

Jurisprudência da Sexta Turma

HABEAS CORPUS N. 18.166 — SP (2001/0100476-1)

Relator: Ministro Fernando Gonçalves

Relator p/ o acórdão: Ministro Hamilton Carvalhido

Impetrantes: Arnaldo Malheiros Filho e outro

Impetrada: Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região

Pacientes: Maria da Glória Bairão dos Santos e Antônio Carlos da Gama e Silva

Sustentação oral: Arnaldo Malheiros Filho pelos pacientes, Wagner Gonçalves, Subprocurador-Geral da República.

EMENTA

Habeas corpus. Crimes contra a Administração Pública. Contraditório, ampla defesa e devido processo legal. Recurso em sentido estrito. Inversão na ordem das falas em plenário. Prejuízo caracterizado. Ordem concedida.

1. As atribuições de **custos legis** tem-nas sempre o Ministério Público, qualquer que seja a natureza da função que esteja a exercer enquanto lhe decorre da própria natureza da instituição, cumulando-as com aquelas de *parte* no processo penal da ação pública, incindivelmente por razões evidentes.

2. O Ministério Público, nos processos de ação penal pública, que lhe incumbe promover, privativamente, como função institucional (Constituição da República, artigo 129, inciso I), é sempre *parte*, mesmo no grau recursal, em que ocorre o fenômeno da sucessão de órgãos na posição do autor na relação processual.

3. Viola os princípios constitucionais do contraditório e do devido processo legal, com iniludíveis reflexos na defesa do paciente, a inversão das falas das partes em sessão de julgamento de recursos (Precedentes).

4. Ordem concedida para anular o julgamento de recurso em sentido estrito, determinando-se que outro se proceda.

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 maioria, conceder a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro

Hamilton Carvalhido, que lavrará o acórdão. Vencido o Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido os Srs. Ministros Fontes de Alencar e Vicente Leal. Ausente, por motivo de licença, o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília, 19 de fevereiro de 2002 (data do julgamento).

Ministro Fernando Gonçalves, Presidente.

Ministro Hamilton Carvalhido, Relator p/ o acórdão

Publicado no DJ de 24.02.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves: Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Maria da Glória Bairão dos Santos e Antônio Carlos da Gama e Silva, apontando como autoridade coatora a Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Segundo se colhe da exordial, o móvel do presente pedido cinge-se à argüição de nulidade no julgamento de recurso em sentido estrito, tirado pelo MPF contra decisão monocrática de não-recebimento de denúncia contra os pacientes, acusados de práticas descritas, respectivamente, nos arts. 171, § 3º, 288 e 312, todos do CP e nos arts. 171, § 3º, 288, 299, 312 e 317, § 1º, todos do CP

E arrematam os impetrantes:

“Em síntese, apresenta-se flagrantemente ilegal a decisão da douta Turma Julgadora apontada como coatora, já que violando as garantias do contraditório e do devido processo legal, cerceou a defesa. A cronologia das falas no processo penal, mesmo admitindo-se que o Ministério Público atue como fiscal da lei não pode contrariar o modelo instituído pelo Código de Processo Penal no art. 500, § 2º, que manda o querelado se manifestar por último. Aqui como ali, os pacientes, que eram recorridos, tinham o direito de falar por último.

Por todo o exposto e contando com os doutos suprimentos de Vossas Excelências, aguarda-se a concessão da ordem para que seja anulado o julgamento proferido pela colenda Quinta Turma do TRF da 3ª Região e outro se realize de acordo com os preceitos constitucionais antes nomeados.” (fl.15)

Prestadas as informações (fls. 95/100), opina a Subprocuradoria Geral da República pela denegação da ordem (fls.164/168).

É o relatório.

VOTO-VENCIDO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves (Relator): Há pedido de desistência da impetração quanto a Maria da Glória Bairão dos Santos (fl. 170), diante da decisão tomada por esta Sexta Turma no julgamento do **Habeas Corpus** n. 18.206. Remanesce, em conseqüência, a ordem apenas em relação a Antônio Carlos da Gama e Silva, residindo a controvérsia em possível inversão na cronologia das sustentações orais, por ocasião do julgamento do recurso em sentido estrito pela Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Houve, naquela assentada, em primeiro lugar, manifestação da defesa, pronunciando-se, em seguida, o Procurador Regional da República.

Neste contexto, não se visualiza nulidade ou prejuízo apto à sua declaração, pois, como amplamente reconhecido e admitido, o Ministério Público em segunda instância atua, não como parte, mas como guardião da lei (**custos legis**), sendo-lhe possível, inclusive, confessar a acusação.

Nesta ordem de idéias, incisiva a regra do parágrafo único do art. 610, do Código de Processo Penal que, em detalhamento, ao processo e julgamento do recurso em sentido estrito dispõe que, após os anúncios de praxe, feita a exposição pelo Relator “o Presidente concederá a palavra aos advogados ou às partes que o solicitarem e ao Procurador-Geral, quando o requerer.”

Do mesmo modo, o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça (art. 159, § 2º) autoriza o uso da palavra pelo MP quando na qualidade de fiscal da lei, após o recorrente e o recorrido. A mesma disposição, consoante as informações (fl. 98) consta do Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 3ª Região — art. 143, § 2º.

Ante o exposto, denego a ordem.

**VOTO-VOGAL
(VENCEDOR)**

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: Sr. Presidente, estou a divergir de Vossa Excelência, para conceder a ordem de **habeas corpus** impetrada.

Ao que se tem dos autos, cuida-se de *writ* impetrado contra acórdão da Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da Terceira Região que, dando provimento a recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público, determinou o recebimento de denúncia ofertada contra Maria da Glória Bairão dos Santos e Antônio Carlos da Gama e Silva pela prática, respectivamente, dos crimes tipificados nos artigos 171, parágrafo 3º, 312 e 317, parágrafo único, todos do Código Penal (primeira paciente) e 171, parágrafo 3º, 299, 312 e 317, parágrafo 1º, todos do Código Penal (segundo paciente).

A impetração está fundada em alegada nulidade decorrente da inversão da cronologia das falas por ocasião da sessão de julgamento do aludido recurso em sentido estrito. Com efeito, afirma-se que o Sr. Presidente daquele colegiado concedeu a palavra primeiramente à defesa para que proferisse sua sustentação oral não obstante se tratar de recurso da acusação, subvertendo-se, por indúvidoso, os princípios constitucionais do contraditório e do devido processo legal, e acarretando, desse modo, inegável cerceamento de defesa.

Por certo, o Ministério Público, nos processos de ação penal pública, que lhe incumbe promover, privativamente, como função institucional, na letra da Constituição da República (artigo 129, inciso I), é sempre *parte*, mesmo no grau recursal, em que ocorre o fenômeno processual da sucessão de órgãos na posição do autor na relação processual.

As atribuições de **custos legis** tem-na sempre o Ministério Público, qualquer que seja a natureza da função que esteja a exercer, enquanto lhe decorre da própria natureza da instituição, cumulando-as com aquelas outras de *parte* no processo penal da ação pública, incidivelmente por razões evidentes.

In casu, quando do julgamento do recurso em sentido estrito, ao Ministério Público foi oportunizado o direito de proferir sustentação oral em momento processual posterior ao pronunciamento da defesa, advindo daí, em conseqüência, tal qual apontado na impetração, incontestável subversão dos princípios constitucionais do contraditório e do devido processo legal.

Tal orientação, a propósito, encontra respaldo em precedente desta mesma Sexta Turma, conforme se extrai do seguinte julgado da relatoria do eminente Ministro Adhemar Maciel:

“Processual Penal. **Habeas corpus**. Lei de imprensa. Querelado: Direito de falar por último. Violação do *substantive due process*. Recurso ordinário provido.

I - O recorrente foi condenado a 3 anos de detenção, com convalidação em multa, por difamação (Lei n. 5.250/1967, art. 21, **caput**). O Ministério Público, que falou em último lugar, opinou pela condenação. Como o querelado não pode manifestar-se depois, argüiu a nulidade do processo a partir daí, pois violado teria ficado o devido processo legal na modalidade da ampla defesa.

II - O art. 45, IV, da Lei de Imprensa abre prazo para que o autor e réu falem seguidamente. No art. 40, parágrafo 2º, II, determina seja ouvido o Ministério Público. Como o *Parquet* se manifestou, ainda que como **custos legis**, contra o querelado, cabia ao juiz, sob pena da violação ‘material’ da

cláusula do devido processo legal, ter dado oportunidade ao ora recorrente para que ele rebatesse as argumentações ministeriais. Invocação do disposto no § 2º do art. 500 do CPP.

III - Recurso provido.” (RHC n. 4.457/SP, Relator Ministro Adhemar Maciel, **in** DJ de 24.06.1996)

No mesmo sentido, ainda, o seguinte julgado do excelso Supremo Tribunal Federal:

“Julgamento de apelações criminais. Inversão na ordem das sustentações orais, das quais a da acusação sucedeu à da defesa. Inobservância dos princípios constitucionais de ampla defesa e contrariedade no processo penal. Nulidade reconhecida. Recurso extraordinário conhecido e provido.” (RE n. 91.661/MG, Relator Ministro Xavier de Albuquerque, **in** RTJ n. 92, pp. 448/449).

Estas, aliás, em parte, as bem lançadas palavras do eminente Ministro Xavier de Albuquerque:

“Penso que a prerrogativa de falar por último constitui, para a defesa, manifestação natural da amplitude com que a Constituição a garante, do mesmo passo que traduz aplicação do princípio, também constitucional, da contrariedade no processo criminal.”

Pelo exposto, concedo a ordem para, anulando o julgamento do recurso em sentido estrito, determinar que outro seja regularmente realizado.

É o voto.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Fontes de Alencar: Sr. Presidente, rogo vênias a V. Exa. para acompanhar o voto do Senhor Ministro Hamilton Carvalhido, que soa no mesmo diapasão do Recurso em **Habeas Corpus** n. 4.497, decidido por esta Turma, da relatoria do Senhor Ministro Adhemar Maciel.

Concedo a ordem de **habeas corpus**.

VOTO

O Sr. Ministro Vicente Leal: Sr. Presidente, também peço, respeitosamente, vênias a V. Exa. para divergir, por entender que, quando o Ministério Público atua como parte em 2º grau, ele cumula as duas atribuições. O devido processo legal é de rigor, principalmente em sede de processo penal.

Daí por que acompanho o voto do Sr. Ministro Hamilton Carvalhido, concedendo a ordem de **habeas corpus**.

HABEAS CORPUS N. 20.273 — RJ (2002/0001671-4)

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido

Impetrante: Mário Cyfer

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

Paciente: Roberto de Lira Tinoco (Preso)

EMENTA

Habeas corpus. Direito Penal e Processual Penal. Homicídio simples. Constrangimento ilegal. Fixação da pena acima do mínimo legal. Nulidade. Quesitação. Falta de indagação acerca de atenuante específica. Possibilidade. Inexistência de vício. Regime prisional. Ausência de fundamentação. Matéria omitida no acórdão.

1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que a falta de formulação de quesito, a respeito de atenuante específica, não acarreta nulidade, se a vontade dos jurados foi atendida na graduação da resposta penal (Recurso Especial n. 218.855/SP, Quinta Turma, Relator Ministro Felix Fischer, *in* DJ de 13.12.1999).

2. De qualquer modo, certo é também que, se o réu, por seu defensor, não faz requerimento qualquer ou reclamação, como lhe propicia o artigo 479 do Código de Processo Penal, no tempo da leitura dos quesitos na sessão de julgamento em que foi condenado pelo Tribunal do Júri, e, ao impugnar a condenação, não indica o quesito de atenuante específico que, a seu ver, deveria ter sido formulado e não demonstra, como lhe cabe, o prejuízo que sofreu, não há falar em declaração de nulidade, que é da espécie relativa, submetida, portanto, à arguição oportuna e ao princípio *pas de nullité sans grief*.

3. Igualmente é seguro que a interpretação dos incisos III e IV do artigo 484 do Código de Processo Penal conduz à afirmação de que a quesitação da atenuante específica só tem cabida em se caracterizando, no caso, as que ou qualquer das que integram o seu elenco legal, sem o que deve o juiz apenas, sem mais, na individualização da resposta penal, reduzir a pena-base, em obediência à vontade manifestada pelos jurados nessa direção.

4. A culpabilidade do réu, de seu lado, enquanto circunstância judicial e limite da pena, é uma das circunstâncias que determinam o estabe-

lecimento da pena-base, não havendo qualquer óbice a que o juiz, ao graduá-la, considere a função pública do agente.

5. E que a personalidade do agente deve informar a individualização da pena, di-lo expressamente o artigo 59 do Código Penal, sendo pertinente, ao seu exame, como traço que a revela, a forma como o crime foi perpetrado. Por igual, sua insensibilidade e o seu destemor à lei penal.

6. Não está o juiz obrigado ao registro expresso de cada qual das circunstâncias judiciais, senão daquelas que tenham efetiva função na concreta individualização da pena.

7. Tampouco, o registro expresso de circunstâncias judiciais atuantes, na fixação gravosa da pena-base, exclui a função implícita daquelas que tendem ao seu estabelecimento no limite mínimo abstrato da lei.

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

9. *Writ* parcialmente concedido, para que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro decida quanto ao regime inicial do cumprimento da pena.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 06 de maio de 2003 (data do julgamento).

Ministro Hamilton Carvalhido, Presidente e Relator

Publicado no DJ de 16.06.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: **Habeas corpus** contra a Sétima Câ-

mara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que, provendo parcialmente o apelo interposto por Roberto de Lira Tinoco, reduziu para 8 anos de reclusão a pena que lhe foi imposta pela prática do delito de homicídio simples, preservando o regime fechado como inicial de seu cumprimento.

Alega o impetrante que inexistente motivo para a fixação da reprimenda acima do mínimo legal, eis que “(...) o grau de censurabilidade intenso atribuído ao paciente, que serviu como esteio para aplicação da pena acima do mínimo, sob o argumento de ser ele integrante do Corpo de Bombeiros não procede, uma vez que a sua conduta não estava relacionada à sua atividade-fim, de preservar vidas humanas e respectivos bens; (...)” (fl. 4).

Sustenta, ainda, que o argumento de possuir “(...) o acusado uma personalidade atroz violenta, ao procurar atingir a vítima reiteradas vezes pelas costas (...)” (fl. 5), não poderia ter sido utilizado para exacerbar a sua condenação, posto que o paciente foi denunciado, libelado e pronunciado como incurso tão-somente nas sanções do delito tipificado no artigo 121, **caput**, do Código Penal.

Aduz, mais, que “(...) Há forte corrente jurisprudencial e doutrinária entendendo que, a pena para ser aplicada acima do mínimo legal, em respondendo os senhores jurados afirmativamente haver circunstâncias atenuantes genéricas em favor do acusado, impõe indague o Juiz-Presidente a qual ou as quais delas estavam pretendendo se referir (...)” (fl. 7).

Alega, de resto, a nulidade do acórdão impugnado, ante a omissão na análise do tema referente ao regime prisional.

