



Jurisprudência da Quinta Turma

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL
N. 508.725 — SP (2003/0009021-2)

Relator: Ministro Felix Fischer

Embargante: Edilson Alves (Preso)

Procurador: Waldir Francisco Honorato Junior

Embargado: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA

Processual Penal. Recurso especial. Embargos declaratórios. Ministério Público. Prazo. Termo inicial. Entrega dos autos no setor administrativo do Ministério Público. Intempestividade.

I - Conforme recente decisão do *Pretório excelso* (HC n. 83.255, Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 05.11.2003), em sessão plenária, o prazo para a interposição de recurso ministerial tem início na data da entrega do processo no setor administrativo do Ministério Público.

II - É intempestivo o recurso especial interposto pela parte fora do prazo legal de 15 (quinze) dias, **ex vi** art. 26 da Lei n. 8.038/1990.

Embargos acolhidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, acolher os embargos, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Laurita Vaz e José Arnaldo da Fonseca votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 15 de junho de 2004 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

DJ de 30.08.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de embargos de declaração opostos em favor de Anderson Martins contra acórdão proferido pela Quinta Turma desta Corte, de minha relatoria, que deu provimento ao apelo excepcional interposto pelo *Parquet*. A ementa do julgado teve o seguinte teor:

Execução penal. Recurso especial. Furtos qualificados. Continuidade delitiva. Requisitos.

A simples reiteração de condutas delituosas — mormente com diferentes co-autores e **modus operandi** diferenciado — não configura, de pronto, a continuidade delitiva. As exigências legais devem restar preenchidas sob pena de se tornar mero ornato o concurso material e de se confundir o crime continuado com a **perseveratio in crimine**.

Recurso provido” (fl. 224).

Nas razões do recurso integrativo, alega o embargante que a decisão embargada apresenta omissão com relação à intempestividade do apelo especial, sustentando, em síntese, que o prazo para a interposição do recurso especial é de 15 (quinze) dias, não dispondo o Ministério Público de prazo em dobro e que o prazo recursal é contado a partir da entrada do processo nas dependências da instituição.

Requer sejam os embargos conhecidos e acolhidos para, sanado a omissão levantada, não ser conhecido o recurso especial interposto pelo *Parquet*.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): Alega o embargante que o acórdão vergastado foi omissivo quanto à tempestividade do recurso aviado pelo Ministério Público. Sustenta que o apelo nobre foi interposto fora do prazo legal sendo, portanto, intempestivo. Requer, ao final, o provimento dos embargos com o conseqüente não-conhecimento do recurso especial aviado pela acusação.

O tema referente ao termo inicial de contagem do prazo para a interposição de recurso por parte do *Parquet* é polêmico. No entanto, o *Pretório excelso*, em recente decisão, proferida em sessão plenária, asseverou que o prazo para a interposição de recurso ministerial tem início na data de entrega do processo no setor administrativo do Ministério Público e não mais da data da posição do “ciente”. Confira-se a ementa do julgado:

“Direito instrumental — Organicidade. As balizas normativas instrumentais implicam segurança jurídica, liberdade em sentido maior. Previstas em textos imperativos, hão de ser respeitadas pelas partes, escapando ao critério da disposição.

Intimação pessoal — Configuração. Contrapõe-se à intimação pessoal a intimação ficta, via publicação do ato no jornal oficial, não sendo o mandado judicial a única forma de implementá-la.

Processo — Tratamento igualitário das partes. O tratamento igualitário das partes é a medula do devido processo legal, descabendo, na via interpretativa, afastá-lo, elastecendo prerrogativa constitucionalmente aceitável.

Recurso — Prazo — Natureza. Os prazos recursais são peremptórios.

Recurso — Prazo — Termo inicial — Ministério Público. A entrega de processo em setor administrativo do Ministério Público, formalizada a carga pelo servidor, configura intimação direta, pessoal, cabendo tomar a data em que ocorrida como a da ciência da decisão judicial. Imprópria é a prática da colocação do processo em prateleira e a retirada à livre discrição do membro do Ministério Público, oportunidade na qual, de forma juridicamente irrelevante, apõe o “ciente”, com a finalidade de, somente então, considerar-se intimado e em curso o prazo recursal. Nova leitura do arcabouço normativo, revisando-se a jurisprudência predominante e observando-se princípios consagrados da paridade de armas.”

(HC n. 83.255/SP, Tribunal Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 05.11.2003).

E no voto condutor tem-se, **verbis**:

“Observem-se os parâmetros deste **habeas corpus**, no que delimitada a competência do Supremo Tribunal Federal. Aprecia-se ato praticado pelo Superior Tribunal de Justiça. Não cabe, a esta altura, dar ao laudo trazido pelo paciente-impetrante a eficácia pretendida. A espécie não sugere sequer a concessão de **habeas** de ofício. O alcance de laudo pericial formalizado em processo civil há de ser dirimido pelo juiz natural da ação em que se busca apenas o paciente. Cumpre analisar a problemática da tempestividade ou não do recurso especial. Os prazos são peremptórios. Assim, não ficam à disposição da parte quanto aos termos inicial e final. O Ministério Público, na ação penal, é parte autora e não fiscal da lei. No dia-a-dia forense, nota-se o costume de proceder-se à remessa dos processos criminais ao Ministério Público, onde são recebidos, assinando o servidor o controle de carga. Essa prática tem como objetivo facilitar a atuação do órgão, no que dispensável a retirada dos processos no cartório. Julgado o **habeas**, o órgão do Ministério Público em atuação na Câmara julgadora tomou ciência do teor respectivo, subscrevendo o acórdão. Mais do que isso, ocorreu o citado encaminhamento do processo e o recebimento já aludidos. Descabe o tratamento desigual, assentando-se que os processos, após a entrada no setor próprio do Ministério Público, podem permanecer na prateleira aguardando que o titular da ação penal delibere, quando melhor lhe aprouver, sobre a fixação do termo inicial do prazo para

desincumbir-se de certo ônus processual. Significa afirmar que só corre o prazo recursal quando, de acordo com a conveniência própria, o integrante do Ministério Público lance no processo a ciência. Esse entendimento não se coaduna com a ordem natural das coisas, com a natureza do prazo recursal, com a paridade de armas que deve ser observada no trato da acusação e da defesa. Assentado o direito de o próprio titular da ação penal dispor do prazo — e a isso equivale a definição do termo inicial, fator que retarda a marcha do processo —, ter-se-á de caminhar no mesmo sentido no tocante à Defensoria Pública, à pessoa ou ao órgão que atue no papel a si reservado, e, por que não dizer, relativamente à defesa de uma maneira geral. Desconsidere-se para argumentar, e ante a jurisprudência até aqui sedimentada — coisa que não o faço, conforme voto proferido no TSE no célebre caso da candidatura do Senador Humberto e do uso da gráfica do Senado —, a aposição, no acórdão, de assinatura do Ministério Público, atuando não como parte, mas como fiscal da lei no processo. Dizer-se, sem previsão legal — e a tanto não equivale a intimação pessoal extensível ao Defensor Público —, que de nada adianta o recebimento formal do processo pelo setor administrativo do próprio órgão, do Ministério Público, mostra-se um privilégio descabido e, como todo privilégio, odioso, ferindo de morte o tratamento igualitário das partes, a isonomia, com total desprezo aos parâmetros do recurso, às preliminares deste, no que definido como um desdobramento da ação, como ônus processual, ou seja, meio sem o qual não é dado chegar a certo resultado. Assim sendo, o critério da oportunidade possui balizas rígidas inafastáveis pela parte, pouco importando a respeitabilidade de que goze no mundo do foro. Os tempos são outros, estando o Ministério Público suficientemente estruturado para agir a tempo e a modo, sem adoção de mecanismos à margem da ordem jurídica, adotando postura conflitante com o arcabouço normativo, potencializando a conveniência de cada qual dos integrantes, que passam a estabelecer, em drible nada exemplar, a oportunidade de detonação, de dar início ao peremptório — insista-se — prazo recursal. Com isso, o curso da dilação legal — e deixa de sê-lo, ao menos com a força cogente desejável — fica ao sabor da vontade de uma das partes, visão inconcebível, mitigando o objetivo que o justifica, ou seja, a característica de algo voltado à segurança jurídica do cidadão, da própria vida em sociedade. A defesa passa no cartório e fica ciente de que o processo está com vista ao Ministério Público, sem que isso se faça limitado no tempo. É a vista sem sujeição a prazo; é a vista a perder de vista. Não se pode levar a tanto a prerrogativa da intimação pessoal. Esta há de ser considerada como a distinguir-se da ficta, daquela decorrente da simples publicação de um ato no jornal oficial. Atende plenamente à citada prerrogativa a chegada do proces-

so, devidamente formalizada, às dependências do Ministério Público, imaginando-se que o servidor público que passa o competente recibo esteja devidamente autorizado e que, a seguir, seja encaminhado o processo a quem de direito. Eis o enquadramento que mais corresponde aos anseios de justiça, à igualização que deve ser a tônica no tratamento das partes, sem subterfúgios, sem subjetividades acomodadoras, sem “jeitinhos” que acabem por gerar enfoque contrário à sempre esperada isonomia. Dê-se ao artigo 798 do Código de Processo Penal interpretação consentânea com o sistema processual. Aliás, a intimação prevista na alínea **a** do § 5^o desse artigo veio a merecer definição pedagógica com o advento da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público. O inciso IV do artigo 41 da Lei n. 8.625/1993 dispõe constituir prerrogativa do Ministério Público — e norma alguma encerra privilégio no sentido inadmissível da palavra — “receber intimação pessoal em qualquer processo e grau de jurisdição, através (leia-se mediante) entrega dos autos com vista”, exatamente o que, na prática, ocorre, mas sem se conferir a finalidade própria. O Ministério Público — e não cabe interferir na organização administrativo-funcional existente — recebe o processo e, mesmo assim, ignora a eficácia do recebimento, armazenando-o para, futuramente, dizer da disposição de examiná-lo e de praticar o ato judicial que defina precise ser praticado. Esse desvio de conduta já sofreu a glosa do Superior Tribunal de Justiça justamente em recurso especial — evidentemente, não no especial cujo acórdão está-se a examinar neste caso:

Processo Penal. Recurso especial. Tempestividade. Ministério Público. Intimação pessoal. Vista dos autos.

1. O prazo de recurso para o Ministério Público começa a fluir da intimação pessoal, formalidade que se opera, a teor da Lei n. 8.625, de 12.02.1993 — art. 41, IV — através da entrega dos autos com vista.

2. Remetidos os autos à Procuradoria de Justiça em 16 de fevereiro de 2000, apresenta-se como intempestivo recurso especial interposto após 22 de março de 2000, data em que o representante do MP fez lançar o ‘ciente’. Recurso especial não conhecido (REsp n. 284.118/SP; Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJ de 16.04.2001, p. 121).

A referência a tal acórdão encontra-se no Código de Processo Penal interpretado de **Julio Fabbrini Mirabete**, como também a seguinte decisão:

Se estão nos autos certidões do cartório afirmando que os autos foram entregues ao representante do Ministério Público em determinado dia, a partir de então é de contar-se o início do prazo recursal para a Promotoria, pois a

hipótese é a da letra **a** do § 5º do art. 798 do CPP, e não da sua letra **c**. (**Habeas Corpus** n. 66.533-1/RJ, Segunda Turma, Relator Ministro Aldir Passarinho, DJ de 21.10.1988).

No julgamento do Recurso Extraordinário n. 114.745/SE, relatado pelo Ministro Carlos Madeira, consignou-se:

Recurso extraordinário em matéria criminal. Intempestividade. Considera-se intimado o Ministério Público no momento em que o processo chega à Procuradoria Geral e não na data em que foi posto o *ciente do Parquet*, para efeito de recorrer. Precedentes do STF.

Recurso não conhecido.

Nota-se, nesta Corte, que há divergências de opinião. No Recurso Extraordinário n. 103.740-4, o Relator do processo e Redator da peça, Ministro Aldir Passarinho, ressaltou, em 19 de março de 1985, que:

Processual Penal. Recurso extraordinário. Ciência do Ministério Público. Prazo recursal.

Tendo sido enviadas ao Ministério Público cópias do acórdão e vindo a ser-lhe, posteriormente, remetidos os autos da ação penal, há de se ter como intempestivo o extraordinário se interposto após decorrido o prazo recursal, quer se tenha como iniciado a partir da primeira, como da segunda remessa. Ademais, o art. 2º da Lei n. 3.396/1958, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (ver Súmula n. 602) tem como aplicável aos processos criminais, não exige a intimação pessoal, para efeitos de interposição do excepcional. E, além daquelas providências, houve a publicação do acórdão no Diário da Justiça. (Recurso Extraordinário n. 103.740-7/DF, Segunda Turma, Relator Ministro Aldir Passarinho, DJ de 26.04.1985)

Com precisão cirúrgica, disse-o mais uma vez a Segunda Turma, em acórdãos da lavra do Ministro Francisco Rezek:

Intimação. Ministério Público.

A intimação do Ministério Público se perfaz no momento em que, comprovadamente, o promotor recebe do escrivão, para ciência, a decisão de seu interesse — e não na data em que se dispõe a compulsar o processo, lançando o *ciente* sobre a sentença. (Recurso Extraordinário n. 105.178/RJ, Segunda Turma, Relator Ministro Francisco Rezek, DJ de 06.09.1985)

Processo Penal. Intimação do Ministério Público. Prazo para recorrer.

Considera-se intimado o promotor no momento em que recebe do escrivão, para ciência, a decisão de seu interesse — e não no instante em que se dispõe à leitura do texto e à oposição do “ciente”.

Recurso extraordinário conhecido mas desprovido. (Recurso Extraordinário n. 107.717-4/SP, Segunda Turma, Ministro Francisco Rezek, DJ de 07.03.1986)

Já em sentido oposto, com menção a precedente do Plenário anterior a 1990, constata-se:

Ministério Público. Intimação da sentença.

Em recentes julgados do egrégio Plenário do STF, ficou entendido que a intimação do Ministério Público deve ser pessoal, isto é, há de ser feita à pessoa de seu representante e o prazo para o respectivo recurso é de se contar da data em que lança o “ciente” do julgado — e não daquela em que os autos são remetidos pelo cartório ou secretaria do Tribunal a uma repartição administrativa do Ministério Público, encarregada apenas de receber os autos, e não autorizada legalmente a receber intimações em nome deste.

RE conhecido e provido para que, afastada a intempestividade da apelação, examine o Tribunal **a quo** as questões nela suscitadas, como de direito. (Recurso Extraordinário n. 111.550-5/SP, Primeira Turma, Relator Ministro Sydney Sanches, DJ de 19.05.1989)

Prazo de recurso extraordinário só computável a partir da ciência pessoal do acórdão recorrido, pelo membro do Ministério Público Estadual, e não desde o simples ingresso dos autos em serviço administrativo da Procuradoria Geral da Justiça (Lei Complementar n. 40/1981, art. 20, V). (Recurso Extraordinário n. 113.410-1/SP, Tribunal Pleno, Relator Ministro Octavio Gallotti, DJ de 17.08.1990)

A duplicidade de enfoques resolve-se por meio de interpretação mais adequada com o princípio básico do processo que é o da isonomia de tratamento das partes. Daí a procedência do inconformismo demonstrado.

Diante do exposto, concedo a ordem, para consignar a intempestividade do recurso especial interposto pelo Ministério Público, ficando, por conseguinte, restabelecido o acórdão nessa via impugnado.”

Com esse novo entendimento, tenho que o recurso especial interposto pelo *Parquet* não pode ser conhecido, posto que intempestivo. Isto porque os autos foram entregues no setor administrativo do Ministério Público em 03.04.2002 (fl. 144). O recurso especial somente foi interposto em 29.04.2002 (fl. 147). Nesse interregno,

como se percebe, decorreram mais de quinze dias, sendo, portanto, intempestivo o recurso especial interposto pelo Ministério Público, **ex vi** art. 26 da Lei n. 8.038/1990.

Pelo exposto, acolho os embargos e, como consequência, não conheço do recurso especial interposto pelo *Parquet*.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 27.440 — SP (2003/0037863-0)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca

Impetrante: Antônio Hipólito de Souza

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Márcio Aurélio de Santana Robles (Preso)

EMENTA

Habeas corpus. Tribunal do júri. Trancamento da ação penal. Falta de justa causa. Discussão acerca dos fatos. Imprestabilidade da peça acusatória. Alegações sujeitas ao confronto probatório. Ordem denegada.

