

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 456.856 – RS

(Registro n. 2002.0071890-5)

Relator: Ministro Fontes de Alencar
Agravante: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Procuradores: Siegfried Antônio Ghilardi Ritta e outros
Agravado: Francisco José Ferrari (Espólio)
Advogado: Dorly José Giongo

EMENTA: Agravo regimental em agravo de instrumento.

- Execução contra a Fazenda Pública. Honorários de advogado.
- Súmula n. 83 do Superior Tribunal de Justiça.
- Falta de prequestionamento.
- Recurso denegado.

ACÓRDÃO

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

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

Ministro Fontes de Alencar, Relator.

Publicado no DJ de 10.03.2003.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Fontes de Alencar: Neguei seguimento ao agravo de instrumento, porque o aresto proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região alinhou-se com a jurisprudência iterativa desta Corte ao entender que são devidos honorários advocatícios mesmo quando a autarquia não interpõe embargos à execução por título judicial (fl. 83).

No agravo regimental sustenta a Agravante que a Medida Provisória n. 2.180-35, de 24.08.2001, não serem devidos honorários de advogado pela Fazenda Pública nas execuções não embargadas (fls. 85/88).

VOTO

O Sr. Ministro Fontes de Alencar (Relator): O recurso não logra viabilidade. Firmou-se a jurisprudência deste Tribunal no sentido de que são devidos honorários advocatícios na execução por título judicial movida contra a Fazenda Pública, mesmo que não tenham sido opostos embargados. Precedentes: EREsp n. 149.074, Terceira Seção, relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, REsp n. 345.892, relator Ministro Felix Fischer, REsp n. 320.280, relator Ministro Fernando Gonçalves.

Ressalto, outrossim, que a alegada ofensa à medida provisória, não foi objeto de prequestionamento, nem de alegação na petição de recurso especial, não sendo, portanto, passível de apreciação.

Nego provimento ao presente agravo.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 14.082 – PR

(Registro n. 2001.0187919-4)

Relator: Ministro Paulo Gallotti
Agravante: Marinês Rocha Cavalotti
Advogados: Almir Hoffmann de Lara Júnior e outros
Agravado: Estado do Paraná
Procuradores: Márcia Dieguez Leuzinger e outros

EMENTA: Constitucional – Agravo regimental – Recurso em mandado de segurança – Administrativo – Artigo 37, XVI e XVII, da Constituição Federal de 1988 – Acumulação de dois proventos e mais um cargo da ativa – Impossibilidade.

1. O artigo 37 da Constituição Federal enumera taxativamente as hipóteses em que a regra geral da acumulação comporta exceções, casos em que, de qualquer forma, não se permite sejam ocupados

mais de dois cargos públicos, considerando-se, inclusive, os proventos decorrentes da aposentadoria.

2. Agravo desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Fontes de Alencar, Fernando Gonçalves e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Vicente Leal.

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

Ministro Paulo Gallotti, Relator.

Publicado no DJ de 24.02.2003.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: A hipótese é de agravo regimental em ataque à decisão do seguinte teor:

“Marinês Rocha Cavalotti impetrou mandado de segurança preventivo contra ato da Secretária de Administração do Estado do Paraná que, sob o entendimento de acumulação ilegal, lhe concedera prazo para manifestar opção entre dois proventos de professor e o vencimento de cargo que então ocupava.

Ao apreciar o **mandamus**, o III Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça, por maioria de votos, denegou a segurança em julgado que guarda a seguinte ementa:

‘Mandado de segurança preventivo. Administrativo. Servidor público estadual. Professor. Acúmulo de proventos de dois cargos inativos com vencimentos de um cargo ativo. Impossibilidade. Vedação constitucional. Direito líquido e certo não configurado. Arts. 37, XVI, § 10, da CF, e 11 da Emenda Constitucional n. 20/1998. Inexistência de direito adquirido.

‘Na ordem jurídica atual, ainda com o advento da Emenda Constitucional n. 20/1998 (observado, especialmente, seu art. 11), é vedada ao servidor público aposentado, que retornou legitimamente à ativa, a percepção cumulativa de proventos e vencimentos além dos limites sistematicamente determinados para a acumulação no período ativo, que é de dois cargos (CF, art. 37, XVI e XVII e § 10). Nessa razão, direito líquido e certo não se caracteriza em prol do professor que pretende perceber proventos de aposentadoria correspondentes a dois cargos, cumulativamente com os vencimentos de um cargo ativo’ (Ac. n. 760, III Grupo).

Segurança denegada.’ (fls. 114/115).

Daí o presente recurso ordinário, com fundamento no artigo 105, II, alínea b, do permissivo constitucional, em que a Recorrente, repisando os fundamentos da impetração, sustenta, em síntese, que a Constituição de 1988, até a edição da Emenda Constitucional n. 20, não previa qualquer proibição de serem acumulados proventos e vencimentos de cargos públicos. Aduz, ainda, que a referida emenda, em seu artigo 11, assegurou o respeito às situações como a que se encontrava.

Contra-razões às fls. 189/192.

A Subprocuradoria Geral da República opina pelo improvimento do recurso.

A irresignação não merece acolhimento.

Colhe-se do voto-condutor do aresto hostilizado o seguinte excerto:

‘Em outras palavras, proventos de uma aposentadoria de servidor público são inacumuláveis com remuneração de cargo público em exercício, salvo se acumuláveis forem os cargos, por expressa autorização do art. 37, inciso XVI e alíneas e inciso XVII, dispositivo cujas redações não sofreram essenciais modificações, desde quando promulgada a atual Constituição.

O artigo 11 da Emenda Constitucional n. 20/1998 veio a esclarecer que tal vedação do art. 37, § 10, da Constituição Federal (proventos de uma aposentadoria, mais remuneração de um cargo público), não se aplica aos membros de Poder e aos inativos, servidores e militares que, até a publicação desta emenda, ou seja, até 16 de dezembro de 1998, tenham ingressado novamente

no serviço público por concurso público de provas ou de provas e títulos.

Porém, tendo estabelecido tal ressalva, acrescenta, incisivamente, que é vedado a estes mesmos servidores, beneficiados pela ressalva, a percepção de mais de uma aposentadoria de servidor público. Deixou claro que não se pode acumular proventos relativos a duas aposentadorias de servidor público, com a remuneração de outro cargo público ativo.

O preceito proibitivo recai com perfeito ajuste ao caso em exame, já que a pretensão da Impetrante é de acumulação dos proventos de dois cargos com os vencimentos de um cargo da ativa.

De outro vértice, não espelha direito adquirido a circunstância de que, ao tempo da edição da Emenda n. 20, a Impetrante já vinha percebendo os proventos da dupla aposentadoria e a remuneração da ativa, simultaneamente. Fazia-o sem legítimo amparo legal.

Sem tergiversações hermenêuticas, a verdade é que se a ordem jurídica estabeleceu, desde quando promulgada a Constituição de 1988, de modo expresso, os limites de cumulação de cargos, é evidente que as balizas referem-se ao que pode perceber o servidor na ativa, na aposentadoria e, também, na combinação dos dois fatores. Não teria sentido adotar uma interpretação consagrada de um privilégio em favor do servidor, a partir de sua aposentação, atribuindo-lhe o inexistente direito de passar a usufruir de cumulação estipendial exorbitante aos limites instituídos pela lei.' (fls. 118/119).

Com efeito, o artigo 37 da Constituição Federal, incisos XVI e XVII, não alterados pela Emenda n. 20, vedam a acumulação remunerada de cargos públicos, excetuando-se as hipóteses nele previstas.

In casu, a hipótese é de acumulação de dois proventos decorrentes do exercício do magistério e a remuneração de cargo da ativa, pretensão que esbarra na compreensão do tema proclamado por esta Corte:

A – 'Recurso em mandado de segurança. Administrativo. Acumulação de cargos. Servidor. Direito de opção.

O servidor que percebe proventos oriundos de dois cargos públicos mais vencimentos relativos a um terceiro cargo, também público, extrapola o limite previsto no art. 37, XVI, alínea c, da Constituição Federal, incorrendo em acumulação ilegal de cargos, nos termos do inciso XVII do mesmo artigo.

Recurso desprovido.’ (RMS n. 14.023-PR, relator Ministro Felix Fischer, DJU de 05.08.2002).

B – ‘Recurso em mandado de segurança. Administrativo. Professora. Aposentadoria. Proventos. Acumulação com vencimentos de professora. Concurso público. Emenda Constitucional n. 20/1998. Impossibilidade.

Ainda que a recorrente tenha logrado aprovação em concurso público anteriormente à vigência da Emenda Constitucional n. 20/1998, não lhe assiste o direito, muito menos líquido e certo, de acumular vencimentos dos respectivos cargos com proventos de dois cargos de professor.

Ressalva do artigo 11 da Emenda Constitucional n. 20.

Recurso desprovido.’ (RMS n. 11.944-PR, relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJU de 08.04.2002).

Por pertinente, merece destaque a lúcida manifestação do Ministério Público Federal, da lavra do Subprocurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza, quando do julgamento do referido RMS n. 11.944-PR, **verbis**:

‘A Constituição Federal de 1988 prevê que a proibição de acumulação de cargos públicos é a regra, sendo as exceções elencadas taxativamente no seu art. 37, inciso XVI, já que a ‘permissão de acumular cargos públicos ou proventos com remuneração da atividade não pode exceder dos limites previstos na Constituição Federal’ (Recurso em Mandado de Segurança n. 6.230-RS, relator o Ministro William Patterson, **in** DJU de 10.06.1996, p. 20.395).

Em face dos dispositivos constitucionais antes lembrados, revela-se evidente que não assiste à recorrente o direito líquido e certo à acumulação dos proventos e dos vencimentos, estes decorrentes do seu reingresso no serviço público mediante concurso, antes da entrada em vigor (16.12.1998) do artigo 11 da

Emenda Constitucional n. 20/1998, tendo em vista o disposto na parte final deste dispositivo constitucional que mantém expressamente vedada a percepção de ‘mais de uma aposentadoria pelo regime de previdência a que se refere o artigo 40 da Constituição Federal’, como ocorre na hipótese dos autos.’

Confira-se, ainda, o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de que a proibição de acumular cargos públicos estende-se aos proventos da aposentadoria:

‘Recurso extraordinário. Administrativo. Funcionalismo público. Acumulação de cargos.

1. Acórdão que concede mandado de segurança contra ato administrativo que afirmou a inviabilidade de tríplex acúmulo no serviço público.

2. Alegação de ofensa ao art. 37, XVI e XVII, da CF/1988, e art. 99, § 2º, da pretérita.

3. A acumulação de proventos e vencimentos somente é permitida quando se tratar de cargos, funções ou empregos acumuláveis na atividade, na forma permitida pela Constituição. Precedente do Plenário, RE n. 163.204. Entendimento equivocado no sentido de, na proibição de acumular, não se incluem os proventos, RE n. 141.734-SP.

4. Recurso conhecido e provido, para cassar a segurança.’ (RE n. 141.376-RJ, relator o Ministro Néri da Silveira, DJU de 22.02.2002).

Ante o exposto, nos termos do artigo 557, **caput**, do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.” (fls. 206/210).

A Agravante, repisando a tese sustentada na inicial e nas razões do recurso ordinário, alega que a vedação constante da Emenda n. 20, que introduziu no texto constitucional o § 10 do artigo 37, não pode, a teor do disposto em seu artigo 11, ser aplicada aos servidores que ingressaram, por concurso, anteriormente a sua publicação.

Assim, entende que sua pretensão, sob o pálio do direito adquirido contido nos artigos 5º, inciso XXXVI, da Carta Federal, e 6º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil, encontra apoio no artigo 11 da Emenda Constitucional n. 20.

Por fim, aponta precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal que, segundo afirma, acolhem a tese ora defendida.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator): Não tem razão a Agravante.

Na linha do que restou decidido no provimento recorrido, a pretensão de acúmulo de dois proventos de aposentadoria com a remuneração de cargo na ativa, mostra-se manifestamente ilegal, ainda que o Recorrente tenha logrado aprovação em concurso público anteriormente à vigência da Emenda Constitucional n. 20/1998.

Em reforço, cito os seguintes precedentes:

A – “Mandado de segurança. Administrativo. Acumulação de vencimentos com proventos. Impossibilidade. Cargos não acumuláveis na atividade. Superveniência da Emenda Constitucional n. 20/1998. Exceção prevista no artigo 11. Inaplicabilidade.

1. ‘A acumulação de proventos e vencimentos somente é permitida quando se tratar de cargos, funções ou empregos acumuláveis na atividade, na forma permitida pela Constituição. CF, arts. 37, XVI, XVII, e 95, parágrafo único, I. Na vigência da Constituição de 1946, art. 185, que continha norma igual à que está inscrita no art. 37, XVI, CF/1988, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal era no sentido da impossibilidade da acumulação de proventos com vencimentos, salvo se os cargos de que decorrem essas remunerações fossem acumuláveis.’ (Plenário do Supremo Tribunal Federal, RE n. 163.204-SP, relator Ministro Carlos Velloso, *in* DJ de 31.03.1995).

2. *A vedação constitucional para a percepção cumulativa de proventos com vencimentos na atividade sempre existiu*, sendo certo que a Emenda Constitucional n. 20/1998, ao introduzir o § 10 no artigo 37 da Constituição da República, apenas transformou o entendimento jurisprudencial consubstanciado na interpretação dos artigos 37, incisos XVI e XVII, e 95, parágrafo único, inciso I, da Constituição da República, em texto constitucional.

3. Pretendendo o impetrante a acumulação dos vencimentos de Advogado da União de 2ª Categoria com os proventos de Juiz Federal,

cargos inacumuláveis na atividade (artigo 37, inciso XVI, da Constituição da República), não há falar em direito líquido e certo amparável pelo presente **mandamus**.

4. Em estando o impetrante em atividade e não tendo sido, ainda, empossado no cargo que pretendia acumular com os seus proventos, é de se afastar a incidência do artigo 10 da Emenda Constitucional n. 20/1998, cuja exigência é a de que o servidor tenha ingressado novamente no serviço público por concurso público de provas ou de provas e títulos, e pelas demais formas previstas na Constituição Federal, até a data de sua publicação.

5. ‘Esta Corte tem decidido, inúmeras vezes, que o funcionário tem direito adquirido a, quando aposentar-se, ver os seus proventos calculados em conformidade com a legislação vigente ao tempo em que preencheu os requisitos necessários para a aposentadoria, mas não possui direito adquirido ao regime jurídico que foi observado para o cálculo do montante dos proventos quando da aposentadoria, o que implica dizer que, mantido esse **quantum**, tal regime pode ser modificado pela legislação posterior.’ (RE n. 92.638-SP, relator Ministro Moreira Alves, in DJ de 18.08.1980).

6. Não existe direito adquirido a regime jurídico único, mormente se se pretende o reconhecimento de um direito à acumulação de proventos a que não faz jus o servidor, porque em atividade, com vencimentos de cargo em que não está investido, e que, de qualquer modo, é inacumulável com o da função presentemente exercida.

7. Ordem denegada.” (MS n. 7.166-DF, relator o Ministro Hamilton Carvalhido, DJU de 18.02.2002).

B – “Recurso em mandado de segurança. Administrativo. Professora. Aposentadoria. Proventos. Acumulação com vencimentos de professora. Concurso público. Emenda Constitucional n. 20/1998. Impossibilidade.

Ainda que a recorrente tenha logrado aprovação em concurso público anteriormente à vigência da Emenda Constitucional n. 20/1998, não lhe assiste o direito, muito menos líquido e certo, de acumular vencimentos dos respectivos cargos com proventos de dois cargos de professor.

Ressalva do artigo 11 da Emenda Constitucional n. 20.

Precedentes.

Recurso desprovido.” (RMS n. 14.173-PR, relator o Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJU de 02.09.2002).

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 16.375 – SP

(Registro n. 2001.0039262-8)

Relator: Ministro Vicente Leal
Impetrante: José Bernardes Gil
Impetrado: Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo
Paciente: Danilo José de Toledo

EMENTA: Processual Penal – **Habeas corpus** – Queixa-crime – Alegação de inépcia – Calúnia – Imunidade judiciária – Atipicidade – Improcedência.

– Não contém a mácula da inépcia a queixa-crime que descreve adequadamente fatos que, em tese, configuram o crime de calúnia.

– Embora de previsão constitucional – art. 133 da CF – a garantia de inviolabilidade do advogado por ato e manifestações no exercício da profissão, a cláusula limitativa – *nos limites da lei* – recepciona e incorpora o art. 142, I, do Código Penal, à nova ordem jurídica, e, de consequência, situa a inviolabilidade no campo da injúria e da difamação, não alcançando a calúnia.

– Não merece censura a decisão monocrática que recebe denúncia antes da investidura do acusado no cargo de Prefeito Municipal.

– **Habeas corpus** denegado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal

de Justiça, por unanimidade, denegar a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Fernando Gonçalves, Hamilton Carvalho, Paulo Gallotti e Fontes de Alencar votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília-DF, 20 de fevereiro de 2003 (data do julgamento).

Ministro Vicente Leal, Relator.

Publicado no DJ de 24.3.2003.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Vicente Leal: Em favor de Danilo José de Toledo, hoje Prefeito Municipal de São Luiz do Paraitinga-SP, foi impetrado **habeas corpus** objetivando o trancamento de ação penal privada na qual é acusado de prática do crime de calúnia.

Na peça exordial, alega o Impetrante, em síntese: (a) que o despacho de recebimento da queixa-crime em 24.10.2000, proferido pelo Juiz de Direito, é nulo, pois, naquela data, o Paciente já fora proclamado eleito Prefeito Municipal, encontrando-se o mesmo sob a jurisdição penal do Tribunal de Justiça; (b) que tal decisão foi atacada por **habeas corpus**, negado pelo Tribunal de Alçada Criminal; (c) que a queixa-crime é inepta, pois não descreve adequadamente os fatos; (d) que o Paciente não cometeu o crime de calúnia, limitando-se a narrar fatos, no exercício da profissão de advogado, encontrando-se sob o abrigo da garantia prevista no art. 133 da Constituição Federal, sem o ânimo de ofender.

Indeferida a liminar, foram prestadas as informações pelo ilustre Presidente do Tribunal de Alçada Criminal, que juntou cópia das peças da ação penal e do acórdão denegatório do *writ* original, esclarecendo que os autos do processo encontram-se no Tribunal de Justiça (fls. 149/211).

A douta Subprocuradoria Geral da República, em parecer de fls. 213/217, opina pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Vicente Leal (Relator): Consoante anotado no relatório, diversos são os fundamentos da impetração, todos dirigidos ao trancamento da queixa-crime.

Sejam as teses examinadas separadamente.

Sustenta, por primeiro, o Impetrante que o despacho de recebimento da denúncia é nulo porque proferido por Juiz de Direito em data subsequente à proclamação do Paciente como eleito Prefeito Municipal.

Ora, a tese não procede. A regra de competência prevista no art. 29, X, da Constituição somente incide no momento da investidura do cidadão no cargo de Prefeito Municipal. A simples declaração de eleito não confere ao cidadão a prerrogativa de foro. É necessário que ocorra a regular investidura no cargo de Prefeito.

Também não procede a alegação de inépcia da queixa-crime. Como afirmado no acórdão impugnado, a queixa-crime, encartada nestes autos às fls. 32/37, por cópia “descreve de maneira satisfatória a conduta do Paciente, que, em tese, teria infringido o artigo 138 do Código Penal” (sic, fl. 25).

E, quanto à alegação de imunidade judiciária, porque o Paciente agira no exercício da profissão de advogado, é de afirmar que tal prerrogativa não tem o alcance que lhe confere o Impetrante.

Ora, a Constituição Federal, em seu art. 133, após considerar o advogado como indispensável à administração da Justiça, proclama ser o mesmo “inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão”. O mencionado cânon contém, na parte final, uma cláusula limitativa dessa inviolabilidade: *nos termos da lei*.

Tal limitação objetiva afastar a concepção equivocada de inviolabilidade absoluta. Na verdade, o preceito constitucional tem por objetivo a garantia do exercício profissional, de forma a proteger o cidadão comum, que confia ao advogado a missão de defender os seus direitos, entregando-lhe documentos e confessando-lhe assuntos de ordem privada.

Também o Código Penal dispôs sobre o assunto, estabelecendo os precisos contornos da garantia profissional, nos termos seguintes, **verbis**:

“Art. 142. Não constituem injúria ou difamação punível:

I – a ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador.”

Como visto, a inviolabilidade do advogado, no exercício da profissão, circunscreve-se à prática de fatos definidos, como injúria ou difamação, não alcançando o crime de *calúnia*.

No mais, seja, a verificação da existência, ou não, do **animus caluniandi**, é tema que exige dilação probatória, providência incompatível com o rito sumário do **habeas corpus**.

Isto posto, denego o **habeas corpus**.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 17.922 – RJ

(Registro n. 2001.0096287-3)

Relator: Ministro Fernando Gonçalves
Impetrantes: Ubyratan Guimarães Cavalcanti e outro
Impetrada: Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Pacientes: Antônio César de Otero e Christianne Denise Sant’anna de Otero
Sustentação oral: Ubyratan Cavalcanti (pelos pacientes)

EMENTA: **Habeas corpus** – Matéria de fato complexa – Concorrência desleal – Ação penal privada – Trancamento – Inviabilidade.

1. Não se presta o **habeas corpus** para o deslinde de matéria de fato complexa que reclama investigação probatória com a finalidade de esclarecer eventual uso e venda de certo produto de determinada marca encartado em embalagem onde destacada outra marca.

2. Nestas condições, a tipificação ou não de eventual delito de concorrência desleal deverá ser travada no campo da instrução criminal, com exclusão da estreita via do *writ* que, consoante entendimento pretoriano, apenas se apresenta adequado quando, não sendo a prova contraditória, indique uma única e exclusiva alternativa à convicção do julgador.

3. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

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

das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem de **habeas corpus**. Os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti, Fontes de Alencar e Vicente Leal votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília-DF, 7 de maio de 2002 (data do julgamento).