Pretende o impetrante, ao final:

“(...)

a) Seja anulado o julgamento por vício na quesitação, por não ter indagado o senhor Juiz-Presidente, ao responderem os jurados afirmativamente o último quesito, a qual ou quais atenuantes estavam se referindo, a causar deste modo irreparável prejuízo à defesa;

b) alternativamente, redução da pena ao seu patamar mínimo, *primeiro*, porque erigiu a culpabilidade do paciente a um grau acima da normalidade, à simples consideração de ser ele bombeiro-militar, embora a imputação em nada o vinculasse à sua atividade profissional, *segundo*, porque extraiu o ilustre decisor, da própria gravidade intrínseca do crime a ele imputado subsídio para exasperar a pena, tarefa esta de exclusiva competência do Poder Legislativo, *terceiro*, por ter omitido no trabalho de graduação da pena duas outras diretrizes dispostas no artigo 59 do Código Penal, como sejam, a con-

duta social do paciente e o comportamento da vítima, e finalmente, *quarto*, porque embora reconhecendo a sentença tratar-se de primário, de bons antecedentes e constituir o fato episódio esporádico, único, em sua vida, praticado que foi, em última análise, em defesa de seus pais idosos, aludidos fatores foram desconsiderados na sentença e no acórdão impetrado.

c) subsidiariamente postula o impetrante a anulação do acórdão que, embora reduzindo a pena a 8 (oito) anos de reclusão, aduziu ficasse prevalecendo o regime inicialmente fechado decretado na sentença proferida em plenário, despida a decisão colegiada de qualquer fundamentação a esse respeito, como de rigor.” (Fl. 8)

Liminar indeferida à fl. 29 dos autos.

O parecer do Ministério Público Federal é pela “(...) concessão parcial da ordem a fim de que seja determinado ao egrégio Tribunal **a quo** que aprecie a questão relativa ao regime inicial de cumprimento da pena imposta ao paciente.” (Fl. 34)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Senhores Ministros, **habeas corpus** contra a Sétima Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que, provendo parcialmente o apelo interposto por Roberto de Lira Tinoco, reduziu para 8 anos de reclusão a pena que lhe foi imposta pela prática do delito de homicídio simples, preservando o regime fechado como inicial de seu cumprimento.

Alega o impetrante que inexistente motivo para a fixação da reprimenda acima do mínimo legal, eis que “(...) o grau de censurabilidade intenso atribuído ao paciente, que serviu como esteio para aplicação da pena acima do mínimo, sob o argumento de ser ele integrante do Corpo de Bombeiros não procede, uma vez que a sua conduta não estava relacionada à sua atividade-fim, de preservar vidas humanas e respectivos bens; (...)” (fl. 4).

Sustenta, ainda, que o argumento de possuir “(...) o acusado uma personalidade atroz violenta, ao procurar atingir a vítima reiteradas vezes pelas costas (...)” (fl. 5), não poderia ter sido utilizado para exacerbar a sua condenação, posto que o paciente foi denunciado, libelado e pronunciado como incurso tão-somente nas sanções do delito tipificado no artigo 121, **caput**.

Aduz, mais, que “(...) Há forte corrente jurisprudencial e doutrinária entendendo que, a pena para ser aplicada acima do mínimo legal, em respondendo os

senhores jurados afirmativamente haver circunstâncias atenuantes genéricas em favor do acusado, impõe indague o Juiz-Presidente a qual ou as quais delas estavam pretendendo se referir (...)” (fl. 7).

Alega, de resto, a nulidade do acórdão impugnado, ante a omissão na análise do tema referente ao regime prisional.

Estes, pois, os fundamentos da impetração:

- a) nulidade do julgamento por nulidade na quesitação;
- b) impossibilidade de fixação da pena acima do mínimo legal;
- c) nulidade do acórdão ante a ausência de fundamentação quanto à imposição do regime fechado para o início do cumprimento da reprimenda.

Lê-se na sentença condenatória:

“(…)

Considerando, não observar este juízo, nos antecedentes — salientando-se não constar registro seja na Folha de Antecedentes do Acusado, seja na prova oral produzida em seu desfavor — nos motivos — na medida em que se observa uma ausência de motivação específica — e nas conseqüências do crime — face à ausência de reflexos sociais — razões para aumentar a pena acima do mínimo legal, mas, observar na culpabilidade — que corresponde ao grau de contrariedade ao direito, excessivamente atingida quando se verifica que já era o Réu à época dos fatos membro da Corporação do Corpo de Bombeiros do Estado do Rio de Janeiro, ou seja, pessoa a que aguarda a Sociedade que lhe paga o salário o dever de preservar a vida, fator de elevada reprovabilidade, e, por fim, na personalidade atroz violenta, ao procurar atingir a vítima reiteradas vezes, pelas costas, destacando-se, outrossim, que não demonstrou este qualquer preocupação com a presença da companheira da vítima e de terceiras pessoas no local, fixo-lhe a pena-base, acima do mínimo legal, em 09 (nove) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

Ausentes, eventuais, circunstâncias agravantes. Presente a circunstância atenuante genérica — conforme o permitido no art. 66 do Código Penal —, razão pela qual *reduzo a pena em 06 (seis) meses*.

8. **Ex positis**, considerando o veredicto do Júri, que acolheu, a pretensão acusatória, reconhecendo ter o réu Roberto de Lira Tinoco praticado um crime de homicídio de que foi vítima Carlos Henrique Souza da Silva *condeno o Acusado à pena de 09 (nove) anos de reclusão*, como incurso nas penas do artigo 121, **caput**, do Código Penal.

9. Declaro, ainda, como efeito da condenação a perda do cargo a que se encontra investido junto ao Corpo de Bombeiros do Estado do Rio de Janeiro, considerando ter sido fixada pena privativa de liberdade superior a 04 anos, **ex vi** o art. 92, inciso II, alínea **b** do Código Penal.

Impõe-se salientar que se justifica a perda do cargo perante a Corporação, considerando a natureza da conduta empreendida que se incompatibiliza com a função essencial de quem tem como precípua responsabilidade resguardar a vida humana.

Não há como crer o Estado que continue o Acusado zelando pela raça humana, quando tem em seu registro de vida contribuído para a sua extinção.

10. A pena deverá ser cumprida, inicialmente, em regime fechado, **ex vi** o disposto no art. 33, § 2º, alínea **a** do Código Penal, salientando-se que não incide na hipótese o disposto no art. 2º, § 1º da Lei n. 8.072/1990, eis que se trata de homicídio simples.

(...)” (fls. 18/19)

E na fundamentação do acórdão impugnado:

“(…)”

Por qualquer ângulo que seja examinado, não merece provimento o presente apelo.

Não vejo a menor procedência na alegação da Defesa de que houve ofensa ao princípio de um julgamento justo.

Ao fazer tal sustentação, escora-se a Defesa no fato de a Juíza que presidiu a Sessão do Júri ter adiado o julgamento do dia 10.11.1999 para o dia 12.11.1999, tendo em vista que o representante do Ministério Público somente devolveu os autos a Cartório às 13h da primeira data, o que a impediu de conhecer a ação penal cujo julgamento ia presidir.

O procedimento da Magistrada, que se encontrava em auxílio no 2º Tribunal do Júri, não está a merecer a menor crítica que seja, mas, tão-somente, elogio. Poderia ela presidir a Sessão do Júri se não conhecia o processo em Julgamento? De modo algum!!!

Ao transferir a data do julgamento para 48 horas depois, a Magistrada reservou para si tempo mais do que suficiente para o pleno conhecimento dos presentes autos, até porque o delito em apuração não é de grande complexidade e porque não tinha ela que dividir tal tempo com quem quer que seja, vale dizer, nem com a acusação, nem com a defesa.

E mais: o conhecimento que a Magistrada precisava ter dos autos era apenas aquele necessário para atender a eventuais pedidos de esclarecimentos formulados por Jurados. Não lhe era necessário esmiuçar o mérito da ação penal, cuja apreciação caberia ao Conselho de Sentença, com as informações e as teses que as partes apresentariam em Plenário.

Assim, rejeito a alegação da Defesa de que houve ofensa ao princípio de um julgamento justo.

No que toca à sustentação de que a decisão dos Senhores Jurados é manifestamente contrária às provas dos autos, melhor sorte não tem o recorrente.

Quando interrogado (fls. 131/132), o apelante Roberto de Lira declarou não ser verdadeira a acusação, alegando que, no dia dos fatos (Sexta-feira Santa), saiu do seu serviço no Corpo de Bombeiros e, por volta das 9h ou 9h30min, estava chegando em sua residência quando encontrou o co-réu Álvaro, sendo que este lhe falou rapidamente que havia se aborrecido com a vítima. Sustentou que o co-réu disse-lhe que a vítima o ofendera, não lhe dizendo que a mesma ameaçou roubar o seu carro. Asseverou que o co-réu não lhe pediu para tomar qualquer providência em relação à vítima. Relatou que, diante da situação, ambos saíram no carro do co-réu, tendo o apelante ficado na Rua Lobo Júnior. Afirmou que, enquanto conversava com o co-réu, viu a vítima passar de bicicleta pelo local, não havendo troca de palavras. Revelou que não ouviu nenhum disparo de arma de fogo no local, que não estava armado e que não possui arma. Alegou que conhecia a vítima apenas de vista, a qual, segundo comentários da localidade, era envolvida com traficantes. Declarou não conhecer a esposa da vítima, nem mesmo de vista.

Interrogado em Plenário (fls. 439/442), o recorrente Roberto de Lira apresentou a mesma versão de seu interrogatório, passando a desmentir afirmações que o co-réu Álvaro fez no curso da ação penal. Voltou a afirmar que não presenciou e que não ouviu os tiros, embora estivesse nas proximidades onde os fatos se passaram, em razão de seus familiares lá residirem. Declarou que, ao chegar na localidade, o co-réu Álvaro disse-lhe que tinha recebido ameaças, o que, logo a seguir, emendou, dizendo que o co-réu apenas disse-lhe que tinha havido discussão e ofensas com a vítima, sem dar detalhes e sem informar a razão da discussão. Embora não sendo segurança de Álvaro, embora não tendo veículo, nem arma e embora a vítima não tenha proferido qualquer ameaça, esclareceu o recorrente que apenas acompanhou o co-réu Álvaro até a Rua Lobo Júnior, vez que temia que alguma coisa acontecesse com Álvaro, eis que a vítima e a amante da mesma pertenciam ao tráfico, não tendo ele, apelante, ciência de que a vítima tivesse sido presa por tráfico, nem

que a amante dele trabalhava em uma farmácia. Sustentou que não comunicou à polícia que a vítima pertencia ao tráfico a fim de preservar seus pais. Alegou que, após deixar o co-réu Álvaro na Rua Lobo Júnior, retornou para a casa de seus pais, sem tomar ciência dos fatos, de onde saiu por volta das 13h, acompanhado de sua esposa e de seus filhos. Após asseverar não ter visto a vítima no dia dos fatos, sustentou que realmente a viu, quando ela passou, isso quando ele estava no interior do veículo de Álvaro. Afiançou que nunca teve celular e que nunca usou celular de terceiro, não conhecendo o n. 9962-8463. Alegou o recorrente acreditar que a vítima não gostasse dele por ser ele pessoa conhecida na localidade por atender aos moradores. Afirmou não saber onde Carlos Henrique foi morto e quem o matou.

No entanto, a prova constante dos autos é totalmente desfavorável à tese de negativa de autoria do apelante. A versão deste ficou isolada nos autos, ao desamparo de mínima prova que seja.

Glícia Marilac Donato Teixeira (fls. 160/163), companheira da vítima e responsável pela apuração da autoria do crime, relatou os acontecimentos de forma extremamente detalhada, esclarecendo que, no dia dos fatos, saiu com a vítima Carlos Henrique para comprar sardinhas, sendo que, no retorno, tinham naturalmente que passar em frente à casa de Seu Zé, que conversava com o co-réu Álvaro, que passou a encarar com insistência a vítima. Relatou que, ante isto, Carlos Henrique perguntou ao co-réu Álvaro qual o motivo de estar sendo olhado daquela maneira, ao que o co-réu respondeu: 'não te interessa; eu vou te pegar', tendo ela feito com que seu companheiro saísse dali, procurando tranquilizá-lo. Esclareceu Glícia que a vítima tinha sérios problemas com o vizinho Seu Zé e sua família, que insistiam na colocação do lixo na porta da casa de Carlos Henrique. Declarou que a vítima Carlos Henrique, que trajava apenas bermuda e chinelo, não estava preocupado com o incidente, tanto que pegou sua bicicleta para ir até a casa de Jorge pedir que este aplicasse uma injeção no cachorro deles, que havia sido envenenado. Relatou que, alguns instantes após a saída da vítima, ouviu disparos de arma de fogo e, apavorada, saiu correndo de casa para ver o que estava ocorrendo, quando deparou com a seguinte cena: o apelante Roberto atirando em direção a Carlos Henrique, que corria à frente, já a pé, sem bicicleta, até entrar em um bar da esquina, sendo que, quando a vítima já estava caída dentro do bar, o recorrente Roberto foi até lá e deu os últimos tiros, dizendo ao sair, ainda de arma em punho e olhando para ela: 'ele tinha que morrer mesmo'. Asseverou que o co-réu Álvaro, que estava encostado em um Monza, também atirou contra Carlos Henrique, sendo que o apelante e o co-réu, após os disparos,

foram embora no tal veículo. Afirmou Glícia que soube, por intermédio de vizinhos que presenciaram os fatos, que Carlos Henrique foi abordado pelo apelante Roberto que, exibindo uma arma, advertiu-o para que deixasse Seu Zé em paz, sendo que o recorrente passou a efetuar disparos pelas costas da vítima quando esta montou em sua bicicleta para afastar-se.

Na fase policial, Glícia Marilac (fls. 09/10), quando ainda era desconhecida a autoria do homicídio, declarou que recebeu de populares um aparelho telefônico celular, da marca Motorola, que o elemento que atirou em Carlos Henrique deixou cair no local dos fatos. Esclareceu que tal aparelho foi entregue aos policiais militares que lá compareceram.

José Ferreira do Nascimento, conhecido por Seu Zé, ouvido às fls. 164/165, confirmou que tinha desavenças com a vítima Carlos Henrique por problemas relacionados com a colocação do lixo na rua. Afirmou que conhece o apelante e o co-réu Álvaro, sendo que este é padrinho de um neto seu e, vez por outra, aparece na comunidade para 'abençoar' o afilhado. Asseverou que o apelante e o co-réu não estiveram em seu bar no dia dos fatos. Declarou que, em tal dia, a vítima passou defronte ao seu bar, sem que ele e ela trocassem palavras. Asseverou que, mais tarde, ouviu disparos de arma de fogo nas proximidades de seu estabelecimento, tendo ido até o local, onde encontrou a vítima caída, não sabendo quem a matou, tendo apenas ouvido comentários a respeito. Sustentou que 'de jeito nenhum' lembra-se de quem os comentários apontavam como autor do crime. Afirmou que, após os disparos e quando ainda Carlos Henrique estava caído no solo, viu passar pelo local um Monza, da cor cinza, que era dirigido pelo co-réu Álvaro, que tinha ao seu lado o apelante Roberto de Lira.

Na fase extrajudicial (fls. 16/16v), José Ferreira afirmou que o co-réu Álvaro, que é compadre de seu filho Fábio, estava na porta de seu estabelecimento com o seu afilhado no colo, no interior do seu veículo Monza, não tendo o mesmo ameaçado a vítima Carlos Henrique. Declarou que, após os disparos, viu a mulher da vítima correr em direção ao corpo de Carlos Henrique e viu o carro Monza se afastando do local, com o co-réu Álvaro e com o apelante Roberto em seu interior. Afirmou que não mandou o co-réu e o recorrente tomarem alguma atitude contra a vítima, sendo que, na hora dos disparos, viu Álvaro e Roberto entrando no Monza preto.

