando do julgamento do já mencionado RE n. 228.489-8-MG. Disse o eminente Relator:

“Registre-se, por derradeiro, observação feita pelo acórdão, segundo a qual não houvesse a situação da recorrida sido contemplada pelo dispositivo legal sob enfoque, ainda assim *não poderia ela ter sido dispensada ex abrupto*, como aconteceu, posto que, revertendo ao regime da CLT, a sua despedida haveria de processar-se por via da rescisão contratual, com todos os direitos assegurados na legislação consolidada.”

Também, este STJ:

“Administrativo. Servidores públicos estatutários. Antigos celetistas. Dispensa do cargo público. Regime jurídico único. Regulamentação. Inexistência. Lei n. 10.254/1990. Ampla defesa. Ausência.

– *A demissão de cargo público impõe sejam observados requisitos formais e de conteúdo por parte da Administração, como a instauração de prévio processo administrativo em que seja assegurado o exercício de pleno direito de defesa.*

– O ordenamento constitucional do Estado de Minas Gerais admitiu a possibilidade de exoneração de servidor público não-estável, não tendo sido estabelecida, todavia, na legislação infraconstitucional, qualquer regra para disciplinar esse preceito, ressalvando, tão-somente, que o detentor de função pública não-estável poderia ser dispensado por ato motivado, se assim recomendasse a conveniência administrativa.

– Não reúne condições de prosperar, à luz do regime jurídico estatutário estabelecido para os servidores públicos do Estado de Minas Gerais, ato de dispensa sem um procedimento que determinasse a conveniência ou não da permanência daqueles servidores no serviço público, inclusive com o direito de defesa.

– Recurso ordinário provido. Segurança concedida.” (RMS n. 9.161-MG, rel. Min. Vicente Leal, DJ de 18.8.1998).

“Constitucional. Administrativo. Anistia. Ato administrativo. Revisão. Devido processo legal.

1. Os princípios informadores do ordenamento jurídico brasileiro autorizam a Administração proceder à anulação de seus próprios atos, ‘quando eivados de vícios graves que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial’. (Súmula n. 473, STF).

2. *A instauração do procedimento administrativo para anular atos sob a fundamentação de terem sido praticados com vícios insanáveis deve, contudo, em homenagem aos princípios norteadores do regime político-democrático, seguir, com todo rigor, o devido processo legal (art. 5º, LV, da CF).*

3. O Superior Tribunal de Justiça, no trato da questão, ao apreciar o RMS n. 737/1990-RJ, Segunda Turma, relatado pelo eminente Ministro Pádua Ribeiro, assentou que: ‘Servidor público. Ato administrativo. Ilegalidade. I – O poder de a Administração Pública anular seus próprios atos não é absoluto, porquanto *há de se observar as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório*. II – Recurso ordinário provido.’ (RMS n. 737/1990, Segunda Turma, DJU de 6.12.1993).

4. Mandado de segurança concedido.” (MS n. 5.283-DF, rel. Min. José Delgado, DJ de 13.10.1999).

– Recurso especial. Administrativo. Concurso público. Anulação por falta de vagas existentes à época do concurso. Servidores concursados, nomeados e empossados. Ausente o devido processo legal. Impossibilidade.

– *A decisão recorrida de que ‘não pode a Administração Pública, por simples decreto, sem expor as razões do ato, anular o concurso em prejuízo de todos os concursados, já nomeados e empossados’, guarda pertinência com a jurisprudência mansa e pacífica desta Corte.*

– Cabe invocar, ao caso, as Súmulas n. 20 e 21-STF.

– Recurso improvido.” (REsp n. 97.647-RJ, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 12.11.1996).

“Servidor público. Ato administrativo. Ilegalidade.

I – *O poder de a Administração Pública anular seus próprios atos não é absoluto, porquanto há de observar as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório.*

II – Recurso ordinário provido.” (RMS n. 737-RJ, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ de 6.12.1993).

E não é só. Há que ser observado, para tanto, prazo razoável. A Lei n. 9.784/1999 – anterior à exoneração impugnada – determina, em seu art. 54:

“Art. 54. *O direito de a Administração anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.*”

Nesse sentido, é iterativa a jurisprudência deste STJ. Destaco, por oportuno:

“Ação ordinária. Militar. Anulação do ato de reforma, por incapacidade física. Decurso de mais de cinco anos. Prescrição. Extinção do processo.

Decorridos mais de cinco anos, desde o ato que se procurou anular até a propositura da ação, sem qualquer causa interruptiva, extingue-se o processo, pela prescrição.” (REsp n. 17.074-MG, rel. Min. Hélio Mosimann, DJ de 22.5.1995).

“REsp. Administrativo. Prescrição. A prescrição afeta o direito de o credor exigir parcelas do direito ao devedor (a decadência atinge o próprio direito).

A prescrição pode ser argüida tanto pela Pública Administração como pelo servidor. Além do princípio da igualdade, o instituto visa resguardar, com a seqüência do tempo, a estabilidade das situações jurídicas. Conta-se tempo igual para ambos.” (REsp n. 136.204-RS, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ de 16.2.1998).

– Administrativo. Funcionário. Concurso público. Prazo de validade. Prorrogação. Ato administrativo. Revogação. Limites.

– *O princípio de que a Administração pode revogar seus próprios atos, por motivo de conveniência ou oportunidade, encontra empecos diante da ocorrência de certas circunstâncias, entre elas a situação jurídica definitivamente constituída e o direito adquirido.*

– Conceituação doutrinária sobre a revogabilidade do ato administrativo.

– A Administração, ao prorrogar o prazo de validade de concurso público, no uso de sua faculdade discricionária, não mais pode revogar o ato, porquanto transformou em direito a expectativa dos candidatos aprovados.

– Mandado de segurança concedido.” (MS n. 4.288-DF, rel. Min. William Patterson, DJ de 24.6.1996).

Desta forma, ainda que efetivada a inclusão dos substituídos nos quadros dos servidores do Estado entre os anos de 1988 a 1990, forçoso é reconhecer que, datando o ato impugnado de janeiro/2000, o prazo extintivo do direito de ação há muito já havia se escoado. Convalidada ficou, portanto, a eficácia da relação jurídica em questão, pelo que efetivamente irregular sua desconstituição.

Assim, prejudicados os demais fundamentos da impetração, conheço do recurso, e lhe dou provimento para, reformando a decisão atacada, conceder a segurança, na forma do pedido.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de pedido de vista formulado aos 3 de maio deste ano, em processo da relatoria do eminente Ministro Edson Vidigal, onde S. Ex.^a deu provimento ao presente recurso ordinário, para conceder a segurança impetrada, na forma do pedido exordial.

Tendo em vista a erudição do voto expendido pelo eminente Ministro-Relator, bem como as laboriosas sustentações orais lançadas pelos Recorrentes e Recorrido, resolvi interromper o julgamento para aclarar-me de algumas premissas que dependiam do compulsar dos autos.

De posse do feito, e após detida análise do caderno processual, peço vênia para tecer alguns comentários relativos ao suporte fático e jurídico que ensejou a impetração e respectivo apelo ordinário.

O ato atacado é da autoria do Ex.^{mo} Sr. Governador do Estado de Rondônia, consistente na demissão de aproximadamente 10.000 (dez mil) servidores daquele ente federativo, que não detinham estabilidade, por haverem ingressado no serviço público sem a prévia aprovação em concurso público (art. 37 da Constituição Federal de 1988), além de não atenderem à forma excepcional de ingresso nos quadros públicos, qual seja, a prescrita no artigo 19 do ADCT, cujo texto é claro, **verbis**:

“Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da Administração Direta, Autárquica e das Fundações Públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, *há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37 da Constituição, são considerados estáveis no serviço público.*”

O escopo do ato demissionário foi enxugar a máquina estatal, já que 87% das despesas do Estado estavam atreladas a gastos com pessoal. Neste sentido, a ilustre autoridade apontada como coatora deu ensejo à aplicação do artigo 169 da Carta-Mãe, regulamentado pela Lei Camata, que estabeleceu como patamar máximo com despesas de pessoal o percentual de 60% da receita do Estado. Primeiramente, foram reduzidos os cargos em comissão e funções de confiança em limite superior ao preconizado, qual seja, 38% (trinta e oito por cento). Em seguida, foi incentivada a redução da jornada de trabalho com remuneração proporcional, sendo que ambas atitudes não satisfizeram a determinação constitucional, razão pela qual foi adotada medida mais extrema – *a demissão dos servidores não-estáveis*.

Daí, a impetração, pois o cerne da controvérsia reside na inteligência do artigo 19 do ADCT, já que os servidores demitidos sustentam ser estáveis e o Estado alega que os mesmos não possuem mais de cinco anos no serviço público.

E mais, ultrapassada a interpretação concernente à estabilidade, alegam os servidores que a demissão se deu de forma arbitrária, não sendo precedida de processo administrativo-disciplinar albergado pelo contraditório e ampla defesa. Na contramão dos Impetrantes vem o Estado, alegando que, em se tratando de servidores não-estáveis, é dever da Administração rever seus próprios atos, a teor do disposto nas Súmulas n. 346 e 473 do Pretório Excelso.

Sopesando todas estas informações processuais, o eminente Ministro Edson Vidigal resolveu acolher a tese dos Recorrentes e dar provimento ao recurso para conceder a segurança.

Por último, colacionou diversos julgados do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal de Justiça, que entendeu aplicável ao caso em espeque.

Não obstante a erudição tecida pelo ilustre Relator, ousou divergir de pensamento, pois da análise pormenorizada dos autos não diviso outra solução a não ser negar provimento ao apelo, mantendo a higidez do v. acórdão **a quo**, que exauriu o tema ao denegar a segurança.

Cotejando o **decisum** originário, verifica-se que o eminente Desembargador-Relator, Dr. Sérgio Lima, proclamou seu voto nos seguintes termos, **verbis**:

“Isto posto, conheço desta segurança, mas, com fundamento no art. 1^a da Lei n. 1.533/1951, *denego-a para os substituídos que careçam de estabilidade no serviço público, porquanto contratados pela CLT, em face de ser inconstitucional a transposição de emprego para cargo público, sem a indispensável realização de concurso público, nos moldes da anterior e da atual Constituição, em razão da ausência de direito líquido e certo*, concedendo-a, no entanto, para ressaltar as eventuais contratações dos servidores beneficiados pelo art. 19 do ADCT, devendo a Administração, nessa hipótese, corrigir a situação ora excepcionada.

É como voto.” (fl. 5.093).

Em face da proclamação dos resultados, foi instalada uma enorme discussão, já que o advogado dos substituídos, Dr. Hélio Vieira da Costa, afirmou que nenhum dos impetrantes ingressou no serviço público estadual, em data anterior a 5 de outubro de 1983 (fl. 5.101). Tal questão foi amplamente discutida, oportunidade em que o patrono dos Impetrantes resolveu *pedir desistência* dos supostos processos envolvendo servidores que, por um acaso, não estivessem albergados pelo manto do artigo 19 do ADCT. Em seguida, foi homologado o pedido de desistência e denegada a segurança, por não restar caracterizado o direito líquido e certo requerido. O resultado do julgamento foi assim proclamado:

“Homologada a desistência do mandado de segurança, com relação aos servidores eventualmente contratados antes de 5.10.1983. No mérito, denegou-se a ordem, à unanimidade.” (fl. 5.112).

No apelo ordinário são repisados todos os argumentos já delineados na impetração, quais sejam:

- a) que os servidores são estáveis em razão da transposição de emprego público (CLT) para cargo público (regime estatutário);
- b) que foram demitidos sem o indispensável processo administrativo;
- c) que os mesmos foram dispensados sem a observância do disposto na Lei Camata, ou seja, que o Estado não reduziu suas despesas com cargos comissionados e funções gratificadas.

Desta forma, passo ao exame de cada uma das irresignações.

Quanto ao primeiro ponto, não assiste razão aos Recorrentes, pois nenhum deles prestou concurso público, nos termos do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, como também não ingressaram nos quadros públicos antes de 5 de outubro de 1983, não satisfazendo o preceito do artigo 19 do ADCT. Afinal, o concurso interno realizado não se equipara ao certame público externo, muito menos produz os efeitos almejados pelos servidores, especialmente porque todos os recorrentes somente tomaram posse *após a promulgação da Carta Política de 1988, não havendo direito adquirido algum em face do advento do texto constitucional*. Aliás, a esse respeito a jurisprudência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal de Justiça é uníssona.

Ainda sobre este pormenor, qual seja, da imprestabilidade do certame interno prestado pelos servidores, o erudito voto do Relator **a quo** foi exaustivo ao dispor:

“Consta da inicial que os substituídos eram celetistas, os quais, em momento posterior, foram efetivados em cargos públicos, após serem submetidos, e efetivados em seus respectivos cargos em razão da Lei Complementar Estadual n. 2/1984. Logo, segundo o Impetrante, sendo servidores concursados, nomeados estáveis, estes não poderiam ser demitidos sem prévia garantia da ampla defesa.

A Lei Complementar Estadual n. 2/1984, na qual se embasa o Impetrante para justificar a estabilidade dos substituídos, reorganizou o ‘Plano de Classificação de Cargos e Empregos e do Serviço Público Civil do Poder Executivo’ instituído pelo Decreto-Lei n. 23/1982.’ (fl. 5.083).

“Admitem o Impetrante e o Estado de Rondônia que os substituídos foram submetidos a um processo de seleção.

Discordam, no entanto, quanto à natureza desse processo: o Estado afirma que se trata de um ‘concurso interno’; o Impetrante caracteriza-o como um concurso público, apto para elevar os substituídos a cargos públicos efetivos, com vistas à estabilidade.

Por oportuno, não se discute aqui a possibilidade de a Administração poder criar, extinguir e transformar empregos, cargos e funções públicas, pois o ponto central do problema está em admitir-se, ou não, a constitucionalidade do **caput** do art. 36 da lei supratranscrita, que prevê a possibilidade da chamada ascensão devida a cargos públicos,

ou seja, permitindo que o empregado contratado pelo regime da CLT, sem concurso público, possa ocupar cargo público originado pela transformação.

A resposta negativa impõe-se à hipótese, tanto à vista do texto constitucional de 1967 quanto pela redação da nova Carta Magna, bem como pela jurisprudência.” (fl. 5.084).

“Nesse sentido, tem-se como nulo o processo seletivo interno que visou à transposição de emprego em cargo público.

Portanto, não se diga, como o faz o Impetrante, que o concurso interno (então realizado) convalidou a situação atual dos substituídos.

Convém esclarecer o conceito de concurso interno válido, como, p. ex., aquele feito para garantir promoção do âmbito das carreiras públicas, para não confundi-lo com processo seletivo previsto na Lei Complementar n. 2/1984, que a toda prova é inconstitucional.

A respeito, veja a lição de **José dos Santos Carvalho Filho** (in *Manual de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos Editora, 1997, p. 373): ‘O concurso interno é processo seletivo realizado exclusivamente dentro do âmbito de pessoas administrativas ou órgãos públicos. Como demonstra a própria expressão, esse tipo de certame não pode ser tido como concurso público, sabido que a participação dos candidatos é de caráter limitado’.

Por via de consequência, só podem participar do concurso interno servidores que foram admitidos por meio de concurso público.

Prosseguindo, o mencionado jurista arremata o tema, dizendo:

‘Para melhor interpretar o sistema constitucional relativo ao recrutamento de servidores, deve considerar-se admissível o concurso interno apenas para provimento de cargos de classes intermediárias e finais de carreira, ou, ainda, para ascensão funcional, pela qual o servidor pretende sair de cargo de classe final para uma de carreira para outro da classe inicial de carreira superior ou complementar (ob. cit., p. 373).’

A propósito da matéria em debate, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.202-9-RO, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o pedido de liminar de inconstitucionalidade da Lei Complementar

Estadual n. 127/1994, que ‘transformou o regime jurídico dos servidores que indica e institui quadro de carreira para o magistério’, decidiu, por unanimidade, o seguinte:

‘Ementa: Constitucional. Ação direta de inconstitucionalidade. Servidor público: transformação de celetista em estatutário. Inconstitucionalidade. Lei Complementar n. 127, de 15.12.1994, do Estado de Rondônia, art. 1º, §§ 1º a 4º.

Suspensão cautelar da eficácia do art. 1º, §§ 1º a 4º, da Lei Complementar n. 127, de 15.12.1994, do Estado de Rondônia, que transforma servidores celetistas em estatutários.’” (fls. 5.084/5.085).

Em sendo assim, o Estado de Rondônia agiu no estrito dever legal de enxugar a máquina administrativa, respeitando exatamente o prescrito no § 3º da Constituição Federal, **verbis**:

“§ 3º. Para o cumprimento dos limites estabelecidos com base neste artigo, durante o prazo fixado na lei complementar referida no **caput**, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios adotarão as seguintes providências:

I – Redução em pelo menos 20% das despesas com cargos em comissão e funções de confiança;

II – *Exoneração de servidores não-estáveis.*”

Aliás, tanto este colendo Superior Tribunal de Justiça, quanto o próprio Supremo Tribunal Federal já tiveram oportunidade de enfrentar situações assemelhadas à presente, ocasião em que se secundaram o mesmo pensamento do Colegiado **a quo**. Ilustrativamente:

“Recurso extraordinário. Constitucional. Estabilidade excepcional: *art. 19 do ADCT/CF/1988*. Efetividade: *necessidade de concurso público*.