Tem-se no âmbito desta Corte Superior entendimento segundo o qual a interrupção de ação penal por falta de justa causa só se é possível quando diante de fatos que, de plano, afigurem-se inocorrentes ou atípicos, ou quando não se possa inferir deles a exigida autoria. Portanto, o trancamento da demanda afigura-se como medida extrema, cujo fundamento alicerça-se na visualização imediata da inocorrência criminal.

In casu, por mais que a defesa tente demonstrar o contrário, os dados para a continuidade da **persecutio criminis** apresentam-se potencialmente viáveis, sendo, por isso, temerária a paralisação do procedimento, ainda mais diante da ocorrência dos fatos descritos na denúncia e das indicações conclusivas do decreto de pronúncia, submetendo o Paciente ao debate perante o Conselho de Sentença.

Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar o pedido. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp, Jorge Scartezzini e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 24 de junho de 2003 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator

DJ de 25.08.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: Cuida-se de **habeas corpus**, com pedido de liminar, impetrado pelo Advogado Antonio Hipólito de Souza em favor de Márcio Aurélio de Santana Robles, tendo em vista decisão tomada pela Segunda Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que denegou a ordem ali ajuizada pelo Paciente.

Dizem as informações quanto aos fatos (fl. 23):

“O paciente foi pronunciado como incurso no artigo 121, § 2º, I e IV, c.c. o artigo 29, **caput**, ambos do Código Penal, vedado o direito de recorrer em liberdade, nos moldes da decisão de 13 de fevereiro de 2002.

O paciente recorreu.

A colenda Segunda Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Autos n. 383.278.3/3-00, negou provimento ao recurso (cf. acórdão de 12-02-2003).”

Foram impetrados, do mesmo modo, alguns **habeas corpus** perante o Tribunal paulista, dentre eles o que agora se reproduz para efeito de análise deste Tribunal.

Pretende-se com o *writ* o trancamento da ação penal, alegando a inexistência de justa causa para a **persecutio criminis**, além de veicular pedido de soltura imediata do Paciente.

A liminar foi indeferida pelo despacho de fl. 20.

Informações prestadas, com documentos, às fls. 23/101.

Parecer ministerial, pela denegação, às fls. 103/105.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): Tem-se no âmbito desta Corte Superior entendimento segundo o qual a interrupção de ação penal por falta de justa causa só se é possível quando diante de fatos que, de plano, afigurem-se inocorrentes ou atípicos, ou quando não se possa inferir deles a exigida autoria. Portanto, o trancamento da demanda afigura-se como medida extrema, cujo fundamento alicerça-se na visualização imediata da inocorrência criminal. A propósito, é o julgado:

“Processual Penal — Recurso ordinário em **habeas corpus** — Associação para o tráfico — Prisão preventiva — Quadrilha que abastecia o Morro do Adeus e a Cidade do Rio de Janeiro — Envolvimento de diversos acusados — Necessidade — Gravidade do delito — Ordem pública, instrução criminal e aplicação da lei penal — Inépcia da denúncia — Inocorrência — Excesso de prazo — Matéria não examinada pelo Tribunal **a quo** — Supressão de instância.

— A *extrema* gravidade do delito, que envolve complexo esquema de abastecimento de drogas na Cidade do Rio de Janeiro, juntamente com a necessidade de se assegurar a ordem pública, instrução criminal e aplicação da lei penal, justificam o decreto de prisão preventiva, mormente quando alguns dos acusados ostentam grande periculosidade.

— No âmbito deste Colegiado, tem-se consagrado que o *trancamento* de ação penal por falta de *justa causa*, pela via estreita do *writ*, somente se viabiliza quando, pela mera exposição dos fatos narrados na denúncia, constata-se que há imputação de fato penalmente atípico ou que inexistente qualquer elemento indiciário demonstrativo da autoria do delito pelo paciente.

— A peça vestibular, no caso, contém os elementos necessários de forma a possibilitar ao acusado o pleno conhecimento do fato delituoso que lhe é imputado, permitindo sua ampla defesa.

— É inviável a apreciação de questão, referente ao excesso de prazo para o encerramento da instrução criminal, que não foi examinada pelo egrégio Tribunal **a quo**, sob pena de suprimir-se instância.

— Recurso parcialmente conhecido e, neste ponto, negado provimento.”

(RHC n. 13.438/RJ, Relator Ministro Jorge Scartezzini, DJ de 24.02.2003)

In casu, por mais que a defesa tente demonstrar o contrário, os dados para a continuidade da **persecutio criminis** apresentam-se potencialmente viáveis, sendo, por isso, temerária a paralisação do procedimento da Corte Popular. É pre-

ciso lembrar que os fatos apresentados como delituosos, realmente ocorreram, e que o Paciente, sendo ou não inocente, encontrava-se na condição da autoria, restando, a partir daí, necessário o exame do material cognitivo para afastar a indicação acusatória.

Por essa razão, correta, a meu juízo, a posição do Tribunal de Justiça, pois encaminha o feito, em outras palavras, ao aprofundado procedimento instrutório e aos debates perante o Conselho de Sentença. Ora, lá o Paciente terá toda a possibilidade de comprovar as razões de seu inconformismo em maior extensão. É o que bem acentuou o acórdão vergastado à fl. 83, **verbis**:

“A decisão de pronúncia consigna que a prova pericial demonstra a materialidade do fato criminoso e que os depoimentos das testemunhas Julimar Manoel dos Santos, Flávio Cardoso dos Santos e Ademar Manoel dos Santos fornecem indícios de autoria bastantes para análise do caso pelo Tribunal do Júri.”

Como visto, representando a peça acusatória a descrição dos fatos ocorrentes e a suposta participação do denunciado, em respeito à previsão legal do art. 41 do CPP, caberá ao Júri Popular, no momento próprio, a confirmação ou negação de suas disposições, consoante o melhor entendimento.

Ante o exposto, denego a ordem.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 28.585 — RS (2003/0087345-2)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Impetrante: Virgínia Izabel de Albuquerque e Souza Ghisleni — Defensora Pública

Impetrada: Câmara Especial Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

Paciente: Éderson Silva Godinho (Preso)

EMENTA

Habeas corpus. Processual Penal. Processamento de duas apelações criminais com as mesmas partes, objeto e fundamento de pedir. Duplicidade de decisões. Coisa julgada. Incidente processual. Anulação do segundo julga-

do. Falta de intimação pessoal do Defensor Público. Nulidade. Inocorrência. Feito que independe de inclusão em pauta pelo regimento interno do Tribunal de origem.

1. Ocorrendo duplicidade de acórdãos proferidos pelo Tribunal de origem, com identidade de partes, objeto e fundamento do pedido, deve prevalecer o que primeiro transitou em julgado, pois este não padece de qualquer nulidade, enquanto que o segundo apelo é eivado de nulidade por ferir a coisa julgada.

2. A decisão judicial, em todos os graus de jurisdição, torna-se imutável após o seu trânsito em julgado, em observância ao princípio da segurança e estabilidade da ordem jurídica.

3. Ausente a previsão regimental da inclusão de pauta para o julgamento de incidente processual, processado como embargos declaratórios, não constitui nulidade a falta de intimação pessoal do Defensor Público.

4. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem, nos termos do voto da Ministra-Relatora. Votaram com a Relatora os Ministros José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer, Gilson Dipp e Jorge Scartezini. Presidiu a sessão o Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 02 de setembro de 2003 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

DJ de 06.10.2003

RELATÓRIO

O Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de **habeas corpus**, com pedido liminar, impetrado por Virgínia Izabel de Albuquerque e Souza Ghisleni, em favor de Éderson Silva Godinho, atualmente preso, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que, ao julgar o expediente de exceção de coisa julgada formado junto àquela Corte, manteve a sentença condenatória imposta ao ora paciente.

Noticiam os autos que o paciente, juntamente como o co-réu Rodrigo Cabral dos Santos, foi denunciado e condenado pela prática do delito descrito no art. 157, § 2º, incisos I e II, c.c. o art. 14, inciso II, do Código Penal, sendo-lhe imposta a pena de 04 (quatro) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial semi-aberto.

Inconformada, a Defesa apelou de ambas as condenações, tendo sido o recurso do paciente recebido e determinado a intimação do co-réu. Foram apresentadas as razões de apelação pelo paciente Éderson e, ante a certidão de que o co-réu encontrava-se em local incerto e não sabido, foi determinado pelo Juízo singular o traslado para o Tribunal de origem para julgamento da apelação e a intimação por edital do co-réu Rodrigo.

Em 03 de janeiro de 2002 foi formado o traslado e encaminhado ao Tribunal de Justiça local (Apelação Criminal n. 70003814506/RS).

Após, nos autos originais (Apelação Criminal n. 70004570693/RS), foi intimada a Defensoria Pública para oferecimento das razões de apelação do co-réu Rodrigo, porquanto decorrido o prazo do edital.

Apresentadas as razões e contra-razões em relação ao co-réu, o feito foi remetido ao Tribunal **a quo** que, em sessão realizada no dia 18 de setembro de 2002, julgou as apelações de Rodrigo e do paciente Éderson.

O acórdão, que proveu parcialmente o apelo tão-somente para redimensionar a pena em 03 anos e 06 meses ao co-réu Rodrigo e em 03 anos, 09 meses e 10 dias ao paciente Éderson, transitou em julgado em 03 de dezembro de 2002. Paralelamente, os autos trasladados e remetidos ao Tribunal de Justiça em 03 de janeiro de 2002, foi distribuído à Câmara Especial Criminal — e, frise-se, à mesma Desembargadora-Relatora, e apresentado parecer ministerial.

Levada a julgamento, em 24 de abril de 2002, a apelação do paciente (autos trasladados) foi desprovida, à unanimidade, e mantida a sentença e a condenação do paciente a 04 anos, 02 meses e 20 dias de reclusão em regime inicial semi-aberto.

Diante da discrepância de julgados, foi formado o expediente de embargos declaratórios — exceção de incompetência de coisa julgada, pela Desembargadora-Relatora.

Apresentado parecer ministerial, no sentido de que fosse declarado nulo o acórdão proferido nos autos da Apelação Criminal n. 70004570693/RS.

Julgado o expediente de exceção, o Tribunal de Justiça reconheceu a existência de coisa julgada quanto à condenação de Éderson Silva Godinho pelo Acórdão

n. 70003814506/RS, o que ensejou a declaração de invalidade parcial do Acórdão n. 70004570693/RS, mantido tão-somente o julgamento do co-réu Rodrigo.

A Defesa alega, todavia, nulidade do julgamento que reconheceu a existência de coisa julgada e declarou a invalidade parcial do Acórdão n. 70004570693/RS, porquanto não houve a intimação pessoal do Defensor Público do referido ato processual. Aduz, ainda, a existência de inequívoco prejuízo ao paciente porquanto foi mantida a apenação mais elevada.

Requer, assim, liminarmente, a declaração da nulidade do acórdão ora hostilizado e a sustação de seus efeitos, e, no mérito, a concessão em definitivo da ordem.

O pedido liminar foi indeferido.

Estando os autos suficientemente instruídos, foram dispensadas as informações da autoridade impetrada.

A Procuradoria Geral da República opinou pela denegação da ordem nos seguintes termos:

“1. **Habeas corpus**. Penal. Processual Penal.

2. Se o Tribunal local julga duas apelações referentes ao mesmo fato, em momentos diversos, e, apreciando exceção de coisa julgada, dá pela procedência, obviamente a segunda decisão é que deve ser anulada, em respeito à coisa julgada decorrente do primeiro julgamento.

3. Inexistente comprovação de falta de intimação da defesa, para sessão de julgamento.

4. Pela denegação da ordem.” (Fl. 78)

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): Infere-se dos autos que o julgado do incidente de exceção de coisa julgada, contra o qual o paciente se insurge, restou assim decidido:

“Duplicidade de julgamentos — Coisa julgada — Validade e eficácia — Primeiro trânsito em julgado — Nulidade do segundo. Reconhecimento — Inaplicável o prazo do artigo 108 do CPP — Procedimento, artigos 110, 108 CPP

Apelação de co-réu, indevidamente processada por traslado, fora dos casos do artigo 601, § 1º, CPP, já julgada pelo Tribunal, faz coisa julgada material e formal, invalidando novo julgamento, equivocadamente repetido pela mesma Câmara, quando da remessa do processo original com o apelo do

outro réu. Desimporta que mais favorável ao co-réu o segundo julgamento. Havendo duplicidade evidente, prevalece a decisão que primeiro transitou em julgado.

Reconhecida a exceção de coisa julgada com relação a um dos réus, declarada a nulidade parcial do segundo julgamento, mantendo-se eficaz, apenas com relação ao outro réu.

Reconhecida a exceção de coisa julgada declarada a nulidade parcial do acórdão proferido no Processo n. 700045770693.” (Fl. 56)

A Defesa alega, todavia, na presente impetração, nulidade do julgamento que reconheceu a existência de coisa julgada e declarou a invalidade parcial do Acórdão n. 70004570693/RS, pois: a) existe inequívoco prejuízo ao paciente porquanto foi mantida a pena mais elevada; e, b) não houve a intimação pessoal do Defensor Público do referido ato processual.

Razão, contudo, não lhe assiste.

Observa-se, na hipótese, que, em razão de ter havido traslado de peças processuais, formaram-se dois feitos recursais, com identidade de partes, objeto e fundamento do pedido.

O primeiro — Apelação Criminal n. 70003814506 — foi julgado em sessão do Tribunal de origem, no dia 24 de abril de 2002, com trânsito em julgado em 13 de setembro de 2002, conforme certifica o documento juntado à fl. 205 (Apenso I). Posteriormente, o segundo — Apelação Criminal n. 700045770693, foi julgado em sessão realizada em 18 de setembro de 2002 (fl. 210, Apenso II).

Ora, como é sabido, a decisão judicial torna-se imutável após o seu trânsito em julgado, em observância ao princípio da segurança e estabilidade da ordem jurídica. Impede-se, assim, pela coisa julgada, que se multipliquem as ações versando sobre o mesmo fato e o risco de decisões divergentes.

Sendo assim, como bem salientou o Ministério Público Federal, “não importa saber qual decisão de segundo grau foi mais benéfica ao paciente. Interessa a verificação de que o segundo julgamento da apelação não pode subsistir. Houve incontornável violação do princípio constitucional da coisa julgada” (fl. 80).

No mesmo sentido, é a lição do Professor **Julio Fabbrini Mirabete** (in “Processo Penal”, Ed. Atlas, 2000, p. 221), **in verbis**:

“Ocorrendo duplicidade de sentenças condenatórias, isto é, duas condenações proferidas com base no mesmo fato, deve prevalecer a que primeiro transitou em julgado, pois não padece ela de qualquer nulidade, enquanto que a segunda é eivada de nulidade por ferir a coisa julgada (RT 573/397)”.

Concluindo, quanto à alegação de que o defensor não regularmente intimado para a sessão de julgamento do incidente processual, tal nulidade também não persevera.

A exceção de coisa julgada, processada como embargos declaratórios (v.g fl. 36), segundo o disposto o art. 176, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, independe de inclusão de pauta para julgamento, de modo que a falta de intimação pessoal do defensor, nos incidentes de ofício, não acarreta a nulidade do feito.

Nesse sentido, aliás, dispõe o Regimento Interno do Tribunal **a quo, in verbis**:

*“Art. 176. Independem de inclusão em pauta para julgamento as correções parciais, os reexames necessários, os recursos regimentais, os embargos de declaração, as homologações de desistência, renúncia e transação, as habilitações incidentes, as conversões em diligência, os conflitos de competência e de jurisdição, os **habeas corpus**, os recursos-crime de ofício e os pedidos de reabilitação e de exame para verificação da cessação de periculosidade.”* (RI-TJRS) (grifei)

Ante o exposto, acolhendo o parecer ministerial, denego a ordem pretendida.

É como voto.

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS
N. 12.565 — SP (2002/0033102-2)

Relator: Ministro Gilson Dipp

Recorrente: Alberto Viégas Mariz de Oliveira

Advogados: Alberto Viégas Mariz de Oliveira e outro

Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Ricardo Alves Gomes da Silva

EMENTA

Criminal. **HC**. Tráfico de entorpecentes. Nulidades. Ausência de nomeação de curador a réu menor. Assistência de defensor constituído. Curadora do paciente no inquérito ouvida como testemunha do júizo. Nulidade não-configurada. Condenação baseada em outras provas. De-

poimento que serviu como confirmação dos demais elementos do conjunto fático-probatório. Ausência de constrangimento ilegal. Recurso desprovido.

I - Não se reconhece nulidade decorrente da falta de nomeação de curador a réu menor no interrogatório se, não obstante não ter havido prejuízo para a defesa, ainda houve assistência integral de advogado constituído pelo próprio paciente durante todo o ato. Precedente.