O policial Ronaldo de Fátima Gonçalves Santos (fls. 158/159) declarou que se encontrava nas proximidades do local dos fatos, em uma transportadora, em uma ocorrência de roubo, quando foram ouvidos os tiros desfechados

contra Carlos Henrique. Esclareceu que determinou que dois policiais comparecessem ao local, os quais socorreram a vítima, levando-a para o hospital. Relatou que foi lavrado TRO da ocorrência do homicídio.

Ouvido pela autoridade policial no dia dos fatos (fls. 11/11v), o miliciano Ronaldo de Fátima, além das declarações acima, relatou que Glícia, no local dos fatos, entregou-lhe um aparelho celular, da marca Motorola, relativo à linha (021) 9962-8463.

Leopoldo Carnaval Neto (fl. 167) declarou apenas conhecer o apelante Roberto, afirmando que intermediou a venda de um aparelho telefônico celular da esposa de um amigo, de nome Regina, para o citado recorrente, não se recordando do número da mesma, sendo que o negócio teria sido feito em 1997.

Fernando Teixeira Dantas (fl. 230), Andréa dos Santos de Lira Tinoco (fl. 231), Moisés dos Santos Barreto (fl. 232), Maria Luzinete Mourão (fl. 233), Francisco Tinoco (fl. 234), Maria José de Souza (fls. 235/236), Joeval Alcendino de Oliveira (fl. 237) e Wilton Luciano da Costa (fl. 238), arrolados pelas Defesas, nada de positivo trouxeram aos autos, eis que prestaram declarações apenas em relação ao caráter e conceito do apelante Roberto e do co-réu Álvaro.

De positivo, apenas Andréa dos Santos Tinoco, esposa do recorrente Roberto, informou que este saiu da residência do casal por volta das 9h ou 9h30min, somente retornando por volta das 11h. Tal informação de Andréa serviu para desmentir a versão do apelante, dada por ocasião de seu primeiro interrogatório, de que em tal horário estava chegando do Corpo de Bombeiros.

Maria Luzinete Mourão, tia do apelante Roberto, voltou a ser ouvida em Plenário do Júri (fls. 443/444), sendo que, por não ter presenciado o desenrolar dos fatos, novamente nada de positivo trouxe ao conhecimento dos Senhores Jurados.

Por oportuno, é de se consignar que o co-réu Álvaro Carvalho, quando interrogado (fls. 129/130), disse que resolveu procurar ajuda de um policial quando a vítima Carlos Henrique, ao passar por ele, disse que ele iria perder o carro. Afirmou que encontrou o apelante Roberto, que disse que iria conversar com a vítima. Asseverou que, enquanto o recorrente conversava com a vítima, ele, Álvaro, permaneceu em seu automóvel, até que ouviu vários disparos de arma de fogo, tendo o apelante voltado em sua direção e pedido carona. Por ato falho, relatou que, por ter ficado nervoso, não reparou se a vítima tombou no local.

Enquanto isso, o recorrente Roberto de Lira não produziu qualquer prova que seja para dar um mínimo de credibilidade à sua versão, que acabou por permanecer solitária nos autos.

Diante desse quadro probatório, não há a menor dúvida de que o apelante Roberto de Lira participou, de forma ativa e eficaz, dos atos delituosos que culminaram na morte da vítima Carlos Henrique.

Até mesmo em relação à negativa da propriedade do aparelho celular que foi perdido no local do crime, a versão do recorrente Roberto não encontra abrigo nas provas dos autos. Está comprovado que Leopoldo Carnaval (fl. 167) foi o intermediário da transação que, em 1997, levou o apelante Roberto a adquirir de Regina o referido bem, que foi perdido no palco do delito em apuração.

Assim, ao colher a tese sustentada em Plenário pelo Ministério Público, os Senhores Jurados optaram por aquela que mais se ajusta às provas constantes dos autos. Aliás, a tese de negativa de autoria, esposada pela Defesa, não encontra o menor eco em tais provas. Nem mesmo a tese subsidiária de homicídio privilegiado encontra abrigo no conjunto probatório levado ao conhecimento dos Senhores Jurados.

Diante disso, não há como se reconhecer que a decisão tomada pelo Conselho de Sentença seja contrária e, muito menos, manifestamente contrária à prova dos autos, como quer a Defesa.

No que toca à pena aplicada, entendo que a mesma deva sofrer ligeira redução, eis que a fundamentação constante da sentença não está a autorizar a reprimenda no patamar em que foi fixado. Entendo que a pena de 8 (oito) anos de reclusão é a que melhor se amolda ao caso dos autos.

Por fim, é de se consignar que a participação de José Ferreira do Nascimento, conhecido como 'Seu Zé', na morte da vítima não foi, devida e convenientemente investigada. Existem fortes indícios de que ele tem muito a ver com o homicídio de Carlos Henrique, seu desafeto declarado. Registre-se que o co-réu Álvaro é padrinho de um neto de Seu Zé.

Pelo exposto, dou parcial provimento ao apelo defensivo, para, tão-somente, ser feita a redução da pena final a 8 (oito) anos de reclusão, mantendo, em todos os seus demais termos, a decisão recorrida, na forma do voto do Relator, que integra o presente." (Fls. 40/45)

A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que a falta de formulação de quesito, a respeito da atenuante específica, não acarreta nulidade, se a vontade dos jurados foi atendida na graduação da resposta penal

(*Recurso Especial* n. 218.855/SP *in* DJ de 13.12.1999, Quinta Turma, Relator Ministro Félix Fischer), ajustando-se este entendimento à espécie, eis que, na segunda etapa da fixação da pena, atendendo o Juiz ao reconhecimento, pelos jurados, da existência de circunstância atenuante, reduziu a pena-base em 6 meses.

De qualquer modo, é certo que o paciente, por seu defensor, ao tempo da leitura dos quesitos, na sessão de julgamento em que foi condenado pelo Tribunal do Júri, não fez qualquer requerimento ou reclamação, como lhe propiciava o artigo 479 do Código de Processo Penal, tanto quanto o é também que, na presente impetração, não indicou o quesito de atenuante específica que, a seu ver, deveria ter sido formulado, nem demonstrou, como lhe cabia, o prejuízo que sofreu, insulando-se na dimensão da motivação meramente formal, estranha à disciplina das nulidades relativas, presidida pelo princípio *pas de nullité sans grief*.

Não fosse o bastante, igualmente é seguro que a interpretação dos incisos III e IV do artigo 484 do Código de Processo Penal conduz à afirmação de que a quesitação da atenuante específica só tem cabida em se caracterizando, no caso, as que ou qualquer das que integram o seu elenco legal, sem o que deve o juiz apenas, sem mais, na individualização da resposta penal, reduzir a pena-base, em obediência à vontade manifestada pelos jurados nessa direção.

A culpabilidade do paciente, de seu lado, enquanto circunstância judicial e limite da pena, foi uma das circunstâncias que determinaram o estabelecimento da pena-base acima do mínimo legal, não havendo qualquer óbice a que o juiz, ao graduá-la, considere a função pública do agente, integrante do Corpo de Bombeiros do Estado do Rio de Janeiro, ou seja, “pessoa a que aguarda a Sociedade que lhe paga o salário o dever de preservar a vida (...)” (Fl. 18)

E que a personalidade do agente deve informar a individualização da pena, di-lo expressamente o artigo 59 do Código Penal, sendo pertinente, ao seu exame, como traço que a revela violenta, a forma como o crime foi perpetrado. Por igual, sua insensibilidade, em nada inibido “com a presença da companheira da vítima” no momento em que procurou atingi-la reiteradas vezes. E também o seu destemor à lei penal, levando o grave delito a cabo diante de “terceiras pessoas no local”.

Averbe-se, no mais, ainda referentemente à fixação da pena-base, que não está o juiz obrigado ao registro expresso de cada qual das circunstâncias judiciais, senão àquelas que tenham efetiva função na concreta individualização da pena, como, aliás, na espécie se fez, entre outros, com relação aos misteres de bombeiro do paciente e o modo e circunstâncias como e em que a vítima foi alcançada pela conduta homicida.

Tampouco, o registro expresso de circunstâncias judiciais atuantes, na fixação gravosa da pena-base, exclui a função implícita daquelas que tendem ao seu estabelecimento no limite mínimo abstrato da lei.

Já no que diz respeito ao terceiro e último fundamento, conquanto fosse legal, ao tempo da sentença, a dispensa de fundamentação na imposição do regime fechado, pois que a pena fora fixada acima de 9 anos, o Tribunal de Justiça ao prover, como proveu, o apelo da defesa, para fixar a pena em 8 anos, não poderia deixar de manifestar-se sobre o regime inicial de cumprimento da pena, escapando, como escapou, a espécie à incidência da alínea **a** do parágrafo 2º do artigo 33 do Código Penal.

Pelo exposto, concedo a ordem em parte, para que o egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro decida quanto ao regime inicial do cumprimento da pena, matéria omitida no acórdão.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 21.234 — SP (2002/0029170-2)

Relator: Ministro Paulo Medina

Impetrante: Olavo Domingos Nogueira — Defensor Público

Impetrado: Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo

Paciente: Wagner Soares Souza

EMENTA

Criminal. Apropriação indébita. Substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direito na forma de prestação pecuniária. Possibilidade. Hipossuficiência econômica do réu. Alegação inconsistente.

De acordo com o que reza o art. 44, § 2º, do Código Penal, é viável a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direito na forma de prestação pecuniária, desde que preenchidos seus requisitos legais e, outrossim, que seja respeitada a proporcionalidade da reparação com o prejuízo sofrido pela vítima.

É inconsistente a alegação da defesa que se sustenta na hipossuficiência econômica do paciente, haja vista o mesmo, de uma forma ou de outra, ter se beneficiado com o produto do crime, devendo reparar o dano material causado à parte lesada.

Denegação da ordem.

ACÓRDÃO

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

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

Ministro Paulo Medina, Relator

Publicado no DJ de 04.08.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Medina: Trata-se de **habeas corpus** impetrado por Olavo Domingos Ferreira (Defensor Público), em favor de Wagner Soares Souza, no qual informa que no julgamento de recurso exclusivo da defesa, a situação do réu foi agravada, pois converteu-se pena restritiva de direitos — limitação de fim de semana —, por uma de prestação pecuniária no valor de 360 salários mínimos, sem haver pedido expresso nesse sentido.

Em primeira instância, o paciente foi condenado às penas do art. 168, § 1º, inc. III, c.c. o art. 71, ambos do Código Penal, à prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana pelo prazo de dois anos e ao pagamento de multa equivalente a 16 dias-multa, à razão de 1/30 do salário-mínimo vigente à época dos fatos (fl. 55).

No Tribunal **a quo**, a parte dispositiva do voto condutor (fls. 33/37) restou assim redigida:

“Pelo exposto, por meu voto, dou provimento parcial ao apelo de Wagner Soares Sousa para o fim de substituir a limitação de fim de semana por prestação pecuniária à vítima no valor de 360 salários mínimos e de reduzir o prazo da prestação de serviços à comunidade para 1 ano, 6 meses e 20 dias, mantida no mais a condenação.”

Entende o impetrante que tal reforma veio a piorar a situação do réu, eis ser este hipossuficiente, razão por que está sendo patrocinado por defensor público.

Parecer ministerial opinando pela denegação da ordem (fls. 81/84).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Medina (Relator): Não merece acolhida a tese exposta pelo impetrante, pois a situação do paciente, como se verá, não foi agravada. Demonstro.

Sustentou o réu em seu recurso (fl. 25): “(...) Ainda por cuidar-se de apte. primário, sem antecedentes e sobretudo confesso, tem-se que merece cumprir uma pena restritiva de direitos e uma de multa (também na modalidade restritiva)”.

O Tribunal de origem, ao substituir uma pena restritiva de direito, qual seja — a limitação de fim de semana —, por prestação pecuniária à vítima no valor de 360 salários mínimos, nada mais fez que aplicar ao caso em comento o parágrafo segundo, parte final, do art. 44, do estatuto repressivo.

Como bem ressaltado pelo impetrante, as penas de multa e as restritivas de direito consistente em prestação pecuniária têm naturezas diversas. Enquanto a *primeira* visa ao pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa, a *segunda* objetiva o pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social. Esta tem natureza de pena restritiva de direito, como requereu o apelante.

E mais. Acolá ficou assentado que o montante fixado foi bem inferior ao prejuízo sofrido pela vítima, isto é, proporcional ao fato, não podendo o paciente alegar hipossuficiência econômica, haja vista ter se beneficiado com a quantia apropriada indevidamente, materialidade do crime em questão.

Esta colenda Corte já produziu julgados no sentido aqui esposado, no que passo a citar alguns a título de ilustração:

“HC. Apropriação indébita. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Pagamento de prestação pecuniária. Critério para fixação do **quantum** devido: Prejuízo causado à vítima. Proporcionalidade. Possibilidade, no juízo competente, de parcelamento do débito.

O Juiz, ao fixar o **quantum** para o pagamento da pena restritiva de direitos consistente em prestação pecuniária (art. 45, § 1º, do CP), deve-se pautar pelo prejuízo causado à vítima, conseqüência do ato ilícito cometido, em razão de seu caráter eminentemente reparatório ou indenizatório.

Possibilidade de o paciente pleitear em juízo competente (execução) o parcelamento da quantia fixada a título de prestação pecuniária à vítima.

Ordem denegada.” (HC n. 17.583/MS, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ em 04.02.2002)

“Criminal. HC. Pena de multa e de prestação pecuniária. Naturezas jurídicas diversas. Reconversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade. Possibilidade. Ordem denegada.

— A pena de multa e a prestação pecuniária — espécie de pena restritiva de direitos — possuem naturezas jurídicas diversas.

— O art. 44, § 4º, do Código Penal autoriza a reconversão da pena de prestação pecuniária, não cumprida, em privativa de liberdade.

— *Ordem denegada.*” (HC n. 24.442/DF, Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ de 17.03.2003)

Além disso, tem o paciente a faculdade de pleitear o parcelamento da dívida junto ao juízo de execução, como forma de abrandar a sua satisfação junto à vítima credora, de acordo com o decidido pelo eminente Ministro José Arnaldo da Fonseca na ementa acostada alhures.

Destarte, diante da não-verificação da contrariedade ao princípio da **ne reformatio in pejus**, pelo contrário, pois o paciente não terá sua liberdade restringida nos finais de semana, imperativa é a denegação da ordem.

Posto isso, denego a ordem pleiteada.

HABEAS CORPUS N. 21.635 — SP (2002/0044299-5)

Relator: Ministro Paulo Medina

Impetrante: Gustavo Octaviano Diniz Junqueira — Defensor Público

Impetrado: Segunda Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo

Paciente: Ednaldo da Silva

EMENTA

Penal e Processo Penal. Apelação. Liberdade provisória. Réu foragido. Impossibilidade.

A despeito do princípio da presunção de inocência, não tem direito de recorrer em liberdade o acusado que permaneceu ou deveria ter permanecido preso durante toda a instrução criminal, visto ser um dos efeitos da sentença condenatória o recolhimento do réu à prisão.