1. *O preceito do art. 19 do ADCT/CF/1988 deferiu a estabilidade aos servidores que não foram admitidos no serviço público na forma do art. 37, II, da Carta Federal, mas a efetividade somente se adquire mediante aprovação em concurso público.*

2. A Lei Estadual n. 11.171, de 10 de abril de 1986, que conferiu estabilidade provisória a agentes públicos, tinha como destinatários os servidores efetivos, em exercício de cargo em comissão por oito anos completos, consecutivos ou não.

3. *Promulgada a Constituição Federal de 1988, aos servidores, a quem a lei local conferiu o direito excepcional, aplica-se o preceito do art. 19 do ADCT, sendo estáveis no cargo em que se encontravam se preenchidos os seus requisitos, mas tornar-se-ão efetivos somente após aprovação em concurso público.*

Recurso extraordinário conhecido e provido.” (RE n. 181.883-2-CE, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 27.2.1998).

“Servidor público. *Ausência de estabilidade. Cessação do vínculo.*

Tratando-se de servidor público arrematado sem a aprovação em concurso público e que, à época da entrada em vigor da Carta de 1988, não contava com cinco anos de prestação de serviços, descabe cogitar de ilegalidade na ruptura do vínculo.” (RE n. 223.380-8-MG, rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 30.3.2001).

“Administrativo. Servidores celetistas. Pretores do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso. Cargo transformado para provimento em comissão em virtude de lei. Leis Estaduais n. 5.686/1990 e 6.046/1992. Conciliadores. *Demissibilidade ad nutum*. Conversão do emprego em função pública. *Estabilidade ordinária ou extraordinária. Inexistência. ADCT, art. 19, e CF/1988, art. 37.*

1. *Não contando o servidor celetista que não logrou aprovação em concurso público, ainda que seu contrato fosse por prazo indeterminado, com cinco anos de serviço público continuado, não faz jus à estabilidade ordinária prevista na CF/1988, art. 37, II, e nem à extraordinária do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, art. 19.*

2. *Assim, não há ilegalidade na exoneração, ao arbítrio da Administração, de servidores que exerciam o cargo de conciliadores, antigos pretores transformados por força da edição da Lei Estadual n. 6.046/1992.*

Recurso conhecido e não provido.

Precedentes.” (RMS n. 9.362-MT, Quinta Turma, rel. Min. Edson Vidigal, DJ de 6.10.1998).

Acrescente-se, ainda, que não subsiste a assertiva de que os servidores obtiveram direito adquirido quando se encontrava vigente a Constituição de

1967, alterada em 1969, pois da leitura do artigo 97, **caput** e § 1º, c.c. art. 100 da Carta pretérita, verifica-se que a primeira investidura em cargo público dependeria de prévia aprovação em concurso público, *excetuados os casos indicados em lei*. O texto legal é claro, senão, vejamos, **verbis**:

“Art. 97. Os cargos públicos serão acessíveis a todos os brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei.

§ 1º. *A primeira investidura em cargo público dependerá de aprovação prévia, em concurso público ou de provas e títulos, salvo os casos indicados em lei.*”

Ademais, o próprio artigo 100 do Texto anterior dizia que a estabilidade só surgiria com o efetivo exercício de dois anos, hipótese que não se apresenta.

Como se tudo isso não bastasse, cumpre reprisar que o ilustre Patrono dos Recorrentes, Dr. Hélio Vieira da Costa, *formalizou pedido expresso de desistência de eventuais servidores que, por um acaso, tivessem ingressado antes de 5 de outubro de 1983*. Desta forma, toda esta discussão é natimorta desde o seu nascedouro, pois homologada a desistência, quanto a este pormenor, na origem, fica este Tribunal impossibilitado de reexaminá-la em sede recursal.

Sobre o pretense desrespeito aos princípios constitucionais que asseguram a instauração do processo administrativo-disciplinar, amparado do contraditório e ampla defesa, mais uma vez não assiste razão aos Recorrentes, pois, em se tratando de servidores não-estáveis, poderia o Estado, como assim o fez, dispensá-los por força do disposto nos Verbetes Sumulares n. 346 e 473-STF, que assim dispõem:

“346. A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.”

“473. A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.”

Aliás, esta egrégia Quinta Turma já apreciou situação assemelhada à atual, ocasião em que o eminente Ministro Edson Vidigal foi preciso ao

defender a dispensabilidade da instauração do compêndio administrativo. A ementa restou assim vazada, **verbis**:

“Administrativo. Servidores celetistas. Detran do Rio de Janeiro. Conversão do emprego em função pública. Estabilidade. Inexistência. Dispensa. Ato motivado. Leis Estaduais n. 1.692/1990 e 1.310/1988, e Decretos n. 16.608/1991 e 16.644/1991.

1. Legítima a dispensa de servidores celetistas, cujos empregos públicos foram transformados em cargos públicos pelas Leis n. 1.692/1990 e 1.310/1988, pois que, não contando sequer com a estabilidade extraordinária prevista no art. 19 do ADCT, todos os impetrantes tiveram sua primeira investidura sem concurso público.

2. *A Administração tem o poder-dever de anular, a qualquer tempo, seus atos eivados de nulidade – Súmula n. 473-STF*

3. Recurso a que se nega provimento.” (RMS n. 4.607-RJ, Quinta Turma, rel. Min. Edson Vidigal, DJ de 16.3.2000).

Quanto ao não-atendimento da Lei Complementar n. 96/1999 (Lei Camata), o Estado de Rondônia reduziu 38% das despesas com cargos comissionados, conforme se verifica da certidão do Tribunal de Contas do Estado juntada aos autos. Todavia, tal procedimento não atendeu ao escopo da lei. Incontinenti, foi incentivada a redução da jornada de trabalho com remuneração proporcional, sendo que ambas atitudes não satisfizeram a determinação legal. Daí, o Ente Federativo foi obrigado a implementar a exoneração dos servidores *não-estáveis* para que fosse respeitado o limite inserto no texto legal. Aliás, quanto a este pormenor, o v. acórdão **a quo** foi claro ao asseverar:

“... na hipótese, estão em jogo dois interesses: a) o individual dos substituídos, reconhecido à fl. 37; e b) o público, pois, caso a Administração não cumpra o que determina a Lei *Camata*, reduzindo o número de servidores por ela elencados, inviabilizará o fim último do Estado, a consecução do bem público, porquanto não contará com recursos financeiros suficientes para atender à saúde, à educação e à segurança públicas.

Assim sendo, entre o sacrifício do interesse de um certo número de servidores (elevados, não se nega) e o do interesse público, deve este prevalecer ante o princípio da proporcionalidade, está a indicar que se sacrifique o primeiro.

Não se está aqui defendendo a Lei Camata, pois ao intérprete e ao aplicador da lei veda-se tal faculdade. O que se quer registrar, nesta oportunidade, é que a não-concessão da segurança aos servidores não-estáveis, pelos motivos já expendidos, é medida imperativa, decorrente da lei, e não mera discricionariedade do julgador.” (fls. 5.090/5.091).

“Quanto ao suscitado descumprimento da Lei Camata, que veda a contratação de servidores a qualquer título, pela Administração, sempre que as despesas com pessoal estiverem acima dos limites nela fixados, não foi demonstrado pelo Impetrante, conforme lhe competia fazer em sede de mandado de segurança, o que torna vã tal alegação.

No que toca à necessidade de publicação do demonstrativo da execução orçamentária, o Impetrante sustenta que sem comprovar, formal e publicamente, a imperiosidade de demitir servidores, o Estado violou o art. 7^o da Lei Camata.

Esse argumento também veio despido de prova pré-constituída; contudo, os documentos acostados às fls. 4.952/5.953 demonstram o cumprimento da mencionada norma, bem como, noticiam que a economia obtida com a redução dos encargos com funções gratificadas e cargos comissionados foi superior à exigida por lei (20%), pois, no caso, a economia atingiu o patamar de 31% (trinta e um por cento).

Inobstante a relação empregatícia dos substituídos já ter sido considerada como celetistas e, portanto, não-estável, alega o Sindicato-impetrante que a Lei Complementar n. 96/1999 exige, preliminarmente, que sejam reduzidas as despesas com cargos comissionados e funções gratificadas. Invoca, para tanto, o texto constitucional federal introduzido pela Emenda n. 19/1998, que deu nova redação ao art. 169, dispondo, em seu inciso I, a necessária redução de, pelo menos, 20% (vinte por cento) das despesas com cargos em comissão e função de confiança, para posteriormente passar à exoneração dos servidores não-estáveis.

Nesse ponto, o Impetrante imputa ao Estado o dever de comprovar a redução das despesas com cargos comissionados e função gratificada para editar o decreto de exoneração dos servidores não-estáveis, mas se esqueceu que, em sede de mandado de segurança, a prova da eventual omissão do Estado é ônus que lhe compete.

Nestes autos, o Impetrante não cuidou de fazer esta comprovação, fato que invalidou sua argumentação.

Entretanto, o representante judicial do Estado, ao se manifestar nos autos, em cumprimento ao art. 2^a da Lei n. 8.437/1992, elucidou a questão com a juntada da cópia do Diário Oficial do Estado n. 4.415, de 19.1.2000, em que se verifica a publicação do quadro demonstrativo da economia constatada com o não-preenchimento dos cargos comissionados e funções de confiança do Poder Executivo no percentual de 31% (trinta e um por cento).

Diante de tal fato, este argumento também não autoriza a concessão da ordem.” (fls. 5.091/5.092).

Ante todo o exposto, ousou discordar dos eruditos argumentos tecidos pelo Relator, para negar provimento ao recurso, a fim de manter a higidez do v. acórdão **a quo**.

É como voto.

ESCLARECIMENTOS

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: V. Ex.^a, então, chegou à conclusão de que houve desistência no tocante a esses servidores. Se houve, está prejudicado o recurso.

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: Antes de outubro de 1983!? Quer dizer, com referência aos servidores contratados antes de outubro de 1983 ... inclusive incide o art. 19.

PEDIDO DE VISTA

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: Sr. Presidente, como se vê, está instaurada a dúvida.

Na forma regimental, suspendo a proclamação do meu voto, proferido na assentada do dia 3 de maio deste ano e, pedindo vênias ao Sr. Ministro-Relator, Edson Vidigal, peço vista dos autos.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: Acompanhei o brilhante voto do Ministro Edson Vidigal, dando provimento ao recurso.

Pedi vista o Ministro Gilson Dipp, que, na assentada anterior, rebatendo vários pontos, houve por base de manter o acórdão hostilizado. Pedi

vista, então, suspendendo a proclamação do pronunciamento anterior para melhor exame ante a divergência deflagrada.

Dois pontos ressaem incontestes:

1) os substituídos ingressaram no serviço público do Estado depois de 5 de outubro de 1983, ou seja, à época da promulgação da Constituição de 1988, não contavam com 5 ou mais anos de exercício;

2) não se submeteram à prévia aprovação em concurso público, nos termos quer da Constituição de 1967, quer da atual, e sim a um processo interno de seleção.

Desses fatos, emergem os seguintes corolários:

a) não se lhes é aplicável o art. 19 das Disposições Transitórias da **Lex Mater** de 1988, isto é, não detém a estabilidade extraordinária;

b) para lograrem, portanto, a estabilidade comum, haveriam de submeter-se a concurso.

Resta saber se as provas realizadas, no âmbito interno da Administração Estadual, atendem ao mandamento constitucional de 1967 com a Emenda Constitucional n. 1/1969, então vigente à época da submissão ao certame.

Lê-se do voto do ilustre Desembargador Sérgio Lima, condutor do acórdão, às fls. 5.081/5.085:

“Em decorrência dos textos constitucionais acima transcritos, chega-se à conclusão de que na vigência da Constituição/1967 era possível ingressar-se na Administração Pública, pelos seguintes meios: a) concurso público de provas ou de provas e títulos; b) contratação para cargos em comissão, declarados em lei, de livre nomeação e exoneração; c) contratação pelo regime celetista para os casos indicados em lei, nos termos do art. 97, §§ 1^a e 2^a, da Carta Política antes mencionada.

O art. 100 da CF/1967 preceituava que seriam estáveis, após dois anos de exercício, os funcionários nomeados por concurso. Esta garantia era privativa dos servidores que ingressaram na Administração Pública por meio de concurso de provas ou de provas e títulos.

Tratando do assunto, **Celso Antônio Bandeira de Mello**, in *Apontamentos sobre os Agentes e Órgãos Públicos*, 1^a ed., 5^a tiragem, RT, pp. 23/25, acentua:

‘Estabilidade é o direito do funcionário a permanecer no serviço público, não, necessariamente, no cargo. Com efeito, antes da Carta Constitucional de 1967, havia servidores, equiparados aos funcionários, chamados ‘extranumerários’, que recebiam estabilidade, apesar de não possuírem cargos. Isto é, haviam sido admitidos para exercerem ‘funções’.

(...) Desde a Emenda Constitucional de 1969 não mais haverá nova estabilização, a não ser em cargo público, portanto, toda estabilização corresponderá uma efetivação, pois, nos termos do art. 100 da Lei Maior, só poderá existir estabilização em cargo para o qual se haja sido nomeado por concurso público.’

Com o advento da Constituição de 1988, firmou-se o entendimento, sobre o qual não há dúvidas, de que na Administração Direta, excetuados os contratados temporariamente e os contratados para ocupar cargos em comissão, portanto de livre nomeação e exoneração, a única forma de ingresso em cargos efetivos é concurso público de provas ou de provas e títulos, conforme estabelecido no seu art. 37, II.

Por via de conseqüência, somente após o decurso do prazo do estágio probatório é que o servidor se torna estável.

Nesse sentido, são os ensinamentos de **Lúcia Valle Figueiredo**, in Curso de Direito Administrativo, Malheiros Editores, 1994, p. 363, e **Hely Lopes Mirelles**, in Direito Administrativo, 19ª ed., Ed. Malheiros, 1994, pp. 374/375, entre outros.

Por derradeiro, o art. 19 do ADCT da CF/1988 admitiu a estabilidade no serviço público, e não no cargo público, dos servidores públicos em exercício na data de sua promulgação, há pelo menos cinco anos continuados.

Em decorrência dos argumentos acima expendidos, acima transcritos, chega-se às conclusões seguintes:

a) na vigência da Constituição de 1967, era possível a contratação de servidores públicos sem concurso, p. ex., pelo regime celetista, mas sem o direito à estabilidade, sendo que, para a aquisição desta, a realização do concurso público tornava-se indispensável;

b) na vigência da atual Carta, o servidor estável da Administração Direta é aquele investido em cargo público, mediante aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ou, ainda,

aqueles servidores discriminados no art. 19 do ADCT da Constituição de 1988, porque contratados antes de 5.10.1983.

Feito esse balizamento, apreciaremos, a seguir, os argumentos do Impetrante, para o fim da concessão ou não deste **mandamus**.

Consta da inicial que os substituídos eram celetistas, os quais, em momento posterior, foram efetivados em cargos públicos, após serem submetidos a concurso, e efetivados em seus respectivos cargos em razão da Lei Complementar Estadual n. 2/1984. Logo, segundo o Impetrante, sendo os servidores concursados, nomeados e estáveis, estes não poderiam ser demitidos sem prévia garantia da ampla defesa.

A Lei Complementar Estadual n. 2/1984, na qual se embasa o Impetrante para justificar a estabilidade dos substituídos, reorganizou o 'Plano de Classificação de Cargos e Empregos e do Serviço Público Civil do Poder Executivo' instituído pelo Decreto-Lei n. 23/1982, dispondo:

‘Art. 36. Os atuais ocupantes de empregos, previstos no Decreto-Lei n. 23, de 25.8.1982, terão seus empregos transpostos ou transformados, nos cargos constantes do anexo I desta lei complementar.

Parágrafo único. Para efeito deste artigo, entende-se por:

I – Transposição: a passagem dos atuais empregos permanentes para o novo sistema, com todas as suas características;

II – Transformação: a passagem dos atuais empregos permanentes para o novo sistema com alteração de atribuições ou funções.’

‘Art. 39. Os atuais servidores do Estado, à medida que se habilitarem em processo seletivo, serão incluídos neste Plano de Classificação de Cargos e Empregos.

Parágrafo único. O processo seletivo para a inclusão no PCCE será regulamentado pelo Poder Executivo através da Secretaria de Estado da Administração, e realizado pelo Órgão Central de Pessoal do Estado.’

‘Art. 40. Os servidores que não lograrem aprovação no processo seletivo serão, em etapa posterior, submetidos a treinamentos para fins de ingresso no PCCE.’