II - O motivo da presença do curador é, tão-somente, para impedir abusos na inquirição do acusado — o que é observado com a presença do defensor.

III - Não se verifica nulidade no fato de a curadora do paciente na fase extrajudicial ter sido ouvida como testemunha do juízo, pois, não obstante a referência, pelo Julgador sentenciante, ao seu depoimento, outras provas foram reputadas essenciais para a condenação do paciente pela prática do delito de tráfico de entorpecentes — tais como a quantidade da droga apreendida e a própria declaração dos réus aos policiais de que a substância se destinava a terceiros.

IV - Depoimento da curadora do paciente que serviu apenas como confirmação dos demais elementos do conjunto fático-probatório considerados para a condenação.

V - Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 27 de maio de 2003 (data do julgamento).

Ministro Gilson Dipp, Presidente e Relator

DJ de 25.08.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de recurso ordinário contra acórdão do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que denegou ordem anterior-

mente impetrada em favor de Ricardo Alves Gomes da Silva, visando à anulação do processo criminal.

Os autos dão conta de que o paciente foi preso em flagrante pela suposta prática do crime de tráfico de entorpecentes, pois teria sido encontrado com 46 gramas de maconha.

A autoridade policial nomeou curador ao paciente, na pessoa da Dr.^a Silvana Aparecida Almeida, que, no dia seguinte, teria formulado pedido de relaxamento do flagrante.

Posteriormente, o paciente foi denunciado como incurso nas sanções dos artigos 12 e 16, ambos da Lei n. 6.368/1976.

A impetração refere que a Dra. Silvana Aparecida de Almeida teria sido ouvida pelo Magistrado singular como testemunha do Juízo.

Ao final da instrução, o paciente restou condenado à pena de 02 anos e 06 meses de reclusão, além de multa, pela prática do crime do art. 12 da Lei de Tóxicos, tendo sido absolvido da imputação referente ao art. 16 do mesmo Diploma Legal.

Irresignada, a defesa impetrou **habeas corpus** perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, sustentando violação ao art. 262 do CPP, pois o Julgador monocrático não teria nomeado curador ao paciente.

Além disso, o impetrante alegou que o depoimento da Dr.^a Silvana, intimada como testemunha do Juízo, teria sido decisivo para a prolação do decreto condenatório. Porém, seria prova ilícita, por ofender o art. 154 do Código Penal (violação do segredo profissional), já que a referida testemunha teria sido curadora do paciente quando do seu interrogatório extrajudicial.

A Corte Estadual denegou a ordem, sob o fundamento de aplicação da Súmula n. 352 do STF (“Não é nulo o processo penal por falta de nomeação de curador ao réu menor que teve assistência de defensor dativo.”), além de que seria possível que o curador nomeado na fase de inquérito policial figurasse como testemunha em juízo, pois não teria exercido atividade profissional.

O Tribunal **a quo** ressaltou, ainda, que a sentença estaria fulcrada em outras provas reputadas relevantes para a condenação.

Daí o presente recurso ordinário, no qual se reitera as alegações do *writ* originário.

A Subprocuradoria Geral da República opinou pelo desprovimento do recurso (fl. 343).

É o relatório.

Em mesa para julgamento.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Trata-se de recurso ordinário contra acórdão do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que denegou ordem anteriormente impetrada em favor de Ricardo Alves Gomes da Silva, visando à anulação do processo criminal.

Consta dos autos que o paciente foi condenado pela prática do crime de tráfico de entorpecentes.

Em razões, reitera-se as alegações da impetração originária, alegando-se, em suma:

a) violação ao art. 262 do CPP, pois o Julgador monocrático não teria nomeado curador ao paciente;

b) o depoimento da Dra. Silvana, intimada como testemunha do Juízo, teria sido decisivo para a prolação do decreto condenatório. Porém, seria prova ilícita, por ofender o art. 154 do Código Penal (violação do segredo profissional), já que a referida testemunha teria sido curadora do paciente quando do seu interrogatório extrajudicial.

Contudo, não merece prosperar a irresignação.

Inicialmente, não há como acolher a alegação de nulidade por ausência de nomeação de curador a réu menor de 21 anos.

É descabido o reconhecimento da referida nulidade, que é relativa, decorrente da falta de nomeação de curador a réu menor na audiência de interrogatório, pois, além de não ter sido demonstrado qualquer prejuízo à defesa, os autos demonstram que o réu teve assistência de defensor constituído durante todo o ato (fls. 139 e 270).

Dessarte, a formalidade de nomeação do curador não pode viciar o ato, se houve a assistência de advogado constituído pelo próprio réu.

O motivo da presença do curador é, tão-somente, para impedir abusos na inquirição do acusado — o que é observado com a presença do advogado.

A corroborar tal entendimento, o seguinte precedente:

“Processual Penal — Roubo — Interrogatório — Nulidade — Curador — Inocorrência.

— Inexiste nulidade em processo, por falta de nomeação, para o interrogatório, de curador ao réu menor de 21 anos de idade, quando este tem advogado constituído ou defensor dativo, que o assistiu em todas as fases do processo, inexistindo quaisquer prejuízos à defesa daí decorrente.

— Precedentes.

— Ordem denegada.”

(HC n. 17.884/SP, Ministro Jorge Scartezzini, DJ de 26.08.2002)

Por outro lado, no tocante à oitiva da curadora do paciente na fase extrajudicial como testemunha do juízo, melhor sorte não assiste ao impetrante.

Isso porque pela análise da sentença condenatória, verifica-se que, não obstante a referência ao depoimento da testemunha do juízo, outras provas foram reputadas essenciais para a condenação do paciente pela prática do delito de tráfico de entorpecentes.

Depreende-se da sentença monocrática:

“A ação é parcialmente procedente.

Com efeito, os réus reconhecem estar na posse da droga apreendida à fl. 14 e periciada à fl. 196. Resta saber se sua conduta visava uso próprio ou se destinava a terceiros.

Entendo que há provas do tráfico. Primeiro, a grande quantidade de droga apreendida em poder dos acusados, indicativa de que o fim visado não se restringia ao uso próprio: 46g.

Segundo, a declaração dos réus aos policiais de que a droga se destinava realmente a terceiros, Alexandre e Fábio, conforme testemunhas de Rubens e Cláudio (fls. 126 e 128).

Rubens confirma o encontro da droga apreendida com os réus, bem como que estes teriam dito que a droga se destinava não só ao consumo próprio, como também parte dela a pagamento a João, que os transportava, e outra para Fábio e Alexandre. O policial nega agressão aos acusados (fl. 126).

No mesmo sentido o depoimento de Cláudio (fl. 128).

Embora a credibilidade dos policiais seja colocada em questão pelo depoimento da testemunha de defesa Jéferson, que declarou à fl. 167, ter visto os réus sendo agredidos pelos policiais, entendo não haver motivos para afastar a versão apresentada pelos policiais, já que confirmada na confissão extrajudicial dos acusados de que a droga se destinava igualmente a fornecimento de terceiro, Fábio e Alexandre (fls. 7 e ss.).

Se a confissão por si não é bastante para a condenação, ao ver deste juízo, nos termos do art. 197 do CPP, e muito menos a extrajudicial, deve-se ter presente no caso em apreço que a curadora ratificou a regularidade do ato,

testemunhou ter ouvido de Ricardo, réu menor, a declaração de que parte da droga se destinava realmente a terceiro e, mais ainda, afirma que não houve pedido por parte deles de entrar em contato com familiares (fl. 164). Assim, a confissão encontra corroboração no encontro da droga com os réus, nas declarações dos policiais e na confirmação pela curadora da espontaneidade daquelas declarações na polícia.” (Fls. 250/251 — grifei)

Vê-se, portanto, que o depoimento da curadora do paciente serviu apenas como confirmação dos demais elementos do conjunto fático-probatório considerados para a condenação.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

É como voto.

**RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS
N. 13.360 — PR (2002/0118568-0)**

Relator: Ministro Gilson Dipp

Recorrente: Lino César Oviedo Silva

Advogados: Ronaldo Antônio Botelho e outros

Recorrido: Tribunal Regional Federal da 4ª Região

Paciente: Lino César Oviedo Silva

EMENTA

Criminal. **HC**. Crimes contra a ordem tributária e o Sistema Financeiro. Contrabando. Lavagem de dinheiro. Evasão de divisas. Autos de inquérito policial conduzidos sob sigilo. Acesso irrestrito de advogado. Ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Inocorrência. Inexistência de medidas que restrinjam a liberdade ou o patrimônio do paciente. Legalidade da decisão que obstou a vista dos autos. Preponderância do interesse público sobre o privado. Recurso desprovido.

I - Os princípios do contraditório e da ampla defesa não se aplicam ao inquérito policial, que é mero procedimento administrativo de investigação inquisitorial.

II - A restrição à liberdade profissional de advogado só se configuraria se demonstrada a iminência de medidas destinadas à restrição da

liberdade física ou patrimonial do seu cliente, a demandar a efetiva ação do profissional do Direito — o que não ocorreu **in casu**.

III - Não há ilegalidade na decisão que, considerando estar o inquérito policial gravado de sigilo, negou fundamentadamente, vista dos autos inquisitoriais ao advogado.

IV - Sendo o sigilo imprescindível para o desenrolar das investigações, configura-se a prevalência do interesse público sobre o privado.

V - Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 27 de maio de 2003 (data do julgamento).

Ministro Gilson Dipp, Presidente e Relator

DJ de 04.08.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de recurso ordinário contra decisão do egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que denegou ordem impetrada contra ato do MM. Juiz Federal da 2ª Vara Criminal de Foz do Iguaçu — PR, que indeferira pedido de vista, bem como extração de cópias dos autos do Inquérito Policial n. 2000.70.02.002295-7, sob o fundamento de que o feito transcorria em segredo de justiça.

A ementa do r. julgado tem o seguinte teor:

“Mandado de segurança. Inquérito policial. Sigilo. Art. 20 — CPP Acesso a advogado. Estatuto da OAB (Lei n. 8.906/1994). Art. 7º, inciso XIV. Cerceamento de defesa.

1. Sendo o inquérito policial um dos poucos poderes de autodefesa próprio do Estado no combate ao crime, deve ser assegurado no transcurso do procedimento investigatório o sigilo necessário à elucidação dos fatos (art. 20 — CPP). Nesse escopo, a regra insculpida no inciso XIV do artigo 7º da Lei n.

8.906/1994 (Estatuto da Advocacia) que permite o amplo acesso e irrestrito do advogado aos autos do inquérito policial, deve ser interpretada levando em consideração a supremacia do interesse público sobre o privado. Nessa ótica, mostra-se adequada a restrição à publicidade nos casos em que o sigilo das investigações seja imprescindível para a apuração do ilícito penal e sua autoria, sob pena do procedimento investigatório tornar-se inócuo, em flagrante desatenção aos interesses da segurança social.

2. Se, nos processos judiciais ou administrativos sob o regime de segredo de justiça, o próprio Estatuto da Ordem estabelece restrições ao princípio da publicidade (art. 7º, §1º) com muito mais razão elas devem ocorrer na fase apuratória — momento em que se colhem os primeiros elementos a respeito da infração penal. Esse raciocínio é aplicável mormente nos tempos atuais, em que se expande a macrocriminalidade (tráfico ilícito de entorpecentes, delitos contra o Sistema Financeiro Nacional, praticados por organizações criminosas, lavagem de ativos provenientes de ilícitos etc.). Para combatê-la, o sigilo nas investigações mostra-se vital.

3. Não vigoram na fase inquisitorial os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, os quais somente são aplicáveis na instrução processual penal, pois a acusação somente inicia-se com o oferecimento da denúncia ou queixa. Precedentes.”

Em razões, o recorrente alega, em síntese, que o Tribunal **a quo** teria interpretado equivocadamente o conceito de segredo de justiça, já que os advogados legalmente constituídos teriam direito assegurado mesmo sobre os processos sob sigilo e que o contrário representaria ofensa aos princípios do devido processo legal e da ampla defesa.

A Subprocuradoria Geral da República opinou, preliminarmente, pelo não-conhecimento do recurso e, no mérito, pelo seu desprovimento.

É o relatório.

Em mesa para julgamento.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Trata-se de recurso ordinário contra decisão do egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que denegou *writ* impetrado em favor do paciente, mantendo o indeferimento do pedido feito pelo advogado, de vista e extração de cópias de inquérito policial que tramita em segredo de justiça.

Em razões, o recorrente reitera a alegação de ilegalidade do ato confrontado, pois o mesmo teria cerceado o direito e a defesa, criando constrangimento ao exercício da advocacia, em desconformidade com a Constituição Federal e com a Lei n. 8.906/1994 (Instituto da Ordem dos Advogados do Brasil).

Consta dos autos que o paciente Lino César Oviedo, *que se encontrava no Brasil em razão das perseguições políticas que sofria no Paraguai*, veio a ser preso em Foz do Iguaçu por posse de arma e uso de identidade alheia (processo ainda em curso perante o Juízo da 2ª Vara Federal Criminal de Foz do Iguaçu — PR). O Governo do Paraguai requereu sua extradição, a qual foi negada, por unanimidade, pelo Supremo Tribunal Federal.

Em tal ínterim, Lino Oviedo recebeu notificação da Polícia Federal, depois de obtida autorização do Supremo Tribunal Federal, para ser ouvido em investigação que visa apurar crimes de lavagem de dinheiro, contra a ordem tributária, financeira, contrabando de mercadorias proibidas e formação de quadrilha.

O seu advogado constituído, ato contínuo, dirigiu-se até o Juízo da 2ª Vara Federal Criminal de Foz do Iguaçu, a fim de examinar os autos do inquérito e obter cópia integral, para que pudesse tomar conhecimento das acusações existentes contra o paciente e prestar os esclarecimentos necessários à autoridade policial.

Contudo, o MM. Juiz monocrático indeferiu o pedido, negando não só o exame, como a cópia dos autos, nos seguintes termos:

“Lino César Oviedo Silva, por seu procurador, pretende obter vista e cópia dos autos do inquérito policial acima referido, que tramita sob sigilo de justiça, uma vez que tem conhecimento de carta precatória oriunda da DPF desta cidade, expedida com a finalidade de ouvi-lo na Delegacia da Polícia Federal em Brasília — DF.

Decido.

A pretensão merece indeferimento, uma vez que o feito tramita em sigilo de justiça, investigando-se a prática de delitos contra a ordem tributária e contra o Sistema Financeiro (contrabando, lavagem de dinheiro e evasão de divisas) em que a publicidade do procedimento certamente comprometerá as investigações, frustrando, assim, qualquer expectativa de repressão a eventuais crimes (grifei).

Aplicável, pois, à hipótese, a exceção prevista no art. 7º da Lei n. 8.906/1994:

(...)

É de se ressaltar que em Foz do Iguaçu — PR tramitam mais de duzentos inquéritos policiais que envolvem matéria similar, com envolvimento de diver-

sas pessoas em cada um deles, que diante de sua complexidade impõem, por diversas vezes, a necessidade de quebra de sigilos bancários e fiscal, o que torna imperiosa a restrição de acesso aos dados obtidos (grifei).

Diante disto, há que se fazer uma interpretação das normas legais aplicáveis à luz do princípio da proporcionalidade, encontrando o presente indeferimento de vistas, pois, fundamento no artigo 20, **caput**, do CPP, artigo 3º, da Lei n. 9.034/1995, artigo 7º, § 1º, I e XV, da Lei n. 8.906/1994, bem como no artigo 5º, LX, da Constituição Federal de 1988, que permitem a restrição da publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.

Com efeito, o direito de vista dos autos pelo advogado não é um direito absoluto, pois conforme ensina a melhor doutrina (veja-se, por exemplo, **Robert Alexy**, in: “*Teoria General de los Derechos Fundamentales*” e **J. J. Gomes Canotilho**, in: “Direito Constitucional”), acompanhada pela jurisprudência (em especial do STF), não existem, no ordenamento jurídico pátrio, direitos absolutos, sendo certo que quando se está diante da colisão entre direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos, deve prevalecer, diante do caso concreto, o (...).

(...)

É por isso, por exemplo, que a Lei n. 9.296/1996, ao regulamentar a escuta telefônica, não padece de inconstitucionalidade quando posterga para após a realização da medida, o conhecimento da parte (e também do seu advogado, por certo) quanto ao deferimento da interceptação de suas ligações telefônicas. Não fosse assim, o interesse maior da sociedade na obtenção da prova ficaria prejudicado.

Por outro lado, em decorrência disso, não pode uma lei infraconstitucional estabelecer um direito absoluto quando a própria Constituição não o faz, sendo de se concluir, pois, que a interpretação dada por este Juízo às normas legais aplicáveis à espécie revela o seu real conteúdo, tanto no nível constitucional, quanto no nível infraconstitucional.

