

Jurisprudência da Sexta Turma

HABEAS CORPUS N. 28.173 — RJ (2003/0066461-5)

Relator: Ministro Paulo Gallotti

Impetrante: Maria Lúcia Parisi dos Santos — Defensora Pública

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

Paciente: André Luiz da Silva Jesus (Preso)

EMENTA

Habeas corpus. Tráfico de entorpecentes. Artigo 557 do Código de Processo Civil. Aplicação analógica. Possibilidade. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

1. Na esteira da compreensão firmada pelo Supremo Tribunal Federal, mostra-se possível a aplicação do artigo 557 em matéria penal, desde que observados seus exatos termos.

2. Analisando questões fáticas e o conjunto probatório existente nos autos, o provimento monocrático reconheceu a materialidade e a autoria do delito. A tanto, porém, não estava autorizado pelo artigo 557 do Código de Processo Civil, que tem a sua aplicação limitada à matéria exclusivamente de direito, sob pena de se impedir o exame coletivo da irresignação, inclusive com a atuação de Juiz revisor, observando-se, assim, rigorosamente, o devido processo legal, garantia constitucional de quem responde a uma ação penal.

3. Ordem concedida.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 17 de fevereiro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Paulo Gallotti, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: A Defensora Pública Maria Lúcia Parisi dos Santos impetra **habeas corpus** em favor de André Luiz da Silva, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Colhe-se da impetração que o paciente, preso em flagrante, foi condenado, em primeiro grau, pela prática do crime definido no art. 12 da Lei n. 6.368/1976, à pena de 3 anos de reclusão, em regime fechado, e multa.

Diante disso, interpôs apelação, tendo o Desembargador Relator no Tribunal de origem, monocraticamente, julgado improcedente o recurso, em decisão sintetizada nos seguintes termos:

“Tráfico de entorpecentes. Apelação defensiva querendo a absolvição ou, subsidiariamente, a substituição da reclusão por pena alternativa, pois o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, é inconstitucional.

Recurso manifestamente improcedente, eis que a prova do tráfico é segura. Está superada a tese de que não se presta para um decreto condenatório a prova oral, quando limitada a depoimentos de policiais. Sem a demonstração da insinceridade dos milicianos, a simples alegação em tal sentido não pode prevalecer.

A substituição da pena privativa de liberdade por outra de natureza alternativa é juridicamente impossível, em face do disposto no art. 12 daquele Código e no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990.

O § 7º do art. 1º da Lei n. 9.455/1997 não revogou o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990. Tão-só o derogou naquilo que se refere exatamente ao crime de tortura. Ambos os dispositivos são harmoniosos com o art. 5º, XLVI, da Constituição Federal, que conferiu competência ao legislador ordinário para regular a personalização da pena. E, a todas as luzes, é neste território que se insere o regime de execução da pena privativa de liberdade. Pleitos manifestamente improcedentes e em confronto com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e desta Primeira Câmara Criminal, motivo porque se lhe recusa seguimento, nos termos legais e regimentais (CPC, art. 557, c.c. art. 3º CPP; Regimento Interno do TJRJ, art., 31, VIII).” (Fl. 25)

Interposto agravo regimental, o provimento restou integralmente mantido pela respectiva Câmara Criminal.

Daí o presente *writ*, no qual se alega, em síntese, cerceamento de defesa decorrente da circunstância de ter o Desembargador-Relator, ao aplicar o art. 557 do CPC, violado os princípios do contraditório e da ampla defesa, usurpando, pois, do órgão colegiado, a apreciação da matéria suscitada na apelação. Enfatiza, por fim,

não ser possível o emprego da analogia no Direito Penal, requerendo a nulidade da aludida decisão e conseqüentemente o novo julgamento do recurso.

Prestadas as informações (fls. 42/46), a Subprocuradoria Geral da República manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 49/53).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator): A questão posta no *writ* diz com a aplicação analógica, em segundo grau de jurisdição, do artigo 557 do Código de Processo Civil em matéria criminal.

Esta Sexta Turma tem entendido que é possível, por analogia, o julgamento individual de recurso criminal.

Veja-se:

“**Habeas corpus**. Tráfico ilícito de entorpecentes. Comutação de pena. Incabimento. Jurisprudência pacificada. Decisão monocrática de Relator de agravo em execução. Constrangimento inexistente.

1. Induvidosa a aplicação subsidiária do artigo 557 do Código de Processo Civil ao processo penal, não há falar em nulidade do **decisum** monocrático fundado na jurisprudência dos tribunais superiores.

Precedente do STF

2. Ordem denegada.”

(HC n. 22.634/RJ, Relator o Ministro Hamilton Carvalhido, DJ de 23.06.2003)

Referido julgado, aliás, faz alusão a precedente da Suprema Corte, **verbis**:

“Agravo regimental. Recurso extraordinário. Lei processual civil. Aplicação ao processo penal (art. 3º, CPP). Provimento do RE por decisão monocrática. Possibilidade. Progressão de regime. Lei de tortura (Lei n. 9.455/1997). Crimes hediondos (Lei n. 8.072/1990). Inaplicabilidade.

1) A Lei n. 9.756/1998 ao alterar o CPC, art. 557, previu a possibilidade de o Relator dar provimento a recurso, se a decisão estiver em manifesto desacordo com a jurisprudência do Tribunal. O Código de Processo Penal é omissivo a respeito do tema. Igualmente a Lei n. 8.038/1990. A Lei Processual Civil é aplicável ao processo penal por interpretação extensiva e aplicação analógica (CPP, art. 3º). É possível ao Relator dar provimento a RE, em matéria criminal, por despacho. Precedentes.

2) A decisão agravada que deu provimento ao recurso extraordinário enfrentou as teses da recorrida — ora agravante —, para não admiti-las, tendo em vista a orientação firmada no Tribunal. A progressão de regime prevista para o crime de tortura (Lei n. 9.455/1997) não se aplica aos crimes hediondos. Precedentes.

3) Decisão mantida.”

(AgRg no REsp n. 256.157/GO, Relator Ministro Nelson Jobim, **in** DJ de 03.05.2002).

Assim, na esteira do que tem decidido o Supremo Tribunal Federal, mostra-se possível a utilização do artigo 557 do Código de Processo Civil aos processos penais, desde que observados seus exatos termos.

In casu, o paciente, condenado pela prática do crime definido no art. 12 da Lei n. 6.368/1976, recorreu ao Tribunal de origem postulando sua absolvição, colhendo-se do provimento singular que negou seguimento ao apelo interposto pelo ora paciente, atacado no presente **habeas corpus**, o seguinte excerto, **verbis**:

“Não há dúvida de que André Luiz da Silva praticou o crime de tráfico de cocaína. A prova oral é precisa e coerente.

Com efeito, narraram as testemunhas de fls. 108/109 que observaram a atividade de André. Em determinado instante, aproximaram-se dele dois rapazes que lhe entregaram algo. André, de bicicleta, foi a uma construção ali perto e, na volta, também entregou alguma coisa aos rapazes. Resolveram abordá-lo. Em seu poder havia 16,00 (dezesesseis reais). Na casa em construção, por indicação de André, encontraram, sob umas tábuas, um saco plástico contendo 23 (vinte e três) sacolés de cocaína. O auto de apreensão de fl. 5 confirma o que foi apreendido e os laudos, prévio, fl. 5, definitivo, fl. 56, atestam tratar-se de 19,6 g (dezenove gramas e seis decigramas) de cloridrato de cocaína.

Neste contexto, absolvê-lo é inviável.

É superada a tese de que apenas depoimentos não se prestam para uma condenação, sobretudo à míngua de qualquer sintoma de sua insinceridade.” (Fl. 26)

Como se viu, o Relator, analisando questões fáticas e o conjunto probatório existente nos autos, reconheceu a materialidade e a autoria da infração.

A tanto, porém, não estava autorizado pelo artigo 557 do Código de Processo Civil, que tem a sua aplicação limitada à matéria exclusivamente de direito, sob pena de se impedir o exame coletivo da irresignação, inclusive com a atuação de

Juiz revisor, observando-se, assim, rigorosamente, o devido processo legal, garantia constitucional de quem responde a uma ação penal.

Ante o exposto, concedo a ordem para anular o julgamento da apelação, determinando sua renovação.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 36.445 — RJ (2004/0090829-8)

Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa

Impetrante: André Luiz de Felice Souza — Defensor Público

Impetrado: Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Paciente: Jorge Luiz Barbosa (Preso)

EMENTA

Penal. **Habeas corpus**. Crime hediondo. Ausência do advérbio “integralmente” quando da reforma da sentença **a quo** pelo Tribunal. Progressão. Impossibilidade.

1. A jurisprudência desta Corte tem se posicionado no sentido de que, nos crimes de natureza hedionda, a teor do que dispõe o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, o regime previsto é o fechado, sem possibilidade de progressão.

2. A omissão quanto ao advérbio “integralmente” não assegura ao réu a progressão do regime de execução da pena, máxime quando a reforma da sentença se deu, explicitamente, em relação ao **quantum** da reprimenda aplicada e não ao seu regime de cumprimento.

3. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

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

Carvalho, Paulo Gallotti e Paulo Medina. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Nilson Naves. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti .

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

Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Relator

DJ de 16.11.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário, impetrado em benefício de Jorge Luiz Barbosa, contra acórdão proferido pela Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que negou provimento ao agravo em execução, mantendo a decisão do Juízo das Execuções Criminais, indeferitória de pedido de progressão.

Consta dos autos que o paciente, em duas ações penais, foi condenado a sessenta anos de reclusão, em regime integralmente fechado. Apelou, tendo o Tribunal dado provimento ao seu inconformismo para reduzir a pena a 30 anos de reclusão, em regime fechado.

Daí o presente *writ*, através do qual pretende a concessão da ordem para que seja possibilitado ao paciente o benefício da progressão de regime, visto que o acórdão não mencionou como regime de cumprimento da pena o integralmente fechado.

A Subprocuradoria Geral da República é pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa (Relator): 1. Não assiste razão ao impetrante.

2. Com efeito, a jurisprudência desta Corte tem se posicionado no sentido de que, se houve condenação por crime de natureza hedionda, como no caso, malgrado tenha o acórdão omitido o advérbio “integralmente”, assim deverá ser compreendido, em consonância com o disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, principalmente neste caso em que, reformando a sentença **a quo**, da qual explicitamente constava o regime integral fechado, o Tribunal enumerou os pontos que mereciam reparo, assim se referindo:

“Tenho, pois, como segura a prova de que os réus cometeram os crimes a eles atribuídos. As penas merecem comentário, a primeira, e correção, a se-

gunda. O douto Prolator impôs aos réus penas de 4 meses, não de 4 anos de reclusão, como estabelece a lei, mas este engano não pode ser corrigido no recurso da defesa.

A classificação dada aos outros fatos e, em consequência, à pena, deve ser corrigida. Segundo a inicial, os apelantes, mediante grave ameaça e, a seguir, a morte das duas vítimas, subtraíram bem de apenas uma delas, com o que praticaram um só crime de roubo.

Como agiram com incomum intensidade de dolo, eliminando a vida de dois moços quase que se pode dizer, gratuitamente, fixo a pena dos dois, pelo crime do art. 157, § 3º, segunda parte, em 30 anos de reclusão, em regime fechado, mantida a pena de multa, fixada de forma branda, reduzido o valor dos dias-multa a meio salário mínimo.” (Fl. 31, grifei)

3. A insurgência se restringe à alegação de que o referido acórdão indicou “regime fechado” para o cumprimento da pena, sem qualquer menção à Lei dos Crime Hediondos, razão pela qual entende o impetrante que, na falta da indicação do advérbio “integralmente”, tem direito o paciente à progressão de regime.

4. Com efeito, esta Corte, em consonância com o excelso Pretório, já pacificou o entendimento de que se há condenação por crime hediondo, com a imposição de regime fechado, ainda que a sentença tenha omitido o advérbio “integralmente”, assim deverá ser compreendido, em obediência ao disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990.

Nesse sentido os seguintes precedentes:

“Penal. Crime hediondo. Regime prisional integralmente fechado. Ausência de especificação. Impossibilidade de progressão. 1. A jurisprudência do STJ já pacificou a orientação no sentido de que se há condenação por crime hediondo, com a imposição da pena em regime fechado, ainda que a sentença tenha omitido o advérbio específico “integralmente”, assim deverá ser compreendido, em obediência ao disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990. 2. Recurso conhecido e provido para determinar o cumprimento da pena no regime integralmente fechado.” (REsp n. 374.285/RS, Quinta Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ de 12.05.2003);

“Crime hediondo. Regime integralmente fechado. Falta de especificação. Progressão. Impossibilidade.

1. Se há condenação por crime hediondo e fixação na sentença de que o regime será o fechado, ainda que não haja expressa indicação que seja o integralmente, assim deverá ser entendido, em obediência ao comendo do art.

2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, sendo, pois, descabida a progressão. 2. Segundo entendimento do STF, acompanhado por esta Corte, o estupro seja em sua forma simples ou não, vale dizer com ou sem violência real, é considerado hediondo. 3. Recurso conhecido e provido. “ (REsp n. 429.683/MG, Sexta Turma, Rel. Min.Fernando Gonçalves, DJ de 30.09.2002).

É, portanto, por força de disposição legal que a pena deve ser cumprida necessariamente em regime integral fechado. **In casu**, o fato de o acórdão não ter se referido à expressão “integralmente” não significa que tenha pretendido assegurar a progressividade do regime de pena. Quisesse o eminente Relator do acórdão alterar o regime de cumprimento, admitindo a progressão, teria fixado o regime inicial fechado, o que não ocorreu, carecendo de eficácia, a tal propósito, a alusão constante da ementa, destoante da fundamentação e do dispositivo do julgado, fruto exclusivo de mero lapso material, perceptível à evidência.

5. Ante o exposto, *denego* a ordem.

HABEAS CORPUS N. 36.684 — GO (2004/0096525-0)

Relator: Ministro Nilson Naves

Impetrante: Luiz Inácio Medeiros Barbosa

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

Paciente: Marcus Túlio Rodrigues (Preso)

EMENTA

Entorpecentes (Lei n. 6.368/1976). Desclassificação (conseqüências). Juizado Especial (infração de menor potencial ofensivo). Prisão (não-cabimento).

1. Se o juiz desclassifica o crime — do art. 12 para o art. 16 —, devendo, então, em casos assim, o processo ir ter ao Juizado Especial por se tratar agora de infração de menor potencial ofensivo, não mais se justifica a prisão do réu.

2. De acordo com o parágrafo único do art. 69 da Lei n. 9.099/1995, nos casos ali determinados, já não se imporá prisão ao autor do fato nem dele se exigirá fiança.

3. Liminar deferida a fim de assegurar a liberdade. Ordem de **habeas corpus** concedida.

ACÓRDÃO

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

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

Ministro Nilson Naves, Relator

DJ de 22.11.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: O advogado Luiz Inácio Medeiros Barbosa impetrou ao Superior Tribunal que assegurasse a liberdade de Marcus Túlio Rodrigues, fê-lo nestes termos:

“O paciente foi preso em flagrante delito, no dia 19 de setembro de 2003, por possível violação do art. 12 da Lei n. 6.368/1976, sendo, por esse fato, denunciado, processado e condenado à pena reclusiva de 3 anos e 6 meses, em regime integralmente fechado, além de multa, por sentença do MM. Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Goiânia, que o preservou no regime de clausura antecipada.

Por inconformado com a resposta penal desfavorável, o paciente interpôs recurso apelatório para o egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, que, em julgamento datado do dia 1º de julho de 2004, deu provimento à insurgência defensiva, desclassificando a infração penal de tráfico ilícito de entorpecente para o de porte para uso próprio, ordenando a remessa dos autos ao Juizado Especial Criminal, onde será imprimido o rito da Lei n. 9.099/1995.

A deliberação colegiada, todavia, preservou a custódia antecipada do paciente, deixando de lhe conceder a ordem de soltura, omitindo, propositamente, na apreciação desse tema, fato que lhe impõe constrangimento ilegal, sujeitando-o à medida vexatória, em procedimento de competência do Juizado Especial Criminal, onde a prisão, antecipada ou como pena, não se torna possível, posto que ali impera instrumento de composição penal.

É de ver-se, portanto, que a manutenção da prisão do paciente, mesmo em face da desclassificação operada pelo acórdão do Tribunal de Justiça,

maltrata a garantia constitucional que lhe assegura a liberdade quando se livra solto da imputação, fato que demonstra a imperiosa necessidade do seu excluduramento.