Ministro Fernando Gonçalves, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 25.11.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves: Trata-se de ordem de **habeas corpus** impetrada em favor de Antônio César de Otero e Christianne Denise Sant'anna de Otero que estariam a sofrer indevido constrangimento em virtude de acórdão da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro denegando impetração onde postulado o trancamento de ação penal de iniciativa privada.

Segundo o articulado vestibular, em resumo, os Pacientes são proprietários da empresa familiar denominada BabyCare Comercial, Importadora e Exportadora Ltda, criada, há mais de sete anos, em substituição à firma Byte, para dar continuidade a contrato verbal com MAM Babyartikel GmbH, com sede em Viena e destinada à comercialização de itens para crianças, tais como bicos de mamadeira, chupetas, etc. Deveria, ainda, a BabyCare fazer publicidade, participar de eventos e treinar o pessoal no interesse da MAM.

No entanto, relatam as razões da peça de ingresso, em reunião em Viena, pela diretoria da MAM foi dada como terminada a relação comercial com a BabyCare, sendo, então, consignado em correspondência que esta empresa, em 60 dias, deveria concluir a venda de todo o estoque, quando, na realidade, pouco tempo antes, foram despachados 49.000 unidades de produtos para comercialização, inviabilizando – assim – a exigência e o prazo estipulado.

Diante destes fatos, certificados por correspondências trocadas, afirmam os Pacientes, foi proposta no Juízo Cível medida cautelar para que a MAM recomprasse o estoque a preço justo ou que o prazo fosse dilatado para 180 dias.

Após uma série infundável de contratemplos, representada por várias ações cíveis e, quando nada, uma ação penal, a MAM, diz a impetração,

passa à ofensiva e, após pedido de busca e apreensão, ingressa com uma queixa-crime, onde, no essencial, se afirma que os produtos remetidos para comercialização foram embalados em invólucros da BabyCare, quando, na realidade, as embalagens exibem os nomes das duas empresas.

A controvérsia, colocado o debate nestes termos, se resume no fato de os peritos indicados pela MAM consignarem que a marca *Babi* é destacada por letras de maior calibre e vermelha, induzindo o consumidor à idéia de fabricação, apesar de constar a especificação do fabricante (MAM) num plano reduzido.

Estes fatos, consoante o relato da petição inicial, segundo a própria MAM, chegaram ao seu conhecimento em 8 de outubro de 1998, quando a BabyCare já fizera o depósito no INPI da marca *Babi*, circunstância divulgada por este órgão e que, em consequência, leva à decadência do direito de queixa por eventual crime de concorrência desleal, a teor do art. 38 do CPP.

Pedem, assim, o trancamento da ação penal em função da decadência ou, também, por falta de justa causa.

O eminente Desembargador Marcus Faver, Presidente do Tribunal de Justiça, em suas informações (fls. 142/143) faz encaminhar, por cópia, o venerando acórdão, onde o relator, Desembargador Álvaro Mayrink da Costa destaca a impropriedade do *writ* para o debate acerca da controvérsia.

A douta Subprocuradoria Geral da República, em parecer subscrito pelo Dr. Jair Brandão de Souza Meira, opina pela concessão da ordem.

Foi deferida liminar, suspendendo o interrogatório dos Pacientes (fl. 202).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves (Relator): O exame de provas em sede de **habeas corpus**, há muito proclama o Supremo Tribunal Federal, apenas se apresenta como adequado quando, não sendo ela (prova) contraditória, indique uma única e exclusiva alternativa ao julgador.

Na espécie, a complexidade dos fatos, reclamando investigação probatória a indicar o norte a ser tomado, exclui, **si et in quantum**, a via eleita, seja quanto à eventual decadência do direito de queixa, seja quanto à

ausência de tipicidade dos eventos mencionados, indicativos de falta de justa causa. Em relação a uma ou outra causa, oportunas as razões declinadas na queixa-crime, **verbis**:

“Durante alguns anos, os produtos da Querelante foram revendidos no Brasil pela empresa dos Querelados, BabyCare. Este relacionamento comercial se encerrou em agosto de 1998. Insatisfeita com os termos do distrato, a BabyCare acionou a Querelante no Juízo Cível, alegando, dentre outras razões de pedir, o ‘encalhe’ de estoque de produtos MAM que não mais poderia comercializar.

Não obstante, em 8 de outubro de 1998, vale dizer, pouco tempo após o fim do relacionamento comercial, a Babycare, empresa dos Querelados, fez depósito, no Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), da marca ‘Babi’, conforme atesta documento em anexo (doc. 3). Observa-se, ainda, no documento recém-citado, que a classe do produto (3.20) é a mesma da marca MAM (doc. 4), o que significa que a marca ‘Babi’, desde o começo, foi idealizada para concorrer com os produtos da Querelada.

Sucedeu que, em meados de março do corrente ano, a Querelante, surpresa, veio a tomar conhecimento de que a empresa dos Querelados estaria comercializando produtos fabricados pela MAM (especificamente, chupetas e bicos), não, apenas, além da data estipulada pelo Juízo Cível (cf. autos da medida preparatória), mas, o que é grave, em embalagem estranha, sob a marca ‘Babi’. A medida preparatória deferida por esse Juízo confirmou a informação.

A ilicitude é bastante evidente – os Querelados substituem, nos produtos MAM, as embalagens originais (cujos modelos foram anexados na medida preparatória) pelo nome ‘Babi’, desautorizadamente e, portanto, ilegalmente.

Paralelamente, por meio fraudulento, consistente na embalagem de produtos da Querelante em invólucros ‘Babi’, buscam os Querelados desviar da Querelante sua clientela, que será levada às seguintes crenças:

- poderá crer que o produto que está consumindo de alta qualidade é um produto ‘Babi’;
- poderá crer em uma associação, de todo inexistente, dos produtos da Querelante com a marca ‘Babi’.

Em todas as hipóteses, a clientela destes produtos é levada a erro, induzindo o consumidor a pensar que se trata de um produto de qualidade 'Babi', obtendo os Querelados, mediante fraude, a vantagem de ser reconhecida em mercado através da associação com um produto de alta qualidade (MAM), por meio de nome seu ('Babi').

Observa-se ainda, conforme documentado pelos Srs. Peritos do Juízo (fl. 56 da medida preparatória), que os dizeres constantes da embalagem relatam '*os bicos ortodônticos Babi ...*', referindo-se, no entanto, a produtos da Querelante.

O dolo se acentua na medida em que, tratando-se de ex-distribuidores de produtos MAM, os Querelados conhecem, portanto, a natureza, a qualidade e as características do produto que embalaram sob sua marca, ilegalmente.

Ressalte-se que, como parte da fraude, os dirigentes da BabyCare distribuem não somente os produtos da Querelante, sob a marca 'Babi' – distribuem outros bicos e mamadeiras, de qualidade desconhecida. A conseqüência deste procedimento é que, sob o manto do nome 'Babi', são vendidos produtos de alta qualidade (MAM) ao lado de produtos dos quais não se tem informação. Os anexos fotográficos que constam da perícia na medida preparatória dão conta deste fato." (fls. 145/146).

É evidente que a flagrante complexidade da causa, constatada, inclusive, com a leitura da inicial, coloca fora de combate o **habeas corpus**, dado que a verificação de eventual comercialização de chupetas marca MAM em embalagens da marca *Babi*, reclama profunda e meticulosa investigação probatória, sem qualquer sombra de dúvidas.

Ao venerando acórdão não esteve desapercebida esta circunstância, após firmar a tempestividade da queixa-crime, como, aliás, se pode verificar apenas do enunciado da ementa de fl. 152, **verbis**:

"Habeas corpus. Associação desautorizada e ilegal de produtos. Ação penal e iniciativa privada. Tempestividade. Decadência. Extinção da punibilidade. Ausência de justa causa. Atipicidade. *Writ* denegado por ambos os pedidos.

1. A Querelante ajuizou a ação penal de iniciativa privada em 6 de setembro de 2000 e não no dia 14 de setembro de 2000, pois o despacho recebendo a queixa fê-la enviar ao distribuidor com o carimbo

de autenticação mecânica, portanto, atestando a sua tempestividade, porque o lapso de tempo decorrente do envio dos autos ao distribuidor não pode jamais ser atribuído à Querelante.

2. Não se cuida de injusto de contrafação e, sim, de associação desautorizada de produtos, visto que não se alega falsificação de produto, mas o uso do produto da Querelante com o invólucro da marca das Pacientes.

3. Questão, por óbvio, complexa em relação à prova e com mutações fático-jurídicas diante de decisões judiciais congruentes que não pode ser resolvida pela via do **habeas corpus**.

4. *Writ* denegado.” (fl. 152).

Se, realmente houve associação desautorizada de produtos, com encarte de chupetas “MAM” em embalagens onde destacada a marca “Babi”, como se colhe do exemplar oferecido à fl. 112, a pendenga deverá encontrar solução na via própria da instrução criminal.

Quanto à propalada incidência da causa extintiva a impedir o desenvolvimento da queixa, cabe ressaltar, por oportuno e relevante, que o articulado inicial não enfrenta o venerando acórdão no ponto seguinte:

“2.4. Saliento, por fim, a cópia da queixa protocolada em cartório em 6 de setembro de 2000, onde passo a observar diante do original que ao invés da autenticação há um despacho manuscrito da própria autoridade judiciária na citada data (06.09.2000), conforme se constata à fl. 82 do presente HC.

Não se pode admitir qualquer confusão entre a data da mecanografia com a data da iniciativa da Querelante.

2.5. Iudex secundum allegata et probata partium indicare debet.

A título de ilustração, diga-se que a Querelante ajuizou a ação penal de iniciativa privada em 6 de setembro de 2000 e não no dia 14 de setembro de 2000, como sustenta o Impetrante, visto que a autoridade judiciária recebeu a queixa e despachou ao cartório para que se instrumentalizasse com o envio ao distribuidor. De notar, ainda, o carimbo de autenticação mecânica, com respectiva assinatura e matrícula do funcionário que recebeu, na cópia da queixa. Desta forma, a nosso sentir, a ação penal de iniciativa privada foi *tempestivamente* apresentada em,

por óbvio, o lapso de tempo consumido no trâmite burocrático do envio dos autos ao distribuidor não pode ser creditado à inércia da Querelante.” (fl. 166).

Também o parecer do Ministério Público Federal:

“Conquanto não haja reparo a fazer no v. acórdão a respeito da data do despacho da queixa-crime, em 6 de setembro, determinando a distribuição, como marco da interrupção decadencial, relativa ao trintídio da homologação do laudo (art. 529 do CPP) ...” (fl. 182).

No concernente ao prazo do art. 38 do CPP, a espécie, a exemplo do já consignado a respeito do trancamento da ação penal, não se submete ao crivo do angusto veio de conhecimento da impetração.

Com efeito, além de, na queixa-crime não haver a precisa data dos fatos e de sua autoria, limitando-se a Querelante a usar a expressão “meados de março” (fl. 145), circunstância, aliás, não explicitada pelo acórdão combatido, o argumento utilizado pela Subprocuradoria Geral da República também não rende ensejo a um juízo de certeza sobre o assunto, pois o fato de a Querelante saber que os Querelados, em 2 de junho de 1999, vendiam produtos de outra marca, não induz à conclusão que, dentre essa últimas (marcas), estaria a da Querelante, até porque, na peça acostada às fls. 86/92, referida pelo *Parquet*, não há, em momento algum, essa afirmação.

Diante disso, existindo fundadas dúvidas sobre a data inicial de contagem do prazo decadencial, a matéria refoge ao âmbito do *writ*, conforme já decidiu esta Corte:

“REsp. Processual Penal. Queixa. Decadência.

– Havendo dúvida em relação à data em que os autores da queixa tomaram conhecimento da autoria do ocorrido, impossível analisar matéria referente ao prazo decadencial do direito de queixa.” (REsp n. 198.429-SC, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ de 07.06.1999).

“Crime de imprensa. Trancamento de ação penal. Despacho de recebimento da queixa.

– As questões suscitadas na defesa preliminar devem ser apreciadas no despacho de recebimento da queixa-crime, podendo, entretanto, o Juiz remetê-las ao exame da sentença final de mérito, se envolvidas com este ou dependentes de prova.

– Não estando demonstrada a ocorrência da alegada decadência, por haver dúvida sobre o início do prazo, inviável é o exame desta matéria fática na via estreita do **habeas corpus**.

Recurso em **habeas corpus** improvido.” (RHC n. 4.643-SP, rel. Min. Assis Toledo, DJ de 11.09.1995).

Ante o exposto, denego a ordem.

HABEAS CORPUS N. 20.790 – RJ

(Registro n. 2002.0013876-0)

Relator: Ministro Fernando Gonçalves
Impetrante: João Costa Ribeiro Filho
Impetrado: Desembargador-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Paciente: Fernando de Miranda Ignácio (preso)
Sustentação oral: João Costa Ribeiro Filho (pelo paciente)

EMENTA: Processual Penal – Fiança – Quebra – Usurpação de competência – Inexistência – Ação penal – Justa causa – Trancamento – Matéria probatória – **Habeas corpus** – Via inadequada.

1. Concedida fiança pelo STJ, a sua quebra pode ser decretada pelo Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, sem se falar em usurpação de competência, haja vista cifrar-se o móvel da decisão no cometimento de nova infração penal (art. 341, parte final, do CPP) e não no descumprimento das condições impostas quando da concessão do benefício.

2. Conforme luzidia corrente doutrinária e jurisprudencial, a justa causa apta a autorizar o trancamento da ação penal é aquela perceptível *ictu oculi*, onde a ilegalidade é patente e evidenciada pela simples enunciação dos fatos, a demonstrar a ausência de qualquer elemento indiciário que dê base à acusação. No entanto, se há descrição pelo Ministério Público de crime em tese, com apoio em inquérito policial, impõe-se o prosseguimento da ação.

3. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, denegar a ordem de **habeas corpus**. Vencido o Sr. Ministro Vicente Leal. Os Srs. Ministros Paulo Gallotti e Fontes de Alencar votaram com o Sr. Ministro-Relator. Impedido o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Brasília-DF, 7 de maio de 2002 (data do julgamento).

Ministro Fernando Gonçalves, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 17.6.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves: Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Fernando de Miranda Iggnácio, que estaria a sofrer constrangimento ilegal por parte do Desembargador-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Segundo se colhe da exordial, o Paciente responde a duas ações penais, uma perante a 20ª Vara Criminal do Rio de Janeiro e outra perante o Órgão Especial do Tribunal de Justiça daquele Estado.

Nesta Corte, foram impetrados dois **habeas corpus** (4.329-RJ e 8.026-RJ), com obtenção de fiança nos valores de R\$ 5.600,00 e R\$ 8.500,00, respectivamente, ficando vinculado ao cumprimento de condições.

Em janeiro de 2002, teve o Paciente contra si recebido uma denúncia, onde é acusado de prática descrita como homicídio tentado, juntamente com outro co-réu.

Em fevereiro de 2002, a autoridade apontada como coatora, atendendo a pedido do Ministério Público, declarou quebrada a fiança concedida ao Paciente, determinando a perda de metade do valor depositado e, ainda, a expedição de mandado de prisão, na forma do art. 343 do CPP.

Insurge-se no presente *writ* contra essa decisão, arrolando-se, para tanto, três fundamentos:

1) a quebra da fiança somente pode ser declarada pelo tribunal que a concede, ou seja, o Superior Tribunal de Justiça, sendo a autoridade coatora incompetente para esse desiderato;

2) não há elementos suficientes para a aplicação da parte do art. 341 do CPP, porquanto não demonstrados indícios de ser o Paciente autor do fato delituoso;

3) inépcia da denúncia pela não-demonstração de justa causa, apta a desencadear a **persecutio criminis**.

Indeferida a liminar (fl. 119), foi interposto agravo regimental, não conhecido, na assentada da Sexta Turma, de 5 de março de 2002.

Prestadas as informações (fls. 136/138), opina a Subprocuradoria Geral da República pela denegação da ordem (fls. 146/151).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves (Relator): A decisão de reconhecimento da quebra da fiança tem a seguinte dicção:

“Ocorre que o apenado, no gozo do benefício da fiança concedida pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça, praticou outra infração penal, pela qual foi denunciado perante o 4º Tribunal do Júri da Comarca da Capital, como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, incisos I e IV, c.c. art. 14, inciso II, na forma do art. 29, todos do Código Penal, tendo a denúncia sido recebida em 11 de janeiro do corrente ano, como se verifica da documentação que instrui o presente pedido.

A prática de outra infração penal na vigência da fiança atrai, necessariamente, a aplicação da norma do art. 341 do Código de Processo Penal, que estabelece a quebra da fiança.

É pacífico o entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de que há quebra da fiança se o acusado praticar crime ou contravenção durante a vigência da fiança, sendo suficiente para a declaração da quebra da fiança a juntada de elementos razoáveis que indiquem a prática da infração, como, por exemplo, a denúncia.

Nesse sentido é a lição do Professor **Hélio Tornaghi** sobre a matéria:

‘Não é necessária sentença condenatória e, muito menos, sentença transitada em julgado. O fato puro e simples de o afiançado praticar nova infração é suficiente para que a fiança seja tida como quebrada. O Juiz do processo em que ele está afiançado conhece da nova infração apenas para o efeito de julgar quebrada

a fiança. Não o julga (**cognoscit, non iudicati**). Em princípio, basta que o fato novo seja típico.’ (Manual de Processo Penal, ed. 1963, vol. II, p. 904).

A egrégia Suprema Corte, invocando lições doutrinárias de **Basileu Garcia, Bento de Faria, Ary Franco, José Frederico Marques, Câmara Leal e Eduardo Spínola Filho**, proclamou que ‘*a infração penal praticada na vigência da fiança, para autorizar o quebramento desta, não precisará evidenciar-se pela sentença*’. (RTJ 54/805).

No caso em exame, o pedido veio instruído com cópia da denúncia e da decisão que a recebeu, elementos suficientes para a demonstração da seriedade da imputação relativa à nova infração penal, sendo desnecessária a existência de decisão condenatória definitiva.” (fls. 13/15).

Consoante se depreende, o motivo ensejador da declaração de quebra da fiança não se relaciona às condições impostas por esta Corte, mas, sim, pela existência de denúncia recebida, denotando, pelo menos em tese, a existência de prática de nova infração penal pelo Paciente, até então no gozo do benefício.

Nesse contexto, não há falar em usurpação da competência desta Corte ou de infringência à sua autoridade, porquanto o Desembargador-Presidente do Tribunal de origem, agindo dentro das atribuições que lhe cabe, na direção do processo penal ainda em trâmite contra o Paciente, apenas fez subsunir o fato (novo crime) ao comando legal (art. 341 do CPP, parte final).

Por isso, conforme já expendido, por ocasião do indeferimento da liminar, não se aplica à espécie o precedente desta Corte (HC n. 5.574-SP) trazido à colação. Na verdade, a quebra foi declarada de acordo com a lei, em função única da eventual prática de nova infração penal, não comportando esta sede a verificação de sua efetiva ocorrência, situação que reclama investigação probatória. E mais: a fiança foi concedida nos autos de um **habeas corpus**, já devidamente arquivado, não sendo curial, diante da notícia de novo crime, permaneça a autoridade responsável de mãos atadas, sem qualquer providência, posto que o STJ não poderia “desarquivar” o *writ* para declarar, então, quebrada a fiança. O caminho correto foi o adotado.

Da mesma forma, não se coloca a inépcia da denúncia em condição de conhecimento, porquanto, conforme luzidia corrente doutrinária e jurisprudencial, a justa causa apta a justificar o trancamento da ação penal é aquela

perceptível **ictu oculi**, onde a ilegalidade é patente e evidenciada pela simples enunciação dos fatos, a demonstrar a ausência de qualquer elemento indiciário que dê base à acusação. No entanto, se há descrição pelo Ministério Público de crime em tese, com apoio em inquérito policial, impõe-se o prosseguimento da ação. Vale, por oportuno, o tópico da denúncia onde acusado o Paciente de autor intelectual de tentativa de homicídio perpetrada contra Rogério Costa de Andrade Silva:

“O crime foi cometido mediante promessa de recompensa por terceira pessoa que ao mesmo estava unida por idêntico vínculo subjetivo, a vontade de matar, cabendo ao denunciado vantagem econômica, sendo uma delas noticiada como valor de vinte mil reais em dinheiro.

O crime foi praticado mediante recurso que dificultou a defesa da vítima, emboscada, vez que o executor, escondido no décimo quinto andar do prédio, aguardou a passagem obrigatória, naquele momento, da vítima pelo local.

O executor utilizou-se também de asfixia como meio para a prática do crime.

O ora denunciado foi o mandante, autor intelectual do fato acima narrado, tendo procurado um executor e o levantamento de dados que possibilitassem a prática do crime, concorrendo de qualquer modo para a prática do ilícito penal acima narrado.

Agiu o Réu por motivo torpe, pois prometeu recompensa ao executor, que ao mesmo estava unido por idêntico vínculo subjetivo, a vontade de matar, e que restou esclarecido com a apuração policial, cabendo ao executor vantagem econômica, sendo uma delas noticiada como valor de vinte mil reais em dinheiro.

É fato divulgado nos jornais ao longo de algum tempo antes e até mesmo depois deste crime aqui denunciado de que Réu e vítima, após a morte de Castor de Andrade, famoso nome ligado à contravenção conhecida por ‘jogo do bicho’ e de seu filho, Paulo de Andrade, tornaram-se rivais na exploração de jogos, inclusive eletrônicos, o que, apesar de negado por ambos, vem sendo objeto de investigação. Este motivo para levar à morte de um ou de outro não restou esclarecido neste apuratório e tão logo haja justa causa para a imputação deste ou outro motivo que se some ao já existente, adotará o Ministério Público as providências cabíveis.

A preparação intelectual do crime pelo segundo denunciado incluía a realização do crime, sendo utilizada a locação de um apartamento no *apart hotel* onde a vítima costumava freqüentar um dos imóveis e, portanto, no local onde poderia ser mais facilmente executada, em verdadeira emboscada.” (fls. 139/140).

Ora, afirmar, sem qualquer elemento de convicção, que os fatos apurados em regular inquérito, não se passaram desta maneira ou, mais ainda, que não teriam ocorrido, é tarefa própria do sumário de culpa e nunca do **habeas corpus**.

