

Julgados Selecionados

Mandado de Segurança nº 13.532-DF*

RELATOR: MINISTRO PAULO GALLOTTI
IMPETRANTE: CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
ADVOGADO: RAIMUNDO CÉZAR BRITTO ARAGÃO E OUTRO(S)
IMPETRADO: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO DE ESCOLHA DE CANDIDATOS A MINISTRO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM VAGA DESTINADA A ADVOGADO. SOBRESTAMENTO DOS PROCESSOS DE ESCOLHA DE CANDIDATOS A VAGAS DESTINADAS A DESEMBARGADORES ESTADUAIS E MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO DO *MANDAMUS*. PEDIDO PARA IMEDIATA ELABORAÇÃO DA LISTA DE ADVOGADOS. VIOLAÇÃO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. INEXISTÊNCIA.

1. Prejudicado o pedido para que o Superior Tribunal de Justiça não componha as listas relativas às vagas surgidas após a abertura daquela destinada aos advogados pela aposentadoria do Ministro Pádua Ribeiro, uma vez que, com o indeferimento, por maioria de votos, dos pedidos liminares, em 7 de maio último, este Tribunal elaborou as listas para o preenchimento das vagas destinadas a Desembargadores Estaduais e ao Ministério Público.

2. A circunstância de ter o Superior Tribunal de Justiça comunicado ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil que nenhum dos nomes indicados obteve o *quorum* mínimo para figurar na lista tríplice, como exige o nosso Regimento Interno, no art. 26, § 5º, não fere direito líquido e certo do impetrante.

3. O Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça tão-só disciplina a forma de aplicação do disposto nos arts. 104, II, e 94, parágrafo único, da Constituição Federal, dispondo que é secreta a votação, com a exigência de número mínimo de votos para inclusão em lista e que serão realizados tantos escrutínios quantos forem necessários.

4. A votação secreta é garantia da livre manifestação da vontade de cada um dos Ministros no processo de escolha dos nomes indicados, evitando-se qualquer tipo de influência externa e de constrangimento.

* Publicado no DJe de 07/08/2008.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

5. Trata-se de legal sistema de escolha, externando cada um dos votantes livremente sua convicção pessoal, sem que isso importe em violação do salutar princípio da transparência que deve presidir as decisões administrativas de órgãos públicos.

6. A exigência de *quorum* mínimo não é requisito que afronta o texto constitucional, mas, sim, regra de absoluto cunho democrático, encadeada, como as demais, no processo soberano de escolha dos nomes dos candidatos por cada um dos órgãos previstos na Constituição Federal para a prática desse ato de caráter complexo.

7. Quanto à possibilidade de voto em branco, na linha da compreensão que se espousa, a da ampla liberdade da manifestação da vontade do eleitor nessa fase, não vejo como deixar de reconhecer que não é impositiva a escolha de três nomes, revelando-se admissível a ocorrência das demais hipóteses, inclusive daquela em que nenhum nome é sufragado.

8. No que diz com a realização de tantos escrutínios quantos forem necessários para a escolha dos nomes, não parece razoável que se continuasse, naquela oportunidade, a votar indefinidamente, quando já era evidente, desde a primeira votação, que nenhum dos candidatos atingiria o número mínimo de votos.

9. Mandado de segurança prejudicado em parte, denegada a ordem na parte conhecida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, julgar prejudicado o primeiro pedido; no que se refere ao segundo pedido, denegar a ordem em mandado de segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Votaram vencidos os Srs. Ministros Nancy Andrichi, João Otávio de Noronha, Teori Albino Zavascki, Massami Uyeda, Ari Pargendler e Aldir Passarinho Junior.

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Luiz Fux, Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima, Nilson Naves, Cesar Asfor Rocha, Fernando Gonçalves, Felix Fischer, Hamilton Carvalhido e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

Afirmou suspeição a Exma. Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Gilson Dipp e Francisco Falcão.

Brasília (DF), 1º de julho de 2008. (data do julgamento)

MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS, Presidente

(Art.101, § 2º, RISTJ - aposentadoria)

MINISTRO PAULO GALLOTTI, Relator

Por retificação no original publicado no DJE em 22/10/2008

Ministro Paulo Benjamin Fragoso Gallotti

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO PAULO GALLOTTI:

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil impetra mandado de segurança, com pedido de liminar, desafiando decisões administrativas do Superior Tribunal de Justiça.

Narra a inicial que dois são os atos objeto do *mandamus*. “*Por um lado, investe o autor contra a rejeição de sua lista sêxtupla para o cargo de Ministro na vaga decorrente da aposentadoria do Ministro Pádua Ribeiro. Por outro lado, insurge-se o demandante contra o prosseguimento de formação de outras listas, para outras classes de origem, tendentes a preencher vagas de Ministro do Superior Tribunal de Justiça surgidas após a vaga dos advogados*” (fl. 5).

Afirma o impetrante, quanto ao primeiro, que o Superior Tribunal de Justiça não poderia ter devolvido a lista sêxtupla ao fundamento de que nenhum dos candidatos alcançou os votos necessários para compor a lista tríplice, nos termos do art. 26, § 5º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

Sustenta que “*a rejeição das listas sêxtuplas da OAB e do MP só pode ocorrer se a Corte entender que algum, alguns ou todos os seus integrantes não preenchem os requisitos constitucionais, devendo constar da decisão as razões objetivas desse entendimento*” (fl. 11).

Conclui que “*a recusa do STJ em reduzir a lista sêxtupla para tríplice, sem motivo constitucional válido, é inconstitucional e fere direito líquido e certo do impetrante, sua prerrogativa constitucional de formar a lista sêxtupla que culminará com a escolha, dentre seus nomes, de um para o cargo de Ministro da Corte*” (fl. 12).

Quanto ao segundo ato, acentua o impetrante que um terço das vagas destinadas ao Superior Tribunal de Justiça deve ser preenchido com integrantes da classe dos advogados e do *parquet*, alternadamente, para preservar a composição paritária de ambas as classes.

Sendo assim, alega que esta Corte não pode formar e encaminhar lista tríplice dos membros do Ministério Público para preenchimento de vaga que surgiu após aquela destinada à Ordem dos Advogados do Brasil.

Argumenta que “*a não observância da ordem constitucional, além de desrespeitar a paridade que deve ser observada entre as duas classes, acabará, ainda, por privilegiar, indevidamente, o integrante da classe do Ministério Público, que restará mais antigo no cargo, com sua nomeação e posse antes do integrante da OAB, alcançando, por tal razão, os postos de direção desse colegiado antes do Ministro oriundo da classe dos advogados, cuja vaga a ser provida, entretanto, surgiu anteriormente. (...) A bem da verdade, para que não seja desrespeitada a composição determinada constitucionalmente, nenhuma outra lista tríplice, seja qual for a origem da vaga, poderá ser formada e encaminhada ao Senhor Presidente*”

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

da República, enquanto não for reduzida a lista sêxtupla, enviada pelo Conselho Federal da OAB, ante a vaga derivada da aposentadoria do Ministro Pádua Ribeiro, a uma lista tríplice. (...) Há, portanto, direito líquido e certo do impetrante a ser defendido por meio do writ, consistente na preservação da composição constitucionalmente estabelecida, segundo as classes de origem, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, bem como direito líquido e certo de ver preservada a antiguidade de sua vaga sobre as demais abertas após" (fls. 14/15).

Requer o impetrante, tanto liminarmente quanto no mérito, “*seja determinado, ao Superior Tribunal de Justiça, que não componha listas tendentes ao preenchimento de vagas surgidas no STJ após a abertura da vaga destinada à classe dos advogados pela aposentadoria do Ministro Pádua Ribeiro*”, bem como “*seja determinado, ao Superior Tribunal de Justiça, que promova a redução da lista sêxtupla, encaminhada pelo ofício COP/134/2007, da lavra do Presidente do Conselho Federal da OAB, a uma lista tríplice destinada ao preenchimento da vaga da classe dos advogados no Superior Tribunal de Justiça, em decorrência da aposentadoria do Ministro Pádua Ribeiro*” (fl. 16).

Prestadas as informações, nessas o Presidente do Superior Tribunal de Justiça dá conta de que, em sessão plenária de 12 de fevereiro último, foram realizados três escrutínios para a escolha da lista tríplice dos advogados indicados para a vaga de Ministro decorrente da aposentadoria do Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Como nenhum dos candidatos alcançou o número de votos exigidos pelo art. 26, § 5º, do Regimento Interno do STJ, o Plenário da Corte decidiu comunicar o fato à Ordem dos Advogados do Brasil.

Em 11 de março último, acrescenta o Presidente do Superior Tribunal de Justiça, o Conselho Federal da OAB solicitou, por meio do Ofício nº 295/2008-GPR, a suspensão de qualquer procedimento tendente a prover vagas surgidas após aquela destinada aos advogados. Contudo, o Plenário deste Tribunal, em 16 de abril, declarou encerrado o processo de escolha dos candidatos à vaga decorrente da aposentadoria do Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, assim como deliberou que, em 7 de maio, voltará a se reunir para escolher os nomes que figurarão nas listas destinadas ao preenchimento das vagas resultantes das aposentadorias dos Ministros Francisco Peçanha Martins e Raphael de Barros Monteiro Filho e do falecimento do Ministro Hélio Quaglia Barbosa.

O pedido de liminar foi apreciado pela Corte Especial, sendo, por maioria de votos, indeferido.

O parecer do Ministério Público Federal, do Subprocurador-Geral da República Aurélio Virgílio Veiga Rios, tem a seguinte ementa:

“MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO ADMINISTRATIVO DA PRESIDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). IMPUGNAÇÃO DE DOIS ATOS COATORES: A) DEVOLUÇÃO DE



Ministro Paulo Benjamin Fragoso Gallotti

LISTA SÊXTUPLA ENCAMINHADA PELO CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL PARA FINS DE PREENCHIMENTO DE VAGA DO QUINTO CONSTITUCIONAL A SER OCUPADA PELA CLASSE DOS ADVOGADOS; E B) INDEFERIMENTO DO REQUERIMENTO DE SUSTAÇÃO DA PRÁTICA DE QUALQUER ATO QUE TENHA POR FIM A FORMAÇÃO DE LISTAS DESTINADAS AO PREENCHIMENTO DE VAGAS ORIGINADAS APÓS A APOSENTADORIA DO MINISTRO PÁDUA RIBEIRO. PRELIMINAR DE PERDA DE OBJETO.

I. Diante do encaminhamento pelo STJ da lista tríplice destinada ao provimento de vaga proveniente do Ministério Público para a escolha do Presidente da República, a matéria sob apreciação do presente mandamus, no que se refere a ‘suspensão de todo e qualquer procedimento tendente a prover vagas abertas nesse Tribunal posteriormente àquela surgida em face da aposentadoria do Ministro Pádua Ribeiro, até que seja formada e encaminhada, ao Senhor Presidente da República’, não pode mais ser conhecida pelo STJ em razão da perda superveniente do objeto da impetração.

II. O ato de aprovação/rejeição de lista sêxtupla encaminhada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil está sujeita a controle judicial.

III. Necessidade de motivação dos atos administrativos.

IV. Limite jurídico ao exercício da discricionariedade administrativa do Superior Tribunal de Justiça. Necessidade de indicação expressa dos motivos que ensejaram a rejeição (Precedente do STF).

V. Parecer pelo não conhecimento do mandado de segurança quanto ao pedido de suspensão da formação de lista após a aposentadoria do Min. Pádua Ribeiro e, na parte conhecida, pelo deferimento parcial do mandado de segurança para que seja designada nova sessão administrativa para elaboração da lista tríplice ou para que o STJ, em caso de rejeição da lista, justifique a razão pela qual um ou alguns dos advogados indicados na lista sêxtupla não preencheriam os requisitos constitucionais exigidos para o exercício do cargo.”

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PAULO GALLOTTI (RELATOR):

De registrar, desde logo, que está prejudicado o pedido para que o Superior Tribunal de Justiça não componha as listas relativas às vagas surgidas após a abertura daquela destinada aos advogados pela aposentadoria do Ministro Pádua Ribeiro, uma vez que, com o indeferimento, por maioria de votos, dos pedidos liminares, em 7 de maio último, este Tribunal elaborou as listas para o preenchimento das vagas destinadas a Desembargadores Estaduais e ao Ministério Público.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Encaminhadas ao Presidente da República, foram indicados os Desembargadores Luís Felipe Salomão e Geraldo Og Niceas Marques e o Procurador de Justiça Mauro Luiz Campbell, que, inclusive, já foram empossados no último dia 17.

Nesse contexto, impõe-se, no ponto, reconhecer a perda superveniente do objeto do *mandamus*.

Há que se enfrentar, então, o pedido para que se determine ao Superior Tribunal de Justiça que elabore a lista tríplice destinada ao preenchimento da vaga de advogado decorrente da aposentadoria do Ministro Pádua Ribeiro.

O Plenário deste Tribunal, em 12 de fevereiro deste ano, se reuniu em sessão destinada à eleição de candidatos à referida vaga, constando da respectiva ata que a sessão foi “transformada em Conselho para apreciação dos aspectos gerais referentes à escolha dos candidatos, seus currículos, vida pregressa e se satisfazem os requisitos constitucionais”.

Retomados os trabalhos, após a votação, foram computados, em primeiro escrutínio, 84 votos, 44 em branco e 40 válidos. Não tendo sido obtida a maioria absoluta dos votos por nenhum dos candidatos, nos termos do art. 26, § 5º, do Regimento Interno do STJ, a sessão foi mais uma vez transformada em Conselho, seguindo-se um segundo escrutínio, vindo a ser computados 84 votos, sendo 48 em branco e 36 válidos.

Não alcançada, ainda, a maioria absoluta dos votos por nenhum dos candidatos, a sessão foi novamente transformada em Conselho. Antes da terceira votação, o Plenário deliberou, por maioria, que se nenhum candidato obtivesse a maioria absoluta, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil seria comunicado, sendo computados, então, 84 votos, 59 em branco e 25 válidos.

O Presidente do Superior Tribunal de Justiça, na ocasião, proclamou: “Não tendo sido alcançada a maioria absoluta dos votos dos membros da Corte, o Tribunal deliberou, por votação majoritária, comunicar o fato ao Conselho da OAB, determinando a imediata expedição de ofício”.

É contra esse ofício (nº 143/GP, de 12/2/2008) que se insurge a impetração, afirmando que a aludida deliberação não encontra amparo nos arts. 104, II, e 94, parágrafo único, da Constituição Federal, e 27, § 3º, do Regimento Interno do STJ.

Diz o impetrante que a rejeição da lista sêxtupla só pode ocorrer, de forma motivada, se a Corte entender que algum ou alguns dos candidatos não preenchem os requisitos constitucionais, invocando o voto proferido pelo Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento do MS nº 25.624/SP, no Supremo Tribunal Federal.

Argumenta que “na espécie, a devolução da lista não teve por causa o entendimento de que os requisitos constitucionais não restavam cumpridos. Ao contrário, o Superior Tribunal de Justiça entendeu-os presentes, tanto que, tendo se reunido em conselho para aferir a existência desses requisitos, como manda seu



Ministro Paulo Benjamin Fragoso Gallotti

regimento interno (art. 27, caput), dessa fase procedimental passou à subseqüente (art. 27, § 1º), tornando pública a sessão e designando Comissão Escrutinadora. O fundamento único da devolução da lista à Ordem foi simplesmente a não obtenção do quorum estabelecido no § 5º do artigo 26 do RISTJ’.

Assevera que a devolução da lista contraria o disposto na Constituição Federal, constituindo dever do Superior Tribunal de Justiça formar a lista tríplice, prevendo seu regimento interno a realização de tantos escrutínios quantos forem necessários.

Desde logo, impõe-se assentado, sem eufemismo, que o Superior Tribunal de Justiça não devolveu a lista para a Ordem dos Advogados do Brasil, dando-lhe ciência, como lhe cumpria fazer, que nenhum dos candidatos logrou obter o número de votos mínimo exigido para inclusão de seu nome na lista tríplice.

O precedente citado pelo impetrante, qual seja, o MS nº 25.624/SP, relator o Ministro Sepúlveda Pertence, segundo penso, não serve como paradigma por cuidar de hipótese fática diversa.

Com efeito, lá asseverou o Supremo Tribunal Federal que o tribunal a quem compete a elaboração da lista tríplice não pode substituir a lista sêxtupla encaminhada pela respectiva entidade de classe por outra composta pelo próprio órgão judicial, ainda que se valendo de nomes indicados para outras vagas, isso porque a prerrogativa de apresentar a relação dos candidatos é do órgão da classe.

Destaca o acórdão, ainda, que caso a Corte entenda que um ou mais dos componentes da lista sêxtupla não preenchem os requisitos constitucionais para a investidura, pode devolvê-la, desde que o faça motivadamente.

Não é a hipótese dos autos.

Aqui, como apontado pelo próprio impetrante, a questão relativa ao preenchimento dos requisitos constitucionais restou superada, tendo este Superior Tribunal de Justiça os considerados satisfeitos (art. 27, caput, do RISTJ), pois passou à fase subseqüente do procedimento de escolha, tornando pública a sessão e designando comissão escrutinadora (art. 27, §1º).

Assim, a questão a ser resolvida é se a circunstância de ter o Superior Tribunal de Justiça comunicado ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil que nenhum dos nomes indicados obteve o *quorum* mínimo para figurar na lista tríplice, como exige o nosso Regimento Interno, no art. 26, § 5º, fere direito líquido e certo do impetrante.

Penso que não.

O Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça tão-só disciplina a forma de aplicação do disposto nos arts. 104, II, e 94, parágrafo único, da Constituição Federal, dispondo que é secreta a votação e que serão realizados tantos escrutínios quantos forem necessários.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

A votação secreta é garantia da livre manifestação da vontade de cada um dos Ministros no processo de escolha dos nomes indicados, evitando-se qualquer tipo de influência externa e de constrangimento.

De tal relevância é essa garantia que a própria Ordem dos Advogados do Brasil, no seu processo interno de definição dos nomes para compor a lista sêxtupla, prevê no § 7º do art. 9º do Provimento nº 102/2004, *verbis*:

“Na sessão, após o julgamento de eventuais recursos e arguidos os candidatos, serão distribuídas aos Conselheiros e Membros Honorários Vitalícios com direito a voto cédulas contendo os nomes dos candidatos em ordem alfabética, para a votação secreta, assinalando-se até seis nomes, sendo que, no Conselho Federal, os votos serão computados por delegação.”

Além disso, a Constituição Federal, ao dispor sobre a competência do Senado Federal para aprovar a escolha de autoridades, estabelece que a votação é secreta (art. 52, inciso III), determinação repetida no art. 383, inciso VI, de seu Regimento Interno.

Trata-se, portanto, de legal sistema de escolha, externando cada um dos votantes livremente sua convicção pessoal, sem que isso importe em violação do salutar princípio da transparência que deve presidir as decisões administrativas de órgãos públicos.

Estabelecida a legalidade do sistema de votação secreta, não se mostra possível pretender que a decisão daí decorrente seja motivada.

Respeitando o entendimento contrário, não houve descumprimento de dispositivo constitucional e nem se deu maior relevância à regra regimental.

As normas internas, repita-se, apenas disciplinam a forma de cumprimento do comando da Constituição Federal (arts. 104, II, e 94, parágrafo único), constituindo o *quorum* mínimo de aprovação regra de nítido caráter democrático, reveladora do respeito a ser devotado à vontade da maioria.

No particular, confira-se também o dispositivo de regência do mencionado ato da Ordem dos Advogados do Brasil que regulamenta a elaboração da lista sêxtupla, vale dizer, o § 8º do art. 9º do Provimento nº 102/2004, *verbis*:

“§ 8º Serão incluídos na lista os seis candidatos que obtiverem maioria simples de votos, repetindo-se a votação caso um ou mais candidatos não obtenham a votação mínima.”

Da mesma forma, no Senado Federal, a aprovação do nome do indicado pelo Presidente da República só ocorrerá se o escolhido obtiver a maioria dos votos, conforme se extrai dos artigos 47 e 104, parágrafo único, da Constituição Federal, e 288 do Regimento Interno do Senado Federal.

Vejam-se:

“Art. 47. Salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações de cada Casa e de suas comissões serão tomadas por maioria dos votos, presente a maioria absoluta de seus membros.”

Ministro Paulo Benjamin Fragoso Gallotti

“Art. 104. O Superior Tribunal de Justiça compõe-se de, no mínimo, trinta e três Ministros.

Parágrafo único. Os Ministros do Superior Tribunal de Justiça serão nomeados pelo Presidente da República, dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, sendo: ...”

“Art. 288. As deliberações do Senado serão tomadas por maioria de votos, presente a maioria absoluta dos seus membros (Const., art. 47), salvo nos seguintes casos, em que serão: ...”

Não se trata, portanto, a exigência de *quorum* mínimo, do estabelecimento de requisito que afronte o texto constitucional, mas, sim, de regra de absoluto cunho democrático, encadeada, como as demais, no processo soberano de escolha dos nomes dos candidatos por cada um dos órgãos previstos na Constituição Federal para a prática desse ato de caráter complexo.

Assentada essa premissa, a próxima indagação diz com a possibilidade de se votar em branco.

Em outras palavras, superada a primeira fase do procedimento de escolha, prevista no art. 27 de nosso Regimento Interno, obrigatoriamente, os Ministros devem assinalar três dos nomes da lista sêxtupla ou podem votar só em dois, só em um ou em branco.

Na linha da compreensão que se espousa, a da ampla liberdade da manifestação da vontade do eleitor nessa fase, não vejo como deixar de reconhecer que não é impositiva a escolha de três nomes, revelando-se admissível a ocorrência das demais hipóteses, inclusive daquela em que nenhum nome é sufragado.

Essa, aliás, tem sido a nossa compreensão sobre a matéria, registrando várias das atas de sessões do plenário, em processos de elaboração de listas para preenchimento de vagas de Ministros, a existência de votos em branco, isto é, votos que não assinalaram o número total de candidatos em que era possível votar.

Tal circunstância, no entanto, nunca teve qualquer relevância, pois os votos em branco jamais impediram a formação das listas, exatamente porque seu número não era expressivo, alcançando os candidatos a maioria absoluta a que se refere o § 5º do art. 26 do Regimento Interno.

Contudo, jamais, também se ouviu manifestação contrária a esses votos em branco, principalmente impugnando sua validade.

Na hipótese que estamos a enfrentar, como esse número impediu que qualquer candidato alcançasse a maioria absoluta, seria possível afirmar que os votos em branco computados não deveriam ser considerados como válidos?

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Não vejo como chegar a essa conclusão, remarcando mais uma vez que cada um dos votos dados, seja escolhendo nomes ou não, refletiu a manifestação soberana da convicção individual dos Ministros eleitores.

Por fim, resta avaliar a questão relativa a não terem sido realizados, na sessão plenária do dia 12 de fevereiro deste ano, outros escrutínios além dos três referidos.

Como já ressaltado, diante de dois escrutínios em que o número de votos em branco, 44 e 48, respectivamente, não permitiu que nenhum dos candidatos obtivesse os 17 votos necessários para integrar a lista (maioria absoluta do número de membros do Superior Tribunal de Justiça), deliberou-se, então, por maioria, realizar mais um escrutínio, decidindo-se também, se não fosse alcançado o *quorum* regimental por nenhum dos candidatos, comunicar o ocorrido ao impetrante.

Apurados os votos, 59 em branco e 25 válidos, proclamou o Presidente o resultado, sendo determinada a expedição de ofício ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

A pergunta a ser feita agora, da mesma forma objeto da irresignação posta, é se deveria o Tribunal prosseguir na realização de outros escrutínios.

Com a devida vênia dos que pensam diversamente, não parece razoável que se continuasse, naquela oportunidade, a votar indefinidamente, quando já era evidente, desde a primeira votação, que nenhum dos candidatos atingiria o número mínimo de votos.

Importante observar que o número de votos em branco aumentou de um escrutínio para outro, registrando de forma inequívoca a vontade da ampla maioria dos eleitores, não se justificando o prolongamento do processo de escolha diante de uma evidência fática irrecusável.

Em arremate, considero de absoluta legalidade o ato praticado por este Superior Tribunal de Justiça, que de nenhuma forma se afastou da Constituição Federal ou de qualquer outra regra de regência, sendo fruto da vontade democrática e soberana da maioria expressiva de seus membros.

Ante o exposto, dando por prejudicado em parte o pedido, no mais, denego o mandado de segurança.

É como voto.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Sr. Presidente, ouvi atentamente a sustentação oral feita pelo nobre advogado, Presidente do Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil, a manifestação do Ministério Público Federal, representado pelo Subprocurador-Geral da República, Dr. Aurélio Virgílio Veiga Rios, o voto do eminente Ministro Relator e, agora, o



Ministro Paulo Benjamin Fragoso Gallotti

voto da eminente Ministra Nancy Andrighi. Sintetizando, vejo que o Sr. Ministro Relator examinou exaustivamente a questão na forma em que foi submetida à apreciação desta Corte.

Com essas singelas considerações, acompanho o voto do eminente Ministro Relator, respeitando, certamente, a posição daqueles que pensam de forma contrária.

Voto considerando prejudicado em parte o mandado de segurança e, nessa parte, denego a ordem.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO LUIZ FUX:

Sr. Presidente, também em homenagem ao brilhantismo com que a questão foi exposta pelo Sr. Ministro Relator, ilustre representante do Ministério Público e eminente Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, entendo de bom alvitre que se faça alguma observação sobre tudo quanto foi exposto.

Fiz algumas observações durante as discussões que aqui foram travadas. Manifesto uma severa dúvida sobre o cabimento do *writ* em relação a um mero ofício que comunica o resultado de uma votação. Estive presente ao Plenário. A questão relativa à forma de envio desse ofício foi debatida e redebateda, e chegou-se à conclusão de que o Plenário não estava rejeitando a lista, senão apenas comunicando a impossibilidade de redução da lista sêxtupla em lista tríplice em razão da falta do *quorum*. Esse é apenas um argumento, muito embora de início, *obiter dictum*, porque o Sr. Ministro Relator preferiu enfrentar a questão do mérito e, na realidade, estamos diante de um julgamento meramente técnico, não um julgamento que fuja a essa ótica.

Exatamente sob um ângulo técnico, também destaco que o mandado de segurança, à semelhança das ações em geral, tem sujeito, pedido e *causa petendi*, sendo defeso à parte, no curso do processo, modificar o pedido ou a causa de pedir.

.....

Restou muito bem destacado que o pedido de motivação, muito embora incompatível com a imposição da votação secreta, o que o torna juridicamente impossível, não foi formulado. Mas, ainda que assim o fosse, pela leitura que pude realizar das lições dos administrativistas modernos, os atos administrativos têm que ser motivados. Entretanto, nesses atos de eleição e atos discricionários, em que há balizamento de critérios que devem ser seguidos, a rejeição traz, em si, a implicitude da sua motivação, de sorte que essa discricionariedade fica motivada por força dos limites que estão estabelecidos para que o órgão, no caso o colegiado, se pronuncie sobre o cumprimento ou não de determinados requisitos.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Sr. Presidente, como se trata de ação originária, há questões constitucionais agitadas, que dizem respeito, a meu modo de ver, a garantias do Poder Judiciário e dos Magistrados. As garantias dos Magistrados não estão em jogo, mas estão as garantias institucionais do Poder Judiciário.

Hoje, à luz da nova exegese constitucional do pós-positivismo, a Constituição Federal é interpretada a partir dos seus princípios vetores, para depois alcançar-se os princípios específicos, que estão nos capítulos próprios. Uma das nossas cláusulas pétreas, imanentes à própria República Federativa Brasileira é a da harmonia e da independência dos Poderes. Essa cláusula é tão expressiva que a Constituição criminaliza como crime de responsabilidade um atentado à independência de todos os Poderes, inclusive do Poder Judiciário.

De tanto quanto se pode extrair do voto do Sr. Ministro Sepúlveda Pertence, no tão decantado Mandado de Segurança nº 25.624/SP, na sua primeira parte – o Sr. Ministro Relator estabeleceu muito bem a distinção do que ocorreu no caso ora em julgamento e do que ocorreu naquela hipótese, em que se pretendeu compor listas tríplexes com resíduo de listas anteriores, quando havia listas específicas para cada uma das vagas –, S. Exa. deixa clara a regra de que pode o Tribunal recusar a composição da lista.

Em primeiro plano, pode o Tribunal recusar a composição da lista. E por que pode o Tribunal recusar a composição da lista? Porque estamos diante de um ato complexo. E esse ato administrativo complexo, ou complexivo, só se completa no seu ciclo quando há aprovação de todos os seus partícipes, de sorte que a parte tem que obter a aprovação da Ordem dos Advogados do Brasil e do Superior Tribunal de Justiça para entrar na lista.

E não se diga que o Senado Federal não possa recusar a lista elaborada pela Ordem e pelo Superior Tribunal de Justiça, porque a hipótese está prevista na Constituição. É o poder implícito de rejeição o poder efetivamente de eleição. Essa é uma garantia institucional do Poder Judiciário, uma garantia concebida não só pela doutrina nacional, como pela doutrina alienígena, quando trata da supremacia da Constituição, dos juízes e do Poder Judiciário.

Anotei que na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 202/BA, da relatoria do Sr. Ministro Luiz Gallotti, foi bem destacada a questão do autogoverno da Magistratura como uma garantia institucional. Digo e repito: estamos no âmbito de uma discussão técnica sobre poder ou não o Tribunal agir, como o fez sem prejuízo de o Sr. Ministro Relator ter demonstrado à saciedade que não se poderia ter feito outra coisa senão oficiar ao eminente Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil.

Por outro lado, verifico que, como estamos no âmbito da questão constitucional, é claro que o primeiro princípio, o princípio da independência dos Poderes, dá-nos o poder de, eventualmente, não chegarmos a uma conclusão e



Ministro Paulo Benjamin Fragoso Gallotti

apenas oficiarmos sobre essa questão, em um dever de ofício, tendo em vista que recebemos um ofício também da Ordem dos Advogados do Brasil.

.....

No âmbito constitucional hoje, talvez não haja princípio mais imanente, quanto à solução das questões, que o princípio da razoabilidade. O eminente Ministro Relator destacou que não seria absolutamente razoável que se recorresse a tantas votações quantas fossem necessárias, tendo em vista que a manifestação de vontade do Tribunal com a exteriorização dos votos em branco já apontava o seu veredito. Poderíamos chegar a uma situação paradoxal de termos três votos e, com esses três votos, esse membro integrar um Tribunal que empreendeu um sufrágio tão insignificante quando seu Regimento Interno estabelece o *quorum* da maioria para a escolha.

Sr. Presidente, não há nenhuma questão que se submeta ao Poder Judiciário que possa ser tomada em um tribunal e um colegiado por uma maioria insignificante. Apenas relembro que, no voto médio, nas divergências quantitativas e qualitativas, algumas teses com votos minoritários e isolados são desprezadas para que, em um confronto entre duas teses, se obtenham, mesmo em relação a cada uma delas, uma maioria. Absolutamente, não perpassa o princípio da razoabilidade da tese de que, em um Tribunal com vinte e sete membros, tenhamos vinte votos em branco e, desses votos remanescentes, consigamos formar uma lista que represente o nome de profissionais que irão integrar a nossa Casa.