Ao teor do exposto, requer o impetrante, como providência antecipatória, a concessão de liminar, para que o paciente, em liberdade, aguarde a instrução e julgamento do presente pedido.

Requer, finalmente, após as informações do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás e o parecer da Procuradoria Geral da República, a concessão definitiva da ordem liberatória, confirmando-se, assim, a liminar deferida.”

Durante o período de férias, o Presidente do Superior Tribunal deferiu, nos termos seguintes, a liminar postulada:

“O pedido comporta, **prima facie**, a concessão da medida liminar, por presentes os pressupostos ensejadores. De fato, a medida constritiva tem caráter excepcional, e sua manutenção exige a observância dos estritos requisitos previstos em lei. Tudo considerado, parece-me plausível sua desconstituição, ainda que provisória, especialmente quando determinada, já, a submissão da espécie ao rito mais benéfico, de que trata a Lei n. 9.099/1995.

Assim concedo a liminar, tão-somente para que possa, o paciente, aguardar solto o julgamento desta impetração, pelo colegiado. Expeça-se o competente Alvará de Soltura, se por outro motivo não estiver preso.”

Parecer pela concessão da ordem, encimado por esta ementa:

“1. Havendo desclassificação do delito de tráfico para uso de substâncias entorpecentes, não há como subsistir a prisão em flagrante do paciente, já que se trata de crime de menor potencial ofensivo, cujo processamento se dá perante o Juizado Especial, com o objetivo de aplicação de pena não privativa de liberdade.

2. Não se imporá a prisão em flagrante ao autor do fato que for imediatamente encaminhado ao Juizado ou se comprometer a comparecer (art. 69, parágrafo único, da Lei n. 9.099/1995).

3. Parecer por que seja concedida ordem.”

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): É este o parecer do Ministério Público Federal, subscrito pelo Subprocurador-Geral Guilherme de Aragão:

“A ordem deve ser concedida.

Com efeito, verifica-se que, com a desclassificação do delito de tráfico para uso de substâncias entorpecentes, o procedimento a ser seguido é o do Juizado Especial Criminal. É que o delito de uso (art. 16 da Lei n. 6.368/1976) é sujeito à pena de detenção de seis meses a dois anos, sendo, portanto, crime de menor potencial ofensivo. Tanto é assim que o Tribunal de Justiça de Goiás determinou o processamento do feito perante o juizado.

É certo que o processo perante o Juizado Especial objetiva a aplicação de pena não privativa de liberdade, como forma de minorar o sancionamento de condutas de menor potencial ofensivo. Tratando-se, na espécie, de crime dessa espécie, não existem motivos para que subsista a prisão em flagrante se, nos termos do parágrafo único do art. 69 da Lei n. 9.099/1995, o autor do fato for imediatamente encaminhado ao Juizado ou se comprometer de a este comparecer, **in verbis**:

‘Art. 69 (...)

Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao Juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, *não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança.*’ (Grifo nosso)

Apesar de ser possível a prisão em flagrante em virtude da prática de crimes de menor potencial ofensivo, no presente caso, ela não se mostra mais necessária. Ora, além de o paciente já estar preso há mais de um ano, por crime hoje tipificado como uso, consta dos autos que é primário, tem bons antecedentes, residência fixa e é universitário (fl. 134). Não há receio ou indicativos de que ele se furtará a comparecer ao Juizado Especial.

Ademais, com o provimento da apelação, desclassificando o delito imputado ao paciente, o processo que redundou na condenação anterior por tráfico de entorpecentes não subsiste, retomando-se o feito nos moldes da Lei n. 9.099/1995. O excesso da prisão, portanto, sem sentença válida, é flagrante.

De forma análoga ao presente caso, colaciona-se os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça, que trazem a idéia da impossibilidade de prisão em flagrante nos casos de crimes de menor potencial ofensivo...

(...)

Assim, considerando o novo processamento do feito perante o Juizado Especial Criminal, que busca a aplicação de pena não privativa de liberdade, não há como subsistir a prisão em flagrante do paciente.”

Da ementa dos precedentes citados colho os seguintes tópicos:

“Em qualquer das teses acerca da possibilidade do funcionário público, no exercício de suas funções, praticar o crime de desobediência, mostra-se *inviável, a meu sentir, a ameaça de prisão em flagrante da paciente, porquanto se trata de crime de menor potencial ofensivo.*”

“Cuidando-se de delito de menor potencial ofensivo, aplicam-se os ditames da Lei dos Juizados Especiais, inclusive o parágrafo único do art. 69 da Lei n. 9.099/1995, que veda a prisão em flagrante nos casos em que o agente, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao Juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer.”

Tal o contexto, confirmo a liminar, concedendo a ordem impetrada, a fim de que o paciente permaneça em liberdade.

RECURSO ESPECIAL N. 285.964 — RJ (2000/0113442-6)

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido

Recorrente: Jornal do Brasil S/A

Advogados: Guilherme Henriques de Araújo e outros

Recorrido: Marcelo Nunes de Alencar

Advogados: Augusto Henrique Pereira de Sousa Werneck Martins e outro

EMENTA

Recurso especial. Lei n. 5.250/1967. Pedido de resposta. Sentença procedente. Natureza penal. Prescrição em 2 anos. Recurso prejudicado.

1. O suporte fático do direito à publicação da resposta, que tem a integrá-lo a ofensa ou acusação em publicação feita em jornal ou periódico, ou em transmissão de radiodifusão; a submissão da ação de publicação de resposta à decadência; a extinção do direito à publicação da resposta pelo exercício da ação penal e o direito à publicação da sentença condenatória (Lei n. 5.250/1976, artigos 28, 29, parágrafos 2^o e 3^o, e 68), asseguram, a nosso ver, como o confirma a letra do parágrafo 8^o do artigo 32 do estatuto em causa (“A recusa ou demora de publicação ou divulgação de resposta, quando couber, *constitui crime autônomo* e sujeita o responsável ao dobro da pena cominada à infração”), a determinação da natureza da resposta, prevista na Lei de Imprensa, como *sanção penal*, alternativa ou cumu-

lativa, ajustando-se, por consequência, aos tempos extintivos da punibilidade do delito.

2. Ultrapassado o prazo de 2 anos, após sentença que reconhece o direito de resposta, impõe-se o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva. Precedentes.

3. Recurso especial prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, declarar extinta a punibilidade pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, prejudicado o recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Paulo Gallotti e Paulo Medina votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

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

Ministro Hamilton Carvalhido, Presidente e Relator

DJ de 09.02.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: Recurso especial interposto pelo Jornal do Brasil S/A contra acórdãos da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, assim ementados:

“Lei de imprensa — Direito de resposta — Decadência — Regularidade do texto — Processo legal — Preliminares rejeitadas — Decotação de excessos contidos no texto-resposta — Provimento parcial do recurso.

— O direito de resposta, na Lei de Imprensa, deve observar duas fases distintas e sucessivas, a primeira das quais, direta, amigável, e a segunda, judicial, que somente se admite se aquela não for atendida (art. 32 da Lei n. 5.250/1967). O prazo decadencial, em consequência, é contado até a data do pedido de resposta dirigido ao órgão encarregado de atendê-lo, não até a entrada do pedido em Juízo, no caso do não-atendimento extrajudicial. É que esse prazo ‘refere-se ao uso da via direta e não da judicial’, porque, ‘existindo, como já demonstrado, dois caminhos a serem seguidos, um como condição preambular de uso do outro, o exercício do direito manifesta-se quando o primeiro é usado. Como a via direta é obrigatória, o prazo decadencial so-

mente pode se referir a ela, pois é em tal momento que o atingido exercita o seu direito de resposta’.

— Não há que se admitir a alegação de impossibilidade jurídica de atendimento ao pedido de resposta, sob o argumento de não estar subscrito pelo interessado direto, se foi ele encaminhado e rubricado por procurador regularmente habilitado.

— Não viola nenhum direito do suplicado, no pedido de resposta, o despacho que manda abrir vista dos autos ao autor do pedido, para que se pronuncie sobre as explicações oferecidas por aquele, principalmente se, com as explicações, o suplicado junta documentos e argúi preliminares que podem mudar completamente o andamento da pretensão inicial, quais sejam a de decadência do direito ao pedido de resposta e a de impossibilidade jurídica do pedido, matérias essas sobre as quais não poderia a parte interessada deixar de ser chamada a pronunciar-se. Mesmo que a lei não preveja esse momento processual, nada impede que o Juiz o promova, dada a sua importância para a decisão que, em seguida, irá proferir. E o fato de não ter sido dada nova vista ao suplicado, em decorrência da ‘réplica’, também não viola qualquer eventual direito seu, se nessa ‘réplica’ nada de novo é alegado, além dos argumentos defensivos relacionados com as preliminares.

— É princípio doutrinário que ‘o direito de resposta não pode ser indiscriminado, devendo guardar relação com os fatos referidos na publicação ou transmissão e não podendo conter ofensas ao órgão divulgador, aos responsáveis por este, nem a terceiros’, mesmo porque, segundo dispõe o inciso IV do art. 34 da Lei de Imprensa, a ofensa a terceiros pode motivar condições que criem para estes igual direito de resposta. Se o pedido de resposta ultrapassa os limites legais, posto que deveria ter se cingido à restauração da verdade sobre os fatos descritos na reportagem incriminada, sem desdobramentos inúteis, e se, além disso, pretende veicular expressões ofensivas a terceira pessoa, nenhuma dúvida se pode ter de que o órgão de imprensa que divulgou a reportagem tinha o direito de negar-lhe publicação. Nesse caso, assegurando-se ao ofendido o direito de resposta, decota-se do texto proposto os seus excessos, para que dele sejam publicadas, apenas, as partes relacionadas com o cerne da matéria incriminada.” (Fls. 180/182).

“Embargos de declaração — Inexistência de omissões a serem declaradas — Rejeição.

Não ocorrendo ambigüidade, obscuridade, contradição ou omissão no acórdão (art. 619 do CPP) e verificando-se que as alegações do embargante,

no sentido de que o acórdão é omissivo, não têm fundamento, rejeitam-se os embargos declaratórios.” (Fl. 192).

Negativa de vigência aos artigos 29, parágrafo 2º, 32, parágrafos 1º e 4º, e 34, incisos I e IV, todos da Lei n. 5.250/1967 funda a insurgência especial (Constituição da República, artigo 105, inciso III, alínea a).

Pugna o recorrente pela “(...) admissão do presente recurso especial e sua imediata remessa ao colendo Superior Tribunal de Justiça, para que lhe seja dado provimento, a fim de que seja reformado o v. acórdão ora impugnado e, conseqüentemente, negado o pedido judicial de resposta, por ser medida de justiça.” (Fl. 434)

Recurso tempestivo (fl. 405), respondido (fls. 477/479) e admitido (fls. 496/498).

O parecer do Ministério Público Federal é no sentido de se julgar prejudicado o presente recurso, em face da prescrição da pretensão punitiva.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Senhores Ministros, recurso especial interposto pelo Jornal do Brasil S/A contra acórdãos da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, assim ementados:

“Lei de Imprensa — Direito de resposta — Decadência — Regularidade do texto — Processo legal — Preliminares rejeitadas — Decotação de excessos contidos no texto-resposta — Provimento parcial do recurso.

— O direito de resposta, na Lei de Imprensa, deve observar duas fases distintas e sucessivas, a primeira das quais, direta, amigável, e a segunda, judicial, que somente se admite se aquela não for atendida (art. 32 da Lei n. 5.250/1967). O prazo decadencial, em conseqüência, é contado até a data do pedido de resposta dirigido ao órgão encarregado de atendê-lo, não até a entrada do pedido em Juízo, no caso do não-atendimento extrajudicial. É que esse prazo ‘refere-se ao uso da via direta e não da judicial’, porque, ‘existindo, como já demonstrado, dois caminhos a serem seguidos, um como condição preambular de uso do outro, o exercício do direito manifesta-se quando o primeiro é usado. Como a via direta é obrigatória, o prazo decadencial somente pode se referir a ela, pois é em tal momento que o atingido exercita o seu direito de resposta’.

— Não há que se admitir a alegação de impossibilidade jurídica de atendimento ao pedido de resposta, sob o argumento de não estar subscrito pelo

interessado direto, se foi ele encaminhado e rubricado por procurador regularmente habilitado.

— Não viola nenhum direito do suplicado, no pedido de resposta, o despacho que manda abrir vista dos autos ao autor do pedido, para que se pronuncie sobre as explicações oferecidas por aquele, principalmente se, com as explicações, o suplicado junta documentos e argúi preliminares que podem mudar completamente o andamento da pretensão inicial, quais sejam a de decadência do direito ao pedido de resposta e a de impossibilidade jurídica do pedido, matérias essas sobre as quais não poderia a parte interessada deixar de ser chamada a pronunciar-se. Mesmo que a lei não preveja esse momento processual, nada impede que o Juiz o promova, dada a sua importância para a decisão que, em seguida, irá proferir. E o fato de não ter sido dada nova vista ao suplicado, em decorrência da ‘réplica’, também não viola qualquer eventual direito seu, se nessa ‘réplica’ nada de novo é alegado, além dos argumentos defensivos relacionados com as preliminares.

— É princípio doutrinário que ‘o direito de resposta não pode ser indiscriminado, devendo guardar relação com os fatos referidos na publicação ou transmissão e não podendo conter ofensas ao órgão divulgador, aos responsáveis por este, nem a terceiros’, mesmo porque, segundo dispõe o inciso IV do art. 34 da Lei de Imprensa, a ofensa a terceiros pode motivar condições que criem para estes igual direito de resposta. Se o pedido de resposta ultrapassa os limites legais, posto que deveria ter se cingido à restauração da verdade sobre os fatos descritos na reportagem incriminada, sem desdobramentos inúteis, e se, além disso, pretende veicular expressões ofensivas a terceira pessoa, nenhuma dúvida se pode ter de que o órgão de imprensa que divulgou a reportagem tinha o direito de negar-lhe publicação. Nesse caso, assegurando-se ao ofendido o direito de resposta, decota-se do texto proposto os seus excessos, para que dele sejam publicadas, apenas, as partes relacionadas com o cerne da matéria incriminada.” (Fls. 180/182)

“Embargos de declaração — Inexistência de omissões a serem declaradas — Rejeição.

Não ocorrendo ambigüidade, obscuridade, contradição ou omissão no acórdão (art. 619 do CPP) e verificando-se que as alegações do embargante, no sentido de que o acórdão é omisso, não têm fundamento, rejeitam-se os embargos declaratórios.” (Fl. 192)

Negativa de vigência aos artigos 29, parágrafo 2º, 32, parágrafos 1º e 4º, e 34, incisos I e IV, todos da Lei n. 5.250/1967 funda a insurgência especial (Constituição da República, artigo 105, inciso III, alínea a).

Pugna o recorrente pela “(...) admissão do presente recurso especial e sua imediata remessa ao colendo Superior Tribunal de Justiça, para que lhe seja dado provimento, a fim de que seja reformado o v. acórdão ora impugnado e, conseqüentemente, negado o pedido judicial de resposta, por ser medida de justiça.” (Fl. 434)

O suporte fáctico do direito à publicação da resposta, que tem a integrá-lo a ofensa ou acusação em publicação feita em jornal ou periódico, ou em transmissão de radiodifusão, a submissão da ação de publicação de resposta à decadência, a extinção do direito à publicação da resposta pelo exercício da ação penal e o direito à publicação da sentença condenatória (Lei n. 5.250/1976, artigos 28, 29, parágrafos 2º e 3º, e 68), asseguram, a nosso ver, como o confirma a letra do parágrafo 8º do artigo 32 do estatuto em causa (“A recusa ou demora de publicação ou divulgação de resposta, quando couber, constitui crime autônomo e sujeita o responsável ao dobro da pena cominada à infração”), a determinação da natureza da *resposta*, prevista na Lei de Imprensa, como *sanção penal*, alternativa ou cumulativa, ajustando-se, por conseqüência, aos tempos extintivos da punibilidade do delito.

E a prescrição da pretensão punitiva dos crimes previstos na Lei de Imprensa ocorre em 2 anos, **verbis**:

“Art. 41. A prescrição da ação penal, nos crimes definidos nesta lei, ocorrerá 2 anos após a data da publicação ou transmissão incriminada, e a condenação, no dobro do prazo em que for fixada.”

Ultrapassado, pois, o prazo de 2 anos, após sentença que reconhece o direito de resposta, impõe-se o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva.