Ante o exposto, denego a ordem.

VOTO

O Sr. Ministro Fontes de Alencar: Sr. Presidente, considero bem pensada e bem exposta a tese do ilustre advogado quanto ao aspecto da competência. Todavia, o voto de V. Ex.^a alertou-me para a circunstância de que o processo no qual esses fatos ocorreram se encontra na origem, não há processo em curso neste Tribunal. No **habeas corpus** simplesmente foi concedida a fiança no referido processo. Então, não me parece que, no caso, tenha procedência a tese quanto ao problema da competência.

No mais, acompanho o voto de V. Ex.^a, denegando a ordem de **habeas corpus**.

VOTO

O Sr. Ministro Vicente Leal: Sr. Presidente, estou em que os outros fundamentos não são passíveis de apreciação na via estreita do **habeas corpus**. Todavia, entendo que a questão da competência é relevante, e a circunstância de encontrar-se o **habeas corpus** arquivado não afasta o direito de a parte ter prevalente uma decisão judicial afirmada no Superior Tribunal de Justiça.

A fiança cria o direito subjetivo de o réu permanecer em estado de liberdade durante o curso do processo. Trata-se de um instituto de natureza processual, próprio para dar ao réu de um processo penal a oportunidade de acompanhar o curso da ação em liberdade. Essa situação permanece hígida e valiosa.

Creio que somente o Superior Tribunal de Justiça – fiz tal afirmação no julgamento do **Habeas Corpus** n. 5.576-SP – é competente para

desconstituir uma fiança por ele concedida. Não pode o Tribunal de 2ª grau, de instância inferior, modificar uma situação processual afirmada, decidida por este Tribunal e transitada em julgado.

Daí porque, acolho o **habeas corpus** apenas no sentido de desconstituir a decisão que ordenou a quebra da fiança pelo relator, porque entendendo que somente esta Turma julgadora, que concedeu a fiança, pode desconstituí-la, à luz das normas regentes.

Pedindo vênua à V. Ex.^a, concedo parcialmente a ordem de **habeas corpus**, apenas para invalidar a quebra da fiança proclamada pela Autoridade-impetrada. Penso que a quebra da fiança pode ser agitada pelo Ministério Público perante esta Corte, a qual examinará as circunstâncias próprias para verificar se é o tema susceptível de quebra de fiança, que, creio, há de ser realizada dentro do contraditório.

RENOVAÇÃO DE JULGAMENTO VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Sr. Presidente, penso que o ilustre patrono do Paciente deixou bem clara a situação e não há necessidade de nenhum esclarecimento a mais sobre a matéria, que consta do voto de V. Ex.^a, do voto do Ministro Vicente Leal, da manifestação feita pelo Ministro Fontes de Alencar e também do memorial, que me foi encaminhado pelo ilustre advogado, trazendo todos os elementos necessários à compreensão da causa.

Penso que V. Ex.^a, com segurança e propriedade, respondeu ao argumento central deste **habeas corpus**, de que não seria da competência do Presidente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro quebrar a fiança no caso concreto. V. Ex.^a, em seu voto, após transcrever a decisão que havia revogado a fiança, deixa claro que:

“Consoante se depreende, o motivo ensejador da declaração de quebra da fiança não se relaciona às condições impostas por esta Corte, mas, sim, pela existência de denúncia recebida, denotando, pelo menos em tese, a existência de prática de nova infração penal pelo Paciente, até então no gozo do benefício.”

O acréscimo que V. Ex.^a faz, em seguida, é fundamental, a meu ver, para, na linha da compreensão que estou imprimindo em meu novo, chegar

à conclusão de que, efetivamente, poderia o Presidente do Tribunal ter praticado o ato ora atacado.

“Nesse contexto, não há falar em usurpação da competência desta Corte ou de infringência à sua autoridade, porquanto o Desembargador-Presidente do Tribunal de origem, agindo dentro das atribuições que lhe cabe, na direção do processo penal ainda em trâmite contra o Paciente, apenas fez subsumir o fato (novo crime) ao comando legal (art. 341 do CPP, parte final).

Por isso, conforme já expandido, por ocasião do indeferimento da liminar, não se aplica à espécie o precedente desta Corte (HC n. 5.574-SP) trazido à colação. Na verdade, a quebra foi declarada de acordo com a lei, em função única da eventual prática de nova infração penal, não comportando esta sede a verificação de sua efetiva ocorrência, situação que reclama investigação probatória. E mais: a fiança foi concedida nos autos de um **habeas corpus**, já devidamente arquivado, não sendo curial, diante da notícia de novo crime, permaneça a autoridade responsável de mãos atadas, sem qualquer providência, posto que o STJ não poderia ‘desarquivar’ o *writ* para declarar, então, quebrada a fiança. O caminho correto foi o adotado.”

Subscrevo integralmente os fundamentos de V. Ex.^a, o que faço também em relação à inépcia da denúncia – embora o ilustre patrono do Paciente não tenha abordado esse tema da tribuna, hoje, mas consta da impetração –, porquanto, como bem anotado, não é possível fazer esse reconhecimento sem uma incursão no material probatório dos autos, o que não é viável em **habeas corpus**.

Pedindo vênias ao Ministro Vicente Leal, acompanho o voto de V. Ex.^a e o do Ministro Fontes de Alencar, denegando a ordem de **habeas corpus**.

HABEAS CORPUS N. 24.658 – DF

(Registro n. 2002.0124829-0)

Relator: Ministro Vicente Leal

Impetrante: Luiz Carlos da Silva Neto

Impetrado: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios

Paciente: Edivaldo Gutierrez Correia (preso)

EMENTA: Penal – **Habeas corpus** – Pena – Individualização – Dosimetria – Critério trifásico – Inobservância – Nulidade.

– O processo de individualização da pena, de previsão constitucional, tem o seu rigoroso disciplinamento no art. 59 do Código Penal, que se completa com as disposições do art. 68 do mesmo estatuto, que preconiza o sistema trifásico: (a) é fixada, na primeira fase, a pena-base, atendidas as circunstâncias judiciais, no **quantum** necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime; (b) em seqüência, são consideradas as circunstâncias legais que agravam ou atenuam a pena, inscritas nos arts. 61 e 65 do Código Penal, e (c) por último, incidem e completam o processo de dosimetria as causas de diminuição e de aumento, classicamente conhecidas por circunstâncias majorantes ou minorantes, fixadas em níveis percentuais.

– É nula a sentença que, inobservando tais preceitos, fixa a pena por roubo em grau acima do mínimo e faz incidir circunstâncias, num processo único, sem decantar as fases, nem explicitar os motivos para a exasperação da reprimenda.

– **Habeas corpus** concedido em parte.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 18 de fevereiro de 2003 (data do julgamento).

Ministro Vicente Leal, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Vicente Leal: Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Edivaldo Gutierrez Correia, condenado pela prática do crime de latrocínio, no qual se ataca acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal que, em sede de apelação, deu parcial provimento ao recurso, tão-somente, para reduzir a pena para 27 anos de reclusão.

Nas razões de impetração, alega o Impetrante que a sentença é nula por falta de fundamentação no tocante à fixação da pena, e por imparcialidade do juízo. Sustenta, em síntese, que o douto Juízo **a quo** silenciou quanto aos critérios de que se serviu para impor ao Paciente a pena de 30 anos de reclusão, bem como não demonstrou a sua individualização, o que implica nulidade da mesma. Por fim, aduz que “por ter sido vítima da imprensa parcial e sensacionalista, o Juiz **a quo**, acabou por ter a sua imparcialidade afetada de maneira crucial, influenciando notoriamente na sua decisão”.

Prestadas as informações (fls. 44/45), foram os autos ao Ministério Público Federal que emitiu parecer favorável à concessão da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Vicente Leal (Relator): Primeiramente, no que diz respeito à alegação de imparcialidade do juízo, tenho que o pedido não comporta conhecimento por esta Corte.

Como já assinalado, o presente **habeas corpus** ataca acórdão proferido em sede de apelação criminal, em que se manteve decisão condenatória.

Assinale-se que em tal hipótese, quando a impetração é dirigida contra acórdão que impôs uma condenação criminal, seja em sede de ação penal originária, seja no julgamento de apelação criminal, e até mesmo em sede de revisão criminal, os fundamentos do *writ* devem situar-se no campo das questões apreciadas no julgamento impugnado.

Na verdade, o ato atacado é o teor do acórdão proferido pelo Tribunal **a quo**, não podendo a impetração trazer ao debate matéria que não foi objeto de expresse pronunciamento do Tribunal.

No caso em tela, o Impetrante alega que a imparcialidade do Juiz foi afetada de maneira a influenciar notoriamente em sua decisão.

Ora, o tema acima enfocado não foi objeto de debate nas razões de apelação, nem houve pronunciamento sobre o assunto por ocasião do julgamento do mencionado recurso.

Por fim, examinando-se a segunda tese deduzida no presente *writ*, é de se reconhecer que efetivamente o acórdão que confirmou a sentença em discussão deve ser desconstituído por que contaminado por vício insanável.

E o vício decorre da forma adotada pelo Juiz-sentenciante ao fixar a pena de reclusão, sem observância do cânones que regem o processo de individualização da pena, matéria de dignidade constitucional.

Para um melhor exame da questão, eis o teor da parte dispositiva da r. sentença condenatória:

“Edivaldo Gutierrez Correia é réu primário e de bons antecedentes. Juntou vários documentos favoráveis à sua pessoa, na medida que comprovam passado limpo. Foi, todavia, em companhia de Alexandre, mentor e executor do crime. Tentou colher os frutos da venda do veículo para resolver situação particular. Teve participação decisiva em todos os atos de preparação e execução, utilizando-se da sua maior inteligência e preparo, em relação aos demais réus. Durante a audiência para oitiva das testemunhas, adotou comportamento frio e em alguns momentos ares de zombaria. As conseqüências da sua ação foram funestas para a vítima Juvenal, que perdeu a vida e, também, para Vicente, que sofreu danos materiais de monta. Utilizou-se, ainda, da sua boa aparência para não despertar suspeita na vítima. Tem a personalidade voltada para o crime, pois, à fl. 60 está a carteira de identidade falsa que usava em nome de Luiz Fernando Quintanilha. Há notícias nos autos sobre comportamento inadequado quando era funcionário do Banco do Brasil. Fixo-lhe a pena de 30 anos de reclusão, em definitivo, o Réu cumprirá a pena em regime fechado.” (fls. 27/28).

E, no acórdão que reexaminou o decreto condenatório, o Tribunal **a quo**, ao reduzir a pena para 27 anos de reclusão, reconheceu que a imposição se revelou exasperada, ante as circunstâncias do art. 59. Todavia, não corrigiu o erro pertinente ao desprezo pelo sistema legal de individualização da pena (fl. 38).

Com efeito, o nosso ordenamento jurídico contém rigoroso sistema de imposição de pena em matéria criminal, cuja observância é obrigatória, sob pena de invalidade jurídica do decreto condenatório. O art. 59 do Código

Penal traça as diretrizes do modelo de individualização da pena, cujas disposições se completam com o preceito inscrito no art. 68 do mesmo estatuto. Este último dispositivo preconiza o sistema trifásico, que assim se desenvolve, em síntese: (a) é fixada, na primeira fase, a pena-base, atendidas as circunstâncias judiciais inscritas no art. 59 do CP, no **quantum** necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime; (b) em seqüência, são consideradas as circunstâncias legais que agravam ou atenuam a pena, previstas nos arts. 61 e 65 do CP, e (c) por último, incidem e completam o processo de dosimetria as causas de aumento e de diminuição de pena, classicamente conhecidas por majorantes ou minorantes, fixados em níveis percentuais.

No caso, como já afirmado, o acórdão confirmou a sentença condenatória e fixou a pena de 27 anos de reclusão pelo latrocínio bem acima do mínimo legal, num processo único, desprovido de qualquer fundamentação, sem decantar as fases, nem explicitar os motivos ou circunstâncias para a exasperação da reprimenda.

Descumpriu-se, deste modo, comando imperativo, susceptível de invalidação do decreto condenatório.

A propósito, cite-se, no pertinente, excerto do parecer da ilustre Subprocuradora-Geral da República Ela Wiecko V. de Castilho, **verbis**:

“Como sabido, o processo de individualização da pena constitui-se de três fases, fixando primeiro a pena-base, atendidas as circunstâncias judiciais, considerando-se após as circunstâncias agravantes ou atenuantes e ultimando-se o processo com a incidência das causas de diminuição e de aumento, fixadas em níveis percentuais. Dito isto, é necessário reconhecer que o Juiz não seguiu tais preceitos, inexistindo distinção entre as fases e critérios para a imposição da reprimenda, e impondo, de uma só vez, a pena de 30 anos de reclusão. A inobservância do critério trifásico, quando imposta pena acima do mínimo legal, torna nula a sentença na parte da fixação da reprimenda ...

Dessa forma, é nula a sentença no que pertine à fixação da pena.

De se ressaltar ainda dois aspectos importantes: primeiramente, a necessidade de nova fixação da pena não enseja o afastamento do limite já imposto pelo Tribunal de Justiça (27 anos de prisão), sob pena de **reformatio in pejus** indireta. Além disso, o reconhecimento da nulidade em questão não importa seja o Paciente colocado em liberdade.” (fls. 87/88).

Isto posto, concedo em parte o **habeas corpus** para anular o acórdão na parte referente à fixação da pena privativa de liberdade, sem prejuízo da condenação e mantida a prisão do Paciente.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 26.037 – SP

(Registro n. 2002.0173911-8)

Relator: Ministro Paulo Medina
Impetrante: Erinaldo Bezerra Leite
Advogado: Paulo César Reolon
Impetrado: Desembargador-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Paciente: Erinaldo Bezerra Leite (preso)

EMENTA: Penal e Processual Penal – Homicídio qualificado – Prisão preventiva fundada na gravidade do delito, em abstrato e na probabilidade de fuga do co-réu – Constrangimento ilegal evidenciado.

A simples presunção de periculosidade em razão da natureza abstrata do delito não enseja a decretação de prisão preventiva, quando não demonstrada a periculosidade do agente e, por conseguinte, qualquer prejuízo para a ordem pública ou para o desenvolvimento da ação penal.

O decreto de prisão preventiva deve fundamentar-se em fatos que efetivamente justifiquem a excepcionalidade da medida, atendidos os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal.

Juízos subjetivos quanto à probabilidade de fuga, máxime do co-réu, não bastam para a manutenção da custódia, como expediente para garantir a instrução criminal.

Deve o Magistrado demonstrar, de modo efetivo, as circunstâncias concretas, suscetíveis de ensejar a custódia preventiva, consistentes nos maus antecedentes e na periculosidade do agente, com o fito de justificar o decreto prisional.

Precedentes jurisprudenciais.

Ordem concedida, nos termos do voto.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 15 de abril de 2003 (data do julgamento).

Ministro Paulo Medina, Relator.

Publicado no DJ de 02.06.2003.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Medina: Trata-se de **habeas corpus** impetrado por Erinaldo Bezerra Leite, em causa própria, contra acórdão proferido pela Primeira Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, pelo qual foi mantida a custódia preventiva.

O Paciente encontra-se preso preventivamente, por suposta infração ao artigo 121, § 2º, inciso IV, c.c. artigo 29, ambos do Código Penal.

Alega constrangimento ilegal, que estaria a advir da ausência de pressupostos autorizativos da prisão preventiva, já que o Paciente é primário, detém bons antecedentes, possui emprego e residência fixa.

Aduz que, após o relaxamento de sua prisão temporária, continuou residindo no distrito da culpa por cerca de um ano, trabalhando e cuidando da família, em nada prejudicando a instrução criminal ou abalando a ordem pública (fl. 8).

Afirma que *“em 1 (um ano) de liberdade provisória, o Paciente não abalou a ordem pública, não fugiu, não se envolveu em qualquer novo delito, e, compareceu todas as vezes que foi convocado, e, apenas se absteve e permaneceu calado, exercitando seu direito constitucional, quando do interrogatório policial ou na fase extrajudicial, quando ainda em curso sua custódia provisória, onde é vedada a sua defesa, ou seja, a ordem pública ficou perfeitamente garantida, bem como a aplicação da lei penal”* (fl. 10, grifos no original).

Reitera que o constrangimento ilegal deriva do convencimento “de que *‘poderá’* ficar foragido, apesar de ter demonstrado que não pretende empreender fuga, ante os elementos suso expostos (residência fixa, trabalho fixo, filho recém-nascido)”.

Argúi que inexistem sequer indícios de autoria, eis que os testemunhos são hesitantes e contraditórios e, ainda, que uma das testemunhas de acusação não reconheceu o Paciente como autor do delito (fl. 12).

Requer a concessão da ordem, para revogar o decreto de prisão preventiva.

As informações solicitadas foram prestadas (fls. 366/395).

Opina a douta Subprocuradoria Geral da República pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Medina (Relator): O Paciente, acusado de homicídio qualificado, com motivação passional, que teria praticado em 27 de março de 2001, teve prisão temporária decretada por 30 (trinta) dias, (fl. 48), a qual foi renovada por igual período (fl. 152).

O mandado foi cumprido em 3 de setembro de 2001 (fl. 108).

Em 03.10.2001, a Magistrada denegou pedido de revogação da prisão temporária, alegando que (fl. 128):

“O Requerente é suspeito da prática de homicídio qualificado.

A prisão temporária do Requerente, consoante já afirmado, mostra-se necessária às investigações policiais, em especial para averiguação de outro suspeito.”

Assim, restou aprisionado até 1ª de dezembro de 2001, quando foi posto em liberdade (fl. 273).

A prisão preventiva foi solicitada pelo Delegado de Polícia, ao término do inquérito – quase um ano depois do fato, em 18.09.2002 –, porque (fl. 230):

“Os indiciados demonstraram firme propósito e disposição de não se submeterem à aplicação da lei penal ao permanecerem por longo período foragidos.”

A propósito, assim falou o membro do *Parquet* (fl. 241v.):

“MM. Juiz:

Nada a opor ao pedido formulado pela autoridade policial, pois satisfeitos os requisitos legais.”

A Juíza de 1^a grau decidiu decretar a prisão preventiva em 19.09.2002, sob o seguinte fundamento (fl. 243):

“Nos termos da manifestação do representante do Ministério Público, que acolho, *decreto a prisão preventiva* dos réus Erinaldo Bezerra Leite e Irandi Rodrigues Coelho, com fundamento nos artigos 312 e seguintes do Código de Processo Penal, *isso porque o crime cometido é grave, e, ante a conduta, a custódia cautelar mostra-se necessária para a garantia da ordem pública e aplicação da lei penal.* (grifei).

Expeçam-se mandados de prisão.”

O acórdão proferido pela Primeira Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a seu turno, denegou a ordem sob o seguinte fundamento (fls. 383/384):

“A custódia provisória do Paciente encontra-se bem fundamentada e não afronta o princípio da presunção da inocência, visando, sim, garantir o correto desenrolar da atividade processual, com vistas à busca da verdade real.

No caso em análise, a autoridade apontada como coatora expôs, de forma clara, os motivos que determinaram a prisão do Paciente, nada mais havendo a se discutir, pois não se vislumbra constrangimento ilegal a ser reparado por via de **habeas corpus**.

[...]

Não se pode olvidar, ainda, que ao contrário do sustentado, o Paciente esteve de fato foragido, nada garantindo que se for colocado em liberdade não voltará novamente ao anonimato. Tanto isso é verdade que quando lhe foi decretada a prisão temporária, o mandado foi cumprido no Município de Saloá, Estado de Pernambuco, em 24.07.2002, conforme ofício copiado à fl. 197 (apenso).

De ser observado, também, que embora a gravidade do crime seja insuficiente para embasar o decreto de prisão preventiva, como anotado

pela ilustre Defesa, é certo que a gravidade concreta do delito, evidenciada pelas circunstâncias em que ele foi cometido, basta para justificar a segregação cautelar.”

Como registrado, a prisão temporária do Paciente fora decretada “em especial, para averiguação de outro suspeito” (fl. 128), foi convertida em preventiva “porque o crime é grave” (fl. 243) e acabou sendo mantida pelo Tribunal de Alçada porque o co-réu Irandi Rodrigues Coelho empreendeu fuga, sendo detido “no Município de Saloá, Estado de Pernambuco” (fls. 383/384).

Fica evidente, assim, que o decreto prisional não está bem fundamentado, não apenas porque tem por base subjetiva apenas a gravidade do delito e, objetivamente, porque refere à fuga empreitada pelo co-réu.

Em verdade, o Paciente foi preso temporariamente por 60 dias e não consta que, após libertado, enquanto não decretada a prisão preventiva, tenha procurado, por qualquer meio, obstar o desenvolvimento da ação penal ou, de outra parte, comprometer, com sua conduta, a ordem pública.

Restando, pois, evidenciado que os motivos que embasaram o decreto prisional preventivo não ultrapassam a seara subjetiva da apreciação em abstrato sobre a gravidade do crime supostamente cometido pelo Paciente – não demonstrada a sua periculosidade – e, outrossim, que foi mantido pelo Tribunal coator em face de circunstância expressa, à qual o Paciente não deu causa (fuga), é cabível a ordem de **habeas corpus**.

Neste sentido, assim tem decidido esta Corte:

“Criminal. RHC. Homicídio qualificado. Prisão preventiva. Ausência de concreta fundamentação. Motivação fulcrada em conjecturas e probabilidades. Circunstâncias referidas que já estão subsumidas no tipo. Necessidade da custódia não demonstrada. Recurso provido.

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.

Juízos de mera probabilidade não podem servir de motivação à custódia para a conveniência da instrução criminal.

A possibilidade de abalo à ordem pública não pode ser sustentada por circunstâncias que estão subsumidas na gravidade do próprio tipo penal.

Recurso provido para revogar a prisão cautelar efetivada contra Alessandro Aparecido Cardoso, 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^o grau, sem prejuízo de que venha a ser decretada novamente a custódia, com base em fundamentação concreta.” (HC n. 13.228-SP, relator o Min. Gilson Dipp, DJ de 03.02.2003).