De sorte que, no meu modo de ver, *data maxima venia*, especificamente sob o ângulo que o eminente Ministro Relator abordou, não só quanto aos aspectos funcionais, mas quanto aos aspectos regimentais, são inequivocamente irrespondíveis os seus argumentos.

Como a Constituição Federal também me obriga a motivar as minhas decisões, peço vênias se, eventualmente, me estendi para acompanhar integralmente o eminente Ministro Relator.

Julgo parcialmente prejudicado o pedido e, no mais, denego a ordem em mandado de segurança.

VOTO VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA:

Sr. Presidente, Srs. Ministros, ouvi atentamente a sustentação do Dr. César Britto, o parecer do Ministério Público e os votos que me antecederam, destacando o voto do eminente Ministro Relator, segundo o qual, quando se adentrou na votação propriamente dita, já havia sido superada a fase de impugnação dos candidatos.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

O Ministério Público coloca a lista como implicitamente rejeitada. O Sr. Ministro Relator refuta esse entendimento e diz que o Tribunal apenas comunicou à Ordem que não havia alcançado a maioria.

A primeira questão a ser desvendada, a ser descortinada, é saber se houve ou não rejeição da lista. Nesse ponto, a minha perplexidade é enorme, porque parece que os únicos que não sabem que a lista fora rejeitada são alguns membros que integram esta Corte. É verdade, porque, se a lista não fosse efetivamente rejeitada, para que comunicar à Ordem dos Advogados do Brasil que, em votação secreta, os candidatos indicados ou apontados na lista sêxtupla não alcançaram a maioria regimental?

Se essa lista não fora rejeitada, o que acontecera com ela, já que o Tribunal, em mais de três meses, absteve-se de dedicar melhor juízo sobre a matéria? Estamos, então, faltosos com a nossa obrigação constitucional de reduzir a lista sêxtupla em lista tríplice? *Data venia*, a sociedade tem a lista como rejeitada; o Ministério Público tem a lista como rejeitada; a advocacia brasileira tem a lista como rejeitada. E nós não a teríamos?

Peço vênias aos meus pares que em sentido contrário entendem para ter a lista como efetivamente rejeitada, se não de modo expresso, como bem aqui afirmado pelo ilustre representante do Ministério Público, como implicitamente rejeitada.

E aí surge outra questão: há ou não ilegalidade na conduta do Órgão quanto à rejeição sem motivação? E, pedindo vênias ao Sr. Ministro Luiz Fux, entendo que não há motivação implícita sem fundamentação. Aliás, quem cabe dar interpretação à Constituição, a última, já o fez – o Supremo Tribunal Federal – dizendo que essa rejeição há de ser objetivamente motivada.

Portanto, não tenho dúvida, com a devida vênias dos que pensam em sentido contrário, de que houvera, sim, rejeição à lista. De modo contrário, para que comunicar à Ordem dos Advogados do Brasil? E o que fizera o Tribunal, após a votação, que até agora não escolhera ou não reduzira a lista sêxtupla em lista tríplice? A sociedade não pensa assim, o Ministério Público não pensa assim, a Advocacia não pensa assim, e eu também, *data venia*, não penso assim.

Sr. Presidente, parece-me fundamental que visualizemos, pela ótica de sua natureza jurídica, o processo de escolha de um membro pela lista tríplice. A Constituição estabelece que a Ordem dos Advogados escolherá seis, cabendo ao Tribunal, nos termos do art. 104, II, combinado com o art. 94, a redução da lista sêxtupla em lista tríplice.

Dizia eu: faz-se mister, faz-se indispensável a caracterização da natureza jurídica desse ato que ultima, neste Tribunal, o processo de escolha dos juízes que a integram.

Assim, pedindo vênias ao Sr. Ministro **Paulo Gallotti**, a atuação dos membros desta Corte não se afigura como simples eleitores. Aqui não há o exercício universal



Ministro Paulo Benjamin Fragoso Gallotti

do voto consagrado na Constituição Federal no que tange à escolha dos cargos políticos. *Data venia*, aqui, a Constituição nos impõe um dever, qual seja, o dever de escolher os três que vão compor a lista tríplice. Vale dizer: a nossa atuação, ainda que por escolha de voto secreto, tem natureza eminentemente administrativa. Agimos como administradores, como agentes públicos e, como agentes públicos, não temos apenas o poder de escolher os membros que integrarão esta Corte. Não, a missão é muito maior. Como agentes públicos, temos o dever-poder de escolher os membros que integrarão esta Corte e, como leciona Celso Bandeira de Mello, “*O Poder, no Direito Público atual, só aparece, só tem lugar, como algo ancilar, rigorosamente instrumental e na medida estrita em que é requerido como via necessária e indispensável para tornar possível o cumprimento do dever de atingir a finalidade legal*” (in *Curso de Direito Administrativo*, Malheiros Editores, 21ª edição, 7-2006, p. 45).

Temos não só a atribuição, mas, também, a incumbência constitucional de escolher e, para desincumbir-nos desse dever, a Constituição nos dá o poder de certa forma discricionário, tendo em vista que escolhemos, dentre seis opções, três. Não se deve olvidar, entretanto, que temos o poder como um instrumento que nos possibilita desincumbir do dever de escolher e de reduzir a tríplice a lista sêxtupla que nos fora enviada pela Ordem dos Advogados do Brasil. Em síntese: O poder de escolha se traduz em mero instrumento para que possamos cumprir o nosso dever de escolha, tendo em conta sempre o interesse público na escolha dos três melhores nomes.

Volto ao insigne prof. Celso Antônio Bandeira de Mello, que, de forma primordial, mostra que, no Estado de Direito Democrático, a relevância, no âmbito do Direito Administrativo, é do dever do agente público, e não do poder, aquele passou a exercer uma limitação deste, em defesa do cidadão, *verbis*:

“Portanto, o Direito Administrativo não é um direito criado para subjugar os interesses ou os direitos dos cidadãos aos do Estado. É, pelo contrário, um Direito que surge exatamente para regular a conduta do Estado e mantê-la afivelada às disposições legais, dentro desse espírito protetor do cidadão contra os descomedimentos dos detentores do exercício do Poder estatal. Ele é, por excelência, o Direito defensivo do cidadão – o que não impede, evidentemente, que componha, como tem que compor, as hipóteses em que os interesses individuais não de se fletir aos interesses do todo, exatamente para a realização dos projetos de toda a comunidade, expressados no texto legal. É, pois, sobretudo, *um filho legítimo do Estado de Direito, um Direito só concebível a partir do Estado de Direito: o Direito que instrumenta, que arma o administrado, para defender-se contra os perigos do uso desatado do Poder*” (ob. cit. p. 46).

Dessa forma, é dever dos homens que integram o Superior Tribunal de Justiça, na qualidade de administradores de que se revestem, a escolha dessa lista tríplice, ou seja, de formar uma lista. Trata-se de ato complexo que, no dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello, é aquele que resulta “*da conjugação de vontade de órgãos*”

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

diferentes. Exemplo: a nomeação, procedida por autoridade de um dado órgão, que deve recair sobre pessoa cujo nome consta de lista tríplice por outro órgão” (in ob. cit. p. 407).

Não me convence, Sr. Presidente, *data venia*, Srs. Ministros, o argumento de que eu possa votar em branco, até porque, também, não se admite possa o Senhor Presidente da República não sancionar nenhum dos três nomes escolhidos pelo Superior Tribunal de Justiça. Por que S. Exa. vai escolher um nome da lista tríplice se não está convencido da capacidade daqueles três indicados pelo Superior Tribunal de Justiça? E ninguém aqui, tenho certeza, afirmaria que o Presidente da República teria tal direito.

O procedimento de escolha dos membros da Advocacia para integrarem as Cortes de Justiça deste País restou bem delineada no voto do Sr. Ministro do Supremo Tribunal Federal, Sepúlveda Pertence. Sustenta S. Exa. que essa escolha é mista e que a Constituição a “transferiu – dos tribunais para ‘os órgãos de representação do Ministério Público e da Advocacia’ –, incumbidos da composição das listas sêxtuplas – restando àqueles, os tribunais, o poder de reduzir a três os seis indicados pelo MP ou pela OAB, para submetê-los à escolha final do Chefe do Poder Executivo”. E aí arremata o Sr. Ministro Sepúlveda Pertence, no Mandado de Segurança n. 25.624, seguido, à unanimidade, no Supremo Tribunal Federal, que “à corporação do Ministério Público ou da Advocacia, conforme o caso, é que a Constituição atribuiu o primeiro juízo de valor positivo atinente à qualificação dos seis nomes que indica para o ofício da judicatura e de cujo provimento se cogita”.

E para finalizar, citando o Sr. Ministro Sepúlveda Pertence, os itens 4 e 5 da sua ementa são lapidares. Di-lo o eminente Ministro Sepúlveda Pertence:

“4. A questão é mais delicada se a objeção do Tribunal fundar-se na carência dos atributos de ‘notório saber jurídico’ ou de ‘reputação ilibada’: a respeito de ambos esses requisitos constitucionais, o poder de emitir juízo negativo ou positivo se transferiu, por força do art. 94 da Constituição, dos tribunais de cuja composição se trate para a entidade de classe correspondente.

5. Essa transferência de poder não elide, porém, a possibilidade de o Tribunal recusar a indicação de um ou mais dos componentes da lista sêxtupla, ...”

E há sim, Sr. Ministro Luiz Fux, a possibilidade de abertura, de rejeição, desde que – e aí a condicionante – fundada a recusa em razões objetivas declinadas na motivação da deliberação do órgão competente do colegiado judiciário.

Nada mais, em matéria de Direito Constitucional, precisa ser dito após esse posicionamento do Supremo Tribunal Federal, de clareza inconteste. Indaga-se, todavia, estariam os eminentes Ministros do Superior Tribunal de Justiça obrigados a escolherem três nomes daqueles relacionados pela OAB? Diga-se, de início, que o dever de escolha compete ao STJ, e de tal “minus” não se pode afastar os membros que o compõem.

Ministro Paulo Benjamin Fragoso Gallotti

É certo que a escolha de membros para esta Corte não deve ser feita com elevada dose de subjetividade. Não é aqui cabível a escolha de amigos, de parentes. A escolha se faz entre aqueles apresentados na lista tríplice como detentores de notável saber jurídico, conduta ilibada e, no caso da Advocacia, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional.

Fora esses três critérios, nenhuma razão há para o agente público administrador, qualidade de que se revestem os membros desta Casa na formação da lista, omitir-se, furtar-se ao seu dever assentado na Lei Maior. Frise-se, na hipótese trata-se de “dever”. Do mesmo modo que não podemos abster-nos do dever de decidir no exercício da atividade jurisdicional, não podemos deixar de exercer o dever de reduzir a três os seis indicados na lista sêxtupla da OAB. Nenhum outro argumento podemos, fora esses três elencados na Constituição, levantar ou aflorar para não nos desincumbir do mister e da obrigação de decidir.

A Constituição não criou nenhum obstáculo, nem deferiu ao Superior Tribunal de Justiça que colocasse no seu Regimento qualquer outro impedimento que não aqueles constantes da Constituição ou, quando muito, da Lei Orgânica da Magistratura – Loman.

Perplexo fico quando, por ato administrativo – que é o Regimento –, criamos obstáculos que impedem à concretização de princípios constitucionais, mais do que princípios, de uma regra constitucional, que exprime uma “ordem”. A Constituição dirige aos membros desta Casa uma ordem de escolha no sentido de preencher as vagas existentes. Diz-nos: decidam. O que o Tribunal fez, ao rejeitar implicitamente a lista sêxtupla – já que não posso entender de outro modo –, quando comunicou à Ordem que a votação da lista sêxtupla não atingiu maioria, e nada mais fez além dessa comunicação. Se não foi ato ilegal a comunicação à Ordem da decisão de não formar a lista tríplice, como qualificá-la? Ao não praticarmos o ato administrativo necessário para que seja preenchida a vaga existente, reservada ao preenchimento pela OAB, reduzimos o Tribunal a trinta e dois ministros. E, pior, ao tomarmos a atitude de não reduzir a lista sêxtupla à tríplice estamos a quebrar o princípio da paridade entre o quinto, magistrados federais e estaduais. A se ter como correta essa decisão, estaríamos autorizados, por inércia ou omissão, a reduzir o Tribunal para trinta e dois, depois para trinta e um até que ele possa se inviabilizar como instrumento de definição, em última instância, de pacificação da interpretação do direito federal infraconstitucional.

Data venia, com esse entendimento não concordo. Acredito que temos o dever de escolher; pouco importa se os Ministros tenham ou não a liberdade de votar em branco ou se optaram por votar em branco, se declinaram da faculdade ou do direito que a Constituição lhes confere de escolher três nomes constantes da lista de seis candidatos. Mas, que não impugnem depois, caso aqui venha ascender um Ministro com apenas cinco, sete, oito ou dez votos, eis que inadmissível, em sede de Justiça, o “*venire contra factum proprium*”.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Por essas razões, não querendo mais me alongar, pedindo vênias aos entendimentos em contrário, a ordem nos termos em que requerida está a merecer acolhimento, tendo como superado e precluso o debate acerca do atendimento, ou não, pelos integrantes da lista sêxtupla, dos requisitos constitucionais de que trata o parágrafo único do art. 104, c/c o art. 94, ambos da Constituição Federal. Aliás, como bem consignado no voto do Sr. Ministro Relator, tal questão está ultrapassada.

Ante o exposto, concedo a ordem em mandado de segurança para que se prossiga a votação e que, após o terceiro escrutínio, tenha a lista formada com os três mais votados independentemente do atingimento da maioria absoluta.

É como voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI:

1. Por ocasião do julgamento da medida liminar requerida no presente mandado de segurança, sustentei a plausibilidade do direito invocado, pelos fundamentos que reproduzo:

“3. É evidente a relevância da impetração. O que está em questão é a juridicidade da decisão do STJ de restituir à OAB, impetrante, a lista sêxtupla por ela encaminhada, restituição que teve por fundamento o fato de nenhum dos nomes indicados ter alcançado a maioria absoluta dos votos do plenário em três escrutínios de votação, maioria essa tida como indispensável para figurar em lista tríplice, segundo exigência que decorreria do Regimento Interno (art. 26, § 5). O ato impugnado é manifestamente inconstitucional. A composição do STJ está prevista no parágrafo único do artigo 104 da Constituição e os requisitos para o cargo de Ministro, bem como o procedimento de nomeação, estão indicados no art. 94 da CF. Nenhuma restrição explícita foi feita, no Plenário do STJ, a qualquer dos advogados integrantes da lista encaminhada pela OAB, muito menos que qualquer deles não tivesse atendido aos requisitos constitucionais de idade e “*notável saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional*” (art. 94, *caput*, da CF). Pelo contrário, o preenchimento dos requisitos foi, implicitamente, admitido, uma vez superado, sem oposição alguma, o momento próprio indicado no art. 27, *caput*, do Regimento Interno. Dispensável enfatizar que a existência de impedimento legal para a nomeação de qualquer dos candidatos deveria, se fosse o caso, ser indicada de modo expresso, pública e motivadamente, como impõe o artigo 93, X da Constituição. Assim, recebida a lista sêxtupla, cumpria ao Tribunal o dever constitucional de “*formar lista tríplice*” (art. 94, parágrafo único). A invocação de empecilho regimental para não atender a tal dever é inteiramente descabida. Regimento Interno, como o próprio nome indica, é fonte normativa para regulamentar a organização e o funcionamento interno do Tribunal, não

Ministro Paulo Benjamin Fragoso Gallotti

para regulamentar a Constituição, e muito menos para criar requisito novo, estranho à norma constitucional, de nomeação de seus ministros. Não se pode ter como legítimo, nem longinquamente, o requisito – exigido pelo ato impugnado – de que, para ser Ministro do STJ, é necessário, além do que exige a Constituição, ser também aprovado pela maioria absoluta dos membros do Tribunal em três escrutínios (secretos !) de votação. A criação desse requisito, por via regimental, escancararia as portas para a exacerbação de valores e sentimentos corporativos que comprometeriam severamente os princípios democrático e republicano. A vontade da Constituição e a supremacia de suas normas estariam, nessa hipótese, submetidas a regimentos internos de tribunais, ou seja, à vontade e à discricção política de seus juízes.

4. Essas razões evidenciam suficientemente a relevância do direito invocado na impetração, dispensando qualquer outra. Todavia, ainda que se pudesse, contra a Constituição, invocar o Regimento Interno, caberia dizer que nem sequer tal Regimento foi cumprido. É insustentável a tese de que, não atingida a maioria absoluta em três escrutínios secretos de votação, a lista sêxtupla, por força regimental, deve ser devolvida (ou seja, rejeitada). A possibilidade de que nenhum candidato alcance essa maioria pode ocorrer até mesmo quando todos eles ostentam as melhores qualidades e a mais alta qualificação possível. Seria risível que o Tribunal, em tal circunstância, invocando o seu Regimento, devolvesse a lista. O Regimento não prevê hipótese alguma de devolução de lista, muito menos por falta de maioria absoluta na votação. Na verdade, quando tal ocorre (não obtenção de maioria absoluta), a solução tem de ser buscada no próprio Regimento, ainda que por analogia. Simplesmente devolver a lista representa a demonstração de ineficiência e de fracasso do tribunal no cumprimento de seu dever. Além de não autorizar a devolução da lista por tal motivo ou de suspender a votação, o que o Regimento prevê é a realização de outros escrutínios, tantos quantos necessários (art. 27, parágrafos 3º, 5º e 6º). Essa a regra a ser seguida, ainda que por analogia. A confissão de incapacidade de formar a lista – que é, em última análise, o significado da devolução da lista sêxtupla por insuficiência de maioria absoluta – autoriza a supor, lamentavelmente, que esse dever constitucional possa ser desempenhado por outra instância, como forma para superar o impasse institucional daí decorrente.”

2. Tais razões conduzem também a um juízo de procedência. Realmente, é evidente a nulidade da decisão administrativa do Plenário que, baseada apenas em alegada exigência regimental de votação por maioria absoluta em três escrutínios, simplesmente rejeitou a lista sêxtupla encaminhada pelo Impetrante. A rejeição da lista certamente não dispensaria a invocação fundamentada da ausência de requisitos constitucionais por parte dos candidatos, ou de algum deles. Sem tal fundamentação, o ato revela-se arbitrário.

3. O argumento de que os membros do Tribunal não podem ser obrigados a votar em determinado nome, ou que têm o direito de votar em branco, é argumento que traduz a idéia de que a formação da lista é um direito, e não um dever, um

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

direito que pode ser exercido ou não, a critério do Tribunal ou segundo a vontade pessoal de seus juízes. Esse modo de pensar não pode ser admitido num Estado democrático e republicano, em que o exercício das competências atribuídas aos detentores de cargos é um poder/dever e não faculdade ou vontade. Não estamos aqui num Estado totalitário ou numa monarquia absoluta, onde o que vale é apenas a vontade pessoal do rei ou do ditador. Assim, negar-se o Tribunal, injustificadamente, a compor lista representa simplesmente uma verdadeira demissão de cumprir um dever constitucional. O dever de formar a lista tríplice que a Constituição impõe ao Tribunal é igual ao que tem a OAB de compor a lista sêxtupla e ao do Presidente da República de escolher um nome da lista tríplice. Não se trata de obrigação amparada por meios coercitivos das obrigações comuns. Trata-se de um dever de natureza constitucional, cujo descumprimento gera impasse institucional, acarretando consequências de natureza política. Deveres dessa natureza, que são comuns a titulares dos cargos de Estado mais elevados e de maior responsabilidade, reclamam, justamente por isso, que tais cargos sejam ocupados por homens e mulheres imbuídos de elevada consciência democrática, que não precisem de meios coercitivos para atender com exatidão os deveres dos postos que exercem. É o mínimo que também o STJ deve apresentar, como prestação de contas, à sociedade brasileira, de onde provém – indiretamente – o poder que exerce.

4. Causa perplexidade o argumento de que o Tribunal não teria rejeitado a lista sêxtupla. Se não rejeitou, aí mesmo é que o mandado de segurança deve ser concedido. É que nesse caso, a lista – que não foi rejeitada – está aqui, aguardando apreciação, providência que não pode ser adiada indefinidamente.

5. Ante o exposto, concedo a segurança, nos termos do voto da Ministra Nancy Andrighi, ou seja, para que o Tribunal cumpra o seu dever de formar a lista tríplice ou que indique objetivamente as razões que tem para rejeitá-la. É o voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA:

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, ora impetrante, ajuizou o presente mandado de segurança contra dois atos praticados por este Tribunal: o primeiro, ao devolver ao ora impetrante a lista sêxtupla que lhe fora encaminhada, destinada ao preenchimento de vaga dos advogados nesta Corte, em razão da aposentadoria do Ministro Pádua Ribeiro; o segundo, ao indeferir o pedido de sustação de qualquer ato que tenha por fim formar listas destinadas ao preenchimento de vagas surgidas após a aposentadoria ora referida.

Em suma, depois de diversas considerações sobre as normas regimentais, sobre o procedimento de escolha dos novos Ministros (arts. 26 e 27 do RISTJ) e sobre dispositivos constitucionais (arts. 104, II, e 94 da CRFB) pede liminar para:



Ministro Paulo Benjamin Fragoso Gallotti

a) que seja determinado a esta Corte que não componha listas tendentes ao preenchimento de vagas surgidas após a abertura da vaga destinada à classe dos advogados pela aposentadoria do Ministro Pádua Ribeiro;

b) que se promova a redução da lista sêxtupla encaminhada a uma lista tríplice destinada ao preenchimento da vaga da classe dos advogados na composição do STJ.

Ao final, pede que seja determinado à autoridade coatora que promova a redução da aludida lista sêxtupla a uma lista tríplice destinada ao preenchimento da vaga da classe dos advogados a este Tribunal, em decorrência da aposentadoria do Ministro Pádua Ribeiro.

A medida liminar foi indeferida em sessão deste Colegiado.

Prestadas informações pelo Ofício nº 306/GP, de 2 de maio do ano em curso, foi ouvido o Ministério Público Federal que, em breve resumo, opinou pelo não conhecimento do pedido referente à “*suspensão de todo e qualquer procedimento tendente a prover vagas abertas nesse Tribunal posteriormente à quela surgida em face da aposentadoria do Ministro Pádua Ribeiro*”, ante o encaminhamento da lista tríplice proveniente do Ministério Público para a escolha pelo Presidente da República, cuja nomeação já fora efetivada. Quanto ao mais, opinou pela concessão parcial da ordem para que seja designada outra sessão administrativa para a formação da lista tríplice a partir dos nomes indicados pelo Conselho Federal da OAB ou a rejeite, de forma fundamentada, se entender que um ou alguns de seus integrantes não preencham os requisitos constitucionais para o exercício do cargo de Ministro do STJ.

Passo ao voto.

Atenho-me ao pedido principal, tendo em conta que há evidente perda de objeto em relação à medida liminar já rejeitada.

O impetrante, como também o fez o parecer do Ministério Público Federal, invoca como supedâneo de sua pretensão as palavras do Ministro Sepúlveda Pertence, pronunciadas por ocasião do julgamento do MS 25.624-9/SP, que ora passo a reproduzir:

“2. A corporação do Ministério Público ou da advocacia, conforme o caso, é que a Constituição atribuiu o primeiro juízo de valor positivo atinente a qualificação dos seis nomes que indica para o ofício da judicatura de cujo provimento se cogita.

3. Pode o Tribunal recusar-se a compor a lista tríplice dentre os seis indicados, se tiver razões objetivas para recusar a algum, a alguns ou a todos eles, as qualificações pessoais reclamadas pelo art. 94 da Constituição (v. g. mais de dez anos de carreira no MP ou de efetiva atividade profissional na advocacia.)

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

4. A questão é mais delicada se a objeção do Tribunal fundar-se na carência dos atributos de "notório saber jurídico" ou de 'reputação ilibada': a respeito de ambos esses requisitos constitucionais, o poder de emitir juízo negativo ou positivo se transferiu, por força do art. 94 da Constituição, dos Tribunais de cuja composição se trate para a entidade de classe correspondente" (DJU de 19.12.06).

Uma análise superficial é suficiente para demonstrar a impertinência do argumento ora invocado. Ainda que a impetrante enfatize a ocorrência de uma "rejeição da lista", em seguida reconhece que "... o Superior Tribunal de Justiça devolveu a lista à Ordem, sob o fundamento de que, permita-se repetir *'nenhum dos candidatos à vaga alcançou, nos três escrutínios realizados ... os votos necessários para compor a lista tríplice, conforme exigência inserta no § 5º, do art. 26, do Regimento Interno do STJ'*".

Não há dúvidas de que o Superior Tribunal de Justiça, como qualquer outro Tribunal, pode rejeitar nome de componente de lista pela falta de requisito constitucional para a sua investidura, caso em que o ato administrativo deve ser devidamente motivado, como já decidiu a colenda Suprema Corte.

Todavia, a *quaestio* que ora se examina é diversa, pois não se trata de recusa de qualquer dos candidatos indicados na lista sêxtupla, mas da constatação de que, depois de três votações, nenhum deles alcançou o mínimo necessário. Ademais, percebe-se que, ao contrário, nas sucessivas votações, houve um decréscimo do número de votos em candidatos e aumento do número de votos em branco.

Assim preconiza o § 3º do art. 27, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça:

Art. 27. Aberta a sessão, será ela transformada em conselho, para que o Tribunal aprecie aspectos gerais referentes à escolha dos candidatos, seus currículos, vida pregressa e se satisfazem os requisitos constitucionais exigidos. Os membros do Tribunal receberão, quando possível, com antecedência de, no mínimo, setenta e duas horas da data da sessão, relação dos candidatos, instruída com cópia dos respectivos currículos.

.....

3º Tratando-se de lista tríplice única, cada Ministro, no primeiro escrutínio, votará em três nomes. Ter-se-á como constituída se, em primeiro escrutínio, três ou mais candidatos obtiverem maioria absoluta dos votos do Tribunal, hipótese em que figurarão na lista, pela ordem decrescente de sufrágios, os nomes dos três mais votados. Em caso contrário, efetuar-se-á segundo escrutínio e, se necessário, novos escrutínios, concorrendo, em cada um, candidatos em número correspondente ao dobro dos nomes a serem inseridos, ainda, na lista, de acordo com a ordem da votação alcançada no escrutínio anterior, incluídos, entretanto, todos os nomes com igual número de votos na última posição a ser considerada. Restando, apenas, uma vaga a preencher, será considerado escolhido o candidato mais votado, com preferência ao mais idoso, em caso de empate."

Ministro Paulo Benjamin Fragoso Gallotti

A expressão “**efetuar-se-á segundo escrutínio e, se necessário, novos escrutínios**” não pode ser entendida em sua acepção literal, mas dentro do contexto da “lógica do razoável” que deve informar a interpretação das normas jurídicas. Ante a evidência de que os eleitores mostravam-se irredutíveis no propósito de não formar a lista tríplice, não haveria como exigir-se que se prosseguisse com novos e novos escrutínios.

Observe-se que o RISTJ também determina que a lista seja formada “**em votação secreta**” (Art. 26, § 7º). Nesse contexto, mostra-se absolutamente impossível o atendimento do pedido, tendo em vista que a formação da vontade do colégio eleitoral, ao modo do que acontece nas eleições para os cargos políticos, ocorre em votação sigilosa, em que o eleito ou o não eleito jamais saberá com precisão quem realmente foram os seus eleitores.

A concessão da segurança impõe a tarefa de identificar a ilegalidade do ato que se reputa coator. E qual seria a ilegalidade ou abusividade do ato atacado nesta impetração? Não houve recusa específica de nenhum candidato, quando então seria necessário fundamentar, em termos objetivos, as razões de que se valeu o colegiado para declinar de um dos nomes indicados pela entidade representativa da categoria. Nesse caso, teria aplicação o precedente do Supremo invocado pela impetrante.

A regra regimental não faz qualquer restrição ao voto nulo nem impõe aos integrantes do colegiado a obrigatoriedade de indicar três nomes para compor a lista tríplice ou de declinar as razões pelas quais anula um ou todos os votos. Assim, pode-se votar em apenas um nome, em dois ou em nenhum, sem que isso represente burla à qualquer regra constitucional, legal ou regimental.

Se cada um dos membros do colégio eleitoral não está obrigado a votar nem a indicar as razões de seu voto, e tratando-se de votação secreta, estou convencido de que nenhuma, absolutamente nenhuma, ilegalidade pode ser a eles imputada.

Igualmente estou convencido de que não há ilegalidade no ato do colegiado de devolver a lista sêxtupla à entidade representativa da categoria. Como já afirmado, os sucessivos escrutínios, para a obtenção da maioria absoluta de que trata o Regimento, foram perfeitamente observados, tendo se chegado, nas diversas votações, a um número crescente de votos em branco, contrariamente à maioria absoluta exigida para a formação da lista.

Firmada a convicção do eleitorado, que preferiu o voto em branco, e não atingida a votação mínima exigida pelo Regimento nas sucessivas votações realizadas, que outro comportamento poderia ser exigido do Colegiado senão comunicar esse fato à OAB?

E, diga-se, não havia qualquer dever de fundamentar ou justificar tal comunicação à entidade impetrante, pois nenhum de seus membros foi recusado ou teve seu nome impedido de participar do certame. O que houve – e não há aí qualquer ilegalidade que justifique a concessão da ordem – foi uma opção da maioria do Colegiado pelo voto em branco nas sucessivas votações realizadas.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Em suma, expedir-se ordem ao Presidente deste Tribunal, em nome do Plenário, para que se “promova a redução da lista sêxtupla, encaminhada pelo ofício COP/134/2007, da lavra do Presidente do Conselho Federal da OAB, a uma lista tríplice destinada ao preenchimento da vaga da classe dos advogados no Superior Tribunal de Justiça, em decorrência da aposentadoria do Ministro Pádua Ribeiro”, como expressamente postula a impetrante, mostra-se pedido de impossível acolhimento, tendo em vista que tal pedido implicaria em ignorar a norma regimental que assegura o sigilo do voto, como também em ofensa à liberdade de consciência de cada Ministro em escolher, não escolher ou até anular o voto.

Evidentemente, ao não deferir a sua escolha a qualquer dos ilustres integrantes da lista sêxtupla, como procedeu a maioria do colegiado, assim agiu por motivos que só cabe indicar à própria consciência de cada um dos Ministros que optou pelo voto em branco, tal como ocorre quando se indica suspeição por motivo íntimo, nos termos do parágrafo único do art. 135 do Código de Processo Civil, em que não está obrigado a declinar esses motivos, sob pena de violação ao direito à intimidade.

A liberdade de escolha insere-se no princípio maior que consagra a liberdade de consciência de que trata o art. 5º, VI, da Lei Maior.

Com essas breves considerações, **denego a segurança.**

É como voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA:

Sr. Presidente, a matéria já foi muito debatida. Agora, é só tomar uma posição. Acompanho, com a devida vênia, o voto do Sr. Ministro Relator. Formei convicção nesse sentido.