Neste sentido, os seguintes precedentes do excelso Supremo Tribunal Federal e deste Superior Tribunal de Justiça:

“**Habeas corpus** — Cabimento — Direito de resposta — Recusa — demora de publicação ou de divulgação — Parágrafo 8º do artigo 32 da Lei n. 5.250/1967.

Cabível é o **habeas corpus** no que vise, no campo preventivo, a declaração da prescrição da pretensão punitiva, considerado o tipo penal autônomo do parágrafo 8º do artigo 32 da Lei n. 5.250/1967 — a recusa ou demora de publicação ou divulgação de resposta cujo direito haja sido reconhecido em provimento judicial.

Resposta — Direito — Recusa — Retardamento — Lei n. 5.250/1967.

O parágrafo 8º do artigo 32 da Lei n. 5.250/1967 revela tipo penal autônomo, no que prevista a conduta incriminada e a pena. Esta última alcança a dobra daquela cominada para a infração que deu origem ao reconheci-

mento do direito de resposta, considerando-se a calúnia, a difamação e a injúria, no que regidas pela própria Lei n. 5.250/1967.

Prescrição — Ação penal — Parágrafo 8º do artigo 32 da Lei n. 5.250/1967.

Tratando-se de crime previsto na citada lei, dá-se a incidência da norma linear do artigo 41 nela contido, exurgindo, como termo inicial do biênio, a data em que o provimento judicial alusivo ao reconhecimento do direito de resposta não mais poderia ser atacado mediante recurso possuidor de efeito suspensivo.” (HC n. 72.186/RJ, Relator Ministro Marco Aurélio, *in* DJ 08.09.1995).

“Recurso especial. Penal. Crime de imprensa. Direito de resposta. Apelação não comporta efeito suspensivo. Prescrição em dois anos. Art. 41 da Lei n. 5.250/1967. Reconhecimento da prescrição do direito de resposta. Interpelação judicial independe de pedido amigável. Provimento do recurso.

‘O recurso de apelação não comporta efeito suspensivo quando interposto contra decisão que concede direito de resposta. Assim, o lapso prescricional começa a contar da decisão que reconheceu tal direito.’

‘O ingresso em juízo pleiteando o reconhecimento do direito de resposta, não está condicionado à comprovação, nos autos, de não-atendimento amigável da resposta.’

‘O acesso ao Judiciário é constitucionalmente assegurado, nos termos do art. 5º, inciso XXXV: ‘a lei não excluirá do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’.’

Direito de resposta prescrito. Recurso prejudicado pela ocorrência da prescrição.” (REsp n. 469.285/SP, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, *in* DJ de 04.08.2003).

Pelo exposto, julgo prejudicado o presente recurso, por desconstituído o seu objeto, em razão da prescrição da pretensão punitiva.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 493.134 — AC (2002/0166883-5)

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido

Recorrente: Ministério Público do Estado do Acre

Recorrido: Pedro Pascoal Duarte Pinheiro Neto

Advogado: Raimundo Menandro de Souza

EMENTA

Recurso especial. Prisão especial. Artigo 295 do CPP. Quartel do Comando Geral da Polícia Militar Estadual. Remoção para alojamento destinado a oficiais em serviço. Impossibilidade. Provisamento.

1. A lei, ela mesma, estabelece que “(...) a prisão especial, prevista neste Código ou em outras leis, consiste exclusivamente no recolhimento em local distinto da prisão comum”, e, também, que a cela especial deverá atender aos requisitos de “(...) salubridade do ambiente, pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequados à existência humana.”

2. Não há falar em constrangimento ilegal, sanável via **habeas corpus**, na manutenção do recorrido em cela especial no Quartel do Comando Geral da Polícia Militar do Estado, local reconhecidamente destinado a custodiados em idêntica situação, com condições ideais de salubridade e segurança, devidamente separado dos detentos comuns.

3. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

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

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

Ministro Hamilton Carvalho, Presidente e Relator

DJ de 02.02.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalho: Recurso especial interposto pelo Ministério Público contra acórdão do Pleno do Tribunal de Justiça do Estado do Acre, assim ementado:

“Processual Penal — **Habeas corpus** — Prisão especial — Dependência ou alojamento de oficiais — Oficial PM e portador de nível superior.

Enquanto não excluído da força pública, tem o policial militar direito à prisão especial, no correr do processo criminal, ainda que condenado por crime comum. Liminar mantida. Pedido deferido. Unânime.” (Fl. 92)

Divergência jurisprudencial e negativa de vigência ao artigo 295, incisos V e VII, do Código de Processo Penal, fundam a insurgência especial (Constituição da República, artigo 105, inciso III, alínea **a** e **c**).

Pugna o *Parquet* recorrente no sentido de que “(...) seja admitido este recurso especial, para ao final dar-lhe provimento, cassando o acórdão recorrido da Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Acre, para retornar o recorrido à cela especial do Quartel, onde o mesmo estava inicialmente custodiado.” (Fl. 115)

Recurso tempestivo (fl. 105), respondido (fls. 131/139) e admitido (fl. 141).

O Ministério Público Federal veio pelo provimento do recurso, em parecer assim fundamentado:

“(…)

2. O Recorrente aponta infringência ao art. 295, V e VII, do CPP, eis que o ‘acórdão recorrido ao determinar a custódia do recorrido na sala dos Oficiais de serviço da PM, retirando-o da cela do Quartel da Polícia Militar, desviou a finalidade da prisão especial, concedendo ao recorrido regalias não autorizadas pela lei’ (fl. 109). Além disso aponta dissídio jurisprudencial entre a decisão do Tribunal de Justiça do Acre e acórdão deste Superior Tribunal de Justiça.

(…)

4. No mérito, primeiro, observe-se que o próprio Tribunal de Justiça afirma que a prisão especial é, ‘antes de tudo prisão, e não alojamento para Oficiais de serviço’, não tendo o custodiado ‘o direito de conviver com Oficiais de serviço’ (fl. 95). Em segundo lugar, como consignado em acórdão desta Corte, a prisão especial tem por escopo ‘resguardar a integridade física do preso, afastando-o da promiscuidade com outros detentos comuns’ (fl. 117). Inexistindo dependências próprias, ‘o recolhimento pode ser cumprido em alojamento separado das demais alas carcerárias e que preencha as condições de higiene e salubridade, condizentes com a prisão especial’ (fl. 117). Ora, as fotos de fls. 62/65 demonstram que as celas do Comando Geral satisfazem os requisitos de higiene e salubridade, tendo as instalações, inclusive, passado por recente reforma. Não se vislumbra ainda promiscuidade com outros detentos, eis que são poucos os recolhidos ao xadrez, dentre eles Hildebrando Pascoal Nogueira Neto, irmão do Recorrido.

5. Portanto, ilegal determinar o recolhimento do Recorrido a alojamento de oficiais, que o reconhecidamente não é prisão, se o Comando Geral dispõe de dependências que satisfazem os objetivos da prisão especial.

(...)” (fls. 162/163).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Senhores Ministros, recurso especial interposto pelo Ministério Público contra acórdão do Pleno do Tribunal de Justiça do Estado do Acre que, concedendo a ordem em **habeas corpus** impetrado por Pedro Pascoal, confirmou a liminar que determinara a remoção do recorrido da cela onde se encontrava no Comando Geral da Polícia Militar do Estado do Acre para o Alojamento de Oficiais em Serviço.

Estes, os fundamentos do acórdão impugnado:

“(…)

Pela decisão de fls. 34/36, deferi o pedido de liminar, por entender que o xadrez para onde foi removido o Paciente, não atendia às exigências do Decreto n. 38.016, de 1955, que regulamenta a prisão especial, muito menos com a determinação do Juiz da Vara do Tribunal do Júri da Comarca desta Capital.

Requisitadas as informações de praxe, assim se manifestou o Cel. Alberto Camelo de Oliveira, que respondia, à época, pelo Comando Geral da Polícia Militar do Estado do Acre:

“(…)

1. A princípio, o paciente em epígrafe foi recolhido em razão da decretação de prisão preventiva, ao xadrez do Quartel do Comando Geral, em 12 de dezembro de 1999, em razão de Mandado de Prisão Preventiva, expedido pelo titular da Vara do Tribunal do Júri, tendo o supracitado paciente sido transferido para o alojamento de oficiais da PMAC, no dia 13 de dezembro de 2000, em razão desta OPM passar por reforma em suas instalações, dentre elas o xadrez do Quartel do Comando Geral, todavia no dia 16 de março do presente ano em exercício, o Paciente em espeque foi reconduzido ao xadrez do Comando Geral, pois o fato norteador de sua transferência havia cessado, ou seja, as instalações do xadrez do Quartel do Comando Geral foram totalmente reformadas;

2. O xadrez do Comando Geral está inserido nas dependências da Guarda do Quartel do Comando Geral, localizando-se na entrada principal do Quartel do Comando Geral, sendo assim o impetrante do remédio constitucional em litígio equivocou-se ao prestar informação no sentido de que tal dependência estaria localizada no porão de tal estabelecimento, haja vista que a edificação onde se localiza o xadrez não possui porão, fato este ilustrado no levantamento fotográfico em anexo;

3. O xadrez do Comando Geral, em oportunidades recentes foi utilizado como dependência prisional caracterizada como prisão especial, onde permaneceram recolhidos provisoriamente oficiais da polícia militar e cidadãos detentores de diplomas de graduação em curso superior, conforme se observe na Relação dos Custodiados Recolhidos ao Xadrez do Quartel do Comando Geral com direito à prisão especial, que segue em anexo;

4. As instalações do xadrez do Quartel do Comando Geral oferecem condições de habitação provisória ou permanente, para qualquer cidadão garantido pelo direito capitulado no art. 295 do Código de Processo Penal, possuindo inclusive instalações sanitárias próprias recém-reformadas, atendendo exigências elencadas no laudo de inspeção sanitária em anexo;

5. O alojamento de Oficiais da PMAC não possui a segurança física necessária para a manutenção de qualquer custodiado, em razão da fragilidade de suas instalações e de sua localização nas proximidades do Hotel de Trânsito da Aeronáutica, conforme se observa no levantamento fotográfico em anexo e na parte especial do Oficial de Dia de Serviço do dia 21 do mês em curso, fato este que contribuiu para a fuga ocorrida em 16 de abril de 1988, do Cap. PM RG 0476 Diomedes Pinheiro dos Santos Filho, recolhido ao alojamento de Oficiais do Quartel do Comando Geral, em razão de ter prisão preventiva decretada, tendo o episódio em questão repercutido negativamente e desgastado a instituição perante a sociedade acreana;

6. A manutenção do paciente no Alojamento de Oficiais do quartel do Comando Geral tem provocado embaraços operacionais a esta Corporação, pois há necessidade diária de constituir guarda específica para compor a segurança do custodiado, dotada de três policiais militares, perfazendo um total de nove policiais militares que se encontram desviados da atividade fim, reduzindo desta forma o efetivo desta Corporação empregado na atividade de policiamento ostensivo desta Capital;

(...)

Conquanto não aceite que, depois de decretada a prisão preventiva, tenha o militar o direito de conviver com Oficiais de serviço, inaceitável é a remoção do paciente para as instalações do Quartel do Comando Geral, contrariando a determinação judicial da autoridade decretadora da custódia do paciente, consoante faz certo o Ofício n. 717, chancelado pelo MM. Juiz de Direito da Vara do Tribunal do Júri (fl. 19).

Não é preciso muito esforço e bom senso, para se verificar que há, nos autos, comprovação da formação profissional de nível superior do paciente (fl. 12).

Embora perceba que o Impetrado fez ampla reforma no xadrez, ainda assim, não é o local destinado ao encarceramento do Oficiais da PMAC, notadamente para os de formação de nível superior e que não tenham sido julgados definitivamente.

As exigências do Decreto n. 38.016, de 1955, que regulamenta a chamada prisão especial, a meu sentir, não estão plenamente atendidas, como violado está o disposto no art. 295, incs. V e VII, do Código de Processo Penal, aliados às construções pretorianas, especialmente as do colendo Superior Tribunal de Justiça, transcritas pelo ilustre causídico Impetrante (fl. 06).

Assim sendo, penso subsistirem as razões que me levaram à concessão da medida liminar, daí por que, inexistindo local adequado e condigno, não tenho dúvida em admitir que o Paciente permaneça custodiado, excepcionalmente, no alojamento dos Oficiais de serviço, até que haja cela e não xadrez, destinada aos Oficiais da Polícia Militar.

Voto, pela concessão da ordem, mantendo-se a liminar concedida.” (Fls. 93v/95v)

É esta, a letra do artigo 295 do Código de Processo Penal, apontado como violado, com nova redação dada pela Lei n. 10.258, de 11.07.2001:

“Art. 295. Serão recolhidos a quartéis ou a prisão especial, à disposição da autoridade competente, quando sujeitos a prisão antes de condenação definitiva:

(...)

V - os oficiais das Forças Armadas e os militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios;

(...)

VII - os diplomados por qualquer das faculdades superiores da República;

(...)

§ 1^a *A prisão especial, prevista neste Código ou em outras leis, consiste exclusivamente no recolhimento em local distinto da prisão comum.*

§ 2^a Não havendo estabelecimento específico para o preso especial, este será recolhido em cela distinta do mesmo estabelecimento.

§ 3^a *A cela especial poderá consistir em alojamento coletivo, atendidos os requisitos de salubridade do ambiente, pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequados à existência humana.*

§ 4^a O preso especial não será transportado juntamente com o preso comum.

§ 5^a Os demais direitos e deveres do preso especial serão os mesmos do preso comum.” (Nossos os grifos)

E o acórdão o teria violado porque:

“(…)

O acórdão recorrido ao determinar a custódia do recorrido na sala dos Oficiais de serviço da PM, retirando-a da cela do Quartel da Polícia Militar, desviou a finalidade da prisão especial, concedendo ao recorrido regalias não autorizadas pela lei, contrariando e interpretando erradamente o art. 295, V e VII, do CPP

A sala em que o acórdão recorrido determinou a custódia do paciente, destina-se ao atendimento dos oficiais em serviço, tratando-se de local que não oferece qualquer segurança para impedir a fuga do recorrido, não sendo alojamento apropriado para cumprimento de prisão especial, por não se tratar de cela.

Assim sendo, não prospera o argumento do acórdão recorrido sobre a ocorrência de constrangimento ilegal, porquanto a sala em que se encontra o recorrido, por determinação do acórdão impugnado, não é a cela do quartel destinada ao cumprimento de prisão especial, pelo contrário, trata-se de local totalmente impróprio por não oferecer qualquer segurança necessária no sentido de evitar a fuga do recorrido.

Ressalte-se que a prisão especial tem por objetivo resguardar a integridade física do custodiado, evitando o contato com presos comuns, e ainda, que o local seja salubre e tenha condições de habitabilidade.

(…)

Assim sendo, existindo cela especial no Quartel da Polícia Militar, destinada ao cumprimento de prisão especial, não pode o acórdão recorrido de-

terminar a custódia do paciente na sala de Oficiais de serviço, por evidente contrariedade ao art. 295, incisos V e VII, do Código de Processo Penal.

(...)

Conforme se verifica, pelo que restou exposto nos itens precedentes, efetivamente a decisão impugnada, via apelo excepcional, contrariou o art. 295, V e VII, do Código de Processo Penal, e ainda divergiu de jurisprudência da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, relatado pelo Ministro Vicente Leal, no HC n. 6.420/SC, conforme jurisprudência publicada no Diário de Justiça, de 09 de dezembro de 1997, p. 64.776.

(...)” (fls. 109/113).

Ao que se tem, a lei, ela mesma, *estabelece que* “a prisão especial, prevista neste Código ou em outras leis, consiste *exclusivamente* no recolhimento em local distinto da prisão comum”, e, também, que a cela especial deverá atender aos requisitos de “salubridade do ambiente, pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequados à existência humana”.

E, ao que se extrai dos autos, não há se falar em constrangimento ilegal, sanável via **habeas corpus**, na manutenção do recorrido em cela especial no Quartel do Comando Geral da Polícia Militar do Estado do Acre, local reconhecida-mente destinado a custodiados em idêntica situação, com condições ideais de salubridade e segurança, devidamente separado dos detentos comuns.

Neste sentido:

“Recurso ordinário em **habeas corpus**. Advogado. Denúncia por infração. Art. 288, parágrafo único do CP, c.c. art. 8º da Lei n. 8.072/1990. Prisão preventiva. Prisão especial. Art. 7º, V, da Lei n. 8.906/1994.

Segundo inteligência da nova redação do art. 295, § 1º, do CPP, entende-se como prisão especial aquela em lugar distinto da prisão comum. Prisão ilegal. Inexistência.