“**Habeas corpus**. Homicídio duplamente qualificado. Excesso de prazo na instrução criminal. Negativa de autoria. Ausência de fundamentação do decreto prisional. Presunção de periculosidade do agente em face da natureza hedionda do crime. Incabimento. Ordem concedida.

1. ‘Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo.’ (Súmula do STJ, enunciado n. 52).

2. Não demonstrada, na luz da evidência, **primus ictus oculi**, a negativa de autoria, deve a questão, por demandar aprofundado exame do conjunto fático-probatório, ser decidida em momento processual oportuno, qual seja, por ocasião da prolação da sentença, refugindo a matéria, pois, da via angusta do **habeas corpus**.

3. A fundamentação das decisões do Poder Judiciário, tal como resulta da letra do inciso IX do artigo 93 da Constituição da República, é condição absoluta de sua validade e, portanto, pressuposto da sua eficácia, substanciando-se na definição suficiente dos fatos e do direito que a sustentam, de modo a certificar a realização da hipótese de incidência da norma e os efeitos dela resultantes.

4. Tal fundamentação, para mais, deve ser deduzida em relação necessária com as questões de direito e de fato postas na pretensão e na sua resistência, dentro dos limites do pedido, não se confundindo, de modo algum, com a simples reprodução de expressões ou termos legais, postos em relação não raramente com fatos e juízos abstratos, inidôneos à incidência da norma invocada.

5. A circunstância do delito em apuração se tratar de crime hediondo não impede, por si só, o deferimento de liberdade provisória (precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça).

6. Ordem concedida para convolar em definitiva medida liminar anteriormente deferida.” (HC n. 19.882-SP, relator o Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 19.12.2002).

O Supremo Tribunal não diverge deste entendimento, a saber:

“Ementa: **Habeas corpus**. Homicídio duplamente qualificado. Prisão preventiva. Pronúncia. Garantia da ordem pública.

1. O princípio ínsito no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, não impede a prisão antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, mas, apenas, que o nome do réu seja desde logo lançado no rol dos culpados. Precedentes do Plenário do STF.

2. A revogação da prisão preventiva em sentença de pronúncia é faculdade atribuída ao Juiz, não constituindo direito subjetivo do réu, ainda que preencha os requisitos previstos no art. 408, § 2º, do CPP.

3. Não constitui constrangimento ilegal a sentença de pronúncia que, devidamente fundamentada na garantia da ordem pública pela gravidade do crime e por sua repercussão, mantém a prisão do réu já decretada preventivamente.

4. O **habeas corpus** não é o instrumento processual adequado ao exame da existência ou não de prova do envolvimento do paciente no delito.

5. **Habeas corpus** indeferido.” (HC n. 75.077-SP, relator o Min. Maurício Corrêa, DJ de 15.05.1998).

E, ainda,

“Ementa: **Habeas corpus**. Prisão preventiva decretada na pronúncia e fundamentada na gravidade dos fatos.

1. As cautelas de que se cercou o Juiz-prolator da pronúncia, para decretar a prisão preventiva, estão fundamentadas não só na gravidade do delito, mas, sobretudo, no poder de pressão sobre as testemunhas.

2. A gravidade das circunstâncias em que foi cometido o duplo homicídio marcado pela crueldade e violência, a convicção da autoria dos delitos, a periculosidade demonstrada pelo agente e o temor das testemunhas, convergem na necessidade da prisão preventiva, para garantia da ordem pública e por conveniência da instrução criminal, ainda que se trate de réu primário e de bons antecedentes.

3. **Habeas corpus** conhecido, mas indeferido.” (HC n. 73.847-SP, relator o Min. Maurício Corrêa, DJ de 11.10.1996).

Destarte, verifica-se que a prisão preventiva do Paciente, decretada e, afinal, mantida, não está suficientemente fundamentado, de modo a autorizar a custódia cautelar.

Posto isso, *concedo* a ordem, determinando 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 1ª grau, sem prejuízo de que venha a ser decretada novamente a custódia, com base em fundamentação adequada e concreta.

HABEAS CORPUS N. 26.612 – SE

(Registro n. 2003.0007659-4)

Relator: Ministro Paulo Medina
Impetrante: Ermelino Costa Cerqueira
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe
Paciente: Roosevelt Souza de Oliveira

EMENTA: Penal e Processual Penal – Roubo qualificado pelo concurso de agentes e emprego de arma de fogo – Prisão preventiva – Manutenção – Decisão fundada unicamente na gravidade do delito, em abstrato.

A simples presunção de periculosidade e conseqüente comprometimento da ordem pública, decorrente da natureza abstrata do delito, não enseja a decretação de prisão preventiva.

Writ concedido.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 15 de abril de 2003 (data do julgamento).

Ministro Paulo Medina, Relator.

Publicado no DJ de 02.06.2003.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Medina: Trata-se de **habeas corpus** com pedido liminar, impetrado contra acórdão proferido pela Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, que denegou pedido de revogação da prisão preventiva decretada nos autos da Ação Penal n. 142/2002.

O Paciente foi preso preventivamente em face de denúncia que lhe imputa a prática, em tese, de infração ao art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal.

Alega-se constrangimento ilegal que estaria a advir do fato de que a manutenção da prisão preventiva está fundada unicamente na gravidade em abstrato do delito.

Afirma o Impetrante que o Paciente não constitui ameaça à ordem pública, posto que não possui antecedentes criminais, é estudante e exerce ofício lícito, apesar de momentaneamente desempregado.

O pedido liminar foi indeferido (fl. 161).

A autoridade apontada como coatora prestou as informações solicitadas (fls. 167/206).

Opina a Subprocuradoria Geral da República pela concessão da ordem. É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Medina (Relator): O parecer do Ministério Público Federal pugna pela concessão do *writ* sob o fundamento de que a decretação da prisão preventiva não pode ter como fundamento hipóteses ou meras probabilidades, pois exige “motivação concreta com base em fatos relevantes” (fl. 209).

Com efeito, o Tribunal formou seu convencimento acerca da manutenção da custódia cautelar com base no seguinte argumento, **verbis** (fl. 204):

“O Paciente fora denunciado como incurso nas sanções do art. 157, § 2º, incisos I e II (roubo mediante emprego de arma, com concursos

de pessoas). *Trata-se de crime de natureza grave e que representa uma grande ameaça à paz social, visto que os Réus agiram em concurso, fato que possibilita o cometimento de novos delitos se permanecerem livres.*

Dessa forma, a garantia da ordem pública fica clara e evidente como motivo bastante para a decretação da custódia cautelar ..." (grifei).

Não obstante, não está devidamente comprovada, nos autos, a periculosidade do Paciente, de modo que se possa inferir que a concessão de liberdade provisória seria suscetível de comprometer a ordem e a paz públicas.

Registro que o roubo foi perpetrado sem violência, como consta da declaração de fl. 54 (depoimento da vítima Liverton dos Santos Libório) e, ademais, o Paciente apresentou-se espontaneamente à polícia, o que afasta qualquer inferência quanto a seu eventual ânimo em obstar o cumprimento da instrução criminal.

Portanto, se a recusa da liberdade provisória decorre de simples prevenção de perigo, derivada da natureza abstrata do delito, é cabível o manejo do *writ*, para que cesse o constrangimento ilegal.

Em situação semelhante, assim tem decidido o Superior Tribunal de Justiça:

“Habeas corpus. Roubo com emprego de arma e concurso de pessoas. Prisão em flagrante. Pedido de liberdade provisória. Ausência de fundamentação do decreto indeferitório. Nulidade reconhecida. Paciente primário, possuidor de bons antecedentes, residência fixa e emprego lícito. Ordem concedida.

1. A fundamentação das decisões do Poder Judiciário, tal como resulta da letra do inciso IX do artigo 93 da Constituição da República, é condição absoluta de sua validade e, portanto, pressuposto da sua eficácia, substanciando-se na definição suficiente dos fatos e do direito que a sustentam, de modo a certificar a realização da hipótese de incidência da norma e os efeitos dela resultantes.

2. Tal fundamentação, para mais, deve ser deduzida em relação necessária com as questões de direito e de fato postas na pretensão e na sua resistência, dentro dos limites do pedido, não se confundindo, de modo algum, com a simples reprodução de expressões ou termos legais, postos em relação não raramente com fatos e juízos abstratos, inidôneos à incidência da norma invocada.

3. Os requisitos da prisão preventiva, ainda que a custódia decorra de flagrante delito, devem ser expostos e justificados sob a luz da relação dos fatos e do direito postos na pretensão, sob pena de relegar ao arbítrio toda e qualquer restrição à liberdade do indivíduo.

4. Sendo o Paciente comprovadamente primário, possuidor de bons antecedentes, residência fixa e emprego lícito, mister se faz, para a manutenção da sua custódia cautelar, a referência expressa a motivos concretos que desautorizem a concessão de sua liberdade provisória, não sendo suficiente, pois, mera alusão à regularidade do auto de prisão em flagrante.

5. Ordem concedida para, reformando o acórdão impugnado e cassando o decreto monocrático, deferir ao Paciente a liberdade provisória, nos termos do artigo 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal, com o compromisso de estar presente a todos os atos e termos do processo, sob pena de revogação da medida.” (HC n. 18.965-RJ, relator o Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 19.12.2002).

No mesmo sentido, recolho o RHC n. 9.648-SP, relator o Min. Felix Fischer, DJ de 02.05.2000, assim ementado:

“Processual Penal. Recurso ordinário em **habeas corpus**. Excesso de prazo para a formação da culpa. Questão não deduzida no egrégio Tribunal **a quo**. Não-conhecimento. Falta de fundamentação da decisão que indeferiu o pedido de liberdade provisória. Concessão do *writ* de ofício.

I – A questão referente ao excesso de prazo para a formação da culpa não foi ventilada no v. julgado do egrégio Tribunal **a quo**, pelo que desmerece ser conhecida.

II – O benefício da liberdade provisória foi negado unicamente em face da gravidade do crime de roubo, perpetrado em concurso de agentes, com uso de arma de fogo. A gravidade do delito, por si só, não enseja a decretação da custódia cautelar. Ademais, as circunstâncias elencadas no r. **decisum** compõem as qualificadoras do crime, não valendo como fundamentação concreta e específica necessária para a decretação da medida excepcional.

– Ordem deferida de ofício, para conceder liberdade provisória ao Paciente, sem prejuízo de eventual decretação de prisão preventiva devidamente fundamentada.”

Portanto, para justificar a manutenção da custódia cautelar, não basta, **per se**, considerar tão-somente a gravidade do delito, em abstrato.

Posto isso, *concedo* a ordem, sem prejuízo da decretação de nova custódia, devidamente fundamentada, em face de causa superveniente que a justifique.

HABEAS CORPUS N. 26.865 – SP

(Registro n. 2003.0017218-2)

Relator: Ministro Paulo Medina
Impetrante: Amílton Antônio Rodrigues Novais
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Paciente: Amílton Antônio Rodrigues Novais (preso)

EMENTA: Penal e Processual Penal – Roubo e latrocínio – Alegação de erro judiciário – Pretensão de reforma do julgamento – Improriedade da via eleita.

O **habeas corpus** constitui meio impróprio para o exame de alegações que exijam o reexame do conjunto fático-probatório – como a sustentada existência de grave erro judiciário –, máxime quando ataca a atuação de policiais na condução do inquérito policial, posto que implica inafastável dilação probatória, incabível na via estreita do **habeas corpus**.

Ordem denegada.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 8 de abril de 2003 (data do julgamento).

Ministro Paulo Medina, Relator.

Publicado no DJ de 02.06.2003.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Medina: Trata-se de **habeas corpus** impetrado por Amílton Antônio Rodrigues Novais, em causa própria, eis que restou condenado a 42 (quarenta e dois) anos de reclusão por infração ao art. 157, § 2º, incisos I e II, § 3º e, ainda, por tentativa de latrocínio.

Alega a ocorrência de erro judiciário no julgamento a que foi submetido perante a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Em petição longa e detalhada, informa que seu nome foi incluído por aditamento à denúncia e que “não teve, nem confessou participação no roubo da Denar Química Ltda, não foi reconhecido por nenhuma testemunha presencial do roubo tentado, nenhuma prova foi colhida na fase da instrução criminal, que determinasse indício de sua participação, foi preso na sua casa, quando estava na companhia de seus filhos e esposa” (fl. 8).

Aduz que “os funcionários da Empresa foram os que tiveram contato direto com os roubadores e, em nenhuma fase do processo *o reconheceram*, como se estivesse presente no local onde se deram os fatos” (fl. 9, grifos no original).

Afirma que não pretende “que sejam analisadas as provas, por saber que o **habeas corpus** não é meio que comporta analisar *provas*, mas que seja reconhecida a total ausência de defesa” (fl. 11, grifos originais).

Conclui asseverando que os verdadeiros autores do crime estão presos na Bahia e, ainda, que “se nem mesmo a confissão constitui prova plena de sua culpabilidade, como se poderá aceitar como prova plena de culpa, uma confissão que fora retratada em juízo, com abertura de sindicância de apuração de tortura e corrupção (cobrança de propinas)” (fl. 12).

Requer a concessão da ordem para que seja reconhecido o erro judiciário.

O pedido foi dirigido originalmente ao Supremo Tribunal Federal, que declinou da competência (fl. 26).

Aditamento à inicial foi juntado às fls. 39/46.

A autoridade coatora prestou as informações solicitadas (fls. 89/90).

A Subprocuradoria Geral da República opina pela denegação da ordem, de vez que o pedido demanda dilação probatória.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Medina (Relator): O pedido não é, à evidência, suscetível de resolver na via angusta do **habeas corpus**, porquanto, em que pese os argumentos expendidos pelo Impetrante-paciente, dependem essencialmente da revisão do conjunto fático-probatório dos autos, de todo inviável.

Com efeito, pedido idêntico, formulado pelo co-réu Francisco Batista de Oliveira, já foi denegado pelos mesmos motivos (HC n. 18.280-SP), conforme acórdão relatado pelo Ministro Fernando Gonçalves, que restou assim ementado:

“Processual Penal. Condenação. Provas. Existência. **Habeas corpus**. Via imprópria.

1. A aferição da existência de provas suficientes para condenação e se a confissão do Paciente foi obtida sob tortura são intentos não adequados com a via eleita, pois demandam incursão na seara fático-probatória, inviável de ser levada a cabo no angusto veio de conhecimento do *writ*.

2. Ordem denegada.” (HC n. 18.280-SP, relator o Min. Fernando Gonçalves, DJ de 04.02.2002).

No mesmo sentido e a propósito, recolho os seguintes precedentes:

“Criminal. HC. Nulidade da decisão condenatória e do acórdão. Alegação de erro judiciário. Pretensão de desconstituição do julgado. Impropriedade do meio eleito. Flagrante ilegalidade não demonstrada. Ordem denegada.

I – O **habeas corpus** se constitui em meio impróprio para o exame de alegações que exijam o reexame do conjunto fático-probatório – como a sustentada existência de grave erro judiciário, atacando, inclusive, a atuação de Procurador da República e de Juiz-Substituto – tendo em vista a incabível dilação que se faria necessária.

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

III – Ordem denegada.” (HC n. 10.415-PR, relator o Min. Gilson Dipp, DJ de 28.02.2000).

“Processual Penal. **Habeas corpus**. Sentença condenatória. Desconstituição. Questão controvertida. Improriedade do *writ*.

– O **habeas corpus**, em razão do seu rito processual estreito, que não comporta dilação probatória, não é remédio adequado para o debate sobre validade de sentença porque fundada em elementos colhidos na fase do inquérito policial.

– Se, para o reconhecimento da inocência do Paciente é imperativo o exame de questão de fato controvertida, especificamente quanto à alegação de que o verdadeiro autor do crime, na oportunidade de sua prisão, teria se identificado com o seu nome, o tema situa-se fora do alcance do **habeas corpus**.

– **Habeas corpus** denegado.”

Destarte, ante a insuperável necessidade de dilação probatória, torna-se inviável o *writ*.

Posto isso, *denego* a ordem.

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 12.669 – SP

(Registro n. 2002.0044192-4)

Relator: Ministro Vicente Leal
Recorrente: Vagner da Costa
Advogados: Vagner da Costa e outros
Recorrido: Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo
Paciente: Willian Cherez da Silva (preso)

EMENTA: Processual Penal – **Habeas corpus** – Sentença condenatória – Não-apreciação expressa da tese da defesa – Nulidade – Inocorrência – Pena – Circunstância atenuante – Incidência

obrigatória – Fixação abaixo do mínimo legal – Direito de recorrer em liberdade – CPC, art. 594 – Garantia não violada.

– Não ocorre nulidade por falta de prestação jurisdicional na hipótese em que o decreto condenatório se encontra composto com a necessária e adequada fundamentação quanto aos motivos pelos quais o Magistrado acolheu a tese da acusação, ainda que não tenha se referido expressamente à da defesa.

– Fixada a pena-base no mínimo legal, não há espaço para a sua redução por força do reconhecimento de circunstância atenuante, como proclamado pela Súmula n. 231 deste Tribunal.

– Não tem direito de apelar em liberdade em face de sentença penal condenatória o réu que, preso em flagrante delito, nesta condição permaneceu durante o curso do processo, pois um dos efeitos da sentença condenatória é *ser o réu conservado na prisão, ex vi* do art. 393, I, do Código de Processo Penal.

– Recurso ordinário desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Fernando Gonçalves, Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti e Fontes de Alencar votaram com o Sr. Ministro-Relator.

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

Ministro Vicente Leal, Relator.

Publicado no DJ de 19.12.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Vicente Leal: O advogado Vagner da Costa impetrou **habeas corpus** em favor de Willian Cherez da Silva, buscando a nulidade da sentença que o condenou pelo crime de roubo qualificado, sob a alegação de falta de fundamentação e, ainda, porque inobservado o disposto no art. 65, I, do Código Penal. Postulou, por fim, o direito de aguardar em liberdade o desfecho da ação penal.

A egrégia Sexta Câmara do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo denegou a ordem, sustentando que a sentença não padece de nulidade, uma vez que apreciou todas as teses da defesa e que a atenuante da menoridade não poderia ser utilizada, uma vez que a pena fora aplicada no mínimo legal. Sustentou, ainda, que foi negado ao Paciente o recurso em liberdade porque respondera ele ao processo sob custódia, porque preso em flagrante delito.

Irresignado, o Recorrente interpõe o presente recurso ordinário, reiterando as alegações expostas na impetração inicial e insistindo na declaração de nulidade da sentença, bem como na concessão do direito de apelar em liberdade.

Apresentadas as contra-razões, subiram os autos a esta Corte.

Nesta Instância, a douta Subprocuradoria Geral da República opinou pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Vicente Leal (Relator): Conforme anotado no relatório, o presente recurso ordinário condensa tripla pretensão: (a) nulidade da sentença, por falta de fundamentação; (b) erro na fixação da pena, porque exasperada, e (c) direito de apelar em liberdade.

Examine-se a primeira alegação.

Para a adequada análise do tema, destaquem-se as considerações contidas no bojo do decreto condenatório:

“A presente ação penal é procedente. As versões dos Réus restaram isoladas diante da prova oral colhida em juízo sob o crivo do contraditório.

A vítima declarou que estava em via pública parada próximo a sua motocicleta, quando foi abordado por dois indivíduos. O réu Roberto estava armado, apontando a mesma, sendo que também anunciou o assalto. O outro indivíduo (réu Willian) ficou parado atrás, sendo que não viu direito seu rosto, pois o réu Roberto mandou que não olhasse e abaixasse a cabeça. Que os dois indivíduos saíram montados na moto, sendo que o réu Willian saiu dirigindo.

A testemunha Márcio, policial militar, disse que prenderam os Réus em tela, sendo que era o acusado Willian que estava guiando a

moto. Estava em patrulhamento quando suspeitou da atitude dos Réus, pois quando viram a viatura policial, desceram em uma rua em alta velocidade. Realizada a abordagem, foi encontrada uma arma de brinquedo com o réu Roberto, sendo que ambos confessaram a prática do roubo.

A testemunha Almir, confirmou a declaração acima, mencionando que o réu Roberto estava com uma pistola de brinquedo e o réu Willian estava dirigindo a motocicleta.

As testemunhas de acusação reconheceram os Réus em juízo, sendo que a vítima ficou com certa dúvida em relação ao acusado Willian, já que não viu seu rosto, mas relatou que o indivíduo que viu em audiência se parece com este réu e era de cor branca.

As testemunhas de defesa nada acrescentaram aos autos, visto que não presenciaram o roubo.

A versão do réu Willian, de que apenas estava pegando uma carona, não merece prosperar, uma vez que a vítima disse que ele ficou dando cobertura atrás de sua pessoa e saiu dirigindo a motocicleta. Ademais, foram presos cinco minutos após o assalto e as versões dos Réus em seus interrogatórios são contraditórias.

As qualificadoras também restaram devidamente configuradas. A prova oral foi no sentido que os Réus cometeram juntamente o roubo, e o réu Roberto portava arma de brinquedo” (fl. 160).

O texto supratranscrito não se reveste de qualquer mácula de nulidade. Com efeito, o ilustre Juízo monocrático fez considerações quanto à versão apresentada pelo Réu, que restou desconsiderada em face da credibilidade do conjunto probatório condensado aos autos, resultando na condenação por crime de roubo qualificado.

Ora, não ocorre nulidade por falta de prestação jurisdicional na hipótese em que o decreto condenatório encontra-se composto com a necessária e adequada fundamentação quanto aos motivos pelos quais o Magistrado acolheu a tese da acusação, ainda que não se refira à da defesa.

Registre-se, nesse sentido, os seguintes precedentes desta Corte, **verbis**:

“Processual Penal. Recurso ordinário em **habeas corpus**. Sentença condenatória. Nulidade. Fundamentação. Não-apreciação da tese da defesa. Inocorrência.

Não há que se falar em nulidade da sentença, por deficiência em sua fundamentação, se há expressa menção aos fundamentos de fato e de direito que deram ensejo ao decreto condenatório, acolhendo-se a tese da acusação, ainda que não se refira à da defesa. Precedentes.

Recurso desprovido” (RHC n. 9.443-RJ, DJ de 09.10.2000, p. 161, relator Min. Felix Fischer).

“Penal. Processual. Sentença condenatória. Nulidade decorrente de não-apreciação de tese da defesa. Não-ocorrência.