Admitem o Impetrante e o Estado de Rondônia que os substituídos foram submetidos a um processo de seleção.

Discordam, no entanto, quanto à natureza desse processo: o Estado afirma que se trata de um 'concurso interno'; o Impetrante caracteriza-o como um concurso público, apto para elevar os substituídos a cargos públicos efetivos, com vistas à estabilidade.

Por oportuno, não se discute aqui a possibilidade de a Administração poder criar, extinguir e transformar empregos, cargos e funções públicos, pois o ponto central do problema está em admitir-se, ou não, a constitucionalidade do **caput** do art. 36 da lei supratranscrita, que prevê a possibilidade da chamada ascensão devida a cargos públicos, ou seja, permitindo que o empregado contratado pelo regime da CLT, sem concurso público, possa ocupar cargo público originado pela transformação.

A resposta negativa impõe-se à hipótese, tanto à vista do texto constitucional de 1967 quanto pela redação da nova Carta Magna, bem como pela jurisprudência. Veja-se:

'Administrativo. Servidor público estadual. Regime único. Celetista. Conversão de emprego em função pública. Estabilidade. Efetividade.

O aproveitamento de celetista no Regime Jurídico Único e função pública, por não gozarem de estabilidade e efetividade, condicionada esta à realização de futuro concurso, não impede a demissão motivada, sendo certo ainda que a reintegração pleiteada, na espécie, não se inclui nas garantias do direito adquirido, pelo que imprópria, também, a ação mandamental para o exame de outras reparações, que, por acaso, forem devidas. Recurso desprovido.' (STJ, RMS n. 8.614-M, rel. Min. William Patterson, rec.: Sebastião Luiz dos Santos, recorrido: Estado de Minas Gerais, julg. em 23.9.1997, publ. no DJ de 3.8.1998).

'Ementa: Concurso interno. Provimento inicial de cargo. O Supremo Tribunal Federal, na ADIn n. 837-4, publicada no DJ de 23.4.1993, suspendeu a eficácia **ex nunc** de várias leis que permitiam a ascensão funcional para provimento inicial de cargo público por meio de concurso interno.

Recurso ordinário a que se nega provimento.' (rel. Min. José de Jesus Filho, publ. no DJ de 2.8.1993, p. 14.226).

Nesse sentido, tem-se como nulo o processo seletivo interno que visou à transposição de emprego em cargo público.

Portanto, não se diga, como o faz o Impetrante, que o concurso interno (então realizado) convalidou a situação atual dos substituídos.

Convém esclarecer o conceito de concurso interno válido, como, p. ex., aquele feito para garantir promoção no âmbito das carreiras públicas, para não confundi-lo com processo seletivo previsto na Lei Complementar n. 2/1984, que a toda prova é inconstitucional.

A respeito, veja a lição de **José dos Santos Carvalho Filho** (in Manual de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Freitas Bastos Editora, 1997, p. 373): ‘O concurso interno é o processo seletivo realizado exclusivamente dentro do âmbito de pessoas administrativas ou órgãos públicos. Como demonstra a própria expressão, esse tipo de certame não pode ser tido como concurso público, sabido que a participação dos candidatos é de caráter limitado’.

Por via de conseqüência, só podem participar do concurso interno servidores que foram admitidos por meio de concurso público.

Prosseguindo, o mencionado jurista arremata o tema, dizendo:

‘Para melhor interpretar o sistema constitucional relativo ao recrutamento de servidores, deve considerar-se admissível o concurso interno apenas para o provimento de cargos de classes intermediárias e finais de carreira, ou, ainda, para ascensão funcional, pela qual o servidor pretende sair de cargo de classe final para uma de carreira para outro da classe inicial de carreira superior ou complementar (ob. cit., p. 373).’

A propósito da matéria em debate, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.202-9-RO, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o pedido de liminar de inconstitucionalidade da Lei Complementar Estadual n. 127/1994, que ‘transformou o regime jurídico dos servidores que indica e institui quadro de carreira para o Magistério’, decidiu, por unanimidade, o seguinte:

‘Ementa: Constitucional. Ação direta de inconstitucionalidade. Servidor público: transformação de celetista em estatutário. Inconstitucionalidade. Lei Complementar n. 127, de 15.12.1994, do Estado de Rondônia, art. 1º, §§ 1º e 4º.

Suspensão cautelar da eficácia do art. 1º, §§ 1º e 4º, da Lei Complementar n. 127, de 15.12.1994, do Estado de Rondônia, que transforma servidores celetistas em estatutários.’”

Do voto do ilustre Ministro Gilson Dipp, a remissão a julgados do STF e do STJ, cujas ementas transcreve:

“Ementa: Constitucional. Ação direta de inconstitucionalidade. Servidor público: transformação de celetista em estatutário. Inconstitucionalidade. Lei Complementar n. 127, de 15.12.1994, do Estado de Rondônia, art. 1º, §§ 1º a 4º.

Suspensão cautelar da eficácia do art. 1º, §§ 1º a 4º, da Lei Complementar n. 127, de 15.12.1994, do Estado de Rondônia, que transforma servidores celetistas em estatutários.’ (fls. 5.084/5.085).

Em sendo assim, o Estado de Rondônia agiu no estrito dever legal de enxugar a máquina administrativa, respeitando exatamente o prescrito no § 3º da Constituição Federal, **verbis**:

‘§ 3º. Para o cumprimento dos limites estabelecidos com base neste artigo, durante o prazo fixado na lei complementar referida no **caput**, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios adotarão as seguintes providências:

I – Redução em pelo menos 20% das despesas com cargos em comissão e funções de confiança;

II – *Exoneração de servidores não-estáveis.*’

Aliás, tanto este colendo Superior Tribunal de Justiça, quanto o próprio Supremo Tribunal Federal já tiveram oportunidade de enfrentar situações assemelhadas à presente, ocasião em que se secundaram o mesmo pensamento do Colegiado **a quo**. Ilustrativamente:

‘Recurso extraordinário. Constitucional. Estabilidade excepcional: *art. 19 do ADCT/CF/1988*. Efetividade: *necessidade de concurso público*.

1. *O preceito do art. 19 do ADCT/CF/1988 deferiu a estabilidade aos servidores que não foram admitidos no serviço público na forma do art. 37, II, da Carta Federal, mas a efetividade somente se adquire mediante aprovação em concurso público.*

2. A Lei Estadual n. 11.171, de 10 de abril de 1986, que conferiu estabilidade provisória a agentes públicos, tinha como destinatários os servidores efetivos, em exercício de cargo em comissão por oito anos completos, consecutivos ou não.

3. *Promulgada a Constituição Federal de 1988, aos servidores, a quem a lei local conferiu o direito excepcional, aplica-se o preceito do art. 19 do ADCT, sendo estáveis no cargo em que se encontravam se preenchidos os seus requisitos, mas tornar-se-ão efetivos somente após aprovação em concurso público.*

Recurso extraordinário conhecido e provido.’ (RE n. 181.883-2-CE, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 27.2.1998).

“Servidor público. *Ausência de estabilidade. Cessação do vínculo.*

Tratando-se de servidor público arregimentado sem a aprovação em concurso público e que, à época da entrada em vigor da Carta de 1988, não contava com cinco anos de prestação de serviços, descabe cogitar de ilegalidade na ruptura do vínculo.’ (RE n. 223.380-8-MG, rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 30.3.2001).

‘Administrativo. Servidores celetistas. Pretores do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso. Cargo transformado para provimento em comissão em virtude de lei. Leis Estaduais n. 5.686/1990 e 6.046/1992. Conciliadores. *Demissibilidade ad nutum*. Conversão do emprego em função pública. *Estabilidade ordinária ou extraordinária. Inexistência. ADCT, art. 19, e CF/1988, art. 37.*

1. *Não contando o servidor celetista que não logrou aprovação em concurso público, ainda que seu contrato fosse por prazo indeterminado, com cinco anos de serviço público continuado, não faz jus à estabilidade ordinária prevista na CF/1988, art. 37, II, e nem à extraordinária do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, art. 19.*

2. *Assim, não há ilegalidade na exoneração, ao arbítrio da Administração, de servidores que exerciam o cargo de conciliadores, antigos pretores transformados por força da edição da Lei Estadual n. 6.046/1992.*

Recurso conhecido e não provido.

Precedentes.’ (RMS n. 9.362-MT, Quinta Turma, rel. Min. Edson Vidigal, DJ de 6.10.1998).”

De minha relatoria, Quinta Turma:

“Recurso em mandado de segurança. Administrativo. Servidor militar estadual. Nomeação sem concurso público após a Constituição/1988. Impossibilidade. Ato nulo. Desnecessidade de motivação.

A partir da vigência da Constituição de 1988, tornou-se imprescindível para investidura em cargo público a submissão em concurso público, sendo nula qualquer nomeação (com exceção dos cargos em comissão) que desrespeite esta regra (art. 37, II).

Sendo ilegal a respectiva nomeação, seu ato é nulo, não carecendo de qualquer motivação sua desconstituição (Súmulas n. 473 e 376-STF).

Recurso desprovido.” (rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, publ. no DJ de 3.11.1998, p. 184).

“Recurso em mandado de segurança. Administrativo. Servidor público estadual. Ocupante de função pública. Demissão. Estabilidade. Arts. 19, ADCT, e 41, CF. Impossibilidade.

Não aproveita à Impetrante o disposto nos artigos 19, ADCT, e 41, CF/1988, uma vez que a mesma ocupava somente função pública, e não tinha 5 anos de efetivo exercício quando da promulgação da Constituição/1988, nem mesmo fora admitida por concurso público, não assistindo-lhe direito líquido e certo à pretendida reintegração.” (STJ, RMS n. 9.129-MG (97.0078779-6), Quinta Turma, rel. Min. José Arnaldo, DJU de 16.3.1988, p. 194).

Entendo, à vista do nosso sistema jurídico-constitucional, ser inaplicável, ao caso, o disposto no art. 33 da Emenda Constitucional n. 19/1998, que estabelece:

“Art. 33. Consideram-se servidores não-estáveis, para os fins do art. 169, § 3º, II, da Constituição Federal aqueles admitidos na Administração Direta, Autárquica e Fundacional sem concurso público de provas ou de provas e títulos após o dia 5 de outubro de 1983.”

A propósito, obtempera a publicista **Lúcia Valle Figueiredo**:

“Sob essa ótica, examinaremos a questão da chamada ‘flexibilização’ da estabilidade para aqueles que já são estáveis.

Examinando-a sob esta ótica, devemos, inexoravelmente, concluir que a estabilidade dos que a adquiriram dentro dos cânones constitucionais, quer da Constituição de 1988, quer da anterior, de 1967, ou, até mesmo, das normas das ‘Disposições Transitórias’ de ambas as Constituições, não pode ser ‘flexibilizada’.

As novas disposições constitucionais constituem-se em regime novo, apto a vigorar para as relações subjetivas surgidas pós-Emenda Constitucional n. 19/1998.

Se assim não fosse, a emenda estaria a suprimir direito derivado da própria Constituição, surgido do poder constituinte originário.

Ora, é da tradição do Direito brasileiro o respeito ao direito adquirido, que, ademais, figura na tábua de direitos e garantias individuais.

Assim, não nos parece que quer a doutrina, quer a jurisprudência venham dar guarida a tal pretensão, que se atrita, e de forma aguda, com os princípios gerais de Direito e do nosso Direito Constitucional, pelo menos enquanto pretendermos estar sob a ordem jurídica, sob o Estado de Direito.

Pretendeu a Emenda n. 19/1998, como se o constituinte derivado tivesse o mesmo poder do originário, afastar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.” (in Curso de Direito Administrativo, Malheiros, 5ª ed., 2001, pp. 548/549).

Nessa linha, o contido às fls. 5.316/5.317:

“Tem-se entendido que *também as emendas constitucionais submetem-se à garantia do direito adquirido e do ato jurídico perfeito*:

‘O Congresso Nacional, no exercício do poder constituinte derivado, pode reformar a Constituição Federal por meio de emendas, porém respeitando as vedações expressas e implícitas impostas pelo poder constituinte originário, pois somente esse é hierarquicamente inalcançável, enquanto manifestação da vontade soberana do povo.

Note-se que a alterabilidade constitucional, embora possa traduzir-se na alteração de muitas disposições da Constituição,

sempre deverá conservar um valor integrativo, no sentido de que deve deixar substancialmente idêntico o sistema originário, idealizado pelo legislador constituinte originário. (...)

Dessa forma, reconhece o Supremo Tribunal Federal a total e plena possibilidade de incidência do controle de constitucionalidade, difuso ou concentrado, sobre emendas constitucionais, a fim de verificar-se sua constitucionalidade ou não, a partir da análise do respeito aos parâmetros fixados expressa e implicitamente no art. 60 (...) Uma das regras obrigatórias para o Congresso Nacional no exercício do poder constituinte derivado reformador é a observância das chamadas cláusulas pétreas, verdadeiras limitações materiais ao poder de alteração constitucional, e dentre elas os chamados direitos e garantias individuais (CF, art. 60, § 4º, IV). (...) Dentre os vários direitos e garantias individuais, encontram-se os direitos adquiridos (CF, art. 5º, XXXVI), consubstanciando-se, pois, em cláusulas pétreas. Como explicam **Carlos Aires Brito e Valmor Pontes Filho**, ‘quer se trate de direito que se adquire em sede legal, quer se trate daquele que se obtém por virtude de norma constitucional, tudo é matéria tabu para as leis e as emendas à Constituição, indistintamente. Um e outro direito subjetivo são alcançados pelo princípio constitucional da segurança jurídica, e nessa medida, garantidos pela petrealidade de que trata o inciso IV do § 4º do art. 60 da Carta de Outubro’. (...)

Ivo Dantas corrobora o entendimento do texto, afirmando que ‘o princípio do direito adquirido, quando constitucionalmente consagrado, dirigir-se-á, da mesma forma, tanto ao Poder Legislativo ordinário quanto ao poder reformador, visto que este, como aquele, tem uma natureza de poder constituído, em decorrência do que, inafastavelmente, estará limitado pelas normas constitucionais’. (Alexandre de Moraes, Reforma Administrativa – Emenda Constitucional n. 19/1998, 2ª ed., 1999, Ed. Atlas).”

Por conseguinte, contra preceito constitucional ditado pelo poder originário constituinte é inconsistente invocar direito adquirido. A invocação cabe se o preceito advém do poder constituinte derivado, que deverá sujeitar as situações jurídicas consolidadas, **maxime**, dentre outras, as que ostentem as condições arroladas no art. 60 da Carta Maior, consideradas intangíveis.

O art. 33 da Emenda Constitucional n. 19/1998 encerra uma alteração no passado de efeitos realizados ou consumados.

Proclama o STF:

“Não há direito adquirido contra texto constitucional, resulte ele do poder constituinte originário, ou do poder constituinte derivado. Precedentes do STF. Recurso extraordinário conhecido e provido.” (RE n. 94.414-SP, rel. Min. Moreira Alves, RTJ 114/237).

“A supremacia jurídica das normas inscritas na Carta Federal não permite, ressalvadas as eventuais exceções proclamadas no próprio texto constitucional, que contra elas seja invocado o direito adquirido. Doutrina e jurisprudência.” (STF, ADIn n. 248-RJ, Pleno, rel. Min. Celso de Mello, RTJ 152/341, julg. em 18.11.1993).

“Já se firmou a jurisprudência desta Corte no sentido de que os dispositivos constitucionais têm vigência imediata, alcançando os efeitos futuros de fatos passados (retroatividade mínima). Salvo disposição expressa em contrário – e a Constituição não pode fazê-lo – eles não alcançam os fatos consumados no passado nem as prestações anteriormente vencidas e não pagas (retroatividade máxima e média).” (RE n. 140.499-GO, Moreira Alves, DJ de 9.9.1994).

Feitas estas observações, constata-se, sem dificuldade, que a pretensão recursal empaca neste dispositivo constitucional, de intransponibilidade manifesta, o art. 18 do ADCT de 1988 e, **in verbis**:

“Art. 18. Ficam extintos os efeitos jurídicos de qualquer ato legislativo ou administrativo, lavrado a partir da instalação da Assembléia Nacional Constituinte, que tenha por objeto a concessão de estabilidade a servidor admitido sem concurso público, da Administração Direta ou Indireta, inclusive das fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público.”

Lê-se do voto do aresto hostilizado, à fl. 5.087:

“Como a Assembléia Nacional Constituinte foi instalada em 1º de fevereiro de 1987, ainda que a Lei Complementar n. 2/1984 não tenha sido alcançada por este dispositivo constitucional, não se pode deixar de reconhecer que o processo seletivo o foi, já que realizado em agosto de 1987, fato admitido pelas partes.”

Nisso, portanto, reside o óbice ao reconhecimento da estabilidade dos substituídos, aqui representados pelo Recorrente. Editadas as Leis Complementares n. 2/1984, 10/1985, o Decreto-Lei n. 23/1982, a implementação das medidas neles preconizadas só se deu após o termo **a quo** fixado no citado art. 18 do ADCT. Constitui dogma: “situações inconstitucionais não dão ensejo à aquisição de direitos”.