De se observar, nesse contexto, que a restrição impugnada não causa efetivo prejuízo à ampla defesa e ao contraditório, pois tais direitos poderão ser exercidos de forma plena, uma vez encerrado o procedimento inquisitorial do inquérito policial na hipótese de o Ministério Público Federal formar convicção no sentido de promover a ação penal.

Indefiro, portanto, o pedido de vista e cópia dos autos.” (Fls. 32/37)

Inicialmente, não há que se falar em ofensa ao princípio da ampla defesa em se tratando de inquérito policial, que é mero procedimento administrativo de investigação inquisitorial, o qual, por isso mesmo, não se processa sob o manto do referido princípio constitucional.

Em relação à apontada ofensa ao art. 7º, inciso XIV, do Estatuto da Ordem dos Advogados, tem-se que, de acordo com o art. 20 do Código de Processo Penal, pode ser decretado, pela autoridade competente, “o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade”.

Nesse sentido, precisas as considerações de **Fernando Capez**, in “Curso de Processo Penal”, fls. 68/69:

“A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade (CPP, art. 20). O direito genérico de obter informações dos órgãos públicos, assegurado no art. 5º, XXXIII, da Constituição Federal, pode sofrer limitações por imperativos ditados pela segurança da sociedade e do Estado, como salienta o próprio texto normativo. O sigilo não se estende ao representante do Ministério Público, nem à autoridade judiciária. No caso do advogado, pode consultar os autos de inquérito, mas, caso seja decretado judicialmente o sigilo na investigação, não poderá acompanhar as realizações dos atos procedimentais (Lei n. 8.906/1994, art. 7º, XIII a XV, e § 1º — Estatuto da OAB). Não é demais afirmar, ainda, que o sigilo no inquérito deverá ser observado como forma de garantia da intimidade do investigado, resguardando-se, assim, seu estado de inocência.”

Saliente-se, ainda, que, no presente caso, não ficou demonstrada a ocorrência iminente de nenhuma medida que visasse à restrição da liberdade ou do patrimônio do paciente, a demandar a imediata ação profissional do seu constituinte.

Nesse sentido, o Julgador monocrático destacou que o paciente *não foi indiciado*, tendo sido apenas chamado para prestar esclarecimentos, *sendo, por ora, parte estranha ao inquérito* (fl. 48).

Outrossim, cuida-se, **in casu**, de inquérito policial conduzido dentre outros 200 (duzentos) procedimentos instaurados a requerimento do Ministério Público, com o objetivo de apurar evasão de divisas, lavagem de dinheiro, contrabando etc., provavelmente praticados por quadrilha especializada neste tipo de empresa criminosa.

Em decorrência, foram a complexidade e a importância das investigações — em função da grande quantidade de inquéritos interligados — bem como a gravidade dos delitos investigados, que determinaram a decretação do sigilo do procedimento extrajudicial até o fim das investigações. Da mesma forma, estes foram os

fatores determinantes da decisão que negou ao paciente, fundamentadamente, o acesso irrestrito aos autos do procedimento policial, com o intuito de salvaguardar a investigação, ressaltando-se, ainda, que tal restrição se aplica somente à fase inquisitorial.

Portanto, não há ilegalidade na decisão que, considerando estar o inquérito policial gravado de sigilo, negou, fundamentadamente, ao paciente, vista dos autos inquisitoriais, especialmente porque, conforme salientado pelo acórdão recorrido, sendo o sigilo imprescindível, **in casu**, para o desenvolvimento das investigações extrajudiciais, existe a supremacia do interesse público sobre o interesse privado, na manutenção do segredo das informações, até a conclusão do procedimento.

Nesse sentido, o seguinte trecho do voto condutor do acórdão impugnado:

“No tocante ao mérito, esta Turma, no julgamento do Mandado de Segurança n. 2002.04.01.01.005054-5/PR (do qual fui Relator, julg. em 1^ª.10.2001) já se manifestou a respeito, entendendo que o indeferimento de vista do procedimento apuratório não implica violação aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (art. 5^ª, LV) porquanto a ‘regra insculpida no inciso XIV do artigo 7^ª da Lei n. 8.906/1994, permitindo o acesso do advogado aos autos do inquérito policial, deve ser interpretada levando em consideração a supremacia do interesse público sobre o privado. Nessa ótica, deve ser restringida a publicidade nos casos em que o sigilo das investigações seja imprescindível para apuração do ilícito penal e sua autoria, sob pena do procedimento investigatório tornar-se inócuo, em flagrante desatenção aos interesses da segurança nacional” (fls. 62/63).

No mesmo sentido, o seguinte precedente, de minha Relatoria:

“Criminal. RMS. Crimes contra a ordem tributária e o Sistema Financeiro. Evasão de divisas. Diretores de instituição bancária. Autos de inquérito policial conduzidos sobre sigilo, decretado judicialmente. Acesso irrestrito de advogado. Não-configuração de direito líquido e certo. Ofensa ao princípio da ampla defesa. Inocorrência. Inexistência de medidas que restrinjam a liberdade ou o patrimônio dos clientes do recorrente. Preponderância do interesse público sobre o privado. Recurso desprovido.

Não é direito líquido e certo do advogado o acesso irrestrito a autos de inquérito policial que esteja sendo conduzido sob sigilo, se o segredo das informações é imprescindível para as investigações.

O princípio da ampla defesa não se aplica ao inquérito policial, que é mero procedimento administrativo de investigação inquisitorial.

Não se evidencia restrição à liberdade profissional de advogado, se não demonstrada a iminência de medidas destinadas à restrição da liberdade física ou patrimonial dos seus clientes, a demandar efetiva ação do profissional do Direito.

Sendo o sigilo imprescindível para o desenrolar das investigações, configura-se a prevalência do interesse público sobre o privado.

V - Recurso desprovido.”

(RMS n. 13.010/PR; DJ de 17.03.2003)

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

É como voto.

**RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS
N. 14.367 — RJ (2003/0058211-2)**

Relator: Ministro Gilson Dipp

Recorrentes: Vargas Vila Cruvello D'Ávila e outro

Advogados: Vargas Vila Cruvello D'Ávila e outro

Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Paciente: Oliveira Ferreira Magalhães Júnior (Preso)

EMENTA

Criminal. RHC. Formação de quadrilha para tráfico de entorpecentes. Prisão preventiva. Necessidade da custódia demonstrada. Presença dos requisitos autorizadores. Condições pessoais favoráveis. Irrelevância. Recurso desprovido.

I - Não se vislumbra ilegalidade na decisão que decretou a custódia cautelar do paciente, ou no acórdão que a confirmou, se demonstrada a necessidade da prisão, atendendo-se aos termos do art. 312 do CPP e da jurisprudência dominante, sendo que a gravidade do delito pode ser suficiente para motivar a segregação provisória como garantia da ordem pública. Precedentes.

II - Condições pessoais favoráveis do paciente — como bons antecedentes, residência fixa e ocupação lícita etc. — não são garantidoras de

eventual direito à liberdade provisória, se a manutenção da custódia é recomendada por outros elementos dos autos.

III - Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

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

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

Ministro Gilson Dipp, Presidente e Relator

DJ de 25.08.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de recurso contra decisão do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que denegou ordem impetrada em favor do paciente, visando à revogação de sua prisão preventiva.

A ementa do r. julgado tem o seguinte teor:

“Ementa: **Habeas corpus**. Prisão preventiva. Estando presentes os motivos autorizadores da prisão cautelar, a sua decretação não constitui constrangimento ilegal. Ordem denegada”. (Fl. 68)

A Subprocuradoria Geral da República opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

Em mesa para julgamento.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Trata-se de recurso ordinário em **habeas corpus** contra acórdão proferido pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que denegou ordem impetrada visando à revogação da prisão cautelar do paciente, denunciado nas sanções do art. 14 da Lei n. 6.368/1976.

Não vislumbro ilegalidade nas decisões atacadas.

Os autos demonstram que a decretação da custódia se deu de maneira fundamentada pelo Julgador, nos seguintes termos:

“(…)

4. Quanto ao pedido de prisão preventiva formulado pelo Ministério Público, o mesmo é procedente, eis que há indícios suficientes de que os denunciados associaram-se em quadrilha a fim de praticar delitos que envolvem o tráfico ilícito de entorpecentes, crime de natureza hedionda, de extrema gravidade e conseqüências, sendo necessário, assim, afastar os acusados da sociedade, visando coibir tais delitos, que em muito contribuem para o aumento avassalador da violência.

Ressalte-se que as provas constantes do inquérito policial em tela, foram obtidas através de interceptação telefônica, de forma lícita, mediante autorização judicial, tudo em conformidade com o disposto na Lei n. 9.296/1996, apontando, inquestionavelmente, indícios suficientes da participação de todos os envolvidos, ora denunciados.

Presentes os pressupostos que autorizam a prisão preventiva, já que estando os réus soltos, prejudicariam a instrução criminal, uma vez que continuariam no controle do tráfico ilícito de entorpecentes, podendo, com isso, inibir os depoimentos das testemunhas arroladas nos presentes autos, prejudicando, assim, a plena aplicação da lei penal.

Assim sendo, indubitavelmente, estão presentes indícios suficientes de autoria, razão pela qual decreto a prisão preventiva dos acusados *Reginaldo Alex da Conceição Simão*, vulgo ‘*Reginaldo Bocão*’, *Daniel da Conceição Simão*, vulgo ‘*Dodô*’, *Oliveira Ferreira Magalhães Júnior*, vulgo ‘*Vereador*’ e *Paulo César Vieira dos Santos*, vulgo ‘*Perrone*’, para garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal e plena aplicação da lei penal, o que faço com base nos artigos 311, 312 e seguintes do CPP” (Fl. 19)

O egrégio Tribunal, por sua vez, manteve tal **decisum**, nos seguintes termos:

“(…)

forçoso reconhecer, desde logo, que o título da prisão que segrega o Paciente é legítimo

Além disto, pelo que dos autos consta, a segregação é necessária, por haver nos autos prova da existência do crime e da materialidade, estando a gravidade do crime ora imputado ao Paciente a exigir a sua segregação, face à ameaça que representa à ordem pública.

Ao lado de tudo isto, o título que segrega o Paciente é legítimo e, conforme anteriormente registrado, presentes os motivos autorizadores da custódia preventiva.

Desta forma, plenamente justificada a preocupação do MM. Juiz **a quo** quanto à prorrogação da segregação do paciente.

Tais circunstâncias, analisadas em conjunto, estão a recomendar a manutenção da prisão decretada.” (Fls. 70/71)

Não vislumbro, portanto, qualquer deficiência na decretação da prisão preventiva e no acórdão que o manteve, tendo em vista que a segregação foi mantida em conformidade com as exigências legais, atendendo aos termos do art. 312 do CPP, e da jurisprudência dominante (STF: RT 574/461; STF: RT 558/423), sendo que a gravidade do crime pode ser suficiente para motivar a segregação provisória como garantia da ordem pública.

Nesse sentido, trago à colação os seguintes precedentes:

“RHC. Prisão preventiva. Fundamentação válida do decreto. Gravidade e violência do crime. Garantia da ordem pública. Inépcia da denúncia. Ausência de prova da materialidade. Preclusão para o oferecimento da denúncia. Inocorrência. Improriedade do *writ* para o exame das demais alegações. Recurso desprovido.

I - Justifica-se a prisão cautelar quando o respectivo decreto encontra-se devidamente fundamentado nos termos do art. 312 do CPP e da jurisprudência dominante, sendo que a gravidade e violência do crime podem ser suficientes para motivar a segregação cautelar como garantia da ordem pública. Precedentes do STF e desta Turma.

II - Não se acolhe alegação de inépcia da denúncia se a mesma encontra-se formalmente perfeita, descrevendo satisfatoriamente as condutas tidas como criminosas e amparada em indícios de autoria e de materialidade.

III - É impróprio o acolhimento de alegação sobre ausência de prova da materialidade, se a mesma não é demonstrada de plano pela impetração e na hipótese de os autos evidenciarem elementos que apontam a sua existência.

IV - Tem-se como descabido o argumento de preclusão para o oferecimento da denúncia, pois, em se tratando de crime de ação penal pública incondicionada, o Ministério Público pode dar início à ação penal a qualquer tempo, antes do delito vir a ser atingido pela prescrição.

*V - O **habeas corpus** é meio impróprio para a análise de questões que reclamariam o exame do conjunto fático-probatório.*

VI - Recurso desprovido.”

(RHC n. 9.251/RJ, de minha relatoria, DJ de 03.04.2000)

“Processual Penal. **Habeas corpus** (EC n. 22/1999). Tentativa de homicídio qualificado e incêndio. Perigo e flagrante. Liberdade.

*A periculosidade do acusado, evidenciada diretamente pelas circunstâncias, antecedentes e **modus operandi** na prática do crime, bastam, **de per si**, em delitos graves, para embasar a segregação cautelar no resguardo da ordem pública e da instrução criminal.*

Habeas corpus indeferido.”

(HC n. 8.430/RS, DJ de 16.08.1999, Relator Ministro Felix Fischer)

Outrossim, ressalto que condições pessoais favoráveis do réu (bons antecedentes, residência fixa, ocupação lícita etc.) não são garantidoras de eventual direito subjetivo à liberdade provisória, se a necessidade da prisão processual é recomendada por outros elementos dos autos, hipótese verificada **in casu**.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 439.731 — CE (2002/0072027-3)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca

Recorrente: Universidade Federal do Ceará — UFC

Procuradores: Fernando Santos Chrisóstomo e outros

Recorridos: Francisco Parente de Araújo e outro

Advogado: Manuel Guimarães Silva Neto

EMENTA

Recurso especial. Administrativo. Mandado de segurança. Servidor. Universidade. Adicional por tempo de serviço. Incidência.

Nos termos de firme jurisprudência desta Corte, e seguindo os ditames legais pertinentes, o adicional por tempo de serviço incide tão-somente sobre o vencimento do cargo efetivo.

Recurso provido, com a denegação da ordem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na confor-

midade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp, Jorge Scartezzini e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 26 de agosto de 2003 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator

DJ de 29.09.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: A Universidade Federal do Ceará — UFC interpõe recurso especial com arrimo no art. 105, inciso III, alínea a da Constituição Federal, objetivando impugnar acórdão da Colenda Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região que, em autos de apelação em mandado de segurança, restou assim ementado, **verbis** (fl. 78):

“Administrativo. Vantagem pessoal instituída pelo artigo 5º do Decreto n. 95.689/1988. Irredutibilidade de vencimentos. Princípio da legalidade. Impossibilidade do pagamento de parcelas suprimidas desde outubro de 1996.

1. Entende-se que a vantagem pessoal instituída pelo Decreto n. 95.689/1988, incorporou-se ao patrimônio dos servidores e a sua supressão infringe os princípios do direito adquirido e da irredutibilidade de vencimentos, insculpidos no art. 5º, XXXVI, e art. 37, XV, da nossa Lei Maior.

2. Com relação ao pleito de condenação da autoridade impetrada no pagamento das parcelas suprimidas a contar de outubro de 1996, descabe sua formulação nos presentes autos, tendo em vista não ser o mandado de segurança via processual hábil ao reclamo de perdas patrimoniais pretéritas à sua impetração.

3. Apelação e remessa oficial parcialmente providas.”

Alterca a recorrente que, contrariamente ao exposto pelo v. acórdão guerreado, a exclusão da vantagem dos contracheques dos autores não se deu de forma arbitrária ou ilegal, mas com respaldo na determinação do Tribunal de Contas da União que, ao apreciar o Proc. n. 275.154/1993, constatou que havia irregularidade na área de pessoal, determinando o cumprimento da legislação pertinente e a devolução de quantia indevidamente recebida, nos termos do art. 46 da Lei n. 8.112/1990.

Dessa forma, ao manter o pagamento indevido do adicional do tempo de

serviço sobre a remuneração do cargo comissionado exercido pelos recorridos, a Corte **a quo** contrariou o disposto nos arts. 40 e 67 da Lei n. 8.112/1990, além de divergir do posicionamento adotado pela Segunda Turma do próprio Tribunal (AC n. 104.489/86/CE, Rel. Juiz Petrucio Ferreira).

Transcorreu **in albis** o prazo para apresentação das contra-razões (fl. 98) e o recurso foi regularmente admitido na origem (fl. 99).

Instado, opinou o ilustre representante do Ministério Público Federal, oficiante nesta Corte, pelo provimento do recurso (fls. 104/106).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): Francisco Parente de Araújo e outro impetraram ação mandamental onde requeriam que fossem replantadas as parcelas retiradas de suas remunerações, desde outubro de 1996, referentes à vantagem pessoal do art. 5º do Decreto n. 95.689/1988.