Ordem denegada.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 17 de junho de 2003 (data do julgamento).

Ministro Paulo Medina, Relator

Publicado no DJ de 04.08.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Medina: Trata-se de **habeas corpus** em favor de Ednaldo da Silva, que restou condenado a cumprir pena corporal de 6 (seis) anos de reclusão, com o pagamento de 16 dias-multa, por infração ao artigo 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal.

O impetrante aponta como coator a Segunda Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, porque negou provimento a recurso em sentido estrito, interposto com o escopo de reformar acórdão que deixou de receber recurso de apelação sem o cumprimento do que dispõe o artigo 594 do Código de Processo Penal (fls. 86/91 e 98/101).

Alega o impetrante que o aresto impôs ao paciente constrangimento ilegal, porquanto não fundamenta os motivos pelos quais há de recolher-se à prisão para poder apelar.

Afirma que “a mera e monocórdia afirmação de que o acusado é reincidente não atende à exigência constitucional da obrigatoriedade de fundamentação do decreto de prisão: é necessário que a autoridade judicante que ordena a prisão fixe as razões desta ordem, encontrando suporte em fatos concretos”.

Argúi que “o recolhimento à prisão para possibilitar o recurso deve ser admitido quando presentes os motivos autorizadores da prisão provisória cautelar, constantes do artigo 312 do CPP, pois somente através desses requisitos é que resta demonstrada a necessidade e a conveniência da custódia preventiva e não através da reincidência ou maus antecedentes” (fl. 04).

Acresce que o rigor da Súmula n. 9 do STJ tem sido abrandado diante da presunção constitucional de inocência e assevera que “lançada a sentença condenatória, deve-se de imediato admitir que o **fumus boni juris** está presente”, mas “nada dispensa a juíza de esclarecer em que consiste o **periculum in mora**” (fl. 06).

Deduz que, a teor do que dispõe o artigo 5º, inciso LXVI, da Constituição Federal, a regra da liberdade provisória não pode ceder à verificação da reincidência, porque não constitui requisito da prisão decorrente de sentença penal recorrível (fl. 07).

Inferre que “muitos acusados, condenados a regime semi-aberto ou aberto, ou, ainda com direito a **sursis**, deixam de apelar, preferindo intentar posteriormente a revisão criminal ... o que não ocorre com a apelação” e, assim, “mesmo que decretada a custódia, seja em que momento for, ainda que com fundamento nos motivos ensejadores da prisão preventiva e estando o acusado foragido ou vier a fugir, jamais a apelação poderá deixar de ser conhecida ou ser julgada deserta” (fl. 11).

Requer a concessão da ordem para que possa o paciente apelar em liberdade.

As informações solicitadas foram prestadas (fls. 46/111).

A Subprocuradoria Geral da República opina pela denegação da ordem, sob o entendimento de que “não tem o direito de apelar em liberdade quem é reincidente, haja vista o disposto no art. 594, do CPP” (fl. 114).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Medina (Relator): Sr. Presidente, persegue o paciente o direito de apelar em liberdade, que lhe foi negado por ser reincidente.

O comando, contra o qual insurge, foi proferido nos seguintes termos (fls. 20/21 e 59/60):

“Há prova da reincidência do réu (fl. 43), razão pela qual, fixo sua pena-base acima do mínimo legal em 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 12 (doze) dias-multa, estabelecidos estes em 1/30 (um trigésimo) do maior salário mínimo vigente no País na época do fato, devidamente corrigidos, na forma da lei, até o efetivo pagamento. Presente a causa de aumento do emprego de arma a pena é majorada de 1/3 (um terço), resultando em 6 (seis) anos de reclusão e 16 (dezesesseis) dias-multa no valor já estabelecido. Torno essa pena definitiva na ausência de modificadoras.

Por ser reincidente, não faz jus a qualquer benefício e iniciará o cumprimento da pena em regime fechado e não poderá recorrer da sentença em liberdade.”

Desta decisão decorre a recusa em receber o recurso de apelação sem que, para tanto e previamente, fosse o paciente recolhido à prisão (fls. 23 e 63).

Foi interposto recurso em sentido estrito, ao qual a Corte Regional negou provimento, nos seguintes termos (fls. 38 e 89):

“Ora, o fato de o réu ser reincidente é indicativo de que tentará escapar à ação da Justiça, o que no caso se confirma, com a evasão do acusado do presídio em que se encontrava, conforme noticiado à fl. 57.

Portanto, a exigência da prisão do acusado para recorrer está devidamente fundamentada na r. sentença de primeiro grau.” (Grifei)

Opostos embargos declaratórios, foram rejeitados, sob o entendimento de que “a exigência do recolhimento do réu condenado à prisão, autorizado pelo art. 594 do CPP, não ofende a garantia constitucional da ampla defesa” (fl. 100).

A jurisprudência pacífica e reiterada desta Corte proclama que a despeito do princípio da presunção de inocência, não tem direito de recorrer em liberdade o acusado que permaneceu ou deveria ter permanecido preso durante toda a instrução criminal, visto ser um dos efeitos da sentença condenatória o recolhimento do réu à prisão.

Destaco, a propósito, os seguintes precedentes:

“**Habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário. Direito de apelar em liberdade. Falta de fundamentação. Réu que respondeu solto ao processo criminal. Reincidência reconhecida pela sentença. Ordem denegada.

O benefício de que trata o art. 594, do CPP, não alcança o paciente reincidente, assim proclamado no decreto condenatório, devendo recolher-se à prisão para recorrer, ainda que tenha aguardado o julgamento da ação penal em liberdade. Precedentes.

Ordem denegada.”

(HC n. 17.088/SP Relator o Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 1^a.04.2002, p. 189)

“REsp. Criminal. Recurso em liberdade. Art. 594 do CPP. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).

1. O STF se posiciona no sentido de que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) “não assegura, de modo irrestrito, o direito de recorrer em liberdade, ressalvando o disposto na Constituição e nas leis dos Estados-Partes...” (HC n. 73.151/RJ).

2. Neste contexto, com integral subsistência do comando do art. 594 do

Código de Processo Penal, não se reconhece o direito ao recurso em liberdade ao acusado reincidente e que durante a instrução esteve foragido.

3. Apelação não recebida corretamente.

4. Recurso especial conhecido em parte, mas improvido.”

(REsp n. 264.263/SP, Relator o Min. Vicente Leal, DJ de 13.05.2002, p. 236)

Os autos registram que o réu é reincidente e está foragido, de sorte que, a par da exigência legal contida no artigo 594 do CPP, estão presentes também os requisitos do artigo 312 do mesmo *codex*, razão por que inexistente qualquer constrangimento ilegal na decisão aqui impugnada.

Posto isso, denego a ordem.

HABEAS CORPUS N. 22.899 — SC (2002/0069882-0)

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido

Impetrante: Edson Aparecido Stadler

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

Pacientes: Almir Fernando Lopes (Preso) e Fernando Sebastião Lopes (Preso)

EMENTA

Habeas corpus. Homicídio duplamente qualificado. Exame pericial extemporâneo. Ausência de intimação da defesa. Prova inquisitorial. Não sujeita ao contraditório. Eventuais vícios que não repercutem no processo judicial. Custódia cautelar. Reiteração de pedido.

1. À luz do sistema de direito positivo vigente, nas infrações penais intranseuntes, a constatação pericial de sua existência é condição de validade do processo da ação penal, admitindo a lei processual o exame de corpo de delito direto e indireto e mesmo, em havendo desaparecido os vestígios do crime, o suprimento da perícia pela prova testemunhal (Código de Processo Penal, artigo 564, inciso III, alínea **b**).

2. Não há falar em nulidade da pronúncia quando a materialidade do delito, de natureza intranseunte, restou suficientemente comprovada por exame pericial.

3. É norma do Código de Processo Penal não só que o Defensor, ao oferecer a contrariedade ao libelo, poderá apresentar rol de testemunhas, juntar documentos e requerer diligências, incluídamente de natureza pericial, mas também que o próprio juiz poderá ordenar, de ofício, tais provas e providências, o que afasta, de modo peremptório, toda a alegação de prejuízo ao réu fundada na ausência de realização de exame pericial.

4. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 08 de outubro de 2002 (data do julgamento).

Ministro Hamilton Carvalhido, Presidente e Relator

Publicado no DJ de 23.06.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: **Habeas corpus** contra a Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina que denegou *writ* impetrado em favor de Almir Fernando Lopes e Fernando Sebastião Lopes, pronunciados pela prática do delito tipificado no artigo 121, parágrafo 2º, incisos I e IV do Código Penal, em decisão assim ementada:

“**Habeas corpus**. Alegada nulidade do processo em decorrência afronta à garantia constitucional do contraditório. Prova pericial requerida pela autoridade policial e deferida no curso da instrução do processo. Ausência de intimação das partes para a formulação de quesitos. Vício inexistente. Prova que visa à complementação do inquérito.

Não obstante deferida no curso da ação penal, a perícia requerida pela autoridade policial que presidiu o inquérito não se sujeita ao contraditório, pois ainda se constituiu em ato inquisitório, realizado com a finalidade de complementar as investigações iniciadas com a **notitia criminis**.” (Fl. 60)

Alega o impetrante nulidade absoluta do processo, à falta de exame de corpo de delito, em face da ausência do exame de balística que deveria ter sido realizado no fragmento do projétil e que só ocorreu após a sentença de pronúncia, “(...) ou seja, somente quase 5 meses após os fatos é que foi tomada alguma providência quanto ao material apreendido, que deveria ter sido periciado quando da sua apreensão, para que se pudesse determinar a natureza da arma que causou o ferimento mortal da vítima.” (Fl. 10)

Sustenta, mais, que “(...) mesmo quando juntado aos autos o referido Laudo Pericial, não houve a intimação da defesa deste ato, assim como quando do oferecimento dos quesitos, causando claro prejuízo aos pacientes na medida em que limitou o Contraditório e a Ampla Defesa.” (Fl. 12)

E ainda, que “(...) os esclarecimentos trazidos pelo Laudo Pericial, mesmo que retardatários, revelam a trama odiosa em que estes foram envolvidos”, certo que o réu confesso afirma ter sido utilizado um revólver marca Taurus, calibre 38, enquanto que a perícia afastou esta possibilidade, isso diante da inexistência de raias no projétil periciado, típicas daquela arma.

Pugna pela concessão da ordem para que seja anulado o feito desde a pronúncia, com a conseqüente expedição de alvará de soltura.

Liminar indeferida às fls. 162/163 dos autos.

Informações prestadas pela autoridade indigitada coatora (fls. 186/188).

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

“**Habeas corpus.** Substitutivo de recurso ordinário. Prova pericial complementar. Ausência de intimação das partes para ofertarem quesitos. Fase inquisitorial. Afronta ao princípio do contraditório e nulidade processual indemonstradas. Prisão cautelar que deve ser mantida.

— Porquanto cuida-se da fase inquisitorial do processo, não configura nulidade processual, nos termos do art. 564, III, **b**, do CPP, nem ofende ao princípio constitucional do contraditório, a ausência de intimação das partes para ofertarem quesitos a exame pericial, consubstanciado em análise balística, levado a efeito pela autoridade policial na instrução do inquérito, em complementação ao exame cadavérico.

— Subsistindo os motivos da preventiva, conforme salientado na sentença de pronúncia, deve a constrição cautelar dos pacientes ser mantida.

— Parecer pela denegação da ordem.” (Fl. 202)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): **Habeas corpus** contra a Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina que denegou *writ* impetrado em favor de Almir Fernando Lopes e Fernando Sebastião Lopes, pronunciados pela prática do delito tipificado no artigo 121, parágrafo 2º, incisos I e IV do Código Penal, em decisão assim ementada:

“**Habeas corpus**. Alegada nulidade do processo em decorrência afronta à garantia constitucional do contraditório. Prova pericial requerida pela autoridade policial e deferida no curso da instrução do processo. Ausência de intimação das partes para a formulação de quesitos. Vício inexistente. Prova que visa à complementação do inquérito.

Não obstante deferida no curso da ação penal, a perícia requerida pela autoridade policial que presidiu o inquérito não se sujeita ao contraditório, pois ainda se constituiu em ato inquisitório, realizado com a finalidade de complementar as investigações iniciadas com a **notitia criminis**.” (Fl. 60)

Alega o impetrante nulidade absoluta do processo, à falta de exame de corpo de delito, em face da ausência do exame de balística que deveria ter sido realizado no fragmento do projétil e que só ocorreu após a sentença de pronúncia, “(...) ou seja, somente quase 5 meses após os fatos é que foi tomada alguma providência quanto ao material apreendido, que deveria ter sido periciado quando da sua apreensão, para que se pudesse determinar a natureza da arma que causou o ferimento mortal da vítima.” (Fl. 10)

Sustenta, mais, que “(...) mesmo quando juntado aos autos o referido Laudo Pericial, não houve a intimação da defesa deste ato, assim como quando do oferecimento dos quesitos, causando claro prejuízo aos pacientes na medida em que limitou o Contraditório e a Ampla Defesa.” (Fl. 12)

E ainda, que “(...) os esclarecimentos trazidos pelo Laudo Pericial, mesmo que retardatários, revelam a trama odiosa em que estes foram envolvidos”, certo que o réu confesso afirma ter sido utilizado um revólver marca Taurus, calibre 38, enquanto que a perícia afastou esta possibilidade, isso diante da inexistência de raias no projétil periciado, típicas daquela arma.

Razão não assiste ao impetrante.

É indubitoso, à luz do sistema de direito positivo vigente, que, nas infrações penais intranseuntes, a constatação pericial de sua existência é condição de validade do processo da ação penal, admitindo a lei processual o exame de corpo de delito direto e indireto e mesmo, em havendo desaparecido os vestígios do crime, o

suprimento da perícia pela prova testemunhal (Código de Processo Penal, artigo 564, inciso III, alínea **b**).

In casu, nos próprios da materialidade do delito, editou-se a pronúncia, por demonstrada “(...) a existência material do crime de homicídio (...) pelas fotografias de fls. 12/13 e Auto Cadavérico de fl. 14 que atesta ferimento aberto em região frontal e infranasal. Fratura nasal. Presença de orifício de aproximadamente 2 cm. de bordos irregulares e invertidos localizados na região tempro-parietal direita com exposição de massa encefálica (...) A **causa mortis** foi traumatismo crânio-encefálico” (fl. 140), não havendo falar em nulidade do processo, a partir da pronúncia, por falta de exame de corpo de delito.

Qualquer vício há também na realização da perícia balística da arma de fogo apreendida e do projétil extraído da cabeça da vítima, como se anota no acórdão impugnado, eis que:

“(...) a perícia realizada nos fragmentos de chumbo extraídos da cabeça da vítima foi requerida pela autoridade policial (fls. 58 e 59), como ato complementar do inquérito que presidiu. Não se trata de prova judicial postulada por qualquer das partes ou determinada de ofício pelo julgador. Cuida-se, diversamente, de perícia que visa concluir as investigações iniciadas com a **notitia criminis**, constituindo-se em ato inquisitorial, em que pese ao fato de sua realização haver sido deferida após a deflagração da ação penal, no curso da respectiva instrução.

Em face disso, considerando-se que o inquérito policial não se submete ao contraditório, era desnecessária a intimação das partes para a apresentação de quesitos quando deferido o pedido de exame de balística formulado pelo Dr. Delegado de Polícia (fl. 60 verso).