Mas, Srs. Ministros, ante esse empeco de cunho constitucional, esurge esta esdrúxula e vexatória situação, comparem-se: os servidores submetidos a concurso público, digamos, logo após vencido o estágio probatório, ou seja, com 3 ou 4 anos de serviços, se lhes aplicados os §§ 3º, 4º e 5º do art. 169 da Constituição, receberão indenização correspondente a um mês de remuneração por ano de serviço; já os servidores, como, no caso, com mais de 13 anos de serviços públicos, nada perceberão.

Não poderia, ante um quadro desse, penoso e assustador, com milhares de pessoas postas para fora do emprego, ficar apenas aqui lamentando. Daí a preocupação em encontrar uma solução dentro da lei, a mitigar a fria aplicação da norma legal para atender a números orçamentários. Essa preocupação, observamos, não é nova, já o governo, em 1997, visando a reparar injustiças, também a sentiu e expediu a Medida Provisória sob o n. 1.522, de 3.4.1997, convertida na Lei n. 9.527, 10.12.1997, alterando a redação do art. 243 da Lei n. 8.112/1990, para estabelecer no seu § 7º:

“Art. 243.

(...)

§ 7º. Os servidores públicos de que trata o **caput** deste artigo, não amparados pelo art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, poderão, no interesse da Administração e conforme critérios estabelecidos em regulamento, ser exonerados mediante indenização de um mês de remuneração por ano de efetivo exercício no serviço público federal.”

Malgrado não se trate aí de estabilidade, entenderam o Executivo e o legislador, reparando situação injusta, equiparar a situação desses servidores à dos amparados pelo art. 19 do ADCT.

Por conseguinte, a flexibilização desse instituto, nos termos do art. 169, visando à redução ou à reestruturação de quadros, assim como a adaptação desses aos limites do teto da despesa com pessoal ativo e inativo, deve obedecer aos parâmetros estipulados na lei federal. Sejam exemplos: critérios

de desligamento, indenização, extinção dos cargos com vedação de criação de outros durante 4 (quatro) anos, prescrição da avaliação periódica e específica de desempenho do servidor em estágio probatório, etc.

Nessa linha se fixam regras para as três esferas de governo para redução ou reestruturação de quadros, bem como a adequação desses aos limites fixados com base no art. 169, e se, pelo § 5º do art. 169 da CF, estipula-se o direito à indenização, valendo para a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, é curial que, para dar cumprimento ao disposto no citado art. 169, com exonerar os servidores não-estáveis que não se incluem no art. 19 do ADCT, também o comando legal (art. 243, § 7º, da Lei n. 8.112/1990) é de observância obrigatória para as demais pessoas de direito público interno.

De sorte que, como sabido, “cada entidade estatal é autônoma para organizar seus serviços e compor seu pessoal. Atendidos os princípios constitucionais e os preceitos das leis nacionais de caráter complementar, a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios instituirão seus regimes jurídicos únicos, segundo suas conveniências administrativas e as forças de seus Erários” (CF, arts. 39 e 169, Direito Administrativo Brasileiro, 18ª ed., São Paulo, Malheiros, 1990, p. 362).

Assim é que, para dar execução ao art. 169 da Constituição Federal, expediu-se a Lei Complementar n. 96, de 31.5.1999, cujo art. 6º dispõe:

“Para atender aos limites do art. 1º, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios adotarão as seguintes providências:

I – (...).

II – exoneração dos servidores não-estáveis;”

A Lei n. 9.801, de 14.6.1999, que dispõe sobre as normas gerais para perda de cargo público por excesso de despesa e dá outras providências, diz:

“Art. 1º. Esta lei regula a exoneração de servidor público estável com fundamento no § 4º e seguintes do art. 169 da Constituição Federal.

Art. 2º. A exoneração a que alude o art. 1º será precedida de ato normativo motivado dos chefes de cada um dos Poderes da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

§ 1º. O ato normativo deverá especificar:

I – (...)

V – o prazo de pagamento da indenização devida pela perda do cargo;

VI – os créditos orçamentários para o pagamento das indenizações.”

Pelo art. 2º, citado, há requisitos a se observarem precedentemente à exoneração dos estáveis, critérios que não se estendem aos não-estáveis, salvo no tocante ao prazo de pagamento de indenização devida pela perda do cargo e aos créditos orçamentários, por força do disposto no art. 243, § 7º, da Lei n. 8.112/1990, retrotranscrito.

Dito isto, sendo devida a indenização, impõe-se estabelecer o prazo de pagamento da indenização devida pela perda do cargo (§ 7º, art. 243, da Lei n. 8.112/1990, c.c. o art. 2º, § 1º, inc. V, da Lei n. 9.801/1999).

Daria o legislador tratativa diferente entre o estável, com 3 anos de serviço, e o não-estável, com mais de 10 anos de serviço? É de se reconhecer a igualdade de tratamento, entre eles, no pertinente à quitação da indenização. Ao contrário, relegar-se-ia ao precatório, daqui a quantos anos, deixando essas milhares de pessoas sem o emprego e sem a indenização, ou seja, sem nada.

Ante o exposto, voto pela reforma do acórdão, em parte, para reconhecer devida a indenização aos substituídos de um mês de remuneração por ano de efetivo exercício, suspendendo, a partir desta data, a eficácia do ato governamental que os exonerou até que se proceda ao pagamento da indenização devida ou que se fixe, em ato normativo, o prazo para pagamento, nos termos do art. 2º, § 1º, incisos V e VI, da Lei n. 9.801, de 14.6.1999, que dispõe sobre as normas gerais para perda de cargo público por excesso de despesa e dá outras providências.

Convém esclarecer, de logo, que não estou ordenando a reintegração desses servidores, estou sobrestando, agora, os efeitos do ato demissório até que se observe o disposto nos incisos referidos, enquanto isso, perceberão salário a partir desta data.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini: Sr. Presidente, em sessão de 28.6.2001, esta Turma, diante do impasse surgido no quórum, deliberou

encaminhar-me estes autos para prolação de voto, já que ausente, justificadamente, da leitura do relatório (fl. 5.460).

Rememorando o ocorrido, cuida-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto pelo Sindicato dos Trabalhadores em Saúde do Estado de Rondônia – Sindsaúde, com fundamento no art. 105, II, **b**, da Constituição Federal, contra o v. acórdão de fl. 5.066 prolatado pelo plenário do egrégio Tribunal de Justiça daquele Estado que, à unanimidade, denegou a ordem.

O ilustre Ministro-Relator Edson Vidigal conheceu do recurso e lhe deu provimento, para conceder a segurança na forma pedida na inicial, no que foi acompanhado por V. Ex.^a, Sr. Ministro-Presidente. O eminente Ministro Gilson Dipp, após voto-vista, também deste conheceu, mas negou-lhe provimento. Por sua vez, o culto Ministro José Arnaldo da Fonseca, reformulando voto anteriormente proferido, conheceu e deu parcial provimento ao recurso, entendendo devida a indenização aos filiados do Sindicato-impetrante de um mês de remuneração por ano de efetivo exercício.

Conforme consta do relatório lançado, o Sindicato-recorrente objetiva revogar o Decreto Estadual n. 8.955/2000, da lavra do Ex.^{mo} Sr. Governador do Estado de Rondônia, que demitiu servidores celetistas, admitidos na vigência da Constituição Federal de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 1/1969. Alega, em resumo, que os substituídos são estáveis, posto que foram contratados pela CLT e, posteriormente, transpostos ou aprovados em concurso interno, nos termos da Lei Complementar Estadual n. 2/1984. Requer a reforma do v. aresto atacado, aduzindo os seguintes fundamentos: “a) os substituídos teriam adquirido estabilidade sob o manto da Constituição Federal de 1967, modificada pela Emenda Constitucional n. 1/1969, que estabeleceu a possibilidade de exceção à regra do concurso público mediante lei autorizativa; b) os substituídos adquiriram estabilidade após dois anos de suas respectivas nomeações/efetivações, daí porque ilegal e arbitrária a exoneração; c) não lhes seria aplicável o ADCT, arts. 18 e 19; d) ausente o necessário processo administrativo; e) violados os princípios constitucionais da ampla defesa, do direito adquirido e do ato jurídico perfeito; f) não observadas as disposições da Lei Complementar n. 96/1999 (Lei Camata), quais sejam: redução plena dos encargos com cargos comissionados e funções de confiança, emissão de ato normativo fixando o prazo para o pagamento das indenizações, apontamento de um critério pessoal para escolha dos atingidos, publicação dos demonstrativos da execução orçamentária do Estado, e g) ocorrência da prescrição quinquenal”.

Estes são os fatos, em breve relatório.

Passo ao exame do pedido.

Inicialmente, quanto às alegações de que os filiados do Recorrente teriam adquirido estabilidade, conforme fundamentação supra-aventada, entendendo-as incorretas. Isto porque, consoante arts. 18 e 19 do ADCT, *estes servidores não são estáveis, porquanto a materialização de suas contratações se deu posteriormente a 5.10.1983, ou seja, depois do quinquênio fixado na norma constitucional*. Entendeu o legislador-constituente de 1988, repisando Constituições anteriores, da necessidade de somente admitir servidores através de concurso público (art. 37 da CF). Logo, não há direito adquirido frente ao texto constitucional. Neste sentido, o colendo Supremo Tribunal Federal já se pronunciou inúmeras vezes (ADIn n. 258-RJ, *Tribunal Pleno*, rel. Ministro Celso de Mello; RE n. 145.038-SP, *Primeira Turma*, rel. Min. Ilmar Galvão, DJU de 12.9.1997, e RE n. 167.635-PA, *Segunda Turma*, rel. Min. Maurício Corrêa, DJU de 7.2.1997, entre outros).

Lógica decorrente da assertiva anterior, nos leva à conclusão de que, se não estáveis, não há como se falar em violação à ampla defesa, ao devido processo legal administrativo, ao ato jurídico perfeito e, sequer, acerca da prescrição administrativa, posto que foram admitidos de forma irregular, contrária aos mandamentos constitucionais. Ademais, se nos termos do Texto Maior tais transposições são nulas, posto que não preenchem os requisitos nele elencados, saber-se quais os eventuais efeitos destas, entre eles possível *indenização pelos anos trabalhados*, seria invadir seara fática, que depende de dilação probatória, inconcebível na via estreita do **mandamus**.

Outrossim, no tocante às afirmações referentes à não-observância da Lei Complementar n. 96/1999 (Lei Camata), no tocante à redução plena dos encargos com cargos comissionados e funções de confiança, emissão de ato normativo fixando o prazo para o pagamento das indenizações, apontamento de um critério impessoal para escolha dos atingidos e publicação dos demonstrativos da execução orçamentária do Estado, o v. acórdão **a quo** bem tratou do tema, ao registrar que (fls. 5.091/5.092):

“... Quanto ao suscitado descumprimento da Lei Camata, que veda a contratação de servidores a qualquer título, pela Administração, sempre que as despesas com pessoal estiverem acima dos limites nela fixados, não foi demonstrado pelo Impetrante, conforme lhe competia fazer em sede de mandado de segurança, o que torna vã tal alegação.

No que toca à necessidade de publicação do demonstrativo da execução orçamentária, o Impetrante sustenta que, sem comprovar, formal e publicamente, a imperiosidade de demitir servidores, o Estado violou o art. 7^o da Lei Camata.

Esse argumento também veio despido de prova pré-constituída; contudo, os documentos acostados às fls. 4.952/5.953 demonstram o cumprimento da mencionada norma, bem como, noticiam que a economia obtida com a redução dos encargos com funções gratificadas e cargos comissionados foi superior à exigida por lei (20%), pois, no caso, a economia atingiu o patamar de 31% (trinta e um por cento).

Inobstante a relação empregatícia dos substituídos já ter sido considerada como celetista e, portanto, não-estável, alega o Sindicato-impetrante que a Lei Complementar n. 96/1999 exige, preliminarmente, que sejam reduzidas as despesas com cargos comissionados e funções gratificadas. Invoca, para tanto, o texto constitucional federal introduzido pela Emenda n. 19/1998, que deu nova redação ao art. 169, dispondo, em seu inciso I, a necessária redução de, pelo menos, 20% (vinte por cento) das despesas com cargos em comissão e função de confiança, para posteriormente passar à exoneração dos servidores não-estáveis.

Nesse ponto, o Impetrante imputa ao Estado o dever de comprovar a redução das despesas com cargos comissionados e função gratificada para editar o decreto de exoneração dos servidores não-estáveis, mas se esqueceu que, em sede de mandado de segurança, a prova da eventual omissão do Estado é ônus que lhe compete.

Nestes autos, o Impetrante não cuidou de fazer esta comprovação, fato que invalidou sua argumentação.

Entretanto, o representante judicial do Estado, ao se manifestar nos autos, em cumprimento ao art. 2^o da Lei n. 8.437/1992, elucidou a questão com a juntada da cópia do Diário Oficial do Estado n. 4.415, de 19.1.2000, em que se verifica a publicação do quadro demonstrativo da economia constatada com o não-preenchimento dos cargos comissionados e funções de confiança do Poder Executivo no percentual de 31% (trinta e um por cento)... (grifei).

Registro, ainda, por oportuno, que resguardo aos substituídos, já que são servidores regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT e tal diploma prevê, nos casos de demissão, a indenização do trabalhador, o direito de

pleitearem, na via processual própria, se é que já não o fizeram, eventuais valores que entendam de direito.

Finalizando, anoto que diante da magnitude do caso trazido à análise desta Corte Superior, *porquanto envolve, no total, mais de 9.000 servidores (fl. 35)*, valho-me das reflexões que expendi no Conflito de Atribuições n. 83-RJ, de minha relatoria, do seguinte teor:

“... É árdua a tarefa de ser intérprete e aplicador da lei. Não nos cabe ponderar se as normas têm a virtude de dar a cada um o que é seu. Resta-nos, somente, como Estado-juizes, o dever de analisar o caso concreto e dizer o direito a ele justaposto. Temos como obrigação o juramento que fizemos em respeitar a Constituição e as leis do País. Assim como os cavaleiros medievais, que guardavam solitariamente as torres das fortalezas, nós aqui estamos, nesta Corte Superior, resignadamente sós a zelar pelo cumprimento das leis infraconstitucionais, sem podermos discutir, pois legisladores não somos, se são certas ou erradas, se justas ou injustas. Uma vez editadas e validamente vigentes no ordenamento jurídico pátrio, cumpre-nos o papel de examinar se foram estas infringidas ou se lhes foi negada vigência. Esta é nossa função, por muitos, incompreendida.”

Por tais fundamentos, *seria a hipótese de negar-se provimento ao recurso.*

Contudo, tendo nesta assentada (9.10.2001) os advogados das partes, esclarecendo questão fática na tribuna, informado que a indenização pleiteada na Justiça do Trabalho não envolve as mesmas partes constantes desta impetração, bem como sabendo esta relatoria que a mesma não está elencada no pedido inicial deste *writ*, mas que é uma medida de justiça, valho-me do voto do culto Ministro José Arnaldo para anotar que:

“... ante esse empeco de cunho constitucional, exsurge esta esdrúxula e vexatória situação, comparem-se: os servidores submetidos a concurso público, digamos, logo após vencido o estágio probatório, ou seja, com 3 ou 4 anos de serviço, se lhes aplicados os §§ 3º, 4º e 5º do art. 169 da Constituição, receberão indenização correspondente a um mês de remuneração por ano de serviço; já os servidores, como, no caso, com mais de 13 anos de serviços públicos, nada perceberão.

Não poderia, ante um quadro desse, penoso e assustador, com milhares de pessoas postas para fora do emprego, ficar apenas aqui lamentando. Daí a preocupação em encontrar uma solução dentro da lei,

a mitigar a fria aplicação da norma legal para atender a números orçamentários.

...

Dito isto, sendo devida a indenização, impõe-se estabelecer o prazo de pagamento da indenização devida pela perda do cargo (§ 7º, art. 243 da Lei n. 8.112/1990, c.c. o art. 2º, § 1º, inc. V, da Lei n. 9.801/1999).

Daria o legislador tratativa diferente entre o estável, com 3 anos de serviço, e o não-estável, com mais de 10 anos de serviço? É de se reconhecer a igualdade de tratamento, entre eles, no pertinente à quitação da indenização. Ao contrário, relegar-se-ia ao precatório, daqui a quantos anos, deixando essas milhares de pessoas sem o emprego e sem a indenização, ou seja, sem nada.

Ante o exposto, voto pela reforma do acórdão, em parte, para reconhecer devida a indenização aos substituídos de um mês de remuneração por ano de efetivo exercício, suspendendo, a partir desta data, a eficácia do ato governamental que os exonerou até que se proceda ao pagamento da indenização devida ou que se fixe, em ato normativo, o prazo para pagamento, nos termos do art. 2º, § 1º, incisos V e VI, da Lei n. 9.801, de 14.6.1999, que dispõe sobre as normas gerais para perda de cargo público por excesso de despesa e dá outras providências.