A ordem foi concedida em parte (fl. 52), mas reformada pelo aresto de que ora se recorre, sob o entendimento de que, ainda que inexistente o decreto instituidor da vantagem, a mesma deveria persistir em relação àqueles que já a percebiam, sob o manto do direito adquirido mas, por outro lado, argumentou ser inviável, na via do mandado de segurança, a condenação da replantação das parcelas suprimidas a contar de outubro/1996.

No presente inconformismo, a recorrente sustenta afronta ao RJU, na medida em que o adicional por tempo de serviço é devido somente sobre o vencimento do cargo efetivo, e não sobre o *plus* remuneratório auferido em cargos comissionados.

O apelo merece amparo.

É entendimento assente nesta Corte de Justiça:

“REsp — Constitucional — Administrativo — Servidor público — Adicional por tempo de serviço — Quinquênios — Base de cálculo — Incidência sobre o vencimento básico — Precedentes.

1. Conforme reiterada jurisprudência deste Tribunal, o adicional por tempo de serviço incide somente sobre o vencimento básico do cargo efetivo ocupado pelo servidor, não alcançando assim, quaisquer outras gratificações.

2. Recurso conhecido mas desprovido.” (REsp n. 49.257/RJ, DJ de 22.11.1999, Relator Ministro Gilson Dipp)

“Recurso especial. Violação a dispositivo constitucional. Dissídio jurisprudencial não comprovado. Adicional por tempo de serviço. Incidência. Vencimento básico.

(...)

3. O adicional por tempo de serviço incide exclusivamente sobre o vencimento básico do cargo efetivo do servidor, não alcançando demais vantagens, inclusive as incorporações decorrentes do exercício de cargo comissionado. Precedentes.

4. Recurso não conhecido.” (REsp n. 445.841/MT, DJ de 04.11.2002, Relator Ministro Fernando Gonçalves)

“Administrativo. Servidor público. Gratificação adicional por tempo de serviço. Base de cálculo. Incidência.

A gratificação adicional por tempo de serviço incide somente sobre o vencimento básico do cargo efetivo ocupado pelo servidor, não alcançando assim, quaisquer outras vantagens ou incorporações. Precedentes.

Recurso provido.” (REsp n. 443.138/PE, DJ de 17.03.2003, Relator Ministro Felix Fischer)

Assim sendo, dou provimento ao presente recurso, no sentido de que seja denegada a ordem impetrada.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 489.977 — PB (2002/0160044-4)

Relator: Ministro Felix Fischer

Recorrente: Antônio Mendes Dantas

Advogado: Silvino Crisanto Monteiro

Recorrido: Ministério Público do Estado da Paraíba

EMENTA

Penal. Recurso especial. Arts. 12 e 14 da Lei n. 6.368/1976. Preceito secundário da norma do art. 14 da Lei n. 6.368/1976 levado em consideração para a fixação da pena-base quanto a esse delito. Violação ao art. 8º da Lei n. 6.368/1976. Penas-base fixadas acima do mínimo legal. Violação ao art. 59 do CP

I - A associação estável de duas ou mais pessoas, na forma do art. 14 da Lei de Drogas encontra-se em vigor, com a cominação da pena prevista no art. 8º da Lei n. 8.072/1990, e não no preceito secundário do art. 14 da Lei n. 6.368/1976. (Precedentes da Terceira Seção — STJ e do *Pretório excelso*).

II - Não tendo sido as circunstâncias do art. 59 do CP inteiramente favoráveis ao recorrente, justificada está a fixação da pena-base, quanto ao delito do art. 12 da Lei n. 6.368/1976, pouco acima do mínimo legal. (Precedentes).

III - Recurso parcialmente provido para anular a r. sentença penal condenatória, quanto à fixação da pena do delito do art. 14 da Lei n. 6.368/1976, determinando que nova dosimetria seja realizada, em observância ao disposto no art. 8º da Lei n. 8.072/1990.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Laurita Vaz e José Arnaldo da Fonseca votaram com o Sr. Ministro-Relator.

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

Ministro Felix Fischer, Relator

DJ de 09.08.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de recurso especial interposto, com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da **lex fundamentalis**, por Antônio Mendes Dantas contra v. julgado da colenda Câmara Criminal do egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. Argumenta, a par de divergência jurisprudencial, negativa de vigência ao art. 59 do Código Penal e art. 8º da Lei n. 6.368/1976.

Diz o relatório do v. acórdão increpado:

“Na Comarca de João Pessoa, Antônio Mendes Dantas, juntamente com Lamartine Araújo Rodrigues, o ‘Lama’, foram presos em flagrante delito por agentes da Polícia Federal, por armazenarem em seus respectivos apartamentos, além de conduzirem em seus automóveis, para comercialização, nada

menos que trinta e um quilos de maconha e oitocentos gramas de cocaína, substâncias que, submetidas a exame, confirmaram o seu poder tóxico e a sua capacidade de produzir dependência física ou psíquica.

Desmembrado o processo em relação ao segundo, foi o primeiro regularmente processado, sendo condenado, em relação ao crime de tráfico, à pena reclusiva de 06 (seis) anos, além de 120 (cento e vinte) dias-multa, e, em relação ao delito de associação para o tráfico, à pena de 05 (cinco) anos de reclusão, além de 90 (noventa) dias-multa, fls. 379/384.

Irresignada, apelou a defesa, aduzindo, em preliminar, a nulidade da sentença, por ausência de fundamentação. No mérito, alega a fragilidade da prova acusatória, toda ela montada, segundo entende, pelos milicianos que se obstinaram em incriminar o apelante. Pugna, ao final, pela absolvição ou a redução da pena cominada, fls. 393/399.

Ofertadas as contra-razões, os autos alçaram a esta Instância, onde, em parecer, a douta Procuradoria de Justiça opina pelo improvimento do recurso, fls. 409/412" (fl. 413).

Tem-se na ementa:

“Tóxico — Tráfico — Associação delitiva — Guarda de grande quantidade de maconha e certa quantidade de cocaína — Flagrante delito — Prova inconcussa da finalidade mercantilista da droga — Condenação — Apelo da defesa — Preliminar de nulidade da sentença — Rejeição — Alegada prova acusatória tendenciosa — Pleito pela absolvição — Inocorrência — Pedido alternativo pela redução da pena — Inadmissibilidade — Sentença mantida — Apelo improvido.

— Os policiais não estão impedidos de depor. Assim, inexistindo prova idônea de que eles são suspeitos ou indignos de credibilidade, os seus testemunhos são tão válidos quanto quaisquer outros, máxime quando corroborados pelos demais elementos constantes dos autos.

— De outra parte, pratica os crimes de tráfico e associação delitiva para tal fim o acusado que, juntamente com um comparsa, organizam verdadeira empresa para distribuição de maconha e cocaína, sendo ambos flagrados, pela polícia, quando transportavam, em veículos diferentes, certas quantidades das drogas, já acondicionadas para venda.

— Ademais, quando revistados os apartamentos de cada um dos integrantes da **societas sceleris**, ali foram apreendidos nada menos que trinta e um quilos de maconha e oitocentos gramas de cocaína.

— Por fim, dosada a pena mediante a criteriosa análise das circunstâncias judiciais, notadamente a intensidade do dolo e a índole voltada à prática de crimes demonstrada pelo agente, não há como acolher-se pedido pela redução do **quantum** imposto” (fls. 417/418).

Opostos embargos de declaração, foram estes rejeitados (fls. 432/435).

Daí o presente recurso especial em que o recorrente argumenta, a par de divergência jurisprudencial, negativa de vigência ao art. 59 do Código Penal e art. 8º da Lei n. 6.368/1976, sustentando, em síntese, ausência de fundamentação na fixação das penas, sendo que por ter sido reconhecido a primariedade e os bons antecedentes do recorrente, as penas-base deveriam ter sido fixadas no mínimo. Sustenta ainda que o patamar constante do art. 8º da Lei n. 8.072/1990 não foi levado em consideração quando da fixação da pena pelo delito do art. 14 da Lei n. 6.368/1976. Pugna, ao final, pelo provimento do recurso “para que, reformando o acórdão recorrido, admita a aplicação do artigo 8º da Lei n. 8.072/1990 — Lei de Crimes Hediondos — reconhecendo também a primariedade e bons antecedentes como causa de diminuição da pena anulando finalmente a sentença **ab initio** (fl. 447).

Contra-razões apresentadas às fls. 479/486.

O Ministério Público Federal se manifestou pelo conhecimento do recurso e, neste ponto, pelo seu desprovimento (fls. 496/501).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer: No presente recurso especial o recorrente argumenta, a par de divergência jurisprudencial, negativa de vigência ao art. 59 do Código Penal e art. 8º da Lei n. 6.368/1976, sustentando, em síntese, ausência de fundamentação na fixação das penas, sendo que por terem sido reconhecidos a primariedade e os bons antecedentes do recorrente, as penas-base deveriam ter sido fixadas no mínimo. Sustenta ainda que o patamar constante do art. 8º da Lei n. 8.072/1990 não foi levado em consideração quando da fixação da pena pelo delito do art. 14 da Lei n. 6.368/1976. Pugna, ao final, pelo provimento do recurso “para que, reformando o acórdão recorrido, admita a aplicação do artigo 8º da Lei n. 8.072/1990 — Lei de Crimes Hediondos — reconhecendo também a primariedade e bons antecedentes como causa de diminuição da pena anulando finalmente a sentença **ab initio** (fl. 447).

Inicialmente, tenho que razão assiste ao recorrente.

Rezam os dispositivos em questão:

Art. 14 da Lei n. 6.368/1976: “Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente, ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 12 e 13 desta lei:

Pena — reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.”

Art. 8º da Lei n. 8.072/1990: “Será de 3 (três) a 6 (seis) anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo.

Parágrafo único. O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando-se desmantelamento, terá pena reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços).”

Art. 288 do Código Penal: “Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes:

Pena — reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

Parágrafo único. A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armado.”

Pacífico o entendimento, nesta Corte e no *Pretório excelso*, no sentido de que o artigo 8º da Lei dos Crimes Hediondos derogou apenas o preceito secundário do artigo 14 da Lei de Tóxicos, *i.e.*, o seu apenamento.

Vale dizer, malgrado a entrada em vigor da Lei n. 8.072/1990, subsiste inalterada a descrição típica do crime de quadrilha ou bando com a finalidade específica de praticar tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, exigindo para sua configuração apenas a participação de duas ou mais pessoas.

Nesse sentido os seguintes precedentes desta Corte:

“Processual Penal. Embargos de divergência. Art. 14 da Lei de Tóxicos.

A associação estável de duas ou mais pessoas, na forma do art. 14 da Lei de Drogas encontra-se em vigor, com a cominação da pena prevista no art. 8º da Lei dos Crimes Hediondos.

Embargos acolhidos”

(REsp n. 149.768/SP, *Terceira Seção*, de minha relatoria, DJ de 17.05.1999).

“Penal. **Habeas corpus**. Associação (art. 14 da Lei de Tóxicos). Pena. Execução.

I - A associação estável de duas ou mais pessoas, na forma do art. 14 da Lei de Drogas encontra-se em vigor, com a cominação da pena prevista no art. 8º da Lei n. 8.072/1990 (Precedentes da Terceira Seção — STJ e do Pretório excelso).

II - A execução da pena privativa de liberdade do delito previsto no art. 14 não sofre a incidência do contido no art. 2º § 1º da Lei n. 8.072/1990 (Precedentes).

III - Quanto ao art. 12 da Lei de Drogas, o regime é integralmente fechado (precedentes).

Ordem parcialmente concedida, com extensão aos co-réus”

(HC n. 10.913/RJ, *Quinta Turma*, de minha relatoria, DJ de 14.02.2000).

“**Habeas corpus**. Tráfico de entorpecentes. Lei n. 6.368/1976. Artigo 14. Derrogação. Preceito secundário. Lei dos Crimes Hediondos. Artigo 8º.

1. Tratando-se de associação de duas ou mais pessoas para o fim de, permanentemente, praticar o tráfico ilícito de substância entorpecente, subsiste a incriminação descrita no artigo 14 da Lei n. 6.368/1976, com a apenação do artigo 8º da Lei dos Crimes Hediondos (precedentes do STF e do STJ).

2. Ordem denegada”

(HC n. 12.454/SP, *Sexta Turma*, Relator Ministro *Hamilton Carvalhido*, DJ de 23.10.2000).

“**Habeas corpus**. Penal. Processo Penal. Delitos de tráfico de entorpecentes e associação criminosa (artigos 12 e 14 da Lei n. 6.368/1976). Possibilidade de condenação em concurso. Estabilidade ou habitualidade da associação criminosa já apreciada nas instâncias inferiores. Incabível nova análise no **habeas corpus**, que não se compatibiliza com exame aprofundado de provas. A aplicação da pena relativa ao delito do artigo 14 da mencionada lei deve ser feita levando-se em consideração o disposto no artigo 8º da Lei n. 8.072/1990. Precedentes do STJ.

Ordem concedida parcialmente”

(HC n. 14.635/RJ, *Quinta Turma*, Relator Ministro *José Arnaldo da Fonseca*, DJ de 19.03.2001).

No mesmo sentido tem se posicionado a Suprema Corte, conforme se depreende dos seguintes julgados:

“Penal. Processual Penal. **Habeas corpus**. Associação para o tráfico de entorpecentes. Lei n. 6.368/1976, art. 14. Lei n. 8.072/1990, art. 8º.

I - Tratando-se de associação para o tráfico de drogas, prevalece a tipificação do art. 14 da Lei n. 6.368/1976, vale dizer, a associação de duas ou mais pessoas, para praticar, reiteradamente ou não, o tráfico de drogas, tipifica o delito do art. 14 da Lei n. 6.368/1976. A pena a ser aplicada será a prevista no art. 8º da Lei n. 8.072/1990, isto é, reclusão de três a seis anos. Precedentes do STF.

II - A absolvição de um dos réus do crime de associação para a prática do tráfico de drogas não modifica a situação dos outros dois réus, que também haviam sido condenados como incurso no art. 14 da Lei n. 6.368/1976.

III - HC indeferido”

(HC n. 73.119-8/SP, Segunda Turma, Relator Ministro Carlos Velloso, DJ de 13.02.1996).

“**Habeas corpus**. Crime de quadrilha ou bando. Associação para os fins de praticar o tráfico de drogas. 2. Lei n. 6.368/1976, art. 14 e Lei n. 8.072/1990, arts. 8º e 10. 3. O art. 8º da Lei n. 8.072/1990 não revogou o art. 14 da Lei n. 6.368/1976, a que se refere o art. 10 da Lei n. 8.072/1990. A pena, no caso de quadrilha destinada à prática de crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins (Lei n. 6.368/1976, art. 14) é a prevista no art. 8º da Lei n. 8.072/1990. 4. Interpretação dos arts. 8º e 10 da Lei n. 8.072/1990. Cuida-se de dois textos da mesma hierarquia e vigentes ao mesmo tempo. No exame da matéria, não há, pois, questão de direito intertemporal. 5. Antinomia aparente e antinomia real. Interpretação corretiva e interpretação abrogante: ab-rogação simples e ab-rogação dupla. 6. Aplicação, no caso, da interpretação corretiva, com conciliação sistemática, mediante interpretação restritiva de ambos os dispositivos (Lei n. 8.072/1990, arts. 8º e 10), reservando-se ao primeiro a fixação da pena inclusive para a quadrilha destinada à prática de crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e ao segundo a especialização do tipo do crime de quadrilha com essa finalidade, tal como descrito no art. 14 da Lei n. 6.368/1976, nele referido. 7. Vigente, dessa maneira, o art. 14 da Lei n. 6.368/1976, a absolvição da co-ré, quanto ao delito de associação, nesse dispositivo descrito, não é de estender-se ao paciente, em face da fundamentação desenvolvida no acórdão, que não merece reparo, também, de referência à dosagem da pena. 8. **Habeas corpus** indeferido”

(HC n. 72.862/SP, Segunda Turma, Relator Ministro Neri da Silveira, DJ de 07.11.1995).

A r. sentença penal condenatória, entretanto, levou em consideração para a fixação da pena para o crime de associação para o tráfico, a disposição do preceito

secundário da norma do art. 14 da Lei n. 6.368/1976 (“reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos”), e não o que consta do art. 8º da Lei n. 8.072/1990 (reclusão de 3 (três) a 6 (seis) anos), confira-se:

“Para os delitos cometidos pelo acusado, são cominadas, em abstrato, as seguintes penas: art. 12 — reclusão de 03 (três) a 15 (quinze) anos e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias multa; art. 14 reclusão de 03 (três) a 10 (dez) anos e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias multa.