Como acaba de acentuar o Sr. Ministro Castro Meira, não haveria como impor aos Membros do Superior Tribunal de Justiça que votassem. Poder-se-ia determinar nova sessão, para se fazer nova votação, e persistir o impasse, porque não é possível impor aos Magistrados do Superior Tribunal de Justiça que votem positivamente. Poderá continuar, evidentemente, a votação em branco.

Isso já foi feito.

É evidente que uma solução deve ser encontrada, porque a Ordem dos Advogados do Brasil encaminhou a lista. Essa lista deveria ter sido reduzida pelo Superior Tribunal de Justiça, mas a maioria votou em branco. Então, não houve a redução a três.



Ministro Paulo Benjamin Fragoso Gallotti

A posição que mais me agradaria, que poderia levar a uma solução, seria aquela resultante do Mandado de Segurança precedente, nº 25.118/DF, muito bem mencionado da Tribuna pelo ilustre Dr. Raimundo Cezar Britto, Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, mas a questão não foi posta dessa forma. Não se fez esse pedido. E como o julgamento tem que se ater ao pedido – o pedido, aliás, tem que ser interpretado restritivamente, é norma processual – não há como se acolher a pretensão sob esse aspecto.

Determinar nova votação constituiria, na verdade, impor ao Superior Tribunal de Justiça o cumprimento da obrigação de cada um, obrigação estritamente pessoal, para não dizer personalíssima, de votar. E na nova votação, evidentemente, nada impede que os Magistrados votem em branco. Não há nenhuma lei que os obrigue a votar sim ou não, porque ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer uma coisa, senão em virtude de lei. É o Princípio da Legalidade, também garantia constitucional. Ele pode votar em branco e estará também cumprindo seu dever.

No plano jurisdicional, o Sr. Ministro João Otávio de Noronha acentuou que é um dever votar, evidentemente, que a norma, inclusive de processo – o Código de Processo Civil, salvo engano, art. 126 – diz que o juiz não pode se abster de julgar, de sentenciar, por uma lacuna na lei, por inexistir norma, ele haverá de encontrar a solução por meio dos princípios integrativos, mas na esfera administrativa não.

Peço vênua, com essas pequenas observações, para julgar parcialmente prejudicado o pedido e, no mais, denegar a ordem em mandado de segurança, acompanhando o voto do Sr. Ministro Relator.

VOTO-VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA:

Sr. Presidente, eminentes Pares, Sr. Subprocurador-Geral da República, Sr. Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, a matéria que está sendo trazida a este julgamento expõe uma das questões cruciais para todos nós, julgadores, que temos o ofício de julgar.

Ouvimos as sustentações orais aqui pronunciadas pelo Sr. Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados e pelo Sr. Subprocurador-Geral da República e estamos assistindo a um debate muito rico em conceitos e preservação de princípios.

Na verdade, René Descartes, em seu *Discours sur la méthode*, já havia dito que “*le bon sens c'est la chose le plus partagé du monde*”. Estamos verificando que, na verdade, as posições aqui expostas são sustentáveis em todos os seus posicionamentos.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Há necessidade, entretanto, de dirimir a controvérsia. A própria Corte Especial está sendo chamada para analisar um ato decorrente da sessão de julgamento em que se procedeu a escolha dos nomes dos candidatos indicados pela Ordem dos Advogados do Brasil para preencher a vaga decorrente da aposentadoria do Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro.

Estamos, todos nós, até mesmo a imprensa, diante daquilo que se convencionou chamar de uma crise institucional entre o Superior Tribunal de Justiça e a Ordem dos Advogados do Brasil.

A palavra crise no glossário mandarim é composta por dois ideogramas. A idéia de crise é refletida por dois ideogramas que compõem esse conceito: perigo e oportunidade. Estamos vivendo um momento muito delicado, que pode acarretar, efetivamente, uma *débâcle*, um choque que pode fazer com que o fosso que se criou com esse incidente se aprofunde, mas, também, temos uma grande oportunidade de definir a controvérsia, ao proceder o julgamento deste feito.

Na ocasião em que tivemos a oportunidade de participar do julgamento para apreciar o pedido liminar deste mandado de segurança, já havia externado meu entendimento de que o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça é um regramento administrativo, e, como todo regramento administrativo, não pode ir além do comando legal. O comando legal, no caso, é a própria Constituição.

Assistimos aqui um acalorado debate de ideias, no sentido de que, se de um lado à Ordem dos Advogados do Brasil é dado o direito de indicar uma lista sêxtupla, ao Superior Tribunal de Justiça, como o Órgão que vai proceder a eleição, também é dado aferir os critérios de admissibilidade dos nomes desses candidatos. Na realidade, o que se observou foi que nenhum dos nomes foi vetado, porque todos os nomes, constituídos por ilibados advogados, suplantaram os requisitos constitucionais exigidos.

Não houve, portanto, rejeição no sentido de que alguém não tenha preenchido o requisito constitucional. E, se tivesse sido enfrentada essa questão, se alguém tivesse sido vetado, haveria a necessidade de uma motivação. O que ocorreu foi que, instalado o Conselho de Sentença, em um julgamento secreto, a maioria dos Ministros Eleitores entendeu, dentro de um critério de discricionariedade, votar em branco. Não foi uma manifestação unânime, porque votos sufragando nomes de candidatos existiram.

Mas isso está inserido nos limites daquilo que chamamos de discricionariedade, em que, com todo o respeito àqueles que sustentam posicionamento em contrário, não há necessidade de motivação, porque a motivação seria necessária na primeira fase, que havia sido superada.

O que vimos foi a Presidência deste egrégio Superior Tribunal de Justiça comunicar à Presidência do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil o fato objetivo de que nenhum dos candidatos conseguiu alcançar o *quorum* necessário



Ministro Paulo Benjamin Fragoso Gallotti

para figurar em lista, em uma interpretação de que haveria necessidade da maioria qualificada dos votos, ou seja, em um total de 28 eleitores, teríamos que levar em consideração o número ideal da composição deste Superior Tribunal de Justiça, de 33 Ministros, para daí reduzirmos à metade mais um, que seria 17 votos.

Sucedo que, já no primeiro escrutínio, três (3) candidatos foram sufragados por maioria simples.

A meu ver, com todo o respeito, temos necessidade de proceder à interpretação do ato administrativo normativo, que é o Regimento Interno. O Regimento prevê as hipóteses, em primeiro escrutínio, de que o candidato deve alcançar o mínimo da maioria qualificada, ou seja, deve ter 17 votos. O Regimento também prevê outras hipóteses. Não alcançado o *quorum*, o número de votos necessários, prosseguir-se-á em outras votações até que se consiga estabelecer um número de que a lista sêxtupla seja reduzida a uma lista tríplice.

Tanto no primeiro escrutínio quanto nos demais, segundo e terceiro, os candidatos não obtiveram o número mínimo (17) de votos para configurar hipótese de maioria qualificada. Os sufragados obtiveram votos em minoria simples.

Temos que apreciar a questão sob o prisma da aplicação do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, que diz que o julgador, na ausência de um texto, de uma lei, deverá julgar de acordo com os princípios gerais do Direito, com analogia, enfim, e os usos de costumes.

Eu havia sustentado isso anteriormente, por ocasião da apreciação do pedido liminar. Analisando, contudo, a impetração, no seu pedido final, quando temos que ficar, então, jungidos à forma, diz a impetração:

“Pede, também, ao final, seja determinada à autoridade apontada como coatora que promova a redução da lista sêxtupla, encaminhada pelo ofício COP 134/2007, da lavra do Presidente do Conselho Federal da OAB, a uma lista tríplice destinada ao preenchimento da vaga da classe dos advogados no Superior Tribunal de Justiça em decorrência da aposentadoria do Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro.”

Ora, o pedido não está sendo formulado no sentido de que se aproveite aquela votação, mas que seja dada continuidade à própria sessão que foi suspensa pela comunicação de que os candidatos não haviam alcançado o mínimo estabelecido num critério de maioria absoluta.

Ora, como bem acentuou o Sr. Ministro João Otávio de Noronha, aos fundadores do egrégio Superior Tribunal de Justiça não ocorreu, não se vislumbrou hipótese como a ocorrente, quando da elaboração de seu Regimento Interno, porque, se tivesse sido prevista, certamente essa questão estaria sendo contemplada. Mas, se não o foi, como resolver? Por isso, a invocação do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, considerando-se que o Regimento é ato administrativo normativo, e, como tal, em hipótese de lacuna ou omissão, deve ser interpretado segundo os

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

ditames do art. 4º da Lei de Introdução do Código Civil, exatamente por ser ato normativo.

Não estamos sustentando que os candidatos não têm os requisitos exigidos. Todos foram aprovados. A questão da discricionariedade de cada qual dos Ministros de votar em um ou em outro sentido ou de se abster há de ser respeitada. Mas a lista sêxtupla foi reduzida à tríplice indicação, que é, na verdade, representada pelo expressivo resultado do primeiro escrutínio, que, embora não tendo chegado à maioria qualificada, reflete exatamente a opinião, a decisão do Tribunal.

Então, a despeito da parte final do pedido pretender que a redução da lista seja observada, essa redução já foi realizada na histórica sessão de julgamento para a indicação da lista tríplice. E este impasse formal que eu vislumbraria aqui, na formulação do pedido, encontra-se, contudo, superado pela realidade dos fatos.

O fato é que essa eleição já foi decidida.

Então, entender-se que a comunicação da egrégia Presidência do Tribunal, em devolver a lista por não ter sido sufragado nome de candidato em votação por maioria qualificada, que não é uma recusa, nem uma rejeição, teria violado o direito líquido e certo da impetrante, com todo respeito, esta interpretação que se está dando a essa devolução da lista, impropriamente dita, pois ela não foi devolvida. E se não o foi, está aqui. E se está aqui, a sessão, a meu ver, com todo respeito, já definiu. O resultado já foi proclamado pela urnas. Basta apenas agora uma proclamação formal, que é o que se espera deste Conselho em Corte Especial. Que proclame isso e atenda a esse desejo, que é da Ordem dos Advogados do Brasil, do legislador constitucional, e, enfim, de todos os que esperam que os órgãos jurisdicionais, como este nosso Superior Tribunal de Justiça, que representa a consciência jurídica nacional no sentido da uniformização da jurisprudência, da aplicação da legislação infraconstitucional, possam exercer suas prerrogativas.

Com todo o respeito, divergindo do posicionamento do Sr. Ministro **Paulo Gallotti**, que denegou a ordem em mandado de segurança, e também dos Srs. Ministros que o acompanharam, concedo a ordem em mandado de segurança para que se proclame o resultado do primeiro escrutínio, que já apontou o número dos candidatos que obtiveram aquela expressiva votação, embora mesmo não chegando à maioria qualificada, mas como resultado da manifestação de vontade do Tribunal.

É o meu voto, Sr. Presidente.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES:

Quando se diz, di-lo a Constituição no parágrafo único do art. 94, que, recebidas as indicações, o tribunal formará lista tríplice, não se está aí criando obrigação, isto é, no sentido de que outra alternativa não resta ao tribunal senão formar a lista, salvo, ouvem-se ilustres vozes, se motivar a sua decisão. Bem assim



Ministro Paulo Benjamin Fragoso Gallotti

não creio que seja. De um lado, porque, se o Senado, podendo aprovar a escolha de magistrados, pode não aprová-la por voto secreto, logo sem motivação, o tribunal, no caso, o Superior Tribunal, pode também não formar a lista tríplice; ambos participam desse ato complexo, também o Poder Executivo.

De outro, porque, formar ou não formar lista diz respeito à independência dos Poderes; particularmente, à autonomia do tribunal, no caso, do Superior Tribunal. Independente, ou autônomo, seja o que for, era, e é, lícito ao Superior Tribunal dispor tal como dispôs em seu Regimento, por exemplo, no § 5º do art. 26: “*Somente constará de lista tríplice o candidato que obtiver, em primeiro ou subseqüente escrutínio, a maioria absoluta dos votos dos membros do Tribunal, observado o disposto no artigo 27, § 3º.*”

Foi o que aconteceu, tal o esgotamento do caso, conforme o voto do Relator, a quem estou acompanhando.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA:

Sr. Presidente, observo que nos três escrutínios nenhum candidato chegou sequer a alcançar a maioria simples; com muito maior razão, a maioria absoluta, *quorum* necessário para um candidato integrar a lista tríplice elaborada pelo STJ, conforme exigência contida no Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, sendo de se observar que o inciso I, da letra *a*, do art. 96, da Constituição Federal, que dá aos Tribunais a competência privativa para a elaboração dos seus próprios regimentos internos.

Mais do que isso, no terceiro escrutínio foram apuradas dezenove cédulas totalmente em branco, vale dizer, alcançou-se a maioria absoluta negativa – se é que assim se pode dizer – já que a maioria absoluta no STJ é de dezessete ministros, ainda que estando, como estavam, apenas vinte e oito presentes.

Acompanho o voto, pelos seus próprios e jurídicos fundamentos, do eminente Ministro Relator, *data venia*, julgando parcialmente prejudicado o pedido e, na parte não prejudicada, denegando a ordem.

VOTO-VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO ARI PARGENDLER:

A nomeação de Ministro do Superior Tribunal de Justiça, quando este é originário da classe dos advogados, constitui um ato complexo, parcelado em várias

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

etapas; primeiro, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil encaminha ao Tribunal uma lista sêxtupla; depois, este reduz a lista a três nomes; finalmente, o Presidente da República nomeia para o cargo um dos integrantes da lista tríplice.

As competências são expressas e determinadas. O Superior Tribunal de Justiça só pode recusar a lista sêxtupla se um ou mais dos respectivos integrantes não preencher os requisitos fixados constitucionalmente, e motivadamente. Aqui isso não ocorreu.

Voto, por isso, no sentido de acompanhar a conclusão do voto da Ministra Nancy Andrighi, concedendo parcialmente o mandado de segurança.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FERNANDO GONÇALVES:

Sr. Presidente, a matéria foi amplamente debatida. No meu entendimento, pelo que ficou consignado, não foi alcançada nem a maioria simples nem a maioria absoluta para que algum dos integrantes da lista sêxtupla compusesse a lista tríplice.

Com a devida vênia da divergência, acompanho o voto do Sr. Ministro Relator, julgando parcialmente prejudicado o pedido e, no mais, denegando a ordem.

VOTO-VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR:

Sr. Presidente, Srs. Ministros, havia destacado no meu voto, quando do exame da liminar, que naquele momento estava, evidentemente, julgando de acordo com os requisitos específicos de uma liminar e que, no mérito, faria o juízo próprio do novo momento processual.

Rogo vênia ao eminente Ministro Relator e aos demais Pares que seguiram o seu voto para aderir à divergência.

O art. 27 do Regimento Interno diz: *"Aberta a sessão, será ela transformada em conselho, para que o Tribunal aprecie aspectos gerais referentes à escolha dos candidatos, seus currículos, vida pregressa e se satisfazem os requisitos constitucionais exigidos"*.

Entendo que o papel constitucional do Superior Tribunal de Justiça, seguindo o que dispõe o art. 94 da Constituição, é o de reduzir a lista sêxtupla da OAB a uma



Ministro Paulo Benjamin Fragoso Gallotti

lista tríplice, ou então recusá-la, nesse momento preliminar à votação, se entender que não estão preenchidos aqueles requisitos constitucionais.

Como ressaltaram o Sr. Ministro Relator e outros Colegas, esse momento passou. Não houve nenhuma impugnação objetiva aos requisitos constitucionais de nenhum dos candidatos, de modo que o papel do Superior Tribunal de Justiça é este: reduzir de seis para três nomes e encaminhar a lista ao Presidente da República, já que não houve essa impugnação anterior. Portanto, a votação é vinculada em relação ao que se decidiu na etapa preliminar, quando não se apresentou objetivamente qualquer restrição ao nome dos candidatos.

Aderiria ao voto do eminente Ministro João Otávio de Noronha por entender que, efetivamente, não é mais o caso de se voltar à etapa anterior. Também dou por vencida aquela primeira etapa, já que não houve impugnação. Apenas não iria tão longe, como o fez S. Exa., no sentido de fazer com que fosse desprezado o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça quanto ao *quorum*, porque estamos tratando de uma decisão judicial, e não me passa pela mente, evidentemente, que, se for a decisão judicial no sentido de se conceder a ordem, o Superior Tribunal de Justiça não a cumpriria, bem assim ao seu Regimento Interno, no sentido de sufragar nomes que alcançassem a maioria, seguindo o roteiro do nosso próprio Regimento.

Em suma, acompanho a divergência inaugurada pela eminente Ministra Nancy Andrighi, mas em maior extensão, na linha do voto do Sr. Ministro João Otávio de Noronha, com esta pequena restrição: de se observar o que dita o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça quanto à escolha nos escrutínios e ao *quorum* mínimo.

Concedo a ordem em mandado de segurança.

VOTO-VOGAL

O EXMO. SR. MINISTRO HAMILTON CARVALHIDO:

Sr. Presidente, Srs. Ministros, a questão foi amplamente debatida. Acompanhei voto a voto os proferidos nesta sessão, assim como a sustentação do Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil.

Ponderei demoradamente os memoriais.

Penso que a questão deve e somente pode ser decidida à luz da autonomia e da independência que a Constituição da República confere ao Poder Judiciário, eis que se está a cuidar da escolha de seus membros, de quem deve integrá-lo.

Que lhe caiba essa decisão, penso não haver dúvida, ainda no caso do Superior Tribunal de Justiça, relativamente ao 1/3 reservado alternativamente à Ordem dos Advogados do Brasil e ao Ministério Público.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Em parte alguma da Constituição encontro qualquer disposição que lhe exclua esse poder de escolha, ainda que se cuide de ato complexo.

A quem deve caber, senão ao próprio Judiciário?

No que diz respeito aos Magistrados, a indicação se faz entre todos os Desembargadores. E quanto à Ordem dos Advogados do Brasil, a lista que oferece tem evidentemente natureza meramente instrumental.

E mais, pergunto eu, a indicação de um Magistrado se resume, porque a função o exige, ao notável saber jurídico, à conduta ilibada, e ao tempo de experiência profissional, ostentado por todos os candidatos, ou será que também reclama componentes outros que digam respeito à personalidade do candidato, que devem ser buscados e sopesados discricionariamente pelos membros desta Corte Superior?

A mim, parece que essa disposição constitucional, vista sistematicamente a Constituição, consideradas as exigências do Estado social e democrático de Direito e a função do Judiciário, atribui, sim, uma função instrumental à Ordem dos Advogados do Brasil de propiciar, no universo de seus membros, a partir do atendimento desses pressupostos, nomes à indicação para a lista, sem, todavia, obrigar, vincular o Superior Tribunal de Justiça e o Poder Judiciário, salvo, o que é inadmissível, se se pretender que a escolha do juiz cabe à Ordem dos Advogados do Brasil e, não, à Justiça.

Peço vênia para acompanhar o voto do Sr. Ministro Relator, denegando a ordem em mandado de segurança.

VOTO-MÉRITO

A EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON:

Sr. Presidente, sou a última a votar, abstenho-me de fazer outras considerações, voto com o Sr. Ministro Relator, louvando o voto de S. Exa., reportando-me ao que foi dito pelo Sr. Ministro Hamilton Carvalhido, em razão de também entender que uma das garantias que têm os Membros desta Corte quando votam é exatamente a de não se manifestarem, é a do voto em branco. Se isso existe e é válido, não se pode retirar essa garantia quando esses votos em branco são majoritários.

Daí por que filio-me inteiramente à posição do Sr. Ministro Relator, denegando a ordem em mandado de segurança.

SUSTENTAÇÃO ORAL

Sustentaram oralmente, Dr. Raimundo César Britto Aragão, pela impetrante e o Dr. Aurélio Vírgilio Veiga Rios, Subprocurador-Geral da República.



Habeas Corpus* nº 55.909-SP

RELATOR: MINISTRO PAULO GALLOTTI
IMPETRANTE: NILTON JOSÉ DE PAULA TRINDADE
IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE: ANGÉLICA APARECIDA DE SOUZA TEODORO (PRESA)

DECISÃO

Cuida-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Angélica Aparecida de Souza Teodoro, presa em flagrante e denunciada pelo cometimento do crime de roubo de uma lata de manteiga em um mercado.

Ataca-se ato do Desembargador Relator do *habeas corpus* manejado no Tribunal de Justiça de São Paulo que indeferiu a medida liminar.

Pretende-se a concessão de liberdade provisória, inclusive cautelarmente.

Solicitadas informações, prontamente as prestou, com detalhes, o Dr. César Augusto Andrade de Castro, Juiz de Direito da 23ª Vara Câmara Criminal de São Paulo.

Importante, para compreensão do que se está a decidir, relato do ocorrido.

A paciente foi presa em flagrante, na manhã do dia 16 de novembro do ano passado, como se vê de cópia do respectivo auto, por infração, em tese, do art. 157, § 1º, c/c o art. 14, II, ambos do Código Penal, anotando-se que ela foi “surpreendida logo após ter subtraído mercadoria do interior de um mercado, situado na R. Erva de Santa Luzia, 511 - Jardim Maia - CEP: 08081-310 - S. Paulo - SP, quando, tão logo foi abordada e a subtração constatada, utilizou-se de grave ameaça contra o proprietário e um funcionário do estabelecimento, a fim de garantir a impunidade do delito”.

Ouvido no flagrante, o proprietário do estabelecimento comercial em que teria ocorrido a subtração declarou:

“Que o declarante é o proprietário do Mercado Araújo Ltda., situado na Rua Erva de Santa Luzia, 511/Jardim Maia, nesta cidade; que, nesta data, o declarante encontrava-se no local, o qual estava aberto, sendo que, por volta das 10h, percebeu que a autuada aqui presente, identificada como

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

sendo Angélica Aparecida de Souza Teodoro ingressou no estabelecimento, trazendo consigo um boné vermelho em uma das mãos, sendo que parecia que ela estava acompanhada de uma outra mulher; que a mulher em questão adquiriu algumas mercadorias e pagou-as normalmente no caixa, e saiu; que, logo depois, viu que a atuada saiu também, dando a impressão que ela estava com alguma coisa envolta pelo boné; que foi quando o declarante e seu irmão Jadiael, que ali trabalha, saíram e abordaram a atuada, já na calçada da frente do mercado; que quando pegaram o boné, perceberam que ele estava escondendo uma lata de manteiga, marca Aviação, de 200g, que ela havia subtraído de dentro do estabelecimento, e que ali é vendida ao preço de R\$ 3,10 (três reais e dez centavos); que, tão logo foi descoberta a subtração, a atuada, em tom ameaçador, proferiu as seguintes palavras: 'eu já mandei subir um monte de gente e vou mandar subir vocês também, se não me deixarem ir embora'; que o termo subir é uma gíria de matar e o fato deixou o declarante bastante amedrontado, pois a atuada reside em um local onde pessoas de conduta duvidosa também residem e, pelas gírias por ela utilizadas e pelas diversas tatuagens que possui, percebe-se que ela possa estar envolvida com indivíduos que cometem crimes; que, ato contínuo, foi acionada uma viatura da Polícia Militar, quando todos foram conduzidos para esta Distrital; que conhecia a atuada presente apenas de vista; que, seu estabelecimento é de porte pequeno e o declarante sofre constantemente com furtos e roubos, pois encontra-se estabelecido em uma região bastante problemática com relação a crimes.”

Submetido ao magistrado o auto de prisão em flagrante com pedido de liberdade provisória, em 24 de novembro a custódia foi mantida em decisão do seguinte teor:

“O fato descrito nos autos é típico e antijurídico. Caracterizada a situação de flagrância por ocasião da abordagem policial, não se podendo falar em ilegalidade da prisão levada a efeito.

Teses acerca da culpabilidade do agente não impedem a caracterização do estado de flagrância.

Ademais, quem profere ameaça para assegurar a detenção da coisa ou a impunidade do crime comete roubo impróprio, e não simplesmente furto.

De outro vértice, sem que o pedido de liberdade provisória seja instruído com documentos que comprovam a existência de residência fixa e/ou exercício de atividade lícita, de rigor o seu indeferimento.

A averiguada não trouxe aos autos documentação que comprove sua assertivas.

Logo, temos que não há garantias de que, posto em liberdade, não evadirá do distrito da culpa, prejudicando as investigações. E, com seu comportamento, demonstrou personalidade violenta, a justificar a manutenção da custódia a despeito da aparente primariedade.

Ministro Paulo Benjamin Fragoso Gallotti

A manutenção da prisão é, portanto, medida que se impõe, para garantia da instrução processual e da futura aplicação da lei penal.

Ante o exposto, presentes os pressupostos autorizadores da manutenção da prisão do indiciada. Indefiro o pedido formulado.”

No dia 5 de dezembro seguinte, o representante do Ministério Público ofereceu a seguinte denúncia contra a paciente:

“Consta dos autos do incluso inquérito policial que, no dia 16 de novembro de 2005, às 10h, na Rua Erva de Santa Luzia, 511, nesta Capital, Angélica Aparecida de Souza Teodoro, qualificada à fl. 14, logo depois de subtrair para si coisa alheia móvel consistente em uma lata de manteiga aviação no valor de R\$ 3,10 (três reais e dez centavos), empregou grave ameaça contra a pessoa de Dadiel de Araújo, a fim de assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa para si ou para terceiro.

Segundo apurou-se, no dia dos fatos, a denunciada, acompanhada de uma outra mulher não identificada, estava no estabelecimento comercial denominado Mercado Araújo Ltda. de propriedade da vítima Dadiel de Araújo.

A mulher não identificada efetuou compras e as pagou normalmente deixando o estabelecimento. A denunciada, por sua vez, trazendo nas mãos um boné com o objeto subtraído envolto, saiu sorrateiramente do estabelecimento.

Ao notarem o ocorrido, a vítima e um funcionário do mercado abordaram a denunciada já na calçada e constataram que ela havia subtraído do interior do estabelecimento uma lata de manteiga, marca Aviação, de 200g.

A fim de garantir a impunidade do delito a denunciada, ao ser abordada, passou a proferir grave ameaça contra a vítima. Ato contínuo, a vítima acionou uma viatura policial e foi dada voz de prisão em flagrante delito à denunciada.

Diante do exposto, comprovada a autoria e materialidade do delito, denuncio a Vossa Excelência Angélica Aparecida de Souza Teodoro como incurso no artigo 157, § 1º, do Código Penal, e requeiro que, recebida a autuada esta, tenha início o devido processo penal, citando-a e intimando-a para interrogatório, prosseguindo-se com a oitiva de testemunha adiante arroladas, nos termos dos artigos 395/405 e 498 a 502 do Código de Processo Penal, até final sentença condenatória.”

Em 4 de janeiro e 2 de fevereiro deste ano, rejeitaram-se novos pedidos de liberdade provisória, assim vazado o primeiro desses provimentos:

“Conduta grave, que obsta a liberdade provisória e impõe a manutenção da ré em custódia com o fim de preservar a coletividade contra pessoas potencialmente perigosas.

Ainda, a imediata soltura seria contrária aos anseios da sociedade, que clama por mais rigor na punição dos crimes praticados com violência contra as pessoas.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Deste modo, havendo fundadas razões que sinalizem sua participação no crime em investigação, hei por bem em indeferir o pedido de liberdade provisória, como garantia da ordem pública e conveniência de instrução processual.”

Novo indeferimento ocorreu em 20 de fevereiro, sendo esta a decisão:

“Trata-se de pedido de relaxamento de prisão em flagrante, com parecer desfavorável do Ministério Público.

O pedido não pode ser acolhido. Não obstante o excesso de prazo, tal não pode ser atribuído ao Poder Judiciário.

Ademais, o interrogatório da ré fora designado para data oportuna, qual seja, dia 14 de março, e somente não se realizou anteriormente porque, embora requisitada, a ré não foi apresentada ao juízo.

Não se vislumbra, pois, constrangimento ilegal.

Aliás, caminha a jurisprudência no sentido de que o prazo de oitenta e um dias não é peremptório, e admite dilatação, quando justificável.

Nesse sentido: *Habeas corpus* - excesso de prazo para formação da culpa - não caracterização. O prazo de 81 dias não é peremptório ou fatal, admitindo dilatação, havendo que se perquirir a ocorrência ou não de fatores aceitáveis para eventual alargamento. Ademais, o atraso nos autos não se deu por desídia judicial, inexistindo qualquer parcela de responsabilidade por parte do Judiciário ou do Ministério Público. Portanto, não detectada ilegalidade na permanência do paciente na prisão. Sem nenhuma dúvida, não é possível acreditar que, nos dias atuais, se façam presentes as mesmas condições que viabilizavam a realização dos atos processuais nos prazos estabelecidos na época da elaboração do Código de Processo Penal, há mais de cinquenta anos' HC nº 869.153/3-6 - São Paulo - 14ª C. Criminal - rel. Wilson Barreira.

Quanto à alegação de que a ré estaria sendo acusada de uma 'simples subtração de manteiga', para tanto, teria ela empregado grave ameaça contra as vítimas, ou seja, teria, para garantir a posse do objeto subtraído, ameaçado de morte as vítimas. Grave, portanto, o delito atribuído à ré.”

Por fim, anteontem, 21 deste mês, a paciente teve recusado mais um pedido da mesma natureza.

Disse o magistrado:

“Cuida-se de reiteração ao pedido de liberdade provisória, anteriormente formulado em benefício de Angélica Aparecida de Souza, acusada do crime de roubo.

Ministro Paulo Benjamin Fragoso Gallotti

A despeito de persistirem as circunstâncias que justificaram os indeferimentos passados, suficientes ao indeferimento da pretensão ora deduzida pela defesa, pois, forçoso reconhecer que a repercussão advinda a partir da notícia de que a ré se encontrava presa por uma simples lata de manteiga está a recomendar pequena reflexão a respeito da hipótese vertente.

Inicialmente é de bom alvitre ressaltar que neste Juízo não há um só réu sequer que, acusado do crime de furto, independentemente da natureza ou quantidade do bem subtraído, seja ela um pote de manteiga ou uma carga do mesmo gênero alimentício, veja indeferido seu pedido de liberdade provisória, desde que primário e com residência fixa.

Pois bem, a ré, a despeito de primária, está sendo acusada da prática de crime de singular gravidade, qual seja, roubo impróprio, ou melhor esclarecendo, conduta em que o agente emprega violência ou grave ameaça contra a pessoa, em seguida à subtração da coisa, com o fim de assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa – artigo 157, parágrafo 1º, do Código Penal.

Na notícia nos autos que a ré foi surpreendida pelo irmão e pelo proprietário do pequeno estabelecimento comercial em seguida à subtração de um pequeno pote de manteiga, oportunidade em que os teria ameaçado de morte, caso não fosse liberada.

Consta, ainda, que os dois irmãos teriam ficado amedrontados com a ameaça, eis que, segundo as palavras de ambos, a ré possui diversas tatuagens pelo corpo e reside em local extremamente perigoso.

As razões que nortearam a decisão anterior deste Magistrado, e por certo dos Magistrados que aqui também proferiram decisões semelhantes, ativeram-se à conduta da ré, jamais no bem subtraído.