Nesse rumo, assentou a jurisprudência:

‘A investigação policial, em razão de sua própria natureza, não se efetiva sob o crivo do contraditório, eis que é somente em juízo que se torna plenamente exigível o dever estatal de observância do postulado da bilateralidade dos atos processuais e da instrução criminal. A inaplicabilidade da garantia do contraditório ao inquérito policial tem sido reconhecida pela jurisprudência do STF. A prerrogativa inafastável da ampla defesa traduz elemento essencial e exclusivo da persecução penal em juízo. Precedente: RE n. 136.239-1, Rel. Min. Celso de Mello’ (STF — HC — Rel. Celso de Mello — j. 22.09.1992 — RTJ 147/219 — RT 689/439).’ (**Franco, Alberto Silva; Mañas, Carlos Vico; Cintra Júnior, Dyrceu Aguiar Dias; Choukr, Fauzi Hassan; Silva**

Júnior, José; Betanho, Luiz Carlos; Láuria Filho, Márcio; Podval, Maria Fernanda de Toledo R.; Moraes, Maurício Zanoide de; Podval, Roberto; Stoco, Rui; Feltrin, Sebastião Oscar; Bicudo, Tatiana Viggiani e Ninno, Wilson, “Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial”, volume 1, 1ª edição, 2ª tiragem, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, p. 40)” (fls. 191/192).

Demais, afora não haver a Defesa deduzido postulação qualquer nas suas alegações preliminares e finais, a propósito do exame pericial que dá matéria à questão em deslinde, é norma do Código de Processo Penal não só que o Defensor, ao oferecer a contrariedade ao libelo, poderá apresentar rol de testemunhas, juntar documentos e requerer diligências, incluídamente de natureza pericial, mas também que o próprio juiz pode ordenar, de ofício, tais provas e providências, o que afasta, de modo peremptório, toda a alegação de prejuízo ao réu.

A não-oportunização de manifestação sobre o laudo de exame pericial não colhe, sequer, sufrágios de conhecimento, porque a sua juntada aos autos do *writ* no grau inferior é posterior à impugnação e estranha, em conseqüência, ao **decisum** da Corte Estadual, devendo essa questão superveniente, de qualquer modo, ser levada ao órgão jurisdicional com competência, certamente outro que não os deste Superior Tribunal de Justiça, **verbis**:

“(…)

Impende ressaltar, ainda, que o respectivo laudo não foi juntado aos autos, uma vez que foi recebido na Comarca em 05.02.2002, data em que já se encontrava neste Sodalício o Recurso em Sentido Estrito n. 2001.024816-6, interposto pelos acusados, distribuído ao Sr. Desembargador Sérgio Paladino, aguardando apreciação desta Corte.” (Fl. 187)

Averbe-se, por derradeiro, sem mais, para que se não prejudique o réu, que outra pode e *deve ser* a leitura da peça pericial do exame da arma e do projétil.

Ordem denegada, pelo exposto.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 24.050 — SP (2002/0104986-6)

Relator: Ministro Paulo Gallotti

Impetrante: Adalberto Antônio do Rego

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Adalberto Antônio do Rego (Preso)

EMENTA

Habeas corpus. Falsificação de notas promissórias para abertura de conta bancária. Alegação de que as cópias não foram apresentadas, não se configurando o delito de falsificação de documento público. Exame de mérito não admitido na via estreita do *writ*. Desnecessário o uso do documento contrafeito para a consumação do crime. Ordem denegada.

1. É inviável, na via estreita do **habeas corpus**, por demandar revolvimento de matéria fática, o exame da alegação de inexistência de prova suficiente a demonstrar o uso de documento falso pelo paciente, no caso, notas promissórias para a abertura de conta bancária, máxime se a sentença e o acórdão concluíram pela caracterização do delito de falsificação de documento público.

2. Não é necessário, para a configuração do crime de falsificação de documento público, o uso do documento contrafeito ou a concretização do fim visado pelo agente.

3. **Habeas corpus** denegado.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 03 de junho de 2003 (data do julgamento).

Ministro Paulo Gallotti, Relator

Publicado no DJ 04.08.2003

RELATÓRIO

O Senhor Ministro Paulo Gallotti: Cuida-se de **habeas corpus** impetrado, em causa própria, por Adalberto Antônio do Rego contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que denegou o *writ* ali formulado.

O paciente, preso em flagrante, foi denunciado pela prática de estelionato, na forma tentada, corrupção ativa e falsificação de documento particular, restando condenado, no Juízo de 1º grau, unicamente pelo crime de falsificação de documento público, à pena de 2 anos e 9 meses de reclusão, no regime inicial fechado, tendo o Tribunal de origem dado parcial provimento a seu apelo para reduzir a reprimenda a 2 anos e 3 meses de reclusão.

Busca o impetrante a absolvição, sustentando que “o decreto condenatório não encontra qualquer respaldo legal na prova produzida no processo”, alegando tratar a hipótese de crime impossível, não existindo prova suficiente de que iria colocar em cobrança as notas promissórias falsificadas.

Prestadas as informações de estilo, a Subprocuradoria Geral da República manifestou-se pelo indeferimento do pedido.

É o relatório.

VOTO

O Senhor Ministro Paulo Gallotti (Relator): A ordem realmente não deve ser concedida.

De início, de observar que agiu acertadamente o Tribunal de origem ao não conhecer do **habeas corpus**.

De fato, tendo a Corte **a quo** julgado o recurso da defesa, é do Superior Tribunal de Justiça a competência para o exame da impetração em que se afirma a ilegalidade emanada da condenação.

No que diz com o mérito do pedido, a alegação de não existir prova suficiente de que o réu pretendia colocar as notas promissórias em cobrança na instituição financeira demanda o revolvimento de matéria fática, insuscetível de ser operado na via estreita do **habeas corpus**, máxime se a sentença e o acórdão concluíram pela caracterização do delito de falsificação de documento público.

Observe-se, no que interessa, a sentença:

“Com efeito, provado restou nos autos, à sociedade, que, no dia e hora declinados na peça primeira, o acusado, de posse de três notas promissórias, que havia falsificado previamente, foi até a agência local do Banco Bamerindus S/A., onde iniciou a abertura de uma conta corrente, para recebimento de talões de cheques, que pretendia utilizá-los com a emissão de cheques sem fundos, exibindo ao funcionário do banco, para a abertura da conta, as três promissórias falsificadas, nos valores de Cr\$ 40.000.000,00, Cr\$ 50.000.000,00 e Cr\$ 50.000.000,00, que seriam colocadas em cobrança, só

não conseguindo seu intento por circunstâncias alheias à sua vontade, vez que o funcionário do banco, desconfiando de sua intenção, e, em seguida, confirmando tratar-se de um estelionatário (fl. 43), chamou a polícia, através da qual o acusado foi autuado em flagrante.

Indiscutível, na espécie, a configuração do falso. O acusado, tanto na polícia (fls. 10/12) como em Juízo (fls. 80/81), confessou ter falsificado as três notas promissórias, confissão essa que foi integralmente corroborada pelo exame grafotécnico de fls. 133/138. E, como se não bastasse o caráter estritamente formal do delito de falso, em que não se cogita, para a sua configuração, dos fins pretendidos pelo agente, o acusado, conforme restou sobejamente comprovado nos autos, utilizou as promissórias falsificadas junto à agência local do Banco Bamerindus S/A, onde tentou — sem êxito — a abertura de uma conta corrente (fls. 10, 97, 99, 100 e 101), impondo-se, aqui, a condenação.

Muito embora a denúncia tenha equivocadamente enquadrado o acusado no art. 298 (falsificação de documento particular), a tipificação correta é a do art. 297 (falsificação de documento público), uma vez que a nota promissória é equiparada a documento público (§ 2º, do art. 297). Essa nova definição jurídica do fato independe de qualquer outra providência e é autorizada pelo art. 383 do Código de Processo Penal.” (Fls. 32/33)

E no acórdão:

“No concernente ao mérito, indiscutível foi a participação do réu. Após transacionar compra de imóvel com Ciro Winckler de Oliveira, parte do qual seria pago com cheque do Banco Bamerindus, deslocou-se ao estabelecimento bancário. Pretendeu abrir conta bancária e contou seus dotes de fortuna, como grande fazendeiro, dono de avião e exibiu as 3 notas promissórias aludidas, para abertura de conta especial, aos funcionários Paulo Ferreira e Carlos Roberto Meneguim. Este último, desconfiado, consultou os arquivos da agência, divisando o ofício de fl. 42. Solicitou auxílio aos policiais militares Irineu Pontes e Ézio Felipe, que o prenderam, apreendendo as notas promissórias.

Os depoimentos das aludidas testemunhas foram firmes e conclusivos.

Diante da evidência, o réu confessou minudentemente a imputação no auto de prisão em flagrante. É verdade que, em Juízo, procurou negar seu intuito, dizendo que abria conta normalmente e que não chegou a exhibir as notas promissórias que preencheria por distração dias antes.

A prova não comporta sua nova versão, eis que a apresentação das notas promissórias para cobrança, crédito em conta e lastro foi firmemente evidenciada e a falsificação está comprovada no laudo grafotécnico de fls. 133/138.” (Fls. 114/115)

Ainda que assim não fosse, não é necessário, para a consumação do delito, o uso do documento falsificado, nem a caracterização do fim visado pelo agente, no caso, a abertura de conta bancária para posterior emissão de cheques sem provisão de fundos, não havendo que se falar, desta forma, em crime impossível.

Veja-se o precedente:

“Penal. Recurso especial. CP. Art. 297. Documento falso. Não-utilização. Irrelevância.

1. Inegável o dolo genérico consistente na vontade consciente de falsificar ou alterar o documento público verdadeiro. Irrelevante, do ponto de vista criminal, ter sido feito efetivo uso ou não do documento falso.

2. Recurso especial conhecido e provido.”

(REsp n. 116.011/PR, Relator o Ministro Edson Vidigal, DJ de 16.11.1998)

Diante do exposto, denego o **habeas corpus**.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 26.872 — SP (2003/0017827-0)

Relator: Ministro Paulo Medina

Impetrante: José Geraldo Nogueira

Impetrado: Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Jorge Luiz Lombardi da Costa (Preso)

EMENTA

Processo Penal. Roubo. Prisão. Fundamentação. Réu foragido.

A prisão preventiva é medida excepcional que somente tem cabimento quando presentes as hipóteses autorizadoras inscritas no art. 312 do Código de Processo Penal.

Bem demonstrada a necessidade da custódia cautelar do paciente, eis que há indicativos de ameaças contra os co-réus e, ademais, o paciente está foragido do distrito da culpa.

Ordem denegada.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 17 de junho de 2003 (data do julgamento).

Ministro Paulo Medina, Relator

Publicado no DJ de 04.08.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Medina: Trata-se de **habeas corpus** com pedido liminar, em favor de Jorge Luiz Lombardi da Costa, contra a Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que denegou ordem anterior (HC n. 352.784.3/0), ali impetrada.

O paciente está preso preventivamente desde 11.05.2001, em face de processo ao qual responde por infração aos artigos 157, incisos I e V c.c. 288 ambos do Código Penal (Autos n. 151/2001 — 2ª Vara da Comarca de Guaratinguetá — SP).

Alega o impetrante que “os motivos que delinearão o decreto da prisão preventiva, são à toda evidência, arbitrários e vazios de fundamentação”, pois a medida fora baseada em “meras conjecturas”.

Afirma que “não existe qualquer elo de ligação entre o paciente e os demais envolvidos”, porquanto “estava em lugar diverso do roubo ocorrido”.

Aduz que o paciente é radicado na cidade de Cruzeiro, possui emprego lícito e família regularmente constituída.

Por fim, argúi a nulidade da decisão, sob o fundamento de que a mesma fere o disposto no artigo 93, inciso IX da Constituição Federal.

Requer a distribuição deste **mandamus** por dependência do HC n. 19.375/SP, a concessão da liminar para revogar prisão preventiva e afinal, a concessão definitiva da ordem.

A autoridade apontada como coatora prestou as informações solicitadas (fls. 30/31).

O Ministério Público Federal opina pela denegação da ordem, sob o entendimento de que “A fuga do acusado, por si só, constitui-se em motivo suficiente a fundamentar um decreto de segregação provisória, para garantir a aplicação da lei penal, nos termos do disposto no art. 312, do Diploma Processual Penal.” (Fl. 72)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Medina (Relator): o impetrante pretende a revogação do decreto da custódia preventiva, mantido pelo Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, alegando deficiência na fundamentação da decisão, para justificar a adoção da medida extrema.

Trata-se de roubo de combustíveis, em que os agentes, mediante quadrilha organizada, seqüestraram motoristas de caminhões-tanques, os quais eram mantidos em cárcere privado, enquanto se fazia o descarregamento da carga em tanque existente em local adrede preparado.

Os co-réus foram todos presos preventivamente, sendo que esta Turma já teve oportunidade de se pronunciar sobre a questão, por ocasião do julgamento do HC 19.375/SP da relatoria do Ministro Fernando Gonçalves, que restou assim ementado:

“**Habeas corpus.** Prisão preventiva. Necessidade da medida. Demonstração. Apresentação espontânea.

1. O decreto de prisão preventiva deve objetiva e concretamente, ainda que de forma ténue, demonstrar a presença do elemento necessidade a justificá-la, com real incidência de uma das hipóteses catalogadas na disposição constante do art. 312 do Código de Processo Penal. Proposições abstratas e considerações subjetivas afastam a rigorosa exigência de adequação legal dos fatos de modo a embasar a rigorosa medida.

2. A espontânea apresentação do acusado, mesmo depois de decretada a custódia, quando nada revela intenção de responder ao processo sem criar embaraços, exigindo-se, então, outro fundamento que não o adotado de conveniência da instrução criminal.

3. Ordem concedida.”

O decreto prisional proferido pelo Juiz da 2ª Vara da Comarca de Guaratinguetá — SP, está assentado no seguinte convencimento (fl. 56):

“Com efeito, trata-se de delito grave, considerado hediondo, onde a vítima foi mantida em cárcere privado, em cativeiro. A conduta dos indiciados revela serem portadores de certa periculosidade. Ademais, em liberdade, fa-

talmente evadir-se-ão do distrito da culpa, em prejuízo da instrução criminal e conseqüente aplicação da lei penal, sem se falar ainda no risco de influenciarem na colheita da prova, intimidando a vítima e testemunhas de prestarem seus depoimentos com tranqüilidade.”

A Corte Regional, para denegar a ordem lá impetrada e manter a custódia preventiva do paciente, assentou seu juízo nos seguintes termos (fl. 60):

“E, pelo que se vê dos autos, Jorge Luiz é acusado pela prática de delitos graves, com envolvimento de onze pessoas na empreitada criminosa, o que justifica sua permanência no cárcere como garantia da ordem pública (STF, HC n. 78.901-3, São Paulo, Segunda Turma, Rel. Min. Maurício Corrêa, 30.03.1999, v.u.).

Além disso, o paciente encontra-se em local incerto e não sabido, o que denota sua intenção de não colaborar com a instrução processual, o que certamente colocará em risco a escorreita aplicação da lei penal.”

Registre-se que o co-réu Joaquim Felipe Santolia de Souza fora libertado provisoriamente por esta Corte, porque não se furtou à aplicação da lei, o que ficou evidente com sua apresentação espontânea em Juízo.