(...)

Art. 12. Fixo a pena-base em 06 (seis) anos de reclusão e pagamento de 120 (cento e vinte) dias multa, pena que tenho como definitiva diante da ausência de circunstâncias atenuantes ou agravantes e de causas de aumento ou diminuição.

Art. 14. Fixo a pena-base em 05 anos de reclusão e pagamento de 90 (noventa) dias-multa.

Considerando-se que os delitos foram praticados em concurso material, as penas serão aplicadas cumulativamente na forma do art. 69 do CP” (fl. 383 — grifei).

Com efeito, não merece guarida o fundamento do v. acórdão que rejeitou os embargos de declaração, de que não há ilegalidade na fixação da pena por estar ela dentro dos limites traçados no art. 8º da Lei n. 8.072/1990. Observa-se que, levando-se em consideração o preceito secundário do art. 14 da Lei n. 6.368/1976, a pena de cinco anos fixada, se aproxima do *mínimo*. Por outro lado, se levado em consideração o disposto no art. 8º da Lei n. 8.072/1990 a pena fixada em cinco anos, se aproximaria do limite *máximo*. Ainda deve ser ressaltado que quanto ao delito do art. 14 da Lei n. 6.368/1976 foi fixada pena de multa, o que é incabível segundo a disposição do art. 8º da Lei n. 8.072/1990. Evidente, desta forma, o prejuízo ao recorrente.

No que se refere à tese de que a fixação da pena do art. 12 da Lei n. 6.368/1976, teria negado vigência ao art. 59 do CP, tenho que o recurso não merece prosperar.

Quanto a esse ponto, sustenta o recorrente que em razão de a r. sentença penal condenatória ter reconhecido implicitamente sua primariedade e bons antecedentes, deveria a pena-base ter sido fixada no mínimo legal.

Vejam: transcrevo o que consta do art. 12 da Lei n. 6.368/1976, quanto aos limites das penas:

“Art. 12. Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente,

ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar;

Pena — *Reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.*

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem, indevidamente:

I - importa ou exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda ou oferece, fornece ainda que gratuitamente, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda matéria-prima destinada à preparação de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita de plantas destinadas à preparação de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica.

§ 2º Nas mesmas penas incorre, ainda, quem:

I - induz, instiga ou auxilia alguém a usar entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica;

II - utiliza local de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, para uso indevido ou tráfico ilícito de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica.

III - contribui de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso indevido ou o tráfico ilícito de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica” (grifei).

Transcrevo, outrossim, o teor do art. 59 do CP:

“Art. 59. O juiz, atendendo à *culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima*, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (redação dada pela Lei n. 7.209, de 11.07.1984)

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; (redação dada pela Lei n. 7.209, de 11.07.1984)

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; (redação dada pela Lei n. 7.209, de 11.07.1984)

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; (redação dada pela Lei n. 7.209, de 11.07.1984)

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível” (redação dada pela Lei n. 7.209, de 11.07.1984).

Confira-se, ao final, o que consta do r. **decisum** condenatório, quanto às circunstâncias judiciais do mencionado artigo:

“O acusado agia de forma dolosa, participando de uma verdadeira empresa para a prática do tráfico, tendo ligações com outros traficantes, o que demonstra afeição e propensão à prática criminosa. O delito por ele cometido ascende à gravidade dos crimes de lesa sociedade. Sua motivação era apenas a obtenção de lucro fácil às custas da hígidez de muitos. Sua conduta social, referida apenas por testemunhas não indica manchas” (fl. 383).

Diante disso, malgrado não tenha sido reconhecido pela r. sentença penal condenatória reincidência ou maus antecedentes por parte do paciente, a exacerbação da pena-base, pouco acima do mínimo legal, se justifica, **in casu**, por não lhe terem sido as circunstâncias judiciais do art. 59, inteiramente favoráveis. Nesse sentido:

“Processual Penal. **Habeas corpus**. Fixação da pena. Fundamentação. Participação. Cotejo de provas. *Writ* de ofício. Continuidade delitiva. Número de crimes.

I - A sentença condenatória, levando em conta os ditames do art. 59 do CP, apresentou concreta fundamentação quando da fixação da *pena-base* pouco acima do mínimo legal.

II - A inocorrência de participação no evento teria que ser verificada após amplo cotejo de provas, o que é vedado na via do **habeas corpus**.

III - A agravante prevista no art. 62, I, do CP não pode ser aplicada, **in casu**, pois evidenciado, **prima facie**, nos autos que o paciente não exercia sobre os demais qualquer liderança que justificasse a incidência dessa norma.

IV - O aumento da pena pela continuidade delitiva se faz, basicamente, em razão do número de delitos praticados. Como foram dois os crimes, o aumento se deve dar no mínimo legal, ou seja, 1/6 (um sexto).

Writ concedido, de ofício, para adequação da pena”

(HC n. 10.444/MG, *Quinta Turma*, de minha relatoria, DJ de 13.12.1999)

“Penal e Processo Penal — Tráfico e associação para o tráfico de entorpecentes — Dosimetria — Ausência de ilegalidade na fixação da pena — Confissão espontânea — Inocorrência — Réu preso em flagrante delito.

— Depreende-se da leitura da r. sentença condenatória que, ao fixar a

pena-base pouco acima do mínimo legal, a magistrada considerou, expressamente, a culpabilidade do agente, os motivos do crime, bem como suas consequências para a sociedade. Constata-se, pois, que as circunstâncias do art. 59 do Código Penal não eram totalmente favoráveis ao paciente.

— De outro lado, o Código Penal, ao prever a necessidade de se avaliar e mensurar a culpabilidade do agente, concedeu ao aplicador da lei discricionariedade suficiente para que diferenciem situações de maior ou menor lesão do bem jurídico tutelado. Assim sendo, a grande quantidade de droga pode e deve ser utilizada na dosimetria. Precedentes.

— Por fim, improcede, também, a alegação de que não foi reconhecida a atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, **d**, do Código Penal). De fato, a confissão considerada atenuante necessita de espontaneidade, o que não ocorreu no presente caso, haja vista ter sido o paciente surpreendido em flagrante delito, em condição de inegável autoria.

— Ordem denegada”

(**HC** n. 22.560/MS, *Quinta Turma*, Relator Ministro *Jorge Scartezzini*, DJ de 17.03.2003).

“**Habeas corpus**. Tráfico ilícito de entorpecentes. Crime de ação múltipla ou conteúdo variado. Configuração com a realização de qualquer dos verbos legais. Crime permanente. Consumação diferida. Dosimetria. Natureza e quantidade de droga que devem ser consideradas. Ordem denegada.

1. O tipo penal descrito no artigo 12 da Lei n. 6.368/1976, doutrinariamente denominado de crime de ação múltipla ou conteúdo variado, se perfaz com a realização de qualquer dos verbos legais nele elencados, não se encontrando, como não se encontram, submetidos a regime cumulativo.

2. É de nenhum efeito legal-processual a caracterização do ‘flagrante-preparado’, em aperfeiçoando a conduta anterior do agente crime de tráfico ilícito de entorpecente, de natureza permanente.

3. O crime de tráfico de entorpecente admite concurso de agentes, comportando co-autoria e participação.

4. O reexame de prova é estranho à via angusta do **habeas corpus**.

5. Afora casos excepcionais de caracterizadas ilegalidades ou abuso de poder, fazem-se estranhos ao âmbito estreito e, pois, ao cabimento do **habeas corpus**, os pedidos de modificação ou de reexame do juízo de individualização da sanção penal, na sua quantidade e no estabelecimento do regime inicial do cumprimento da pena de prisão, enquanto requisitam a análise aprofunda-

da dos elementos dos autos, referentes ao fato criminoso, às suas circunstâncias, às suas conseqüências, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade e aos motivos do agente, bem como ao comportamento da vítima.

6. Em crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, a grande quantidade de droga intensifica a gravidade do crime e sinaliza a periculosidade do agente (precedentes do STF e do STJ).

7. Ordem denegada”

(**HC** n. 19.764/SP, *Sexta Turma*, Relator Ministro *Hamilton Carvalho*, DJ de 19.12.2002).

“**Habeas corpus**. Tráfico de entorpecente. Dosimetria da pena. Pena-base fixada acima do mínimo. Grande quantidade de droga e motivação egoística do crime. Observância do art. 59 do CP

Na avaliação das circunstâncias legais para fixação da pena, em se tratando de tráfico de entorpecentes, devem influir decisivamente a espécie e a quantidade da droga. O tipo de entorpecente é dado que indica o grau de nocividade para a saúde pública, correlato ao indicador das conseqüências do crime; a quantidade, quase sempre, aponta para o grau de envolvimento do infrator com o odioso comércio, indicando a medida de sua personalidade perigosa e voltada para a prática criminosa.

Acórdão que, atento a essas premissas e considerando o motivo egoístico do crime, observando os critérios do art. 59 do Código Penal, fixa a pena-base acima do mínimo legal, não padece da alegada falta de fundamentação.

Consoante diretriz do STF e do STJ, a Lei n. 9.455/1997, que versa acerca do crime de tortura ‘não se aplica, em sede do art. 2º, parágrafo 1º, da Lei n. 8.072/1990, a outros crimes’ (STF — **HC** n. 76.371; STJ — *Quinta Turma*, **HC** n. 10.185/SP, Relator Ministro José Arnaldo, DJ de 08.11.1999).

Ordem denegada”

(**HC** n. 13.231/MS, *Quinta Turma*, Relator Ministro *José Arnaldo da Fonseca*, DJ de 09.10.2000).

Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso tão-somente para anular a r. sentença penal condenatória quanto à fixação da pena do delito do art. 14 da Lei n. 6.368/1976, determinando que nova dosimetria seja realizada, em observância ao disposto no art. 8º da Lei n. 8.072/1990.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 503.154 — RJ (2003/0024993-2)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca

Recorrente: União

Recorridos: Adriano Barreto dos Santos Junior e outros

Advogados: Enderson Mesquita e outro

EMENTA

Recurso especial. Administrativo e Processual Civil. Prescrição. Ausência de prequestionamento. Militar da Aeronáutica. Taifeiro. Promoção. Cumprimento de requisitos. Isenção do curso, necessidade de concurso.

Somente no recurso especial o tema sobre a “prescrição” foi suscitado: ausência do necessário prequestionamento.

Nos termos da legislação pertinente (Lei n. 3.953/1961 e decretos regulamentares), os taifeiros estão dispensados do curso de especialização para fins de promoção, mas, no entanto, devem cumprir os demais requisitos, dentre eles, o necessário concurso.

Precedentes.

Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Scartezzini e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 24 de junho de 2003 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator

DJ de 25.08.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: A União interpõe recurso especial

com apoio no inciso III, alínea **a**, do respectivo permissivo constitucional, objetivando impugnar acórdão do colendo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, cuja ementa tem o seguinte teor, **verbis** (fls. 555):

“Administrativo. Militar. Taifeiros. Promoção à graduação de suboficial. Lei n. 3.953/1961. Desnecessidade de concurso. Isonomia.

Ação ordinária proposta por taifeiros da Aeronáutica, objetivando promoção à graduação de suboficial, de acordo com o artigo 1º e seu § 1º, e o artigo 2º, da Lei n. 3.953/1961.

Os autores estão sob a regência da Lei n. 3.953/1961, que não menciona o concurso como requisito para o atingimento da graduação pleiteada.

A mobilidade na profissão em questão, prontamente ajustada à norma legal pelo Ministério da Marinha, ressalta a desigualdade de tratamento sofrida pelos taifeiros da Aeronáutica, sendo claramente violado o princípio da isonomia.

Recurso provido.”

Assevera a recorrente que, ao assim decidir, o Tribunal **a quo** afrontou o disposto no art. 1º do Decreto n. 20.910/1932 e os arts. 2º e 3º do Decreto-Lei n. 4.597/1942, que tratam da prescrição do direito de postular contra a Fazenda Pública, bem como não levou em consideração disposição inserta no art. 1º da Lei n. 3.953/1961 que, ao assegurar o acesso aos taifeiros da Marinha e da Aeronáutica à graduação de suboficial, não os eximiu da seleção, habilitação, aperfeiçoamento e acesso. Caso contrário, seria uma violação ao princípio da isonomia, pois estaria dando tratamento diferenciado ao que fora aplicado a todos os graduados do efetivo da Aeronáutica.

Traz à colação julgados desta e de outras Cortes para reforçar a tese defendida (fls. 566/571).

Os recorridos ofereceram contra-razões (fls. 574/606) e o recurso foi admitido regularmente na origem (fl. 608).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): No tocante à alegação de prescrição tenho que o apelo não merece conhecimento, uma vez que a Corte **a quo** não cuidou do tema. Ausência de prequestionamento.

Os recorridos ajuizaram ação ordinária com vistas à obtenção das respectivas promoções, nos termos da Lei n. 3.953/1961 e do Decreto n. 68.951/1971 (fl. 15).

A decisão singular julgou improcedente o pedido (fls. 492 e segs.), concluindo que “... permitiu a lei o acesso do taifeiro a suboficial, dispensando, apenas, os ocupantes à época do curso de especialização, o que não quer dizer que não estivessem submetidos, como aliás diz a própria inicial, aos demais requisitos para acesso, explicitados nos próprios parágrafos do art. 1º da Lei n. 3.953, de 02.09.1961...” (fl. 495).

O Tribunal Regional Federal da 2ª Região, ao apreciar a apelação interposta, reformou tal decisão, entendendo que a citada lei não menciona o concurso como requisito para o atingimento da graduação buscada pelos autores.

Na espécie, não estamos diante de reexame de provas, para que seja aferido se o autor preencheu ou não os requisitos. O que se discute é que o aresto, reformando a decisão singular, culminou somente por decidir que, por estar o suplicante sob a regência da Lei n. 3.953/1961, seria titular do direito ao acesso à graduação de suboficial sem a necessidade do concurso, se dando a promoção por critério de antigüidade — merecimento (fls. 550/551).

Tal conclusão, com a devida vênia, não cabe prosperar, pois a Lei n. 3.953/1961 é bastante clara em relação aos requisitos para a pretendida promoção:

“Art. 1º Fica assegurado aos taifeiros da Marinha e da Aeronáutica o acesso até a graduação de suboficial, com vencimentos e vantagens relativas à referida graduação.

§ 1º A seleção, habilitação, aperfeiçoamento e acesso, serão efetuados de acordo com a regulamentação existente para os demais quadros, respeitadas as condições inerentes à especialidade.

§ 2º Os atuais taifeiros da Aeronáutica estão isentos do curso de especialização, ficando obrigados, todavia, ao preenchimento dos demais requisitos previstos no parágrafo anterior.”

A lei remete o preenchimento dos requisitos necessários (seleção, habilitação, aperfeiçoamento e acesso) à regulamentação específica, o que, na espécie, se deu com a edição de vários decretos, a saber:

Decreto n. 364, de 15.12.1961:

“Art. 1º A formação dos Terceiros Sargentos Supervisores de Taifa ficará a cargo da Escola de Especialistas da Aeronáutica e far-se-á de acordo com instruções baixadas pelo Ministro da Aeronáutica.

Art. 2º De acordo com parágrafo 2º do artigo 1º da Lei 3.953, de 02 de setembro de 1961, os atuais taifeiros da Aeronáutica serão dispensados da instrução especializada que será ministrada na Escola de Especialistas da Ae-

ronáutica, ficando no entanto, obrigados ao preenchimento dos demais requisitos previstos para a formação do Sargento na Força Aérea Brasileira.”

Decreto n. 68.951, de 19.07.1971:

“Art. 27. As promoções, satisfeitas as condições para o preenchimento das vagas fixadas nas graduações, serão efetuadas:

(...)

b) pelo princípio de seleção, de acordo com os graus finais obtidos nos cursos ou escolas de formação ou em concurso quando se tratar de especialidade de música e supervisor de taifa;”

Decreto n. 89.394, de 21.02.1984:

“Art. 17. O Quadro de Suboficiais e Sargentos é constituído dos seguintes grupamentos:

(...)

c) Supervisor de Taifa — (STA)...”

(...)

Art. 20. As inclusões ou incorporações nos Grupamentos Música, Supervisor de Taifa e Voluntário Especial se efetuam por classificação nos concursos especiais, em função do grau final atribuído e como previsto em instruções próprias.

(...)

§ 2º As inclusões ou incorporações nos Grupamentos Música e Voluntário Especial são deferidas pelo prazo inicial de 2 (dois) anos, às praças e civis, em dia com as suas obrigações militares, aprovados em concurso, satisfeitas as demais condições exigidas.”