1. Não é nula, portanto, a decisão que, mesmo sem fazer menção expressa à tese sustentada pela defesa, adota entendimento diverso.

2. **Habeas corpus** conhecido; pedido indeferido” (HC n. 10.438-SP, DJ de 21.02.2000, relator Min. Edson Vidigal).

No que tange à tese de errônea dosimetria da pena, em virtude da ausência da aplicação da atenuante da menoridade, prevista no art. 65, I, do Código Penal, tenho que também não merece prosperar a pretensão.

A propósito, registre-se o pertinente e adequado excerto do parecer do representante membro do *Parquet*, **verbis**:

“Assinale-se, de logo, não merecer reparo a sentença proferida, por não haver diminuído a reprimenda pela incidência da atenuante da menoridade. É que, por ter sido a pena-base fixada no mínimo legal, não poderia ser reduzida para limite aquém daquele piso, valendo reproduzir, a propósito do tema, as seguintes justificativas apresentadas pelo julgador monocrático.

Reconheço a atenuante da menoridade dos Réus (art. 65, I, do CP), mas deixo de aplicá-la, tendo em vista que a pena foi fixada no mínimo legal (fl. 160).” (fl. 262).

Correto o posicionamento do Magistrado de 1^o grau.

Ademais, a egrégia Terceira Seção deste Tribunal já proclamou entendimento, verberando ser inadmissível a fixação da pena abaixo da cominação mínima, mesmo que reconhecida a existência de circunstâncias atenuantes.

Este pensamento encontra-se consolidado na Súmula n. 231 desta Corte, que apresenta a seguinte redação, **verbis**:

“A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.”

Assim, a questão encontra-se superada, não comportando mais discussões.

Por fim, não merece acolhida o pleito de recorrer em liberdade.

A jurisprudência unissonante desta Turma tem-se orientado no sentido de que tendo o Réu permanecido preso durante o curso do processo, não lhe assiste o direito de recorrer em liberdade, pois um dos efeitos da sentença condenatória recorrível é ser o réu conservado na prisão. É o que preceitua o art. 393, I, do Código de Processo Penal.

O Supremo Tribunal Federal já consolidou o entendimento de que a regra do artigo 594 do Código de Processo Penal não se aplica ao réu já preso em razão de flagrante ou de decreto de prisão preventiva.

A ordem de recolhimento do Réu, amparada no art. 594 da lei adjetiva penal, não significa torná-lo culpado por antecipação, ou seja, antes do trânsito em julgado da decisão.

Tal entendimento, aliás, encontra-se agora consolidado no verbete da Súmula n. 9 desta Corte, no teor seguinte:

“ A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção da inocência.”

A propósito, podem ser conferidos os seguintes precedentes desta Corte:

“Processo Penal. Recurso em liberdade. Crime hediondo.

I – Afasta-se a possibilidade de o réu recorrer em liberdade se, anteriormente à própria sentença, o mesmo encontrava-se recluso em decorrência de flagrante.

II – D’outra parte, enquadrado o ilícito no rol dos crimes hediondos, é imposição legal a reclusão do réu, inadmitindo-se a liberdade para recorrer.

III – Recurso a que se nega provimento” (RHC n. 2513-3-SP, relator Min. Pedro Acioli, in DJ de 10.05.1993).

“Processual Penal. Recurso em **habeas corpus**. Direito de recorrer em liberdade. Art. 594 do CPP. Garantia não violada.

– Para fazer jus ao benefício de apelar em liberdade, é indispensável que o réu encontre-se solto na época da sentença, e seja primário com bons antecedentes.

– A manutenção do sentenciado na prisão não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência, eis que o Juiz pode, inclusive, decretar a prisão provisória, na forma do inciso LXI do art. 5º da CF, sem que haja choque com o art. 594 do CPP, conforme entendimento condensado na Súmula n. 9 do STJ.

– Recurso improvido” (RHC n. 1.559-SP, relator Min. Flaquez Scartezini, in DJ 17.02.1992).

Isto posto, nego provimento ao recurso.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 265.344 – SP

(Registro n. 2000.0064786-1)

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido
Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo
Recorrido: Alexandre da Silva
Advogado: André Gustavo Isola Fonseca (Defensor Público)

EMENTA: Recurso especial – Criminal – Seqüestro e roubo – Artigos 148 e 157, § 2º, inciso V, do Código Penal – Recurso conhecido e improvido.

1. O crime de seqüestro, previsto no artigo 148 do Código Penal, pressupõe a vontade livre, consciente e autônoma de privar o ofendido da liberdade de locomoção. Não há falar na incidência do artigo 148 do Código Penal, mas, sim, do artigo 157, § 2º, inciso V, do mesmo diploma material, se a privação da liberdade da vítima, se dá unicamente para a prática do crime de roubo. Tal circunstância, todavia, poderá influir no **quantum** de acréscimo decorrente da aplicação da causa especial de aumento de pena.

2. Recurso conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal

de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe negar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Fontes de Alencar e Fernando Gonçalves votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausentes, justificadamente, o Sr. Ministro Vicente Leal e, por motivo de licença, o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

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

Ministro Fernando Gonçalves, Presidente.

Ministro Hamilton Carvalhido, Relator.

Publicado no DJ de 19.12.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: Recurso especial contra acórdão da Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, dando parcial provimento ao apelo interposto por Alexandre da Silva, reduziu a pena que lhe foi imposta para 6 anos de reclusão, pela prática do crime tipificado no artigo 157, § 2º, incisos I, II e V, do Código Penal.

O Ministério Público-recorrente sustenta que a hipótese dos autos, a par do crime de roubo, configura a prática do delito previsto no artigo 148 do Código Penal.

Violação ao artigo 148 do Código Penal e dissídio jurisprudencial fundam a insurgência (Constituição da República, artigo 105, inciso III, alíneas a e c).

Pugna pelo restabelecimento da sentença condenatória.

Recurso tempestivo (fl. 232), respondido (fls. 260/268) e admitido (fls. 270/271).

O parecer do Ministério Público Federal é pelo não-conhecimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Sr. Presidente, recurso especial contra acórdão da Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, dando parcial provimento ao apelo interposto

por Alexandre da Silva, reduziu a pena que lhe foi imposta para 6 anos de reclusão, pela prática do crime tipificado no artigo 157, § 2^a, incisos I, II e V, do Código Penal.

O Ministério Público-recorrente sustenta que a hipótese dos autos, a par do crime de roubo, configura a prática do delito previsto no artigo 148 do Código Penal.

Lê-se na sentença condenatória:

“(…)

II – Acusação de seqüestro:

Verdadeira a acusação, e lícito o reconhecimento da autonomia delitativa do seqüestro em relação ao roubo.

Desnecessário se apresentava à eficaz subtração do veículo, que os agentes viessem a manter as vítimas, rendidas, e amarradas, por quase toda uma tarde, no interior de um matagal, em situação típica de seqüestro e sob vigilância de um agente desconhecido.

Poderiam ter praticado o roubo de outra maneira ...

Injustificável foi a concomitante privação da liberdade, para a consumação do roubo, mostrando-se gratuitos e puníveis tais atos.

Verossímil a narrativa das vítimas, mencionando a privação da liberdade, e o cativeiro improvisado junto ao matagal.

O emprego de arma, e as ameaças morais, justificam a capitulação jurídica inserida no § 2^a do artigo 148 do Código Penal.

A posterior imobilização das vítimas roborava o seqüestro.

Correta a subsunção levada à efeito pela denúncia.

Ganhava vida autônoma o seqüestro.

Com efeito, precioso e lapidar, nesse sentido, o julgado relatado pelo eminente Desembargador Ary Belfort, cujo teor é neste ato transcrito, como razões de decidir:

‘O roubo é crime, por si só, intensamente reprovável, e reprovado. Não, basicamente, pelo proveito patrimonial. Mas, com destaque, pela condição de extrema humilhação em que colocam as vítimas, impotentes, para qualquer reação razoável. A periclitacão da vida ou à saúde, presente para as vítimas (por isso subjagam-se), coloca os ofendidos em tensão inimaginável, sem

perspectiva qualquer, do que em poderá redundar esse atrevimento criminoso ...

Portanto, não se justifica a generosidade piegas, generalizada, em relação ao seqüestro, quando se sabe que, em termos emocionais, de tensão e angústia, são muito mais gravosos às vítimas, do que os próprios roubos ...

Uma coisa, é roubar ...

Outra é roubar e seqüestrar. Sem a necessidade momentânea, da subjugação da vítima, para a concretização estrita do roubo, o seqüestro tem vida distinta revelada. Claro que se mostra difícil, destacar ambos os propósitos, em ação unitária. Daí recomendar-se, não a adoção de critério hermético (subsume-se ou não se subsume) como regra, mas, sim, deixar a aplicação da lei, segundo cada caso concreto.' (in RJTJESP 125/513).

No caso concreto, as vítimas foram rendidas, e inexplicavelmente mantidas como reféns junto ao próprio veículo objeto do roubo, e permaneceram sob mira de um agente desconhecido, por toda uma tarde, sendo amarradas.

Momentos de amargura e incerteza, que culminaram com a soltura, face ao receio de captura do agente desconhecido, que aguardava em vão o retorno dos demais agentes, já detidos pelos policiais.

Não se observava na conduta dos Réus intenção de fazer valer o roubo, mas, sim, **animus** autônomo, distinto da ação criminosa inicial.

Adverte-nos o jurista **Baldassari Corurullo**, citado por **Pedro Vergara**, que 'a baixaza do fim, não está na natureza da necessidade, nem na do sentimentalismo, está precisamente na anti-socialidade que mostra o delinqüente, em cujo ânimo, não se lograram vencer os impulsos próprios dos seres primitivos' (in Das Circunstâncias Agravantes, p. 122, Forense, 1948).

Houve, portanto, autonomia no seqüestro.

(...)." (fls. 172/175).

E, ainda, no acórdão impugnado:

"(...)

Comprovada, por outro lado, a restrição da liberdade pessoal experimentada pela vítima do roubo e por seu acompanhante, torna-se

impossível afastar a ocorrência do seqüestro que, na lição magistral do saudoso **Nélson Hungria**, é crime formal; não se pode, assim, falar em absorção do seqüestro pelo roubo, no sentido pretendido pelo Apelante; o que a lei nova consagra e não foi lembrado por ninguém, em todo o processado, é que, agora, o seqüestro se integra ao roubo, como mais uma de suas qualificadoras (Lei n. 9.426, de 24 de dezembro de 1996, artigo 1^o); referida lei, por ser mais benéfica, retroage e será considerada por ocasião do recálculo da pena reclusiva.

(...)

De tudo, se vê que a condenação era inevitável e o único reparo comportado pela r. sentença limita-se ao critério de cálculo da pena reclusiva; é que, dando aplicação à lei nova, mais favorável aos Réus, considera-se a ocorrência de um roubo triplamente qualificado (concurso de agentes, emprego de arma e restrição da liberdade da vítima).

(...)." (fls. 226/227).

Este, o dispositivo de lei federal a que o acórdão recorrido teria contrariado e dado interpretação discrepante:

"Art. 148. Privar alguém de liberdade, mediante seqüestro ou cárcere privado:

(...)."

E o teria feito porque:

"(...)

Idêntica a situação em ambos os casos, pois tratam de roubo onde as vítimas foram privadas por horas de sua liberdade, sendo antagônicas as decisões, pois, para o v. acórdão impugnado, tal fato configura mera qualificadora do roubo, enquanto para o paradigma, com indisputável acerto, isso representa o crime autônomo do artigo 148 do Código Penal.

3. Negativa de vigência de norma federal

3.1. A questão trazida à baila diz respeito ao fato de a vítima, no crime de roubo, ser levada por seus autores tolhida em sua liberdade ambulatoria.

Duas orientações se formaram a respeito, a primeira, afirmava que o seqüestro era crime-meio, e, portanto, absorvido pelo roubo; a

segunda, por seu turno, entendia serem dois crimes autônomos, que deveriam ser apenados em concurso.

Creemos que essa divergência inspirou o legislador, que através da Lei n. 9.426, de 24 de dezembro de 1996, incluiu mais um inciso ao § 2º do artigo 157 do Código Penal:

‘Se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade.’

Quis, com isso, o legislador, dar alguma punição, mesmo que pequena àqueles que vão além do roubo, levando consigo suas vítimas.

Com isso, nos deparamos com um novo problema, qual seja: em todos os casos em que isso ocorre, teremos a simples qualificadora ou o roubo pode estar em concurso com o seqüestro.

Inicialmente, cabe verificar que entre o crime do artigo 148 e a referida qualificadora do roubo, inexistente identidade absoluta. Para isso, carece ser lembrada a descrição legal deste delito:

‘Art. 148. Privar alguém de liberdade,, mediante seqüestro ou cárcere privado.’

Na qualificadora do roubo, necessário apenas a restrição à liberdade, enquanto para a ocorrência do outro delito, se faz mister a presença da privação de liberdade.

Essa diferença, que à primeira vista é pouca ou nenhuma, tem importância significativa, quando analisadas em maior profundidade.

O notável **Aurélio**, em seu sempre consultado Dicionário, define o vocábulo restringir como: ‘conter dentro de certos limites; limitar, delimitar’; privar, para o mesmo filólogo, é: ‘impedir de ter a posse de (alguma coisa)’.

Como se vê, são duas idéias bem distintas, embora uma esteja contida na outra.

A ação que permite a inclusão da qualificadora do roubo é somente de limitar a liberdade. Esta existiria dentro de alguns limites estabelecidos pelo agente do crime.

Já a privação diz do impedimento da posse de alguma coisa, que, no caso, é um bem jurídico dos mais preciosos, a liberdade. Aqui, trata-se de sua perda total e, não, de uma simples restrição.

Por isso, para tipificarmos perfeitamente o delito, necessário se faz verificar se, no curso do roubo, a liberdade foi *limitada* ou *perdida inteiramente*.

Pode-se raciocinar, como querem alguns, que esses conceitos estão ligados ao elemento temporal, ou seja, a liberdade seria limitada quando sofresse solução de continuidade momentaneamente e, ao revés, seria perdida inteiramente, quando esse fato se prolongasse no tempo.

Nesse passo, cabe lembrar a bem lançada observação de **Eduardo Araújo da Silva**:

‘Em síntese, não afastando a nova qualificadora do crime de roubo, a possibilidade de o seqüestro ser considerado crime autônomo, em concurso com o delito patrimonial, será tarefa da jurisprudência buscar quando a vítima suporta *privação* de sua liberdade, ou quando somente suporta *restrição* desse direito, atentando para tanto às circunstâncias de cada caso concreto.’ (Roubo Mediante Seqüestro: Concurso de Infrações ou Crime Qualificado?, Boletim do IBCrim n. 51/11 – grifamos).

Por fim, há que se ter em conta a lição do sempre citado **Damásio E. de Jesus**, que propõe um outro critério, cuja validade é inegável: ‘1) seqüestro cometido como meio de execução do roubo ou contra a ação policial: incide o art. 157, § 2º, afastado o concurso de crimes; 2) seqüestro praticado depois da subtração (sem conexão com a execução ou com a ação policial: concurso de crimes’. (Código Penal Anotado, 7ª ed., p. 528, Saraiva, 1997).

Claro é que, nesse tema, jogar todas as condutas em vala comum, sem maiores indagações, e concluir, *sempre*, como fez o v. acórdão, pela adoção da simples qualificadora do roubo, é desapego a um critério científico que certamente gera decisões injustas, pois ações de grande diversidade, que atingem em graus díspares um bem jurídico, recebem o mesmo tratamento em termos de reprimenda.

3.2. Aceitas essas ponderações, o segundo grande entrave estaria no modo pelo qual se verificaria a existência da perda total ou parcial da liberdade ou, ainda, se o seqüestro ocorreu depois de consumado o roubo. A primeira idéia que nos assalta é de que seria necessário um exame da prova, para indicar com segurança, uma ou outra das hipóteses. Como é consabido, o recurso especial não se presta para esse

tipo de análise, e a proibição é lógica, pois sua finalidade é simplesmente discutir questões de Direito. Aliás, de há muito foi editada pelo *Superior Tribunal de Justiça* a Súmula n. 7, que nenhuma dúvida deixa quanto a essa vedação.

A decisão, neste ou em qualquer processo, firma certos fatos como incontroversos. Nossa análise, pode ter por gênese esse âmbito, sem que se discuta provas inseridas nos autos.

Uma vez aceita essa opção, é evidente que esses fatos incontroversos podem estar consignados, também na decisão de 1ª instância, quando deixarem de ser contrariados pelo acórdão oriundo de recurso daquela.

No caso em testilha, diz a r. decisão de 1º grau que:

‘Desnecessário se apresentava à eficaz subtração do veículo, que os agentes viessem a manter as vítimas, rendidas, e amarradas, *por quase toda uma tarde*, no interior de um matagal, em situação típica de seqüestro e sob a vigilância de um agente desconhecido.’ (fl. 172 – grifamos).

O v. acórdão impugnado deixou de contrariar essa afirmação, portanto, esta subsiste por inteiro.

Esse fato incontroverso caracteriza, de maneira indubitosa, além dos critérios temporal e espacial, aqueloutro trazido pelo festejado penalista pátrio, dos quais anteriormente falamos.

Evidente pois, que a r. decisão ora impugnada negou vigência ao artigo 148 do Código Penal, merecendo, também, por isso, se ver reformada.

(...).” (fls. 236/240).

Ao que se tem dos autos, a sentença de 1ª grau, no que foi desacolhida pelo acórdão estadual, apontou, no demasiado tempo em que as vítimas permaneceram seqüestradas, diante da já consumação do roubo, a incidência do artigo 148 do Código Penal.

Tal motivação, decerto, não determina o reconhecimento do crime de seqüestro, devendo o agente, como deve, para se ver incurso em suas sanções, mover-se com o propósito livre, consciente e *autônomo* de privar a liberdade da vítima e, não, tal qual se verifica na espécie, valer-se da privação da liberdade da vítima para a prática do crime de roubo.

Nesse sentido, aliás, o seguinte precedente desta Corte Superior de Justiça, **verbis**:

“Criminal. REsp. Roubo e extorsão. Seqüestro não configurado. Ausência do elemento subjetivo. Decisão motivada. Dosimetria da pena. Erro no cálculo. Desobediência ao método trifásico de aplicação da pena. Recurso conhecido e parcialmente provido para a correção do equívoco.

I – Não merece reforma a decisão que, motivadamente, entendeu não configurado o delito de seqüestro, se evidenciado que o elemento subjetivo do injusto praticado pelo réu restringiu-se ao crime de roubo, restando ausente a vontade livre, consciente e autônoma de privar alguém de sua liberdade. Precedente do STF.

II – Sobressai a ocorrência de erro na dosimetria do julgado, se a fundamentação da pena revela que o Tribunal **a quo** não considerou, na 2ª etapa de fixação da pena, a circunstância atenuante já reconhecida, em desobediência ao método trifásico de aplicação da reprimenda e em prejuízo ao réu.

III – Recurso conhecido e parcialmente provido para corrigir o equívoco vislumbrado na reprimenda imposta pelo egrégio Tribunal **a quo**, fixando-a em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.” (REsp n. 161.143-DF, relator Ministro Gilson Dipp, in DJ de 19.11.2001, nossos os grifos).

Outra não é, acrescente-se, a orientação do Excelso Supremo Tribunal Federal, valendo, a propósito, conferir o seguinte precedente:

“Competência. **Habeas corpus**. Ato de Tribunal de Justiça. Na dicção da ilustrada maioria (seis votos a favor e cinco contra), em relação à qual guardo reservas, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer **habeas corpus** impetrado contra ato de tribunal, tenha este, ou não, qualificação de superior.

Roubo consumado. Carro. Configura-o a abordagem do condutor, mediante o uso de arma de fogo, procedendo-se à tomada do veículo, embora a passagem por radiopatrulha, já informada da ocorrência, haja implicado a interceptação, com a conseqüente recuperação do veículo e prisão dos agentes.

Seqüestro. Cárcere privado. Elemento subjetivo do tipo. Inexistência. *A retenção do condutor do veículo roubado, com deslocamento*

a lugar ermo e posterior liberação, longe fica de configurar o crime de seqüestro e cárcere privado. Exsurge, ao primeiro exame, fim único, ou seja, evitar a comunicação, pela vítima, do crime de roubo à polícia, e a perseguição imediata. O tipo do artigo 148 do Código Penal pressupõe a vontade livre e consciente de privar o ofendido da liberdade de locomoção.” (HC n. 74.594-SP, relator Ministro Marco Aurélio, in DJ de 08.09.2000 – nossos os grifos).

Poderá, todavia, influir no **quantum** de acréscimo decorrente da aplicação da causa especial de aumento de pena prevista no artigo 157, § 2º, inciso V, do Código Penal, advindo, daí, a correção do Tribunal de Justiça em afastar a incidência do artigo 148 do mesmo diploma material penal.

Pelo exposto, conheço do recurso para, contudo, negar-lhe provimento.
É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 270.407 – SP

(Registro n. 2000.0077802-8)

Relator: Ministro Fontes de Alencar
Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Procuradores: Alexandre Carneiro Lima e outros
Recorrido: Limério Ferreira de Albuquerque
Advogados: Sebastião Joel Luz e outro

EMENTA: Previdenciário.

– Súmula n. 260 do TFR. Inexistência de relação entre reajuste de benefício e o número de salários mínimos.

– Voto-vencido quanto ao conhecimento do recurso.

– Recurso especial atendido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por

maioria, conhecer do recurso, vencido o Sr. Ministro-Relator e, à unanimidade, lhe dar provimento. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Vicente Leal, Fernando Gonçalves, Hamilton Carvalhido e Paulo Gallotti.

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

Ministro Fontes de Alencar, Relator.

Publicado no DJ de 10.03.2003.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Fontes de Alencar: A Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região assim decidiu a questão:

“Previdenciário. Revisão de benefício. Manutenção do valor do benefício em número de salários mínimos.

1. Inexistência de cerceamento de defesa.

2. Devido o reajuste do benefício nos termos da Súmula n. 260 do egrégio Tribunal Federal de Recursos, eis que tal entendimento é o que melhor se coaduna com a tese de irredutibilidade dos benefícios prevista no artigo 194 da Constituição Federal.