Convém esclarecer, de logo, que não estou ordenando a reintegração desses servidores, estou sobrestando, agora, os efeitos do ato demissório até que se observe o disposto nos incisos referidos, enquanto isso perceberão salário a partir desta data.”

Por tais razões, *pela conclusão, acompanho o voto divergente do ilustre Ministro José Arnaldo.*

É como voto.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 14.010 – MG

(Registro n. 2001.0172440-7)

Relator: Ministro Gilson Dipp

Recorrente: João Gomes Martins

Advogados: Paulo Pacheco de Medeiros Neto e outro
Tribunal de origem: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
Impetrados: Desembargador-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais e Desembargador 2ª Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
Recorrido: Estado de Minas Gerais
Procuradores: Sérgio Adolfo Eliazar de Carvalho e outros

EMENTA: Constitucional e Administrativo – Serventuário de Cartório – Designação provisória – Impossibilidade da perpetuação na titularidade – Inteligência da atual Carta Magna (art. 236, § 3º) – Necessidade de submissão ao certame público – Estabilidade extraordinária (art. 19 do ADCT) – Não-aplicação – Distinção entre serventuário e servidor – Expiração do prazo para realização do concurso – Direito adquirido inexistente – Recurso desprovido.

I – Segundo estatui o artigo 236, § 3º, da Constituição Federal de 1988, “o ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos”. No presente caso, o Recorrente foi nomeado como Oficial do Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Ferros-MG, *a título precário*.

II – A disposição contida no artigo 19 do ADCT da Constituição Federal de 1988 tem aplicação para as hipóteses ali previstas, qual seja, *servidores* públicos civis. Em sendo assim, a estabilidade extraordinária preconizada no art. 19 do ADCT não se aplica aos *serventuários* de cartórios, haja vista que os mesmos exercem seu mister em regime de direito privado, por força de delegação de função pública. Precedentes.

III – Com relação à exasperação do prazo para realização do concurso público, importante ressaltar que o comando lançado na Carta Maior decorre dos princípios da moralidade e eficiência. Com isso, a abertura do certame é ônus do administrador público, sendo certo que eventual atraso poderá ser objeto de responsabilização administrativa. Entretanto, tal omissão não pode servir para consolidar situação instituída de forma precária e desprovida do atendimento dos requisitos constitucionais.

IV – Desta forma, escoreito o ato conjunto dos Ex.^{mos} Desembargadores-Presidente e 2º Vice-Presidente do TJMG, ao tornar pública a abertura de inscrições ao concurso público para provimento de vaga na Serventia de Ferros-MG.

V – Recurso ordinário conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso. Os Srs. Ministros Jorge Scartezzini, Edson Vidigal, José Arnaldo da Fonseca e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília-DF, 19 de março de 2002 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Gilson Dipp, Relator.

Publicado no DJ de 22.4.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de recurso ordinário interposto por João Gomes Martins, Oficial do Cartório do Registro de Imóveis da Comarca de Ferros-MG, com base na alínea **b**, inciso II, do art. 105 da Constituição Federal, contra v. acórdão do Tribunal de Justiça daquele Estado, denegatório de mandado de segurança.

Na inicial do *writ*, o Impetrante atacou os Editais n. 1/1999 e 2/1999, respectivamente, de abertura de concurso público de ingresso e de remoção, para provimento de serventias vagas nos serviços notariais e de registros públicos no Estado de Minas Gerais, neles previstas, pleiteando fossem, liminarmente, suspensos os seus efeitos para excluir do referido processo seletivo o cartório por ele titularizado. Requereu, ainda, fosse requisitada junto ao Ex.^{mo} Desembargador 2º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, a lista dos candidatos inscritos para o concurso de ingresso no cartório por ele titularizado, a fim de que os mesmos pudessem ser citados como litisconsortes necessários. Ao final, pugnou pela confirmação da liminar, para que fossem declarados nulos, de pleno direito, os instrumentos convocatórios.

Indeferida a liminar, foi interposto agravo regimental, o qual não foi conhecido pelo Tribunal **a quo** (fls. 75/80).

Prestadas as informações e ouvido o Ministério Público Estadual, o **mandamus** foi levado a julgamento, ocasião em que o v. acórdão restou ementado aos exatos termos:

“Mandado de segurança. Serventia extrajudicial. Ausência de direito líquido e certo. Ordem denegada. Exercendo a impetrante a serventia a título precário, não há que se falar em exclusão da serventia no certame.” (fl. 127).

Incontinenti, foram opostos embargos de declaração, buscando emprestar efeitos modificativos ao julgado. Todavia, o recurso restou rejeitado, oportunidade em que foi indeferido o pedido de citação dos litisconsortes (fls. 145/151).

Não satisfeito com o **decisum**, o serventuário interpôs o presente recurso repisando toda a tese lançada na exordial, qual seja, que possui direito líquido e certo à exclusão do cartório, por ele titularizado, da relação das serventias vagas a serem providas nos mencionados processos seletivos.

Em sua peça recursal argúi, preliminarmente, a nulidade do processo, a partir das informações, em razão da ausência de citação dos litisconsortes necessários. Consoante argumenta, todos os candidatos inscritos no processo seletivo poderão ter direitos afetados com a decisão final do **mandamus**.

Quanto ao mérito, sustenta que preenche todos os requisitos legais para a efetivação no cargo de oficial do Cartório do Registro de Imóveis da Comarca de Ferros-MG, nos termos dos arts. 19 do ADCT da Lei Maior; 66, § 2º, do ADCT-CE, e 2º, § 5º, da Resolução n. 350 do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Ademais, no tocante à lista de serventias vagas a serem providas pelo aludido concurso, aduz o Recorrente, a ilegalidade do edital ao incluir o cartório pelo qual responde. Reitera, em suas razões, que sua delegação nunca foi extinta, ou seja, não teria ocorrido nenhuma das hipóteses de perda da delegação previstas no art. 39 da Lei n. 8.935/1994, não estando, assim, vago o serviço notarial em tela.

Por fim, coteja os arts. 236 da Constituição Federal, e 54 da Lei n. 9.784/1999, defendendo a tese de que, tendo ingressado na atividade de Oficial do Cartório do Registro de Imóveis da Comarca de Ferros desde 26

de agosto de 1983 (lapso superior a cinco anos), restaria consolidada a sua situação pela inércia da Administração, que teria deixado expirar o prazo decadencial, perdendo, assim, o direito de abrir concurso para tal serventia.

Neste sentido, o apelo requer a reforma do v. acórdão **a quo**, a fim de assegurar ao Recorrente o pleno exercício de sua delegação constitucional, até que ocorra alguma das hipóteses de extinção previstas no art. 39 da Lei n. 8.935/1994.

Contra-razões, às fls. 199/208, propugnando pela manutenção do v. acórdão recorrido.

Parecer do Ministério Público Federal, às fls. 225/228, opinando pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Primeiramente, registre-se que o presente recurso foi interposto em tempo hábil e precedido do respectivo preparo, cuja guia encontra-se acostada à fl. 181.

Ultrapassado o conhecimento, passo ao exame do mérito propriamente dito.

Consoante acima relatado, o presente recurso ordinário cinge-se à afeição do direito líquido e certo do Recorrente à anulação dos Editais n. 1/1999 e 2/1999, respectivamente, de abertura de concurso público de ingresso e de remoção para provimento de serventias vagas nos serviços notariais e de registros públicos no Estado de Minas Gerais.

Pela simples leitura do apelo, verifica-se que o Autor, Oficial do Cartório do Registro de Imóveis da Comarca de Ferros-MG, *nomeado provisoriamente até a realização de concurso para o provimento definitivo*, sentiu-se lesado quando da publicação dos aludidos editais, que consideraram vaga a serventia por ele ocupada.

Em que pesem as razões recursais anteriormente relatadas, o recurso não merece prosperar. Os argumentos trazidos na peça recursal, em nenhum momento, conseguiram ilidir os fundamentos adotados no v. acórdão recorrido que, em síntese, concluiu pela legalidade dos editais e pelo *caráter precário da delegação do Autor*. Desta forma, não vislumbro nenhuma nulidade perceptível, capaz de macular o certame, conforme passo a expor.

Inicialmente, a preliminar levantada pelo Recorrente não procede. Afinal, desnecessária a citação de todos os inscritos no concurso, na qualidade de litisconsortes, uma vez que ausente o interesse concreto dos candidatos inscritos, os quais possuem, tão-somente, mera expectativa de direito.

Ademais, os precedentes trazidos pelo Recorrente para fundamentar seu pedido referem-se a hipóteses diversas da ora tratada, não servindo para os fins por ele colimados.

Por outro lado, não prospera a alegada ausência de vacância do Cartório para o qual se requer a exclusão da lista de serventias vagas. Verifica-se dos autos, que a delegação do Autor se deu *de forma precária* (fl. 40), ou seja, enquanto durasse a vacância, sendo certo que as hipóteses de perda de delegação dispostas no art. 39 da Lei n. 8.935/1994, dizem respeito à delegação efetiva, *não se aplicando à espécie tratada nos autos*.

Neste sentido, irrepreensíveis as informações tecidas pelo Desembargador-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Da erudita manifestação colhe-se o seguinte:

“... conclui-se que competia ao Impetrante demonstrar sua condição de delegatário efetivo da serventia que pleiteia, de forma a vê-la excluída do concurso, mesmo porque a apreciação dos requisitos constitucionais e a expedição dos respectivos atos de estabilidade e de delegação não poderiam mesmo ser efetuadas no âmbito administrativo deste Tribunal de Justiça, que não detém competência para tanto.

O próprio Impetrante demonstra (documento juntado à inicial) ter formulado pedido nesse sentido ao Sr. Governador do Estado, que, por sua vez, não teria baixado, até o momento, o ato de delegação efetiva de forma a reconhecer o direito de que se diz detentor.

Por outro lado, mesmo que se possa reconhecer que o Impetrante tenha sido alcançado pela estabilidade no serviço público (o que, de **per si**, não lhe assegura efetividade em cargo), sua condição à frente daquela serventia seria apenas a de Oficial interino, ‘designado até que seja devidamente provido em caráter efetivo’, conforme consta, expressamente, da portaria de sua designação (doc. 7).

Finalmente, não demonstrou o Impetrante que a efetivação que detém no Registro Civil das Pessoas Naturais alcança a serventia ora pleiteada, não havendo comprovação, ainda, de que as mesmas tenham sido formalmente acumuladas (art. 252 da Resolução n. 61/1975, deste

Tribunal), eis porque foi efetivado em apenas uma serventia, onde, aliás, se aposentou.” (fl. 97).

Em suma, tendo o Recorrente sido nomeado *provisoriamente*, no cargo de Oficial do Cartório do Registro de Imóveis da Comarca de Ferros-MG, não há que se falar em direito líquido e certo à efetividade da delegação e à exclusão da serventia do referido processo seletivo.

Quanto aos demais artigos tidos como violados, especificamente o 19 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição atual, irrepreensíveis as conclusões lançadas pelo v. acórdão **a quo**, pois a estabilidade extraordinária preconizada no art. 19 não se aplica aos serventuários de cartórios, haja vista que os mesmos exercem seu mister, em regime de direito privado, por força de delegação de função pública. Acrescente-se, ainda, que a remuneração por eles percebida não advém dos cofres públicos, sendo inviável o aproveitamento de determinados institutos estatutários, a fim de salvaguardar seus interesses. Quanto a este tema, a nossa jurisprudência é robusta. Ilustrativamente:

“Constitucional. Administrativo. Serventia não oficializada. Estabilidade. Art. 19 do ADCT. Efetivação na titularidade. Impossibilidade.

1. O art. 19 do ADCT não tem o condão de efetivar escrevente-substituto na titularidade de serventia não oficializada. O preceito apenas assegura a estabilidade no serviço público, sem, contudo, garantir a titularidade no cargo público provisoriamente exercido.

2. Recurso improvido.” (RMS n. 10.372-PE, DJ de 28.8.2000, rel. Min. Fernando Gonçalves).

“Administrativo. Mandado de segurança. Serventuária de Justiça. Pretensão à efetivação em cargo público. Designação em caráter precário. Cartório judicial.

– A designação de serventuária judicial a título precário para o exercício de cargo público não lhe assegura a pretensão de assumir sua titularidade, na hipótese em que o provimento efetivo ocorre na forma da lei, mediante a investidura de servidor que adquiriu a estabilidade constitucional.

– Recurso ordinário desprovido.” (RMS n. 10.362-MG, DJ de 22.11.1999, rel. Min. Vicente Leal).

“Estabilidade. CF/1988. ADCT, art. 19. Serventuário de Justiça. Serventia não oficializada.

1. Os serventuários de Justiça, não remunerados pelos cofres públicos, não estão amparados pelo art. 19 do Ato das Disposições Transitorias da CF/1988.

2. Recurso improvido.” (RMS n. 2.931-ES, DJ de 16.12.1996, rel. Min. Anselmo Santiago).

“Administrativo. Serventia. Ocupação precária.

– Estabilidade excepcional. Não faz jus ao favorecimento dos arts. 19 e 32 do ADCT/1988 o servidor simplesmente designado para responder pela serventia, em caráter de livre dispensa.” (RMS n. 6.731-MG, DJ de 1.7.1996, rel. Min. José Dantas).

“Administrativo e Constitucional. Mandado de segurança. Serventuário da Justiça. Serventia não oficializada. Estabilidade no serviço público (**caput** do art. 19 do ADCT da CF/1988): inadmissibilidade. Precedente. Recurso conhecido e improvido.

I – “Não estão amparados pelo art. 19 do ADCT, os serventuários da Justiça, não remunerados pelos cofres públicos, que prestavam serviços à serventia não oficializada.” (RMS n. 1.100-GO).

II – Recurso ordinário conhecido e improvido.” (RMS n. 3.730-MG, DJ de 9.10.1995, rel. Min. Adhemar Maciel).

“Constitucional. Administrativo. Serventuários celetistas extrajudiciais. Delegados de função pública. Regime de direito privado. Decisão que tornou sem efeito o ato de transformação de empregos em cargos públicos. Validade.

– Segundo a óptica da nova ordem constitucional, os serventuários extrajudiciais exercem em regime de direito privado os serviços notariais e de registro, por força de delegação de função pública, não podendo obter, de conseqüência lógica, a transformação do vínculo celetista para o Regime Jurídico Único, à míngua da qualificação de servidores públicos.

– Estabelecida na Resolução n. 2/1992, do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro, tão-somente a transformação em cargos públicos dos empregos dos serventuários celetistas que exercem função tipicamente jurisdicional, é de rigor a anulação do ato administrativo que determinou a inclusão dos serventuários extrajudiciais.

– Recurso ordinário desprovido.” (RMS n. 10.735-RJ, DJ de 4.12.2000, rel. Min. Vicente Leal).

Por derradeiro, no tocante à pretensa alegação de que a Administração teria decaído do seu direito de abertura de concurso para provimento da serventia em comento, em razão de haver deixado expirar o prazo constitucional de seis meses sem o fazer e permanecendo nessa inércia por mais de cinco anos, melhor sorte não assiste ao Recorrente. Afinal, a realização de concurso público para provimento de cargos e empregos públicos é mandamento constitucional que decorre dos princípios da moralidade e eficiência da prestação de serviços públicos. Daí, a conclusão de que o processo seletivo para provimento de cargos públicos se trata de um dever do administrador e, neste sentido, a desídia atrairia para o agente, tão-somente, a responsabilidade administrativa. Entretanto, tal omissão não tem o condão de consolidar situação constituída, de forma precária, e com o objetivo de evitar a descontinuidade dos serviços públicos.

Quanto a este pormenor, cumpre transcrever a fundamentação de julgado que, apreciando caso análogo, concluiu que a extrapolação de prazos administrativos resta justificada pela complexidade do ato administrativo, mesmo porque tais prazos são meramente exortativos, **verbis**:

“Despicienda, assim, a tentativa de anular todo o processo com base na existência de nulidade insanável. A dilação do prazo se deu por conta da complexidade do processo em testilha, oportunidade em que devem ser conjugados os princípios da razoabilidade e instrumentalidade das formas.

Os prazos orientadores do processo administrativo possuem caráter meramente exortativos, já que são destinados, precipuamente, aos agentes da Administração, a fim de agilizarem a consecução do seu mister, dentro do lapso temporal destinado, sob pena de responderem por demoras injustificadas na condução dos processos.

Com isso, não se está apregoando o total desformalismo do procedimento, no intuito de eternizá-lo sem a apresentação de relatório conclusivo, mas tão-somente de idealizá-lo como meio indispensável para obtenção de resultados.