Decreto n. 92.577, de 24.04.1986:

“Art. 18. O Quadro de Suboficiais e Sargentos é constituído dos seguintes grupamentos:

(...)

c) Supervisor de Taifa — (STA);

(...)

Art. 21. As inclusões ou incorporações nos Grupamentos Música, Supervisor de Taifa e Voluntário Especial se efetuam por classificação nos concursos especiais, em função do grau atribuído e como previsto em instruções próprias.

§ 1º A inclusão no Grupamento Supervisor de Taifa se processa dentre os candidatos recrutados na graduação de Taifeiro-Mor e que satisfaçam os requisitos previstos na letra c do artigo 62 deste Regulamento.”

(...)

“Art 62. Por qualquer dos critérios, a promoção da praça só se processará quando satisfeitos os seguintes requisitos gerais:

(...)

c) no mínimo, boa aptidão profissional, bom espírito militar, bom comportamento militar e boa conduta civil.”

Não há dúvidas de que toda a legislação regulamentar pertinente remete a promoção do taifeiro ao cumprimento de requisitos, dentre eles, o da classificação no concurso específico, ainda que estejam, por outro lado, isentos do curso de formação.

Assim vem entendendo esta Corte, de forma reiterada:

“Recurso especial. Administrativo. Servidor público militar. Taifeiro da Aeronáutica. Promoção para suboficial. Divergência jurisprudencial não demonstrada. Violação do artigo 1º do Decreto n. 20.910/1932. Súmula n. 283/STF. Lei n. 3.953/1961. Necessidade de preenchimento dos requisitos previstos em regulamento.

...4. Aos taifeiros da Aeronáutica foi assegurado o acesso até a graduação de suboficial, ficando, entretanto, ressalvado que a seleção, habilitação, aperfeiçoamento e acesso serão efetuados de acordo com a regulamentação existente para os demais quadros, respeitadas as condições inerentes à especialidade (artigo 1º, parágrafo 1º, da Lei n. 3.953/1961).

5. Embora estejam isentos da realização de curso de formação (artigo 1º, parágrafo 2º, da Lei n. 3.953/1961), os taifeiros da Aeronáutica só terão acesso até a graduação de suboficial depois de realizar concurso destinado para tal fim. Inteligência dos Decretos ns. 68.951/1971, 89.394/1984, 92.577/1986 e Portaria n. 1.213/GM3/1961.

6. Recurso conhecido.”

(REsp n. 325.705/RJ, DJ de 24.03.2003, Relator Ministro Hamilton Carvalhido)

“Administrativo. Taifeiros da Aeronáutica. Acesso aos quadros de suboficial. Lei n. 3.953/1961 e Decreto n. 92.577/1986. Recurso especial.

1. Não se conhece do recurso especial quanto ao tema que deixou de ser efetivamente deliberado pelo Tribunal de origem. Incidência das Súmulas ns. 282 e 346, ambas do STF

2. Aos taifeiros integrantes dos quadros da Aeronáutica é garantido o direito de ascender até a graduação de suboficial, desde que preenchidos os requisitos previstos no decreto regulamentador.

3. O Decreto n. 92.577/1986 não fere o princípio da isonomia ao determinar as condições necessárias para a referida ascensão, com base nas especificidades da respectiva Força Armada.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, não provido.”

(REsp n. 279.890/CE, DJ de 05.03.2001, Relator Ministro Edson Vidigal)

“AgRg no REsp administrativo. Agravo regimental. Lei n. 3.953/1961. Taifeiros do Ministério da Aeronáutica. Promoção. Requisitos.

1. Aos taifeiros do Ministério da Aeronáutica é assegurado o acesso até a graduação de suboficial, desde que preenchidos os requisitos previstos na Lei n. 3.953/1961 e no Decreto n. 92.577/1986. Não havendo nos autos comprovação do preenchimento dos aludidos requisitos, impõe-se negar provimento ao presente regimental. Precedentes do STJ.

2. Agravo regimental desprovido.”

(AgRg no REsp n. 239.070/PE, DJ de 09.10.2000, Relator Ministro Gilson Dipp)

“Administrativo. Taifeiros. Ministério da Aeronáutica. Lei n. 3.953/1961.

— Aos taifeiros integrantes dos quadros da Aeronáutica é possibilitado o acesso até a graduação de suboficial, desde que preencham os requisitos previstos em regulamento.

— Recurso desprovido.”

(REsp n. 232.782/PE, DJ de 14.02.2000, Relator Felix Fischer)

Dessa forma, dou provimento ao presente recurso, no sentido de que seja restabelecida a decisão de primeira instância, com a inversão da verba sucumbencial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 547.313 — RJ (2003/0106316-9)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

Procuradores: Maria de Lourdes Caldeira e outros

Recorrida: Alda dos Santos Ramires

Advogada: Raquel Caminha Mamede

EMENTA

Previdenciário. Pensão por morte. Reajuste. Aplicação. INPC. Período posterior à Lei n. 8.542/1992. Impossibilidade. Precedentes. Recurso conhecido e provido.

1. O direito ao reajuste do benefício previdenciário pelo INPC limita-se ao período de vigência da redação original do art. 41, inciso II, da Lei n. 8.213/1991.

2. Após a edição da Lei n. 8.542/1992, o índice aplicável passou a ser o IRSM, sendo sucedido pelo IPC-r e IGP-DI, conforme a legislação de regência de cada período, sendo que, atualmente, a lei não atrela o reajuste a qualquer índice oficial, desde que o percentual aplicado garanta a preservação do valor real dos benefícios (art. 41, inciso I, da Lei n. 8.213/1991).

3. Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra-Relatora. Os Srs. Ministros José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer, Gilson Dipp e Jorge Scartezzini votaram com a Sra. Ministra-Relatora.

Brasília (DF), 09 de setembro de 2003 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

DJ de 06.10.2003

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de recurso especial interposto pelo Insti-

tuto Nacional do Seguro Social — INSS, com fundamento na alínea **a** do permissivo constitucional, em face de acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região assim ementado, **in verbis**:

“Previdenciário — Constitucional — Embargos de declaração — Art. 201, § 4º da CF/1988 — Art. 41 da Lei n. 8.213/1991.

I - O art. 201, § 4º, da CF/1988 assegurou o reajustamento dos benefícios previdenciários para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei, no caso o art. 41 da Lei n. 8.213/1991, que, por seu turno, não faz qualquer vinculação ao número de salários mínimos da época da concessão.

II - A partir da vigência da Lei n. 8.213/1991, os benefícios devem ser reajustados mediante aplicação do INPC, adequado por se tratar de índice oficial que espelha a real variação do custo de vida dentro de um determinado período.

III - Embargos de declaração parcialmente providos.” (Fl. 81)

Sustenta o Recorrente violação ao art. 9º, § 3º, da Lei n. 8.542/1992, sustentando que, após a edição do referido diploma legal, não é possível a utilização do INPC no reajuste dos benefícios previdenciários.

Sem contra-razões, e admitido o recurso na origem, ascenderam os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): O art. 41, inciso, II, da Lei n. 8.213/1991, dispunha que “os valores dos benefícios em manutenção serão reajustados, de acordo com suas respectivas datas de início, com base na variação integral do INPC, calculado pelo IBGE, nas mesmas épocas em que o salário mínimo for alterado, pelo índice da cesta básica ou seu substituto eventual.”

A norma foi revogada pela Lei n. 8.542/1992, cujo art. 9º estabelecia, **litteris**:

“Art. 9º A partir de maio de 1993, inclusive, os benefícios de prestação continuada da Previdência Social terão reajuste quadrimestral pela variação acumulada do IRSM, sempre nos meses de janeiro, maio e setembro.

§ 1º Os benefícios com a data de início posterior a 31.01.1993 terão seu primeiro reajuste calculado pela variação acumulada do IRSM entre o mês de início, inclusive, e o mês imediatamente anterior ao do referido reajuste.

§ 2º A partir da referência janeiro de 1993, o IRSM substitui o INPC para todos os fins previstos nas Leis ns. 8.212, e 8.213, ambas de 24.07.1991.”

Tal critério foi mantido até a edição da Lei n. 8.880/1994, que passou a estatuir que “o salário mínimo, os benefícios mantidos pela Previdência Social e os expressos em cruzeiros nas Leis ns. 8.212 e 8.213, ambas de 1991, serão reajustados, a partir de 1996, inclusive, pela variação acumulada do IPC-r nos 12 meses imediatamente anteriores, nos meses de maio de cada ano.” (Art. 29)

A forma de reajuste acima preconizada foi mantida até o advento da Medida Provisória n. 1.415/1996, posteriormente convertida na Lei n. 9.711/1998, quando foi determinada a utilização do IGP-DI na revisão dos benefícios em manutenção.

Atualmente, com a adoção da MP n. 2.022-17, de 23.05.2000, sucessivamente reeditada até a MP n. 2.187-13, de 24.08.2001, que teve sua vigência prorrogada por prazo indeterminado por força do art. 2º da Emenda Constitucional n. 32/2001, o art. 41, § 9º, da Lei n. 8.213/1991, dispõe, **in verbis**:

“§ 9º Quando da apuração para fixação do percentual do reajuste do benefício, poderão ser utilizados índices que representem a variação de que trata o inciso IV deste artigo, divulgados pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística — IBGE ou de instituição congênera de reconhecida notoriedade, na forma do regulamento.”

Consoante se depreende do arrazoado, o direito ao reajuste do benefício previdenciário pelo INPC limita-se ao período de vigência da redação original do art. 41, inciso II, da Lei n. 8.213/1991.

Após a edição da Lei n. 8.542/1992, o índice aplicável passou a ser o IRSM, sendo sucedido pelo IPC-r e IGP-DI, conforme a legislação de regência de cada período, sendo que, atualmente, a lei não atrela o reajuste a qualquer índice oficial, desde que o percentual aplicado garanta a preservação do valor real dos benefício (art. 41, inciso I, da Lei n. 8.213/1991).

A propósito:

“Previdenciário — Recurso especial — Benefício — Reajuste.

1. A Lei n. 8.213/1991 definiu o índice de correção dos benefícios previdenciários, isto é, o INPC até a edição da Lei n. 8.542/1992, que determinou a correção pelo IRSM. Precedentes.

2. Embargos acolhidos.” (EREsp n. 272.752/RJ, Terceira Seção, Relator Ministro Edson Vidigal, DJ de 15.04.2002)

“Previdenciário — Recurso especial — Reajuste de benefício — Valor real — Lei n. 8.213/1991, art. 41, II — Lei n. 8.542/1992 — INPC — IRSM.

— Divergência jurisprudencial comprovada. Inteligência do art. 255 e parágrafos, do Regimento Interno desta Corte.

— Após a vigência da Lei n. 8.542, de 23.12.1992, o reajuste dos benefícios previdenciários tem como índice revisor o IRSM. Portanto, a partir de janeiro/1993 o IRSM substituiu o INPC para todos os fins previstos na Lei n. 8.213/1991. Precedentes.

— Recurso conhecido e provido.” (REsp n. 449.087/RJ, Quinta Turma, Relator Ministro Jorge Scartezzini, DJ de 11.11.2002)

“Agravamento regimental. Previdenciário. Benefício concedido após a Constituição Federal. Reajuste. Lei n. 8.213/1991. Índice integral de 147,06%. Variação do salário mínimo.

1. Os benefícios previdenciários concedidos após a Constituição Federal devem ser reajustados de acordo com o artigo 41 da Lei n. 8.213/1991, com aplicação dos índices INPC, IRSM, IPC-r e seguintes, que preservam o valor real do benefício, pois expressam a inflação ocorrida mês a mês (art. 201, parágrafo 2º, da CF/1988).

2. Não há falar em reajuste dos benefícios previdenciários, concedidos após a Constituição Federal de 1988, com base nos índices de correção do salário mínimo, sendo, portanto, indevido o percentual de 147,06%.

3. Agravamento regimental improvido.” (AgRg no Ag n. 367.353/MG, Sexta Turma, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJ de 22.04.2002.)

Ante o exposto, *conheço* do recurso especial e *dou-lhe provimento*.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 565.638 — RJ (2003/0113693-0)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Recorrentes: Milton Mendes Suiati e outros

Advogados: Bruno Rafael Oliveira Gomes e outro

Recorrida: União

EMENTA

Administrativo. Militares temporários. Aeronáutica. Reintegração. Direito à estabilidade. Decênio legal. Prazo ultrapassado por força de decisão judicial. Reconhecimento. Precedentes do STJ.

1. É assegurado ao praça militar temporário a estabilidade profissional quando ultrapassar o decênio legal de efetivo serviço castrense, ainda que por força de decisão judicial, comprovado nos autos o lapso temporal exigido, a teor do disposto no art. 50, inciso IV, alínea **a**, da Lei n. 6.880/1980.

2. Precedentes do STJ.

3. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso e, nessa parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto da Ministra-Relatora. Votaram com a Relatora os Ministros José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer, Gilson Dipp e Jorge Scartezzini. Presidiu a sessão o Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 09 de setembro de 2003 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

DJ de 06.10.2003

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de recurso especial interposto por Milton Mendes Suiti e outros, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, em face de acórdão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, integrado pelo proferido nos embargos declaratórios manifestados, assim ementado:

“Ementa: Administrativo — Militar — Estabilidade.

I - A estabilidade do militar está regulada em legislação específica, inconfundível com o regime aplicável aos servidores públicos civis, nos termos do art. 142 da Constituição.

II - Recurso improvido.”

Infere-se dos autos, que os Recorrentes, praças militares temporários, ajuizaram junto à 30ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro ação ordinária objetivando o reconhecimento do direito à estabilidade funcional, com fulcro no artigo 50 do Estatuto dos Militares, quando perfizeram 10 (dez) anos de efetivo exercício de serviço militar, em função de liminares concedidas em outros procedimentos judiciais.

O pedido foi, ao final, indeferido pelo Juízo Federal, sob o argumento de que o único efeito possível, após o transcurso do prazo decenal, seria o licenciamento **ex officio** destes, a teor do disposto no Decreto n. 90.600/1984, e que o “licenciamento é ato, cuja edição encontra-se na esfera da discricionariedade do administrador, nos termos dos arts. 42 e 43 do Decreto n. 92.577, de 24 de abril de 1986”.

Inconformados, os Recorrentes interpuseram perante o Tribunal Regional Federal da 2ª Região recurso de apelação cível repisando os mesmos argumentos expendidos na peça inicial.

O apelo, todavia, foi desprovido.

Contra o acórdão acima transcrito foram opostos embargos declaratórios, os quais restaram rejeitados.

Sustentam os Recorrentes, em síntese, na presente oportunidade, violação aos arts. 50, da Lei n. 6.880/1980; e 43, do Decreto n. 92.577/1986, amparando-se na tese do fato consumado, pois integram há mais de 10 (dez) anos, de efetivo serviço, as fileiras da Força Aérea Brasileira, o que lhes garante o direito de estabilidade no quadro castrense.

Alegam, outrossim, negativa de vigência do art. 3º do Estatuto dos Militares, porquanto, na condição de Cabos, Sargentos e Taifeiros da Aeronáutica, são militares do quadro militar, têm vitaliciedade presumida, assegurando-lhes o direito à estabilidade.

A União Federal, em suas contra-razões, aduz que “não há demonstração do cabimento do recurso especial pela alínea **a**, do inciso III, do art. 105 da Constituição Federal, eis que não logrou a recorrente (**sic**) comprovar a contrariedade ou negativa de vigência à legislação federal”, bem como o apelo especial não se presta ao reexame de provas (fls. 436/439).

Admitido o recurso, por decisão em sede de agravo de instrumento, subiram os autos a esta Corte.

É o breve relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): Inicialmente, observo que tão-somente a alegada violação ao artigo 50 da Lei n. 6.880/1980 e ao artigo 43 do Decreto n. 92.577/1986, restou devidamente prequestionada na origem, pois, consoante se depreende da leitura do acórdão objurgado, a sentença de improcedência, cujo conteúdo expressamente consigna os citados dispositivos de lei, foi integralmente incorporada às razões de decidir do Tribunal **a quo**.

Não obstante, a alegativa de afronta ao artigo 3º do Estatuto dos Militares, não foi, em momento algum, objeto de exame ou discussão pelas instâncias ordinárias, razão pela qual conheço parcialmente do recurso.

Passo, então, ao exame da controvérsia.