Aqui, conversamente, o paciente fugiu, de modo que não se lhe pode aplicar igual benefício, até porque, como registra o Magistrado em suas informações de fls. 37/38:

“Com efeito, como consignado, havia indícios suficientes para a medida, pois durante as investigações da Autoridade Policial, foram obtidos elementos probatórios sobre o roubo de cargas, sendo que o indiciado Alexandre Vilas Cunha relatou a maneira pela qual as subtrações ocorriam, com detalhes, cuja versão foi corroborada pelo indiciado Juliano José de Campos, verificando-se a existência de formação de quadrilha, a qual tinha como mentor, o comerciante Joaquim Felipe Santiola de Souza, que se enriquecera em curto período; os autos ainda davam conta de possuir este indiciado, conhecimento na polícia civil do Estado, e evidencia ser portador de alta periculosidade, *a ponto de amedrontar um dos assaltantes, integrante da quadrilha, mediante ameaça de morte, se delatado fosse*. Trata-se de delito grave, considerado hediondo, onde a vítima foi mantida em cárcere privado, no cativeiro.

Não poderia ter sido outra a presunção deste Juízo, senão a de que, em liberdade, fatalmente os requeridos evadir-se-iam do distrito da culpa, em prejuízo da instrução criminal e conseqüente aplicação da lei penal, *sem se falar ainda, no risco de influenciarem na colheita da prova, pois já havia notícias, como acima mencionado, que ameaças entre eles próprios, já haviam sido feitas, a par dos agentes tentarem, a todo custo, furtarem-se da ação policial*.

[...] há indícios suficientes para a manutenção da custódia determinada, como afirmou este Juízo na decisão que proferiu. Note-se, ainda, ter o réu Juliano reiterado as afirmações feitas no inquérito policial, agora também em Juízo e o réu Alexandre esclareceu, no interrogatório judicial, o envolvimento de Joaquim Santolia e Antonio César. *É de ser ressaltado que para ser o réu Juliano interrogado em Juízo, houve necessidade em vestir colete à prova de bala e redobrar a segurança pessoal deste, por parte da polícia, em virtude das ameaças sofridas e notícia de resgates de presos.*

Verifica-se então não ser a decisão deste Juízo vazia ou despida de fundamentos. Os elementos necessários para a custódia dos pacientes estão presentes, não havendo razão para que este Juízo modifique a decisão.” (Grifei)

Entendo que a decisão proferida em 1º grau e também aquela do Tribunal local, no que diz com a conduta do Paciente, está devidamente fundamentada, tanto no que concerne à garantia da ordem pública e à conveniência da instrução criminal como, por igual, quanto à necessidade de assegurar a aplicação da lei penal.

Em verdade, materializou-se o temor do Magistrado quanto ao prejuízo que poderia decorrer para a instrução criminal e para a aplicação da lei penal, porquanto o paciente foragiu.

A propósito, trago à colação, naquilo que interessa, os seguintes precedentes:

“Recurso em **habeas corpus**. Estupro com violência presumida, contra a própria neta, de 3 anos de idade. Crime hediondo. Prisão preventiva. Ausência de fundamentação. Inocorrência. Alegação de inexistência de indícios de autoria. Reexame profundo de provas. Recurso parcialmente conhecido e improvido.

(...)

4. Em sede de prisão preventiva, deve-se prestar máxima confiabilidade ao Juízo de 1º grau, por mais próximo e, pois, sensível às vicissitudes do processo.

5. Não há falar em constrangimento a ser reparado pelo remédio heróico, quando a prisão preventiva, contra a qual se insurge, se mostra ajustada à lei e à Constituição da República, fundada que restou não somente na garantia da ordem pública, diante da personalidade do agente e da enorme gravidade do crime que, em tese, cometera, mas também dos sérios indícios de que pretende dificultar a instrução criminal e se furta à aplicação da lei, tanto que de paradeiro ignorado.

6. A jurisprudência dos tribunais superiores firmou entendimento no sentido de que, em sede de prisão cautelar, não se faz imprescindível a certeza da autoria delitiva, somente reclamada quando da edição da sentença condenatória.

7. O remédio heróico do **habeas corpus**, na sua angusta e restrita via, não se presta a veicular questões que, como a sustentada negativa de autoria, demandam profunda incursão no conjunto fático-probatório.

8. Recurso parcialmente conhecido e improvido”.

(RHC n. 13.166/SC, Relator o Ministro Hamilton Carvalhido, DJ de 22.04.2003).

“Processual Penal — Constrangimento ilegal e cárcere privado — Prisão preventiva — Necessidade — Excesso de prazo.

— A prisão preventiva é necessária para a garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal. No caso, o paciente, acusado pela prática de constrangimento ilegal e cárcere privado, ameaçou testemunhas, sendo estas, inclusive, inseridas no programa de proteção judicial, além de empreender fuga do distrito da culpa. A constrição, portanto, é medida que se impõe.

— Por outro lado, a existência de processo complexo, encontrando-se o réu, na maior parte da instrução, foragido, além da necessidade da oitiva de testemunhas de defesa residindo em outras Comarcas, exigindo, assim, a expedição de precatórias, ensejam a observância menos rigorosa do prazo de 81 dias para o encerramento da instrução.

— Ordem denegada.”

(HC n. 19.057/RJ, Relator o Ministro Jorge Scartezzini, DJ de 18.11.2002, p. 248)

“Recurso em **habeas corpus** — Processual Penal — Prisão preventiva — Sentença de pronúncia — Homicídio — Fuga do acusado do distrito da culpa — Ameaça a testemunha.

O acusado que foge do distrito da culpa e ameaça testemunha, demonstra disposição para resistir à aplicação da lei penal, além de pôr em risco a instrução criminal.

Por isso, a custódia preventiva se faz necessária.

Recurso desprovido.”

(RHC n. 9.417/SP, Relator o Ministro Jorge Scartezzini, DJ de 24.04.2000, p. 62)

E, ainda, em idêntico caso de roubo de cargas:

“Criminal. HC. Roubo de carga de caminhão. Combustível. Quadrilha armada. Indeferimento de liberdade provisória. Ilegalidade não-vislumbrada. Necessidade da custódia demonstrada. Presença dos requisitos autorizadores. Gravidade do crime e periculosidade dos agentes. Pedido de extensão de liminar deferida a co-réu. Indeferimento. Ausência de ilegalidade. Ordem denegada.

Não é ilegal a decisão que mantém a custódia cautelar dos pacientes, se demonstrada a necessidade da prisão, atendendo-se aos termos do art. 312 do Código de Processo Penal e da jurisprudência dominante, sendo que a gravidade do delito e a periculosidade dos agentes podem ser suficientes para motivar a segregação provisória como garantia da ordem pública. Precedentes do STF e desta Corte.

Hipótese que trata de possível quadrilha armada para a prática de roubo de cargas de caminhões.

Não há ilegalidade na decisão que não estendeu, aos pacientes, liminar concedida a co-réu, se evidenciada a diversidade das situações pessoais.

Ressalva de que os pacientes possuem a peculiar situação de não residirem na Comarca.

Ordem denegada.”

(HC n. 23.438/MG, Relator o Ministro Gilson Dipp, DJ de 24.03.2003, p. 250)

Registram os autos que as situações de cada co-réu são distintas, de modo que, independentemente da decisão favorável proferida no julgamento do **mandamus** impetrado em favor do co-réu Joaquim Santolia, é de rigor a manutenção da prisão cautelar do paciente, posto que a par das ameaças recíprocas, noticiadas pelo Juiz de 1ª grau, evadiu-se, de modo a evitar, contra si, a aplicação da lei penal.

Posto isso, denego a ordem.

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS
N. 13.252 — SP (2002/0105172-0)

Relator: Ministro Fernando Gonçalves

Recorrente: Érica Adusei

Advogados: Fábio da Costa Vilar e outro

Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Érica Adusei (Presa)

EMENTA

RHC. Execução penal. Comutação da pena. Livramento condicional. Condições subjetivas. Não-preenchimento. Dilação probatória. HC. Via imprópria.

1. Não apresentando a recorrente, segundo o juízo de 1º grau, condições subjetivas à obtenção dos benefícios de comutação da pena ou livramento condicional, cujo aferimento reclama dilação probatória, adequada ao recurso de agravo, malgrado a “largueza e extensão” com que devem ser utilizadas na interpretação do **habeas corpus**, não há como se travar o debate nesta via, cuja prova deve ser luzidia, extreme de dúvidas e apontar numa única e exclusiva direção. Havendo mais de em norte a matéria não se presta ao **habeas corpus**.

2. Recurso de **habeas corpus** não provido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 12 de novembro de 2002 (data de julgamento).

Ministro Fernando Gonçalves, Relator

Publicado no DJ de 02.12.2002

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves: Trata-se de recurso ordinário interposto contra acórdão da Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, não conhecendo de ordem de **habeas corpus** impetrada em favor de Érica Adusei, assim sintetizado:

“**Habeas corpus.**

Indeferimento de pedido de comutação de penas. Benefício negado em execução criminal. Pedido sujeito a profunda análise fática. Constrangimento inexistente. Ordem não conhecida.” (Fl. 145)

Declinam as razões, no essencial, o cabimento de **habeas corpus** contra decisão que indefere benefícios previstos na Lei de Execuções Penais, inclusive como substitutivo ao agravo em execução. Aduzem, ainda, a existência de constrangimento ilegal, devendo ser concedidos à paciente a comutação da pena, mesmo que tenha sido condenada por tráfico de entorpecentes, e o livramento condicional.

A douta Subprocuradoria Geral da República, manifesta-se pelo parcial provimento do recurso, em parecer que guarda a seguinte ementa:

“Execução penal. Recurso ordinário em **habeas corpus**. Estrangeira. Tráfico internacional de entorpecentes. Crime hediondo. Comutação da pena. Art. 7º, inciso I, do Decreto n. 3.226/1999. Impossibilidade. Liberdade condicional. Possibilidade, desde que se concretize a expulsão.

— Não é de se conceder o indulto parcial — comutação da pena — ao condenado por tráfico internacional de entorpecentes, consoante o disposto no art. 7º, inciso I, do Decreto Presidencial n. 3.226/1999.

— A condenação por crime hediondo não exclui o benefício do livramento condicional, ainda que o sentenciado seja estrangeiro, se cumpridos mais de 2/3 da pena imposta e preenchidos os requisitos dispostos no art. 710, do Código de Processo Penal, *desde que se concretize a expulsão*.

— Parecer pelo parcial provimento do recurso, para o fim de — por entrever a possibilidade de concessão do benefício do livramento condicional à Recorrente, observadas as condições do art. 710, do Código de Processo Penal — que *se acione o Ministério da Justiça com o fito de se dar celeridade ao seu processo de expulsão.*” (Fls. 189/190)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves (Relator): A recorrente, natural de Gana — África — foi condenada à pena de 7 anos e 6 meses de reclusão, em regime integralmente fechado, pela prática do crime de tráfico de entorpecentes, por ter sido surpreendida transportando quase treze quilos de cocaína, em companhia de outra pessoa. Houve pedido de comutação de pena, nos termos do Decreto n. 3.226/1999, e livramento condicional, diante do desconto de 2/3 da reprimenda.

Os pedidos — comutação e livramento condicional — foram indeferidos, por não apresentar a sentenciada condições subjetivas (fl. 50). Nada obstante o trânsito em julgado da decisão, circunstância não impeditiva do uso do **habeas corpus** que, segundo **Pontes de Miranda**, “deve ser interpretado com largueza e extensão”,

a colenda Sexta Câmara Criminal do TJSP, destacando a competência do juízo da execução, faz ressaltar, **verbis**:

“A questão acerca de ter o paciente direito, ou não, à comutação indeferida na origem, ou, ainda, a necessidade de o pedido preencher alguns pressupostos de procedibilidade, exorbitam desta via heróica.” (Fl. 146)

De fato, não há como se debater na estreita via da ordem, malgrado a recomendação do eminente **Pontes de Miranda**, o preenchimento pela recorrente das condições de caráter subjetivo necessárias à obtenção de um ou outro benefício. A prova em **habeas corpus**, segundo pacífico entendimento pretoriano, deve ser luzidia, extreme de dúvida e apontar em uma única e exclusiva direção. Havendo mais de um norte, a matéria não se presta ao **habeas corpus**.

Cabe enfatizar, também, que o v. acórdão, apesar da conclusão de não conhecer da impetração (fl. 146), na realidade, houve por bem estabelecer, com âncoras no julgado de 1ª grau, a falta de condições subjetivas da recorrente, cujo aferimento reclama dilação probatória, própria do recurso de agravo.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

**RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE
SEGURANÇA N. 12.079 — PI (2000/0053955-4)**

Relator: Ministro Fernando Gonçalves

Recorrente: José Pereira Lima

Advogados: Luiz Martins Bomfim Filho e outro

T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado do Piauí

Impetrado: Governador do Estado do Piauí

Recorrido: Estado do Piauí

Procuradores: João Emílio Falcão Costa Neto e outros

EMENTA

RMS. Servidor público. Demissão. Arquivamento do inquérito policial. Irrelevância. Processo administrativo disciplinar.

1. O arquivamento do inquérito policial por inexistência de provas quanto à autoria do delito em apuração, não impede a demissão do servidor, fundada em regular processo administrativo disciplinar, dada a

independência das duas esferas (administrativa e penal), mas, também, à luz do disposto no art. 67, I, do Código de Processo Penal e do Enunciado n. 18 da súmula do Supremo Tribunal Federal.

2. Recurso ordinário 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. Os Ministros Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti, Fontes de Alencar e Vicente Leal votaram com o Ministro-Relator.

Brasília (DF), 03 de dezembro de 2002 (data de julgamento).

Ministro Fernando Gonçalves, Relator

Publicado no DJ de 19.12.2002

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves: A espécie versa recurso ordinário interposto por José Pereira Lima contra acórdão do Plenário do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, denegatório de mandado de segurança impetrado para obter reintegração no cargo de Escrivão de Polícia Civil da Secretaria de Justiça, do qual foi demitido por ato do Governador do Estado.

Segundo razões de recurso, o recorrente foi acusado da prática do crime previsto no art. 155 do Código Penal, quando, na realidade, houve por bem apenas, na cidade de Parnaíba, prestar auxílio a colegas policiais na captura dos autores de uma infração penal, como, aliás, demonstrado nos autos do inquérito que, a rogo do Ministério Público, foi arquivado.

Sem contra-razões ascenderam os autos a esta Superior Corte, opinando a Subprocuradoria Geral da República pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves (Relator): O recorrente, na condição de integrante da Polícia Civil do Estado do Piauí, submetido a Processo Administrativo Disciplinar para apuração de ato infracional descrito como furto, por decisão do

Governador do Estado, apoiado nas conclusões da Comissão instituída pelo Secretário de Segurança Pública, foi demitido do serviço público.

Na realidade, verificada a ocorrência de furto de automóvel, com a prisão em flagrante do recorrente que, segundo alega, encontrava-se na ocasião, na cidade de Parnaíba, em frente à casa de um compadre, local que desconhecia ser para “desmonte de carro”, lavando o Jeep de sua propriedade, foram instaurados dois inquéritos: um policial e outro administrativo. O primeiro foi concluído e arquivado, a requerimento do Ministério Público (fl. 40), em função da “inexistência de provas quanto à autoria do delito”. A decisão judicial a respeito está às fls. 41/42, acolhendo o pedido e reportando-se ao art. 18 do CPP.