A propósito, nossa jurisprudência é uníssona neste sentido. Ilustrativamente:

‘A extrapolação do prazo para a conclusão do processo administrativo não gera qualquer conseqüência para a validade do mesmo, podendo importar, porém, em responsabilidade administrativa para os membros da comissão.’ (RMS n. 6.757-PR, rel. Min. Anselmo Santiago, DJ de 12.4.1999).

‘A extrapolação do prazo de conclusão do apuratório não acarreta sua nulidade. (RMS n. 10.464-MT, rel. Min. José Arnaldo, DJ de 18.10.1999). (...)’ (RMS n. 8.005-SC, DJ de 2.5.2000, de minha relatoria).”

Ante o exposto, conheço do recurso e lhe nego provimento.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 104.485 – DF

(Registro n. 96.0052135-2)

Relator: Ministro Gilson Dipp

Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

Recorrido: Juiz de Direito da Vara da Infância e da Juventude do DF

EMENTA: Recurso especial – ECA – Remissão cumulada com medida sócio-educativa de advertência – Audiência de admoestação verbal conduzida por funcionário do cartório da vara da criança e do adolescente – Impossibilidade – Função indelegável do juiz – Recurso provido.

I – Reveste-se de ilegalidade a audiência de admoestação verbal – determinada por ocasião da homologação de remissão cometida a menor infrator, cumulada com medida sócio-educativa de advertência-conduzida por oficial do cartório da Vara especializada.

II – Nos termos do art. 112 c.c. o art. 146 do Estatuto da Criança e do Adolescente, é função indelegável do juiz a aplicação de medida sócio-educativa.

III – Recurso provido, para que se determine a realização de novas audiências de advertência, de acordo com os procedimentos previstos na Lei n. 8.069/1990.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Jorge Scartezzini, Edson Vidigal, José Arnaldo da Fonseca e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília-DF, 13 de março de 2002 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Gilson Dipp, Relator.

Publicado no DJ de 15.4.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público Federal, com base no art. 105, inciso III, alínea a, da Constituição Federal, em face do v. acórdão proferido pela Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, que julgou improcedentes duas reclamações ajuizadas contra ato do Juiz da Vara da Infância e da Juventude do Distrito Federal.

O acórdão recorrido recebeu a seguinte ementa (fl. 122):

“Reclamação. Arguição de nulidade das advertências efetivadas por serventuários da Vara da Infância e da Juventude a mando do magistrado. Imposição de medidas sócio-educativas decorrentes da remissão concedida pelo Ministério Público. Admoestação verbal que se manifesta como ato administrativo, diante da exclusão do devido processo legal.

Se a admoestação verbal a que alude o artigo 115 do Estatuto da Criança e do Adolescente decorrer da remissão concedida pelo Ministério Público, não está o juiz obrigado a executá-la pessoalmente, uma vez que, diante da exclusão do devido processo penal, a providência se assemelha ao ato administrativo por excelência, sem o vigor da **coertio** que substantiva a função jurisdicional. O remetido, neste caso, foi perdoado sem a **persecutio**, diversamente do que se dá quando a advertência decorre de ato judicial que se manifesta como corolário do

processo onde se comprovou a autoria e materialidade do ato infracional.”

Em razões, o Recorrente alega negativa de vigência aos arts. 112, I; 115, 126, 127, 146, 201, II, e 204, todos da Lei n. 8.069/1990.

Foram apresentadas contra-razões (fls. 162/170).

Admitido o recurso, a Subprocuradoria Geral da República opinou pelo seu conhecimento e provimento (fls. 177/180).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Trata-se de recurso especial interposto contra o acórdão proferido pela Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, que julgou improcedentes duas reclamações ajuizadas contra ato do Juiz da Vara da Infância e da Juventude do Distrito Federal.

Consta dos autos que alguns menores infratores foram remidos pelo *Parquet*, nos termos do art. 127 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Contudo, segundo o Recorrente, chegou a seu conhecimento o fato de que os referidos menores teriam sido admoestados verbalmente, por uma funcionária do Cartório do Juízo da Vara da Infância e da Juventude, ao arrepio das normas do estatuto menorista, que determina que, em tese, as medidas sócio-educativas ali relacionadas devem ser aplicadas, sempre, pelo juiz de menores, sendo esta uma função jurisdicional indelegável.

Foram ajuizadas, pelo Recorrente duas reclamações – posteriormente reunidas – onde se sustentava este argumento, com a pretensão de que fosse anulado o ato inquinado de ilegal e de que fosse determinada a realização de nova audiência de admoestação.

Julgadas improcedentes as reclamações, foi interposto o presente recurso especial, em que o Recorrente alega negativa de vigência aos arts. 112, I; 115, 126, 127, 146, 201, II, e 204, todos da Lei n. 8.069/1990.

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

O cerne da questão é determinar se, no presente caso, a “advertência” efetuada pela funcionária do Cartório da Vara da Infância e da Juventude do

Distrito Federal – por delegação do juiz responsável pela referida Vara – teria a natureza da medida sócio-educativa prevista nos arts. 112, I, e 115 do ECA.

Inicialmente, verifica-se que o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios concedeu aos menores infratores os benefícios da remissão, significando que, antes de iniciado o procedimento judicial de apuração do ato infracional, o representante do *Parquet*, atento às circunstâncias e conseqüências do fato, bem como ao contexto social, à personalidade do adolescente e sua participação no ato infracional, poderá excluir o processo (art. 126, ECA).

Assim, segundo o acórdão recorrido, no contexto dos autos, em razão da remissão dos menores, não se iniciou o procedimento judicial. Em conseqüência, a advertência determinada pelo Juiz da Vara da Infância e da Juventude teria tomado forma de mero ato administrativo, um aconselhamento, não se revestindo da natureza de medida sócio-educativa e, portanto, não existiria nenhuma ilegalidade na delegação, pelo Magistrado, da realização do ato por funcionário do Cartório.

Contudo, é cediço que a concessão da remissão, nos termos do art. 127 do Estatuto, poderá ser cumulada com a aplicação de medida sócio-educativa, excetuando-se aquelas que impliquem em privação da liberdade do menor – semiliberdade e internação.

Esta é, precisamente, a circunstância dos autos. Ao conceder a remissão dos menores, o órgão ministerial pretendeu, ainda, a aplicação da medida sócio-educativa da advertência, como se constata pelas sentenças de homologação das remissões proferidas pelo Magistrado, às fls. 40 e 80, em que *expressamente*, foi aplicada a *medida sócio-educativa de advertência*:

“Vistos etc. ...

Homologo, por sentença, para que surta seus jurídicos e legais efeitos, e pelos seus próprios fundamentos, a *remissão* como forma de exclusão do processo, concedida pelo representante do Ministério Público ao adolescente Edvaldo Luiz de Souza. *Aplico-lhe, como requerido, a medida sócio-educativa de advertência.*

Designo o dia 25.2.1994, às 13:00 horas para a admoestação.” (grifamos).

“Vistos, etc. ...

Homologo, por sentença, a remissão concedida pelo representante

do Ministério Público para que surta ela os seus jurídicos efeitos, como forma de exclusão do processo.

Aplico à(ao) adolescente a medida sócio-educativa de advertência prevista no inciso I do art. 112 da lei estatutária.” (destacamos).

Desta forma, inarredável a competência do Magistrado quanto ao procedimento de aplicação da advertência, a teor do art. 112 do Estatuto, segundo o qual a aplicação das medidas sócio-educativas deve se realizada pela *autoridade competente*, definida no art. 146 da Lei n. 8.069/1990.

Por conseguinte, está-se diante de ofício indelegável, no qual não se pode prescindir da autoridade do juiz.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso para determinar que novas audiências de advertência sejam realizadas, de acordo com os procedimentos previstos na Lei n. 8.069/1990.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 248.062 – CE

(Registro n. 2000.0012607-1)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca
Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Procuradores: Josemar de Oliveira Santos Neves e outros
Recorrida: Maria de Lourdes Fernandes da Silva e outros
Advogada: Ana Cristina Martins de Paiva
Sustentação oral: Marcelo de Siqueira Freitas (pelo INSS)

EMENTA: Recurso especial – Administrativo – Procuradores autárquicos – Gratificação de representação mensal (GRM) – Incidência – Superposição – Impossibilidade.

O termo “vencimentos”, utilizado no plural pela legislação de regência, refere-se às duas categorias de Procuradores, devendo a gratificação referida ser calculada somente sobre o vencimento do cargo, e não sobre todas as outras parcelas, que compõem, ao final, a remuneração do servidor.

Inteligência da legislação.

De outra forma, seria uma verdadeira superposição de vantagens, o que é constitucionalmente vedado.

Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 11 de setembro de 2001 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator.

Publicado no DJ de 29.10.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: O Instituto Nacional do Seguro Social – INSS interpõe recurso especial, com base no art. 105, inciso III, alínea a, da Constituição Federal, visando acórdão proferido pelo egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, assim definido (fl. 126):

“Administrativo. Procuradores autárquicos. Gratificação de representação mensal. Decreto-Lei n. 2.333/1987. Incidência sobre os vencimentos (vencimento básico acrescido das vantagens). Inteligência do Decreto-Lei n. 2.268/1985.

– A Gratificação de Representação Mensal – GRM, foi instituída pelo Decreto n. 2.268, de 13 de março de 1985. Inicialmente devida no percentual de 60% (sessenta por cento), posteriormente foi elevada para 100% (cem por cento), consoante o disposto no art. 3º da Lei n. 7.333, de 2 de julho de 1985.

– Posteriormente, ela foi estendida aos membros da Advocacia Consultiva da União, pelo art. 1º, § 1º, do Decreto-Lei n. 2.333, de

11 de junho de 1987. Já a absorção prevista pelo art. 2º, § 2º, da Lei n. 7.923/1989 não a alcançaria, vez que fora preservada pelo art. 3º do mesmo ato normativo. Além do mais, com o advento da Medida Provisória n. 878, convertida na Lei n. 9.366/1996, ela passou novamente a ser devida aos originais destinatários, em virtude do art. 5º da referida lei haver reprimado o art. 1º, inciso I e § 1º, do Decreto-Lei n. 2.333/1987.

– Conclui-se, ainda, que a GRM deve ser calculada incidindo sobre o vencimento básico acrescido das demais vantagens a que faz jus o servidor, inclusive sobre a Gefa, que compõe os vencimentos dos Apelados, tendo em vista que o legislador, ao instituí-la (art. 1º do Decreto-Lei n. 2.268/1985), utilizou o termo ‘vencimentos’, e, no dizer de **Hely Lopes**, ‘quando o legislador quer abranger também as vantagens conferidas ao servidor usa o termo no plural – vencimentos’.

– Apelação e remessa improvidas.”

Alega que o r. **decisum** violou o disposto nos seguintes diplomas legais: a) Lei n. 1.533/1951, arts. 7º e 8º, aduzindo que não há ato algum da autoridade dita coatora passível de suspensão via **mandamus**; Lei n. 9.366/1996, art. 5º, e Decreto-Lei n. 2.333/1987, sob argumento de que a gratificação acima referida deveria incidir somente sobre o vencimento básico, sem acréscimo de qualquer espécie.

Ausentes as contra-razões (fl. 161), a Corte **a quo** admitiu seguimento ao recurso (fl. 162).

O Ministério Público Federal, em manifestação (fls. 168/174), opinou pelo conhecimento parcial e desprovimento do apelo em seu mérito.

O Recorrente trouxe memorial.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): Inicialmente, cumpre salientar a ausência de prequestionamento em relação à alegação de violação aos mencionados dispositivos da lei mandamental, uma vez que a matéria neles tratada não foi objeto de análise ou discussão na instância ordinária.

O pedido veio assim consignado na ação mandamental:

“Com ou sem parecer, que o *writ of mandamus* seja julgado procedente, com a confirmação da medida liminar deferida, reconhecendo-se o direito líquido e certo dos impetrantes de receber a gratificação de representação mensal no percentual de 100 (cem por cento)... incidente sobre o total dos seus vencimentos.” (fl. 17).

O Decreto-Lei n. 2.268/1985 assim dispôs:

“Art. 1º. É concedida aos Procuradores da República de 1ª e 2ª categorias representação mensal de 60% (sessenta por cento), a ser calculada sobre os respectivos vencimentos.”

Posteriormente, a Lei n. 7.333/1985 determinou:

“Art. 3º. Os atuais índices correspondentes à representação mensal de que tratam os Anexos do Decreto-Lei n. 1.902, de 22 de dezembro de 1981, com as modificações feitas pelos Anexos dos Decretos-Leis n. 2.267, de 13 de março de 1985, e 2.205, de 27 de dezembro de 1984, e pelo Decreto-Lei n. 2.268, de 13 de março de 1985, ficam acrescidos de 40 (quarenta) pontos percentuais.”

Com a edição do Decreto-Lei n. 2.333/1987, tal vantagem foi estendida a outras categorias, nos seguintes moldes:

“Art. 1º. Aos integrantes das carreiras e categorias funcionais, estruturadas pelo Decreto-Lei n. 2.192, de 26 de dezembro de 1984, e pela Lei n. 5.968, de 11 de dezembro de 1973, e demais membros da Advocacia Consultiva da União, pertencentes aos órgãos a que aludem os artigos 3º, itens I a IV, com seu § 1º, e 11 do Decreto n. 93.237, de 9 de setembro de 1986, será devida:

I – a representação de que trata o artigo 1º do Decreto-Lei n. 2.268, de 13 de março de 1985, alterado pelo artigo 3º da Lei n. 7.333, de 2 de julho de 1985, àqueles ocupantes de cargos efetivos ou empregos permanentes, privativos de Bacharel em Direito;

(...)

§ 1º. A representação mensal, devida aos membros do Ministério Público e da Advocacia Consultiva da União, incorpora-se aos respectivos vencimentos e salários para efeito de cálculo das demais vantagens.

§ 2º. O disposto neste artigo se estende aos aposentados, nos cargos abrangidos pelo parágrafo anterior, cujos proventos serão reajustados, nas mesmas bases, como se estivessem em atividade.”

Afinal, a Lei n. 9.366/1996, dispôs:

“Art. 5º. Fica assegurada a percepção da vantagem prevista no art. 1º, inciso I, e § 1º, do Decreto-Lei n. 2.333, de 11 de junho de 1987, com a disciplina nele estabelecida, aos seus beneficiários, inclusive àqueles integrantes de quadros de entidades não mais sujeitas a regime especial de remuneração.

§ 1º. Os efeitos financeiros do disposto neste artigo vigoram, para os beneficiários referidos no **caput**, a partir de 19 de setembro de 1992.

§ 2º. À vantagem referida neste artigo fazem jus também os titulares de cargos integrantes das carreiras da Advocacia-Geral da União, de que trata o art. 20 da Lei Complementar n. 73, de 10 de fevereiro de 1993, e os Juizes do Tribunal Marítimo instituído pela Lei n. 2.180, de 5 de fevereiro de 1954, com as modificações introduzidas pela legislação ulterior.”

Como claramente se observa, o decreto-lei instituidor da referida representação mensal o fazia, inicialmente, aos Procuradores da República de 1ª e 2ª categorias, no percentual de 60%, a ser calculada sobre os respectivos vencimentos.

Entendo, sem sombra de dúvidas, que ao utilizar o vocábulo “vencimentos”, certamente o legislador o fez, como constata o Recorrente, por motivo de flexão verbal, uma vez que se cuidava de duas espécies de Procuradores.

Vejamos o que diz **Maria Silvia Zanella Di Pietro** a respeito da conceituação de “vencimento”:

“A legislação ordinária emprega, com sentidos precisos, os vocábulos vencimentos e remuneração, usados indiferentemente na Constituição. Na lei federal, vencimento é a retribuição pecuniária pelo efetivo exercício do cargo, correspondente ao padrão fixado em lei (art. 40 da Lei n. 8.112/1990) e remuneração é o vencimento e mais as vantagens pecuniárias atribuídas em lei (art. 41)...” (in *Direito Administrativo*, 12ª ed., 1999, p. 470).

Os dispositivos citados acima são absolutamente claros:

“Art. 40. Vencimento é a retribuição pecuniária pelo exercício de cargo público, com valor fixado em lei.”

(...)

“Art. 41. Remuneração é o vencimento do cargo efetivo acrescido das vantagens pecuniárias permanentes estabelecidas em lei.”

Confiram-se, a propósito, os seguintes precedentes desta Corte:

“Servidor público. Vantagens. Gratificação por tempo integral e dedicação exclusiva. Superposição. Vedação constitucional. Art. 37, XIV, da CF/1988.

1. Não existe ofensa a direito adquirido na denegação de superposição de vantagens, como a que redundaria do cálculo da gratificação por tempo integral e dedicação exclusiva sobre os vencimentos acrescidos de todas as outras vantagens já gozadas pelo servidor.

2. Precedente do STJ.

3. Recurso não provido.” (RMS n. 4.717-PR, rel. Min. Edson Vidigal, Quinta Turma, DJ de 31.5.1999).

“Constitucional e Administrativo. Adicional por tempo de serviço. Vantagens pecuniárias. Superposição. Impossibilidade. Redução. Inexistência de ofensa ao direito adquirido.