Recurso desprovido.” (RHC n. 13.884/SP, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, **in** DJ de 04.08.2003).

“**Habeas corpus**. Homicídios perpetrados no interior do presídio Bangu I. Prisão preventiva. Agente penitenciário possuidor de curso superior. Prisão especial. Requisitos legais atendidos. Ausência de constrangimento ilegal.

1. Não havendo vagas nos quartéis e nas unidades que se prestam para a guarda de presos especiais, a manutenção do acautelamento em acomodações que atendam os requisitos de salubridade do ambiente, com aeração, insola-

ção e temperaturas adequadas à existência humana, devidamente separadas da prisão comum, ao que se me afigura, cumpre as exigências legais, como no caso vertente em que o ora Paciente está alojado em uma Igreja existente no Presídio Ary Franco, aguardando transferência já solicitada. Inteligência do art. 295, VI, §§ 1^a e 2^a, do CPP, com as modificações introduzidas pela Lei n. 10.258/2001, em consonância com a jurisprudência do STJ.

2. Ordem denegada.” (HC n. 24.554/RJ, Relatora Ministra Laurita Vaz, **in** DJ de 04.08.2003).

“Processo Penal. **Habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário. Prisão especial. Advogado. Lei n. 8.906/1994 (estatuto da Ordem). Art. 295 do CPP. Alterações promovidas pela Lei n. 10.258/2001. Aplicabilidade. Ausência de estabelecimento específico. Cela distinta da prisão comum. Requisitos legais observados.

I - A nova disciplina estabelecida pelos parágrafos do art. 295 do Código de Processo Penal, com as modificações introduzidas pela Lei n. 10.258, de 11.07.2001, alcança todas as formas de prisão especial, inclusive a prevista no inciso V do art. 7^a da Lei n. 8.906/1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados).

II - O direito subjetivo do Advogado, ou de qualquer outro preso especial, deve circunscrever-se à garantia de recolhimento em local distinto da prisão comum (art. 295, § 1^a, do CPP). Não havendo estabelecimento específico, poderá o preso ser recolhido à cela distinta da prisão comum (art. 295, § 2^a, do CPP), observadas as condições mínimas de salubridade e dignidade da pessoa humana.

III - Verificado que o local em que se encontra a paciente atende, aparentemente, aos requisitos legais exigidos, não há que se falar, a princípio, em ocorrência de constrangimento ilegal. Ordem denegada, com a cassação da liminar anteriormente deferida.” (HC n. 19.247/SP, Relator Ministro Felix Fischer, **in** DJ de 31.03.2003).

“Penal. Homicídio qualificado. Policial militar. Prisão especial. **Habeas corpus**.

1. Enquanto não excluído da força pública, tem o policial militar condenado, ainda que por crime comum, o direito a ser mantido em prisão especial.

2. **Habeas corpus** conhecido; pedido deferido, para que o paciente permaneça recolhido ao Quartel onde se encontra, enquanto não excluído da força pública.” (HC n. 12.173/MG, Relator Ministro Edson Vidigal, **in** DJ de 12.06.2000).

“Processual Penal. Policial militar. Exclusão a bem da disciplina. Prisão especial (quartel). Impossibilidade.

1. O agente excluído das fileiras da Polícia Militar, a bem da disciplina, não tem direito a permanecer preso nas dependências daquela unidade, notadamente se foi transferido para a prisão especial no setor próprio da Polinter/RJ, ausente, portanto, o indevido constrangimento.

2. Ordem denegada.” (HC n. 10.572/RJ, Relator Ministro Fernando Gonçalves, *in* DJ de 16.11.1999).

“**Habeas corpus**. Execução. Ex-delegado de polícia. Sustação da transferência de estabelecimento prisional. Regime de execução provisória. Prisão especial. Inexistência de constrangimento ilegal. Ordem denegada.

1. Inexiste constrangimento ilegal na remoção do paciente, ex-delegado de polícia em regime de execução provisória de pena, à Penitenciária Estadual — com local reservado a ex-policiais, que ficam separados dos presos comuns — atendendo aos termos do art. 84, § 2º, da LEP e às peculiaridades do feito.

2. Ordem denegada.” (HC n. 8.142/MG, Relator Ministro Gilson Dipp, *in* DJ de 05.04.1999).

E, ainda, os seguintes precedentes do excelso Supremo Tribunal Federal:

“Prisão especial — Configuração — A prerrogativa de permanecer em prisão especial até o trânsito em julgado do decreto condenatório fica atendida com o recolhimento do paciente à cela individual existente em Quartel de comando da Polícia Militar.

Inidoneidade do fato de tal aposento ser de pequena extensão, especialmente quando já formalizada sentença emanada do Tribunal do Júri, havendo sido repelida, em grau de apelação, a nulidade do julgamento.” (HC n. 73.107/ES, Relator Ministro Marco Aurélio, *in* DJ de 12.11.1995).

“**Habeas corpus**. Paciente que, em cela especial do Dops, da Secretaria de Segurança Pública do Estado de Minas Gerais, aguarda julgamento pelo Tribunal do Júri da Comarca de Baependi, no mesmo Estado. Alegada coação, consistente em haver sido mantido na aludida prisão, pelo Tribunal de Justiça, enquanto se aprecia pedido de correição parcial, manifestado pelo Promotor de justiça, contra despacho do juízo de primeiro grau, que determinara sua transferência para o presídio local.

Decisão que não pode ser apodada de contrária à lei ou de restritiva ao direito à prisão especial reconhecido ao paciente, dado ser diplomado em curso superior, já que, conforme demonstrado nos autos, o presídio do Dops,

contrariamente ao que ocorre com o da Comarca de Baependi, atende plenamente às exigências previstas em lei para o mencionado regime prisional, além de oferecer as necessárias condições de segurança.

Ordem denegada.” (HC n. 69.230/MG, Relator Ministro Ilmar Galvão, **in** DJ de 20.03.1992).

Pelo exposto, dou provimento ao recurso especial para, reformando o acórdão impugnado, determinar a remoção do recorrido Pedro Pascoal Duarte Pinheiro Neto para uma das celas especiais do Quartel do Comando Geral da Polícia Militar do Estado do Acre.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 550.141 — AL (2003/0099553-7)

Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa

Recorrente: União

Recorrida: Maria Madalena de Oliveira

Advogado: Max Joe Lopes Cavalcante

EMENTA

Recurso especial. Pensão. Companheira. Prescindibilidade de designação. União estável caracterizada. Recurso não provido.

1. É firme a jurisprudência desta colenda Corte no sentido de que é prescindível a designação pelo servidor falecido de sua companheira como beneficiária de pensão vitalícia, se a união estável restou comprovada por outros meios.

2. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

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

Carvalho e Paulo Gallotti. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Paulo Medina. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

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

Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Relator

DJ de 04.10.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa: Cuida-se de recurso especial interposto pela União Federal com arrimo no artigo 105, inciso III, alínea a, da Constituição de 1988 em face de acórdão do egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região que recebeu a seguinte ementa:

“Administrativo e Constitucional. Pensão estatutária. Companheira. Existência de esposa legítima. Lei n. 8.971/1994. Regra destinada à sucessão hereditária e ao direito a alimentos. Inexistência da restrição no art. 217 da Lei n. 8.112/1990.

Relação de companheirismo. Comprovação nos autos da existência de união estável entre a autora e o ex-servidor. Filhos em comum e dependência econômica. A falta de prévia designação da companheira, perante a Administração, pelo instituidor, não impede o reconhecimento da relação de companheirismo após o óbito do servidor.

Servidor casado. Denegação da pensão com base na Lei n. 8.971, de 29.12.1994, segundo a qual o reconhecimento da união estável somente seria possível se o servidor fosse viúvo, separado judicialmente, divorciado ou solteiro. Regra dirigida às hipóteses de direito a alimentos e à sucessão. A aplicação daquela regra restritiva às pensões estatutárias seria incompatível com a Constituição Federal de 1988.

A jurisprudência tem reconhecido, inclusive, a possibilidade de divisão da prestação do benefício, entre a esposa civil e a companheira. Impraticável, no caso, aquela divisão, tendo em vista a comoriência entre o servidor e a esposa.

Início do benefício. Em se tratando de companheira que não havia sido previamente designada, a pensão deve ter os seus efeitos retroativos à data do requerimento administrativo, e não ao óbito do instituidor.

Manutenção da sentença, exceto quanto ao início da pensão estatutária” (fl. 137).

Inconformada, a União interpôs o presente recurso especial, no qual alega que é imprescindível a designação para que o companheiro possa ser beneficiário da pensão vitalícia, tendo o acórdão recorrido violado o artigo 217, I, c, da Lei n. 8.112/1990.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa (Relator): 1. Não logra perspectiva de êxito a pretensão recursal.

A ausência de designação pelo servidor público falecido de sua companheira como sua beneficiária não possui o condão de impedir a concessão da pensão vitalícia.

Em verdade, a Constituição Federal de 1988 consagrou a união estável como entidade familiar, de modo que se apresenta inaplicável qualquer dispositivo que vise restringir o alcance da norma constitucional.

Oportuno salientar que o Tribunal de origem encontrou fundamentos suficientes que demonstram a vida em comum, a dependência econômica e o **status** de casados, de forma que é irrelevante a ausência de designação da companheira pelo servidor.

De fato, a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça já se manifestou no sentido da prescindibilidade da designação da companheira para fins de recebimento de pensão vitalícia. Neste sentido, faz-se mister colacionar acórdãos para corroborar o entendimento ora esposado:

“Administrativo. Servidor público. Pensão por morte. Rateio proporcional entre a esposa legítima e a companheira. Possibilidade. Precedentes da Corte. Recurso especial não conhecido.

1. [...]

2. [...]

3. Comprovada a vida em comum por outros meios, a designação da companheira como dependente para fins de pensão por morte é prescindível. Confira-se: REsp n. 477.590/PE, Relator Ministro Vicente Leal, DJ de 07.04.2003 e REsp n. 228.379/RS, Relator Ministro Felix Fischer, DJ de 28.02.2000.

4. [...]

5. Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 590.971. Quinta Turma. Relatora Ministra Laurita Vaz. DJ de 02.08.2004)

(...)

“Processo Civil e Administrativo — Recurso especial — Verba honorária — Redução — Impossibilidade, na via eleita — Incidência da Súmula n. 07 desta Corte — Embargos de declaração — Violação ao art. 535, II, do CPC, inexistente — Servidor público — Pensão — Companheira — União estável comprovada — Ausência de designação — Fato irrelevante — Dissídio pretoriano não comprovado.

1. [...]

2. [...]

3. A falta de designação expressa, pelo servidor, como prevista no art. 217, I, c, da Lei n. 8.112/1990, da companheira como beneficiária, não obsta a concessão da pensão vitalícia, porquanto comprovada a união estável por outros meios idôneos.

4. Recurso conhecido, nos termos acima expostos, porém, desprovido.” (REsp n. 584.975. Quinta Turma. Rel. Min. Jorge Scartezini. DJ de 02.08.2004)

(...)

“Administrativo. Pensão por morte. Militar.

— Súmula n. 07 do Superior Tribunal de Justiça. — Falta de prequestionamento. — Comprovadas a convivência comum e a dependência econômica, a falta de designação da companheira como beneficiária não obsta a concessão da pensão.” (REsp n. 354.424. Sexta Turma. Rel. Min. Fontes de Alencar. DJ de 17.11.2003)

(...)

“Administrativo. Servidor público. Pensão por morte. Companheira.

A falta de prévia designação da companheira como beneficiária de pensão vitalícia não impede a concessão desse benefício, se a união estável resta devidamente comprovada por outros meios idôneos de prova. (Precedentes). Recurso não conhecido.” (REsp n. 443.055. Quinta Turma. Rel. Min. Felix Fischer. DJ de 24.02.2003)

2. Diante do exposto, nego provimento ao recurso especial.

RECURSO ESPECIAL N. 565.407 — DF (2003/0101396-0)

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido

Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

Recorridos: Edmilson José de Souza (Preso) e Francisco Pereira de Sousa (Preso)

Advogado: Osli Barreto Camilo — Defensor Público

EMENTA

Recurso especial. Criminal. Individualização da pena. Concurso de circunstâncias atenuantes e agravantes. Confissão espontânea. Reincidência. Art. 67 do Código Penal. Preponderância. Recurso improvido.

1. A confissão espontânea integra o elenco das atenuantes legais (artigo 65, inciso III, alínea **d**, do Código Penal).

2. “É no motivo e, não, na sua voluntariedade que se afere a espontaneidade que faz da confissão circunstância atenuante da pena (Código Penal, artigo 65, inciso III, alínea **d**).” (HC n. 13.286/MS, da minha Relatoria, **in** DJ de 19.02.2001)

3. Trata-se a confissão espontânea de circunstância atenuante que diz com a personalidade do agente, tanto quanto a reincidência, não havendo ilegalidade qualquer em sua compensação em sede de individualização da pena, na exata razão de que, pelas suas naturezas, são causas preponderantes, à luz do artigo 67 do Código Penal.

4. Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

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

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

Ministro Hamilton Carvalhido, Presidente e Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: Recurso especial interposto pelo Ministério Público contra acórdão da Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, assim ementado:

“Materialidade e autoria comprovadas. Pedido de absolvição incabível. Art. 29, § 1º, do CP Aplicação restrita ao partícipe. Circunstâncias judiciais desfavoráveis. Aplicação da pena acima do mínimo legal. Concurso entre agravantes e atenuantes. Art. 67 do CP

1. Restando sobejamente comprovadas a materialidade e a autoria do delito, incabível o pedido de absolvição.

2. A redução da pena prevista no art. 29, § 1º, do CP é aplicável ao partícipe e não ao co-autor.

3. Quando a maior parte das circunstâncias judiciais for desfavorável ao réu, fica autorizada a fixação da pena acima do mínimo legal.

4. Consoante o disposto no art. 67 do CP no concurso entre as agravantes e atenuantes, a reincidência é condição preponderante.

5. Apelação do réu improvida. Parcial provimento à apelação interposta pelo Ministério Público.” (Fl. 244)

Divergência jurisprudencial e violação do artigo 67 do Código Penal fundam a insurgência (Constituição da República, artigo 105, inciso III, alíneas **a** e **c**).

Pugna o *Parquet* recorrente no sentido de que “(...) seja o recurso especial conhecido e provido, para reformar-se o v. acórdão impugnado e determinar-se a preponderância da reincidência sobre a confissão espontânea quando da fixação da pena.” (Fl. 259)

Recurso tempestivo (fl. 248), respondido (fls. 263/271) e admitido (fls. 275/276).

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

“Recurso especial. Artigo 67 do Código Penal. Supremacia da reincidência sobre a confissão espontânea. Conhecimento e provimento do apelo.

A circunstância agravante da reincidência prevalece sobre a confissão espontânea.

Parecer pelo conhecimento e provimento do recurso especial.” (Fl. 282).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Senhores Ministros, recurso especial interposto pelo Ministério Público contra acórdão da Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, assim ementado:

“Materialidade e autoria comprovadas. Pedido de absolvição incabível. Art. 29, § 1º, do CP Aplicação restrita ao partícipe. Circunstâncias judiciais desfavoráveis. Aplicação da pena acima do mínimo legal. Concurso entre agravantes e atenuantes. Art. 67 do CP

1. Restando sobejamente comprovadas a materialidade e a autoria do delito, incabível o pedido de absolvição.

2. A redução da pena prevista no art. 29, § 1º, do CP é aplicável ao partícipe e não ao co-autor.

3. Quando a maior parte das circunstâncias judiciais for desfavorável ao réu, fica autorizada a fixação da pena acima do mínimo legal.

4. Consoante o disposto no art. 67 do CP no concurso entre as agravantes e atenuantes, a reincidência é condição preponderante.

5. Apelação do réu improvida. Parcial provimento à apelação interposta pelo Ministério Público.” (Fl. 244)

Divergência jurisprudencial e violação do artigo 67 do Código Penal fundam a insurgência (Constituição da República, artigo 105, inciso III, alíneas **a** e **c**).

Lê-se no acórdão impugnado:

“(…)

Passo ao exame do recurso interposto pelo Ministério Público.

Fixo em 4 anos e seis meses a pena-base, agravando-a em 6 meses pela reincidência e atenuando-a em 6 meses pela confissão espontânea. Finalmente, aumento a pena encontrada em 50%, tornando-a definitiva no total de 6 (seis) anos e 9 (nove) meses de reclusão.

Mantenho intacta a pena de multa.

É como voto.” (Fl. 246).