Poder-se-ia argumentar que a ré se encontra presa por tempo superior a 120 dias sem que tenha sido concluída a formação da culpa, circunstância que, à evidência, contraria a expectativa da pronta prestação jurisdicional, entretanto, há bom tempo o Poder Judiciário deste Estado, por seus magistrados, não tem medido esforços para realizar de maneira mais célere possível as suas obrigações constitucionais, mas nem sempre o consegue fazer de forma satisfatória, hipótese dos autos, antes as mazelas do Poder Executivo.

Assim é que de longa data a esta parte o prazo para a instrução processual penal, de construção jurisprudencial, não vem sendo observado, ante a falta de magistrados, número precário de funcionários, quantidade excessiva de processos, número insuficiente de policiais para fazerem a escolta dos presos, falta de viaturas para os conduzirem ao Fórum, e assim por diante, até que o Poder Judiciário acabe sendo responsável por tudo que está por aí.

Só há uma solução a tanto. A sociedade precisa se conscientizar da imprescindibilidade de bem escolher seus governantes e procurar atentar – e cobrar – para suas promessas de campanha, sobretudo aquelas em tons mais graves, quando prometem empenho imensurável no trato das coisas direcionadas às pessoas menos favorecidas.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Há de se indagar, então, existem pessoas menos favorecidas que aquelas encarceradas? Não era de se esperar, pois, que o Poder Executivo, à falta de vontade política de seus dirigentes no sentido de propiciar o mínimo de dignidade ao cidadão, dotasse o Poder Judiciário de melhor aparelhamento, de sorte a agilizar e facilitar o acesso das pessoas à justiça?

Convém ressaltar, por fim, que este Juízo não deu causa ao adiamento do ato do interrogatório da ré, que não foi apresentada naquela oportunidade, e nem mesmo o fato de o crime ter sido perpetrado mediante ameaça – sem emprego de arma – e o pequeno valor do bem subtraído estariam a justificar o relaxamento de sua prisão. É notório que autores de crimes bárbaros permanecem detidos por longos períodos antes do encerramento da instrução processual, sem reconhecimento do constrangimento ilegal por excesso de prazo na formação da culpa, entretanto, eventual constrangimento vale para o crime de furto, roubo ou homicídio!

Deste modo, porque inalterados os motivos que sustentaram a decisão anterior, o indeferimento do pedido é de rigor.”

No *habeas corpus* dirigido ao Tribunal de Justiça de São Paulo, o relator, no dia 9 de março, indeferiu a liminar e escreveu:

“Vistos. O Advogado Nilton José de Paula Trindade impetra *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor de Angélica Aparecida de Souza Teodoro, para que seja concedida a liberdade provisória, sustentando que houve excesso de prazo durante a formação de culpa. Sustenta, ainda, que a paciente é primária, com ocupação lícita, residência fixa e inexistem qualquer das condições fixadas no art. 312 do Código de Processo Penal. Trata-se de infração ao art. 157 do Código Penal. Não se pode deferir a liminar. A medida liminar é cabível quando o constrangimento ilegal é manifesto e detectado de imediato através do exame sumário da inicial e dos documentos que a instruem, o que não ocorre no presente caso.”

Em princípio, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não tem admitido o exame de *habeas corpus* que investe contra o indeferimento de medida liminar em ação idêntica deduzida perante Tribunal Regional ou Estadual.

Tem-se proclamado, contudo, que, em hipóteses excepcionais, mostra-se possível e impositiva a atuação da Corte, quando o constrangimento ilegal a que alguém esteja submetido resultar evidente de um exame perfunctório dos elementos de convicção existentes nos autos.

A meu ver, é o caso.

Com efeito, não vislumbro razão para manter a prisão em flagrante da paciente.

A prisão cautelar, exceção ao princípio da presunção de não-culpabilidade, está sempre atrelada, em compreensão moderna do tema, à demonstração de sua necessidade.



Ministro Paulo Benjamin Fragoso Gallotti

No caso, foram apontados como motivos para a manutenção da segregação a gravidade do delito e a intranquilidade causada na sociedade paulistana com a reiteração de práticas assemelhadas.

Sem avaliar, por certo, a conduta atribuída à paciente, na forma descrita na denúncia, forçoso é reconhecer que a gravidade da infração – de duvidosa ocorrência com as ameaças que teriam sido proferidas pela acusada – por si só não autoriza a prisão antecipada.

Além disso, certamente não são comportamentos como o atribuído à paciente que estão a intranquilizar a cidade de São Paulo, mas sim a prática dos mais variados crimes, quase sempre cometidos com armas de fogo e o emprego de violência.

Finalmente, impossível deixar de remarcar que se está a cuidar da subtração de um pote de manteiga avaliado em R\$ 3,10, sendo a acusada, ré primária, que admite o furto, mas nega as ameaças, lamentavelmente, vítima de um perverso quadro social que não oferece oportunidades concretas, a ela e a milhões de outros brasileiros, de uma vida digna.

Diante do exposto, defiro a medida liminar, até o julgamento do mérito do *habeas corpus*, para que a paciente seja posta, imediatamente, em liberdade provisória, se por outro motivo não estiver presa, assinando o respectivo termo de comparecimento a todos os atos do processo.

Dê-se imediata ciência ao Tribunal de Justiça de São Paulo e ao Juízo de Direito da 23ª Vara Criminal da Capital.

Publique-se.

Brasília (DF), 23 de março de 2006.

MINISTRO PAULO GALLOTTI, Relator



Conflito de Competência nº 91.016-MT

RELATOR: MINISTRO PAULO GALLOTTI

AUTOR: JUSTIÇA PÚBLICA

RÉU: JOMARCELO FERNANDES DOS SANTOS

RÉU: LUCIVANDO TIBÚRCIO DE ALENCAR

RÉU: LEANDRO JOSÉ SANTOS DE BARROS

RÉU: FELIPE SANTOS DOS REIS

RÉU: JOSEPH LEPORE

RÉU: JAN PAUL PALADINO

SUSCITANTE: JUÍZO FEDERAL DE SINOP - SJMT

SUSCITADO: JUÍZO AUDITOR DA AUDITORIA DA 11ª CIRCUNSCRIÇÃO
JUDICIÁRIA MILITAR DO DISTRITO FEDERAL

EMENTA

PENAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. ACIDENTE AÉREO. ATENTADO CONTRA A SEGURANÇA DE TRANSPORTE AÉREO. INOBSERVÂNCIA DE LEI, REGULAMENTO OU INSTRUÇÃO E HOMICÍDIO CULPOSO. DELITOS PRATICADOS POR MILITARES, CONTROLADORES DE VÔO. CRIMES DE NATUREZA MILITAR E COMUM. DESMEMBRAMENTO. PRINCÍPIO DO *NE BIS IN IDEM*. INEXISTÊNCIA DE CONFLITO.

1. Não ofende o princípio do *ne bis in idem* o fato dos controladores de vôo estarem respondendo a processo na Justiça Militar e na Justiça comum pelo mesmo fato da vida, qual seja o acidente aéreo que ocasionou a queda do Boeing 737/800 da Gol Linhas Aéreas no Município de Peixoto de Azevedo, no Estado do Mato Grosso, com a morte de todos os seus ocupantes, uma vez que as imputações são distintas.

2. Solução que se encontra, *mutatis mutandis*, no enunciado da Súmula 90/STJ: “*Compete à Justiça Militar processar e julgar o policial militar pela prática do crime militar, e à Comum pela prática do crime comum simultâneo àquele*”.

3. Conflito não conhecido.

* Publicado no DJe de 25/03/2008.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do conflito de competência, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Votaram com o Relator a Sra. Ministra Laurita Vaz e os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Maria Thereza de Assis Moura, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Jane Silva (Desembargadora convocada do TJMG), Nilson Naves e Felix Fischer.

Brasília (DF), 27 de fevereiro de 2008. (data do julgamento).

MINISTRO PAULO GALLOTTI, Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO PAULO GALLOTTI:

Cuida-se de alegado conflito positivo de competência entre o Juiz Federal de Sinop, da Seção Judiciária de Mato Grosso, e a Juíza Auditora da 11ª Circunscrição Judiciária Militar do Distrito Federal, afirmando-se que, nesses Juízos, tramitam duas ações para a apuração da responsabilidade penal pelo acidente aéreo envolvendo o Boeing/737-800, prefixo PR-GTD, da Gol Linhas Aéreas, e o jato Embraer/Legacy 600, prefixo N600XL, da empresa americana Excel Air Service, que culminou com a queda da primeira aeronave no Município de Peixoto de Azevedo, naquele Estado, no dia 29 de setembro de 2006, com a morte de todos os seus ocupantes.

Os autos dão conta que, no dia 25/5/2007, o Ministério Público Federal denunciou Joseph Lepore e Jan Paul Paladino, ambos americanos, pilotos do jato Legacy da empresa Excel Air Service, como incursores “no art. 261, § 3º, c/c o art. 263, com pena cominada pelo art. 258, c/c o art. 121, § 4º (inobservância de regra técnica de profissão)”, todos do Código Penal, e os controladores de voo e Sargentos da Aeronáutica Jomarcelo Fernandes dos Santos, Lucivando Tibúrcio de Alencar, Leandro José Santos de Barros e Felipe Santos dos Reis, estes por “*dois crimes dolosos de atentado contra a segurança de transporte aéreo, em concurso formal*”, sendo um “*na modalidade fundamental (art. 261, caput, CP), quanto à periclitación da aeronave N600XL*”, e outro “*qualificado por cento e cinquenta e quatro mortes (art. 261, § 1º, c/c o art. 263, ambos do Código Penal), em relação ao avião sinistrado de prefixo PR-GTD*”.

Posteriormente, em 11/9/2007, o Ministério Público Militar, em exercício no 2º Ofício da Procuradoria da Justiça Militar do Distrito Federal, ofereceu denúncia



Ministro Paulo Benjamin Fragoso Gallotti

contra João Batista da Silva, Felipe Santos dos Reis, Lucivando Tibúrcio de Alencar e Leandro José dos Santos de Barros, pela prática do delito previsto no art. 324 do Código Penal Militar, e contra Jomarcelo Fenandes dos Santos, dando-o como incurso no art. 206, §§ 1º e 2º, do aludido diploma, tendo a Juíza-Auditora da Auditoria da 11ª Circunscrição Judiciária Militar do Distrito Federal rejeitado a inicial acusatória nestes termos:

“Analisando a denúncia apresentada, constatamos que, apesar de detalhar os fatos ocorridos no fatídico dia 29 de setembro de 2006, não o faz, contudo, com relação à específica conduta do 3º Sargento Jomarcelo ao imputar-lhe a prática de crime de homicídio culposo, concluindo simplesmente que ‘esse denunciado ignorou todas as normas de segurança de voo, deixando de cumprir as determinações do ICA 100-12, estando, portanto, incurso no art. 206, §§ 1º e 2º, do Código Penal Militar’.

De outro lado, ao imputar aos demais denunciados o crime tipificado no art. 324 do citado Código, apenas referiu, genericamente, o descumprimento de normas contidas no ICA (Instrução do Comando da Aeronáutica) nº 100-12, documento juntado aos autos, correspondendo às fls. 207 a 459, sem qualquer transcrição dos textos normativos em tese violados, tornando inepta a denúncia ao impedir que os denunciados se defendam das acusações que ali lhes são feitas.

Em consequência, considerando os argumentos acima aduzidos, nos termos do art. 78, alínea 'a', do Código de Processo Penal Militar, não recebo a denúncia formulada pelo Ministério Público Militar. (fl. 29)”.

O Juiz Federal, no dia 5 de outubro último, suscitou o conflito em decisão do seguinte teor:

“No momento do recebimento da denúncia, optei por deliberar a respeito da competência para o julgamento da presente ação penal. É que havia, na ocasião, divergência entre o entendimento do ilustre Delegado da Polícia Federal que conduziu os trabalhos de investigação, para quem o processamento e julgamento dos controladores de voo deveria ficar a cargo da Justiça Militar, e a opinião firmada sobre o assunto pelo representante do órgão do Ministério Público Federal, que entendia ser da Justiça Federal a competência para o feito.

Embora o recebimento da denúncia, por si só, já fosse suficiente para que a competência federal ficasse implicitamente firmada (pois somente pode receber denúncia juiz que se julga competente), decidi, no entanto, expor expressamente os argumentos em favor da jurisdição federal, quando mais não fosse para que a parte eventualmente prejudicada pudesse refutá-los, se fosse o caso, em recurso que porventura interpusse.

Vem agora a notícia de que está em curso, na Justiça Militar, uma ação penal em que se discute sobre os mesmos fatos narrados na demanda que

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

tramita neste Juízo. Não é conveniente para ninguém que perdure uma situação de incerteza em relação à Justiça competente para processamento dos controladores de voo. Tudo recomenda que o Superior Tribunal de Justiça se pronuncie sobre a matéria. Isso evitará, entre outras coisas, a realização de diligências desnecessárias pelo juízo que vier ao final ser julgado incompetente pelo STJ. Mas não é só isso. Deve-se levar em conta também a circunstância de que constitui flagrante constrangimento ilegal obrigar os réus a responderem sobre os mesmos fatos perante dois órgãos jurisdicionais distintos.

No feito que corre na Justiça Militar, houve rejeição, por inépcia, da denúncia apresentada pelo Ministério Público Militar. Como a matéria relacionada com a competência precede o exame da regularidade formal da peça acusatória, isso quer dizer que aquela digna justiça especializada, ao rejeitar a peça de acusação, acabou, por fim, aceitando a competência para o processamento e julgamento dos controladores pelos fatos relacionados com o acidente aéreo que envolveu um jato da Gol e o jato Legacy.

(...)

Ante o exposto, com fundamento do art. 105, I, d, da Constituição Federal, suscito conflito positivo de competência perante o Superior Tribunal de Justiça.” (fls. 3041)

Instado, o Ministério Público Federal, em preliminar, indicou existir prevenção, para o exame do feito, da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, a quem foi distribuído, em 30/10/2006, o CC nº 72.283/MT, relativo ao mesmo acidente. No mérito, reconhecendo a existência do conflito, disse caber à Justiça Federal apreciar a questão.

Na sessão de 28/11/2007, desta Terceira Seção, suscitei questão de ordem indagando se a anterior distribuição de conflito de competência gerava prevenção, nos termos do art. 71 do Regimento Interno.

Sustentei, na oportunidade, em síntese, que a distribuição de conflito de competência não previne o relator para o exame dos feitos futuros atinentes à mesma causa, principalmente porque não emite o relator, na solução do conflito, qualquer juízo sobre o mérito da questão.

A Terceira Seção, por maioria de votos, acolheu a questão de ordem para proclamar que a antecedente distribuição de conflito de competência não gera prevenção.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PAULO GALLOTTI (RELATOR):

Cuida-se de aparente conflito positivo de competência entre o Juiz Federal de Sinop, da Seção Judiciária de Mato Grosso, e a Juíza Auditora da 11ª Circunscrição Judiciária Militar do Distrito Federal, afirmando-se que, nesses Juízos, tramitam duas



Ministro Paulo Benjamin Fragoso Gallotti

ações para a apuração da responsabilidade penal pelo acidente aéreo envolvendo o Boeing/737-800, da Gol Linhas Aéreas, e o jato Embraer/Legacy 600 da empresa americana Excel Air Service, que culminou com a queda da primeira aeronave no Município de Peixoto de Azevedo, naquele Estado, no dia 29 de setembro de 2006, quando morreram todos os tripulantes e passageiros.

Na Justiça Federal se imputou aos americanos Joseph Lepore e Jan Paul Paladino, assim também aos controladores de voo Felipe Santos dos Reis, Lucivando Tibúrcio de Alencar, Leandro José Santos de Barros e Jomarcelo Fernandes dos Santos, a prática do crime de atentado contra a segurança de transporte aéreo, tipificado no art. 261 do Código Penal.

Posteriormente, foram denunciados, na Justiça Militar Federal, pelo mesmo fato, os controladores de voo Felipe Santos dos Reis, Lucivando Tibúrcio de Alencar, Leandro José Santos de Barros e João Batista da Silva, pelo cometimento do crime de inobservância de lei, regulamento ou instrução, e Jomarcelo Fernandes dos Santos, este por homicídio culposo, previstos, respectivamente, nos arts. 324, e 206, §§ 1º e 2º, ambos do CPM.

Alega o suscitante, em síntese, que “não é conveniente para ninguém que perdue uma situação de incerteza em relação à justiça competente para o processamento e julgamento dos controladores de voo. Tudo recomenda que o Superior Tribunal de Justiça se pronuncie sobre a matéria. Isso evitará, entre outras coisas, a realização de diligências desnecessárias pelo juízo que vier ao final ser julgado incompetente pelo STJ. Mas não é só isso. Deve-se levar em conta também a circunstância de que constitui flagrante constrangimento ilegal obrigar os réus a responderem pelos mesmos fatos perante dois órgãos jurisdicionais distintos.” (fl. 30)

Contrariamente ao que afirma o suscitante, penso não existir conflito de competência a ser dirimido.

Quatro dos controladores de voo estão respondendo a processos, nas Justiças Federal do Mato Grosso e Federal Militar da Circunscrição Judiciária do Distrito Federal, pelo mesmo fato da vida, qual seja o acidente aéreo que ocasionou a queda do Boeing 737/800 da Gol Linhas Aéreas no Município de Peixoto de Azevedo, no Estado do Mato Grosso, mas com imputações distintas, inexistindo *bis in idem*.

Os controladores de voo Felipe, Lucivaldo, Leandro e Jomarcelo foram denunciados, junto à Justiça Federal, como incurso no art. 261 do Código Penal (atentado contra a segurança de transporte marítimo, fluvial ou aéreo), figura delituosa definida de modo diverso na legislação castrense. Com efeito, o delito de atentado contra transporte, previsto no art. 283 do CPM, como crime militar, pressupõe que a infração exponha a perigo “aeronave, ou navio próprio ou alheio, sob guarda, proteção ou requisição militar emanada de ordem legal, ou em lugar sujeito à administração militar”, ou ainda “praticar qualquer ato tendente a impedir ou dificultar navegação aérea, marítima, fluvial ou lacustre sob administração, guarda ou proteção militar”, circunstâncias não presentes na hipótese apreciada.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Já na ação em curso na Auditoria da 11ª Circunscrição Judiciária Militar do Distrito Federal, Felipe, Lucivando e Leandro foram denunciados como incurso no art. 324 do Código Penal Militar (inobservância de lei, regulamento ou instrução), delito previsto exclusivamente no diploma repressivo castrense.

Ainda na mesma auditoria da Justiça Militar, Jomarclo responde por homicídio culposo, que tem igual definição na lei penal comum e na castrense, crime classificado pela doutrina como militar impróprio.

A propósito, leciona Célio Lobão:

“O Código Penal Militar distingue três espécies de crimes impropriamente militares: os previstos exclusivamente no diploma repressivo castrense; os definidos de forma diversa na lei penal comum; os com igual definição no Código Penal Militar e no Código Penal. Entretanto, a competência da Justiça Militar para apreciar essas infrações relaciona-se com a condição do sujeito ativo do delito, militar ou civil.

No caso de sujeito ativo militar, é suficiente que os crimes não previstos na lei penal comum ou nela definidos de modo diverso (inciso I, art. 9º do CPM) estejam tipificados na Parte Especial do Código Penal Militar, sem violação da permissão constitucional de tutelar as instituições militares. No delito com definição igual nos diplomas especial e comum (inciso II, art. 9º do CPM), tornam-se necessários os requisitos de agente e ofendido militares, de local do crime sob a administração militar, de militar em serviço ou em comissão de natureza militar, de ofensa ao patrimônio sob administração militar e à ordem administrativa militar, excetuado o crime doloso contra a vida praticado contra civil.” (*in* Direito Penal Militar Atualizado, 2ª edição, Editora Decálogo, págs. 92/93)

Dispõe o art. 9º do Código Penal Militar:

“Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

(...)

II - os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados:

(...)

c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito a administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou civil;”

Assim, o crime de homicídio atribuído a Jomarclo Fernandes dos Santos deve, sim, ser submetido à jurisdição castrense, porquanto praticado, segundo a denúncia, por militar em serviço contra civis.

Em outras palavras, os controladores de voto responderão a dois processos distintos, um perante a Justiça castrense, pelos crimes militares, e outro na Justiça Federal, por crime comum.



Ministro Paulo Benjamin Fragoso Gallotti

Aliás, *mutatis mutandis*, essa é a solução que se encontra no enunciado da Súmula nº 90/STJ, do seguinte teor: “*Compete à Justiça Estadual Militar processar e julgar o policial militar pela prática do crime militar, e à Comum pela prática do crime comum simultâneo àquele.*”

Confirmam-se ainda:

A - “CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO 'ARRAIS-AMADOR'. CONDUÇÃO DE EMBARCAÇÃO DE ESPORTE OU RECREIO. EMISSÃO PELA MARINHA DO BRASIL. OFENSA A SERVIÇO E INTERESSE MILITAR FEDERAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR. QUADRILHA OU BANDO. CRIME COMUM. DESMEMBRAMENTO. JULGAMENTO PELO JUÍZO FEDERAL.

A falsificação de carteira de habilitação para conduzir embarcação aquática de esporte ou recreio – categoria Arrais-Amador, expedida pela Marinha do Brasil, órgão integrante das Forças Armadas, ofende o interesse e o serviço prestado pela administração militar.

O delito de formação de quadrilha ou bando, que não está previsto no Código Penal Militar, deverá ser julgado por Juízo Federal comum, pois praticada em concurso com o delito praticado contra o serviço militar federal.

Observada a regra do art. 79, inciso I, do Código de Processo Penal, impõe-se a separação obrigatória do julgamento dos delitos praticados em concurso, impondo-se, assim, o desmembramento do processo.

É possível a determinação de remessa dos autos a terceiro juízo, estranho ao conflito, ainda que não se tenha aventado a sua competência pelas instâncias inferiores.

Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Militar Federal para julgamento do delito de falsificação de documento, e a competência da 5ª Vara Federal de Ribeirão Preto/SP, ora suscitado, para apreciação do delito de formação de quadrilha ou bando.”

(CC nº 41.960/SP, Relator o Ministro PAULO MEDINA, DJU de 27/11/2007)

B - “PROCESSUAL PENAL. COMETIMENTO SIMULTÂNEO DE CRIME MILITAR E CRIME PREVISTO NO CÓDIGO PENAL – INVASÃO DE DOMICÍLIO, LESÃO CORPORAL LEVE E ABUSO DE AUTORIDADE. CONEXÃO. IMPOSSIBILIDADE. SEPARAÇÃO DOS JULGAMENTOS. TRANSAÇÃO PENAL QUANTO AO CRIME DE ABUSO DE AUTORIDADE NÃO IMPLICA EM RECONHECIMENTO DE COISA JULGADA EM RELAÇÃO AOS CRIMES MILITARES - APLICAÇÃO DA SÚMULA 90 DO STJ. ORDEM DENEGADA.

1- Mesmo havendo a conexão entre o crime de abuso de autoridade, de competência da Justiça comum e de lesão corporal leve e violação de domicílio, previsto no Código Penal Militar, não é possível o seu julgamento por uma única das Justiças, diante de vedação expressa.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

2- O crime de abuso de autoridade deve ser examinado pelo Juizado Especial e os de invasão de domicílio e lesão corporal leve pela Justiça Militar.

3- A transação penal ofertada aceita e homologada no Juizado Especial não constitui causa de extinção da punibilidade em relação aos crimes de lesões corporais leves e invasão de domicílio, previstos no Código Penal Militar.

4. Ordem denegada.”

(HC nº 81.752/RS, Relatora a Ministra JANE SILVA, DJU de 15/10/2007)

C - “PROCESSUAL PENAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CRIME MILITAR. CRIME DE HOMICÍDIO. CONEXÃO. REUNIÃO DOS PROCESSOS. IMPOSSIBILIDADE.

1. Mesmo havendo a conexão entre o crime de homicídio e de furto de armas do patrimônio sob administração militar, não é possível a reunião do processo, diante de vedação expressa.

2. Conflito conhecido para declarar competente para o julgamento do crime de furto das armas o juízo da 1ª Auditoria da 3ª CJM do Rio Grande do Sul.” (CC nº 77.138/RS, Relatora a Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJU de 20/8/2007)

D - “PROCESSUAL PENAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA COMUM E JUSTIÇA MILITAR. ABUSO DE AUTORIDADE E INVASÃO DE DOMICÍLIO, LESÃO CORPORAL LEVE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 90STJ.

- 'Compete à Justiça Estadual Militar processar e julgar o policial militar pela prática do crime militar, e à Comum pela prática do crime comum simultâneo àquele'(Súmula 90STJ).

- Não há conflito positivo de competência se não existe manifestação de dois órgãos jurisdicionais que se considerem competentes para a mesma causa.

- Conflito não conhecido.”

(CC nº 36.965/RS, Relator o Ministro VICENTE LEAL, DJU de 31/3/2003)

E do Supremo Tribunal Federal:

A - “*HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL. TRANCAMENTO. ALEGAÇÃO DE DUPLICIDADE DE PROCESSOS SOBRE OS MESMOS FATOS. CRIMES DE NATUREZA COMUM E CASTRENSE. CUMPRIMENTO DE TRANSAÇÃO PENAL E EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE NA JUSTIÇA ESTADUAL. COISA JULGADA MATERIAL. PERSECUÇÃO PENAL NA JUSTIÇA MILITAR. PRINCÍPIO DO *NE BIS IN IDEM*: AUSÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DOS FUNDAMENTOS APRESENTADOS. HABEAS CORPUS INDEFERIDO.

1. Eventual reconhecimento da coisa julgada ou da extinção da punibilidade do crime de abuso de autoridade na Justiça comum não teria o condão de impedir o processamento do paciente na Justiça castrense pelos crimes de lesão corporal leve e violação de domicílio.

Ministro Paulo Benjamin Fragoso Gallotti

2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que, por não estar inserido no Código Penal Militar, o crime de abuso de autoridade seria da competência da Justiça comum, e os crimes de lesão corporal e de violação de domicílio, por estarem estabelecidos nos arts. 209 e 226 do Código Penal Militar, seriam da competência da Justiça Castrense. Precedentes.

3. Ausência da plausibilidade jurídica dos fundamentos apresentados na inicial.

4. *Habeas corpus* indeferido.”

(HC nº 92.912/RS, Relatora a Ministra CÁRMEN LÚCIA, DJU de 19/12/2007)

B - “*HABEAS CORPUS*. POLICIAL MILITAR. CONDUÇÃO RELACIONADA COM ATUAÇÃO FUNCIONAL. CRIMES TAMBÉM DE NATUREZA PENAL MILITAR. COMPETÊNCIA RECONHECIDA. 1. Policial militar. Existência de delitos tipificados ao mesmo tempo no CP e no CPM. Condutas que guardam relação com as funções regulares do servidor. Crime militar impróprio. Competência da Justiça Militar para o julgamento (CF, artigo 124). 2. Departamento de Operações de Fronteira do Estado de Mato Grosso do Sul. Polícia mista. Mesmo nas hipóteses em que entre as atividades do policial militar estejam aquelas pertinentes ao policiamento civil, os desvios de condutas decorrentes de suas atribuições específicas e associadas à atividade militar, que caracterizem crime, perpetradas contra civil ou a ordem administrativa castrense, constituem-se em crimes militares, ainda que ocorridos fora do lugar sujeito à administração militar (CPM, artigo 9º, II, 'c' e 'e'). 3. Nesses casos a competência para processar e julgar o agente público é da Justiça Militar. Enunciado da Súmula/STF 297 há muito tempo superado. 4. Crime de formação de quadrilha (CP, artigo 288). Delito que não encontra tipificação correspondente no Código Penal Militar. Competência, nessa parte, da Justiça Comum. *Habeas corpus* deferido em parte.”

(HC nº 82.142/MS, Relator o Ministro MAURÍCIO CORRÊA, DJU de 12/9/2003)

Ante o exposto, não conheço do conflito de competência.

Dê-se ciência aos Juízes antes mencionados.

É como voto.

Habeas Corpus nº 22.824-SP*

RELATOR: MINISTRO PAULO GALLOTTI
IMPETRANTE: JOSÉ ROBERTO BATOCHIO E OUTROS
IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE: FREDERICO CARLOS JANA NETO
PACIENTE: ARI DE AZEVEDO MARQUES NETO

EMENTA

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. ANÁLISE DOS ELEMENTOS DE PROVA EM QUE SE ASSENTA A DENÚNCIA. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS QUE RESPONSABILIZEM OS ACUSADOS. *WRIT* DEFERIDO, COM EXTENSÃO.

1. Pelas peculiaridades do caso concreto, é importante ressaltar que a alegação de falta de justa causa há de ser examinada com a avaliação dos elementos de convicção que levaram ao oferecimento da denúncia, sem que se esteja a revolver o quadro fático.
2. Não se operará, pois, a um cotejo de provas controvertidas, elaborando considerações de ordem subjetiva, indiscutivelmente inviável na via eleita, mas sim valoração dos elementos que sustentam a acusação, buscando aferir sua validade para a manutenção da persecução criminal, analisando objetivamente as provas apontadas pelo órgão acusador, em especial, os depoimentos das testemunhas arroladas.
3. A imputação da prática de crime a alguém há de vir assentada em um mínimo de prova, sem o que é evidente o constrangimento ilegal.
4. Ordem concedida, com extensão, de ofício, a Luís Eduardo Passarelli Tirico e Guilherme Novita Garcia.

* Publicado no Diário da Justiça de 04/09/2006, p. 326.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, conceder a ordem de *habeas corpus* para trancar a ação penal por falta de justa causa, com extensão ao *Habeas Corpus* nº 22.963/SP e ao Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 12.803/SP, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencido o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido que denegava a ordem.

Os Srs. Ministros Hélio Quaglia Barbosa e Nilson Naves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, ocasionalmente, nesta assentada, o Sr. Ministro Paulo Medina.

Brasília (DF), 24 de fevereiro de 2005 (data do julgamento).

MINISTRO PAULO GALLOTTI, Presidente e Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO PAULO GALLOTTI:

Os Doutores José Roberto Batochio, Guilherme Octávio Batochio e Ricardo Toledo Santos Filho impetram *habeas corpus* em favor de Frederico Carlos Jaña Neto e Ary de Azevedo Marques Neto, denunciados como incurso nas penas do artigo 121, § 2º, inciso III, em combinação com o artigo 29, ambos do Código Penal, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo.

É do seguinte teor a peça acusatória oferecida contra os pacientes e também Luís Eduardo Passarelli Tirico e Guilherme Novita Garcia:

“Noticiam os inclusos autos de inquérito policial que, no período vespertino do dia 22 de fevereiro de 1999, na sede da Associação Atlética Acadêmica Oswaldo Cruz - A.A.A.O.C. -, localizada na Rua Artur de Azevedo, número 1, no Bairro de Pinheiros, nesta cidade e comarca, os agentes retro apontados, em concurso e mediante asfixia mecânica por afogamento, mataram Edison Tsung Chi Hsueh, consoante o laudo de exame de corpo de delito - exame necroscópico - de fls. 273 a 280.

Apurou-se que, na data e local do fato, os agentes, que eram veteranos do curso de Medicina da Universidade de São Paulo, reunidos para o mesmo desiderato, estavam recepcionando os calouros, dentre os quais a vítima, em prática denominada trote.