– A Carta Magna da República, em seu art. 37, XIV, proíbe a superposição de vantagens pecuniárias, o que significa que as indenizações, gratificações ou adicionais percebidos não incidem na base de cálculo dos acréscimos posteriormente concedidos.

– Não caracteriza ofensa ao direito adquirido, nem contém qualquer ilegalidade, o ato que tem sua prática adequada à Constituição, determinando a incidência do adicional por tempo de serviço sobre o vencimento básico, afastada a sua incidência sobre a gratificação de atividade do Executivo.

– Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 140.692-DF, rel. Min. Vicente Leal, Sexta Turma, DJ de 29.9.1997).

De todo o exposto, tenho que a irresignação merece total amparo, pois

de forma alguma a legislação em comento pretendeu que o referido benefício fosse calculado sobre todas as parcelas, inclusive como pretendido, sobre outras gratificações, se não, teria utilizado o termo “remuneração”, em sua melhor adequação.

Assim, voto pelo provimento do presente apelo, com a conseqüente denegação da ordem.

RECURSO ESPECIAL N. 250.976 – RS

(Registro n. 2000.0023736-1)

Relator: Ministro Felix Fischer
Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul
Recorrido: Clóvis José Assmann
Advogados: Osvaldo Peruffo e outro

EMENTA: Penal e Processual Penal – Crime praticado por prefeito (*Decreto-Lei n. 201/1967*) – Recebimento da denúncia – Valoração jurídica e **imputatio facti**.

No ato do recebimento da denúncia, *em regra*, é incabível alterar a valoração jurídica efetivada pelo *Parquet*. O acusado se defende da **imputatio facti**. A **imputatio iuris**, em princípio, só pode ser alterada nas hipóteses estabelecidas em lei (arts. 410, 569, 383 e 384 do CPP).

Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

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

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Presidente.

Ministro Felix Fischer, Relator.

Publicado no DJ de 14.8.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: O presente se encontra bem delineado no parecer do Ministério Público, **in verbis**: “Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, com *espeque* no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, em face do v. acórdão proferido pela egrégia Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, fls. 478/487, que à unanimidade de votos, houve por receber a denúncia pelo 2º fato e rejeitá-la quanto ao 3º fato, com base no art. 41 do Código de Processo Penal, c.c. o art. 6º da Lei n. 8.038/1990.

De se registrar que o ora recorrido restou denunciado como incurso nas sanções do art 1º, incisos XIV e III, do Decreto-Lei n. 201/1967, em razão dos seguintes fatos, **in verbis**:

‘(...)

1. No período compreendido entre 2 de janeiro de 1998 até a presente data (14.1.1999), em Feliz-RS, o denunciado Clóvis José Assmann, prevalecendo-se do cargo de Prefeito desse Município, negou execução ao art. 100, I, §§ 1º, **in fine**, e 2º, da Constituição Federal, e à Lei Municipal n. 1.154/1996, deixando de consignar ao Poder Judiciário e de recolher a importância de R\$ 444.587,25, deixando de fazer o pagamento até o final do exercício seguinte ao da inclusão da verba necessária ao pagamento do débito constante do Precatório n. 9.711 e constante do orçamento municipal para o exercício de 1997 através da Lei n. 1.154/1996.

Ao agir, o denunciado Clóvis José Assmann negou execução à Lei Municipal n. 1.154/1996, assim como negou execução ao art. 100, §§ 1º, **in fine**, e 2º, da Constituição Federal, por ter deixado de pagar o débito constante do Precatório n. 9.711, em que são credores Egidio Wessheimer e s/m, o qual havia sido devidamente comunicado ao então Prefeito de Feliz-RS, antecessor do denunciado, pelo Tribunal de

Justiça do Estado, em 23 de julho de 1996, através do Ofício n. 515/1996-P-SPP, para inclusão obrigatória no orçamento de 1997 (fl. 6), tendo sido efetivamente incluído no orçamento municipal para o exercício de 1997 através da Lei Municipal n. 1.154/1996, de 23 de dezembro de 1996, descumprida pelo denunciado, o que levou os credores a representar junto ao egrégio Tribunal de Justiça do Estado, em 18 de fevereiro de 1998, para fins de intervenção no Município de Feliz (fls. 20/21), tendo o Ex.^{mo} Sr. Procurador-Geral de Justiça representado para fins de intervenção do Estado no Município de Feliz (fls. 22 a 26), e não aceitos os motivos da recusa ou impossibilidade de cumprimento da ordem judicial (fls. 27 a 35), em sessão de 23 de novembro de 1998, o colendo Órgão Especial Tribunal de Justiça, apreciando o Processo Administrativo n. 598106987, à unanimidade, deferiu o pedido de intervenção no Município de Feliz-RS e determinou o encaminhamento de peças ao Ministério Público para responsabilização do Sr. Prefeito Municipal (fls. 36 a 40).

2. A partir de 2 de janeiro de 1998, em Feliz-RS, o denunciado Clóvis José Assmann, prevalecendo-se do cargo de Prefeito desse Município, deixou de cumprir ordem judicial, não tendo sido aceitos seus motivos da recusa e da impossibilidade, por ter deixado de consignar ao Poder Judiciário e de recolher a importância de R\$ 444.587,25, deixando de fazer o pagamento até o final do exercício seguinte ao da inclusão da verba necessária ao pagamento do débito constante do Precatório n. 9.711 e constante do orçamento municipal para o exercício de 1997 através da Lei n. 1.154/1996.

Ao agir, o denunciado Clóvis José Assmann deixou de cumprir ordem judicial, por ter deixado de pagar o débito constante do Precatório n. 9.711, em que são credores Egídio Weissheimer e s/m, o qual havia sido devidamente comunicado ao então Prefeito de Feliz-RS, antecessor do denunciado, pelo Tribunal de Justiça do Estado, em 23 de julho de 1996, através do Ofício n. 515/1996-P-SPP, para inclusão obrigatória no orçamento de 1997, ordem judicial (fl. 6) esta que inobstante dirigida ao antecessor do ora denunciado, diante do prazo de pagamento e do princípio da continuidade administrativa, obrigava o denunciado. Tendo sido efetivamente incluído no orçamento municipal para o exercício de 1997, na parte que lhe competia, através da Lei Municipal n. 1.154/1996, de 23 de dezembro de 1996, foi descumprida pelo denunciado, a quem competia o pagamento dentro do

exercício de 1997, ordens judiciais de fl. 6 (Ofício n. 515/1996-P-SPP) e de fls. 9/10 (Ofício n. 153/1997-DG-SPP, de 24.2.1997, e certidão do Precatório n. 9.711), o que levou os credores a representar junto ao egrégio Tribunal de Justiça do Estado, em 18 de fevereiro de 1998, para fins de intervenção no Município de Feliz (fls. 20/21), tendo o Ex.^{mo} Sr. Procurador-Geral de Justiça representado para fins de intervenção do Estado no Município de Feliz (fls. 22 a 26), e não aceitos os motivos da recusa ou impossibilidade de cumprimento da ordem judicial (fls. 27 a 35), em sessão de 23 de novembro de 1998, o colendo Órgão Especial do egrégio Tribunal de Justiça, apreciando o Processo Administrativo n. 598106987, à unanimidade, deferiu o pedido de intervenção no Município de Feliz-RS e determinou o encaminhamento de peças ao Ministério Público para responsabilização do Sr. Prefeito Municipal (fls. 36 a 40).

3. No período compreendido entre 2 de janeiro e 31 de dezembro de 1997, em Feliz-RS, o denunciado Clóvis José Assmann, prevalecendo-se do cargo de Prefeito desse Município, desviou verbas públicas, ao destinar a verba orçamentária do Precatório n. 9.711, na importância de R\$ 444.587,25, constante do orçamento municipal para o exercício de 1997, através da Lei n. 1.154/1996, ao pagamento de outras despesas.

Ao agir, o denunciado Clóvis José Assmann desviou verba pública destinada a pagar o débito constante do Precatório n. 9.711, em que são credores Egídio Weissheimer e s/m, incluída no orçamento municipal para o exercício de 1997, através da Lei Municipal n. 1.154/1996, de 23 de dezembro de 1996, pagando outros credores e outras despesas e deixando de pagar o precatório judicial, o que levou os credores a representar junto ao egrégio Tribunal de Justiça do Estado, em 18 de fevereiro de 1998, para fins de intervenção no Município de Feliz (fls. 20 e 21), tendo o Ex.^{mo} Sr. Procurador-Geral de Justiça representado para fins de intervenção do Estado no Município de Feliz (fls. 22 a 26) e, não aceitos os motivos da recusa ou impossibilidade de cumprimento da ordem judicial (fls. 27 a 35), em sessão de 23 de novembro de 1998, o colendo Órgão Especial do egrégio Tribunal de Justiça, apreciando o Processo Administrativo n. 598106987, à unanimidade, deferiu o pedido de intervenção no Município de Feliz-RS e determinou o encaminhamento de peças ao Ministério Público para responsabilização do Sr. Prefeito Municipal.' (fls. 36/40).

A Corte **a quo** houve por bem rejeitar a denúncia (em relação ao 3º fato), e recebê-la pelo 2º fato, tendo sido absorvido o 1º fato, assentando-se nos fundamentos que restaram sintetizados na ementa, **in verbis**:

‘Prefeito municipal. Denúncia. O não-recebimento da exordial equivale a um julgamento antecipado da lide penal, somente podendo acontecer quando inexisterem indícios da autoria ou prova da materialidade ou se a inicial não descrever conduta caracterizadora de crime em tese ou na total impossibilidade da pretensão punitiva, verificando-se, desde logo, a improcedência da acusação. Denúncia recebida.

Desvio de verbas públicas. Denúncia. A denúncia deve descrever o fato delituoso com todas as suas circunstâncias, sendo inepta aquela que não menciona para onde foram desviadas as verbas. Denúncia rejeitada.’ (fl. 478).

Inconformado, o Recorrente opôs embargos declaratórios, fls. 490/500, que restaram rejeitados, pelo v. acórdão de fls. 512/520.

Insurge-se o Recorrente, em sede do apelo especial, alegando, em síntese:

a) violação aos incisos III e XIV do artigo 1º do Decreto-Lei n. 201/1967, art. 70 do Código Penal, sustentando, em síntese, que o primeiro fato não poderia ter sido absorvido pelo segundo, desde que os tipos referentes a ambos os fatos descrevem condutas diversas, com verbos nucleares diferentes, que caracterizam o tipo penal complexo do inciso XIV do art. 1º do Decreto-Lei n. 201/1967. Postula, dessarte, o reconhecimento do concurso formal;

b) malferimento ao artigo 41 do Código de Processo Penal e art. 6º da Lei n. 8.038/1990, na medida em que aduz, em síntese, equívoco do v. acórdão fustigado, em virtude de ter rejeitado a denúncia, em relação ao terceiro fato delituoso – desvio de verbas públicas –, por inépcia.

Argumenta que se trata de crime formal, que se consuma independentemente de resultado lesivo aos cofres públicos. Aduz que ‘Não faz parte do tipo penal denunciado o lucro ou proveito do administrador ou de terceiros, e sim tão-somente não ter sido devidamente aplicada a verba pública na rubrica exigida em lei’ (fl. 479).

Contra-razões ofertadas às fls. 1.007/1.010.

O apelo especial ultrapassou o juízo preliminar de admissibilidade, tão-somente pela alínea **a**, através do r. despacho de fls. 1.011/1.014”. (fls. 1.021/1.026).

A douta Subprocuradoria Geral da República se pronunciou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): Pela alínea **c** do permissivo constitucional, o recurso não poderia e não pode ser conhecido. Todavia, pela letra **a** ele deve ser provido.

É básico, em nosso sistema processual penal, que o réu se defende da **imputatio facti** alinhada na exordial acusatória.

“Não é inepta a denúncia que atende aos pressupostos exigidos no art. 41 do CPP, podendo a errônea qualificação do delito ser corrigida a qualquer tempo antes da prolação da sentença final (arts. 383 e 384 do CPP).” (RTJ 79/95).

“Penal. Processual Penal. **Habeas corpus**. Queixa-crime. Contradição entre os termos da queixa-crime e das declarações da ofendida: inexistência. Ação penal. Trancamento: impossibilidade. Classificação do crime.

I – Inexistência de contradição entre os termos da queixa-crime e as declarações da ofendida prestadas no inquérito policial.

II – Queixa-crime que atende aos requisitos do art. 41 do CPP.

III – Não se tranca a ação penal se a conduta descrita na denúncia ou na queixa-crime configura, em tese, crime. Precedentes do STF: RHC n. 75.510-BA, Velloso, DJ de 17.10.1997; RHC n. 56.693-DF, M. Alves, DJ de 11.12.1978; RHC n. 61.145-SP, Néri, RTJ 113/1.037, e HC n. 72.731-SP, Velloso, acórdão não publicado.

IV – A classificação do crime por ocasião da denúncia ou da queixa-crime não é definitiva e pode ser alterada a qualquer tempo, durante o curso do processo, antes da sentença final, (CPP, arts. 383, 384 e 569). O acusado se defende dos fatos descritos na denúncia ou na queixa-crime e não da classificação constante da peça acusatória.

V – Recurso não provido.” (RHC n. 77.845-DF, Segunda Turma, STF, rel. Min. Carlos Velloso, DJU de 28.5.1999).

“*Não é inepta a denúncia que permite à defesa operar ciente dos fatos atribuídos ao réu.*” (RTJ 124/988).

“**Habeas corpus.** Registro de filho alheio como próprio. Alegação de motivo nobre. Falsidade ideológica. Tipificação do crime. Inépica da denúncia. Inocorrência. Ausência de justa causa. Trancamento da ação penal. Exame de prova. Inviabilidade. Pedido indeferido.

– O fato de o registro de filho alheio como próprio haver sido efetuado em data anterior à da edição da Lei n. 6.898/1981, que deu nova redação ao art. 242 do Código Penal, não é bastante, por si só, para conferir atipicidade à conduta dos agentes, eis que esse comportamento revelava-se subsumível, em tese, a previsão típica do art. 299 e seu parágrafo único, do Código Penal, que define o crime de falsidade ideológica. Foi apenas com a superveniência da Lei n. 6.898/1981, que o registro de filho alheio como próprio passou a ser objeto de especial definição típica constante do art. 242 do Código Penal.

– A ausência do dolo específico descaracteriza o crime de falsidade ideológica. A via jurídico-processual do **habeas corpus** não se revela hábil, no entanto, ao exame do **praejudicium alterius**. A investigação probatória em torno da ocorrência, ou não, do motivo nobre subjacente ao comportamento dos agentes não se mostra possível nos limites estreitos do *writ* constitucional.

– Não é inepta a denúncia que, mesmo configurando-se errônea quanto à capitulação jurídica do fato, descreve o comportamento dos agentes de modo claro e objetivo, e imputa-lhes a prática de ilícito definido, em tese, pelas leis penais, como ato delituoso. Os réus defendem-se da infração penal objetivamente descrita na peça acusatória, e não da qualificação jurídica por esta atribuída ao fato delituoso.” (HC n. 68.720-DF, Primeira Turma, STF, rel. Min. Celso de Mello, DJU de 4.9.1992, p. 14.091).

“*Denúncia. Capitulação errônea, com excesso na classificação dos crimes. 1. O réu defende-se dos fatos que lhe são imputados, pelo que à exata classificação do crime, em regra, é dada com a sentença final (arts. 383 e 384 do CP), sobretudo quando isso depende de exame da prova. 2. Alegação, de resto, prejudicada pela superveniência da sentença de mérito que corrigiu os alegados excessos de peça acusatória. 3. Cerceamento de*

defesa não caracterizado. 4. Habeas corpus prejudicado em parte, e no mais indeferido.” (RSTJ 55/71).

É regra geral que a denúncia não pode ser rejeitada em virtude de divergência acerca da capitulação normativa. O órgão julgador, inalterados os fatos, pode dar outra adequação típica no momento próprio (*arts. 383 e 617 do CPP*), isto sem contar a possibilidade expressa no *art. 569 do CPP*.

“Denúncia. Capitulação errônea. Constrangimento inexistente. Desaforamento. A capitulação errônea da denúncia, sem vincular o juiz, que pode dar definição jurídica diversa ao fato descrito, não representa constrangimento remediável em **habeas corpus**.”

O instituto do desaforamento, disciplinado no *art. 424 do CPP*, é peculiar aos processos de competência do Júri e à vista do julgamento pelo Conselho de Sentença. Recurso em **habeas corpus** improvido.” (STF, RT 607/399).

“Denúncia. Nova definição jurídica do fato no despacho de recebimento. Inconstitucionalidade do diploma em que fundada reconhecida pelo magistrado, alterando a capitulação. Recebimento em termos diversos que equivale à rejeição. Recurso em sentido estrito interposto da decisão. Cabimento. Provimento para afastar a declaração de inconstitucionalidade, com determinação ao julgador para apreciar a peça tal como lançada. Habeas corpus denegado. Aplicação do art. 581, I, do CPP.”