Já na esfera administrativa, a Comissão de Inquérito, apontando a prática de falta disciplinar, sugere a demissão do recorrente (fl. 307), hipótese perfeitamente normal, não apenas em decorrência da independência das duas esferas (administrativa e penal), mas, também, à luz do disposto no art. 67, I, do Código de Processo Penal e da Súmula n. 18 do Supremo Tribunal Federal. O detalhe, em outros termos, foi evidenciado pelo v. acórdão:

“... de fato, nem sempre o servidor público indiciado se exime da responsabilidade administrativa e de uma conseqüente punição nessa área somente por se ter eximido da responsabilidade em sede penal, como bem acentuaram, com outras palavras, a autoridade nominada coatora e o douto representante do *Parquet*. Sobretudo, acentue-se, quando o que se tem é o mero arquivamento de inquérito policial por insuficiência ou falta de provas, como na espécie.” (Fl. 406)

Como se observa, nenhum reparo está a merecer o julgado que se coloca em plena concordância com a legislação de regência, a jurisprudência e a doutrina a respeito da matéria na medida em que o arquivamento do inquérito policial por fragilidade de provas, em princípio, não interfere na conclusão do inquérito administrativo.

De qualquer modo, o exame do eventual maltrato às normas administrativas próprias e, em princípio, impeditivas da prática do ato de demissão, não se revela adequado na via eleita, dado reclamar investigação probatória, vedada no seu estreito limite.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

**RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE
SEGURANÇA N. 13.441 — SE (2001/0067841-6)**

Relator: Ministro Paulo Gallotti

Recorrente: Renato Rezende Machado

Advogados: Geraldo Resende Filho e outros

T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe

Impetrado: Desembargador-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe

Recorrido: Estado de Sergipe

Procuradores: Antonio José de Oliveira Botelho e outros

EMENTA

Recurso ordinário em mandado de segurança. Administrativo. Servidor público estadual ocupante de cargo em comissão e sem vínculo efetivo. Aposentadoria por invalidez. Possibilidade. Artigo 40, § 2º, da Constituição Federal, na redação anterior à vigência da Emenda Constitucional n. 20/1998. Omissão legislativa. Precedentes.

1. Nos termos do artigo 40, parágrafo 2º, da Constituição Federal de 1988, na redação anterior à vigência da Emenda Constitucional n. 20/1998, “a lei disporá sobre a aposentadoria em cargos ou empregos temporários.”

2. Preenchidos os requisitos previstos na legislação de regência, o servidor ocupante de cargo em comissão tem direito de se aposentar por invalidez.

3. Precedentes.

4. Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 05 de setembro de 2002 (data do julgamento).

Ministro Paulo Gallotti, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Renato Rezende Machado, servidor público do Estado de Sergipe, impetrou mandado de segurança contra ato do Presidente do Tribunal de Justiça que lhe indeferiu pedido de aposentadoria por invalidez e o exonerou do cargo em comissão que ocupava, do qual se encontrava afastado por motivo de licença médica.

Ao apreciar o **mandamus**, o Plenário do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, por maioria de votos, denegou a segurança em acórdão resumido na seguinte ementa:

“Administrativo e constitucional — Cargo em comissão — Invalidez do ocupante para o serviço público — Aposentadoria — Ausência de contribuição à Previdência — Inexistência de direito líquido e certo — Denegação da ordem — Decisão por maioria.

— A Constituição Federal, mesmo que permitindo a aposentadoria no cargo em comissão, exige que esta seja feita em vista da contribuição do servidor ao sistema previdenciário, o qual, após a Emenda Constitucional n. 20/1998, passou a ser o regime geral de previdência social (INSS), pelo que não havendo prova do pagamento da contribuição, quer seja à previdência estadual ou federal, não existe direito líquido e certo a ser amparado na via do *writ*.” (Fl. 844)

Daí o presente recurso ordinário, com fundamento no artigo 105, II, alínea **b**, da Constituição Federal, onde o impetrante, além de reeditar argumentos da inicial, alega, em síntese, que:

— mostrou-se incontroverso nos autos o direito à aposentadoria do ocupante de cargo em comissão, sem vínculo efetivo com a administração pública, restando o debate sobre os requisitos para a aposentação;

— o acórdão recorrido, ao invocar o disposto na Emenda Constitucional n. 20/1998, calçou-se em sistemática jurídico-processual posterior à causa de pedir da ação mandamental, negando, com base nisso, o direito líquido e certo que agasalha a pretensão;

— o direito, além de incorporado ao seu patrimônio em época anterior à aludida emenda, também foi exercitado antes de seu advento;

— o direito líquido e certo reivindicado tem fundamento no art. 40, § 2º, da Constituição Federal, na redação vigente ao tempo da invalidez e do respectivo pedido de aposentação (ambos ocorridos no ano de 1996).

Sustenta, ainda:

“Em verdade, como dito pelo *Parquet*, ‘o ordenamento jurídico não permite a existência de lacunas’, o que, por si só, demonstra a fragilidade do argumento de que ‘a aposentadoria de cargo em comissão pelo regime peculiar de previdência estadual, consubstanciada nas normas constitucionais citadas, não é possível, pois tal direito não se encontrava disciplinado pelo legislador ordinário de Sergipe’.

(...)

Ratificando a exordial deste mandado de segurança, corroborada pelo órgão do Ministério Público, ressalte-se que havia à época legislação estadual genérica, instituidora do regime jurídico neste Estado — Lei Estadual n. 2.779, 18.12.1989, (nos autos) — prevendo taxativamente a inclusão dos ocupantes de cargo em comissão nesse regime estatutário, inclusive os que até então não estavam sujeitos a esse regime, o que se subsume da leitura do art. 1º da mencionada lei.”

Por fim, afirma cumpridos os requisitos necessários ao deferimento do pedido de aposentadoria por invalidez.

O Estado de Sergipe requereu a republicação do aviso da interposição do presente recurso, visto que a intimação deveria ter sido realizada em nome do Procurador-Geral para o oferecimento de contra-razões.

O pedido foi indeferido (fl. 875), interpondo o Estado agravo regimental ao qual se negou provimento.

Manejado recurso especial, inadmitido na origem, proferi decisão não conhecendo do Agravo de Instrumento n. 394.384 por irregularidade em sua formação.

O Ministério Público Federal opina pelo provimento do recurso ordinário.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator): A controvérsia posta em exame diz com a possibilidade de servidor público estadual, detentor de cargo em comissão e sem vínculo efetivo, ser aposentado por invalidez.

Registre-se, desde logo, a pertinência da argumentação deduzida pelo recorrente no sentido de que o acórdão recorrido equivocou-se ao invocar o disposto na Emenda Constitucional n. 20/1998 para indeferir o pedido formulado no **mandamus**.

Com efeito, observado o princípio **tempus regit actum**, a legislação que rege a aposentadoria é aquela vigente no momento em que o servidor preenche os requisitos para sua obtenção.

Assim, as modificações introduzidas em nosso ordenamento a respeito do tema não podem alcançar o recorrente, revelando-se incontrovertido nos autos que tanto o pedido, quanto as supostas condições necessárias à aposentação, são anteriores à vigência da aludida emenda constitucional.

Fixada essa premissa, impõe-se seja apreciada a pretensão.

Os fatos narrados na inicial podem assim ser resumidos:

— O impetrante foi nomeado para exercer o cargo em comissão de Secretário Judiciário do Poder Judiciário do Estado de Sergipe por ato datado de 09.02.1989, sendo exonerado do referido cargo em 31.01.1991, mesma data em que foi nomeado para o cargo de conciliador também do Poder Judiciário, cargo esse, da mesma forma, de provimento em comissão;

— exerceu o **munus** público regularmente até 08.10.1992, tendo, a partir dessa data e até 09.08.1996, em períodos diversos, necessitado afastar-se legalmente por licença para tratamento de sua própria saúde, em um total de 271 (duzentos e setenta e um) dias;

— em 13.09.1996, o impetrante requereu a sua aposentadoria por invalidez;

— prestadas as informações funcionais necessárias pelo Departamento de Pessoal do Poder Judiciário de Sergipe, foram os autos administrativos encaminhados à Assessoria Jurídica, sendo exarado parecer concluindo pelo deferimento da aposentadoria;

— o Tribunal de Sergipe, então, formulou consulta ao Tribunal de Contas, que entendeu assistir razão ao servidor;

— exarado novo parecer favorável à aposentadoria do impetrante, sugerindo, contudo, a apreciação do pedido pelo Plenário do Tribunal, decidiu este que a competência seria do Presidente da Corte;

— o pedido administrativo foi indeferido, sendo publicado em 11 de outubro de 1999, no Diário da Justiça, ato exarado pela autoridade apontada como coa-tora, exonerando o impetrante do cargo de conciliador.”

Citando **Lúcia Valle Figueiredo, Diógenes Gasparini e José Afonso da Silva**, bem como decisões do Tribunal de Contas da União, o impetrante, com base no art. 40, § 2º, da Constituição Federal e no artigo 30, § 2º, da Carta Política Estadual, sustenta a plausibilidade do direito vindicado.

Esta Sexta Turma, ao apreciar o RMS n. 11.722/DF, relatado pelo Ministro Hamilton Carvalhido, reconheceu o direito à aposentadoria de servidores públicos ocupantes de cargos em comissão e sem vínculo efetivo com o serviço público.

Com a tradicional segurança, disse o Relator:

“O artigo 40 da Constituição da República, na sua redação original, preceituava que:

Art. 40. O servidor será aposentado:

I - por invalidez permanente, sendo os proventos integrais quando decorrentes de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei, e proporcionais nos demais casos;

II - compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de serviço;

III - voluntariamente:

a) aos trinta e cinco anos de serviço, se homem, e aos trinta, se mulher, com proventos integrais;

b) aos trinta anos de efetivo exercício em funções de magistério, se professor, e vinte e cinco, se professora, com proventos integrais;

c) aos trinta anos de serviço, se homem, e aos vinte e cinco, se mulher, com proventos proporcionais a esse tempo;

d) aos sessenta e cinco anos de idade, se homem, e aos sessenta, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de serviço.

§ 1º Lei complementar poderá estabelecer exceções ao disposto no inciso III, **a** e **c**, no caso de exercício de atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas.

§ 2º A lei disporá sobre a aposentadoria em cargos ou empregos temporários.

§ 3º O tempo de serviço público federal, estadual ou municipal será computado integralmente para os efeitos de aposentadoria e de disponibilidade.

§ 4º 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.

§ 5º O benefício da pensão por morte corresponderá à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido, até o limite estabelecido em lei, observado o disposto no parágrafo anterior.’

O Professor **José Afonso da Silva**, comentando o aludido dispositivo constitucional, ensina que:

‘São outros tantos direitos constitucionais dos servidores públicos.

A aposentadoria dar-se-á: I - por invalidez permanente, com proventos integrais quando decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei, e proporcional nos demais casos; II - compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de serviço; III - voluntariamente: a) aos trinta e cinco anos de serviço, se homem, e aos trinta, se mulher, com proventos integrais; b) aos trinta anos de efetivo exercício em funções de magistério, se professor, e vinte e cinco, se professora, com proventos integrais; c) aos trinta anos de serviço, se homem, e aos vinte e cinco, se mulher, com proventos proporcionais a esse tempo; d) aos sessenta e cinco anos de idade, se homem, e aos sessenta, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de serviço (art. 40).

Lei complementar, ainda, poderá estabelecer exceções ao disposto no inciso III, **a** e **c**, do art. 40, para permitir a redução do tempo de serviço para aposentadoria do homem e da mulher, prevista naquelas duas alíneas, no caso de exercício de atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas. ‘Perigosas’, quando o servidor, pelas suas atribuições, fica sujeito, no seu exercício, a permanente situação de risco de vida, como certas atividades policiais. ‘Insalubres’ são atividades que submetem seu exercente a permanente risco de contrair moléstias profissionais. ‘Penosas’ são atividades que exigem desmedido esforço para seu exercício, e submetem o exercente a pressões físicas e morais intensas e, por tudo isso, geram nele profundo desgaste, quem sabe os mergulhadores sob pressão enorme das águas que requer se alivie de tempo em tempo regressando à superfície; o metalúrgico submetido a altas temperaturas. A lei complementar o dirá.

Cumpram também à lei, mas lei ordinária, dispor sobre a aposentadoria em cargos ou empregos temporários. Aqui a homogeneidade terminológica complica. Cargos temporários, na verdade, cargos de pro-

vimento temporário, a Constituição admite, e são os cargos em comissão declarados em lei de livre exoneração. Em princípio, os titulares desses cargos não deveriam aposentar-se neles, pois os exercem a título de confiança, e logo deverão ser exonerados, para retornar à sua situação anterior. Se funcionário, volta a seu cargo efetivo. Se particular, regressa às suas atividades privadas. Contudo, a Constituição não mencionou hipóteses de empregos temporários, mas acaba admitindo-os por essa forma indireta, pois não se há de confundir emprego com a contratação por tempo determinado do art. 37, IX. Mas, e estes não terão direito à aposentadoria, se completarem tempo ou idade durante a vigência do contrato? Parece que, ao teor do art. 202, § 2º, não se pode recusar aposentadoria ao contratado na situação indicada. O que a Constituição também autoriza é a existência de servidores no exercício de funções de confiança (art. 37, V), que não foram lembradas no dispositivo comentado, mas a lei igualmente poderá levá-las em consideração.' (In "Curso de Direito Constitucional Positivo", 9ª edição, 1994, Malheiros Editores, pp. 588/589).

Tem-se, assim, que, por força de norma constitucional, a aposentadoria dos servidores ocupantes de cargo em comissão, assim considerados aqueles de ocupação transitória, será regulada por lei ordinária (artigo 40, parágrafo 2º, da Constituição da República).

No âmbito federal, foi editada a Lei n. 8.112/1990, que nos seus artigos 186 e seguintes estabelece que:

‘Art. 186. O servidor será aposentado:

I - por invalidez permanente, sendo os proventos integrais quando decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificada em lei, e proporcionais nos demais casos;

II - compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de serviço;

III - voluntariamente:

a) aos 35 (trinta e cinco) anos de serviço, se homem, e aos 30 (trinta) se mulher, com proventos integrais;

b) aos 30 (trinta) anos de efetivo exercício em funções de magistério se professor, e 25 (vinte e cinco) se professora, com proventos integrais;

c) aos 30 (trinta) anos de serviço, se homem, e aos 25 (vinte e cinco) se mulher, com proventos proporcionais a esse tempo;

d) aos 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e aos 60 (sessenta) se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de serviço.

§ 1º Consideram-se doenças graves, contagiosas ou incuráveis, a que se refere o inciso I deste artigo, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira posterior ao ingresso no serviço público, hanseníase, cardiopatia grave, doença de Parkinson, paralisia irreversível e incapacitante, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, estados avançados do mal de Paget (osteíte deformante), Síndrome de Imunodeficiência Adquirida — AIDS, e outras que a lei indicar, com base na medicina especializada.

§ 2º Nos casos de exercício de atividades consideradas insalubres ou perigosas, bem como nas hipóteses previstas no art. 71, a aposentadoria de que trata o inciso III, **a** e **c**, observará o disposto em lei específica.