Ministro Paulo Benjamin Fragoso Gallotti

Consistia o trote em ritual de atos praticados por veteranos nos calouros. Assim, após a aula inaugural ministrada no teatro da faculdade, os calouros foram despojados de seus pertences mais perecíveis, guardados em sacos plásticos previamente etiquetados com seus nomes. Em seguida, somente com vestimenta básica e atados com barbantes pelo pulsos, em grupos, foram submetidos a atos vexatórios, como arremesso de ovos, água e farinha, tendo ainda seus corpos pintados elevados para a Avenida Doutor Arnaldo, tudo pelos veteranos. Rumaram, então para a sede da aludida Associação Atlética, onde, prosseguindo-se no ritual, foram levados para o bosque ali existente e lavados com água e sabão em pó pelos veteranos. Ato contínuo, foram encaminhados e acomodados na arquibancada da piscina, para a realização do ‘batismo’, o ápice do ritual.

Nesse momento, os agentes Luís Eduardo, Guilherme e Frederico, ajustados que estavam na continuidade do trote, aguardaram o comando de Ary, também com eles conluiado, expressado em grito de guerra para, então, compelir os calouros, em número aproximado de cem, a ingressarem na água, mesmo contra as suas vontades. Uma vez dentro da piscina, os calouros foram impedidos de sair, porquanto tinham suas mãos e cabeças pisoteadas, além de receberem golpes com baquetas de instrumentos musicais, tudo de forma a impedir que emergissem. Foram, ainda, submetidos a abuso dentro da água, em prática conhecida por caldo, assumindo, pois, os agentes, indiscutivelmente, o risco de causar o resultado morte.

A vítima, caloura, submetida ao ritual de trote, foi compelida pelos agentes a ingressar na piscina, sofrendo, no interior desta, morte por asfixia mecânica por afogamento.

Mercê do exposto, denunciam-se os agentes como incursos no artigo 121, § 2º, inciso III, do Código Penal, na forma do artigo 29 do aludido diploma legal, sendo a presente para, após o seu recebimento e a sua autuação, se ver instaurado o devido processo legal, observando-se, neste aspecto, o procedimento especial previsto pela lei instrumental penal nacional para os crimes dolosos contra a vida e a eles conexos, requerendo, ainda, digne-se Vossa Excelência determinar a citação e notificação dos denunciados para responderem aos termos desta e acompanhá-la até decisão interlocutória de pronúncia para, ao final, se verem julgados pelo Tribunal Popular desta Comarca, até final condenação, bem como determinar a notificação das pessoas abaixo arroladas para oportuna oitiva, tudo às penas da lei.” (fls. 18/20)

Impetrou-se em favor dos pacientes ordem de *habeas corpus* perante o Tribunal de Justiça de São Paulo, postulando o reconhecimento da inépcia – formal e substancial – da denúncia e o conseqüente trancamento da ação penal, restando denegado o pedido.

Este writ é manejado para o fim de se “*nulificar a denúncia ofertada pelo Ministério Público e de se determinar o trancamento da ação penal que se fez instaurar contra suas pessoas à absoluta minguia de justa causa, que, à vista dos indícios figurantes dos autos que os isentam do qualquer vinculação com os fatos, caracteriza constrangimento ilegal.*”(fl.125).

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Os autos foram a mim distribuídos por prevenção com o Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 12.803/SP.

Sustei liminarmente o indiciamento dos pacientes, bem como determinei o sobrestamento da ação penal até o julgamento do mérito .

A Subprocuradoria-Geral da República opina pela concessão parcial do pedido, apenas para evitar o indiciamento.

É o relatório.

VOTO

O EXMO.SR. MINISTRO PAULO GALLOTTI (RELATOR):

A ordem, a meu ver, deve ser concedida em toda a extensão.

Consta do processado que os pacientes, juntamente com Luís Eduardo Passarelli Tirico e Guilherme Novita Garcia, todos, à época, veteranos do curso de Medicina da Universidade de São Paulo, foram denunciados como incurso no artigo 121, § 2º, inciso III, c/c o artigo 29, os dois do Código Penal, apontados como responsáveis pela morte, por afogamento, do estudante Edison Tsung Chi Hsueh durante um trote universitário.

O chamado "trote", como sabido, é tradicionalmente um momento de confraternização dos aprovados no concurso vestibular, contando quase sempre com a participação de veteranos, vale dizer, aqueles alunos que já cursam a instituição de ensino.

Ao longo dos tempos, também se sabe, essa salutar comemoração, com a exteriorização do intenso sentimento de alegria que invade os "calouros" pela vitória alcançada, em algumas oportunidades, em todo o Brasil, acabou sendo acompanhada da prática, por parte de alguns veteranos, de atos destoantes daquele espírito de alegria, alguns marcados até por descabidas exigências dos novos alunos.

Ao que parece, foi o que ocorreu nas comemorações do vestibular de Medicina da Universidade de São Paulo do ano de 1999, como revelam os inúmeros depoimentos colhidos, assim também as cartas escritas por estudantes, as denúncias anônimas e o depoimento de uma moça em programa de televisão referido no relatório policial, tudo constante dos autos.

A questão que nos é submetida diz com saber se o comportamento dos pacientes, como veteranos, no dia dos fatos, foi o descrito na peça acusatória, na forma ali detalhada, isto é, se dolosamente provocaram a morte de Edison Tsung Chi Hsueh.

Desde logo, pelas peculiaridades do caso concreto, é importante ressaltar que a alegação de falta de justa causa há de ser examinada com a avaliação dos



Ministro Paulo Benjamin Fragoso Gallotti

elementos de convicção que levaram ao oferecimento da denúncia, sem que se esteja a revolver o quadro fático.

Não se operará, pois, a um cotejo de provas controvertidas, elaborando considerações de ordem subjetiva, indiscutivelmente inviável na via eleita, mas sim valoração dos elementos que sustentam a acusação, buscando aferir sua validade para a manutenção da persecução criminal, analisando objetivamente as provas apontadas pelo órgão acusador, em especial, os depoimentos das testemunhas arroladas.

A imputação da prática de crime a alguém há de vir assentada em um mínimo de prova, sem o que é evidente o constrangimento ilegal.

Nesse sentido:

“*HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. SONEGAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. CARACTERIZAÇÃO.

1. Em faltando à ação penal, ao tempo mesmo da apresentação da acusatória inicial, um mínimo de suporte probatório, idôneo à demonstração da sua viabilidade, faz-se imperativo que se declare a ausência de sua justa causa, em obséquio do *status dignitatis* do imputado.

2. Ordem concedida.”

(HC 19.897/RN, Relator o Ministro HAMILTON CARVALHIDO, DJU 15/12/2003)

No auto de exame de corpo de delito - Exame Necroscópico (fl. 279), os sinais encontrados no corpo da vítima, além dos característicos do afogamento, são os seguintes:

“5. Exame Externo: (...)

5.4. Escoriações difusas em regiões mamária direita, mão direita, coxa esquerda e perna esquerda.

5.5. Equimoses violáceas, circulares em flanco esquerdo e contorno anterolateral, terço proximal de coxa esquerda.”

Na conclusão, esclarecem os peritos:

“9.1. A morte foi consequência de ASFIXIA MECÂNICA, evento terminal, mecanismo de morte, caracterizada por AFOGAMENTO EM RESERVATÓRIO DE ÁGUA DOCE, na forma de submersão direta e completa, evento inicial, causa básica da morte

9.2. A morte foi precedida de agonia, da ordem de minutos. Os achados macro e microscópicos indicam fase de luta prolongada.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

9.3. Os achados descritos no item 5.5 indicam ação contundente, não relacionada ao evento.

(...)

9.5. Os achados descritos no item 5.4 são próprios da posição do afogado no fundo do reservatório e ou decorrentes da fase de luta.” (fl. 283)

Em depoimento prestado perante a comissão de sindicância da Universidade de São Paulo, instaurada para apurar o ocorrido no dia do trote, o Dr. Carlos Delmonte, que subscreveu o mencionado laudo, disse, no que interessa:

“(…) Alguns pontos importantes, desde logo, devem ser esclarecidos: a morte ocorreu por afogamento primário completo, vale dizer, o periciado morreu quando entrou na água, tendo seu corpo desde logo permanecido no fundo da piscina. Foram encontradas as seguintes alterações no exame feito: equimoses violáceas na coxa direita e no tronco que podem ser interpretadas como não relacionadas ao evento morte, por terem ocorrido 24 horas (ou mais) antes do afogamento; escoriações múltiplas, isto é, destacamento epidérmico ocorridos em vida, oriundas daquilo que pode ser definido tecnicamente como ‘fase de luta’. Neste ponto, faz-se necessária uma breve regressão para afirmar-se que a interpretação errônea do laudo pelo imprensa deveu-se em grande parte à forma irresponsável com que um documento de alta complexidade técnica foi entregue a leigos. Superada esta consideração, passa o depoente a esclarecer que ‘fase de luta’ é um termo técnico que expressa as cinco fases conhecidas pela literatura como ‘fases de Ponsold’: estas fases compreendem, não aquilo que o leigo poderia chamar de lutacorporal que ocorre entre agressores e agredidos, mas sim as fases em que o ser humano enfrenta quando projetado a um tanque de água; são as seguintes fases: 1) apnéia voluntária; 2) inspiração profunda; 3) parada respiratória; 4) convulsões e 5) morte.(…). Respondendo às perguntas da Comissão, o depoente afirma ser pouco provável a agressão física contra o periciado, posto que as escoriações encontradas, não só por razões morfológicas, mas também pelos locais onde se deram, seriam ‘não usuais’, vale dizer, não há sinal evidente de luta corporal (expressão esta aqui utilizada por um leigo) pelos indicativos encontrados no corpo. Assim, compreende-se que o periciado não foi vítima de morte violenta decorrente de ação vulnerante contundente externa.”(fls. 880/881)

Importante, agora, examinar os depoimentos, na fase policial, das testemunhas arroladas na denúncia:

Cristiane Wu: ‘...que não conheceu a vítima Edison, e não recorda de tê-lo visto no dia do trote; que ficou sabendo do ocorrido no dia seguinte, quando estava na Cidade Universitária; que a depoente informa que é oriental, sendo que não sofreu nenhum tipo de discriminação, e foi muito bem tratada por todos...’ (fl. 54)

Ministro Paulo Benjamin Fragoso Gallotti

Rodrigo Mantovani: ‘...que soube da morte da vítima somente no dia seguinte, através de noticiários na televisão, não tendo ido à faculdade naquele dia, pois não havia passado bem a noite, tendo vomitado muito; que retornou para a faculdade somente na quinta-feira, pois na terça-feira à noite, foi para onde reside com seus familiares; que na faculdade todos estavam tristes devido ao ocorrido, não chegando ao seu conhecimento comentários acerca do ocorrido; que é certo que não conhecia a vítima, não lembrando se viu a vítima durante a confraternização, pois todos eram praticamente desconhecidos; que durante a confraternização não presenciou nenhum tipo de violência ou agressão; que neste ato toma conhecimento do nome da vítima como sendo Edison Tsung Chi Hsueh...’ (fls. 58/59)

Paulo Camiz de Fonseca Filho (1º depoimento): ‘... que com relação à morte de Edison, informa que soube somente no dia seguinte, quando estava na Cidade Universitária, sendo informado pelos professores, os quais disseram que haviam encontrado um calouro morto no interior da piscina do Clube Atlético; que os únicos comentários que chegaram ao seu conhecimento, seriam especulações, tais como acidente, e ninguém acredita na ‘... hipótese de homicídio... (sic)’; ... que se recorda que quando estava na piscina os calouros do sexo masculino estavam apenas fazendo uso de shorts, e ao que parece não viu ninguém usando camiseta, tênis ou meia; ...’ (fls. 61/62)

Paulo Camiz de Fonseca Filho (2º depoimento): ‘...que da primeira vez que foi ouvido nesta equipe, às fls. 197/199, não informou sobre o ocorrido com o ‘Ceará’ e o seu grupo no ginásio ‘caveirinha’, visto que não é relevante como o caso do Edison, pois foi um fato isolado que aconteceu com o depoente; ...’ (fl. 67)

Obs.: o depoente se refere à discussão que teve com ‘Ceará’, o acusado Frederico, no dia do trote, diante da insistência do veterano em arrastá-lo no chão do ginásio conhecido ‘caveirinha’.

Fábio Rodrigo Yoshii: ‘...que o depoente informa inicialmente que não chegou a conhecer a vítima Edison e também não a viu no dia 22.02.99; ... que o depoente informa que achou o trote do dia 22.02.99 tranquilo (sossegado), e mesmo tendo sido empurrado na piscina, por um veterano que não conhece, viu aquilo como uma brincadeira; que o depoente não ouviu nenhum tipo de comentário dando conta do que poderia ter ocorrido com o calouro Edison no Clube Atlético.’ (fls. 70/71)

Alfredo Yukio Ando: ‘... que exibida ao depoente a fotografia onde retrata a vítima Edison, e após atento exame, informa que não o conhecia, e que não se recorda de tê-lo visto no dia da matrícula e no dia da aula inaugural; que

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

com relação a sua morte, informa que soube no dia seguinte em um ‘tour’ que faziam pela Cidade Universitária; que informa que não chegou a elaborar qualquer redação informando a respeito do trote; que não viu nenhum tipo de droga; que informa que nada sabe a respeito do ocorrido com o calouro Edison, não podendo fornecer maiores dados a respeito;...’ (fl. 74)

Alexandre Shoji: ‘... Que, quando estive no ‘caveirinha’, não viu nenhum tipo de brincadeira; que ficou sabendo do ocorrido com o calouro Edison, o qual não chegou a conhecer e também não se recorda de tê-lo visto no dia 22.02.99 quando estava na Cidade Universitária...’ (fl. 77)

José Carlos Pinto – o vigia do Clube. ‘... chegou no mencionado clube, no dia em que ocorria a festa dos calouros, por volta das 18:20/18:30,’ ‘...que, em seguida, por volta das 19:00 horas aproximadamente, o depoente foi fazer uma ronda, quando então bem próximo à piscina, avistou três alunos (todos do sexo masculino), os quais estavam conversando, sendo que não estavam bebendo, e tudo estava normal e retornou para a portaria, sendo que de hora em hora o depoente costumava fazer ronda no interior do clube, sendo certo que em nenhum momento notou nada de estranho’... ‘que o depoente informa que por volta das 20:00, não havia mais ninguém na piscina, visto que os refletores estavam apagados...’ ‘...sendo que por volta das 03:00 horas da madrugada fez uma ronda, tendo ido novamente até a piscina, onde mais uma vez, nada de anormal viu;’... ‘que o depoente alega que das vezes em que esteve na piscina fazendo rondas, não dava para ver o fundo, devido ao fato da água estar misturadas com tintas (saída dos corpos dos calouros, os quais costumam se pintar)...’ (fls. 78/79)

Maria do Patrocínio: ‘que a depoente informa que não chegou a conhecer o calouro Edison;’... ‘que no dia seguinte a depoente ficou sabendo que havia sido encontrado um corpo na piscina da Atlética e que corresponderia ao de um calouro, sendo assim foi até o clube, porém não chegou a ver o corpo; que diante de tais fatos, a depoente sugeriu que os calouros escrevessem algum tipo de carta ou bilhete falando sobre a trajetória do trote e o que ali ocorreu...’ ‘que com referência ao ocorrido com o calouro Edison, nada sabe a respeito.’ (fls. 84/85)

Ouvidas em juízo, essas testemunhas nada esclareceram quanto à descrição operada na denúncia, vale dizer, do agir criminoso atribuído aos acusados.

Repita-se: a leitura minuciosa dos autos, contendo mais de 130 depoimentos, não permite reconhecer que os denunciados tenham praticado qualquer dos atos detalhados na peça de acusação, isto é, impedir que os calouros emergissem da água com golpes de baquetas e pisadas em suas mãos, bem como aplicando-lhes o conhecido “caldo”, não existindo nenhuma declaração que os relacione às condutas referidas pelo Ministério Público como causas determinantes da morte da vítima.



Ministro Paulo Benjamin Fragoso Gallotti

Diante desse quadro, forçoso concluir que a peça acusatória está divorciada do que se contém em todos os elementos de convicção carreados ao feito, nos quais não se localiza o menor dado concreto que possa conduzir ao reconhecimento de que a morte de Edison Tsung Chi Hsueh tenha sido fruto da ação dos pacientes.

Sublinhe-se que a Universidade de São Paulo instaurou sindicância para apurar o lamentável episódio, vindo a se afirmar que não foi encontrado qualquer indício de envolvimento dos acusados com a morte da vítima.

Veja-se:

“Neste procedimento prévio apuratório, verificou-se:

1. Não há elementos conclusivos quanto à autoria de eventual ato delituoso que tenha acarretado a morte de Edison Tsung Chi Hsueh, assim como também não se sabe se Edison foi empurrado acidentalmente, dolosamente, ou caiu espontaneamente na piscina.
2. Quatro alunos praticaram atos incompatíveis com a civilidade e decoro exigíveis dentro de uma Universidade: Frederico Carlos Jana Neto, Guilherme Novita Garcia, Alfonso Araújo Massanger e Luís Eduardo Passareli Tirico. Merecem, a nosso juízo, pois, sofrer processo administrativo para que tenham as medidas punitivas cabíveis à espécie, garantindo-se ampla defesa quanto aos fatos que se lhe imputam.
3. Certamente muitas outras pessoas tiveram outras participações inadequadas, porém não se logrou apurá-las.
4. É recomendável que a Universidade esclareça à opinião pública as circunstâncias do fato, até mesmo que o local da ocorrência das agressões não é administrado pela FMUSP, mas sim pela Associação Atlética Acadêmica Oswaldo Cruz, entidade dos estudantes. Ressalte-se, ademais, a evidente falta de segurança daquele clube particular, que não provê, sequer, um guarda-vidas para a piscina.
5. É recomendável certa cautela na divulgação dos resultados dos trabalhos desta Comissão, para que não se confunda o trote violento e inadequado praticado pelos alunos acima mencionados com a morte de Edison, posto não se identificar relação de causalidade entre os dois eventos;
6. A Comissão Sindicante sugere aos órgãos da Universidade rigor absoluto na apuração de fatos posteriores relacionados com a recepção de calouros, aplaudindo as decisões da Congregação da FMUSP e do Conselho Universitário da USP de proibírem terminantemente o trote nas dependências da Universidade de São Paulo.” (apenso III, fls. 202/203 dos autos originais).

Diante dessa recomendação, criou-se comissão para apurar a conduta ética dos alunos referidos na sindicância, concluindo-se pela “absolvição dos indiciados por não se haver caracterizado a materialidade do ilícito” (fl. 1.210, autos principais), quais sejam, atos atentatórios à moral e aos bons costumes.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Também o relatório final do inquérito policial, que não contém parecer conclusivo, não apresenta nenhum dado objetivo suficiente a imputar a qualquer pessoa a prática de homicídio, mencionando os depoimentos colhidos, as cartas anônimas que teriam sido escritas no dia seguinte em razão da iniciativa de uma professora da Universidade procurando elucidar os fatos, a gravação de programa de televisão que contou com a participação anônima de uma suposta estudante, a gravação de fita magnética em que o acusado Frederico Carlos Jana Neto afirma que matou o calouro Edson Tsung Chi Hsueh, bem como o relatório da sindicância efetuada pela instituição de ensino.

Da leitura dos depoimentos das testemunhas arroladas pela acusação não se encontra qualquer ligação entre os acusados e Edson Tsung Chi Hsueh, não sendo identificados com precisão quem seriam os veteranos que teriam impedido a saída dos calouros da piscina, como se vê do seguinte trecho das declarações, no inquérito, da testemunha Fábio Yoshii:

“... que o depoente reparou que alguns calouros se seguravam na borda da piscina, veteranos que não conhece batiam com as mãos nas mãos dos calouros, dizendo que não era para segurar na borda, e depois começaram a bater nas mãos dos calouros que seguravam na borda com chinelos, sendo que batiam fraco, não tendo nenhuma intenção de machucar, sendo que em determinado momento um veterano que estava vestido todo de branco (camisa, calça e sapato), calcula que seria do 5º (quinto) ou 6º (sexto) ano, pois eles se vestem de branco, ou então um médico já formado, sendo que tem traços orientais, sendo jovem (20/23 anos) e cabelos liso, estava de posse de uma baqueta, se dirigiu até o depoente, o qual estava segurando na borda da piscina e disse: ‘tira a mão’ e o depoente obedeceu, e depois disse ‘coloca a mão’, tendo o depoente colocado a mão na borda, tendo então ele batido na mão do depoente com a baqueta, porém bateu fraco, e nesse exato momento o depoente tirou a mão e depois aquele veterano disse para colocar novamente a mão na borda, sendo que não obedeceu, sendo que o veterano ‘deu com a baqueta na minha cabeça e deu risada’, sendo que bateu fraco, e o depoente viu tudo com tom de brincadeira; que depois disso aquele veterano foi embora, **sendo que o depoente informa que não tem condição de reconhecê-lo com precisão**, visto que tudo se deu muito rápido...” (fls. 671/672, autos principais) (grifei)

E as de Alfredo Yukio Ando:

“...que após as músicas, os veteranos disseram piscina, e todos pularam na água, sendo que o depoente permaneceu naquela piscina cerca de dez/quinze minutos, e não viu nenhum tipo de brincadeira ‘caldo’, porém quando foi colocar a mão na borda da piscina, visto que encontrava-se outros calouros também segurando na borda, quando então apareceu um grupo de cinco ou seis veteranos e começaram a pisar nas mãos dos calouros e também jogavam água

Ministro Paulo Benjamin Fragoso Gallotti

no rosto dizendo que não era para segurar na borda, e sim ficar nadando, sendo assim o depoente foi para o outro lado da borda, onde ali não havia nenhum veterano e não foi mais incomodado, sendo que não conhece aqueles veteranos, sendo que entre eles havia uma veterana, sendo que não a conhece e também não tem condições de reconhecê-los, sendo que eles não pisavam forte, porém o suficiente para o calouro tirar a mão..." (fl. 682, dos autos principais) (grifei)

E, ainda, da testemunha Alexandre Shoji, esta em Juízo:

"que eu não cheguei a conhecer Edson e não sei se cheguei a vê-lo pois não poderia reconhecê-lo; **não me recordo dos 04 acusados no dia do trote**; não me recordo de ter visto os calouros serem impedidos de sair da piscina e que tivessem as mãos e as cabeças pisoteadas. Não vi nenhum calouro receber golpes de 'baquetas' de instrumentos musicais para impedir que emergissem da piscina; eu sei o que é caldo; não vi ninguém fazendo caldo em ninguém; não ouvi comentários se esses fatos teriam acontecido." (f. 2.505, autos originais) (grifei)

Todos os depoimentos prestados pelos calouros, alguns revelando que não se incomodaram com as "brincadeiras" dos veteranos, outros se considerandohumilhados e desrespeitados, deixam certo que não há como pretender relacionar os pacientes com a morte da vítima.

Importante transcrever também o depoimento prestado pelo calouro Wagner Rodrigues Hernandez na sindicância administrativa, quando afirmou que poderia ter sido ele a vítima, já que entrou na piscina, mesmo sem nadar bem, juntamente com diversas pessoas, sem ser submetido a qualquer tipo de agressão por parte dos veteranos:

"O depoente, mesmo nadando mal e tendo dificuldade para manter-se no meio da piscina (com o batimento dos pés), caiu na água espontaneamente; por nunca ter estado naquela piscina, não conhecia sua profundidade, o que o levou a afundar demais; teve dificuldade para voltar à tona, não só porque a piscina era funda, como também pelo fato de muitas outras pessoas estarem se projetando contra a água logo após a sua entrada; é de se esclarecer que as pessoas que estavam sentadas na arquibancada, nas fileiras da frente, acabaram caindo antes do que as demais e tiveram mais dificuldade para voltar à tona, porque muitas outras pessoas estavam caindo enquanto que as primeiras voltavam à superfície; o depoente chegou a beber um pouco de água e as pessoas se acotovelavam dentro da piscina; havia mais ou menos trinta pessoas; no dia seguinte, quando soube da morte do Edison, o depoente imaginou que poderia ter sido ele a vítima; depois da piscina, foi o depoente para o ginásio 'Caveirinha', onde comeu, bebeu, dançou, enfim, se divertiu; não levou qualquer trote mais contundente e nem viu qualquer veterano dar um trote mais violento." (fl. 149 da sindicância)

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

No entanto, ainda que fossem veementes todos os depoimentos (e não o são) em afirmar que houve excessos, violência, agressões e abusos no "trote", tais elementos de prova não se mostram suficientes para sustentar a acusação de homicídio qualificado imputada aos réus, por não existir, como acentuado, o menor indício de que o óbito da vítima tenha resultado dessas práticas.

Finalmente, uma palavra sobre a fita contendo declaração de Frederico Carlos Jana Neto admitindo ser o autor do homicídio.

Os autos revelam que tudo não passou de uma brincadeira, de muito mau gosto, diga-se, em festa de estudantes, não sendo a pretensa confissão levada a sério e sequer mencionada pelo órgão da acusação.

A conclusão a que se chega certamente não é aquela pretendida por alguns, mas a verdade é que os autos não contêm elementos suficientes para dar curso à ação penal movida contra os pacientes por homicídio qualificado, isto sem deixar, mais uma vez, de lamentar profundamente a morte trágica do jovem Edison Tsung Chi Hsueh.

Diante do exposto, concedo a ordem para determinar o trancamento, por falta de justa causa, da ação penal a que respondem os pacientes por homicídio doloso, estendendo-a, de ofício, a Luís Eduardo Passarelli Tirico e Guilherme Novita Garcia.

É como voto.

Mandado de Segurança nº 8.963-DF*

RELATOR: MINISTRO PAULO GALLOTTI
IMPETRANTE: ANTÔNIO CARLOS DE SOUSA MACHADO
ADVOGADO: WILSON MARQUES DE ALCANTARA
IMPETRADO: MINISTRO DE ESTADO DA DEFESA
IMPETRADO: COMANDANTE DA AERONÁUTICA

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. MINISTRO DE ESTADO DA DEFESA E COMANDANTE DA AERONÁUTICA. ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM*. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. NÃO INCIDÊNCIA.

1. A defesa do ato, feita em homenagem ao princípio da eventualidade, não faz incidir, de *per si*, a teoria da encampação.
2. A invocação da teoria da encampação requer, dentre outros requisitos, a preservação da competência, nos exatos limites postos na Constituição Federal.
3. Se a norma de competência para a prática de atos for elastecida pela aplicação indiscriminada da teoria da encampação, todos os mandados de segurança serão originariamente apreciados pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo Supremo Tribunal Federal.
4. “O Superior Tribunal de Justiça é incompetente para processar e julgar, originariamente, mandado de segurança contra ato de órgão colegiado presidido por Ministro de Estado” (Súmula n.º 177/STJ).
5. Não se afigura razoável que esta Corte, conferindo interpretação restritiva ao dispositivo constitucional, tenha afirmado sua incompetência para julgar, originalmente, mandados de segurança contra ato de colegiado – de cuja elaboração o Ministro de Estado tenha participado diretamente – para, nas hipóteses como a ora

* Publicado no DJe de 07/08/2009.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

examinada, afirmar sua competência originária no exame de atos produzidos por autoridades subordinadas, atos que não contaram com a participação do Ministro de Estado.

6. Extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267, VI, CPC).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, acolher a preliminar de ilegitimidade passiva das autoridades impetradas, para julgar extinto o mandado de segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Maria Thereza de Assis Moura, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Og Fernandes, Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), Nilson Naves e Felix Fischer.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Brasília (DF), 10 de junho de 2009 (data do julgamento).

MINISTRO PAULO GALLOTTI, Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO PAULO GALLOTTI:

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por Antonio Carlos de Sousa Machado contra atos omissivos do Ministro de Estado da Defesa e do Comandante da Aeronáutica objetivando sua promoção a suboficial e a retificação de suas promoções anteriores.

Alega, em síntese, que como 3º Sargento da Aeronáutica, em atividade na especialidade de Taifa, lhe é assegurado, pelos Decretos n.ºs 3.690/2000 e 92.577/1986 e Leis n.ºs 6.680/1980 e 3.953/1961 o direito de acesso até a graduação de suboficial, com os vencimentos e vantagens daí decorrentes.

Pretende, por isso, sejam as autoridades apontadas como coatoras "compelidas a praticar, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, todos os atos necessários para que seja feita a retificação das datas de promoções do impetrante, considerando



Ministro Paulo Benjamin Fragoso Gallotti

as graduações a que tem direito, conforme as leis de regência, até a graduação de suboficial” (fl. 26).

O pedido de concessão liminar foi indeferido, por se confundir com o mérito da impetração (fls. 124/125).

Notificadas, as autoridades apontadas como coatoras prestaram as informações de fls. 130/149 (Comandante da Aeronáutica) e 151/153 (Ministro de Estado da Defesa), alegando, em comum, preliminar de ilegitimidade passiva, tendo porém o Comandante da Aeronáutica apresentado defesa de mérito.

O Ministério Público Federal, pelo parecer de fls. 155/161, opina "pela extinção do processo sem julgamento do mérito, com base no art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil e, superada a prefacial, pela denegação da ordem" (fl. 161).

É o relatório.

VOTO-PRELIMINAR

O EXMO. SR. MINISTRO PAULO GALLOTTI:

A meu ver, é patente a ilegitimidade passiva do Ministro de Estado da Defesa e do Comandante da Aeronáutica - únicas autoridades apontadas como coatoras - ante o disposto no artigo 23, inciso I, do Regulamento de Promoções de Graduados da Aeronáutica, Decreto n.º 881, de 23 de julho de 1993, que atribui ao Diretor de Administração do Pessoal a competência para efetuar a promoção buscada.

Confira-se:

“Art. 23. As promoções serão efetuadas:

I - a Suboficial, Primeiro-Sargento, Segundo-Sargento, Terceiro-Sargento e Cabo, por ato do Diretor de Administração do Pessoal;”

De outro lado, o Diretor de Administração do Pessoal da Aeronáutica não consta do rol taxativo de que cuida o art. 105, inciso I, alínea 'b', da Constituição Federal, fugindo o exame da legalidade de seus atos à competência originária desta Corte.

A propósito:

“MANDADO DE SEGURANÇA. INTEMPESTIVIDADE QUANTO AO ATO DO MINISTRO DE ESTADO E INCOMPETÊNCIA EM RELAÇÃO A OUTRA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. NÃO CONHECIMENTO.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

- Decorridos mais de cento e vinte dias desde que praticado o ato pelo Ministro de Estado, não se conhece do pedido de segurança.

- Se, de outra parte, o ato foi praticado pelo Diretor de Administração do Pessoal, o julgamento foge à competência desta Corte.”

(MS n.º 1.189/DF. Relator o Ministro **HÉLIO MOSIMANN**, DJ de 17/2/1992)

É bem verdade que o Comandante da Aeronáutica, nas informações que prestou, acabou por adentrar no exame do mérito da causa, circunstância que poderia, à primeira vista, legitimar sua inclusão no polo passivo, por força da teoria da encampação, aplicada em outros julgados desta Corte e, em especial, desta Terceira Seção.