3. A equivalência salarial prevista no artigo 58 do ADCT/1988 aplica-se aos segurados cuja concessão deu-se anteriormente à promulgação da Lei Maior.

4. Indevida a manutenção do valor do benefício previdenciário em número de salários mínimos no período posterior à edição da Lei n. 8.213/1991.

5. A correção monetária incidirá desde o momento em que passaram a ser devidas as parcelas, nos termos da Lei n. 6.899/1981 e sucedâneos legais. Súmula n. 148 do egrégio STJ.

6. Honorários advocatícios arbitrados no percentual de 15% sobre o montante condenatório, excluindo-se as prestações vincendas. Precedentes desta Corte.

7. Juros incidentes, a contar da citação, à ordem de 6% a.a. Artigos 1.062 e 1.536 do Código Civil, e 219 do Código de Processo Civil.

8. Isento o INSS do pagamento de custas processuais, ante disposição legal.

9. Apelação a que se dá parcial provimento.” (fl. 94).

O INSS manifesta recurso especial com fulcro no art. 105, III, c, da Constituição Federal, alegando dissídio jurisprudencial no tocante à aplicação da Súmula n. 260 do extinto Tribunal Federal de Recursos (fl. 98).

VOTO-PRELIMINAR-VENCIDO

O Sr. Ministro Fontes de Alencar (Relator): Trata-se de recurso com fundamento no art. 105, III, c, da Constituição Federal.

Diz o Recorrente:

“(...) o v. acórdão que se adota como paradigma da jurisprudência do egrégio STJ, em sentido diametralmente posto ao contido no v. acórdão recorrido, consubstancia o entendimento de que a Súmula n. 260-TFR não vincula o valor dos benefícios ao salário mínimo ...” (fl. 102).

E, traz a lume, buscando demonstrá-la o REsp n. 188.278, de relato do Ministro Gilson Dipp, assim ementado:

“Previdenciário. Benefício. Reajustes. Súmula n. 260-TFR. Art. 58 do ADCT/1988.

A Súmula n. 260-TFR não vincula os benefícios ao salário mínimo, e aplica-se apenas aos benefícios concedidos antes da CF/1988, enquanto vigente o sistema de reajustes por faixas salariais da Lei n. 6.708/1979.

Recurso conhecido em parte e, nesta, provido.” (fl. 100).

Dita a Constituição Federal, no ponto que interessa, competir ao Superior Tribunal de Justiça julgar, em recurso especial, as causas decididas pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, em única ou última instância, quando

“der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.” (art. 105, III, c).

No caso concreto, que lei federal teria recebido interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal? Não na que indica o Recorrente.

Em verdade, não pretende o Recorrente que esta Corte fixe uma interpretação de determinada lei federal. A sua asserção não diz com a interpretação da lei federal. Busca

“ser reformado o v. acórdão recorrido, no que concerne à interpretação e aplicação da Súmula n. 260 do extinto Tribunal Federal de Recursos, dado que esta não vincula os benefícios ao salário mínimo ...” (fl. 104).

E porque não cuida o recurso de divergência respeitante à interpretação de lei federal, dele não conheço.

VOTO-MÉRITO

O Sr. Ministro Fontes de Alencar (Relator): Conhecido por maioria o recurso, lhe dou provimento, na linha da jurisprudência da Corte.

VOTO-PRELIMINAR

O Sr. Ministro Vicente Leal: Sr. Presidente, **data venia**, preliminarmente, divirjo do voto do Sr. Ministro-Relator, conhecendo do recurso especial.

RECURSO ESPECIAL N. 289.154 – SP

(Registro n. 2000.0123060-3)

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido
Recorrente: Roberto Cláudio Ferreira Pereira
Advogados: Regiane Leopoldo e Silva e outros
Recorrentes: Cláudio Guastelli e outro
Advogado: Paulo de Tarso Andrade Bastos
Recorridos: Os mesmos

EMENTA: Recurso especial – Direito Civil – Locação – Perdas e danos – Correção monetária e juros moratórios – Termo **a quo** – Omissão – Embargos de declaração – Litigância de má-fé – Inexistência.

1. A atualização monetária, destinada a corrigir as perdas decorrentes da desvalorização da moeda, ressalvados os débitos judiciais resultantes das execuções de títulos da dívida líquida e certa, é calculada a partir do ajuizamento da ação principal e, não, do laudo avaliatório produzido em ação cautelar preparatória (artigo 1º, § 2º, da Lei Federal n. 6.899/1981). Precedentes do STF.

2. Os juros moratórios incidem a partir da citação, a teor do enunciado n. 163 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

3. Opostos embargos de declaração, visando a que se supra omissão existente no acórdão, não há falar em litigância de má-fé, que, tampouco, se caracteriza quando só se veicula nos declaratórios pretensão de prequestionamento (Súmula do STJ, enunciado n. 98).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, retificando decisão proferida em sessão do dia 22.10.2002, por unanimidade, não conhecer do recurso de Roberto Cláudio Ferreira Pereira e conhecer e dar parcial provimento ao recurso de Cláudio Guastelli e outro, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Paulo Gallotti, Fontes de Alencar e Vicente Leal votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Fernando Gonçalves.

Brasília-DF, 29 de outubro de 2002 (data do julgamento).

Ministro Hamilton Carvalhido, Relator.

Publicado no DJ de 19.12.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: Recursos especiais interpostos por Roberto Cláudio Ferreira Pereira, autor, e Cláudio Guastelli e outra, réus, ambos com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas a e c, da Constituição Federal, contra acórdão da Primeira Câmara do 2º Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo, que deu parcial provimento ao apelo dos Réus e integral provimento ao recurso do Autor, assim ementado:

“Locação. Ação de indenização decorrente de danos causados no prédio pelo ex-inquilino.

Finda a locação e desocupado o imóvel, cabe ao locatário provar que o mesmo se encontrava nas mesmas condições em que o recebeu, caso contrário, deve arcar com a responsabilidade pelos danos apurados.

Responsabilidade solidária do fiador. Constatada a existência de danos no imóvel por ocasião da entrega, responde o fiador pelo seu ressarcimento, face à responsabilidade até a entrega das chaves.

Correção monetária. Incidência a partir do ajuizamento da demanda.

Lucros cessantes. Verba que deve corresponder ao período estimado pelo locador para a reparação do prédio.

Juros moratórios. Contagem a partir do momento em que se tornam exigíveis, no caso, a data da entrega das chaves.” (fl. 265).

Dessa decisão, opuseram os Apelantes embargos de declaração (fls. 274/281 e 283/287), resultando rejeitados os dos Réus e acolhidos parcialmente os do Autor “a fim de esclarecer que o valor da indenização é de R\$ 7.900,00 e restabelecer parcialmente o texto do r. decisório de 1^a grau, na parte correspondente ao cômputo da correção monetária”.

Irresignados, os Réus-apelantes opuseram novos embargos de declaração ao acórdão dos embargos de declaração, que foram também rejeitados, e julgados protelatórios, pelo que se lhes impôs a pena de litigância de má-fé, consistente em multa de 1% e verba honorária de 20%, calculadas sobre o valor da causa.

Insurge-se o Autor, o primeiro recorrente, Roberto Cláudio Ferreira Pereira, fundado em dissídio jurisprudencial, e na violação aos artigos 1.059 e 1.060 do Código Civil, cujos termos são os seguintes:

“Art. 1.059. Salvo as exceções previstas neste Código, de modo expresso, as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

Parágrafo único. O devedor, porém, que não pagou no tempo e forma devidos, só responde pelos lucros, que foram ou podiam ser previstos na data da obrigação.

Art. 1.060. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato.”

E os teria violado, porque a condenação em lucros cessantes deveria abranger os dezessete meses, durante os quais tornou-lhe o imóvel indisponível, como se recolhe das próprias razões recursais:

“(…)

1.2. O v. acórdão houve por bem limitar a reparação por lucros cessantes, adequando-a ao período indicado na prova pericial para a realização das obras necessárias à recomposição do imóvel nos moldes ajustados no contrato, ou seja, limitando a indenização ao pagamento de aluguel por dois meses e meio, sem considerar todo o interregno necessário à promoção da prova pericial.

1.3. *O Recorrente não pode concordar com a referida limitação, porquanto o imóvel esteve-lhe indisponível por cerca de 17 (dezessete) meses – de 26.01.1994 a 11.05.1995, respectivamente, data da entrega das chaves do imóvel pelo ex-locatário ao locador e data em que o assistente-técnico dos Recorridos devolveu as mesmas chaves em cartório, finalizando as vistorias necessárias à prova antecipada (fls. 35 e 153 do apenso). Se o Recorrente não tivesse promovido a vistoria judicial, não teria viabilizado a ação de cobrança dos danos, e durante todo o período necessário às diligências judiciais, não pôde livremente dispor de seu imóvel, sendo certo que somente após a conclusão das vistorias técnicas é que o Recorrente poderia iniciar a execução das obras mensuradas no laudo, o que demanda mais dois meses e meio.*

(…)

5. Entende o Recorrente que a exata aplicação de tais dispositivos de lei federal ao caso concreto em exame significa responsabilizar os Recorridos pelo tempo que o imóvel foi, forçosamente, inutilizado para viabilizar a produção da prova técnica, e não apenas pelo período necessário às obras, já que *o início das obras referidas no laudo somente pode ocorrer após a liberação do imóvel pela prova pericial – o Recorrente não poderia executá-las antes da vistoria pericial, sob pena de impossibilitar a prova dos danos.*

De fato, para possibilitar o real exame dos fatos pelos Peritos, o imóvel, embora formalmente restituído ao Recorrente em 26.01.1994 (fl. 35 ap.), teve que permanecer fechado, com as chaves depositadas em cartório, sem que nenhuma obra ou uso pudesse ser autorizado pelo Recorrente, até que se findasse a prova técnica, sob pena de modificação da situação do imóvel, impeditiva da vistoria **ad perpetuam**,

que, por conseqüência, inviabilizaria a apuração dos danos reclamados e futura cobrança dos danos causados.

5.1. Portanto, no diapasão do artigo 1.059 do CC, é evidente que o Recorrente, de 26.01.1994 a 11.05.1995, *razoavelmente deixou de lucrar pela possível locação do prédio, que teria efetivado caso os Recorridos tivessem cumprido sua obrigação contratual de restituí-lo em perfeitas condições. Os lucros cessantes postulados decorrem da perfeitamente possível locação do imóvel no citado interregno, impossibilitada por efeito direto e imediato do inadimplemento contratual cometido pelos Recorridos* (art. 1.060, CC), no importe remuneratório arbitrado por prova pericial homologada.

(...)." (fls. 316/319).

Recorrem os Réus, segundos recorrentes, Cláudio Guastelli e outra, fundados na existência de divergência jurisprudencial, e na violação ao artigo 1^º, § 2^º, da Lei Federal n. 6.899/1981, que determina a aplicação da correção monetária nos débitos oriundos de decisão judicial, **verbis**:

“Art. 1^º. A correção monetária incide sobre qualquer débito resultante de decisão judicial, inclusive sobre custas e honorários advocatícios.

§ 1^º. Nas execuções de títulos de dívida líquida e certa, a correção será calculada a contar do respectivo vencimento.

§ 2^º. Nos demais casos, o cálculo far-se-á a partir do ajuizamento da ação.”

Na ofensa ao artigo 1.064 do Código Civil:

“Art. 1.064. Ainda que não se alegue prejuízo, é obrigado o devedor aos juros da mora, que se contarão assim às dívidas em dinheiro, como às prestações de outra natureza, desde que lhes esteja fixado o valor pecuniário por sentença judicial, arbitramento, ou acordo entre as partes.”

E, na infringência dos artigos 18, § 2^º, e 535 do Código de Processo Civil:

“Art. 18. O Juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento

sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou. (redação dada pela Lei n. 9.668, de 23.06.1998).

(...)

§ 2º. O valor da indenização será desde logo fixado pelo Juiz, em quantia não superior a 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, ou liquidado por arbitramento. (redação dada pela Lei n. 8.952, de 13.12.1994).

Art. 535. Cabem embargos de declaração quando:

I – houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição;

II – for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o Juiz ou tribunal.”

E os teria violado, porque, acerca da correção monetária nos débitos oriundos de decisão judicial, fixada no artigo 1º, § 2º, da Lei Federal n. 6.899/1981:

“(...)

3. De fato, a correção monetária é devida a partir do ajuizamento da ação (principal de que cuida o recurso), e não a partir da data do laudo da ação cautelar como fixado pelo Tribunal paulista, em consonância com a legislação acima apontada, ficando patente e frontal a contrariedade e negativa de vigência à lei federal.”

Sobre a ofensa ao artigo 1.064 do Código Civil, relativamente aos juros moratórios, aduzem que:

“4. Quanto aos juros moratórios, de igual forma, o artigo 1.064 do Código Civil brasileiro, interpretado pela Súmula n. 163 do colendo Supremo Tribunal Federal, determina que os juros computam-se a partir da citação da ação, cujos cânones foram frontalmente contrariados também, pela fixação pelo Tribunal Estadual, a partir da entrega das chaves do imóvel.”

Acerca da litigância de má fé, disciplinada no artigo 18, § 2º, do Código de Processo Civil, asseveram que:

“(…) a litigância de má-fé, pelo caráter nitidamente protelatório, foi imposta aos Recorrentes pela insistência na interposição de embargos de declaração pela segunda vez, tanto requerendo fossem esclarecidos pontos omissos e obscuros, como, também, pelo prequestionamento às matérias sujeitas ao recurso especial, no que também exagerou a decisão recorrida, uma vez que o exercício legítimo de um direito recursal não caracteriza, por si só, caráter protelatório, até porque de fato, haviam vários pontos obscuros, tanto que a própria decisão que impôs a penalidade afirma que o Magistrado não é obrigado a analisar argumento por argumento, documento por documento para a validade do julgado.”

E, finalmente, no que concerne à existência de omissão e contradição no acórdão reprochado, sustentam que:

“(…)

9. Houve condenação a juros moratórios, e nos embargos requereu-se que fosse esclarecido o montante de 0,5% ou 1,0%, adotando-se a tese dos legais, vez que não previstos em contratos ou no pedido da ação. Tal situação continua sem esclarecimento.

10. Houve condenação da correção monetária e juros moratórios sobre as condenações. Uma das condenações foi de lucros cessantes, cujos valores se deram em épocas diferentes (meses diferentes), e, os embargos olvidavam que a decisão não tratara da incidência nesses casos, o que também não ficou esclarecido.

(…)” (fls. 343/345).

Está o primeiro recorrente, Roberto Cláudio Ferreira Pereira, em que a condenação em lucros cessantes deve abranger os dezessete meses, durante os quais tornou-lhe o imóvel indisponível.

Pretendem os segundos recorrentes, Cláudio Guastelli e outra, seja fixada a correção monetária a partir do ajuizamento da ação, a fixação dos juros moratórios a partir da citação, a exclusão da condenação em litigância de má-fé.

Recursos tempestivos (fls. 339 e 313) respondidos (fls. 355/360 e 362/369) e não admitidos ambos (fls. 371/372 e 373/374).

Os Agravos de Instrumento de n. 311.947 e 311.946 foram providos, determinando a remessa dos recursos especiais interpostos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Recursos especiais interpostos por Roberto Cláudio Ferreira Pereira, autor, e Cláudio Guastelli e outra, réus, ambos com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas a e c, da Constituição Federal, contra acórdão da Primeira Câmara do 2º Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo, que deu parcial provimento ao apelo dos Réus e integral provimento ao recurso do Autor, assim ementado:

“Locação. Ação de indenização decorrente de danos causados no prédio pelo ex-inquilino.

Finda a locação e desocupado o imóvel, cabe ao locatário provar que o mesmo se encontrava nas mesmas condições em que o recebeu, caso contrário, deve arcar com a responsabilidade pelos danos apurados.

Responsabilidade solidária do fiador. Constatada a existência de danos no imóvel por ocasião da entrega, responde o fiador pelo seu ressarcimento, face à responsabilidade até a entrega das chaves.

Correção monetária. Incidência a partir do ajuizamento da demanda.

Lucros cessantes. Verba que deve corresponder ao período estimado pelo locador para a reparação do prédio.

Juros moratórios. Contagem a partir do momento em que se tornam exigíveis, no caso, a data da entrega das chaves.” (fl. 265).

Dessa decisão, opuseram os Apelantes embargos de declaração (fls. 274/281 e 283/287), resultando rejeitados os dos Réus e acolhidos parcialmente os do Autor “a fim de esclarecer que o valor da indenização é de R\$ 7.900,00 e restabelecer parcialmente o texto do r. decisório de 1ª grau, na parte correspondente ao cômputo da correção monetária”.

Irresignados, os Réus-apelantes opuseram novos embargos de declaração ao acórdão dos embargos de declaração, que foram também rejeitados, e julgados protelatórios, pelo que se lhes impôs a pena de litigância de má-fé, consistente em multa de 1% e verba honorária de 20%, calculadas sobre o valor da causa.

Insurge-se o Autor, o primeiro recorrente, Roberto Cláudio Ferreira Pereira, fundado em dissídio jurisprudencial e na violação aos artigos 1.059 e 1.060 do Código Civil, cujos termos são os seguintes:

“Art. 1.059. Salvo as exceções previstas neste Código, de modo expresso, as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

Parágrafo único. O devedor, porém, que não pagou no tempo e forma devidos, só responde pelos lucros, que foram ou podiam ser previstos na data da obrigação.

Art. 1.060. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato.”

E os teria violado, porque a condenação em lucros cessantes deveria abranger os dezessete meses, durante os quais tornou-lhe o imóvel indisponível, como se recolhe das próprias razões recursais:

“(…)

1.2. O v. acórdão houve por bem limitar a reparação por lucros cessantes, adequando-a ao período indicado na prova pericial para a realização das obras necessárias à recomposição do imóvel nos moldes ajustados no contrato, ou seja, limitando a indenização ao pagamento de aluguel por dois meses e meio, sem considerar todo o interregno necessário à promoção da prova pericial.

1.3 *O Recorrente não pode concordar com a referida limitação, porquanto o imóvel esteve-lhe indisponível por cerca de 17 (dezessete) meses – de 26.01.1994 a 11.05.1995, respectivamente, data da entrega das chaves do imóvel pelo ex-locatário ao locador e data em que o assistente-técnico dos Recorridos devolveu as mesmas chaves em cartório, finalizando as vistorias necessárias à prova antecipada (fls. 35 e 153 do apenso). Se o Recorrente não tivesse promovido a vistoria judicial, não teria viabilizado a ação de cobrança dos danos, e durante todo o período necessário às diligências judiciais, não pôde livremente dispor de seu imóvel, sendo certo que somente após a conclusão das vistorias técnicas é que o Recorrente poderia iniciar a execução das obras mensuradas no laudo, o que demanda mais dois meses e meio.*

(…)

5. Entende o Recorrente que a exata aplicação de tais dispositivos de lei federal ao caso concreto em exame significa responsabilizar os

Recorridos pelo tempo que o imóvel foi, forçosamente, inutilizado para viabilizar a produção da prova técnica, e não apenas pelo período necessário às obras, já que *o início das obras referidas no laudo somente pode ocorrer após a liberação do imóvel pela prova pericial – o Recorrente não poderia executá-las antes da vistoria pericial, sob pena de impossibilitar a prova dos danos.*

De fato, para possibilitar o real exame dos fatos pelos Peritos, o imóvel, embora formalmente restituído ao Recorrente em 26.01.1994 (fl. 35 ap.), teve que permanecer fechado, com as chaves depositadas em cartório, sem que nenhuma obra ou uso pudesse ser autorizado pelo Recorrente, até que se findasse a prova técnica, sob pena de modificação da situação do imóvel, impeditiva da vistoria **ad perpetuam**, que, por conseqüência, inviabilizaria a apuração dos danos reclamados e futura cobrança dos danos causados.

5.1. Portanto, no diapasão do artigo 1.059 do CC, é evidente que o Recorrente, de 26.01.1994 a 11.05.1995, *razoavelmente deixou de lucrar pela possível locação do prédio, que teria efetivado caso os Recorridos tivessem cumprido sua obrigação contratual de restituí-lo em perfeitas condições. Os lucros cessantes postulados decorrem da perfeitamente possível locação do imóvel no citado interregno, impossibilitada por efeito direto e imediato do inadimplemento contratual cometido pelos Recorridos* (art. 1.060, CC), no importe remuneratório arbitrado por prova pericial homologada.

(...)” (fls. 316/319).

Recorrem os Réus, segundos recorrentes, Cláudio Guastelli e outra, fundados na existência de divergência jurisprudencial e na violação ao artigo 1º, § 2º, da Lei Federal n. 6.899/1981, que determina a aplicação da correção monetária nos débitos oriundos de decisão judicial, **verbis**:

“Art. 1º. A correção monetária incide sobre qualquer débito resultante de decisão judicial, inclusive sobre custas e honorários advocatícios.

§ 1º. Nas execuções de títulos de dívida líquida e certa, a correção será calculada a contar do respectivo vencimento.

§ 2º. Nos demais casos, o cálculo far-se-á a partir do ajuizamento da ação.”

Na ofensa ao artigo 1.064 do Código Civil:

“Art. 1.064. Ainda que não se alegue prejuízo, é obrigado o devedor aos juros da mora, que se contarão assim às dívidas em dinheiro, como às prestações de outra natureza, desde que lhes esteja fixado o valor pecuniário por sentença judicial, arbitramento, ou acordo entre as partes.”

E, na infringência dos artigos 18, § 2º, e 535 do Código de Processo Civil:

“Art. 18. O Juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou. (redação dada pela Lei n. 9.668, de 23.06.1998).

(...)

§ 2º. O valor da indenização será desde logo fixado pelo Juiz, em quantia não superior a 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, ou liquidado por arbitramento. (redação dada pela Lei n. 8.952, de 13.12.1994).

Art. 535. Cabem embargos de declaração quando:

I – houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição;

II – for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o Juiz ou tribunal.”