Conforme se extrai do relatório, os Recorrentes, praças militares temporários, ajuizaram perante à Justiça Federal ação ordinária objetivando o reconhecimento do direito à estabilidade funcional, com fulcro no artigo 50 do Estatuto dos Militares, *quando perfizeram 10 (dez) anos de efetivo exercício de serviço militar; em função de liminares concedidas em outros procedimentos judiciais.*

De fato, os Recorrentes foram reintegrados às fileiras castrenses, sem prejuízo do conteúdo laboral e remuneratório, por força de tutela liminar concedida nos autos da MC n. 93.0020460 -2/RJ, pelo Juízo da 30ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, que suspendeu a eficácia do ato que os licenciou (fl. 285 do Apenso).

Por força da liminar concedida, os Recorrentes ultrapassam, *comprovemente*, os dez (10) anos de serviço necessários à estabilidade almejada, nos termos do que dispõe o art. 50, inciso IV, alínea **a**, da Lei n. 6.880/1980, **in verbis**:

“Art. 50. São direitos dos militares:

...**omissis**...

IV - nas condições ou nas limitações impostas na legislação e regulamentação específicas:

a) a estabilidade, quando praça com 10 (dez) ou mais anos de tempo de efetivo serviço;”

Aliás, esta egrégia Quinta Turma já teve oportunidade de enfrentar situações idênticas à presente, decidindo pelo reconhecimento da estabilidade após o transcurso do decênio legal, consoante os seguintes precedentes:

“Ementa: Recurso especial. Administrativo. Militar. Licenciamento. Decisão concessiva. Suspensão. Reintegração. Prazo ultrapassado por força da decisão judicial. Precedentes.

Após a decisão monocrática que suspendeu o ato de licenciamento dos recorrentes-militares e determinou a reintegração dos mesmos na Força, ultrapassou-se o prazo estipulado pela Lei n. 6.880/1980, culminando com a estabilidade almejada.

Precedentes.

Recurso provido com o restabelecimento da decisão de primeira instância.”

(REsp n. 447.745/RJ, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ de 25.08.2003, p. 353)

“Ementa: Recurso especial. Administrativo. Militar temporário. Reintegração. Promoção. Reexame de prova. Decurso de 10 anos obtido por meio de liminar.

Os respectivos militares temporários acabaram permanecendo por mais de 10 anos no serviço castrense (tempo exigido pela Lei n. 6.880/1980, art. 50), em razão da liminar obtida no Judiciário.

Por outro lado, o acórdão recorrido, para conceder o direito pretendido, calcou-se no fato de que os autores teriam sido promovidos a Cabo. A discussão acerca da existência ou não de tal promoção, como pretende a recorrente, esbarra na vedação do enunciado da Súmula n. 07 desta Corte.

Recurso desprovido.”

(REsp n. 252.619/CE, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ de 23.10.2000, p. 167)

“Ementa: Administrativo. Servidor público. Sargento da Aeronáutica. Estabilidade. Recurso especial.

1. É direito do militar, ainda que temporário, a estabilidade quando contar com mais de 10 (dez) anos de efetivo serviço; comprovado nos autos o lapso temporal exigido.

2. Para ser coerente com a tese de que o oficial temporário não faz jus à permanência definitiva no serviço ativo, cumpriria à Aeronáutica licenciá-lo antes de completado o decênio legal.

3. Recurso conhecido e provido.”

(REsp n. 116.499/PE, Relator Ministro Edson Vidigal, DJ de 29.03.1999, p. 199)

Ante o exposto, conheço parcialmente do recurso especial e, nessa parte, dou-lhe provimento para assegurar aos Recorrentes o direito à reintegração aos seus postos militares, garantindo-lhes, também, o direito à estabilidade no quadro.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 661.488 — SP (2004/0062251-2)

Relator: Ministro Felix Fischer

Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo

Recorrido: Lucas Henrique dos Santos

Procuradores: Sueli Jorge e outros

EMENTA

Processual Penal. Recurso especial. Art. 306 da Lei n. 9.503/1997. Produção antecipada de provas. Art. 366 do CPP. Fundamentação. Necessidade.

Para que seja deferida a produção antecipada de provas, nos termos do art. 366 do CPP, deve ser demonstrada a real necessidade da medida. (Precedentes).

Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso, mas negar-lhe provimento. Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e José Arnaldo da Fonseca votaram com o Sr. Ministro-Relator.

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

Ministro Felix Fischer, Relator

DJ de 03.11.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, com fundamento na letra **c** da **Lex Fundamental**is, atacando v. acórdão prolatado pela colenda Quarta Câmara do egrégio Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, no Recurso em sentido estrito n. 1392855/7.

Retratam os autos que o recorrido foi denunciado como incurso no art. 306 da Lei n. 9.503/1997. Em razão de não ter respondido à citação editalícia, aplicou-se

a disposição do art. 366 do CPP, suspendendo-se o curso processual e o prazo prescricional. Requerida a produção antecipada de provas pelo *Parquet* Estadual, o pedido foi indeferido ao fundamento de que não houve comprovação da necessidade da medida. Irresignada, a acusação interpôs apelação, que foi recebida como recurso em sentido estrito, o qual foi desprovido pelo egrégio Tribunal **a quo**.

Daí o presente recurso, pelo qual se alega que a prova de natureza testemunhal é sempre urgente, razão pela qual não poderia o requerimento da acusação para produção antecipada de provas (art. 366 do CPP) ter sido indeferido. Conclui asseverando que a interpretação dada pela egrégia Corte **a quo**, diverge da interpretação dada por esta Corte, no **HC** n. 6.343/SP, da relatoria do Sr. Ministro Cid Flaquer Scarttezzini.

Contra-razões às fls. 81/90.

A douta Subprocuradoria Geral da República se manifestou pelo desprovisionamento do recurso (fls. 101/104).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Alega o recorrente no presente recurso que a prova de natureza testemunhal é sempre urgente, razão pela qual não poderia o requerimento da acusação para produção antecipada de provas (art. 366 do CPP) ter sido indeferido. Conclui asseverando que a interpretação dada pela egrégia Corte **a quo**, diverge da interpretação dada por esta Corte, no **HC** n. 6.343/SP, da relatoria do Sr. Ministro Cid Flaquer Scarttezzini.

O recurso não merece ser provido.

O Magistrado condutor da instrução entendeu, **in casu**, ser incabível a produção antecipada de provas requerida pela acusação aos seguintes fundamentos:

“A Lei. n. 9.271/1996, que alterou a redação do artigo 366 do Código de Processo Penal, introduziu no Processo Penal Brasileiro novos institutos, dentre os quais a suspensão do processo em razão da revelia decorrente da citação editalícia, se o acusado não constituir defensor, com a possibilidade de decretação da prisão preventiva do acusado, e, ainda, de produção antecipada das provas urgentes.

Não obstante a controvérsia existente na doutrina e na jurisprudência quanto à aplicabilidade da nova lei aos processos em curso quando de sua entrada em vigor, verifica-se que, com relação às infrações cometidas após 17

de junho de 1996, a doutrina é quase unânime ao ponderar que, ocorrendo a revelia do acusado após a citação por edital, e não constituindo o acusado advogado, tanto o processo quanto o curso do prazo prescricional deverão ser suspensos. Vale dizer, com relação aos delitos posteriores, a nova lei incide em sua totalidade.

Por outro lado, com relação à possibilidade de produção antecipada de provas, percebe-se que ainda existem sérias divergências na doutrina quanto à aplicação da nova lei. Com efeito, enquanto alguns autores defendem a interpretação ampliativa do dispositivo, ressaltando os prejuízos que podem ser causados pelo decurso do tempo, outros optam pela interpretação restritiva, condicionando a produção antecipada da prova a circunstâncias especiais.

Entende este Juízo que o escopo da lei em tela foi garantir a ciência pessoal do acusado a respeito da acusação que lhe foi dirigida, assegurando, desta maneira maior eficácia aos princípios do contraditório e da ampla defesa, que devem permear a relação processual.

Portanto, nesta linha de raciocínio, verifica-se incabível a utilização incondicionada da antecipação probatória, eis que, se assim fosse, a aplicação prática do novo diploma legal estaria desvirtuando sua própria finalidade. Ademais, deve-se recordar também que, tratando-se de providência cautelar, sua utilização indiscriminada iria contra a própria natureza do instituto, posto que, como é sabido, a concessão de uma medida cautelar se subordina sempre à existência do **periculum in mora** e do **fumus boni iuris**.

No entanto, nada obsta que, havendo excepcional necessidade, a ser verificada em cada caso concreto, seja deferida pelo Juiz a antecipação probatória, situação que, ademais, já conta com previsão expressa no Código de Processo Penal (art. 225).

Nesse sentido, o comentário de **Damásio E. de Jesus** à nova lei: 'Provas urgentes: casos de necessidade da testemunha ausentar-se da comarca, velhice, doença (p. ex.: iminência de cirurgia cardíaca) etc., que inspirem ao Juiz receio de que não possam ser ouvidas no futuro (CPP, art. 225)

Não se trata, pois, de antecipar-se a realização de qualquer prova, como, **v.g.**, a testemunhal, sob a alegação de que é comum não se encontrar pessoas que devam depor em Juízo por razões de mudança de residência, morte etc. Caso contrário, não teria sentido a qualificação 'urgentes' empregada no texto'. (IBCCrim, n. 42, junho/1996, p. 3).

Ainda sobre o tema, a opinião de **Antonio Magalhães Gomes Filho**: 'Essa antecipação na colheita de prova não deverá ser, certamente, uma rotina nos

casos em que houver a suspensão do processo diante da ausência do réu citado por edital, mas providência resultante da avaliação do risco concreto de impossibilidade na obtenção futura das informações necessárias ao êxito da persecução. Caso contrário, de nada valeriam as disposições da nova lei, seja no tocante à economia processual, seja relativamente à garantia de uma defesa efetiva'. (IBCCrim, n. 42, junho/1996, p. 5).

No caso dos autos, verifica-se que o requerimento do ilustre representante do Ministério Público, no que tange à produção antecipada da prova acusatória, não acompanhar de motivos concretos a autorizar a concessão de tal medida excepcional, referindo-se, apenas, à limitação da memória humana. Destarte, tal pedido não pode ser acolhido.

Na jurisprudência precedentes que dão respaldo a esta tese:

'Prova — Produção antecipada — Medida de caráter excepcional, prevista no art. 366 do CPP que deve ser justificada — Ausência da demonstração de sua urgência ou necessidade — Indeferimento da produção que não fere direito líquido e certo' (RT 746/591)

'Prova criminal — Testemunha — Réu revel — Produção antecipada prevista pela Lei Federal n. 9.271, de 1996 — Direito líquido e certo — Inocorrência — Necessidade de prova da urgência da inquirição — Distinção entre a finalidade da referida norma e a determinação contida nos artigos 92 e 93 do Código de Processo Penal — Segurança denegada.' (JTJ 196/333).

É justamente neste último julgado que encontramos precisa e judiciosa interpretação hermenêutica do dispositivo legal. Assim, afastando a alegação de que a urgência residira nos efeitos deletérios do tempo sobre a memória humana e a mobilidade das testemunhas, o que tornaria sua localização difícil, aduz que:

'Pretendesse o legislador de 1996 privilegiar, em igual medida, a qualidade da colheita da prova e a ampla defesa e teria determinado a suspensão do julgamento (e não do processo), depois de colhida a prova. Não distinguiria, outrossim, entre réu revel, citado por edital, com e sem defensor constituído, pois como evidente, a circunstância é diferente à memória dos fatos pelas testemunhas e a sua localização.' (Sic).

Isto posto indefiro a pretensão. Notifique-se o Ministério Público" (fls. 19/21).

O v. acórdão, por seu turno, confirmou tal entendimento, senão vejamos:

"O réu foi denunciado como incurso no artigo 306 da Lei n. 9.503/1997

e foi citado por edital após certidão do oficial de justiça dando conta de que este estava em local incerto e não sabido.

Com isso, foi decretada com base no artigo 366, do estatuto processual vigente a suspensão do feito e do prazo prescricional, tendo o Ministério Público requerido a produção antecipada da prova oral por considerá-la urgente.

O artigo 366 suso mencionado é norma que prevê uma faculdade do juiz. A invocada equiparação do supramencionado artigo ao artigo 92 do mesmo código processual não tem procedência. Como bem assinalou o Desembargador Dante Busana ao relatar o Mandado de Segurança n. 218.407, julgado em 20.02.1997: ‘Pretendesse o legislador de 1996 privilegiar, em igual medida, a qualidade da colheita da prova e a ampla defesa, teria determinado a suspensão do julgamento (e não do processo) depois de colhida a prova.’

Com efeito, a previsão dos artigos 92 e 93 do Código de Processo Penal é exceção e nessa qualidade não pode, mediante interpretação, tomar proporções de regra.

O artigo 366 facultou ao juiz, considerando urgentes as provas, determinar sua produção antecipada. Para isso, deveria o Ministério Público comprovar a especial urgência. A urgência alegada na peça exordial é inerente à prova uma vez que todas as pessoas podem mudar de endereço, falecer ou esquecer. Seria necessário para a configuração da urgência o perigo iminente de perecimento da prova como por exemplo estar a testemunha à beira da morte ou prestes a mudar do País.

O fato é que não trouxe o ilustre Promotor razões excepcionais que autorizassem a inquirição antecipada das testemunhas, limitando-se apenas a alegações hipotéticas ou genéricas que não induzem à necessidade de realização da prova pretendida.” (Fls. 55/56)

A produção antecipada de prova testemunhal não é obrigatória em se tratando de suspensão estabelecida no art. 366 do CPP. *Não é automática. Ela deve ser — conforme o caso — avaliada fundamentadamente.*

A solicitação para que se proceda à produção antecipada de provas, nos termos do art. 366 do CPP, deve ser, portanto, motivada. E, **in casu**, ela não foi, conforme se depreende da leitura dos trechos transcritos, o *Parquet* não demonstrou de forma concreta a necessidade da medida.

Conforme bem ressaltado pelo v. acórdão increpado o art. 366 se coaduna melhor com o art. 225 do que com o art. 92, todos do CPP. Esta última hipótese, acerca da inquirição antecipada de testemunhas, não traz, em princípio, nenhum

gravame para o réu, em regra, presente. Justamente o sistema é que recomenda o tratamento diferenciado porquanto distintas — e, totalmente distintas — as situações. Nas prejudiciais, o réu não é, necessariamente, revel (**ex vi** art. 92 do CPP).

Já na revelia, a possibilidade de prejuízo para o acusado pode ser, na prática, de grande monta. Aliás, igualando-se as hipóteses, a suspensão do art. 366 do CPP não teria nenhuma razão de ser (**v.g.**, suspender para as alegações finais...).

Nestes termos, os seguintes julgados:

“Recurso especial. Processo Penal. Art. 366 do CPP. Dissídio jurisprudencial não demonstrado. Não-conhecimento. Produção antecipada de prova testemunhal. Medida facultativa com possibilidade de ser urgente. Recurso parcialmente conhecido e desprovido.

I - A mera transcrição ou juntada de ementas não é suficiente para a demonstração da alegada divergência jurisprudencial, sendo necessária a explicitação dos pontos que assemelham ou diferenciam os acórdãos confrontados.

II - *A determinação de produção antecipada de prova testemunhal, nos termos do art. 366 do CPP, é faculdade legal do Julgador; e medida que pode ser considerada urgente diante das peculiaridades do caso concreto.*

III - Recurso parcialmente conhecido e desprovido, nos termos do voto do Relator.”

(REsp n. 443.327/SP, Quinta Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ de 16.06.2003).

“Recurso em mandado de segurança. Processo Penal. Suspensão do processo. Produção antecipada de prova. Art. 366 do CPP. Lei n. 9.271/1996.

Suspensão o processo pela revelia do acusado, nos termos do art. 366 do CPP, cabe ao Juiz, dentro de sua discricionariedade regrada, decidir; fundamentadamente, sobre a produção antecipada de provas.

O simples fato de tratar-se de prova testemunhal não evidencia, **ipso facto**, o seu caráter urgente, o qual deve ser aferido pelo julgador, no caso concreto.

Recurso conhecido, mas desprovido.”

(REsp n. 282.414/PR, Quinta Turma, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ de 11.06.2001).

“Processual Penal. Recurso ordinário de mandado de segurança. Suspensão do processo. Revelia. Produção de prova pessoal (art. 366 do CPP).

I - *Se, fundamentadamente, sem qualquer arbitrariedade, o juiz entender que não é hipótese de produção antecipada da prova, incabível, na via eleita, asseverar ofensa a direito líquido e certo.*

II - O art. 366 deve ser interpretado considerando-se o disposto no art. 225 do CPP. A hipótese do art. 92 do CPP, por não trazer, em regra, probabilidade de prejuízo para o réu, não pode ser tomada como referencial para a suspensão.

Recurso desprovido.”

(RMS n. 8.876/SP, *Quinta Turma*, de minha relatoria, DJ de 03.08.1998).

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

É o voto.