Todavia, consideradas as peculiaridades do caso ora examinado, a defesa do ato, feita em homenagem ao princípio da eventualidade, não faz incidir, de *per si*, a teoria da encampação por, pelo menos, três razões.

A uma, porque a aplicação da referida teoria, nessas circunstâncias, importaria modificação da competência constitucionalmente atribuída ao Superior Tribunal de Justiça.

No ponto, registro que a jurisprudência firmada no âmbito da Primeira Seção desta Corte e das Turmas que a integram é no sentido de que a incidência da teoria da encampação requer, dentre outros requisitos, a preservação da competência, nos exatos limites postos na Constituição Federal.

Confira-se:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ANISTIA POLÍTICA. IMPOSTO DE RENDA E CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ISENÇÃO INSTITUÍDA PELA LEI 10.599/2002. ADVOGADO GERAL DA UNIÃO. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. INAPLICABILIDADE DA TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO.

1. A teoria da encampação é aplicável ao mandado de segurança tão-somente quando preenchidos os seguintes requisitos: existência de vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou informações e a que ordenou a prática do ato impugnado; ausência de modificação de competência estabelecida na Constituição Federal; e manifestação a respeito do mérito nas informações prestadas. Precedentes da Primeira Seção: MS 12779/DF, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 03/03/2008; MS 10.484/DF, Rel. Min. José Delgado, DJ de 26/09/2005.

2. *In casu*, foi apontado como autoridade coatora o Advogado Geral da União, o qual ostenta *status* de Ministro de Estado, cujos atos estão sujeitos, na via do mandado de segurança, à competência originária, de natureza constitucional e absoluta, do Superior Tribunal de Justiça.

3. Entrementes, verifica-se que o ato coator indicado - descontos, referentes ao Imposto de Renda e à contribuição previdenciária, efetuados sobre os

Ministro Paulo Benjamin Fragoso Gallotti

proventos de aposentadoria pagos a anistiado político que exercia cargo de procurador federal - é resultado de atividade administrativa complexa, desempenhada pela Coordenadoria de Recursos Humanos da Secretaria-Geral da AGU.

4. Destarte, resoa incabível a adoção da 'teoria da encampação' ao caso *sub judice*, porquanto implicaria indevida modificação ampliativa de competência absoluta fixada na Constituição.

5. Mandado de segurança extinto sem julgamento do mérito.”

(MS n.º 12.149/DF. Relator o Ministro LUIZ FUX, DJ de 15/9/2008).

Também assim os acórdãos do AgRg no MS n.º 13.351/SP, relator o Ministro Humberto Martins (DJ de 24/11/2008) e RMS n.º 21.809/DF, Relatora a Ministra Denise Arruda (DJ de 15/12/2008).

A duas, há que se atentar para o alerta lançado na oportuna lição de Lúcia Valle Figueiredo:

“Veja-se, então, que não pode a lei estabelecer competência *ad hoc*, quer dizer, competência para aquele fato aleatoriamente. Se já houver autoridade competente, não se poderá, por meio transverso, estabelecer-se outra autoridade, pois, assim, teoricamente, possível seria deslocar-se todos os mandados de segurança para Brasília, por hipótese.”

(“Mandado de Segurança”. 5ª Ed. São Paulo. Malheiros. 2004. p. 61)

Nessa linha de raciocínio, vale dizer, se a norma de competência para a prática de atos for elastecida pela aplicação indiscriminada da teoria da encampação, todos os mandados de segurança serão originariamente apreciados pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo Supremo Tribunal Federal.

A três, a questão guarda alguma semelhança com o tema debatido por esta Corte quando dos julgamentos dos precedentes que deram origem ao enunciado n.º 177 de nossa Súmula, este assim redigido:

“O Superior Tribunal de Justiça é incompetente para processar e julgar, originariamente, mandado de segurança contra ato de órgão colegiado presidido por Ministro de Estado.”

Dessarte, não se afigura razoável que esta Corte, conferindo interpretação restritiva ao dispositivo constitucional, tenha afirmado sua incompetência para julgar, originalmente, mandados de segurança contra ato de colegiado – de cuja elaboração o Ministro de Estado tenha participado diretamente – para, nas hipóteses como a ora examinada, afirmar sua competência originária no exame de atos produzidos por

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

autoridades subordinadas, atos que não contaram com a participação do Ministro de Estado.

Por estes fundamentos, reconheço a ilegitimidade passiva das autoridades apontadas como coatoras e voto pela extinção do feito sem julgamento do mérito, com base no art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil.

É como voto.

VOTO

(MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO)

1. Sra. Ministra Presidente, quero registrar que tenho simpatia pela tese de que a encampação prorroga a competência, porque é algo próprio do impetrante, mas como a Súmula encontra-se em processo de elaboração, acompanho o voto do eminente Relator sem ressalvas.



Mandado de Segurança nº 10.585-DF*

RELATOR: MINISTRO PAULO GALLOTTI
IMPETRANTE: MARCELO DUVAL SOARES
ADVOGADO: SEBASTIÃO JOSÉ LESSA E OUTRO
IMPETRADO: MINISTRO DE ESTADO DA JUSTIÇA

EMENTA

ADMINISTRATIVO. PROCESSO DISCIPLINAR. PENA DE DEMISSÃO. NULIDADES. ARTIGO 53, § 1º, DA LEI Nº 4.878/65. VÍCIO DE COMPETÊNCIA. OCORRÊNCIA. PRECEDENTE ESPECÍFICO.

1. A instauração de comissão provisória, nas hipóteses em que a legislação de regência prevê expressamente que as transgressões disciplinares serão apuradas por comissão permanente, inquina de nulidade o respectivo processo administrativo por inobservância dos princípios da legalidade e do juiz natural.

2. Precedente.

3. Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Votaram com o Relator a Sra. Ministra Laurita Vaz e os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Maria Thereza de Assis Moura, Nilson Naves e Felix Fischer.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Gilson Dipp e Paulo Medina.

Brasília (DF), 13 de dezembro de 2006. (data do julgamento).

MINISTRO PAULO GALLOTTI, Relator

* In: Revista do Superior Tribunal de Justiça, n. 212, p. 452.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO PAULO GALLOTTI:

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por Marcelo Duval Soares contra ato do Ministro de Estado da Justiça consubstanciado na Portaria MJ N° 472, publicada no Diário Oficial da União de 30 de março de 2005, que o demitiu do cargo de Delegado de Polícia Federal, acusado de omissão no zelo da integridade física de presos sob sua responsabilidade funcional, em episódio que resultou na morte de um deles e lesões corporais em outros dois.

O impetrante sustenta, em síntese, ser nulo o processo administrativo por não lhe ter sido assegurada a ampla defesa, assim como pela designação da comissão processante sem que fossem observados os requisitos do art. 53, § 1º, da Lei n.º 4.878/65, regulamentado pela Portaria n.º 440/2001 - GAB/DG, de 8/5/2001, dado que, existindo na Superintendência Regional do Rio de Janeiro três comissões permanentes de disciplina, caracterizou manifesta ilegalidade a instauração de comissão especial.

Quanto ao mérito, insurge-se contra o enquadramento de sua conduta no tipo disciplinar passível de demissão, afirmando, ainda, não terem sido atendidos os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na aplicação da sanção administrativa que lhe foi imposta.

Postergado o exame do pedido liminar para depois das informações, nessas o Ministro da Justiça destaca a inexistência de qualquer irregularidade ou ilegalidade no procedimento administrativo capaz de ter violado direito líquido e certo do impetrante.

O Ministério Público Federal, por meio do parecer de fls. 52/55, manifesta-se pela concessão da ordem ao fundamento que estaria se atribuindo ao impetrante a responsabilidade por atos cometidos por subordinados seus.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PAULO GALLOTTI (RELATOR):

De início, mostra-se necessário afastar a alegação constante das informações prestadas pela autoridade coatora, segundo a qual a questão relativa à natureza provisória da comissão disciplinar instaurada para apurar as transgressões disciplinares atribuídas ao impetrante teria transitado em julgado em razão do ajuizamento de anterior mandado de segurança junto à Seção Judiciária do Distrito Federal (MS n° 2003.34.00023176-2).



Ministro Paulo Benjamin Fragoso Gallotti

Com efeito, não há como identificar a tríplice identidade entre pedido, causa de pedir e partes entre as ações mandamentais, pois naquele *writ* a impetração estava voltada contra o ato do Diretor-Geral do Departamento de Polícia Federal, consubstanciado na instauração de comissão provisória para apuração dos fatos ocorridos nas dependências da Superintendência Regional da Polícia Federal no Rio de Janeiro, enquanto o mandado de segurança de que aqui se cuida ataca o ato editado pelo Ministro de Justiça que demitiu o impetrante do cargo de Delegado daquela Corporação.

A propósito, colhe-se a lição de Hely Lopes Meirelles, in "Mandado de Segurança", Malheiros Editores, 28ª Edição, *verbis*:

“Para que surja a coisa julgada, em sentido formal e material, é indispensável a tríplice identidade de pessoas, causa e objeto: as partes não de ser as mesmas; o fundamento de pedir o mesmo e o objeto o mesmo, e não apenas assemelhado.”

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes desta Corte:

“A -MANDADO DE SEGURANÇA. COISA JULGADA. INEXISTÊNCIA.

1.A coisa julgada em mandado de segurança só se caracteriza quando há renovação de pretensão de se atacar o mesmo ato praticado por autoridade administrativa e o sujeito ativo é o mesmo que já recebeu a manifestação judicial estabilizando o conflito.

2.Como se trata no caso em exame de ato completamente diferente do anterior já examinado em sede de mandado de segurança, não há que se falar em existência de coisa julgada. Só há coisa julgada em nosso sistema formal quando se repte ação que já foi decidida por sentença, de que não caiba recurso (art. 301, § 3º, parte final, do CPC).

3.Se em mandado de segurança se discutiu a validade ou não de uma Portaria, a de nº 025, de 02.01.95, que regulava o preenchimento de determinada vaga de Desembargador, enquanto, no em apreciação o debate tem como núcleo o Decreto Judiciário nº 12/96 que cuida de estabelecer a forma de preenchimento de uma outra vaga de Desembargador, mesmo que em ambos os diplomas regulamentares haja identidade de situação de fato, não há que se falar em coisa julgada. Os atos administrativos são distintos e expressam efeitos para ambientes jurídicos diferenciados.

4.Recurso provido para afastar a coisa julgada, determinando-se o exame de mérito.”

(RMS nº 8.728/AC, Relator o Ministro JOSÉ DELGADO, DJU de 6/4/1998).

B - “PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. EFEITO SUSPENSIVO. IDENTIDADE DA CAUSA DE PEDIR E DO PEDIDO. DIVERSIDADE DE PARTES. INEXISTÊNCIA DE COISA JULGADA. PREJUDICIALIDADE AFASTADA.



Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Não obstante a identidade da causa de pedir e do pedido existente entre os *mandamus* impetrados pelas empresas litisconsortes, a diversidade de partes impossibilita a configuração do instituto da coisa julgada.

Recurso provido, sem discrepância.”

(RMS nº 7.028/RJ, Relator o Ministro DEMÓCRITO REINALDO, DJU de 11/11/1996).

Quanto ao mérito, a ordem, a meu ver, deve ser concedida.

O ato ora atacado decorre do Processo Administrativo Disciplinar MJ nº 08.003.000.704/2000-04, que levou à impetração nesta Corte por Cláudio Alberto Barbosa Pontes, Agente de Polícia Federal, do Mandado de Segurança MS nº 10.756/DF, Relator o Ministro Paulo Medina, DJU de 30/10/2006.

Do voto-vista proferido pelo Ministro Arnaldo Esteves Lima, colho o seguinte excerto, *verbis*:

“Após o voto do relator denegando a segurança, pedi vista dos autos para melhor exame da matéria.

Em relação à ilegalidade da portaria instauradora do processo disciplinar, dispõe o art. 53, § 1º, da Lei 4.878, de 3/12/1965:

‘Art. 53.....’

§ 1º Promoverá o processo disciplinar uma Comissão Permanente de Disciplina, composta de três membros de preferência bacharéis em Direito, designada pelo Diretor-Geral do Departamento Federal de Segurança Pública ou pelo Secretário de Segurança Pública do Distrito Federal, conforme o caso.’

Observe-se, por conseguinte, que, em regra, os ilícitos disciplinares praticados por policiais federais devem ser apurados por uma comissão permanente de disciplina. Cogente, imperativa, a regra em foco.

É fato que, havendo suspeição ou impedimento de alguns de seus membros, cabível é a modificação dos integrantes da comissão, a qual, no entanto, persistirá, com a nota de permanência, embora integrada, eventualmente, se for o caso, por membro(s) diverso(s).

No caso, nos autos do processo disciplinar em apenso, assim como nas informações prestadas pela autoridade impetrada, não verifico os motivos da constituição de uma comissão *ad hoc* para apurar os supostos ilícitos praticados pelo impetrante, que culminaram na sua demissão.

A autoridade impetrada, em suas informações, limitou-se a alegar ausência de prejuízo demonstrado pelo impetrante em razão de não terem sido apuradas as irregularidades perante uma comissão permanente de disciplina, não havendo espaço para formalismo.

Ocorre que a hipótese não é de mero formalismo. Cuida-se de determinação legal, cuja observância se impõe à Administração em virtude



Ministro Paulo Benjamin Fragoso Gallotti

do princípio da legalidade, ao qual está sujeita, nos termos do art. 37, caput, da Constituição Federal.

Há, ainda, a incidência do princípio do juiz natural. Nesse aspecto, percuciente e ponderado o pronunciamento do representante do Ministério Público Federal, Subprocurador-Geral Moacir Guimarães Morais Filho (fls. 93/94):

‘Segundo o princípio do juiz natural, a Constituição garante que as pessoas serão processadas e julgadas somente pelas autoridades competentes (art. 5º, inc. LIII), todavia, isto não foi respeitado no caso, porquanto o Impetrante foi submetido a uma Comissão ad hoc de disciplina, e não a uma Comissão Permanente, como prevê o citado art. 53, § 1º, da Lei 4.878/65.

Segundo a Lei do Processo Administrativo (Lei nº 9.784/99), a competência é irrenunciável (art. 11) e não pode ser objeto de delegação, quando a matéria foreclusiva do órgão ou autoridade (art. 13, inc. III).

Não podia a autoridade instauradora do processo administrativo, Sr. Diretor-Geral do DPF, delegar a atribuição da Comissão Permanente de Disciplina a uma Comissão ad hoc, mas, como o fez, provocou a nulidade do processo de demissão do impetrante ab ovo, que se sujeitou ao processo administrativo disciplinar perante um órgão incompetente, a Comissão *ad hoc*, conforme o art. 5º, inc. LIII, da CF/88, c/c art. 53, § 1º, da Lei nº 4.878/65.’

Tem razão, realmente, o impetrante quando diz que não se cumpriu o disposto no art. 53, § 1º, da Lei nº 4.878/65.

Com efeito, exige esse dispositivo que comissão de caráter permanente seja a responsável por processo administrativo disciplinar instaurado contra policiais federais, conforme se vê de seu teor:

“Art. 53. Ressalvada a iniciativa das autoridades que lhe são hierarquicamente superiores, compete ao Diretor-Geral do Departamento Federal de Segurança Pública, ao Secretário de Segurança Pública do Distrito Federal e aos Delegados Regionais nos Estados a instauração do processo disciplinar.

§ 1º Promoverá o processo disciplinar uma Comissão Permanente de Disciplina, composta de três membros de preferência bacharéis em Direito, designada pelo Diretor-Geral do Departamento Federal de Segurança Pública ou pelo Secretário de Segurança Pública do Distrito Federal, conforme o caso.

§ 2º Haverá até três Comissões Permanentes de Disciplina na sede do Departamento Federal de Segurança Pública e na da Polícia do Distrito Federal e uma em cada Delegacia Regional.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

§ 3º Caberá ao Diretor-Geral do Departamento Federal de Segurança Pública a designação dos membros das Comissões Permanentes de Disciplina na sede da repartição e nas Delegacias Regionais mediante indicação dos respectivos Delegados Regionais.

§ 4º Ao Secretário de Segurança Pública do Distrito Federal compete designar as Comissões Permanentes de Disciplina da Polícia do Distrito Federal.”

Não se trata, como realçado no precedente, de aspecto meramente formal, antes, está a se cuidar de competência, de caráter irrenunciável, e, nos casos em que a matéria é exclusiva do órgão, não pode ser delegada, a teor do disposto no art. 13, inciso III, da Lei n.º 9.784/99.

Tenho, portanto, que a inobservância dos princípios da legalidade e do juiz natural, verificada neste caso, inquina de nulidade o ato demissório, restando prejudicado o exame das demais questões suscitadas neste *writ*.

Ante o exposto, concedo a segurança, para anular a Portaria MJ n.º 472, de 30 de março de 2005, e determinar a reintegração do impetrante ao cargo anteriormente ocupado, sem prejuízo de eventual instauração de novo procedimento administrativo disciplinar para apuração dos fatos, desta feita conduzido por comissão legalmente competente.

É como voto.

Habeas Corpus* nº 59.614-SP

RELATOR: MINISTRO PAULO GALLOTTI
IMPETRANTE: ARNALDO MALHEIROS FILHO E OUTROS
IMPETRADO: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
PACIENTE: EDEMAR CID FERREIRA (PRESO)

DECISÃO

Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de Edeмар Cid Ferreira, desafiando decisão de Desembargadora do Tribunal Federal da 3ª Região que indeferiu o pedido de liminar em *writ* ali deduzido.

Colhe-se dos autos que o paciente, ex-controlador do Banco Santos S/A, teve a prisão preventiva decretada em procedimento criminal de seqüestro e busca e apreensão associado à ação penal em que é acusado da prática de crimes contra o sistema financeiro, contra a ordem econômica, de lavagem de dinheiro e formação de quadrilha.

Busca a impetração, inclusive liminarmente, a revogação da custódia, sustentando que não estão presentes os requisitos que a autorizam, enfatizando que "o paciente sempre se apresentou espontaneamente ao Juízo de primeiro grau, foi por ele devidamente interrogado, sendo que a ação penal em questão encontra-se atualmente em fase de instrução, em que são ouvidas as testemunhas de defesa".

Afirma que a decisão do magistrado tem como um dos fundamentos o teor de mensagens trocadas pelo paciente com seus advogados, via e-mail, que estariam protegidas pelo sigilo profissional, sublinhando, ainda, que o respectivo conteúdo se encontra nos autos desde março de 2005, não se revelando possível, agora, ser utilizado para justificar a segregação.

Destaca, também, que a custódia antecipada não pode ser imposta com o objetivo de evitar a dissipação de bens que seriam produtos de crime, não devendo ser o paciente responsabilizado pelo desaparecimento de obras de arte que não estavam alcançadas pelo sequestro judicial.

Não há como dar seguimento ao pedido.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

O Superior Tribunal de Justiça tem compreensão assentada no sentido de não caber *habeas corpus* contra decisão que denega medida liminar, a não ser que reste demonstrada flagrante ilegalidade, o que não ocorre na espécie, bastando ver o teor do ato atacado:

“Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pelos advogados Arnaldo Malheiros Filho, Ricardo Tepedino, Flávia Rahal e Daniella Meggiolaro, em favor de Edegar Cid Ferreira, objetivando a concessão de ordem para cassar a prisão preventiva decretada pelo Juízo Federal da 6ª Vara Criminal de São Paulo/SP, nos autos do Procedimento Criminal de Seqüestro, Busca e Apreensão, registrado sob o nº 2005.61.81.900396-6, a partir de requerimento do Ministério Público Federal.

Consoante extraído da inicial (fls. 2/39) e documentos que a acompanham (40/417), o paciente, ex-controlador do Banco Santos S/A, responde, perante à 6ª Vara Federal Criminal/SP, à ação movida pelo Ministério Público Federal (Proc. nº 2004.61.81.008954-9), imputando-lhe, em concurso com outros acusados, a prática de crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei nº 7.492/86) e de Lavagem de Valores (Lei nº 9.613/98), que teriam dado causa à intervenção do Banco Central do Brasil - BACEN naquela instituição financeira, a qual já teve a falência decretada, em 20/9/2005. Dentre outros fatos ilícitos descritos nos tipos penais dos artigos 4º, *caput* (gestão fraudulenta de instituição financeira), e 22, parágrafo único, última figura (manutenção de depósitos, em bancos estrangeiros, sem declaração à Receita Federal), ambos da Lei nº 7.492/86, e do artigo 288 do CP (quadrilha ou bando), a denúncia imputa ao ora paciente, a formação de seu patrimônio com o produto de sua conduta ilícita à frente do Banco Santos S/A (artigo 1º, VI e VII, da Lei nº 9.613/98, c.c. o parágrafo 4º do mesmo dispositivo, e a Lei nº 9.034/95), pois pré-ajustado e com unidade de desígnios com outros acusados, teria dissimulado a origem e a propriedade de valores oriundos de crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, utilizando-se, entre outros mecanismos, da conversão de parte desses valores supostamente em ativos ilícitos, como imóveis e obras de arte.

Dando origem ao citado Procedimento reg. nº 2005.61.81.900396-6, distribuído ao Juízo da 6ª Vara Federal Criminal, por dependência à Ação Penal reg. nº 2004.61.81.008954-9, com base nas peças informativas (PI) nºs 1.34.001.006667/2004-12, 1.34.001.000442/2005-25 e 1.34.000733/2005-13, que lhe foram encaminhadas pelo Banco Central do Brasil - BACEN, o Ministério Público Federal requereu, ao Juízo da causa, o seqüestro de bens do acusado, ora paciente, a busca e apreensão de documentos ou outros objetos que guardassem relação com a eventual prática de delitos previstos na Lei nºs 7.492/86 e 9.613/98, restando determinado, em 18/2/2005 e 15/7/2005, pela autoridade judicial, dentre outras medidas, o seqüestro dos seguintes bens: a) imóvel situado à rua Gália, nº 120, Morumbi; b) obras de arte e objetos de decoração encontrados no referido imóvel; c) obras de arte e objetos de decoração existentes na sede do Banco Santos S/A; e d) obras de arte localizadas no imóvel situado à Rua Merghentaler, nº 900 - oportunidade em

Ministro Paulo Benjamin Fragoso Gallotti

que Edegar Cid Ferreira foi nomeado depositário judicial dos aludidos bens, à exceção, num primeiro momento, dos referentes aos localizados na sede da instituição financeira, que ficaram sob o encargo do respectivo interventor.

Na sequência, seguiram-se decisões tendentes à preservação das aludidas obras de arte, culminando, ao que consta, em 4/11/2005, com a destituição do paciente da função de depositário judicial, ao fundamento de rompimento do encargo e conseqüente quebra de confiança em relação ao Juízo, por ações ou omissões de Edegar Cid Ferreira, que teriam colocado em risco a integridade do acervo, parte deste, posteriormente, destinada, pelo Juízo, em caráter provisório, à guarda em Museus e Instituições públicos, na cidade de São Paulo (Museu Paulista/USP, Museu de Arte de Contemporânea - MAC /USP, Museu de Arte Sacra, Fundação Memorial da América Latina, Centro Cultural da Marinha em São Paulo, Instituto de Estudos Brasileiros - IEB/ USP e Museu de Arqueologia e Etnologia - MAE/USP, este, com a guarda definitiva dos bens tidos arqueológicos tidos de propriedade da União).

Informam, os impetrantes, ter o paciente resignado-se, só tendo se insurgido, através do remédio adequado, contra a remoção de 3 (três) peças marajoaras que entendia não serem, de modo algum, pertencentes à União. Inferindo que tal irresignação não foi encarada com a serenidade ínsita a todos os magistrados, aduziu que:

‘Surpreendentemente, a reação do magistrado foi célere, áspera e apaixonada. *Ex officio*, sobreveio a decisão de destituir o paciente da condição de depositário fiel do imóvel e dos bens que o guarnecem, expulsando a ele e a sua família daquela residência (doc. nº 4). Contra a ilegalidade, foi impetrado a esse e. Tribunal novo mandado de segurança (nº 2005.03.00.098444-5), tendo sido suspensa por decisão do Superior Tribunal de Justiça em medida cautelar.’

Da documentação acostada, aflora que em 21/11/2005, 1/12/2005 e 6/02/2006, foram determinadas, pelo Juízo, em decisões fundamentadas no artigo 4º da Lei nº 9.613/98 (Lavagem de Valores), e na esteira do estabelecido na Convenção de Palermo das Nações Unidas sobre o Crime Organizado Transnacional (Decreto nº 5.015/2004 e Decreto Legislativo nº 231/2003), medidas assecuratórias de extensão dos seqüestros efetivados, com a constrição dos bens ao Juízo, preservados no distrito de culpa e, na medida do possível, em unidade de acervo, visando garantir futura restituição à União, na hipótese de eventual condenação (artigo 91, II, 'b', do CP), incluindo-se, entre outros, o imóvel ocupado pelo paciente, situado à Rua Gália, nº 120, tido por obra de arte arquitetônica e concebido em processo de musealização, bem assim às peças artísticas nele existentes, a serem entregues, em depósito judicial, à Secretaria de Estado da Cultura de São Paulo.

Revela notar que a decisão proferida em 06/02/2006 decorreu de requerimento formulado pelo Ministério Público Federal, nos autos da multicitada Ação Penal reg. nº 2005.61.81.900396-6, no sentido de extensão da medida cautelar de seqüestro, às obras que, de acordo com banco de dados contendo o acervo da Cid Ferreira Collection Empreendimentos S/A, não se encontravam entre as relacionadas nos laudos periciais. Em provimento

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

de 11/4/2006, o Juízo da 6ª Vara Federal Criminal, com base em confronto realizado entre o Livro Tombo da 'Cid Collection' apreendido, as informações dos museus consultados e o Laudo Pericial das obras de arte existentes na Rua Gália, nº 120, concluiu pelo desaparecimento de obras de elevado valor, determinando, dentre outras medidas, a intimação do ora paciente, para apresentar, em 15 (quinze) dias, as obras desaparecidas, ou informar sobre as tratativas para sua internação imediata, bem assim seu paradeiro e descrição completa (doc. nº 5, da inicial).

Segundo narram os impetrantes, em 2/5/2006 as manifestações foram apresentadas (doc. nº 6, da exordial), tendo o paciente questionado o aperfeiçoamento do depósito judicial a que se comprometera em relação ao imóvel que abrigava a maior parte de sua coleção de obras de arte, posto que permanecera lacrado por determinação do Juiz impetrado, que ficou em poder das chaves e cedeu-as a diversas pessoas estranhas à relação processual, entre as quais peritos e museólogos.

Nesse quadro, o Ministério Público Federal, requereu a prisão preventiva do ora paciente, cujos fundamentos, por não ter sido apresentada cópia da respectiva peça, pelos impetrantes, a teor da decisão atacada, assim se resumem (fls. 41/42):

‘Trata-se de representação de prisão preventiva do acusado Edegar Cid Ferreira da lavra do Ministério Público Federal, com fulcro nos artigos 311, 312, primeira e segunda figuras, ambos do Código de Processo Penal, e no artigo 30 da Lei nº 7.492, de 16.06.1986, alegando, em suma, que as obras de arte relacionadas à fi. 2682 da petição juntada pela defesa de Edegar Cid Ferreira constam no Banco de Dados da Cid Collection como tendo sido ‘adquiridas’ e não na condição de ‘doadas’, ‘emprestadas’, ‘em consignação’ ou qualquer outro estado similar. A condição registrada no aludido banco de dados é comprovada pelo preço, número de invoices e outros documentos, bem como a indicação da procedência. Salientou que, com exceção de uma pintura de Adriana Varejão, as outras obras constam como localizadas, na ocasião do registro, no imóvel da Rua Gália, nº 120, sendo certo que, em pelo menos três delas, nas datas de aquisição registradas, os valores pagos aos vendedores teriam sido debitados da conta da Alsace Lorraine junto ao Bank of Europe. Em razão disso, conclui que ‘não apenas as obras pertenciam a Edegar Cid Ferreira, como estavam em sua residência e foram pagas pelo correspondente clandestino do Banco Santos S.A no exterior’.

O órgão ministerial aduziu, ainda, que as indigitadas obras de arte, de altíssimo valor, desaparecidas são produto de crime e não pertenceriam a patrimônio lícitamente adquirido pelo acusado, razão pela qual reputa estar ele tripudiando sobre o Sistema Judiciário ao afirmar que estava livre para delas dispor como bem entendesse, tendo inclusive, assim agido. Por tais fundamentos, entende o *parquet* que a ordem pública, associada à credibilidade que o Poder Judiciário desfruta perante a sociedade, restou seriamente afetada pelas condutas do increpado, mormente considerando-se que os desvios foram da

Ministro Paulo Benjamin Fragoso Gallotti

ordem de centenas de milhões de dólares, com lesão a milhares de investidores, centenas de funcionários perderam seus empregos e centenas de milhões de reais em dinheiro público destinados ao desenvolvimento social foram indevidamente utilizados. Finalmente, salientou que as autoridades não podem se calar, tal qual teria se dado com as autoridades de Antigua relativamente às informações sobre o Bank of Europe, conforme se pôde inferir dos *e-mails* apreendidos nos autos. A documentação encaminhada pelo DRCI permitiria, ainda, supor a existência de 'alguma espécie de acordo entabulado pelas partes' em prejuízo à instrução da Ação Penal, isto diante da interrupção dos contatos daquelas autoridades com aquele órgão (fls. 2907/2909).'

Acatando o pedido ministerial, no bojo de decisão de 35 (trinta e cinco) laudas, em que restou decretada a prisão preventiva do paciente, o Juízo impetrado narra fatos e avalia documentos, manifestações e circunstâncias, atinentes à medida requerida.

São apontados com destaque, a existência de diversos *e-mails*, objeto de apreensão, trocados pelo paciente, advogados e outras pessoas de alguma forma ao primeiro ligadas, tendentes, no sentir do magistrado, à obstrução da Justiça.

Assim, mencionando ter tomado conhecimento dos fatos apenas recentemente (12/05/2006), assevera, no específico, a autoridade impetrada:

'(...) Dentro desse espírito, cabe aduzir que somente pode haver apreensão de documentos e objetos no escritório de advocacia ou de conversas entre o defensor e réu (conforme consta, em parte, dos autos principais), na esteira do estatuto da OAB (artigo 7º, II) quando constituírem corpo de delito ou quando houver suspeita de que o defensor participa do delito. Note-se que corpo de delito não significa objeto material do crime, mas tudo o que puder servir de elemento de prova.

(...) Ora, os *e-mails* citados revelam, no mínimo, intensa tratativa com autoridades de Antigua, visando subtrair das autoridades brasileiras informações solicitadas pelo próprio acusado, tumultuando sensivelmente o percurso normal da Demanda Principal, fato que mereceria uma apuração mais detida, merecedor, aliás, de atenção do CFATF '(Caribbean Financial Action Task Force).'