E os teria violado, porque, acerca da correção monetária nos débitos oriundos de decisão judicial, fixada no artigo 1º, § 2º, da Lei Federal n. 6.899/1981:

“(…)

3. De fato, a correção monetária é devida a partir do ajuizamento da ação (principal de que cuida o recurso), e não a partir da data do laudo da ação cautelar como fixado pelo Tribunal paulista, em consonância com a legislação acima apontada, ficando patente e frontal a contrariedade e negativa de vigência à lei federal.”

Sobre a ofensa ao artigo 1.064 do Código Civil, relativamente aos juros moratórios, aduzem que:

“4. Quanto aos juros moratórios, de igual forma, o artigo 1.064 do Código Civil brasileiro, interpretado pela Súmula n. 163 do colendo Supremo Tribunal Federal, determina que os juros computam-se a partir da citação da ação, cujos cânones foram frontalmente contrariados também, pela fixação pelo Tribunal Estadual, a partir da entrega das chaves do imóvel.”

Acerca da litigância de má-fé, disciplinada no artigo 18, § 2º, do Código de Processo Civil, asseveram que:

“(…) a litigância de má-fé, pelo caráter nitidamente protelatório, foi imposta aos Recorrentes pela insistência na interposição de embargos de declaração pela segunda vez, tanto requerendo fossem esclarecidos pontos omissos e obscuros, como, também, pelo prequestionamento às matérias sujeitas ao recurso especial, no que também exagerou a decisão recorrida, uma vez que o exercício legítimo de um direito recursal não caracteriza, por si só, caráter protelatório, até porque de fato, haviam vários pontos obscuros, tanto que a própria decisão que impôs a penalidade afirma que o Magistrado não é obrigado a analisar argumento por argumento, documento por documento para a validade do julgado.”

E, finalmente, no que concerne à existência de omissão e contradição no acórdão reprochado, sustentam que:

“(…)

9. Houve condenação a juros moratórios, e nos embargos requereu-se que fosse esclarecido o montante de 0,5% ou 1,0%, adotando-se a tese dos legais, vez que não previstos em contratos ou no pedido da ação. Tal situação continua sem esclarecimento.

10. Houve condenação da correção monetária e juros moratórios sobre as condenações. Uma das condenações foi de lucros cessantes, cujos valores se deram em épocas diferentes (meses diferentes), e, os embargos olvidavam que a decisão não tratara da incidência nesses casos, o que também não ficou esclarecido.

(…)” (fls. 343/345).

Está o primeiro recorrente, Roberto Cláudio Ferreira Pereira, em que a condenação em lucros cessantes deve abranger os dezessete meses, durante os quais tornou-lhe o imóvel indisponível.

Pretendem os segundos recorrentes, Cláudio Guastelli e outra, seja fixada a correção monetária a partir do ajuizamento da ação, a fixação dos juros moratórios a partir da citação, a exclusão da condenação em litigância de má-fé.

O recurso do primeiro recorrente, Roberto Cláudio Ferreira Pereira, para que a condenação em lucros cessantes abrangesse dezessete meses, durante os quais tornou-lhe o imóvel indisponível, substancia matéria por inteiro estranha ao acórdão impugnado, como resulta da letra de seu relatório e do voto-condutor, assim também permanecendo em sede de embargos declaratórios à falta do pretendido deslinde (fl. 294), do que resulta o seu não-prequestionamento, olvidando-se, como olvidou o Recorrente, de impugnar o **decisum** com fundamento na violação ao artigo 535 do Código de Processo Civil, com era de seu dever, caso omissão tivesse havido no acórdão.

Dispõem, com efeito, as Súmulas n. 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal, respectivamente, **verbis**:

“É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.”

“O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do questionamento.”

É este, também, o entendimento prevalecente nesta Corte Federal Superior, valendo, por todos, conferir o seguinte julgado, assim ementado:

“Agravo no agravo de instrumento. Prequestionamento. Inexistência.

I – É fundamental, para atendimento de pressuposto recursal específico do REsp, que haja decisão em última instância, ou seja, o tema recursal deve ter sido suscitado, discutido e efetivamente decidido pelo Tribunal de origem.

II – Recurso improvido.” (AgRg no Ag n. 219.520-SP, relatora Ministra Nancy Andriahi, in DJ de 16.10.2000).

Quanto à divergência, melhor sorte não assiste ao Recorrente.

Quanto ao acórdão, cuja cópia foi juntada às fls. 323/336, por ser oriundo também do 2º Tribunal de Alçada Cível do Estado de São Paulo, inadmissível o conhecimento da divergência, conforme óbice do enunciado da Súmula n. 13 deste Superior Tribunal de Justiça:

“A divergência entre julgados do mesmo Tribunal não enseja recurso especial.”

Em relação ao acórdão contido à fl. 520 dos autos, oriundo deste Superior Tribunal de Justiça, também não houve a comprovação da divergência jurisprudencial, eis que a simples indicação da publicação no Diário da Justiça não satisfaz a exigência da norma invocada e que não se trata de aplicação do artigo 124 do Regimento Interno deste Supremo Tribunal Federal, já que não está a questão sumulada.

Este, o entendimento já pacificado neste Superior Tribunal de Justiça.

“Processual Civil. Agravo regimental em embargos de divergência. Dissídio pretoriano não demonstrado.

O Diário da Justiça, conquanto órgão oficial de intimação das partes, não consubstancia repositório oficial ou credenciado de jurisprudência, para fins de comprovação de divergência, porque nele não se encontram publicados na íntegra os acórdãos que venham a ser indicados como paradigmas. *A simples citação da publicação, para fins intimatórios, do aresto no órgão oficial, sem a juntada da cópia integral do julgado, não cumpre a exigência legal.*

Insuficiente para demonstração da divergência jurisprudencial a simples transcrição de ementa, sobretudo se nela não estiver explicitada a matéria objeto do acórdão embargado.

Agravo regimental improvido.” (AgRg no EREsp n. 46.071-SP, relator Ministro Cesar Asfor Rocha, in DJ de 27.04.1998 – nossos os grifos).

Quanto à impugnação do segundo recorrente, na parte em que pretende seja fixada a correção monetária a partir do ajuizamento da ação, a teor do disposto no artigo 1º, § 2º, da Lei Federal n. 6.899/1981, a questão restou assim assentada no acórdão proferido nos embargos de declaração:

“E o termo inicial de incidência da correção monetária também merece corrigenda, posto que, em sendo adotado o valor encontrado pela perícia realizada na medida cautelar, referida verba deve ser corrigida a partir da data da elaboração do laudo, restabelecendo-se quanto a este aspecto a r. decisão de 1^ª grau.”

Cuida-se, é verdade, de ação de cobrança acerca de, entre outros, valor apurado em laudo técnico, elaborado nos autos de ação cautelar preparatória e homologado em 4 de agosto de 1995.

No entanto, o fato de o valor ter sido apurado em sede de ação cautelar preparatória, em nada influencia na espécie.

Estatui o artigo 1^º, § 2^º, da Lei Federal n. 6.899/1981, ao dispor sobre a aplicação da correção monetária nos débitos oriundos de decisão judicial **verbis**:

“Art. 1^º. A correção monetária incide sobre qualquer débito resultante de decisão judicial, inclusive sobre custas e honorários advocatícios.

(...)

§ 2^º. Nos demais casos, o cálculo far-se-á a partir do ajuizamento da ação.”

Tem-se, assim, que a correção monetária, de que trata a Lei n. 6.899/1981, é a de débitos resultantes de decisão judicial, não havendo como estendê-la aos feitos cautelares preparatórios, inaptos à sua produção.

Veja-se, por todos, o seguinte precedente jurisprudencial:

“Ação ordinária de execução coativa de contrato de compra e venda. Correção monetária somente devida a partir do ajuizamento do processo principal ou de conhecimento e não desde o aforamento de medida cautelar, destinada à produção antecipada de prova. Recurso extraordinário de que se conhece, para dar-lhe provimento, por negativa de vigência ao art. 796 do Código de Processo Civil, e do § 2^º do art. 1^º da Lei n. 6.899/1981.” (RE n. 112.794-MG, relator Ministro Octávio Gallotti, in DJ de 04.12.1987).

Quanto à fixação dos juros moratórios, entendeu o v. acórdão que incidem a partir do momento em que se tornaram exigíveis, ou seja, a partir

da entrega das chaves, enquanto pretende o Recorrente sejam cabíveis a partir da citação.

Ocorre que, nos termos do Enunciado n. 163 do Supremo Tribunal Federal e do disposto nos artigos 1.536, § 2º, do Código Civil, e 219 do Código de Processo Civil, devem os juros moratórios ser contados a partir da citação inicial da ação.

Passo a apreciar a alegada violação ao artigo 535 do Código de Processo Civil.

Afirma o Recorrente que, a despeito de terem sido opostos embargos de declaração, não ficou esclarecido se os juros moratórios são de 0,5% ou de 1,0% e que “houve condenação da correção monetária e juros moratórios sobre as condenações. Uma das condenações foi de lucros cessantes, cujos valores se deram em épocas diferentes (meses diferentes), e, os embargos olvidavam que a decisão não tratara da incidência nesses casos, o que também não ficou esclarecido”.

A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça consolidou já entendimento segundo o qual deve a parte vincular a interposição do recurso especial à violação ao artigo 535 do Código de Processo Civil, quando, mesmo após a oposição de embargos declaratórios, o Tribunal **a quo** persiste em não decidir questões que lhe foram submetidas a julgamento, por força do princípio **tantum devolutum quantum appellatum** ou, ainda, quando persista desconhecendo obscuridade ou contradição argüidas como existentes no **decisum**.

E, em estando configurada a violação ao artigo 535 do Código de Processo Civil, impõe-se a declaração de nulidade do acórdão que apreciou os embargos declaratórios, a fim de que os vícios no **decisum** sejam sanados.

Com efeito, a sentença de 1º grau e os acórdãos proferidos na apelação e nos embargos de declaração não cuidaram de fixar o percentual dos juros moratórios, a despeito de ter sido reiteradamente provocada a jurisdição sobre as duas questões nos embargos de declaração:

“Há omissão quanto à consideração das datas de cada uma das parcelas no tempo em que seriam exigíveis, discriminando-as, como, também, ao percentual dos juros, entendendo-se, como não tendo sido estipulados quer no pedido, na sentença de 1ª instância, como no venerável acórdão, devendo prevalecer a taxa de 6% ao ano (artigos 1.062 e 1.063 do CC).”

E, também, nos embargos dos embargos de declaração, onde reiterou o pedido para que fosse suprida a omissão, tendo sido ambos embargos rejeitados, nos seguintes termos:

“Incognoscível o reclamo, pois o que o Embargante pretende é rediscutir matéria já apreciada no v. aresto embargado, vale dizer, com nítido caráter infringente, não se cuidando de nenhuma das hipóteses elencadas nos n. I e II do artigo 535 do Código de Processo Civil.”

“Os temas pelos quais volta o Embargante a insistir já foram suficientemente abordados, quando da prolação do acórdão, não comportando qualquer reexame esta oportunidade, porquanto é desnecessário analisar argumento por argumento, documento por documento, para a validade do julgado.”

Nem por isso, vale enfatizar, embora já prejudicadas as questões, há falar em omissão e nulidade do acórdão, porque se cuida de juros legais, que independem, para que sejam devidos, de declaração expressa, assim preceituando o artigo 1.062 do Código Civil:

“Art. 1.062. A taxa de juros moratórios, quando não convencionalizada (art. 1.262), será de 6% (seis por cento) ao ano.”

Confira-se, a propósito, o seguinte precedente jurisprudencial:

“Processual Civil. Ação de indenização por ato ilícito. Veículo danificado após apreensão por policiais civis. Dano causado por agentes do Estado. Prescrição quinquenal descabida. Juros moratórios. 0,5 % ao mês.

1. Recurso especial ofertado nos autos de ação de indenização em face de o veículo do recorrido ter sido apreendido por policiais do Centro de Operações Policiais Especiais – Cope –, em junho de 1990, sob o fundamento de tratar-se de veículo furtado. Após transcorrer um razoável lapso temporal, conseguiu, mediante perícia, inclusive ilustrada com fotografias, datada de 21.12.1992, constatar que seu automóvel sofreu sérios danos, aliás, anteriormente comprovado em outra perícia realizada em 25.09.1991. Ajuizada a ação em 06.11.1995, não se verifica a ocorrência da prescrição quinquenal.

2. Levando-se em consideração que ambos os laudos somente foram realizados em 25.09.1991 e 21.12.1992, demonstrando a violência policial com a propriedade particular do recorrido, que ao invés de

guardarem o seu veículo, simplesmente não só retiraram seus componentes como o colidiram, causando-lhe danos de grande monta, resta evidente a não-ocorrência da prescrição.

3. Conta-se o prazo de prescrição a partir da data do ato ou fato do qual se originaram as dívidas, ou, no dizer de **Yussef Said Cahali** (Responsabilidade Civil, Ed. Saraiva, 2ª ed., pp. 108/110), ‘... só com a configuração do dano é que terá nascido o direito de ação lesado ...’

4. O art. 178, § 10, IX, do Código Civil, é expresso e claro em estabelecer a prescrição de cinco 5 (cinco) anos para a ação por dano ao direito de propriedade, ‘contado a partir da data em que se deu a mesma ofensa ou dano’. No caso dos autos, a data de conhecimento dos danos só se concretizou com a prova pericial realizada.

5. *Estatui o art. 1.062 do Código Civil, que ‘a taxa de juros moratórios, quando não convencionada (art. 1.262), será de seis por cento ao ano’, e incidem a partir da citação.*

6. Não há, no ordenamento jurídico, norma a impor a fixação dos juros moratórios em 1% ao mês (12% ao ano), só por tratar-se a espécie de ato ilícito.

7. Precedentes desta Corte Superior.

8. Recurso parcialmente provido para, apenas, reduzir o percentual de juros de mora para 0,5% ao mês.” (REsp n. 294.070-PR, relator Ministro José Delgado, in DJ de 30.04.2001).

Tais juros, também por força de lei, são devidos a partir da citação, a teor do Enunciado n. 163 do Supremo Tribunal Federal e do disposto nos artigos 1.536, § 2º, do Código Civil, e 219 do Código de Processo Civil, **verbis**:

“163. Salvo contra a Fazenda Pública, sendo a obrigação ilíquida, contam-se os juros moratórios desde a citação inicial para a ação.”

“§ 2º. Contam-se os juros de mora, nas obrigações ilíquidas, desde a citação inicial.”

“A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa, e, ainda quando ordenada por Juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição.”

Por fim, a oposição de embargos visando ao suprimento da omissão que se tem existente no acórdão, não caracteriza litigância de má-fé, tanto quanto

os declaratórios opostos para o prequestionamento exigido como condição, entre outras, do acesso à via excepcional.

A questão já restou pacificada no enunciado da Súmula n. 98 deste Superior Tribunal de Justiça:

“Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório.”

Mesmo que os embargos de declaração fossem considerados procrastinatórios e, diga-se, não o foram, dariam ensejo à multa cominada no artigo 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil, e não à penalidade por litigância de má-fé, uma vez que o artigo 17, inciso VII, é regra de caráter geral, enquanto o parágrafo único do art. 538, refere-se especialmente aos embargos declaratórios.

Eis os precedentes jurisprudenciais:

“Processual. Multa. Litigância de má-fé e embargos de declaração protelatórios. Distinção. Reexame de provas. Possibilidade de exclusão. Apenas em caso de embargos de verdadeiro intuito prequestionador.

I – Embargos de declaração procrastinatórios dão ensejo à multa cominada no art. 538, parágrafo único, do CPC, e não à penalidade por litigância de má-fé (arts. 17 e 18 do CPC). É que o art. 17, VII, é regra de caráter geral. Já o parágrafo único do art. 538, refere-se especialmente aos embargos declaratórios. A norma especial (parágrafo único do art. 538) afasta a incidência de norma geral (art. 17, VII).

II – A exclusão de multa aplicada por embargos declaratórios protelatórios não pode ser revista em recurso especial, onde é defeso examinar os elementos de prova, em que se fundam o Tribunal. (Súmula n. 7).

III – A multa cominada por embargos prequestionadores deve ser excluída.

Pquestionamento. Essencialidade. Admissibilidade pelo dissenso pretoriano.

– Não estando prequestionado o tema sob suposta divergência jurisprudencial, não há como configurar o dissídio pretoriano.” (AgRg no Ag n. 429.070-SP, relator Ministro Humberto Gomes de Barros, in DJ de 23.09.2002).

“Processual Civil. Previdenciário. Correção monetária. Pagamento parcelado. Diferenças. Termo inicial para cômputo da prescrição

quinqüenal. Portaria n. 714/1993. Ação ajuizada posteriormente ao **dies ad quem** do prazo prescricional. Embargos de declaração. Multa. Litigância de má-fé. Indenização.

I – No que tange à forma de correção monetária dos valores pagos em atraso, encontra-se assente o entendimento de que somente com a edição da Portaria Ministerial n. 714, de 10.12.1993, restou caracterizada a lesão ao direito dos segurados em terem seus benefícios atualizados monetariamente, o que deu início à contagem do lapso prescricional.

II – Sendo a ação *proposta em período posterior* ao **dies ad quem** do prazo prescricional (10 de dezembro de 1998), torna-se necessário o reconhecimento da prescrição alegada pela autarquia previdenciária. Precedentes.

III – A condenação ao pagamento de indenização, nos termos do art. 18, § 2º, do CPC, por litigância de má-fé, pressupõe a existência de um elemento subjetivo, que evidencie o intuito desleal e malicioso da parte. Tal não ocorre na hipótese em que autarquia simplesmente opôs embargos de declaração visando prequestionar matéria, sem caracterizar o abuso. Sendo assim, descabida também a cobrança da multa prevista no art. 538, parágrafo único, do CPC.

Recurso provido.” (REsp n. 354.715-MG, relator Ministro Felix Fischer, *in* DJ de 03.06.2002).

Pelo exposto, não conheço do recurso especial interposto pelo autor Roberto Cláudio Ferreira Pereira, primeiro recorrente, e conheço e dou parcial provimento ao recurso especial interposto pelos Réus, para declarar juros moratórios de 0,5%, com incidência a partir da citação, devendo o cálculo da correção monetária incidir a partir do ajuizamento da ação principal, e excluir a condenação em litigância de má-fé.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 343.740 – SP

(Registro n. 2001.0105057-5)

Relator: Ministro Fernando Gonçalves

Recorrente: Nélson José Barrichelo
Advogado: José Eduardo da Rocha Frota
Recorrido: José Adipe Chedide (Espólio)
Advogado: José Januário de Magalhães Filho

EMENTA: Direito Civil – Locação – Dispositivo do Código de Defesa do Consumidor – Inaplicabilidade – Dissídio jurisprudencial – Não-demonstração.

1. O Código de Defesa do Consumidor não é aplicável aos contratos de locação, porquanto estes dispõem de regime legal próprio, além de faltar-lhes as características delineadoras da relação de consumo. Precedentes desta Corte.

2. Malgrado a tese de dissídio jurisprudencial, há necessidade, diante das normas legais regentes da matéria (art. 541, parágrafo único, do CPC c.c. o art. 255 do RISTJ), de confronto, que não se satisfaz com a simples transcrição de ementa, entre trechos do acórdão recorrido e das decisões apontadas como divergentes, mencionando-se as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados. Ausente a demonstração analítica do dissenso, incide a censura da Súmula n. 284 do Supremo Tribunal Federal.

3. Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti e Vicente Leal votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Fontes de Alencar.

Brasília-DF, 10 de setembro de 2002 (data do julgamento).

Ministro Fernando Gonçalves, Relator.

Publicado no DJ de 30.09.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves: Trata-se de recurso especial interposto por Nélson José Barrichelo, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do

permissivo constitucional, contra acórdão da Quinta Câmara do 2ª Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, assim ementado:

“Locação. Ação de despejo por falta de pagamento cumulada com cobrança. Recebimento reiterado dos aluguéis com atraso pelo locador, sem exigir encargos. Confiança gerada no locatário de que, para o contrato ser cumprido tal como fora ajustado originalmente, fazia-se necessária interpelação. Citação para ação de despejo que é mais enérgica das interpelações. Não-depósito do valor correspondente aos aluguéis, que era incontroverso. Contestação do pedido em seu todo. Procedência do despejo. Recurso improvido.

Embora se reconheça que o pagamento dos aluguéis habitualmente com atraso engendrou confiança geradora de conseqüências jurídicas, a citação para a ação de despejo valeu como interpelação. Destarte, os aluguéis atrasados, cujo valor era incontroverso, deveriam ser depositados, com o oferecimento de contestação quanto aos encargos cobrados, haja vista a inexistência de mora.

Contestação em relação ao pedido, no seu todo. Procedência do despejo.” (fl. 117).

Sustenta o Recorrente violação ao art. 51, IV, da Lei n. 8.078/1990, além de dissídio jurisprudencial, argumentando que o costume que se firmou entre ele e o locador, antes de sua morte, de pagar o aluguel com atraso de alguns meses, com a reiteração, acaba se tornando regra tácita insita ao contrato e, por isso mesmo, não podia ser despejado sem a pertinente e prévia notificação, com vistas à configuração da mora.

Com contra-razões (fls. 145/150), o recurso foi admitido (fls. 152/153), ascendendo os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves (Relator): De início, não se aplica aos contratos de locação, o Código de Defesa do Consumidor, conforme já decidiu esta Corte:

“Locação. Execução contra a Fazenda Pública. Título extrajudicial. Multa. Código de Defesa do Consumidor. Inaplicabilidade.

I – É possível a execução contra a Fazenda Pública, por quantia certa, com amparo em título extrajudicial.

II – As relações locatícias possuem lei própria que as regule. Ademais, falta-lhes as características delineadoras da relação de consumo apontadas nos arts. 2º e 3º da Lei n. 8.078/1990. O Código de Defesa do Consumidor, no que se refere à multa pelo atraso no pagamento do aluguel, não é aplicável às locações prediais urbanas. Recurso não conhecido.” (REsp n. 212.689-SP, rel. Ministro Felix Fischer, DJU de 17.04.2000).