Ainda que se admita o exame da constitucionalidade do diploma em que fundada a denúncia pelo juiz que, antes de seu recebimento, notifica o acusado e recebe a defesa preliminar, não cabe a **emendatio libelli** na fase de instauração do processo. A nova definição jurídica do fato é decorrência do convencimento do magistrado no curso do processo, não podendo ser dada no momento mesmo de receber a denúncia, importando rejeição seu recebimento em termos diversos da adequação típica em que foi formulada. Contra tal decisão, portanto, cabe recurso em sentido estrito, a teor do *art. 581, I, do CPP*, por efeito da sucumbência. (Red.)

Ementa oficial: **Habeas corpus**. Não tem poderes o juiz para, no despacho de recebimento da denúncia, considerar inconstitucional o decreto-lei em que se fundou e dar nova definição jurídica ao fato. Só o **dominus litis** tem poderes para alterar a classificação do delito ao oferecer a denúncia. **Habeas corpus** denegado.” (STF, RT 620/384-5).

Neste particular, a conclusão acerca da absorção do 1º pelo 2º fato (da denúncia, inciso XIV do art. 1º do Decreto-Lei n. 201/1967), é, tecnicamente, uma precipitação. Não era, e nem é, o momento próprio para a valoração adotada no v. acórdão reprochado. Descabe ao Poder Judiciário, por ocasião do reconhecimento da proemial acusatória, trancar a **imputatio facti** em decorrência de precoce valoração jurídica. O art. 6º da Lei n. 8.038/1990 e os arts. 41 e 43 do CPP não permitem tal procedimento.

Quanto ao 3º fato (inciso III do art. 1º do Decreto-Lei n. 201/1967), a egrégia Corte **a quo** apresentou, para validade da denúncia, um dado adicional não exigido pelo tipo legal. “Desviar, ou aplicar indevidamente” são hipóteses que, normalmente, são provadas com dados pertinentes à utilização diversa. Entretanto, esta não integra o modelo de conduta proibida. Atua, tão-só, no campo probatório (v. **Wolgran Junqueira Ferreira**, in Responsabilidade de Prefeitos e Vereadores, pp. 30/31, 5ª ed., Edipro).

Portanto, a denúncia não poderia ter sido rejeitada em parte.

Voto pelo provimento do recurso, com o recebimento integral da inicial acusatória.

RECURSO ESPECIAL N. 259.793 – RS

(Registro n. 2000.0049622-7)

Relator: Ministro Jorge Scartezzini
Recorrente: Rosa Maria Bergmann Hentschkel
Advogados: Adyr Ney Generosi Filho e outro
Recorrida: Maria Ilse Rita Rodrigues
Advogada: Elisabeth Glasenapp Moraes
Interessados: Maria Alice Bergmann Bassani e outros

EMENTA: Processo Civil e Civil – Recurso especial – Locação – Embargos à execução – Embargos de declaração – Arts. 535, II; 458, II; 515 e 591, todos do CPC – Infringência inexistente – Art. 3º, VII, da Lei n. 8.009/1990, com a redação dada pelo art. 82 da Lei n. 8.245/1991 – Penhora – Bem de família – Exceção – Possibilidade.

1. Não há violação aos arts. 535, II; 458, II, e 515, todos do Código de Processo Civil, quando o v. acórdão embargado apreciou corretamente a matéria trazida na apelação (**tantum devolutum quantum appellatum**). Incabível, outrossim, recurso especial acerca de suposta infringência a dispositivo que não restou prequestionado (art. 591 do CPC). Incidência da Súmula n. 356-STF.

2. A impenhorabilidade do bem de família é regra, somente sendo cabível nas estritas exceções legalmente previstas. A Lei n. 8.009/1990, em seu art. 3º, inciso VII, com a redação dada pelo art. 82 da Lei n. 8.245/1991, tornou possível a penhora de bem de família dado em garantia de obrigação decorrente de fiança pactuada em contrato de locação. A existência de regra jurídica prevendo, abstratamente, a impenhorabilidade de determinada espécie de bem, não os alça à situação definitiva de “inatingível” e “imutável”, posto que tal dispositivo somente se concretiza dentro de uma relação processual (no caso, executória). Nesta oportunidade, dever-se-á observar a possibilidade ou não de tal ônus patrimonial recair sobre a propriedade afiançada ou se existe qualquer restrição legal para afastá-lo. No caso concreto, a execução foi ajuizada na vigência da nova Lei de Locação, sendo efetivada a penhora em 7.2.1995. Assim, a superveniência de regra jurídica admitindo a realização de penhora sobre imóvel que se achava ao abrigo da Lei n. 8.009/1990, por ter aplicação imediata, dada a sua natureza processual e de ordem pública, torna irrelevante o momento da celebração do instrumento de fiança.

3. Precedentes (REsps n. 306.163-MG e 120.806-RJ).

4. Recurso conhecido e parcialmente provido para, reformando o v. acórdão de origem, julgar improcedentes os embargos à execução interpostos, invertendo-se o ônus da sucumbência já fixados na r. sentença monocrática.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 19 de março de 2001 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Jorge Scartezzini, Relator.

Publicado no DJ de 20.5.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini: Cuida-se de recurso especial em apelação cível, nos autos de embargos à execução, interposto por Rosa Maria Bergmann Hentschkel, com fundamento no artigo 105, III, **a**, da Constituição Federal, contra o v. acórdão de fls. 54/55 proferido pela Terceira Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado do Rio Grande do Sul que, à unanimidade, negou provimento ao recurso.

A ementa do julgado encontra-se expressa nos seguintes termos, **verbis**:

“Embargos à execução. Crédito locatício. Bem de família. Impenhorabilidade.

Constitui-se bem de família e, assim, impenhorável nos termos da Lei n. 8.009, de 29.3.1990, o imóvel utilizado pela Embargante para sua residência. Quanto mais que, à época do contrato de locação, em que prestou fiança, ainda não havia a exceção contida no art. 3º, VII, do referido diploma legal, introduzida pela Lei n. 8.245/1991 e que não lhe pode atingir.

Aplicação do art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil e art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal.

Apelação improvida.”

Interpostos embargos de declaração (fls. 60/62), foram os mesmos rejeitados sob o argumento de ausência de obscuridade, contradição ou omissão no v. acórdão hostilizado (fls. 65/66).

Alega a Recorrente, na via do especial, em síntese, que o v. aresto guerreado violou os artigos 458, inciso II; 515, 535, inciso II, e 591, todos do Código de Processo Civil, assim como o artigo 3º, inciso VII, da Lei n. 8.009/1990, com a redação que lhe foi outorgada pelo artigo 82 da Lei n. 8.245/1991.

Contra-razões apresentadas às fls. 99/103.

Inadmitido o recurso às fls. 107/112 e interposto agravo de instrumento desta decisão, dei-lhe provimento (fl. 138) para que subisse o recurso especial, vindo-me os autos conclusos.

É o relatório.

VOTO

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

Aduz a Recorrente, em síntese, que o v. julgado atacado afrontou os artigos 458, inciso II; 515, 535, inciso II, todos do Código de Processo Civil, assim como o artigo 3º, inciso VII, da Lei n. 8.009/1990, com a redação que lhe foi outogada pelo artigo 82 da Lei n. 8.245/1991. Estando estas prequestionadas, afasto a incidência da Súmula n. 356-STF *para conhecer do recurso pela alínea a do permissivo constitucional*.

Inicialmente, passo ao exame da matéria processual aventada.

Irretocável o r. despacho que inadmitiu, neste aspecto, o recurso especial interposto, ao asseverar que (fls. 108/111):

“... No que diz com a increpada violação ao art. 458, II, do Código de Processo Civil, sem razão a Recorrente, eis que claro e suficientemente fundamentado restou o acórdão, o qual, sem desbordamentos, ateu-se à matéria impugnada.

Com efeito, sustentou a Recorrente, em sua razões de apelo (fls. 37/39) que o art. 82 da Lei n. 8.245/1991, ao acrescentar, no art. 3º da Lei n. 8.009/1990, o inciso VII (por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação, tornou possível a penhora do bem de família, máxime por tratar-se de lei de índole processual, que tem aplicação imediata.

E, sobre tal tema, como se pode constatar das fls. 54/58, com clareza solar, manifestou-se o Colegiado, que, aos dois fundamentos principais – art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil e o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal –, agregou, ao final, o art. 620 do Código de Processo Civil, que contém o princípio segundo o qual a execução deve ser realizada pelo modo menos gravoso para o devedor.

Em razão desse último fundamento, então, manejou a Recorrente

recurso de embargos de declaração, com o propósito de prequestionamento, a fim de que a Câmara examinasse a controvérsia de que tal dispositivo não contempla quaisquer restrições quanto à responsabilidade do devedor no cumprimento de suas obrigações, respondendo com a integralidade de seu patrimônio.

Em sede de embargos, que foram rejeitados, assim se manifestou o Colegiado:

‘... o acórdão embargado apreciou a demanda, tendo em vista o recurso interposto, de forma suficiente, em particular, no que tange à incidência, no caso da Lei n. 8.009/1990.’ (fl. 167).

Ora, a toda evidência, o fato de o acórdão agregar, como mais de um elemento de reforço em sua fundamentação, o princípio inserto no art. 620 do Código de Processo Civil, em nada desgarrou da matéria impugnada.

Ademais, como cediço, há o princípio jurídico segundo o qual o juiz não está obrigado a examinar todas as razões e fundamentos invocados pelas partes, *quando até um fundamento somente, é suficiente para atender à prestação jurisdicional perquerida.*

Nessa ótica, pois, o fato de o juiz não responder a todos os argumentos aduzidos pela parte *não significa imperdoável infração ao inciso II do art. 458 do CPC.*

Em relação ao art. 515 do Código de Processo Civil, que alberga o princípio do **tantum devolutum quantum appellatum**, não se vislumbra, igualmente, tenha sido violado pela Câmara.

De fato, e como já se disse, até porque as matérias estão imbricadas, o órgão plural se restringiu a apreciar a matéria impugnada, que diz com a incidência da Lei n. 8.009/1990 em face da Lei n. 8.245/1991.

Assim, não há se falar em ‘violação’ a tal preceito infraconstitucional.

Da violação ao art. 535, II, do Código de Processo Civil.

Observa-se: as matérias suscitadas pela Recorrente, neste recurso especial, estão, quase todas, imbricadas.

Como quer que seja, também nessa parte, melhor sorte não acaienta a Recorrente.

E isto porque, o que já se afirmou, tendo o acórdão embargado apreciado a demanda, de conformidade com a matéria impugnada, nada mais tinha que dizer a respeito, principalmente quando transparece o **decisum** absolutamente claro.

Mais uma vez, por todas, o juiz ou o Tribunal não é obrigado a responder a questionamentos formulados pelas partes, bastando que acolha os necessários para julgamento no caso concreto (RJTJRS, 175/1/228).

Nessa linha, ainda, cediço, os embargos de declaração não se prestam para explicitar dispositivo legal, quando (como no caso **sub examine**) a matéria controvertida foi resolvida a contento.

Quanto à apontada ‘violação’ ao art. 591 do Código de Processo Civil, sem maiores considerações, visto que tal matéria, ante a rejeição dos embargos, quedou-se estranha e conseqüentemente não prequestionada.

Aqui, incidência têm as Súmulas n. 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal.”

Neste diapasão, não antevejo qualquer infringência aos arts. 458, inciso II; 515, 535, inciso II, e 591, todos do Código de Processo Civil, a ensejar o reparo do v. aresto recorrido.

Todavia, no tocante ao art. 3º, VII, da Lei n. 8.009/1990, com a redação que lhe foi dada pelo art. 82 da Lei n. 8.245/1991, razão assiste à Recorrente.

Dispõe o supracitado dispositivo legal, alterado pela Lei de Locação (8.245/1991):

“Art. 3º. A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:

... **Omissis.**

VII – por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.”

Acerca do tema, ensina-nos **Gildo dos Santos, in** Locação e Despejo: Comentários à Lei n. 8.245/1991, Ed. RT, 1992, pp. 232/233, ao ponderar que:

“Agora, a nova Lei do Inquilinato vem acrescentar às exceções quanto à impenhorabilidade, de que cuida o art. 3º da mencionada Lei n. 8.009, mais um inciso, pelo que, de novo, por dívida decorrente de fiança locativa, responde o único prédio do fiador, ainda que lhe sirva de moradia permanente o qual, de conseqüência, poderá ser penhorado.

Não se pode dizer, todavia, que há impenhorabilidade desse bem com relação às dívidas do locatário-afiançado referentes ao período que vai da Medida Provisória n. 143, de 8 de março de 1990, que foi convertida na Lei n. 8.009, até um dia antes da entrada em vigor da Lei n. 8.245/1991, em 20 de dezembro de 1991. Embora nesse interregno o imóvel do fiador, nas condições apontadas, não fosse passível de penhora, a verdade é que o devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros, para o cumprimento das obrigações (Código de Processo Civil, art. 591).

Desse modo, durante esse período aquele imóvel do devedor (fiador) sendo impenhorável, não respondia por dívidas no caso de execução destas, ainda que fossem anteriores a março de 1990. De outro lado, em razão da nova Lei de Locação, voltou a ser penhorável, passando a garantir as obrigações locativas, ainda que de período anterior a 20 de dezembro de 1990.

Esta é a única conclusão a que nos leva o ordenamento jurídico pátrio, tendo em vista os expressos termos que, na lei processual civil, cuidam da responsabilidade patrimonial.” – grifei.

Na esteira de culta doutrina, conclui-se que o fato do imóvel dado em garantia, até a entrada em vigor da Lei n. 8.245/1991, estar a salvo da penhora (por força da Lei n. 8.009/1990, não torna permanentemente impenhorável, nem faz surgir em favor de seus proprietários-fiadores qualquer espécie de direito subjetivo capaz de se transmutar em adquirido. A existência de regra jurídica prevendo, abstratamente, a impenhorabilidade de determinada espécie de bem, não os alça à situação definitiva de “inatingível” e “imutável”, posto que tal dispositivo somente se concretiza dentro de uma relação processual (no caso, executória). Nesta oportunidade, dever-se-á observar a possibilidade ou não de tal ônus patrimonial recair sobre a propriedade afiançada ou se existe qualquer restrição legal.

Ora, compulsando os autos, verifico que a execução foi ajuizada na vigência da Lei n. 8.245/1991 e, conseqüentemente, de seu art. 82, com a nova

redação, sendo efetivada a penhora em 7.2.1995 (fl. 2). Assim, a superveniência de regra jurídica admitindo a realização de penhora sobre imóvel que se achava ao abrigo da Lei n. 8.009/1990, por ter aplicação imediata, torna irrelevante o momento da celebração do contrato de fiança (15.5.1991 – fl. 3). O que importa é que a ato processual constitutivo tenha sido realizado após a entrada em vigor da Lei n. 8.245/1991.

No mesmo sentido, os seguintes precedentes desta Corte:

“Locação. Processual Civil. Fiança. Entrega das chaves. *Penhora*. Lei n. 8.245/1991 – *Bem de família*.

I – É assente neste Tribunal o entendimento de que o instituto da fiança não comporta interpretação extensiva, obedecendo, assim, à disposição expressa do artigo 1.483 do Código Civil. Na fiança, o garante só pode ser responsabilizado pelo valores previstos no contrato a que se vinculou, sendo irrelevante, na hipótese, para se delimitar a duração da garantia, cláusula contratual prevendo a obrigação do fiador até a entrega das chaves.

II – Sendo proposta a ação na vigência da Lei n. 8.245/1991, válida é a *penhora* que obedece a seus termos, excluindo o fiador em contrato locatício da impenhorabilidade do *bem de família*. Precedentes. Recurso parcialmente provido.” (REsp n. 306.163-MG, rel. Ministro Felix Fischer, DJU de 7.5.2001).

“Processual Civil. Locação. Execução. Fiança. Validade. Outorga uxória. Declaração da condição de viúvo do fiador. Bem familiar. Lei n. 8.009/1990. Penhora. Possibilidade superveniência da Lei n. 8.245/1991.

– ... **Omissis**.

– A nova Lei do Inquilinato restringiu o alcance do regime de impenhorabilidade dos bens patrimoniais residenciais consagrado no bojo da Lei n. 8.009/1990, considerando passível de constrição judicial o bem familiar dado em garantia por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato locatício.

– Tratando-se de norma eminentemente de caráter processual, incide de imediato, inobstante ter sido o contrato de fiança locatícia celebrado antes de sua vigência, excetuando, por força do comando contido em seu artigo 76, os processos em curso.

– Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 120.806-RJ, rel. Ministro Vicente Leal, DJU de 26.4.1999).

Por tais fundamentos, *conheço do recurso e lhe dou parcial provimento para, reformando o v. acórdão de origem, julgar improcedentes os embargos à execução interpostos, invertendo-se o ônus da sucumbência já fixados na r. sentença monocrática.*

É como voto.