Está o *Parquet* recorrente em que, **verbis**:

“(…)

O v. acórdão recorrido deu provimento parcial ao apelo do Ministério Público, apenas para majorar em seis meses a pena-base aplicada, por con-

siderar que deve-se compensar a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea.

A decisão, com a vênia devida, merece reforma por negar vigência ao artigo 67 do Código Penal, (...)

Quando ocorre tal concurso, diz a lei, devem prevalecer as circunstâncias de natureza subjetiva, que o Código Penal classifica como preponderantes, ou seja, aquelas que dizem respeito à pessoa do agente, como os motivos determinantes do crime, a personalidade do agente e a reincidência.

(...)

A decisão recorrida diverge, ainda, da interpretação pacífica que os colendos Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal vêm dando ao tema.

(...)

Está plenamente evidenciado, portanto, que o v. acórdão recorrido deu à lei interpretação diversa da que lhe atribui os colendos Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, motivo que também remete ao conhecimento e provimento do recurso especial.

(...)” (fls. 252/259).

Este, o dispositivo do Código Penal apontado como violado:

“Art. 67. No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência.”

A confissão espontânea integra o elenco das atenuantes legais (artigo 65, inciso III, letra **d**, do Código Penal), valendo, a seu propósito e neste passo, invocar o percuente comentário do Professor **Guilherme de Souza Nucci Nucci, verbis**:

“Confessar, no âmbito do processo penal, é admitir contra si por quem seja suspeito ou acusado de um crime, tendo pleno discernimento, voluntária, expressa e pessoalmente, diante da autoridade competente, em ato solene e público, reduzido a termo, a prática de algum fato criminoso”. “A confissão, para valer como meio de prova, precisa ser voluntária, ou seja, livremente praticada, sem qualquer coação. Entretanto, para servir de atenuante, deve ser ainda espontânea, vale dizer, sinceramente desejada, de acordo com o íntimo do agente.” (In “O Valor da Confissão como Meio de Prova no Processo Penal”, p. 76, e “Código Penal Comentado”, Ed. Revista do Tribunais, 2003, p. 285, respectivamente).

Este, também, o meu entendimento, definido, entre outros, no seguinte precedente jurisprudencial:

“**Habeas corpus**. Confissão. Atenuante. Dosimetria da pena. Fixação do regime prisional pelo juízo de execução. Anulação.

1. É no motivo e, não na sua voluntariedade que se afere a espontaneidade que faz da confissão circunstância atenuante da pena (Código Penal, artigo 65, inciso III, alínea **d**).

2. Ao Juízo da condenação, de grau inferior ou superior da jurisdição, primariamente, é que compete estabelecer o regime inicial do cumprimento da pena privativa de liberdade (Código Penal, artigo 59, inciso III, e Lei de Execução Penal, artigo 110).

3. Ordem parcialmente concedida.” (HC n. 13.286/MS, da minha relatoria, **in** DJ de 19.02.2001)

Trata-se, pois, de circunstância atenuante que diz com a personalidade do agente, tanto quanto a reincidência, não havendo ilegalidade qualquer em sua compensação em sede de individualização da pena, na exata razão de que, pelas suas naturezas, são causas preponderantes, à luz do artigo 67 do Código Penal.

O mais que seria próprio indagar, excluir e aplicar, culmina por requisitar o exame de prova, vedado pelo Enunciado n. 7 da Súmula desta Corte Federal Superior, **verbis**:

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

Registre-se, de resto, para certeza das coisas, o posicionamento divergente do excelso Supremo Tribunal Federal e desta Corte Superior de Justiça:

“**Habeas corpus**. Pena. Fixação. Concurso de atenuante e agravante. Preponderância da reincidência sobre a confissão espontânea. Ausência de ilegalidade. O Tribunal de origem, ao reformar a sentença de primeira instância, elevou a pena acima do mínimo legal à vista do que dispõe o artigo 67 do Código Penal. Inexistência de ilegalidade.

Habeas corpus indeferido.” (HC n. 71.094/SP, Relator Ministro Francisco Rezek, **in** DJ de 04.08.1995).

“Criminal. HC. Roubo qualificado. Dosimetria. Confissão espontânea. Desconsideração pelo magistrado. Constrangimento ilegal. Prisão em flagrante que não afasta a incidência da atenuante. Reincidência. Preponderância. Ordem concedida.

Não se exige que a autoria do crime seja desconhecida, nem que o réu demonstre arrependimento pelo cometimento do delito, para a incidência da

atenuante da confissão espontânea. É viável o exame da dosimetria da pena por meio de **habeas corpus**, devido a eventual desacerto na consideração de circunstância ou errônea aplicação do método trifásico, se daí resultar flagrante ilegalidade e prejuízo ao réu — hipótese dos autos.

A prisão em flagrante, por si só, não constitui fundamento suficiente para afastar a incidência da confissão espontânea. Precedente.

A circunstância agravante da reincidência prevalece sobre a confissão espontânea. Precedente.

Deve ser reformado o acórdão recorrido a fim de anular a r. sentença monocrática, tão-somente na parte relativa à dosimetria da reprimenda, a fim de que outra seja elaborada com nova e motivada fixação da pena, observando-se a incidência da atenuante da confissão espontânea, mantida a condenação do paciente. Ordem parcialmente concedida, nos termos do voto do Relator.” (HC n. 25.644/MS, Relator Ministro Gilson Dipp, **in** DJ de 16.06.2003 — nos os grifos)

“Recurso especial criminal. Fixação de pena. Concurso de atenuante e agravante. Art. 67 do CPP. Supremacia da reincidência sobre a confissão voluntária. Violação legal não configurada.

— Ao fazer preponderar a reincidência sobre a confissão espontânea, não vulnerou o acórdão recorrido o preceituado no art. 67 do CP, eis que a pena se aproxima do limite indicado pela circunstancia prevalecente.

— Recurso conhecido, mas improvido.” (REsp n. 110.109/RJ, Relator Ministro José Arnaldo, **in** DJ de 14.04.1997)

“Processual Penal. Pena. Fixação. Concurso de circunstância atenuante (confissão) com agravante (reincidência). Preponderância da segunda.

1. O paciente foi preso em flagrante, (fato externo) portando substância entorpecente. Nestas condições, sua confissão afigura-se de pouca ou nenhuma valia, porque a reincidência é circunstância preponderante, nos termos do art. 67 do Código Penal, prevalecendo sobre aquela causa atenuante, não podendo, portanto, engendrar diminuição da pena, ou mesmo compensação.

2. Ordem denegada.” (HC n. 9.589/MG, Relator Ministro Fernando Gonçalves, **in** DJ de 23.08.1999)

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 653.879 — SP (2004/0054317-6)

Relator: Ministro Nilson Naves

Recorrentes: José Ricardo Duarte Fortunato e cônjuge

Advogado: Eros Roberto Amaral Gurgel

Recorrida: LIC — Luchiari Incorporadora e Construtora Ltda

Advogado: Lourival João Truzzi Arbix

EMENTA

Execução civil (provisória/definitiva). Título extrajudicial. Alienação de domínio. Caução.

1. A execução fundada em título extrajudicial é definitiva, ainda que haja recurso do julgamento dos embargos do devedor.

2. Quando provisória a execução, não é de imperiosa necessidade a caução para o seu prosseguimento. Correto, por conseguinte, o acórdão local: “A caução deve ser prestada no momento anterior à alteração que, por força da execução, ocorrerá na situação jurídica do executado.”

3. Precedentes do STJ quanto a um e outro ponto.

4. Recurso especial fundado na alínea **a**, ao qual a Turma negou provimento (o Relator dele não conhecia, simplesmente).

ACÓRDÃO

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

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

Ministro Nilson Naves, Relator

DJ de 22.11.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: Em execução fundada em contrato de locação de imóveis, interlocutoriamente se decidiu assim:

“Para a necessidade de caução, o momento oportuno para tal é o do pedido de levantamento do depósito, ocasião em que ocorrerá no momento anterior ao da alteração da situação patrimonial dos devedores.

(...)

Portanto, deve ser aguardada a realização da hasta pública para, após eventual arrematação e pedido de levantamento, para posterior apreciação sobre a caução.”

Subiu a questão ao Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo em agravo de instrumento a que se negou provimento em acórdão com esta ementa:

“Execução — Caução — Momento em que deve ser prestada. A caução deve ser prestada no momento anterior à alteração que, por força da execução, ocorrerá na situação jurídica do executado. Assim, nada impede o prosseguimento da execução até a fase da hasta pública, independentemente de caução ou mesmo até o momento que antecede o levantamento do dinheiro ou bens. Exegese do inciso II do artigo 588 do CPC, com redação dada pela Lei n. 10.444/2002.”

Os embargos de declaração foram rejeitados.

Agora, este recurso especial, fundado na alínea a, em que se tem por ofendido o art. 588, II, do Código de Processo Civil.

Originalmente, foi o recurso admitido, **in verbis**:

“Trata-se de recurso especial fundado no artigo 105, inciso III, alínea a, da Constituição da República, sob alegação de ofensa ao artigo 588, inciso II, do Código de Processo Civil.

O recurso merece trânsito.

Cinge-se a controvérsia em saber o momento a que se refere o artigo 588, inciso II, do CPC para o prosseguimento da execução provisória e a necessidade de prestação de caução.

Assim, presentes os pressupostos legais de admissibilidade do recurso, dou-lhe seguimento pela alínea a do permissivo constitucional para que a questão seja submetida ao crivo do egrégio Superior Tribunal de Justiça. Suam os autos.”

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): A propósito da execução provisória da sentença, reza o inciso II do art. 588 do Código de Processo Civil: “o levantamento

de depósito em dinheiro, e a prática de atos que importem alienação de domínio ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, dependem de caução idônea, requerida e prestada nos próprios autos da execução.”

Na origem, disse o Tribunal, no acórdão submetido à apreciação do Superior Tribunal, o seguinte:

“Patente, pois, que a caução só é exigível no momento imediatamente antecedente aos atos dos quais possa resultar grave dano ao executado, nos termos do inciso II do supracitado artigo, uma vez que o inciso I apenas estabelece a obrigação legal de reparar, e o III a restituição das partes ao estado anterior, caso modificada ou anulada a sentença.

Assim, após a vigência da Lei n. 10.444/2002, que por ser de natureza processual tem incidência imediata nos processos em curso, facultou-se ao exequente proceder o pracemento do bem penhorado, sendo a caução exigível apenas no momento do levantamento do dinheiro ou bens.

A jurisprudência emanada do egrégio STJ não discrepa deste entendimento.”

Entendem os recorrentes que tal inciso “não é claro em determinar qual o momento da prestação da caução”, daí sustentarem que “existe a necessidade de a caução ser prestada antes da realização da praça, e não somente após o levantamento do numerário”.

O acórdão recorrido, como se percebeu, valeu-se de precedentes do Superior Tribunal, entre os quais o AgRg no Ag n. 185.517, de cujo julgamento participei no ano de 2000, na Terceira Turma e para o qual o Ministro Menezes Direito escreveu esta ementa (DJ de 07.08.2000): “Execução provisória. Caução. Art. 588 do Código de Processo Civil. Precedentes da Corte. 1. Há precedentes da Corte no sentido de não ser imperativa a caução para o prosseguimento da execução provisória, salvo se existente o perigo de irreparabilidade do dano, assim, até o momento do levantamento do dinheiro pelo exequente. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.”

2. Acontece, além disso, que este caso não é caso de execução provisória, e sim de execução definitiva, conforme lembra, e bem, a recorrida nas suas contrarrazões, **in verbis**:

“04. Os Recorrentes não estão sendo executados provisoriamente. Estão sendo executados de *forma definitiva*, não obstante se processe a execução por autos suplementares.

05. A execução é fundada em título executivo extrajudicial, qual seja, contrato de locação firmado entre a Recorrida e a empresa da qual o Recorrente-varão era sócio, nele figurando também como fiador.

06. Pois bem, tal execução foi devidamente embargada, tendo sido os embargos julgados parcialmente procedentes, para excluir uma pequena verba, um único aluguel.

07. Dessa sentença, apelaram os Recorrentes, sendo tal recurso recebido somente no efeito devolutivo.

08. Prosseguindo-se a execução em autos suplementares, adveio a ordem judicial para a avaliação do imóvel penhorado, a qual sequer fez menção aos termos do art. 588 do CPC, que dispõe sobre os 'atos que importem a alienação de domínio'.

(...)

11. A jurisprudência do egrégio STJ já se pacificou no sentido de considerar definitiva a execução fundada em título executivo extrajudicial, ainda que pendente de julgamento apelação interposta contra sentença de improcedência dos embargos de devedor. Nesse sentido, pode-se ver dos REsp n. 137.403/SP Relator Ministro Nilson Naves; 94.920/ES, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar; 181.563/SP Relator Ministro Cesar Asfor Rocha; 160.809/SP Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira.”

Vejam-se dois outros precedentes: o primeiro, do Ministro Luiz Fux, segundo o qual “é definitiva a execução posto pendente recurso interposto contra sentença de improcedência dos embargos opostos pelo executado. Precedentes da Corte. 2. O título base é que confere definitividade à execução” (REsp n. 543.171, DJ de 20.10.2003); o segundo, do Ministro Paulo Medina, conforme o qual “a execução fundada em título extrajudicial é sempre definitiva, não se tornando provisória por estar pendente de julgamento a apelação interposta contra a sentença que julgou improcedente o pedido formulado nos embargos do devedor. Precedentes” (REsp n. 594.340, DJ de 17.05.2004).

3. O recurso é somente pela alínea **a**; dele, portanto, não conheço, mas, se preferirem, nego-lhe provimento.

RECURSO ESPECIAL N. 662.566 — DF (2004/0069992-6)

Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa

Recorrente: União

Recorrido: Marcelo Machado de Souza

Advogados: Wendell do Carmo Sant'ana e outros

EMENTA

Recurso especial. Militar. Reforma **ex officio** por incapacidade definitiva. Portador do vírus hiv. Desenvolvimento da Aids. Irrelevância. Leis ns. 6.880/1980 e 7.670/1988. Recurso especial não provido.

1. O militar portador do vírus HIV tem direito à concessão da reforma **ex officio** por incapacidade definitiva, nos termos dos artigos 104, II, 106, II, 108, V, todos da Lei n. 6.880/1980, c.c. artigo 1º, I, c, da Lei n. 7.670/1988.

2. É irrelevante se o militar é portador do vírus HIV ou se já desenvolveu a doença. De fato, a Lei n. 7.670/1988 não distinguiu tais situações, de modo que não cabe ao intérprete fazê-lo, aplicando-se o brocardo **ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus**.

3. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 19 de outubro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Relator

DJ de 16.11.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa: Cuida-se de recurso especial interposto pela União com fundamento no artigo 105, inciso III, alínea a, da Constituição Federal em face de acórdão do egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região ementado nos seguintes termos:

“Administrativo. Militar temporário. Reforma. Contaminação por vírus HIV. Incapacidade definitiva. Direito a parcelas vencidas. Arts. 3º e 98 da Lei n. 6.880/1980 art. 1º, I, da Lei n. 7.670/1988. Juros de mora a partir da citação. Art. 219, **caput**, do CPC.

1. Aos militares da ativa, sem distinção entre os de carreira ou os temporários, aí incluídos os R/2, é assegurada a transferência para a reserva remunerada na forma da lei (art. 3º, c.c. o art. 98 da Lei n. 6.880/1980).

2. A Lei n. 7.670/1988 incluiu a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida — Sida/Aids como causa que justifica a reforma do militar, nos termos do art. 108, V, da Lei n. 6.880/1980. Por incapacidade definitiva e sem relação de causa e efeito com o serviço militar, fazendo jus a esse benefício tanto os portadores dessa doença quanto os soropositivos, em virtude da progressividade da moléstia (cf. TRF1, AC n. 96.01.14040-9/DF, Segunda Turma, Juiz Carlos Fernando Mathias, DJ de 14.12.2000, e AC n. 96.01.35077-2/BA, Segunda Turma, Juiz convocado Antônio Sávio de Oliveira Chaves, DJ de 29.02.2000; TRF4, AC n. 200071000033393/RS, Quarta Turma, Juiz Edgar A. Lippmann Junior, DJ de 09.05.2001; TRF5, REO n. 040.735/CE, Terceira Turma, Juiz Geraldo Apoliano, DJ de 22.08.1997).

3. Os juros de mora são devidos a partir da citação válida, nos termos do art. 219, **caput**, do CPC. (cf. TRF1, AC n. 1997.01.00.016587-0, Primeira Turma Suplementar, Juiz João Carlos Mayer Soares, DJ de 09.10.2003, e AC n. 95.01.26233-2/DF, Primeira Turma Suplementar, Juiz João Carlos Mayer Soares, DJ de 24.04.2003).