De outra parte, em seus fundamentos, a autoridade acoimada coatora remarca que a recusa do acusado em informar o paradeiro de obras de arte seqüestradas 'há de ser tida como mais uma tentativa de obstaculizar os trabalhos da Justiça', não podendo ser interpretada, segundo o magistrado, como aplicação do princípio da presunção da inocência ou do direito ao silêncio, 'porquanto a informação pretendida não diz respeito ao mérito da causa, mas sim com o dever de fornecer os elementos necessários para a concretização de medida judicial, evitando atuação tumultuária de toda ordem, com prejuízo à União'.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

À guisa de arremate, quanto à necessidade da segregação cautelar do paciente, assim justificou a adoção da medida extrema:

‘Por tudo isso, conclui-se que a prisão preventiva de Edegar Cid Ferreira afigura-se, pois, necessária, porquanto a análise valorativa dos elementos fáticos existentes nos autos da Ação Penal nº 2004.61.81.008954-9 e neste Procedimento Criminal Diverso de Seqüestro e Busca e Apreensão nº 2004.61.81.008954-9, permitem a aferição da presença dos requisitos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, circunstância que impõe, excepcionalmente, a restrição à liberdade do acusado e assim o faço pelos fundamentos a seguir elencados:

A garantia da ordem pública, *in casu*, não há de se ser entendida tão somente como forma de evitar a perpetração de outros delitos, mas como forma de resguardar a credibilidade e respeitabilidade das instituições públicas, que se vêem seriamente ameaçadas pela atuação do acusado que, como se observou, tentou, independentemente do mérito da ação penal: 'a) influir no conceito social ao difundir informações sigilosas que atendam a sua defesa, na eventual tentativa de suprimir o desvalor de suposta conduta ilícita; b) dirigir Solicitação de Assistência Judiciária em Matéria Penal sabidamente a autoridade não competente para tal; c) constar endereço inexistente de testemunha por ele arrolada, quando nos autos já se sabia residir em país diverso; d) atribuir ao Juízo divulgação indevida quando há nos autos farta documentação, *e-mails* trocados entre diversas pessoas, parte advogados, reveladora de que, de fato, tem interesse na divulgação; e) tentativa de obstrução da apuração da Justiça brasileira a pretexto de influir nas autoridades de Antígua; f) atribuir o desaparecimento das obras a 'estranhos', que admite serem técnicos ou museólogos, Oficiais de Justiça, e, eventualmente, demais pessoas, sem qualquer fundamento para tal; g) não apresentar, não revelar e fornecer elementos que possam concretizar medida judicial de seqüestro, obrigando o Juízo a acionar autoridades estrangeiras (nem mesmo das obras de arte que ele próprio revelou possuir em seu interrogatório, confirmada pela sua própria testemunha Emílio Richa Bechara Kalil), com alto custo financeiro; e h) ocultar dos Oficiais de Justiça e da perícia diversas obras por ocasião da medida de seqüestro de bens, apresentando, parte, nesta oportunidade e sonogando, outra parte, informação notadamente das mais valiosas.’

Alfim, a autoridade assevera estar evidenciada a obstrução sistemática da Justiça Federal Penal, de molde a exigir resposta séria a evitar a sua continuidade, expressando-se, conclusivamente, nos seguintes termos:

‘O juízo de valor sobre a conduta do acusado esteve, como se viu, vinculado aos fatos concretos acima deduzidos e que impõe, neste momento, sua constrição cautelar. Com fundamento nos artigos 311 e 312, ambos do Código de Processo Penal, para garantia da ordem pública, ou seja, evitar que pratique novos crimes, assegurar a credibilidade e respeitabilidade das instituições públicas, que

Ministro Paulo Benjamin Fragoso Gallotti

restaram seriamente abaladas em face das condutas do increpado, e a segurança da atividade jurisdicional, a salvo de intimidações de qualquer natureza e manobras que gerem atraso e custo financeiro desnecessários à ação penal, e para a aplicação da lei penal, isto é, efetividade do seqüestro das obras desaparecidas e não apresentadas, notadamente da incidência da legislação criminal que prevê a perda de bens seqüestrados no caso de condenação, artigo 2º, II, 'b', c.c. o artigo 7º, I, da Lei nº 9.613, de 03.03.1998, que textualmente prevê a 'perda, em favor da União...', decreto a prisão preventiva de Edemar Cid Ferreira.'

Apontam, os impetrantes, que o decreto de prisão preventiva constitui enorme agressão ao direito de defesa, denotando 'que o paciente foi preso porque, no curso de ação penal, ousou se defender, ou apresentou defesas contraditórias, ou defesas deficientes, ou se recusou 'a cooperar com a Justiça', no sentido de facilitar sua condenação e a perda de alguns de seus bens', sustentando, outrossim, não ter sido apontado 'qualquer ato seu, a atitude ou o comportamento que pudesse comprometer algum dos bens tutelados pelo art. 312 do CPP', refutando os motivos apresentados como justificadores do encarceramento cautelar, tido por ilegal.

Remarcaram, também, que as condutas atribuídas ao paciente remontam a momento anterior à instauração da ação penal e todas de há muito conhecidas pelo impetrado, e que não existe conduta superveniente praticada de fato, pelo paciente, a justificar a constrição de sua liberdade.

Asseveraram o descabimento da prisão preventiva, apontando o envolvimento emocional do impetrado com os feitos relacionados à intervenção do Banco Santos S/A, que o impedem de julgar com a necessária imparcialidade o paciente, situação objeto de exceção de suspeição oposta em 09/01/2006 (doc. nº 12, da inicial).

Apoiados em respeitáveis ensinamentos doutrinários e seleta jurisprudência, sustentaram que: a) fatos pretéritos não podem ensejar a decretação de prisão preventiva; b) a proibição de decretação de prisão com base em prova ilícita c) o paciente não pode ser responsabilizado por atos de seus defensores; d) a inexistência de atentado à aplicação da lei penal; e e) a ausência de atentado à ordem pública.

Pontuaram ser o paciente primário e possuidor de bons antecedentes, submetendo-se à ação penal sem causar qualquer tumulto, não raro antecipando-se às determinações judiciais, na medida em que o permite a defesa de seus direitos, encontrando-se, agora, submetido à medida extrema e grave, de conseqüências irreparáveis, consistente em seu encarceramento.

Entendendo demonstrada, com documentação à farta nos próprios autos, a desnecessidade, inviabilidade e a injustiça do constrangimento ilegal imposto ao paciente, realçando a ausência, na espécie, de qualquer dos requisitos autorizadores da prisão preventiva, requereram, ante a demonstração do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, a concessão de liminar para o fim único de aguardar o paciente em liberdade o julgamento deste pedido, mediante a pronta expedição de alvará de soltura.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Nesta apropriação perfunctória, a exposição efetuada denota que o pleito apresentado não comporta, por ora, acolhimento, ante a ausência de *fumus boni juris* a ensejar a concessão da liminar, em face da prevalência das razões constantes da decisão atacada, que decretou a prisão preventiva do paciente requerida pelo Ministério Público Federal.

Com efeito, nessa apreciação, há que se ter em conta as dificuldades da instrução e persecução criminal dos delitos de natureza e características tais como a dos imputados ao paciente, os quais não raro, incrementam a lista da impunidade, com repercussão negativa na credibilidade das instituições públicas envolvidas na atividade de efetivação da justiça, pacificação e segurança sociais.

Não é sem razão a especialização de Varas Criminais em delitos como de Lavagem de Dinheiro, com aperfeiçoamento dos operadores jurídicos que nelas atuam, impondo-se maior participação do Juiz na busca da verdade real, bem como na interação e cooperação com diversos órgãos também especializados, ou não.

Nesse sentido, com os olhos na realidade, tem-se por suficientemente lançadas as razões que fundamentaram a prisão processual, posto que vislumbrada a sua necessidade para garantir a ordem pública e a aplicação da lei penal, amoldadas concretamente às hipóteses previstas nos artigos 311 e 312, do CPP.

Há que se remarcar que, como assaz assinalado, objetiva-se evitar a dissipação dos bens produtos de crime, no transcurso da ação penal, frustrando, em caso de condenação, a eficácia de futura decisão, especialmente quanto à perda em favor da União, do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente, com a prática do fato criminoso (artigo 91, II, 'b', do CP).

No que pertine aos contornos da garantia da ordem pública, confira-se o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal, no seguinte trecho da ementa integrante da decisão aqui arrostada:

‘(...) O plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC nº 80.717, fixou a tese de que o sério agravo à credibilidade das instituições públicas pode servir de fundamento idôneo para fins de decretação de prisão cautelar, considerando, sobretudo, a repercussão do caso concreto na ordem pública. O poder econômico do réu, por si só, não serve para justificar a segregação cautelar, até mesmo para não se conferir tratamento penal diferenciado, no ponto, às pessoas humildes em relação às mais abastadas (*caput* do art. 52 da CF). Hipótese, contudo, que não se confunde com os casos em que se comprova a intenção do acusado de fazer uso de suas posses para quebrantar a ordem pública, comprometer a eficácia do processo, dificultar a instrução criminal ou voltar a delinquir. No caso, não se está diante de prisão derivada da privilegiada situação econômica do acusado. Trata-se, tão-somente, de impor a segregação ante o fundado receio de que o referido poder econômico se transforme em um poderoso meio de prossecução de práticas ilícitas. (...)’ -

Ministro Paulo Benjamin Fragoso Gallotti

(Questão de Ordem no HC nº 85.298/SP, STF, 1ª Turma, Relator Min. Marco Aurélio, Relator para Acórdão Min. Carlos Britto, DJU de 04/11/2005, pg. 26)

Por seu turno, não se avista também na preventiva decretada, ofensa ao princípio da presunção de inocência, sendo que, presentes os requisitos legais autorizadores, o fato de o paciente/acusado, ter residência fixa, ser primário, possuir bons antecedentes e mostrar-se assíduo no comparecimento aos atos processuais para os quais é intimado, não tem, por si só, o condão de afastar a incidência da prisão cautelar, especialmente quando possa manipular outros meios ou artifícios inidôneos, eficazes ao embaraçamento ou obstrução da instrução criminal tempestivamente útil à efetiva pretensão punitiva do Estado.

Ante o exposto, à míngua dos requisitos autorizadores, indefiro a ordem liminar vindicada.” (fls. 540/550)

Como se vê do inteiro teor da decisão da Desembargadora Federal Anna Maria Pimentel, que transcreve os principais trechos do longo despacho do Juiz Federal Fausto Martin de Sanctis, fls. 159/195, não há como afirmar, nesta sede, que a prisão do paciente se reveste de manifesta ilegalidade.

Aliás, a também longa petição inicial, elaborada com a habitual maestria, procura espancar, um a um, os fundamentos invocados para determinar a prisão antecipada, concluindo que não está presente nenhum dos motivos que justificam a adoção da medida extrema.

Ora, esse desenrolar de idéias e argumentos é próprio da pretensão de mérito, não se mostrando razoável que, no juízo de liminar, tenha o magistrado que ir além da constatação do evidente constrangimento ilegal, este a saltar aos olhos, prescindindo de uma verificação maior dos elementos de convicção trazidos aos autos.

A não ser assim, a liminar em *habeas corpus* deixará de ser exceção para constituir providência de verdadeira antecipação do julgamento de mérito que ainda não foi operado na instância anterior.

No caso, repita-se, pretende-se que se reconheça desde já a ilegalidade da constrição, que não tenho como evidente, demandando um exame mais detido dos fundamentos das decisões impugnadas e dos argumentos da defesa.

Confira-se precedente desta Corte:

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ART. 157, § 2º, INCISO I E II, § 3º, *IN FINE*, C.C ART. 14, II, DO CP. PRISÃO EM FLAGRANTE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. DENEGAÇÃO DE LIMINAR.

Em princípio, ressalvando manifesta ilegalidade, descabe o uso de *habeas corpus* para cassar indeferimento de liminar (Precedentes do Pretório Excelso e do STJ). *Habeas corpus* não conhecido.

(HC nº 55.134/PR, Relator o Ministro FELIX FISCHER, DJU de 22/5/2006)

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Do Supremo Tribunal Federal, que inclusive sumulou a matéria:

“CONSTITUCIONAL. PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*: LIMINAR INDEFERIDA PELO RELATOR, NO STJ. SÚMULA 691- STF.

I - Liminar indeferida pelo Relator, no STJ. A Súmula 691- STF, que não admite *habeas corpus* impetrado contra decisão do Relator que, em HC requerido a Tribunal Superior, indefere liminar, admite, entretanto, abrandamento: diante de flagrante violação à liberdade de locomoção, inócurre no caso.

II - Negativa de seguimento ao pedido de *habeas corpus*. Agravo regimental não provido.”

(AgRg no HC nº 87.016/RJ, Relator o Ministro CARLOS VELLOSO, DJU de 24/2/2006)

Ante o exposto, sendo manifesta a inviabilidade do *writ*, com base no artigo 210 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, indefiro liminarmente o pedido.

Publique-se.

Brasília (DF), 06 de junho de 2006.

MINISTRO PAULO GALLOTTI, Relator

Habeas Corpus nº 83.737-RJ*

RELATOR: MINISTRO PAULO GALLOTTI
IMPETRANTE: FLÁVIA PINHEIRO FRÓES E OUTROS
IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE: ROBSON ANDRÉ DA SILVA (PRESO)
PACIENTE: ISAIAS DA COSTA RODRIGUES (PRESO)
PACIENTE: MÁRCIO DOS SANTOS NEPOMUCENO (PRESO)
PACIENTE: MÁRCIO JOSÉ GUIMARÃES (PRESO)
PACIENTE: MARCO ANTÔNIO PEREIRA FIRMINO DA SILVA (PRESO)
PACIENTE: RICARDO CHAVES DE CASTRO LIMA (PRESO)
PACIENTE: CLÁUDIO JOSÉ DE SOUZA FONTARIGO (PRESO)
PACIENTE: ELIAS PEREIRA DA SILVA (PRESO)
PACIENTE: MÁRCIO CÂNDIDO DA SILVA (PRESO)
PACIENTE: CHARLES DA SILVA BATISTA (PRESO)
PACIENTE: MARCUS VINÍCIUS DA SILVA (PRESO)
PACIENTE: LEONARDO MARQUES DA SILVA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRANSFERÊNCIA TEMPORÁRIA DE PRESOS DO RIO DE JANEIRO PARA CATANDUVAS, NO PARANÁ. MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO PELO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, PERANTE O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAQUELE ESTADO, CONTRA A DECISÃO DO JUIZ DAS EXECUÇÕES QUE INDEFERIU O PEDIDO DE PRORROGAÇÃO DO PRAZO DE TRANSFERÊNCIA. *WRIT* PARCIALMENTE CONHECIDO E DENEGADO.

1 - O mandado de segurança impetrado pelo Estado do Rio de Janeiro no Tribunal de Justiça, procurando impedir o regresso dos presos transferidos para Catanduvas, no Paraná, tem objeto distinto do *mandamus* ali anteriormente impetrado pelo Ministério Público, em que se buscou atribuir efeito suspensivo ao agravo em execução interposto pelo *parquet*, cuja liminar foi cassada por esta Corte.

* In: Diário da Justiça, de 26/11/2007, p. 253.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

2 - A alegação de que os pacientes estariam reclusos indevidamente em estabelecimento destinado a presos em regime disciplinar diferenciado não foi apreciada pelo Tribunal de origem, não podendo esta Corte enfrentá-la, pena de supressão de instância.

3 - *Habeas corpus* parcialmente conhecido e denegado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, conhecer parcialmente da ordem de *habeas corpus* e nesta parte a denegar, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencido o Sr. Ministro Nilson Naves que a concedia.

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e os Srs. Ministros Carlos Fernando Mathias (Juiz convocado do TRF 1ª Região) e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília (DF), 02 de outubro de 2007. (data do julgamento).

MINISTRO PAULO GALLOTTI, Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO PAULO GALLOTTI:

Cuida-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Robson André da Silva, Isaias da Costa Rodrigues, Márcio dos Santos Nepomuceno, Márcio José Guimarães, Marco Antônio Pereira Firmino da Silva, Ricardo Chaves de Castro Lima, Cláudio José de Souza Fontarigo, Elias Pereira da Silva, Márcio Cândido da Silva, Charles da Silva Batista, Marcus Vinicius da Silva e Leonardo Marques da Silva, apontando-se como autoridade coatora a Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro relatora do Mandado de Segurança nº 2007.078.00203.

Afirma a impetração que foi deferida liminar, nos autos do referido *mandamus*, para que os pacientes permaneçam na Penitenciária Federal de Catanduvas, no Paraná, para onde foram temporariamente transferidos.

Enfatiza que a medida de urgência contraria a decisão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça proferida no HC nº 82.318/RJ, impetrado em favor dos pacientes, cuja ordem foi concedida para cassar a liminar deferida no Mandado de



Ministro Paulo Benjamin Fragoso Gallotti

Segurança nº 2007.078.00199, que, atribuindo efeito suspensivo a agravo em execução do Ministério Público, prorrogara o prazo de permanência dos pacientes no Paraná.

Acentuam, ainda, os impetrantes que “a Penitenciária de Catanduvas é destinada a presos em regime disciplinar diferenciado, o que, a toda evidência, não se aplica aos pacientes, que, como decidido pelo Juízo da Vara de Execuções Penais, não estão sujeitos a tais regras”.

Indeferida a liminar e prestadas as informações, a Subprocuradoria-Geral da República opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PAULO GALLOTTI (RELATOR):

Faz-se necessário, de início, breve relato do ocorrido.

Em decisão datada de 5/1/2007, o Juiz Carlos Augusto Borges, da Vara de Execuções Penais do Rio de Janeiro, acolhendo solicitação do Secretário de Administração Penitenciária daquele Estado, determinou a transferência temporária dos pacientes, que estavam recolhidos na Penitenciária Laércio da Costa Pellegrino, no Rio de Janeiro, para o Presídio Federal de Catanduvas, no Paraná, pelo prazo de 120 dias, com fundamento, em síntese, na necessidade de se preservar a segurança pública.

Posteriormente, em petição datada de 11/4/2007, o Ministério Público do Rio de Janeiro requereu a prorrogação do prazo de permanência dos pacientes em Catanduvas, enfatizando que “após a transferência, a onda de violência gerada pelas organizações criminosas comandadas pelos presos se encerrou”, pleito que, todavia, restou indeferido pelo então magistrado da Vara de Execuções, Dr. Carlos Eduardo Carvalho de Figueiredo, em 18/4/2007.

Contra essa decisão o Ministério Público interpôs recurso de agravo em execução, pendente de julgamento no Tribunal de origem, bem como impetrou, perante aquela Corte, mandado de segurança, ali registrado sob o nº 2007.078.00199, visando a atribuir efeito suspensivo ao agravo, restando a liminar deferida “com a conseqüente manutenção dos apenados na Unidade Federal de Catanduvas pelo período de 120 dias, prorrogáveis, ou até a apreciação do recurso de agravo interposto pelo Ministério Público, o que primeiro ocorrer”.

A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o HC nº 82.318/RJ, concedeu a ordem para, na linha dos diversos precedentes desta Corte, cassar a referida liminar, atribuindo ao agravo em execução do *parquet* tão somente o efeito devolutivo.

Confira-se a ementa do julgado:

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

“*HABEAS CORPUS*. TRANSFERÊNCIA TEMPORÁRIA DE PRESOS DO RIO DE JANEIRO PARA CATANDUVAS, NO PARANÁ. INDEFERIMENTO, PELO JUIZ DAS EXECUÇÕES, DO PEDIDO DE PRORROGAÇÃO DO PRAZO FORMULADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. AGRAVO EM EXECUÇÃO INTERPOSTO PELO *PARQUET*. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA PARA ATRIBUIR EFEITO SUSPENSIVO AO AGRAVO. ART. 197 DA LEI DE EXECUÇÕES PENAIS. ORDEM CONCEDIDA.

1 - O Superior Tribunal de Justiça há muito pacificou o entendimento de que o mandado de segurança não pode ser utilizado para atribuir efeito suspensivo a agravo em execução, que, por expressa determinação legal, não o possui.

2 - Em razão da determinação contida no artigo 197 da Lei de Execução Penal, cabe ao Ministério Público, instituição a quem incumbe a função de defender a ordem jurídica e o regime democrático, diante do indeferimento de pedido formulado perante o Juiz das Execuções, interpor e aguardar o desfecho do julgamento do agravo manejado.

3 - O mandado de segurança, ação de índole constitucional cujo objetivo é o de proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, não pode servir de instrumento para, em confronto com expressa disposição legal e em dissonância com o princípio do devido processo, restringir direito de condenado conferido pela lei de execução penal.

4 - Remarque-se que esta Corte não está a tecer qualquer consideração a respeito do mérito da necessidade de permanência ou não dos pacientes na Penitenciária de Catanduvas, mas, sim, muito embora se reconheça a dificuldade que tem enfrentado a segurança pública não só do Estado do Rio de Janeiro, mas dos grandes centros urbanos do País, que, na linha de precedentes desta Corte, o Ministério Público não tem legitimidade para propor ação mandamental com o fim de atribuir a agravo em execução efeito que ele não possui por expressa determinação legal.

5 - *Habeas corpus* concedido para cassar os efeitos da decisão proferida nos autos do MS nº 2007.078.00199, atribuindo ao agravo em execução interposto pelo Ministério Público tão-somente o efeito devolutivo.”

Insurgem-se, desta vez, os impetrantes contra o acórdão da Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que deferiu liminar no Mandado de Segurança nº 2007.078.00203, impetrado pelo Estado do Rio de Janeiro, determinando a permanência dos pacientes no Presídio Federal de Catanduvas.

Veja-se, no que interessa, o teor do acórdão:

“Trouxe o Estado do Rio de Janeiro, no presente mandado de segurança, alentadas razões e justificativas de fato e de direito, em agasalho ao seu pleito, para demonstrar que os motivos ensejadores da transferência dos presos para o Presídio Federal de Catanduvas ainda persistem. A par disso, é notório que este Estado enfrenta clima de violência, insegurança e terror no seio da coletividade, tudo a justificar o acolhimento do pedido liminar.

Ministro Paulo Benjamin Fragoso Gallotti

À guisa de exemplo, há mais de dez dias, vivem os habitantes do conhecido Morro do Alemão submetidos a verdadeira guerrilha urbana, causada por confronto entre policiais e traficantes. Homens e mulheres subtraídos da liberdade de ir e vir, escolas fechadas, pessoas recolhidas em seus lares e impedidos de sair na rua, pessoas atingidas por balas perdidas.

Revelam os noticiários a ocorrência de 15 mortes e 46 feridos nesses episódios.

Notícia de hoje a revelar também confronto entre policiais e traficantes na favela da Chatuba, no Bairro da Penha, onde foram apreendidos 60 kg de maconha. A par disso, também é notório o clima de violência em outras regiões desta cidade.

As estatísticas estão a revelar expressivas apreensões de substâncias entorpecentes, como seja: a) 2 toneladas e 400 kg de maconha no Morro da Mangueira; b) 245 kg de maconha na Vila Cruzeiro; c) 50 kg de maconha na Rodoviária Novo Rio; d) 1 tonelada e meia de maconha na Rodovia Presidente Dutra; e) 50 kg de maconha na Favela da Metral; f) 30 kg de maconha no Morro da Providência; g) 4,5 kg de cocaína da BR-393 e; h) 60 kg de pasta de cocaína em Conceição de Macabu, entre outras.

Some-se a tanto a justificada preocupação do Estado na prevenção e repressão da violência e das conseqüências que da mesma resultam e a iminência de receber autoridades internacionais em evento de grande repercussão, com os jogos Panamericanos a iniciarem-se nos próximos dias e a exigir do Estado um nível de segurança competente, haja visto que sediará delegação e representação de 42 países. Por esta e outras circunstâncias se mostra a razoabilidade do pedido e urgência da medida, presentes o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*.

Justifica-se à apreciação da matéria deduzida em sede de agravo, nesta sede, porquanto a demora procedimental do recurso implicaria em perecimento do direito invocado, em detrimento da substância da matéria que agora se examina, com objetivo de garantir a ordem pública, no interesse coletivo, diante de circunstâncias excepcionais, de prevalência do interesse coletivo em face de interesses individuais.

Ressalte-se, por derradeiro, que o ato de transferência de presos de um Estado para outro da Federação é de natureza administrativa, previsto em lei, fundado na conveniência e na oportunidade. O direito subjetivo do preso, direito individual, queda em face da supremacia do direito coletivo e do interesse público (aplicação do artigo 86 da LEP) e aos propósitos de prevenção geral e especial. De toda conveniência que se evite a presença de presos no meio em que exercem liderança sobre facção criminosa, ligada ao narcotráfico.

Nestas condições, defere-se a liminar para suspender os efeitos da decisão atacada, decisão administrativa proferida pelo Juiz da Execução Penal e determinar a permanência dos presos transferidos na Penitenciária Federal de Catanduvas, até o julgamento do mérito a ser proferido neste *mandamus*." (fls. 85/87)

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Acentuam os impetrantes que esse provimento está em confronto com o decidido pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça no HC nº 82.318, dado que “em verdade, o artifício utilizado pelo Governo do Estado, através, agora, da Procuradoria-Geral (também órgão do Ministério Público) constitui *bis in idem*, pois trata do mesmo fato objeto do recurso em andamento (agravo e mandado de segurança)”.

Argumentam, ainda, que “a *Penitenciária Federal de Catanduvas é destinada a presos em regime disciplinar diferenciado, o que, a toda evidência, não se aplica aos pacientes que, como decidido pelo Juízo da VEP, não estão sujeitos a tais regras*”.

Razão, todavia, penso, não lhes assiste.

Primeiro, o mandado de segurança impetrado pelo Estado do Rio de Janeiro tem, por evidente, objeto diverso do *writ* manejado pelo Ministério Público, já que não pretende atribuir efeito suspensivo a recurso de agravo em execução. Além disso, é deduzido, como visto, por legitimado completamente distinto, impondo-se notar, ao contrário do que dizem os impetrantes, que a Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro não se confunde com o Ministério Público daquele Estado.

Importante observar o que disse, nesse ponto, o acórdão atacado:

“No que se refere à alegada litispendência, por igual sorte, não tem a mínima procedência. De trivial sabença que há litispendência quando se repete a ação que está em curso. Na hipótese em tela, com referência ao Mandado de Segurança nº 199, é impetrante o Ministério Público, enquanto no presente mandado de segurança é impetrante o Estado do Rio de Janeiro. O pedido no primeiro mandado se refere unicamente à atribuição de efeito suspensivo ao agravo em execução. Neste, o pedido é para fazer cessar os efeitos da decisão proferida em primeiro grau e a conseqüente permanência dos presos no Presídio Federal de Catanduvas. Logo, não há repetição de ações.

Sobreleva notar que a decisão proferida liminarmente perante o Superior Tribunal de Justiça tem íntima pertinência com o Mandado de Segurança nº 199, eis que teve como razões de decidir, como bem fundamenta o douto prolator, a inexistência de norma legal que atribua efeito suspensivo ao agravo previsto no artigo 197 da Lei nº 7.210/1984 e ainda que é imprópria a impetração ministerial com o fim de atribuir efeito suspensivo ao agravo, como também, a urgência, anecessidade, a relevância da medida não se mostram evidenciadas de forma indiscutível naquela impetração e nos elementos de prova que a acompanham.

Matéria unicamente de direito, em nota expedida em 14 de maio de 2007, o douto Ministro relator enfatizou ser o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro o competente para o exame da matéria deduzida no recurso de agravo. Matéria de mérito, pois, distinta da matéria unicamente de direito apreciada por ocasião da decisão daquela liminar em tela.” (fls. 84/85)

Ministro Paulo Benjamin Fragoso Gallotti

Por derradeiro, a alegação de que os pacientes estariam reclusos indevidamente em estabelecimento destinado a presos em regime disciplinar diferenciado não foi apreciada, como visto, pelo Tribunal de origem, não podendo esta Corte enfrentá-la, pena de supressão de instância.

Diante do exposto, conheço parcialmente do *habeas corpus*, denegando-o. É como voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES:

O que eu estou pensando é que se está deixando de cumprir decisão do Superior Tribunal. O que não se alcançou de um modo alcançou-se de outro, alcançou-se, aliás, por meio da utilização do mesmo instrumento – mandado de segurança. Se o primeiro mandado não valeu, valeu o segundo – o objetivo era o mesmo. Ora, já que concedida a ordem de habeas corpus (HC-82.318), a questão haveria de ter solução pelo agravo, não mediante outro mandado de segurança. Repetiu-se a ação, simples e indevidamente. Com isso, a autoridade da decisão do Superior Tribunal foi atingida. Impõe-se o reparo. Voto, assim, pela concessão da ordem.

Habeas Corpus nº 38.649-SC*

RELATOR: MINISTRO PAULO GALLOTTI
IMPETRANTE: CLÁUDIO GASTÃO DA ROSA FILHO E OUTRO
IMPETRADO: SÉTIMA TURMA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL
DA 4ª REGIÃO
PACIENTE: ANÍSIO ANATÓLIO SOARES

EMENTA

HABEAS CORPUS. CRIME AMBIENTAL. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DE INTERESSE DIRETO DA UNIÃO. APA DO ANHATOMIRIM. DECRETO Nº 528/92. CRIME PRATICADO PRÓXIMO À APA. NORMAS DO CONAMA. FISCALIZAÇÃO PELO IBAMA. FALTA DE INTERESSE DIRETO DA AUTARQUIA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. ANULAÇÃO DO PROCESSO. PRESCRIÇÃO. EXTINÇÃO DAPUNIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. A partir da edição da Lei nº 9.605/98, os delitos contra o meio ambiente passaram a ter disciplina própria, não se definindo, contudo, a Justiça competente para conhecer das respectivas ações penais, certamente em decorrência do contido nos artigos 23 e 24 da Constituição Federal, que estabelecem ser da competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios proteger o meio ambiente, preservando a fauna, bem como legislar concorrentemente sobre essa matéria.

2. Impõe-se a verificação de ser o delito praticado em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, a teor do disposto no artigo 109, IV, da Carta Magna, de forma a firmar ou não a competência da Justiça Federal.

3. A APA do Anhatomirim foi criada pelo Decreto nº 528, de 20 de maio de 1992, evidenciando o interesse federal que a envolve, não havendo dúvida de que, se estivesse dentro da APA a construção, seria da Justiça Federal a competência para julgar o crime ambiental, independentemente de ser o IBAMA o responsável pela administração e fiscalização da área.

* In: Diário da Justiça, de 26/06/2006, p. 203

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

4. A proximidade da APA, por si só, não serve para determinar o interesse da União, visto que o Decreto nº 99.27490 estabelece tão-somente que a atividade que possa causar dano na área situada num raio de 10 km da Unidade de Conservação ficará sujeita às normas editadas pelo CONAMA, o que não significa que a referida área será tratada como a própria Unidade de Conservação, tampouco que haverá interesse direto da União sobre ela.

5. O fato de o IBAMA ser responsável pela administração e a fiscalização da APA, conforme entendimento desta Corte Superior, não atrai, por si só, a competência da Justiça Federal, notadamente no caso, em que a edificação foi erguida fora da APA, sendo cancelado o enunciado nº 91/STJ, que dispunha que “compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes praticados contra a fauna”.

6. Não sendo o crime de que aqui se trata praticado em detrimento de bens, serviços ou interesse direto da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, inexistente razão para que a respectiva ação penal tivesse tramitado perante a Justiça Federal.