§ 3º Na hipótese do inciso I, o servidor será submetido à junta médica oficial, que atestará a invalidez quando caracterizada a incapacidade para o desempenho das atribuições do cargo ou a impossibilidade de se aplicar o disposto no art. 24. (Parágrafo acrescentado pela Lei n. 9.527, de 10.12.1997)

Art. 187. A aposentadoria compulsória será automática, e declarada por ato, com vigência a partir do dia imediato àquele em que o servidor atingir a idade-limite de permanência no serviço ativo.

Art. 188. A aposentadoria voluntária ou por invalidez vigorará a partir da data da publicação do respectivo ato.

§ 1º A aposentadoria por invalidez será precedida de licença para tratamento de saúde, por período não excedente a 24 (vinte e quatro) meses.

§ 2º Expirado o período de licença e não estando em condições de reassumir o cargo ou de ser readaptado, o servidor será aposentado.

§ 3º O lapso de tempo compreendido entre o término da licença e a publicação do ato da aposentadoria será considerado como de prorrogação da licença.

Art. 189. O provento da aposentadoria será calculado com observância do disposto no § 3º, do art. 41, e revisto na mesma data e proporção, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade.

Parágrafo único. São estendidos aos inativos quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidas aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes de transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria.

Art. 190. O servidor aposentado com provento proporcional ao tempo de serviço, se acometido de qualquer das moléstias especificadas no art. 186, § 1^a, passará a perceber provento integral.

Art. 191. Quando proporcional ao tempo de serviço, o provento não será inferior a 1/3 (um terço) da remuneração da atividade.

Art. 192. (Revogado pela Lei n. 9.527, de 10.12.1997)

Art. 193. (Revogado pela Lei n. 9.527, de 10.12.1997)

Art. 194. Ao servidor aposentado será paga a gratificação natalina, até o dia vinte do mês de dezembro, em valor equivalente ao respectivo provento, deduzido o adiantamento recebido.

Art. 195. Ao ex-combatente que tenha efetivamente participado de operações bélicas, durante a Segunda Guerra Mundial, nos termos da Lei n. 5.315, de 12 de setembro de 1967, será concedida aposentadoria, com provento integral, aos 25 (vinte e cinco) anos de serviço efetivo.'

Ao que se tem, a Lei n. 8.112/1990, ela mesma, para fins de aposentadoria, não estabeleceu qualquer distinção entre servidor público ocupante de cargo efetivo e servidor público ocupante de cargo em comissão.

De outro lado, resta saber se as formas de aposentadoria previstas nos incisos I, II e III do artigo 186 da Lei n. 8.112/1990 também se aplicam aos servidores públicos ocupantes de cargo em comissão, diante da própria natureza jurídica do cargo exercido.

Nesse sentido, vale anotar a lição de **Lúcia Valle Figueiredo, verbis**:

‘Os princípios da Administração Pública vão ser aplicáveis diretamente a todos os funcionários, a toda relação Administração/servidor, e, via de consequência, aos cargos em comissão e funções de confiança.

Dissemos que os cargos em comissão excepcionam a regra geral do concurso; e, destarte, devem ser traçados os limites dessa exceção. Afiramos, ainda, que os cargos em comissão, de preferência, teriam de ser ocupados por integrantes da carreira, como, aliás, já disposto no Texto Constitucional de 1988, e mais enfaticamente na Emenda n. 19/1998, que determinou fossem reservados percentuais mínimos para os ‘servidores

de carreira'. Na verdade, o cargo em comissão difere basicamente do cargo efetivo porque, embora fazendo parte do quadro de funcionários de determinada instituição, desassemelham-se, entretanto, na forma de provimento e de exoneração, que é livre. Em consequência, temos precariedade de permanência do funcionário ocupante de cargo em comissão.

Os direitos e deveres dos exercentes de cargos em comissão decorrem diretamente da Constituição. Se todos os trabalhadores, em geral, têm determinados direitos, como, por exemplo, a aposentadoria, não seria permitido que o ocupante de cargo em comissão permanecesse no cargo por muito tempo, ou seja, pelo tempo necessário para implementar a aposentadoria, e não a conseguisse. Os direitos e vantagens dos estatutários, disciplinados no Título III da já mencionada Lei n. 8.112/1990, vão necessariamente se aplicar. É claro que não na sua totalidade.

(...)

Com relação aos direitos, os que ocupam cargos em comissão são tão funcionários quanto os efetivos. A única diferença é a precariedade da permanência no cargo. Porém, têm direito às férias, aos adicionais por tempo de serviço (quando existentes) e às licenças. Naturalmente, não à licença de dois anos para tratar de interesses pessoais, porque esta não prescinde da estabilidade, e efetividade, da qual não gozam os ocupantes dos cargos em comissão.

(...)

É situação anômala a de o funcionário ficar ocupando cargo em comissão até que implemente tempo de aposentadoria. Não há, entretanto, por que aquele servidor não ter direito a se aposentar. Haverá direito à aposentadoria, sim, em face da Constituição, que prevê contribuição também dos servidores para sua aposentadoria, não estando mais somente a cargo do Tesouro Público.” (In “Curso de Direito Administrativo”, 5ª edição, 2001, Malheiros Editores, pp. 555/557.)

De todo o exposto, resulta que a aposentação dos servidores públicos ocupantes de cargo em comissão tem como estatuto primeiro a própria Constituição da República.

Tanto isso é verdade que em cumprimento ao disposto no artigo 40, parágrafo 2º, da Constituição da República, foi editada a Lei n. 8.647, de 13 de abril de 1993, que dispõe sobre a vinculação do servidor público civil, ocupante de cargo em comissão sem vínculo efetivo com a Administração Pública Federal, ao Regime Geral de Previdência e dá outras providências, dispondo o seu artigo 1º, **verbis**:

‘Art. 1º O servidor público civil ocupante de cargo em comissão, sem vínculo efetivo com a União, Autarquias, inclusive em regime especial, e Fundações Públicas Federais, vincula-se obrigatoriamente ao Regime Geral de Previdência Social de que trata a Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991.’

O recorrente, como dito, é servidor público, ocupante de cargo em comissão sem vínculo efetivo, do Tribunal de Contas do Distrito Federal e Territórios, impondo-se trazer a exame o que dispõe a Lei Orgânica do Distrito Federal, no referente à aposentadoria de seus servidores públicos:

‘Art. 41. O servidor será aposentado:

I - por invalidez permanente, sendo os proventos integrais, quando decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei, e proporcionais nos demais casos;

II - compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de serviço;

III - voluntariamente:

a) aos trinta e cinco anos de serviço, se homem, e aos trinta, se mulher, com proventos integrais;

b) aos trinta anos de efetivo exercício em funções de magistério, se professor ou especialista de educação, e aos vinte e cinco anos, se professora ou especialista de educação, com proventos integrais;

c) aos trinta anos de serviço, se homem, e aos vinte e cinco, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de serviço;

d) aos sessenta e cinco anos de idade, se homem, e aos sessenta, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de serviço.

§ 1º Lei complementar estabelecerá exceções ao disposto no inciso III, **a e c**, no caso de exercício de atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas, na forma do que dispuser lei federal.

§ 2º A lei disporá sobre aposentadoria em cargos em empregos temporários.

§ 3º O tempo de serviço público federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal será computado integralmente para os efeitos de aposentadoria e disponibilidade.

§ 4º 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 de reenquadramento, transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria, na forma da lei.

§ 5º O benefício de pensão por morte corresponderá à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido, qualquer que seja a **causa mortis**, até o limite estabelecido em lei, observado o disposto no parágrafo anterior.

§ 6º É assegurada a contagem em dobro dos períodos de licença-prêmio não gozados, para efeito de aposentadoria.

§ 7º Aos servidores com carga horária variável, são assegurados os proventos de acordo com a jornada predominante dos últimos três anos anteriores à aposentadoria.

§ 8º O tempo de serviço prestado sob o regime de aposentadoria especial será computado da mesma forma, quando o servidor ocupar outro cargo de regime idêntico, ou pelo critério da proporcionalidade, quando se tratar de regimes diversos, na forma da lei.’

Como se vê, assim como determinado na Constituição da República, a Lei Orgânica do Distrito Federal deferiu a disciplina da aposentadoria dos servidores ocupantes de cargos de ocupação transitória à lei ordinária.

E a lei que disciplina o regime jurídico dos servidores públicos do Tribunal de Contas do Distrito Federal é a Lei Distrital n. 211/1991, que determinou a aplicação da Lei n. 8.112/1990.

De todo o exposto, resulta que, por força da Lei Distrital n. 211/1991, aplicam-se aos servidores do Tribunal de Contas do Distrito Federal os preceitos da Lei n. 8.112/1990, que nenhuma distinção estabelece um servidor público ocupante de cargo efetivo e servidor público ocupante de cargo em comissão.

Ocorre que inexistente, no plano local, norma que regule especificamente o regime previdenciário dos servidores públicos ocupantes de cargo em comissão, assim como aconteceu no plano federal, até a edição da Lei n. 8.647, de 13 de abril de 1993, que não tem incidência no âmbito do Distrito Federal, em face do princípio federativo e da autonomia administrativa do Distrito Federal.

Certamente, o direito à aposentadoria do recorrente não pode ser elidido, ao argumento de espaço legal, ainda mais diante do disposto no artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil:

‘Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.’

Referida compreensão do tema foi confirmada no julgamento do Recurso Especial n. 306.804/DF, DJ de 27.05.2002, também Relator o Ministro Hamilton Carvalhido.

In casu, conforme asseverado na consulta feita ao Tribunal de Contas Estadual, “não há legislação infraconstitucional específica que restrinja a eficácia dos dispositivos constitucionais apontados pelos arts. 40, § 2º, da Constituição Federal e 30, § 2º, da Constituição Estadual. Ao contrário, há uma lei genérica, instituidora do regime jurídico único neste Estado que prevê, taxativamente, a inclusão dos ocupantes dos cargos em comissão nesse regime estatutário, inclusive os que até então não estavam sujeitos a esse regime”.

Dessa mesma consulta, extraio ainda o seguinte excerto:

“Ora, de toda a transcrição legal é a conclusão de que o servidor público estadual ocupante apenas de cargo em comissão está sujeito aos direitos e deveres previstos no regime estatutário disposto na Lei Estadual n. 2.148/1977, entre eles o direito à aposentadoria, desde que preencha os requisitos exigidos por lei, **in casu**, os pressupostos necessários à aposentação por invalidez permanente. Patentes estão as normas legais insculpidas no art. 40, I, e § 2º, da Constituição Federal, combinado com o art. 30, I e § 2º, da Constituição Estadual, além da legislação estatutária estadual concernente ao servidor público alhures transcrita.” (Fl. 477)

Registre-se, por fim, a manifestação ministerial de fls. 982/983:

“Com efeito, a decisão recorrida não elegeu a melhor interpretação ao denegar a segurança. Isto porque, à data do pedido de aposentadoria, — ocorrido em 13.09.1996 (fl. 51) —, vigia o art. 40, § 2º, da CF/1988 em sua redação originária, a saber: ‘A lei disporá sobre a aposentadoria em cargos ou empregos temporários’. Desta forma, o dispositivo em comento não vinculava a inatividade ao tempo de contribuição, alteração que, posteriormente, foi introduzida pela EC 20/1998.

Nessa vertente, cumpre ressaltar que, **in casu**, existia uma lei genérica — Lei n. 2.779/1989 — instituidora do regime jurídico único no Estado de Sergipe que previa expressamente, em seu contexto, a inclusão dos ocupantes de cargo comissionado no regime estatutário, bem como a hipótese de aposentadoria por invalidez.

Todavia, ainda que os argumentos expendidos não fossem suficientes para o provimento do presente recurso, nem mesmo a alegada ausência de lei normatizadora poderia obstar a aposentadoria do requerente. É que, não sendo permitida a existência de lacunas em nosso ordenamento jurídico, não pode o intérprete escusar-se de decidir sob alegação de ausência de norma. Cabe a ele o cumprimento da prestação jurisdicional, valendo-se de recursos do próprio sistema, tais como a analogia, a equidade e os princípios gerais de direito.” (Fls. 982/983)

Na espécie, o requisito para a aposentação por invalidez restou sobejamente comprovado nos autos, conforme se vê do laudo de fl. 55 que atesta estar o recorrente “definitivamente inválido para o serviço público em geral, sem condições de recuperação, nem de readaptação.”

Ante o exposto, dou provimento ao recurso ordinário para conceder a segurança e determinar a aposentadoria do recorrente com proventos calculados com base nas leis estaduais vigentes à época do pedido administrativo.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 425.605 — RJ (2002/0042507-3)

Relator: Ministro Fontes de Alencar

Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

Procuradores: Roberto Nunes e outros

Recorrido: José Teixeira Jorge

Advogado: Valter Esteves Alves

EMENTA

Reexame necessário.

— INSS. Sentença posterior à edição da MP n. 1.561/1997 está sujeita ao duplo grau de jurisdição.

— Recurso especial atendido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Tur-

ma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquígráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Vicente Leal, Hamilton Carvalhido e Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 06 de março de 2003 (data do julgamento).

Ministro Fontes de Alencar, Relator

Publicado no DJ de 12.05.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Fontes de Alencar: Trata-se de recurso especial com fulcro no art. 105, III, **a**, da Constituição Federal interposto pela autarquia contra aresto que considerou que a sentença não estava submetida ao duplo grau obrigatório, pois esta foi publicada anteriormente à edição da Medida Provisória n. 1.561-5, de 15 de maio de 1997 que foi convertida na Lei n. 9.469 de 10.07.1997.

Houve embargos declaratórios, que foram rejeitados (fl. 94).

Na irresignação sustenta a recorrente que o aresto negou vigência ao art. 10 da MP n. 1.561.

Pelo despacho de fl.107 foi o recurso admitido.

VOTO

O Sr. Ministro Fontes de Alencar (Relator): Esclareço que a sentença foi publicada no Diário Oficial de 27.02.1997 (fl. 52 v).

Ocorre que a publicação da primeira edição da Medida Provisória n. 1.561 foi datada de 17.01.1997, sendo reeditada a quinta em 15 de maio de 1997. Por conseguinte desta a data da primeira edição da MP n. 1.561, já vigorava a obrigatoriedade do duplo grau de jurisdição.

Assim, tendo a sentença sido publicada após a edição da MP n. 1.561, estava esta, ao contrário do entender posto no aresto impugnado, submetida ao duplo grau.

Assim ficou assentado nesta Corte quando do julgamento dos EREsp n. 170.384, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, onde se lê:

“Embargos de divergência. Processual Civil. Lei n. 9.469/1997. Reexame necessário. Medida Provisória n. 1.561/1997. Aplicabilidade.

Este egrégio Tribunal tem pacificado o entendimento de que as “sentenças publicadas posteriormente à edição da MP n. 1.561/1997, convertida na

Lei n. 9.469/1997 — que determinou a aplicação, às autarquias e fundações públicas, do disposto no Código de Processo Civil, arts. 188 e 475 — devem ser confirmadas pelo Tribunal, como condição de exequibilidade”.

Tal posicionamento vem amparado em decisão do próprio Supremo Tribunal Federal que, ao julgar a ADIn de n. 1.603/PE, se pronunciou pela legalidade da reedição das MPs.

Embargos recebidos”.

Ante o exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento para que a sentença seja submetida ao duplo grau.