4. Apelação improvida. Remessa oficial parcialmente provida, sem modificação da distribuição do ônus da sucumbência” (fl. 132).

Irresignada, a União interpôs recurso especial, no qual aduz violação aos artigos 1º da Lei n. 7.670/1988, 50, IV, **a**, 108, V, 109 e 121 da Lei n. 6.880/1980. Sustenta a recorrente, em suma, que apenas é causa justificadora da concessão de reforma militar a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida — Sida/Aids, não abrangendo o portador do vírus HIV, que ainda não desenvolveu a doença. Alega, também, que o recorrido era militar temporário, não estável, e que foi licenciado do Exército por conclusão do tempo de serviço.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa (Relator): 1. Não assiste razão à recorrente.

De início, cumpre ressaltar que, não obstante a União alegue que o recorrido foi licenciado, nos termos do artigo 121, § 3º, **a**, da Lei n. 6.880/1980, por conclusão de tempo de serviço ou estágio, a Justiça de origem, com base nas provas e documentos constantes dos autos, entendeu que o licenciamento se deu em razão de

o recorrido ter sido acometido pelo vírus do HIV, e não pela conclusão de tempo de serviço. Dessa forma, concluiu que tal modo de agir visou não pagar remuneração, que, por determinação legal, não é devida nos casos de licenciamento, mas o é nos de reforma.

Essas são as premissas fático-probatórias estabelecidas pelo acórdão recorrido e que delinham o julgamento do presente recurso especial. Em verdade, o especial é um recurso de estrito direito, que se destina precipuamente à preservação da integridade da legislação federal infraconstitucional. Assim, não é possível ao Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial, reexaminar fatos e provas, consoante o Enunciado n. 07 de sua súmula, **verbis**: “*A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial*”.

2. Seguindo esse desate, verifica-se que o aresto impugnado não violou os preceitos legais tidos por vulnerados. Ao revés, a Corte de origem decidiu com acerto, pois, declarado o recorrido incapaz definitivamente para o serviço do Exército (fls. 38 e 85), cabia ao Ministério do Exército efetivar a passagem do militar à inatividade, mediante reforma **ex officio**, nos termos do artigo 106, II, da Lei n. 6.880/1980:

“Art. 106. A reforma **ex officio** será aplicada ao militar que:

II - for julgado incapaz, definitivamente, para o serviço ativo das Forças Armadas”.

Nessa linha, a Lei n. 6.880/1980 dispõe o tratamento que deve ser conferido ao militar que for declarado definitivamente incapaz:

“Art. 108. A incapacidade definitiva pode sobrevir em conseqüência de:

V - tuberculose ativa, alienação mental, neoplasia maligna, cegueira, lepra, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, mal de Parkinson, pênfigo, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave e outras moléstias que a lei indicar com base nas conclusões da medicina especializada;”

“Art. 109. O militar da ativa julgado incapaz definitivamente por um dos motivos constantes dos itens I, II, III, IV e V do artigo anterior será reformado com qualquer tempo de serviço”.

A Lei n. 7.670/1988 acrescentou ao elenco das enfermidades que geram incapacidade definitiva, para fins de reforma militar, a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida — Sida/Aids:

“Art. 1^ª A Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (Sida/Aids) fica considerada, para os efeitos legais, causa que justifica:

I - a concessão de:

[...]

c) reforma militar, na forma do disposto no art. 108, inciso V, da Lei n. 6.880, de 09 de dezembro de 1980;”

Depreende-se, dos elementos fático-probatórios estabelecidos pelo acórdão impugnado, que a situação do recorrido se adapta perfeitamente à norma legal, de modo que tem o direito de ser reformado **ex officio** por incapacidade definitiva em razão de ser portador do vírus HIV consoante apurado em laudo médico.

3. Impende ter sob mira, a propósito, que é irrelevante se o recorrido é portador do vírus HIV ou se já desenvolveu a doença. De fato, a Lei n. 7.670/1988 não distinguiu tais situações, de modo que não cabe ao intérprete fazê-lo, aplicando-se o brocardo **ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus**.

4. Vale ponderar que não logra êxito o argumento da recorrente no sentido de que o portador do vírus HIV não resta incapacitado “para as atividades laboratícias na vida civil ou militar” (fl. 139), fator que justificaria a reforma militar, sendo, pois, o escopo do legislador e que ocorre com o indivíduo que desenvolveu a Aids e as demais doenças relacionadas no inciso V do artigo 108 do Estatuto dos Militares. Com efeito, a impossibilidade total ou permanente para qualquer trabalho não é condição para a reforma militar por incapacidade definitiva; ao contrário, é uma causa de remuneração diferenciada, consoante determina a Lei n. 6.880/1980:

“Art. 110. O militar da ativa julgado incapaz definitivamente por um dos motivos constantes dos itens I e II do artigo 108 será reformado com remuneração calculada com base no soldo correspondente ao grau hierárquico imediato ao que possuir na ativa”.

Ora, se a impossibilidade total e permanente para qualquer trabalho gera o direito a uma remuneração diferenciada, conclui-se que ela não constitui pressuposto para a incapacidade definitiva.

5. Oportuno salientar que tampouco importa se o ora recorrido era militar temporário e que, por isso, não gozava de estabilidade. Constata-se do aresto objurgado que o recorrido foi licenciado em razão de ser portador do vírus HIV, constituindo o licenciamento, pois, em uma maneira irregular de se burlar a lei, já que esta permite a concessão da reforma, não distinguindo, para tal finalidade, o militar de carreira do militar temporário. Ademais, consta do acórdão recorrido que “inexiste, por parte da Ré, qualquer justificativa de desligamento por término de tempo de serviço por prazo determinado, dirigido que foi o procedimento administrativo apenas para apreciar as condições físicas do autor” (fl. 129).

6. Diante do exposto, nego provimento ao recurso especial.
É como voto.

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS
N. 12.905 — SP (2002/0063341-0)

Relator: Ministro Paulo Gallotti
Recorrente: Benedito Antônio Vieira
Advogado: Benedito Antônio Vieira
Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Paciente: João Batista Ferreira de Almeida

EMENTA

Recurso ordinário em **habeas corpus**. Falsificação de documento público. Artigo 159 do Código de Processo Penal. Alegação de nulidade do laudo grafotécnico por não conter a identificação do segundo perito que assinou a peça técnica. Irrelevância. Perito oficial. Falta de argüição no momento oportuno. Prejuízo não demonstrado. Recurso improvido.

1. Assinado o laudo por um perito oficial, não há que se falar em nulidade.

2. Recurso ordinário em **habeas corpus** improvido.

ACÓRDÃO

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

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

Ministro Paulo Gallotti, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Cuida-se de recurso ordinário ajuizado por João Batista Ferreira de Almeida contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo que denegou o **habeas corpus** ali formulado.

Os autos foram a mim redistribuídos, em 08 de janeiro do corrente ano, em virtude da aposentadoria do Ministro Fontes de Alencar, então Relator do feito.

O recorrente foi condenado, em primeiro grau, em 13 de agosto de 2001, a 3 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, no regime aberto, e multa, como incurso no art. 297, § 1º, c.c. o art. 71, **caput**, ambos do Código Penal, sendo a pena privativa de liberdade substituída por duas restritivas de direitos, consistentes na prestação de serviços à comunidade, por período igual ao da sanção imposta, e na entrega de 10 cestas básicas à entidade de assistência social. Inconformado, apelou o réu, estando o recurso ainda em tramitação, conforme se vê do *site* do Tribunal de origem na internet (Apelação n. 379.287.3/0-00).

Sustenta, em suma, que a denúncia e a sentença condenatória se apoiaram em laudo de exame grafotécnico manifestamente nulo, dado que subscrito por um único perito, sem a observância do disposto no art. 159 do Código de Processo Penal.

A Subprocuradoria Geral da República manifestou-se pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator): Na verdade, tenho que o apelo não merece ser acolhido.

Com efeito, não procede a alegação de nulidade do laudo de exame grafotécnico, por irregularidade formal, como bem acentuou a Subprocuradora-Geral da República Ela Wiecko V. de Castilho, às fls. 170/181, em parecer, no que interessa, assim posto, que acolho como razão de decidir:

“Na fase das alegações finais, a defesa argüiu nulidade do processo, consubstanciada na ilegalidade do laudo grafotécnico assinado por um perito oficial e outro ‘anônimo’, situação equivalente àquela em que apenas um perito assina o laudo. O Juiz afastou a alegação sob fundamento de que o laudo foi efetivamente subscrito por dois peritos e, ainda que assim não fosse, a realização de exame pericial por apenas um perito constituiu nulidade relativa, cuja declaração depende da ocorrência de prejuízo, o que não restou comprovado. Além disso, a defesa não alegara a nulidade na primeira oportunidade

de em que se manifestara nos autos, ou seja, na defesa prévia, quedando-se também inerte na fase do art. 499 do CPP, operando-se a preclusão máxima.

O **habeas corpus** perante o Tribunal de Justiça sustentou que a matéria fora argüida no momento oportuno. A ordem foi denegada sob os mesmos fundamentos utilizados na sentença condenatória.

Observa-se da cópia do laudo de fls. 10/11 que, de fato, não há identificação do segundo perito a assinar o exame. Todavia, o laudo foi firmado em papel timbrado do Instituto de Criminalística da Secretaria de Segurança Pública, o que confirma ser perito oficial o Sr. Marco Antônio Rodrigues e, em casos tais, é firme 'a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal em que a exigência da realização do exame pericial por dois peritos restringe-se às hipóteses de peritos não oficiais' (HC n. 21.444/MA, Relator o Ministro Hamilton Carvalhido, DJ de 10.03.2003), p. 314). Inexiste, assim, qualquer nulidade no exame impugnado.

Ressalte-se que a condenação, além do laudo grafotécnico, embasou-se também na confissão do réu, como na oitiva de várias testemunhas."

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

É como voto.

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS N. 16.135 — AM (2004/0075783-8)

Relator: Ministro Nilson Naves

Recorrentes: Luiz Garcia Hermida e outros

Advogados: José Leite Saraiva Filho e outro

Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas

Pacientes: Luiz Garcia Hermida, Roberto Sá Dâmaso, Luiz Carlos de Andrade Ribeiro e José Ernesto da Silva Gonzalez

EMENTA

Crime de várias pessoas (societário). Condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Denúncia. Individualização das condutas. Argüição de inépcia (procedência).

1. Em casos dessa espécie, não se admite denúncia que dela não conste descrição das diversas condutas.

2. Caso em que, por faltar descrição de elementos de convicção que a ampare, a denúncia não reúne, em torno de si, as exigências legais, estando, portanto, formalmente inepta.

3. Recurso ordinário provido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 24 de junho de 2004 (data do julgamento).

Ministro Nilson Naves, Relator

DJ de 23.08.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: A denúncia se fundou em lei sobre o meio ambiente. Foram os ora pacientes (recorrentes) denunciados como incurso na Lei n. 9.605, de 1998, arts. 54, § 2º, II, (o de causar poluição), e 68 (o de deixar de cumprir obrigação). O que se pretendeu, na inicial do **habeas corpus**, expressamente, foi o trancamento da ação penal, ou por falta de justa causa, ou por inépcia da denúncia. Foi alegado o seguinte, em conclusão: “De tudo o que foi exposto resulta indiscutível que a denúncia ofertada contra os Pacientes deveria ter sido rejeitada, por serem eles parte ilegítima para figurar no pólo passivo da demanda (CPP, art. 43, III, primeira parte), na medida em que não praticaram qualquer conduta passível de reprimenda penal.”

O Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas negou a ordem requerida em acórdão com esta ementa:

“Direito Processual Penal. **Habeas corpus** interposto para trancamento de ação penal por inépcia da inicial — Denegado.

Habeas corpus. Crime societário. Denúncia inepta. Falta de descrição individualizada das condutas. Inexistência de ilegalidade. Admite-se, em crimes societários, a narrativa genérica dos fatos, sem descrição da conduta

específica de cada um dos denunciados, já que via de regra só a instrução pode definir quem concorreu, quem participou ou quem ficou alheio à ação ilícita. Tal tolerância se impõe nos crimes societários visto que nem sempre o Ministério Público está habilitado para, desde logo, individualizar culpas. Precedentes do STF. Ordem denegada. (STF — HC n. 74.641 — Segunda Turma, Rel. Min. Francisco Resek, DJ de 02.05.1997).”

Nas razões endereçadas ao Superior Tribunal, os recorrentes (são quatro), a par de contestarem os fundamentos do acórdão local, insistem na razão inicial de pedir, isto é, o trancamento da ação penal.

O parecer é da Dr^a. Áurea Maria, com esta ementa: “Se é possível ao denunciado o exercício da ampla defesa; se pode o denunciado excluir sua responsabilidade pela não-relação com os fatos, não seria adequado o trancamento da ação penal que se impõe em hipóteses restritas (CPP — art. 43). Em HC vige o princípio **in dubio pro societate**, vigendo o princípio **in dubio pro reo** para absolver ou condenar.”

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): Segundo a parecerista — valendo-se de precedentes jurisprudenciais, inclusive e principalmente do Superior Tribunal —, em crimes societários, ou em crimes de autoria coletiva, é admissível a denúncia sem que dela se exija pormenorizada descrição das diversas condutas. Em assim sendo, eis a denúncia, fotocopiada às fls 18/20:

“O Ministério Público do Estado do Amazonas, por meio dos Promotores de Justiça infra-assinados, com atribuições junto à Promotoria de Justiça Especializada na Defesa do Meio Ambiente e Patrimônio Histórico — Prodemaph, localizada no Conjunto dos Secretários, Rua Celetra II, n. 07 — Casa da Cidadania, vem oferecer denúncia contra:

1. Conef Amazonas — Entrepósitos Frigoríficos Ltda, pessoa jurídica de direito privado, estabelecida, nesta Cidade, na rodovia BR 319 — km 05 — Ceasa — Distrito Industrial, CGC n. 05.429.709/0001-20;

2. Luiz Garcia Hermida, brasileiro, casado, Economista, RG n. 1.019.279-SSP/BA, CIC n. 211.608.305-25, residente e domiciliado na Cidade de Salvador — BA, podendo ser encontrado no endereço da primeira denunciada por ser seu gerente delegado;

3. Roberto de Sá Dâmaso, brasileiro, casado, economista, RG n. 1.132.794-SSP/BA, CPF n. 094.029.695-000, residente e domiciliado na Cida-

de de Salvador — BA, podendo ser encontrado no endereço da primeira denunciada por ser seu gerente delegado;

4. Luiz Carlos de Andrade Ribeiro, brasileiro, separado judicialmente, economista, RG n. 358.226-SSP/DE, CIC n. 046.489.007-15, residente e domiciliado na Cidade de Salvador — BA, podendo ser encontrado no endereço da primeira denunciada por ser seu gerente delegado;

5. José Ernesto Silva Gonzalez, brasileiro, separado judicialmente, administrador de empresas, RG n. 1.262.960-06-SSP/BA, CIC n. 220.196.265-00, residente e domiciliado na Cidade de Salvador — BA, podendo ser encontrado no endereço da primeira denunciada por ser seu gerente delegado.

Pelas razões de fato e de direito a seguir aduzidas:

Consta do incluso Procedimento Administrativo n. 268/2000/18^a, instaurado tendo por supedâneo a matéria publicada no jornal 'A Crítica' edição do dia 21 de outubro de 2000, que, por volta das 20h30min, do dia 19 de outubro do ano pretérito, foram os moradores do bairro Mauazinho surpreendidos por um forte odor que exalava das dependências da primeira denunciada, o que os obrigou a abandonar seus lares, por orientação do Corpo dos Bombeiros, em face da irritação de suas vias respiratórias e início de um processo de intoxicação.

Em 20 de outubro de 2000, motivada pelas reclamações dos moradores da área vizinha, o Instituto de Proteção Ambiental do Estado do Amazonas — Ipaam realizou uma vistoria técnica no local, constatando ocorrência de poluição atmosférica gerada pelo vazamento de aproximadamente 20 kg de gás amônia (NH₃), utilizado para resfriamento do sistema de conservação de produtos perecíveis da Conef. Da fiscalização precitada resultou o relatório técnico de fls. 11 a 13, que informa, ainda, que a denunciada embora estivesse isenta da licença ambiental, tinha o dever de comunicar o acidente ao mencionado órgão estadual, o que não o fez, sendo, então, lavrado o Auto de Infração n. 135/2000 — GEFM.