“Processual Civil. Locação. Embargos à execução. Redução da penhora. Momento de alegação. Art. 685, I e II, do CPC. Imóvel caracterizado como bem de família. Penhora. Cabimento. Art. 82 da Lei n. 8.245/1991. Inc. VII, arts. 1º e 3º da Lei n. 8.009/1990. Multa contratual. Redução de 10% para 2%. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Impossibilidade. Recurso especial conhecido e desprovido.

I – Consoante a regra inscrita no art. 685, I e II, do CPC, a alegação de excesso ou o pedido de redução da penhora deve ser formulado na execução, após realizada a avaliação. Na hipótese, o v. acórdão recorrido, em sede de embargos à execução, indicou como momento apropriado para este mister a exata regra do mencionado dispositivo processual, no que aplicou ao litígio a adequada solução.

II – A Lei n. 8.245/1991, ao inserir o inciso VII no art. 3º da Lei 8.009/1990, autorizou expressamente a penhora do bem de família para garantir débitos decorrentes de fiança locatícia.

III – O Código de Defesa do Consumidor não se aplica às relações locatícias, descabendo, na espécie, com apoio nesta norma, vindicar a redução da multa – contratualmente pactuada entre as partes –, de 10% para 2%.

IV – Recurso especial conhecido, mas desprovido.” (REsp n. 302.603-SP, rel. Ministro Gilson Dipp, DJU de 04.06.2001).

Por esse único motivo, já não merece conhecimento o recurso pela alínea a do permissivo constitucional.

Contudo, apenas para esgotar o tópico, como se não bastasse, o art. 51, inciso IV, somente foi invocado pelo acórdão recorrido a título de princípio, sendo, posteriormente, afastado diante das peculiaridades do caso:

“Corretíssima, a nosso ver, essa colocação se restringisse aos encargos da locação, não quanto aos aluguéis em atraso.

Isto porque, citado para responder à ação desalijatória, deveria o locatário depositar singelamente os aluguéis em atraso, pois, se não havia mora (= atraso culposo), os prejuízos decorrentes desta eram indevidos.” (fl. 123).

Quanto ao mais, melhor sorte não socorre a irresignação.

Com efeito, além de o dissídio pretoriano não se delinear sem o necessário e pertinente cotejo analítico entre as teses tidas por divergentes, não sendo suficiente a simples citação da ementa e do inteiro teor do acórdão juntado a título de paradigma, a este mister não se presta o precedente colacionado, pois, enquanto trata ele da necessidade de prévia notificação, para constituir o locatário em mora, o Tribunal de origem entendeu que, no caso concreto, a notificação se deu com a efetiva citação para a ação de despejo, cujo pedido foi julgado procedente em razão da própria atitude do devedor:

“Em conclusão: a) efetivamente, o locador, aceitando pacificamente, o pagamento dos aluguéis com atraso, sem cobrar encargo de qualquer espécie, fez gerar no espírito do locatário a confiança de que esse procedimento prosseguiria; b) em princípio, deveria ter sido notificado pelo locador de que não mais aceitaria os atrasos; c) ao ser citado para a ação de despejo por falta de pagamento, tendo em conta que a citação é a mais enérgica das interpelações, deveria ter depositado apenas as quantias relativas aos aluguéis, visto serem incontroversas, e contestado a exigência dos encargos, pois existia atraso e, não, mora; d) contestando o pedido pelo seu todo, assumir o risco de a ação ser julgada procedente, como de fato o foi, corretamente.” (fl. 127).

Há, pois, evidente dessemelhança fática entre as teses, aptas a impedir a configuração do dissenso pretoriano, inclusive pela deficiência recursal (Súmula n. 284-STF).

Ante o exposto, ausente a violação à lei federal e não demonstrada a divergência, não conheço do recurso.

RECURSO ESPECIAL N. 362.861 – SP

(Registro n. 2001.0121087-1)

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido

Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS

Procuradores: Hermes Arrais Alencar e outros

Recorrida: Maria de Lurdes Galvão Ignez

Advogados: Paulo Sérgio de Souza e outros

EMENTA: Recurso especial – Previdenciário – Aposentadoria e auxílio-acidente – Cumulação – Definição da lei aplicável – Data do acidente – Termo inicial – Auxílio-acidente – Data do requerimento administrativo – Honorários advocatícios – Termo final.

1. Na concessão do benefício previdenciário, a lei a ser observada é a vigente ao tempo do fato que lhe determinou a incidência, da qual decorreu a sua juridicização e conseqüente produção do direito subjetivo à percepção do benefício.

Precedentes da Terceira Seção.

2. Para se decidir a possibilidade de cumulação do auxílio-acidente com a aposentadoria, em face do advento da Lei n. 9.528/1997, deve-se levar em consideração a lei vigente ao tempo do acidente causa da incapacidade para o trabalho, incidindo, como incide, nas hipóteses de doença profissional ou do trabalho, a norma inserta no artigo 23 da Lei n. 8.213/1991.

3. Em havendo o acórdão recorrido reconhecido que o tempo do acidente causa da incapacidade para o trabalho é anterior à vigência da Lei n. 9.528/1997, é de se reconhecer a possibilidade da cumulação do auxílio-acidente com a aposentadoria, incidindo a Lei n. 8.213/1991, na sua redação original, por força do princípio **tempus regit actum**.

4. Incidência analógica da Súmula n. 359 do STF e orientação adotada pela Terceira Seção nas hipóteses de pensão por morte devida a menor designado, antes do advento da Lei n. 9.032/1995.

5. Em regra, “(...) o auxílio-acidente será devido a partir do dia seguinte ao da cessação do auxílio-doença, independentemente de qualquer remuneração ou rendimento auferido pelo acidentado, vedada sua acumulação com qualquer aposentadoria.” (artigo 86, § 2º, do Código de Processo Civil).

6. Somente nas hipóteses em que não houve a concessão de auxílio-doença, esta Corte Superior de Justiça, interpretando o **caput**

do artigo 86, firmou-se no entendimento de que a expressão “após a consolidação das lesões” seria o termo inicial para a concessão do auxílio-acidente, identificando-o com a juntada do laudo pericial em juízo, salvo nos casos em que haja o requerimento do benefício no âmbito administrativo.

7. A Súmula n. 111 deste Tribunal Superior de Justiça estabelece que as prestações vincendas não integram o valor da condenação que serve de base para o cálculo dos honorários advocatícios a serem fixados na sentença (Código de Processo Civil, artigo 20, § 3º).

8. As prestações vincendas excluídas não devem ser outras senão as que venham a vencer após o tempo da prolação da sentença, até porque entender em contrário é viabilizar a conflitante situação resultante da oposição entre a morosidade do processo, que amplia o valor da verba honorária, e a celeridade da Justiça, que a impele para o justo. Precedentes.

9. Recurso conhecido e parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Fontes de Alencar e Fernando Gonçalves votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausentes, por motivo de licença, o Sr. Ministro Paulo Gallotti e, justificadamente, o Sr. Ministro Vicente Leal.

Brasília-DF, 21 de março de 2002 (data do julgamento).

Ministro Fernando Gonçalves, Presidente.

Ministro Hamilton Carvalhido, Relator.

Publicado no DJ de 24.06.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: Recurso especial interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, com fundamento no artigo 105,

inciso III, alíneas a e c, da Constituição Federal, contra o acórdão da Quarta Câmara do 2º Tribunal de Alçada Cível do Estado de São Paulo, assim ementado:

“Comprovada a presença da lesão e estabelecido o nexo causal, faz jus a obreira à indenização acidentária.

Até 1997 é possível a cumulação do auxílio-acidente com qualquer aposentadoria (art. 86, § 2º, da Lei n. 8.213/1991, texto da Medida Provisória n. 1.596-14 e da Lei n. 9.528, ambos os diplomas de 1997).” (fl. 146).

O Recorrente alega que, nos termos da Lei n. 9.528/1997, não é possível o deferimento do auxílio-acidente àqueles que já estejam aposentados, pouco importando a data da aposentadoria, mas, sim, a data do infortúnio que, por se tratar de doença que não apresenta marco certo e preciso, deve ser definido como o dia da apresentação do laudo pericial em juízo.

Sustenta, alternativamente, que somente com a apresentação do laudo pericial em juízo é que restou constatada a existência dos pressupostos para a concessão do auxílio-acidente, razão pela qual este somente tornou-se devido a partir dessa data.

Aduz, ainda, que os honorários advocatícios incidem tão-somente sobre as parcelas vencidas até a data da sentença monocrática.

A violação aos artigos 18, § 2º; 23 e 86, §§ 1º e 2º, todos da Lei n. 8.213/1991, e artigo 20, § 5º, do Código de Processo Civil e a divergência jurisprudencial fundam a insurgência especial.

Recurso tempestivo (fl. 158), não respondido (fl. 183) e admitido (fls. 187/189).

VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Sr. Presidente, à ausência de vedação legal expressa, este Superior Tribunal de Justiça firmara entendimento quanto à cumulação do auxílio-acidente com a aposentadoria, por diversos os suportes fáticos e os títulos jurídicos dos dois benefícios, tanto quanto as suas fontes de custeio, dêis que excluído o auxílio-acidente do cálculo do salário-de-contribuição da aposentadoria, para inibir o **bis in idem**.

Nesse sentido:

“Previdenciário. Recurso especial. Cumulação de benefícios. Aposentadoria especial. Auxílio-acidente. Possibilidade.

– Em tema de cumulação de benefícios previdenciários que apresentam pressupostos fáticos e fatos geradores diversos, é pacífico o entendimento desta colenda Corte no sentido de que é legítima e legal a percepção cumulativa da aposentadoria especial e do auxílio-acidente, desde que comprovado o nexo de causalidade entre a doença adquirida e o efetivo desempenho das atividades funcionais.

– Embargos de divergência rejeitados.” (EREsp n. 166.226-RJ, relator Ministro Vicente Leal, *in* DJ de 18.12.1998).

“Embargos de divergência. Previdenciário. Cumulação. Auxílio-acidente. Aposentadoria por tempo de serviço.

1. Esta Seção já firmou entendimento no sentido da viabilidade da cumulação da aposentadoria por tempo de serviço e o auxílio-acidente, desde que comprovado o nexo de causalidade entre a doença e a atividade exercida pelo beneficiário.

2. Embargos rejeitados.” (EREsp n. 79.436-SP, relator Ministro Fernando Gonçalves, *in* DJ de 17.02.1999).

“Embargos de divergência. Previdenciário. Auxílio-acidente. Cumulação. Aposentadoria especial. Possibilidade.

1. Admite-se a cumulação do auxílio-acidente com a aposentadoria especial, desde que não integre o cálculo do salário-de-contribuição.

2. Precedentes deste Superior Tribunal de Justiça.

3. Embargos rejeitados.” (EREsp n. 28.890-SP, de minha relatoria, *in* DJ de 19.06.2000).

Com a edição da Medida Provisória n. 1.596, de 11 de novembro de 1997, convertida na Lei n. 9.528, de 10 de dezembro de 1997, o § 2º do artigo 86 da Lei n. 8.213/1991, passou a vigorar com a seguinte redação:

“§ 2º. O auxílio-acidente será devido a partir do dia seguinte ao da cessação do auxílio-doença, independentemente de qualquer remuneração ou rendimento auferido pelo acidentado, *vedada sua acumulação com qualquer aposentadoria.*” (nossos os grifos).

Resta definir, agora, qual o fato jurídico produtor do benefício que, por óbvio, deve ser considerado para a definição da lei incidente na espécie, pois que se discute sucessão de leis no tempo.

A egrégia Terceira Seção desta Corte, nos casos de pensão por morte devida a menor designado antes do advento da Lei n. 9.032/1995, assim decidiu:

“Embargos de divergência. Previdenciário. Pensão por morte. Dependente designada antes do advento da Lei n. 9.032/1995. Ausência de direito adquirido.

1. O fato gerador para a concessão da pensão por morte é o óbito do segurado instituidor do benefício. A pensão deve ser concedida com base na legislação vigente à época da ocorrência do óbito.

2. Falecido o segurado sob a égide da Lei n. 9.032/1995 não há direito adquirido ao dependente designado anteriormente, na conformidade de inciso revogado, que colocara a pessoa designada no rol dos beneficiários previdenciários na condição de dependentes.

3. Precedentes da egrégia Quinta Turma: (REsp n. 244.822-RN, rel. Ministro Edson Vidigal, DJ de 17.04.2000; REsp n. 189.187-RN, rel. Ministro Gilson Dipp, DJ de 04.10.1999; REsp n. 222.968, rel. Ministro Felix Fischer, DJ de 16.11.1999).

4. Embargos conhecidos e acolhidos para declarar a inexistência de direito adquirido e da concessão do benefício previdenciário pretendido, determinando a aplicação da Lei n. 9.032/1995.” (EREsp n. 190.193-RN, relator Ministro Jorge Scartezzini, in DJ de 07.08.2000).

“Embargos de divergência em recurso especial. Previdenciário. Pensão por morte. Menor designado. Superveniência da Lei n. 9.032/1995. Inexistência de direito adquirido.

1. A egrégia Terceira Seção firmou já entendimento no sentido de que o fato gerador para a concessão do benefício de pensão por morte é o óbito do segurado, devendo ser aplicada a lei vigente à época de sua ocorrência (cf. EREsp n. 190.193-RN, relator Ministro Jorge Scartezzini, in DJ de 07.08.2000).

2. Em se tratando de segurado falecido sob a vigência da Lei n. 9.032/1995, não há falar em direito adquirido de menor designado à concessão de benefício de pensão por morte (cf. REsp n. 256.699-RN,

relator Ministro Edson Vidigal, **in** DJ de 04.09.2000; REsp n. 263.494-RN, relator Ministro Jorge Scartezzini, **in** DJ de 18.12.2000).

3. Embargos conhecidos e acolhidos.” (EREsp n. 201.050-AL, de minha relatoria, **in** DJ de 17.09.2001).

“Previdenciário. Pensão por morte. Dependente designado. Legislação vigente. Lei n. 9.032/1995.

1. A concessão do benefício previdenciário deve observar os requisitos previstos na legislação vigente à época da circunstância fática autorizadora do pagamento do benefício, qual seja, a morte do segurado.

2. Embargos de divergência acolhidos.” (EREsp n. 193.387-RN, relator Ministro Fernando Gonçalves, **in** DJ de 12.03.2001).

Ao que se tem, em mais de uma ocasião, a egrégia Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça firmou-se em que, na concessão do benefício previdenciário, a lei a ser observada é a vigente à época do fato jurídico produtor do direito ao benefício.

Tal orientação, aliás, se harmoniza com a Súmula n. 359 do Supremo Tribunal Federal, revista no julgamento do ERE n. 72.509-PR, relator Ministro Luiz Gallotti, **in** DJ de 30.03.1973, com indubitável incidência analógica na espécie, **verbis**:

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

Ora, a aposentadoria ou proventos de inatividade é espécie do gênero benefício previdenciário, assim como o auxílio-acidente.

E, por reunião dos requisitos necessários, aqui se entende a realização do suporte fático do direito à concessão do benefício.

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

E, em se tratando de auxílio-acidente, a lei aplicável é a vigente ao tempo do acidente causa da incapacidade para o trabalho, incidindo, como

incide, nas hipóteses de doença profissional ou do trabalho, a norma inserta no artigo 23 da Lei n. 8.213/1991, **verbis**:

“Art. 23. Considera-se como dia do acidente, no caso de doença profissional ou do trabalho, a data do início da incapacidade laborativa para o exercício da atividade habitual, ou o dia da segregação compulsória, ou o dia em que for realizado o diagnóstico, valendo para este efeito o que ocorrer primeiro.”

In casu, trata-se de incapacidade resultante de doença do trabalho, tendo o acórdão recorrido reconhecido que o início da incapacidade laborativa para o exercício da atividade habitual teve lugar na data de 19 de maio de 1997, data em que foi realizada a perícia no âmbito administrativo, descaracterizando a moléstia como profissional.

Desse modo, em havendo o acórdão recorrido reconhecido que o tempo do acidente causa da incapacidade para o trabalho é anterior à vigência da Lei n. 9.528/1997, é de se reconhecer a possibilidade da cumulação do auxílio-acidente com a aposentadoria, incidindo a Lei n. 8.213/1991, na sua redação original, por força do princípio do **tempus regit actum**.

Gize-se, ainda, que não se confundem a aquisição do direito ao benefício, efeito do fato jurídico, e o exercício desse direito, que a lei pode definir como termo inicial do adimplemento da obrigação, vale dizer, do pagamento do benefício previdenciário.

No que diz respeito ao termo inicial da concessão do auxílio-acidente, dispõe o artigo 86, **caput**, da Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, que:

“Art. 86. O auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado quando, *após consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza*, resultarem seqüelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia.

§ 1º. O auxílio-acidente mensal corresponderá a cinquenta por cento do salário-de-benefício e será devido, observado o disposto no § 5º, até a véspera do início de qualquer aposentadoria ou até a data do óbito do segurado.

§ 2º. *O auxílio-acidente será devido a partir do dia seguinte ao da cessação do auxílio-doença*, independentemente de qualquer remuneração ou rendimento auferido pelo acidentado, vedada sua acumulação com qualquer aposentadoria.

§ 3º. O recebimento de salário ou concessão de outro benefício, exceto de aposentadoria, observado o disposto no § 5º, não prejudicará a continuidade do recebimento do auxílio-acidente.

§ 4º. A perda da audição, em qualquer grau, somente proporcionará a concessão do auxílio-acidente, quando, além do reconhecimento de causalidade entre o trabalho e a doença, resultar, comprovadamente, na redução ou perda da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia.

§ 5º. Vetado.” (nova redação dada pela Lei n. 9.528, de 10 de dezembro de 1997 – nossos os grifos).

Ao que se tem do dispositivo legal transcrito, o auxílio-acidente será devido a partir do dia seguinte ao da cessação do auxílio-doença.

E nas hipóteses em que não houve a concessão de auxílio-doença, esta Corte Superior de Justiça, interpretando o **caput** do artigo 86, firmou-se no entendimento de que a expressão “após a consolidação das lesões” seria o termo inicial para a concessão do auxílio-acidente, identificando-o com a juntada do laudo pericial em juízo, salvo nos casos em que haja o requerimento do benefício no âmbito administrativo.

A propósito do tema, veja-se o seguinte precedente:

“Previdenciário. Auxílio-acidente. Termo inicial. Honorários advocatícios. Súmula n. 111-STJ.

– *Em tema de concessão de benefício previdenciário permanente, decorrente de acidente de trabalho, deve-se considerar como seu termo inicial o dia da juntada do laudo pericial em juízo. Precedentes.*

– Os honorários advocatícios, nas ações previdenciárias, não incidem sobre as prestações vincendas (Súmula n. 111-STJ).

– Embargos de divergência recebidos.” (EREsp n. 95.673-SP, relator Ministro José Arnaldo, in DJ de 09.11.1998 – nossos os grifos).

Tem-se, assim, que, nas hipóteses em que não houve a concessão do auxílio-doença, a regra é a de que o termo inicial do auxílio-acidente é o da juntada do laudo pericial em juízo.

De outro lado, em havendo requerimento do segurado na esfera administrativa, é firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que o termo

a **quo** do benefício acidentário deve corresponder à data do respectivo pedido (cf. REsp n. 282.237-SP, relator Ministro Felix Fischer, **in** DJ de 11.12.2000; REsp n. 240.788-SP, relator Ministro Gilson Dipp, **in** DJ de 05.03.2001; REsp n. 214.830, relator Ministro Edson Vidigal, **in** DJ de 22.11.1999; EDcl no REsp n. 243.826-SP, relator Ministro Gilson Dipp, **in** DJ de 27.11.2000; AgRg no Ag n. 343.192-SC, relator Ministro Felix Fischer, **in** DJ de 02.04.2001).

Na espécie, ao que se tem dos autos, houve pedido no âmbito administrativo (fl. 14), impondo-se, em princípio, a fixação do termo inicial do benefício na data do pedido na esfera administrativa, isto é, em novembro de 1996.

Como o acórdão recorrido fixou o termo inicial do benefício acidentário no dia seguinte ao do perícia médica realizada pelo INSS (19.05.1997), e não houve recurso do segurado, é de se manter, nesse particular, o acórdão recorrido, sob pena de **reformatio in pejus**.

Quanto aos honorários advocatícios, este egrégio Superior Tribunal de Justiça já estabeleceu, na sua Súmula n. 111, que as prestações vincendas não integram o valor da condenação que serve de base para o cálculo dos honorários advocatícios a serem fixados na sentença (Código de Processo Civil, artigo 20, § 3º).

Este, com efeito, o enunciado n. 111 da Súmula desta Corte Superior de Justiça:

“Os honorários advocatícios, nas ações previdenciárias, não incidem sobre prestações vincendas.”

As prestações vincendas excluídas não devem ser outras senão as que venham a vencer após o tempo da prolação da sentença, até porque entender em contrário é viabilizar a conflitante situação resultante da oposição entre a morosidade do processo, que amplia o valor da verba honorária, e a celeridade da Justiça, que a impele para o justo.

Assim, nas ações previdenciárias, os honorários advocatícios não incidem sobre as prestações vincendas, devendo ser calculados apenas sobre os benefícios *vencidos até a sentença*.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes jurisprudenciais:

“Processual e Previdenciário. Ação acidentária. Honorários advocatícios. Condenação. Súmula n. 111-STJ.

Nas ações previdenciárias, compreendendo como tais também as ações acidentárias, os honorários advocatícios devem incidir sobre as prestações vencidas, entendidas estas como as ocorridas até a prolação da sentença.

(...)." (REsp n. 310.441-SP, relator Ministro Gilson Dipp, *in* DJ de 17.09.2001).

“Previdenciário. Verba advocatícia. Súmula n. 111-STJ.

1. Os honorários advocatícios, nas ações previdenciárias, não incidem sobre prestações vincendas (Súmula n. 111-STJ), considerando-se apenas as prestações vencidas até o momento da prolação da sentença. Precedentes.

2. Recurso conhecido e provido.” (REsp n. 309.652-RS, relator Ministro Fernando Gonçalves, *in* DJ de 13.08.2001).

Pelo exposto, conheço do recurso e lhe dou parcial provimento para determinar que os honorários advocatícios sejam calculados sobre as prestações vencidas até a data da sentença.

É o voto.