Em 26 de janeiro de 2001, houve novo vazamento de gás amônia na denunciada, Conef, motivando assim a realização de nova vistoria pelo Ipaam, resultando no Relatório Técnico de Fiscalização de fls. 14 a 17, através do qual ficou constatada a ocorrência do dano ambiental causado pelo vazamento de gás tipo amônia, o qual, segundo informações prestadas pelos responsáveis pelo empreendimento, ocorreu em virtude da tubulação da serpentina do sistema de refrigeração ter se rompido devido à pressão exercida no

mesmo, fazendo com que o gás fosse lançado no meio ambiente por várias horas. Novamente os moradores do local apresentaram um quadro de intoxicação (náuseas, vômitos, dores de cabeça etc.) e tiveram que ser retirados para outro sítio.

Ante o exposto, estão os denunciados incurso nas penas dos artigos 54, § 2º, inciso II, e do art. 68, ambos da Lei n. 9.605/1998, combinado com os arts. 29 e 69 do Código Penal Brasileiro, pelo que requer-se, uma vez recebida e autuada esta, sejam os réus citados para interrogatório, sob pena de revelia, enfim, para se verem processados até final julgamento e condenação, na forma da lei, ouvindo-se, oportunamente, as pessoas do rol abaixo para, em juízo, informar sob o fato crime ambiental em tela.”

Quanto às pessoas físicas ou naturais, exatamente aquelas que aqui são pacientes e recorrentes, a denúncia ficou aquém daquilo que dela se espera (de seus indispensáveis requisitos), bem aquém, a meu sentir, porquanto, naquela exposição narrativa e demonstrativa que das denúncias se requer (parte formal), a presente denúncia não revelou qual fora a participação dessas pessoas no fato por ela indicado. Não há, em seu corpo, uma só palavra referente à maneira como essas pessoas praticaram a ação, ou se se omitiram, se e quando dessas pessoas se requeria o dever de agir.

Disse o acórdão o seguinte: “Os pacientes são gerentes delegados da empresa, e embora a inicial não lhes tenha indicado a responsabilidade objetiva, todos são passíveis de responder pelo dano causado ao bem jurídico meio ambiente, já que, juridicamente são os agentes que conduzem a prestação de serviço da empresa à sociedade. Se são responsáveis pelas boas ações, devem responder pelas más ações da empresa. É um imperativo universal.”

Parece-me pouco. Ainda que o não fosse, quem abre a ação penal é o Ministério Público, e a inicia através da denúncia, e a denúncia formalmente há de conter isto e aquilo ao ver da lei processual; no caso em comento, a denúncia, porém, é falha, porque foi omissa, totalmente omissa.

É certo que, em casos dessa espécie, existe forte entendimento segundo o qual a denúncia não precisa individualizar a conduta de cada agente ativo. Sucede que existe também o entendimento de que o denunciante, entretanto, tem o dever, mesmo em casos desse porte, de fornecer exposição, ou apresentar proposta de acusação, apresentá-la de tal modo que permita ao denunciado defender-se. Dentro de tal moldura, quero crer que, em apoio desta última posição, podem vir a pêlo, provenientes desta Turma, o RHC n. 8.389, de 1999, da relatoria do Ministro Fernando Gonçalves, e o REsp n. 175.548, de 2001, da relatoria do Ministro Hamilton Carvalhido.

Em razão de me encontrar diante de denúncia inepta, dou provimento ao recurso ordinário para conceder a ordem de **habeas corpus**. Certamente que outra denúncia poderá ser oferecida, uma vez preenchidas as exigências de lei.

**RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA
N. 11.943 — SC (2000/0040330-0)**

Relator: Ministro Paulo Medina

Recorrentes: Iolanda da Costa Daux e outros

Advogado: Darci Manoel Gonçalves

T. origem: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

Impetrado: Presidente da Mesa Diretora da Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina

Recorrido: Estado de Santa Catarina

EMENTA

Administrativo e Constitucional. Servidores públicos. Adicional de produtividade. Percepção por inativos. Possibilidade. Resoluções ns. 1.517/1989 e 40/1992. Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina. Art. 40, § 4º, da CF/1988.

— Vantagens pessoais dizem respeito ao indivíduo, enquanto as vantagens de carreira estão relacionadas ao cargo ou função exercidos, tendo direito a sua percepção qualquer servidor, independentemente das circunstâncias pessoais ou especiais.

— Com o advento da Reforma Administrativa do Poder Legislativo, através da Resolução n. 40/1992, o adicional de produtividade, instituído pela Resolução n. 1.517/1989 foi extinto, sendo o respectivo valor agrupado sob o título de vantagem pessoal nominalmente identificável, passando a compor a remuneração para todos os efeitos legais.

— Tendo ganho o caráter de permanente e passando a compor as remunerações “para todos os efeitos legais”, nos termos da Resolução n. 40/1992, deve a gratificação de produtividade ser estendida aos servidores inativos, na forma preceituada no art. 40, § 4º, da CF/1988.

— Recurso ordinário provido.

ACÓRDÃO

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

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

Ministro Paulo Medina, Relator

DJ de 17.05.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Medina: Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por Iolanda da Costa Daux e outros, servidores públicos estaduais inativos, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que julgou a legalidade do ato do Sr. Presidente da Mesa Diretora da Assembléia Legislativa daquele Estado, que não estendeu aos seus proventos de aposentadoria o adicional incorporado pelos servidores ativos através da Resolução n. 40/1992.

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

“Constitucional e Administrativo — Funcionário público — Gratificação — **Propter laborem** — Direito líquido e certo inexistente — *Writ* denegado — Precedentes jurisprudenciais.

Tratando-se de gratificações **propter laborem**, que só podem ser percebidas em atividade, mediante certos requisitos, a ela não ostentam direito líquido e certo, servidores inativos.” (Fl. 252)

Irresignados, os impetrantes interpõem o presente recurso ordinário, com fulcro no art. 105, **b**, da Constituição Federal. Verberam, em síntese que, com o advento da reforma administrativa do Poder Legislativo local, através da edição e publicação da Resolução n. 40, de 29.05.1992 — que criou o novo quadro de pessoal da Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina — foi extinto o adicional de produtividade, instituído pela Resolução n. 1.517/1989, sendo seu valor agregado a título de vantagem pessoal nominalmente identificável, passando a compor a remuneração para todos os efeitos legais.

Contudo, os servidores que já se encontravam aposentados à época da publicação da mencionada resolução não foram beneficiados pela vantagem, em agressão ao art. 40, § 4º, da Constituição Federal de 1988.

Sem contra-razões, ascenderam os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal, reportando-se ao parecer estadual, opina pelo conhecimento e provimento do recurso (fl. 305)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Medina (Relator): A questão deduzida neste recurso ordinário centra-se no pedido de servidores públicos inativos do quadro de pessoal da Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina, de terem reconhecido seu direito líquido e certo à percepção do valor do extinto adicional de produtividade, agregado aos proventos dos servidores em atividade, por força do disposto na Resolução n. 40/1992.

Analise-se, pois, os dispositivos legais que regem a matéria.

Em 20 de novembro de 1989 foi editada, pela Mesa Diretora da Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina, a Resolução n. 1.517/1989, atribuindo, em caráter provisório, adicional de 100% sobre os valores do PL/SAU-3, para vigorar até a implantação da reforma administrativa.

Acerca dos beneficiários e das hipóteses excludentes, consignou o dispositivo legal em seu artigo 1º, § 1º o seguinte:

“Art. 1º Atribuir adicional pela produtividade, de caráter provisório, aos funcionários do Poder Legislativo, que preencham os requisitos de efetivo exercício e frequência integral, de 100% (cem por cento) sobre os valores do nível PL/SAU-3, da Carreira de Atividades de Serviços Auxiliares, do Quadro de Pessoal da Assembléia Legislativa de Santa Catarina, até a implantação da Reforma Administrativa do Poder Legislativo.

§ 1º Entende-se por frequência integral, o comparecimento ao expediente nos dias e durante as horas de trabalho com cumprimento efetivo dos seus deveres;”

O adicional foi pago regularmente durante cerca de três anos.

Com o advento da reforma (Resolução n. 40/1992), a vantagem foi extinta, sendo o respectivo valor agrupado sob o título de vantagem pessoal nominalmente identificável, passando a compor a remuneração para todos os efeitos legais.

A Resolução n. 40/1992 determinou em seus artigos 14 e 22, respectivamente:

“Art. 14. A gratificação prevista na Resolução n. 1.517 e a vantagem horizontal percebida até esta data, por servidores em efetivo exercício da

Assembléia Legislativa, ficam extintas e os seus valores agrupados sob o título de vantagem pessoal nominalmente identificável, compondo a remuneração para todos os efeitos legais.”

“Art. 22. As disposições desta Resolução aplicam-se no que couber aos inativos, conforme dispõe o art. 30, § 3º da Constituição do Estado de Santa Catarina.”

Por sua vez, em consonância com o artigo 40 da Constituição Federal reza o artigo 30, da Constituição do Estado de Santa Catarina:

“Os proventos da aposentadoria serão revistos, na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos inativos quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria, na forma da lei.”

Tratando-se de vantagem **propter laborem**, não poderia a gratificação de produtividade ser percebida por servidores inativos, dados os requisitos necessários para tanto.

Nada obstante, a partir do momento em que se tornou permanente, com a edição da Resolução n. 40/1992, passando a integrar os proventos na forma de vantagem pessoal, não havia como deixar de estendê-la aos servidores inativos.

É de ressaltar, por acessório, que a partir da aludida resolução, as novas aposentadorias dos servidores daquela Casa Legislativa foram concedidas com a inclusão do antigo adicional de produtividade.

Inequívoco, pois, que tendo ganho o caráter de permanente e passando a compor as remuneração “para todos os efeitos legais”, nos termos da resolução já exaustivamente mencionada, deve a gratificação de produtividade ser estendida aos servidores inativos, na forma preceituada no art. 40, § 4º, da CF/1988, configurando sua supressão ou não-concessão, agressão a direito líquido e certo dos recorrentes.

Posto isso, *dou provimento ao recurso ordinário* para conceder a segurança e determinar a inclusão do percentual aos proventos dos recorrentes a partir da data da impetração, ressalvada a via ordinária para a cobrança de valores pretéritos.

**RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA
N. 13.467 — PR (2001/0088593-0)**

Relator: Ministro Paulo Medina

Recorrente: Eduardo Nunes Lima

Advogados: Dirceu Rosa Junior e outro

T. origem: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

Impetrados: Secretário de Fazenda do Estado do Paraná, Secretário de Administração do Estado do Paraná e Diretora de Recursos Humanos da Secretaria de Administração do Estado do Paraná

Recorrido: Estado do Paraná

Procuradores: Márcia Dieguez Leuzinger e outros

EMENTA

Recurso ordinário em mandado de segurança. Servidor público. Denúncia. Crime. Trânsito em julgado. Inexistência. Afastamento provisório. Redução. Vencimentos. Impossibilidade. Antecipação da pena. Presunção de inocência. Irredutibilidade de vencimentos.

A jurisprudência é pacífica quanto à impossibilidade de redução salarial em casos de afastamento de servidor público denunciado pela prática de crime.

Os mesmos precedentes ressalvam a supressão de vantagens vinculadas ao efetivo exercício, como, no caso, a produtividade fiscal.

Interpretação que merece reparo, no que diz respeito à cessação da atividade contrária à vontade do servidor, por violar os princípios da irredutibilidade de vencimentos e da presunção de inocência, eis que constitui antecipação de cumprimento de eventual decisão judicial, sem trânsito em julgado.

Há que se verificar, quanto à gratificação de desempenho fiscal, que a atividade cessa apenas por conveniência da Administração, sem benefício ao servidor, que se vê impedido de efetivar sua produtividade, antes de qualquer condenação definitiva.

Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas,

acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Hélio Quaglia Barbosa, Hamilton Carvalhido e Paulo Gallotti votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Nilson Naves. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Brasília (DF), 25 de junho de 2004 (data do julgamento).

Ministro Paulo Medina, Relator

DJ de 16.08.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Medina: Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná que denegou mandado de segurança impetrado por Eduardo Nunes Lima.

Na inicial, o impetrante, servidor público estadual, afirma que foi afastado de suas funções em virtude de denúncia do Ministério Público em que é acusado de infringência do disposto no art. 3º, I e II, da Lei n. 8.237/1990, arts. 288 e 317 do Código Penal e da Lei n. 9.034/1995.

Em virtude do afastamento, sofreu redução de seus vencimentos, por ato praticado pelos Secretários da Fazenda e da Administração, com base no art. 52 da Lei Estadual n. 6.174/1970, que permite descontos de servidores afastados.

Aduz, ainda, que a prática obteve guarida em parecer jurídico da Secretaria de Administração.

Sustentou o impetrante que o permissivo legal não fora recepcionado pela Constituição de 1988, que garante a irredutibilidade de vencimentos e abraça o princípio da presunção de inocência, podendo ser considerado culpado aquele que sofreu processo e foi definitivamente condenado.

Informam as autoridade coatoras (fls. 53/60) e (fls. 64/88) que o desconto não fere os princípios da presunção de inocência e da irredutibilidade de vencimentos, porquanto recai sobre parcela da remuneração que depende do efetivo exercício da função, cessando juntamente com esta. Noticiam que foi decretada a prisão preventiva do impetrante e que foi instaurado, contra ele, processo administrativo disciplinar por abandono de emprego.

O Tribunal de Justiça, que havia deferido o pedido liminar, denegou a segurança em decisão (fls. 283/290) assim ementada:

Mandado de segurança — Servidor público — Denúncia criminal — Afastamento das funções com redução de vencimentos — Inaplicabilidade do art. 52, § 4º, da Lei n. 6.174/1970 [Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado do Paraná] — Dispositivo não recepcionado pela CF /1988, por violar a garantia de irredutibilidade por ela consagrada [art. 37, inc. XV] — Exclusão do “prêmio de produtividade” — Parcela devida unicamente em razão do exercício do cargo e com exigência de produção mínima mensal — Segurança parcialmente concedida.

1. em face do princípio da irredutibilidade de vencimentos [CF, art. 37, XV] tem-se como inaplicável o art. 52, § 4º, do Estatuto dos Funcionários Públicos do Paraná [Lei n. 6.174/1970], porque não recepcionado pela Carta Magna de 1998.

2. conseqüentemente, o servidor, mesmo afastado, faz jus à percepção integral, excluídas, porém, as parcelas ou vantagens “... Que desaparecerem quando cessa a atividade” [RSTJ 54/400].

Irresignado, o impetrante interpôs recurso ordinário (fls. 300/303), com vistas na reforma do aresto quanto à exclusão do prêmio de produtividade, caucando-se nas mesmas razões da inicial, de violação aos princípios da irredutibilidade de vencimento e da presunção de inocência.

Em contra razões, a Procuradoria do Estado do Paraná sustenta que o julgado não merece reparo, eis que consonante com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (fls. 314/315).

O Ministério Público opina pelo desprovimento do recurso (fl. 337).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Medina (Relator): Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná que denegou a ordem requerida, permitindo a redução dos vencimentos de servidor afastado de suas funções, no que tange à parcela de prêmio pela produtividade, que depende do efetivo exercício do servidor.

Aduz o recorrente que a norma permissiva dos descontos viola a regra da irredutibilidade de vencimentos e o princípio da presunção de inocência, de modo que não foi recepcionada pela Carta de 1988, segundo a qual nenhum desconto salarial é admissível no caso de servidor afastado de suas funções em virtude de mera denúncia pela prática de crime.

Dispõe a norma atacada (art. 52, parágrafo 4º, da Lei Estadual n. 6.174/1970):

Art. 52, § 4º durante o afastamento, o funcionário perderá um terço do vencimento ou remuneração, tendo direito à diferença, se for, a final, absolvido.

A jurisprudência reiterada deste Tribunal, alguns precedentes, inclusive, versando sobre o texto da norma transcrita, é firme no sentido de proibir a redução de qualquer parcela do vencimento de servidores afastados de suas funções até decisão judicial definitiva sobre a prática dos crimes de que são acusados, exceto as que desaparecem quando cessa a atividade. Colaciono alguns julgados:

Mandado de segurança. Servidor público. Denúncia por crime funcional. Afastamento das funções. Legalidade. Redução de vencimentos. Sentido da expressão.

O afastamento do servidor, em face de denúncia em ação penal pela prática de crime contra a Administração Pública, não se reveste de ilegalidade, visando apenas, no interesse da Administração, retirar o funcionário do seu local de trabalho, evitando óbices à apuração regular da falta ou do delito.

Garantido pelo princípio da irredutibilidade dos vencimentos, continua o servidor afastado a perceber seus ganhos salariais, incluídas aí as denominadas vantagens pessoais, bem como aquelas que independem do exercício do cargo ou função e que decorrem da mera relação funcional. Não, porém, as que desaparecem quando cessa a atividade.

(ROMS n. 1.803/PR; DJ de 29.11.1993; Ministro Hélio Mosimann, Segunda Turma.

Mandado de segurança. Servidor público. Redução de vencimentos. Afastamento das funções. Legalidade. Denúncia por crime funcional.

— Por visar ao interesse da Administração, não é ilegal o afastamento do servidor que responde por crime contra a Administração, vez que tal procedimento procura evitar impedimentos na apuração da falta ou delito.

— Mesmo afastado, em razão da garantia de irredutibilidade de vencimentos, o servidor faz jus a sua percepção, excluídas as parcelas que cessem quando do não exercício do cargo.

(ROMS n. 1.804/PR; DJ de 20.03.1995; Ministro Américo Luz; Segunda Turma)

Administrativo. Servidor público. Processo criminal. Prisão preventiva. Redução de vencimentos. LC n. 4/1990. Arts. 37, XI, XII, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I, da CF/1988.

1. Descabe à lei restringir onde não o fez a Carta Magna. Daí a inconstitucionalidade do ato administrativo que reduz o vencimento de servidor público submetido a processo criminal e a prisão preventiva.

2. Precedentes do STJ.

3. Recurso provido.

(ROMS n. 6.346/MT; DJ de 17.05.1999; Ministro Edson Vidigal; Quinta Turma)

O RMS n. 6.346/MT, em que pese não constar da ementa, segue a linha dos precedentes e reconhece a possibilidade de supressão de vantagens que desaparecem quando cessa a atividade.

Creio que os precedentes merecem parcial reparo, mormente quanto à amplitude do conceito de "vantagem que desaparece quando cessa a atividade".

Creio, ainda, que o recurso merece provimento, pois a gratificação decorrente da produtividade fiscal não pode ser suprimida nos casos de afastamento provisório de servidor, decorrente de denúncia pela prática de crime; de decretação de prisão preventiva ou temporária; ou de condenação penal que tenha como efeito perda do cargo público, mas sem trânsito em julgado, pendente recurso com efeito suspensivo.

A prática de ilícito pode, de fato, culminar na perda de cargo público. Para isso, em respeito ao princípio da presunção de inocência, faz-se necessário processo administrativo com resguardo do contraditório e da ampla defesa, ou decisão judicial condenatória com trânsito em julgado.

Assim, o servidor considerado culpado, perde, definitivamente o cargo e os direitos a ele inerentes, sem qualquer violação a irredutibilidade de vencimentos.

Nos casos de afastamento provisório, enquanto não há condenação definitiva, o servidor não pode perder qualquer de seus direitos, eis que apartado de suas funções sem culpa comprovada, por interesse da Administração, por questões administrativas, ou do Estado, quando decreta prisão preventiva, por questões de processo penal.

Vejo, então, que o servidor fiscal, percebendo remuneração composta por uma parcela fixa e outras parcelas variáveis, que dependem de seu desempenho funcional, quando afastado das funções por interesse do Estado ou da Administração, fica impossibilitado, contra sua vontade, de realizar sua produção, sem que qualquer culpa lhe seja definitivamente imputada.

Há que se distinguir situação hipotética de servidor que faz jus, por exemplo, ao adicional de insalubridade e é afastado das funções por conveniência da Admi-

nistração. Em tal caso, tratar-se-ia de indenização. Cessando a atividade, desapareceria o dano, a própria insalubridade, portanto, a causa do pagamento do adicional.

O servidor, afastado do meio insalubre, deixaria de receber o adicional de insalubridade, caso assim previsse a lei.

Não é a hipótese dos autos. A parcela de vencimentos suprimida do impetrante/recorrente não é indenizatória. Julga-se desaparecida porque cessou a atividade a interesse do Estado.

Reduz-se vencimento sem causa, pois impede-se o exercício da atividade do servidor, por mera conveniência, ferindo a regra da irredutibilidade de vencimentos; ou adota-se como causa uma presunção de culpa, vedada pelo ordenamento jurídico.

A inteligência dos julgados desta Corte, no que diz respeito à possibilidade, havendo previsão legal, de redução de vantagens que desaparecem quando cessa a atividade, deve limitar-se aos casos de indenizações, que não devem ser pagas quando inexistente o dano, jamais estendendo-se para atingir o caso do recorrente, que se vê impossibilitado de cumprir com os requisitos para auferir o prêmio de produtividade e parcelas variáveis de sua remuneração, por interesse do Estado.

Ademais, descabido ouvidar do disposto no art. 37, XV, da Constituição Federal.

Era a redação da norma até junho de 1998:

XV - os vencimentos dos servidores públicos são irredutíveis, e a remuneração observará o que dispõem os arts. 37, XI e XII, 150, II, 153, III e § 2º, I;"

Com a Emenda Constitucional n. 19, de 04.06.1998, o dispositivo ganhou as seguintes letras:

"XV - o subsídio e os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos são irredutíveis, ressalvado o disposto nos incisos XI e XIV deste artigo e nos arts. 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I;"

Dentre as ressalvas, não se encontra o afastamento preventivo de servidor acusado da prática de crime.

Observe, ainda, que os autos trazem referência a processo administrativo disciplinar, tendente a apurar abandono do emprego.

Tal matéria, por não ter sido discutida, nem sequer alegada como justificativa para a redução de vencimentos, não é objeto do presente recurso.

Posto isso, considerando a violação à irredutibilidade de vencimentos e à presunção de inocência, *dou provimento ao recurso*, para reformar a decisão **a quo** e determinar a sustação dos descontos efetuados no contracheque do impetrante, com base em seu afastamento provisório, até que haja comprovação definitiva de sua culpa apurada em processo criminal ou em processo administrativo disciplinar.

**RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA
N. 14.709 — BA (2002/0050646-5)**

Relator: Ministro Paulo Medina

Recorrente: Sônia Maria Andrade

Advogados: Carlos Eduardo Behrmann Ratis Martins e outro

T. origem: Tribunal Regional Federal da 1ª Região

Impetrado: Juízo Federal Diretor do Foro da Seção Judiciária do Estado da Bahia

Recorrida: União

EMENTA

Administrativo. Servidor público federal. Incorporação de quintos. Lei n. 9.624/1998.

— O art. 5º da Lei n. 9.624/1998, resguardou aos servidores o cômputo do tempo residual referente ao exercício de função comissionada até 10 de novembro de 1997, para a concessão da próxima parcela de décimo.

— A incorporação da parcela de décimo prevista no art. 5º da Lei n. 9.624/1998, tem como termo final a data específica em que o servidor complete o interstício de 365 dias em exercício de função comissionada, de acordo com a sistemática definida na redação original do art. 3º da Lei n. 8.911/1994. (Precedente do Conselho de Administração desta Corte).

— **In casu**, tendo a recorrente preenchido os requisitos do art. 5º da Lei n. 9.624/1998, e completado o interstício de 365 dias de exercício de função comissionada em 09.02.1998, faz jus à incorporação de uma parcela de décimo, e não de quintos como pleiteado.

— Recurso ordinário parcialmente provido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 09 de março de 2004 (data do julgamento).

Ministro Paulo Medina, Relator

DJ de 12.04.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Medina: Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por Sônia Maria Andrade, servidora pública federal, contra acórdão proferido pelo egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que julgou a legalidade do ato do Sr. Juiz Federal Diretor do Foro da Seção Judiciária da Bahia, consubstanciado na não incorporação da parcela referente aos quintos de função sobre sua remuneração, na forma como instituído pela Lei n. 9.624/1998.

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

“Administrativo. Servidores do Poder Judiciário. Cumulação da função comissionada com a remuneração do cargo efetivo mais 100% do valor-base da função. Impossibilidade. Extinção da incorporação de quintos/décimos. Revogação tácita da opção.

1. A extinção do direito à incorporação de quintos/décimos e a transformação dessas parcelas já incorporadas em vantagem pessoal nominalmente identificada pela Lei n. 9.527/1997 não importou supressão de vantagem adquirida, porque só acarretou alteração de denominação e da sua forma de reajuste futuro, sem nenhum decesso remuneratório.

2. A opção prevista no § 2º do artigo 14 da Lei n. 9.421/1996 não foi revogada pela Lei n. 9.527/1997.

Decide a Seção, por unanimidade, denegar a segurança.” (Fl. 81)

Irresignada, a impetrante interpõe o presente recurso ordinário, com esteio no art. 105, II, **a**, da Constituição Federal, reeditando as razões apresentadas na peça inicial. Sustenta, em essência, que faz jus à incorporação de uma parcela de quinto, com base no art. 5º da Lei n. 9.624/1998.

Esboça um histórico acerca da evolução dos critérios de incorporação de parcelas sobre o exercício de função comissionada alegando que deveria ter incorporado desde 08.04.1998 um quinto, com efeito retroativo à data em que completou 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias de exercício de função comissionada.

Sem a interposição de contra-razões, ascenderam os autos a esta egrégia Corte.

A douta Subprocuradoria Geral da República, em seu parecer de fl. 111, reportando-se ao parecer estadual, opina pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Medina (Relator): A pretensão deduzida no *writ* que deu origem ao presente recurso ordinário centra-se no pedido de incorporação de 1/5 (um quinto) referente ao exercício de função comissionada, com base no art. 3^a da Lei n. 9.624/1998.

Ao apreciar o mérito do mandado de segurança, o Tribunal de origem afirmou que a transformação das parcelas já incorporadas em vantagem pessoal nominalmente identificadas pela Lei n. 9.527/1997 não importou supressão de vantagem adquirida.

A Lei n. 8.112/1990 — Regime Jurídico dos Servidores Públicos Federais — dispôs no seu art. 62, que seria incorporado 1/5 (um quinto) do valor correspondente à gratificação de confiança a cada ano de exercício da função, até o limite de 5 (cinco) anos.

Por sua vez, a Lei n. 8.911/1994 veio regulamentar de maneira mais completa o instituto dos quintos, através dos seus arts. 3^a e 10, dispondo sobre os critérios para a concessão da vantagem, prevista no art. 62 da Lei n. 8.112/1990.

Vejamos o teor desses dispositivos:

“Art. 3^a Para efeito do disposto no § 2^a do art. 62 da Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, o servidor investido em função de direção, chefia e assessoramento, ou cargo em comissão, previsto nesta lei, incorporará à sua remuneração a importância equivalente à fração de um quinto da gratificação do cargo ou função para o qual foi designado ou nomeado, a cada doze meses de efetivo exercício, até o limite de cinco quintos.

§ 1^a Entende-se como gratificação a ser incorporada à remuneração do servidor a parcela referente à representação e à gratificação de atividade pelo desempenho de função, quando se tratar de cargo em comissão ou função de direção, chefia e assessoramento dos Grupos: Direção e Assessoramento Superiores — DAS e Cargo de Direção — CD.

§ 2º Quando se tratar de gratificação correspondente às funções de direção, chefia e assessoramento do Grupo — FG e GR, a parcela a ser incorporada incidirá sobre o total desta remuneração.

§ 3º Quando mais de um cargo em comissão ou função de direção, chefia e assessoramento houver sido exercidos no período de doze meses, a parcela a ser incorporada terá como base de cálculo a exercida por maior tempo.

§ 4º Ocorrendo o exercício de cargo em comissão ou de função de direção, chefia ou assessoramento de nível mais elevado, por período de doze meses, após a incorporação dos cinco quintos, poderá haver a atualização progressiva das parcelas já incorporadas, observado o disposto no parágrafo anterior.

(...)

Art. 10. É devida aos servidores efetivos da União, das autarquias e das fundações públicas, regidos pela Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, cedidos, por afastamento, para exercício em órgão ou entidade do mesmo poder ou de outro poder da União, a incorporação de quintos decorrentes do exercício de cargo em comissão e de função de direção, chefia e assessoramento.

§ 1º A incorporação das parcelas remuneratórias, autorizada neste artigo, será efetivada com base no nível do cargo em comissão ou função de direção, chefia e assessoramento equivalente no poder cedente do funcionário.

§ 2º Será admitida a conversão dos quintos incorporados, por parcelas equivalentes, nas seguintes situações:

I - quando ocorrer transformação do cargo ou função originária da incorporação efetivada; ou

II - quando acontecer mudança de cargo efetivo, mediante provimento efetivo, para poder distinto do originário da incorporação efetuada.

§ 3º A conversão prevista no parágrafo anterior não se aplica ao servidor aposentado que tenha passado para a inatividade com a incorporação de quintos efetivada.”

Sucedendo, em novembro de 1997, foi editada a Medida Provisória n. 1.595-14, que restou convertida na Lei n. 9.527/1997, por meio da qual houve a extinção da incorporação prevista nos arts. 3º e 10 da Lei n. 8.911/1994 e a transformação, a partir de 11.11.1997, das parcelas incorporadas até aquela data em VPNI — Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada. A despeito do disposto no art. 15 da Lei n. 9.527/1997, confira-se:

“Art. 15. Fica extinta a incorporação da retribuição pelo exercício de função de direção, chefia ou assessoramento, cargo de provimento em comissão ou de natureza especial a que se referem os arts. 3º e 10 da Lei n. 8.911, de 11 de julho de 1994.

§ 1º A importância paga em razão da incorporação a que se refere este artigo passa a constituir, a partir de 11 de novembro de 1997, vantagem pessoal nominalmente identificada, sujeita exclusivamente à atualização decorrente da revisão geral da remuneração dos servidores públicos federais.”

Após a Lei n. 9.527/1997, foi editada a Lei n. 9.624, publicada em 08 de abril de 1998, que transformou em décimos as parcelas dos quintos incorporadas no período de 1º.11.1995 a 10.11.1997.

Dispõem os artigos 2º e 3º da Lei n. 9.624/1998:

“Art. 3º Serão concedidas ou atualizadas as parcelas de quintos a que o servidor faria jus no período compreendido entre 19 de janeiro de 1995 e a data de publicação desta lei, mas não incorporadas em decorrência das normas à época vigentes, observados os critérios:

I - estabelecidos na Lei n. 8.911, de 1994, na redação original, para aqueles servidores que completaram o interstício entre 19 de janeiro de 1995 e 28 de fevereiro de 1995;

II - estabelecidos pela Lei n. 8.911, de 1994, com a redação dada por esta lei, para o cálculo dos décimos, para os servidores que completaram o interstício entre 1º de março e 26 de outubro de 1995.

Parágrafo único. Ao servidor que completou o interstício a partir de 27 de outubro de 1995 é assegurada a incorporação de décimo nos termos da Lei n. 8.911, de 1994, com a redação dada por esta lei, com efeitos financeiros a partir da data em que completou o interstício.”

(...)

Art. 5º Fica resguardado o direito à percepção dos décimos já incorporados, bem como o cômputo do tempo de serviço residual para a concessão da próxima parcela, até 10 de novembro de 1997, observando-se o prazo exigido para a concessão da primeira fração estabelecido pela legislação vigente à época.”

Da análise do dispositivo, tem-se que a Lei n. 9.624/1998 alargou o prazo-limite para a incorporação de quintos pelo exercício de função comissionada, de 11.11.1997, previsto na Lei n. 9.527/1997, para 08.04.1998, abrangendo, assim,

os servidores que já preenchiam todos os critérios necessários à incorporação até data da nova lei.

Ademais, com a edição da Lei n. 9.624/1998 resguardou-se a possibilidade de incorporação àqueles servidores que, até a data de 10.11.1997, houvessem exercido função comissionada em período não suficiente à incorporação da parcela até 08.04.1998, de forma que, completado o interstício de 365 dias no exercício da função, teriam direito à incorporação de uma parcela de décimo, com termo final na data em que o servidor preenchesse os critérios legais, não havendo, portanto, data estabelecida em lei para tal incorporação. Assim, o termo final de incorporação será aferido pela situação individual de cada servidor.

In casu, verifica-se que o servidor completou o interstício de 365 dias em 09.02.1998, preenchendo os requisitos do art. 5º da Lei n. 9.624/1998. Porém, de acordo com entendimento acima citado. Esclareça-se, contudo, que a servidora tem direito a incorporar à sua remuneração mais *uma parcela de décimo* e não de quintos como pleiteado.

Diante de todo o exposto, dou parcial provimento ao recurso para determinar a incorporação de um décimo sobre o exercício de função.

É o voto.