7. Restando anulado o processo, e considerando que a sanção que venha a ser imposta ao paciente, pelo delito em exame, não poderá ultrapassar 1 ano e 4 meses, sanção aplicada na sentença ora anulada, constata-se ter ocorrido a prescrição da pretensão punitiva, em razão do decurso de mais de quatro anos desde a data do fato, 3/12/1998, com base no art. 109, V, c/c o art. 110, § 1º, os dois do Código Penal.

8. Ordem concedida, declarando-se, de ofício, extinta a punibilidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Paulo Medina, Hélio Quaglia Barbosa, Nilson Naves e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 25 de abril de 2006 (data do Julgamento).

MINISTRO PAULO GALLOTTI, Presidente e Relator

Ministro Paulo Benjamin Fragoso Gallotti

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO PAULO GALLOTTI:

Cuida-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Anísio Anatólio Soares, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal Federal da 4ª Região.

Os autos foram a mim distribuídos por prevenção com o HC nº 30.831/SC.

Colhe-se do processado que o paciente foi condenado, como incurso no artigo 68 da Lei nº 9.605/98, à pena de 1 ano e 4 meses de detenção, a ser cumprida no regime aberto, e multa, substituída a sanção corporal por medida restritiva de direitos, restando improvido o recurso de apelação formulado pela defesa.

A revisão criminal ajuizada na Corte de origem, na qual se buscava, dentre outros pleitos, o reconhecimento da nulidade do processo por incompetência da Justiça Federal, foi julgada improcedente em acórdão assim ementado:

“PENAL E PROCESSO PENAL. REVISÃO CRIMINAL. NULIDADE ABSOLUTA. APRECIÇÃO NO FEITO ORIGINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO PELA SEÇÃO. PLEITO DE REAPRECIÇÃO DA PROVA E ANÁLISE DO PESO ATRIBUÍDO ÀS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO REVISIONAL.

1. Consoante entendimento majoritário da 4ª Seção da Corte, não é possível, em sede de revisão criminal, reconhecer a existência de nulidade absoluta, consistente na incompetência do Judiciário Federal para processar e julgar o feito originário, quando a matéria foi objeto de discussão pela Turma no julgamento da apelação criminal interposta pelo réu. Vencidos o Relator e o Revisor, Desembargadores Federais Paulo Afonso Brum Vaz e Luiz Fernando Wolk Penteado, respectivamente, que, dado o caráter absoluto do vício de incompetência, admitiam o seu reconhecimento na ação revisional.

2. A revisão criminal consiste em uma ação de natureza constitutiva negativa cujas hipóteses de cabimento encontram-se elencadas, em *numerus clausus*, no art. 621 do CPP, não se prestando, desse modo, ao reexame da prova em que se baseou o decreto condenatório. Com efeito, ‘a revisão criminal não é uma segunda apelação, não se prestando à mera reapreciação da prova já examinada pelo Juízo de primeiro grau e, eventualmente, de segundo, exigindo que o requerente apresente com o pedido elementos probatórios que desfaçam o fundamento da condenação’ (MIRABETE, Julio Fabbrini, ‘Processo Penal’, 8ª ed., São Paulo, Atlas, 1998, p. 679).” (fl. 60)

Persiste aqui o impetrante em afirmar ser incompetente a Justiça Federal, acentuando que não houve ofensa a bens, serviços ou interesse da União, pois o local da prática do delito encontra-se fora da Área de Preservação Ambiental do Anhatomirim, no Estado de Santa Catarina.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

O Ministro Hélio Quaglia Barbosa, em substituição eventual, apreciou o pedido de urgência, indeferindo-o.

Às fls. 107/109, reconsiderando a liminar, determinei a suspensão, até o julgamento definitivo do writ, da execução da pena imposta ao paciente.

Prestadas as informações, a Subprocuradoria-Geral da República opina pela concessão da ordem.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PAULO GALLOTTI (RELATOR):

A meu ver, o *habeas corpus* realmente deve ser deferido.

Com efeito, a questão diz com saber se a competência para julgar o crime ambiental imputado ao paciente é da Justiça Federal ou da Justiça Estadual.

A partir da edição da Lei nº 9.605/98, os delitos contra o meio ambiente passaram a ter disciplina própria, não se definindo, contudo, a Justiça competente para conhecer das respectivas ações penais, certamente em decorrência do contido nos artigos 23 e 24 da Constituição Federal, que estabelecem ser da competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios proteger o meio ambiente, preservando a fauna, bem como legislar concorrentemente sobre essa matéria.

Resta, portanto, verificar, no caso, se o delito foi praticado em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, a teor do disposto no artigo 109, IV, da Carta Magna, de forma a firmar ou não a competência da Justiça Federal.

Nas hipóteses de crimes contra a flora, a competência será definida pela análise do tipo da área atingida pela ação considerada delituosa.

Tratando-se de Áreas de Proteção Ambiental, ou seja, aquelas criadas a partir de ato legislativo ou administrativo específico, em relação às quais se confere proteção especial, impõe-se avaliar sua origem, dado que, diante da competência concorrente prevista na Constituição Federal, poderão ter sido definidas por qualquer daqueles entes.

Assim, se o ato for federal, está presente o interesse da União, atraindo a competência da Justiça Federal; se for estadual ou municipal, será da Justiça Estadual a competência para a apreciação de possível crime ambiental.

A Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, regulamentadora do artigo 255, § 1º, incisos I, II, III e VII, da Constituição Federal, instituindo o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza, dá a definição de Áreas de Proteção Ambiental, constando de seu artigo 15:



Ministro Paulo Benjamin Fragoso Gallotti

“Art. 15. A Área de Proteção Ambiental é uma área em geral extensa, com um certo grau de ocupação humana, dotada de atributos abióticos, bióticos, estéticos ou culturais especialmente importantes para a qualidade de vida e o bem-estar das populações humanas, e tem como objetivos básicos proteger a diversidade biológica, disciplinar o processo de ocupação e assegurar a sustentabilidade do uso dos recursos naturais.

§ 1º. A Área de Proteção Ambiental é constituída por terras públicas ou privadas.

§ 2º. Respeitados os limites constitucionais, podem ser estabelecidas normas e restrições para a utilização de uma propriedade privada localizada em uma Área de Proteção Ambiental.

§ 3º. As condições para a realização de pesquisa científica e visitação pública nas áreas sob domínio público serão estabelecidas pelo órgão gestor da unidade.

§ 4º. Nas áreas sob propriedade privada, cabe ao proprietário estabelecer as condições para pesquisa e visitação pelo público, observadas as exigências e restrições legais.

§ 5º. A Área de Proteção Ambiental disporá de um Conselho presidido pelo órgão responsável por sua administração e constituído por representantes dos órgãos públicos, de organizações da sociedade civil e da população residente, conforme se dispuser no regulamento desta Lei.”

Por sua vez, se o dano tiver ocorrido nas áreas de preservação permanente mencionadas nos artigos 2º e 3º da Lei nº 4.771/65, que são, na verdade, florestas e outras formas de vegetação natural situadas em locais que mereçam proteção para a preservação da natureza, como, por exemplo, ao longo dos rios ou de qualquer curso d’água, ao redor de lagoas etc., não há que se falar em competência da Justiça Federal, a não ser que se trate de bens da União, explicitados no art. 20 da Constituição Federal.

No caso, disse a denúncia que o paciente, como Prefeito Municipal, “permitiu e incentivou a construção em alvenaria em área de preservação permanente (margem de curso d’água), sem autorização da autoridade competente, na localidade de Fazenda da Armação, no Município de Governador Celso Ramos, SC, dentro da APA de Anhatomirim”.

O Juiz de primeiro grau, fls. 19/20, concluiu que há provas suficientes de que a área sobre a qual ergueu-se a edificação é de proteção permanente, sublinhando que “não interessa o fato de estar ou não o terreno descrito na denúncia dentro ou fora da APA de Anhatomirim, eis que o simples fato de que Sebastião edificou a 8,30 metros do curso d’água o fez incidir nas penas do artigo 2º, ‘a’, 1, do Código Florestal, de modo que sua conduta é contrária à legislação de proteção ambiental, independentemente do Decreto nº 99.274/90, que estabelece a área de entorno do APA de Anhatomirim”.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

O Tribunal de origem, ao julgar a apelação da defesa, acentuou:

“Inicialmente, esclareça-se que não é somente a APA do Anhatomirim objeto de proteção, mas também todo o entorno da área, conforme estabelece o Decreto nº 99.27490:

‘Art. 27. Nas áreas circundantes das Unidades de Conservação, num raio de 10 km (dez quilômetros), qualquer atividade que possa afetar a biota ficará subordinada às normas editadas pelo CONAMA (Conselho Nacional do Meio Ambiente).’

A Área de Proteção Ambiental integra uma Unidade de Conservação. As Unidades de Conservação foram instituídas pela Lei nº 9.985/2000.

É importante destacar o Decreto nº 528/92, que criou a APA do Anhatomirim, que dispõe:

‘Art. 5º. A APA do Anhatomirim será supervisionada, administrada e fiscalizada pelo IBAMA, em colaboração com as demais autoridades federais, estaduais e municipais pertinentes, bem como as organizações não governamentais da região.’

Portanto, a área protegida pela legislação compreende a Área de Proteção Ambiental e seu entorno, na conformidade da legislação pertinente.

Em consequência de se tratar de área supervisionada, administrada e fiscalizada pelo IBAMA, o local do delito é que estabelece a competência federal para o seu julgamento.

A competência federal, de natureza constitucional, compreende apenas as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União (inc. IV do art. 109 da CF/88). No caso concreto, como já ressaltado, a área de proteção ambiental não é somente fiscalizada pelo IBAMA, mas também supervisionada e administrada, havendo, por conseguinte, evidente interesse da União, o que configura a competência da Justiça Federal para processar e julgar o feito.

A materialidade está comprovada nos autos por meio das provas documentais que confirmam a edificação junto a curso d’água no entorno de Área de Proteção Ambiental. Ressalte-se que, muito embora a localização da obra encontre-se fora da APA (Área de Proteção Ambiental) do Anhatomirim, a infração penal configura-se diante da construção junto a curso d’água, sem observar o que dispõe a legislação pertinente (Código Florestal - Lei nº 4.771/65 - art. 2º), bem como a proximidade da APA potencializa os prejuízos que advêm com a poluição.” (fls. 32/33)

A revisão criminal ali ajuizada foi julgada improcedente, sendo rejeitada, por maioria de votos, a preliminar relativa à incompetência da Justiça Federal por entender a Corte local que "não é possível, em sede de revisão criminal, reconhecer a existência de nulidade absoluta, consistente na incompetência do Judiciário Federal para processar e julgar o feito originário, quando a matéria foi objeto de discussão pela Turma no julgamento da apelação criminal interposta pelo réu”.



Ministro Paulo Benjamin Fragoso Gallotti

Daí, tem-se que o tema foi examinado pelo Tribunal de origem, tanto no julgamento da apelação quanto no da revisão criminal, podendo ser apreciado, agora, por esta Corte.

A meu ver, há duas circunstâncias a serem consideradas, vale dizer, a relativa à edificação ter sido erguida junto a um curso d'água e a de estar próxima à APA do Anhatomirim.

Ainda que se considere que a construção está próxima de um curso d'água, fato contestado pelo impetrante, que afirma se tratar apenas de uma "vala", se estaria diante de uma área de preservação permanente, a teor do art. 2º, "a", I, da Lei nº 4.771/65, o que poderia servir para caracterizar o delito, mas não para atrair a competência da Justiça Federal, diante da manifesta falta de interesse da União.

A APA do Anhatomirim, por sua vez, foi criada pelo Decreto nº 528, de 20 de maio de 1992, evidenciando o interesse federal que a envolve, sendo inegável que, se estivesse dentro da APA a construção, seria da Justiça Federal a competência para julgar o crime ambiental, independentemente de ser o IBAMA o responsável pela administração e fiscalização da área.

Contudo, apesar de a denúncia ter narrado que a edificação está dentro da Área de Proteção Ambiental, a sentença considerou irrelevante essa circunstância e o Tribunal de origem disse expressamente que a construção está fora da APA, fato incontroverso diante das provas constantes dos autos.

Os fundamentos utilizados pelo Tribunal de origem para concluir pela competência federal, explicitados quando do julgamento da apelação, foram o de que a área edificada está situada próxima à APA do Anhatomirim e o de que o IBAMA é o responsável por sua administração e fiscalização.

Na minha compreensão, contudo, tais motivos não são suficientes para se concluir pelo interesse direto da União e, conseqüentemente, pela competência da Justiça Federal.

Isto porque a proximidade da APA, por si só, não serve para determinar o interesse da União, visto que o Decreto nº 99.274/90 estabelece tão-somente que a atividade que possa causar dano na área situada num raio de 10 km da Unidade de Conservação ficará sujeita às normas editadas pelo CONAMA, o que não significa que a referida área será tratada como a própria Unidade de Conservação, tampouco que haverá interesse direto da União sobre ela.

Ademais, o fato de o IBAMA ser responsável pela administração e a fiscalização da APA, conforme entendimento desta Corte Superior, não atrai, por si só, a competência da Justiça Federal, notadamente no caso, em que a edificação foi erguida fora da APA, sendo cancelado o enunciado nº 91/STJ, que dispunha que "compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes praticados contra a fauna".

Nesse sentido:

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

A - “RECURSO ESPECIAL. COMPETÊNCIA. CRIMES CONTRA A FAUNA. SÚMULA Nº 91/STJ. INAPLICABILIDADE APÓS O ADVENTO DA LEI Nº 9.605/98. INEXISTÊNCIA DE LESÃO A BENS, SERVIÇOS OU INTERESSES DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL.

1. ‘(...) 2. Em sendo a proteção ao meio ambiente matéria de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e inexistindo, quanto aos crimes ambientais, dispositivo constitucional ou legal expresso sobre qual a Justiça competente para o seu julgamento, tem-se que, em regra, o processo e o julgamento dos crimes ambientais é de competência da Justiça Comum Estadual. 3. Inexistindo, em princípio, qualquer lesão a bens, serviços ou interesse da União (artigo 109 da CF), afasta-se a competência da Justiça Federal para o processo e o julgamento de crimes cometidos contra o meio ambiente, aí compreendidos os delitos praticados contra a fauna e a flora. 4. Inaplicabilidade da Súmula nº 91/STJ, editada com base na Lei 5.197/67, após o advento da Lei nº 9.605, de fevereiro de 1998.’ (CC 27.848/SP, da minha Relatoria, in DJ 19/2/2001).

2. Recurso especial não conhecido.”

(REsp nº 601.154/TO, Relator o Ministro HAMILTON CARVALHIDO, DJU de 28/6/2004)

B - “CRIMINAL. RECURSO ESPECIAL. UTILIZAÇÃO DE MOTOSSERRA PARA CORTAR MADEIRA SEM AUTORIZAÇÃO DA AUTORIDADE COMPETENTE. POSSÍVEL CRIME AMBIENTAL. LESÃO A BENS, SERVIÇOS OU INTERESSE DA UNIÃO NÃO-DEMONSTRADA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. SÚMULA 91/STJ. CANCELAMENTO. RECURSO DESPROVIDO.

Não há ilegalidade no acórdão que confirma a decisão monocrática que declinou da competência para que a Justiça Comum Estadual processe e julgue feito que visa à apuração de possível crime ambiental, consistente, em tese, na utilização de motosserra para cortar madeira sem a competente autorização.

Existência de eventual lesão a bens, serviços ou interesse da União, a ensejar a competência da Justiça Federal, não-demonstrada.

Cuidando-se de competência concorrente da União, dos Estados e dos Municípios, para legislar sobre normas relativas à proteção do meio ambiente - criação e administração de áreas de proteção ambiental e, principalmente, para exercer o poder de polícia para a fiscalização do cumprimento destas normas - seria necessário, para fins de fixação da competência da Justiça Federal, que os interesses do IBAMA sejam afetados de forma específica e, não, genérica.

Cancelamento da Súmula n.º 91 por esta Corte.

Recurso desprovido.”

(REsp nº 592.932/TO, Relator o Ministro GILSON DIPP, DJU de 8/3/2004)

Ministro Paulo Benjamin Fragoso Gallotti

C - “RECURSO ESPECIAL. PENAL. COMPETÊNCIA. CRIMES CONTRA A FAUNA. SÚMULA 91/STJ. INAPLICABILIDADE APÓS O ADVENTO DA LEI N.º 9.605/98.

INEXISTÊNCIA DE LESÃO A BENS, SERVIÇOS OU INTERESSE DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

Esta Colenda Corte Superior de Justiça já decidiu que inexistindo, em princípio, qualquer lesão a bens, serviços ou interesse da União (art. 109 da CF), afasta-se a competência da Justiça Federal para o processo e o julgamento de crimes cometidos contra o meio ambiente, aí compreendidos os delitos praticados contra a fauna e a flora (CC 27.848/SP - 3ª Seção - Rel. Min. Hamilton Carvalhido – DJ de 19/02/2001).

O fato de o IBAMA ser responsável pela fiscalização das áreas e pela expedição de autorização de desmatamento não indica, por si só, que exista interesse direto da Autarquia, se o crime é cometido em terra particular e, principalmente, fora de Unidade de Conservação da Natureza (Lei n.º 9.985/00).

Recurso conhecido, mas desprovido.”

(REsp nº 480.411/TO, Relator o Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, DJU de 13/10/2003)

E do Supremo Tribunal Federal:

“(1) *Habeas Corpus*. Crime previsto no art. 46, parágrafo único, da Lei nº 9.605, de 1998 (Lei de Crimes Ambientais). Competência da Justiça Comum.

(2) Denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal perante a Justiça Federal com base em auto de infração expedido pelo IBAMA.

(3) A atividade de fiscalização ambiental exercida pelo IBAMA, ainda que relativa ao cumprimento do art. 46 da Lei de Crimes Ambientais, configura interesse genérico, mediato ou indireto da União, para os fins do art. 109, IV, da Constituição.

(4) A presença de interesse direto e específico da União, de suas entidades autárquicas e empresas públicas - o que não se verifica, no caso -, constitui pressuposto para que ocorra a competência da Justiça Federal prevista no art. 109, IV, da Constituição.

(5) *Habeas Corpus* conhecido e provido.”

(HC nº 81.916/PA, Relator o Min. GILMAR MENDES, DJU de 11/10/2002)

Assim, o crime de que se está a tratar não foi praticado em detrimento de bens, serviços ou interesse direto da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, inexistindo razão para que a respectiva ação penal tivesse tramitado perante a Justiça Federal.

Cabe aqui transcrever, no que interessa, o voto do Desembargador Federal Paulo Afonso Brum Vaz, relator, que ficou vencido, no ponto, no pedido de revisão:

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

“É cediço que a competência da Justiça Federal é aquela que vem expressamente prevista na Carta Magna, não podendo, por isso mesmo, ser alargada ou restringida pela lei ordinária.

Os crimes ambientais não foram especificamente atribuídos à Justiça Federal, exceto aqueles praticados em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, que fazem parte de sua competência genérica prevista na Constituição.

Assim, considerando-se que a Carta Magna outorgou à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a proteção ao meio ambiente (art. 23, VI e VII) e que inexistente norma constitucional ou infraconstitucional dispondo sobre a competência para o julgamento dos crimes ambientais, tem-se, a priori, que o processamento e julgamento destes delitos compete à Justiça Estadual.

A propósito, VLADIMIR PASSOS DE FREITAS e GILBERTO PASSOS DE FREITAS (In: Crimes Contra a Natureza. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 57) vaticinam que, ‘(...) em realidade, nada há que justifique a competência federal, exceto se o delito foi praticado em detrimento de bem da União, ou seja, a uma unidade de conservação federal. Aí incide a regra geral do art. 109, inc. IV, da Constituição Federal. Por exemplo, se o infrator corta árvores clandestinamente no Parque Nacional de Itatiaia, incorrendo no delito previsto no art. 38 da Lei 9.605, de 1998, a competência será da Justiça Federal. Porém, se ele pratica a mesma ação contra árvores pertencentes a particulares (Código Civil, arts. 43 e 528), ao Estado ou a um Município, razão não há para a competência ser da Justiça Federal: a uma, porque as árvores não pertencem à União Federal; a outra, porque a fiscalização não é mais privativa do órgão federal, mas comum aos órgãos ambientais estaduais ou municipais (CF, art. 23, incs. VI e VII) (...)’.

Entretanto, no caso vertente, não restou evidenciada a lesão a bens, serviços ou interesse da União, tampouco de suas autarquias ou empresas públicas, afigurando-se, desse modo, a competência da Justiça Estadual para processar e julgar a demanda originária, senão vejamos.

Com efeito, observando-se o levantamento topográfico da área onde supostamente perpetrado o delito imputado ao réu, verifica-se que a mesma encontra-se fora dos limites da Área de Proteção Ambiental (APA) do Anhatomirim.

A despeito de a localidade onde praticado o ilícito encontrar-se no entorno da referida área de preservação ambiental, estando, desse modo, ‘subordinada às normas editadas pelo CONAMA’ (nos termos do artigo 27 do Decreto nº 99.274/90), tal fato não tem o condão de atrair a competência para o processamento do feito ao Judiciário Federal.

O Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA, a teor do artigo 6º, II, da Lei nº 6.938/81, consiste em órgão consultivo e deliberativo, ‘com a finalidade de assessorar, estudar e propor ao Conselho de Governo diretrizes de políticas governamentais para o meio ambiente e os recursos naturais e deliberar, no âmbito de sua competência, sobre normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial

Ministro Paulo Benjamin Fragoso Gallotti

à sadia qualidade de vida', preservada, todavia, aos Estados e Municípios, na esfera de suas competências e nas áreas de sua jurisdição, a 'elaboração de normas supletivas e complementares e padrões relacionados com o meio ambiente' (§§ 1º e 2º do referido dispositivo legal). Ora, se a competência legiferante concorrente constitucionalmente prevista não tem o condão, por si só, de atrair o processamento dos crimes ambientais para o Judiciário Federal, porquanto 'o interesse da União para que ocorra a competência da Justiça Federal prevista no artigo 109, IV, da Carta Magna, tem de ser direto e específico, e não (...) interesse genérico da coletividade, embora aí também esteja incluído genericamente o interesse da União' (STF - 1ª Turma, RE nº 300244/SC, Rel. Ministro Moreira Alves, DJ 19/12/2001, p. 27), não seria a competência deliberativa concorrente prevista na Lei nº 6.938/81 que exerceria tal *vis attractiva*, dispensada a necessidade de interesse direto e específico da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas.

Outrossim, também não merece prosperar o entendimento de que a competência do Judiciário Federal estaria definida em face de incumbir ao IBAMA a fiscalização e controle da área em apreço, visto que 'o fato de o IBAMA ser responsável pela fiscalização das áreas (...) não indica, por si só, que exista interesse direto da Autarquia, se o crime é cometido em terra particular e, principalmente, fora de Unidade de Conservação da Natureza' (STJ - 5ª Turma, RESP nº 480411/TO, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ 13/10/2003, p. 416).

Nessa exata linha de conta, quando do julgamento do HC nº 81.916/PA, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se nos termos que seguem:

'Habeas Corpus. (1) Crime previsto no art. 46, parágrafo único, da Lei nº 9.605, de 1998 (Lei de Crimes Ambientais). Competência da Justiça Comum. (2) Denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal perante a Justiça Federal com base em auto de infração expedido pelo IBAMA. (3) A atividade de fiscalização ambiental exercida pelo IBAMA, ainda que relativa ao cumprimento do art. 46 da Lei de Crimes Ambientais, configura interesse genérico, mediato ou indireto da União, para os fins do art. 109, IV, da Constituição. (4) A presença de interesse direto e específico da União, de suas entidades autárquicas e empresas públicas - o que não se verifica, no caso -, constitui pressuposto para que ocorra a competência da Justiça Federal prevista no art. 109, IV, da Constituição. (5) Habeas Corpus conhecido e provido.' (STF - 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 11/10/2002, p. 46).

O mesmo entendimento, inclusive, já foi manifestado pelas Colendas 7ª e 8ª Turmas desta Corte, ressalvado o posicionamento em contrário do eminente Desembargador Federal José Luiz B. Germano da Silva, consoante se observa dos seguintes arestos, recentemente prolatados:

PROCESSO PENAL. CRIMES AMBIENTAIS. COMPETÊNCIA.

1. A jurisprudência afirmou entendimento de que a competência para processar e julgar crimes contra a flora e a fauna só será de da Justiça Federal quando atingidos

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

diretamente bens, serviços ou interesses da União, de suas entidades autárquicas ou empresas públicas federais.

2. O fato de a área em questão ser de preservação permanente (ao redor de nascente e topo de morro) e, portanto, sujeita à fiscalização pelo IBAMA, não atrai, por si só, a competência para a Justiça Federal, uma vez que tal circunstância não indica o interesse direto da Autarquia.’

(TRF 4ª Região - 7ª Turma, QUOACR nº 200272080046931/SC, por maioria, Rel.ª Des.ª Federal Maria de Fátima Freitas Labarrère, DJU 05/05/2004, p. 1478).

‘PROCESSO PENAL. CRIME CONTRAAFLORA. DESTRUIÇÃO DE ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE (MATA CILIAR) E CORTE DE MADEIRA NATIVA. ART. 38 DA LEI 9.605/98. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

1. Inexistindo lesão direta e específica a bens, serviços ou interesse da União, de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, compete à Justiça Estadual processar e julgar os crimes contra flora. Precedentes.

2. A circunstância de caber ao IBAMA a fiscalização do meio ambiente não tem o condão de atrair a competência da Justiça Federal, nos termos preconizados pelo artigo 109, IV, da CF/88.

3. Recurso improvido.’

(TRF 4ª Região - 8ª Turma, RSE nº 200372030009074/SC, por unanimidade, Rel. Des. Federal Élcio Pinheiro de Castro, DJU 15/10/2003, p. 989).

No caso vertente, entretanto, não restou demonstrado, em momento algum, ofensa direta e específica aos interesses do IBAMA, tampouco aos dos CONAMA, mormente tendo em vista que a área onde perpetrado o ilícito encontra-se sob a posse de particular (fls. 191/192) e localiza-se fora da APA do Anhatomirim (fl. 207).

Por derradeiro, ainda que a mencionada área possa ser classificada como de preservação permanente, em virtude de limitar-se com a margem de um curso d’água, importa salientar que não servindo este de divisa com outros países, ou se estendendo a território estrangeiro ou dele provindo (Carta Magna, artigo 20, III), não há falar, na hipótese em tela, em ofensa a bem da União.

Por tudo o que foi exposto acima, demonstra-se a competência da Justiça Estadual para processar e julgar a demanda.

(...)

Voto, pois, no sentido de declarar a incompetência da Justiça Federal para processar e julgar o feito originário, anulando-o desde o recebimento da denúncia, devendo a ação penal, por conseguinte, ser remetida à Justiça Estadual.” (fls. 64/78)

De ressaltar que, no referido julgamento da revisão criminal, assim como o Des. Paulo Afonso Brum Vaz, os Desembargadores Luiz Fernando Wowk Penteadó e Élcio Pinheiro de Castro manifestaram entendimento de que a competência seria



Ministro Paulo Benjamin Fragoso Gallotti

da Justiça Estadual, prevalecendo, no entanto, a compreensão de que o tema já fora apreciado na apelação.

Frente a esse quadro, impõe-se proclamar a incompetência absoluta da Justiça Federal e a nulidade dos atos por ela praticados.

Restando anulado o processo, e considerando que a sanção que venha a ser imposta ao paciente, pelo delito em exame, não poderá ultrapassar 1 ano e 4 meses, sanção aplicada na sentença ora anulada, constata-se ter ocorrido a prescrição da pretensão punitiva, em razão do decurso de mais de quatro anos desde a data do fato, 3/12/1998 (fl. 15), com base no art. 109, V, *c/c* o art. 110, § 1º, os dois do Código Penal.

Ante o exposto, concedo a ordem para anular o processo desde o recebimento da denúncia, inclusive, declarando extinta a punibilidade pelo reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva.

É como voto.

ESCLARECIMENTO

O EXMO. SR. MINISTRO HAMILTON CARVALHIDO:

Sr. Presidente, na imputação, houve cumulação objetiva? Foram imputadas uma ou duas infrações?

O EXMO. SR. MINISTRO PAULO GALLOTTI (RELATOR):

Só uma.

O EXMO. SR. MINISTRO HAMILTON CARVALHIDO:

Minha dúvida era somente essa.

O EXMO. SR. MINISTRO PAULO GALLOTTI (RELATOR):

Estou declarando a prescrição em relação ao crime constante da denúncia. Não estou fazendo outro juízo.

O EXMO. SR. MINISTRO HAMILTON CARVALHIDO:

Essa é a única questão?

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

O EXMO. SR. MINISTRO PAULO GALLOTTI (RELATOR):

Claro. Ainda ontem, estava pensando que poderia haver uma outra configuração.

O EXMO. SR. MINISTRO HAMILTON CARVALHIDO:

Houvesse cumulação objetiva, mesmo havendo absolvição no processo de competência da Justiça Federal, persistiria a competência. Mas se cuida de fato único.

O EXMO. SR. MINISTRO PAULO GALLOTTI (RELATOR):

Aqui é fato único. Trata-se do art. 68.

O EXMO. SR. MINISTRO HAMILTON CARVALHIDO:

O parecer do Ministério Público é favorável?

O EXMO. SR. MINISTRO PAULO GALLOTTI (RELATOR):

É pela concessão.

VOTO-VOGAL

O EXMO. SR. MINISTRO HAMILTON CARVALHIDO:

Sr. Presidente, estou a acompanhar o voto do Sr. Ministro-Relator, que esclareceu inexistir cumulação objetiva, vale dizer, imputação de infrações diversas ligadas pelo nexo de conexão.

Em casos tais, ainda no caso de absolvição do crime da competência da Justiça Federal, persistiria a competência para o julgamento do crime da competência da Justiça Estadual, por efeito da própria prorrogação (Código de Processo Penal, artigo 81, caput).

Não é o caso dos autos.

Concedo a ordem de *habeas corpus*, acompanhando o voto do Sr. Ministro-Relator.



Habeas Corpus* nº 40.493-RJ

RELATOR: MINISTRO PAULO GALLOTTI
IMPETRANTE: ADRIENNE GREGORY SANTOS ROCA - DEFENSORA PÚBLICA E OUTRO
IMPETRADO: OITAVA CÂMARA CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE: JOSSIEL CONCEIÇÃO DOS SANTOS (PRESO)

EMENTA

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. DUPLO LATROCÍNIO. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. PRISÃO PREVENTIVA MOTIVADA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. CUSTÓDIA MANTIDA.

1. A prisão cautelar, providência processual de caráter excepcional, só deve ser imposta quando verificado um dos motivos que autorizam sua adoção, que deve estar claramente demonstrado, tudo em consonância com o disposto no artigo 312 do Código de Processo Penal.

2. No caso, exsurge patente a necessidade da manutenção da prisão preventiva para garantia da ordem pública, tendo em vista o *modus operandi* violento e audacioso com que foram perpetradas as condutas delituosas, causando intranquilidade e temor à comunidade local, esta, como não poderia deixar de ser, profundamente abalada com o ocorrido.

3. Demonstrada a periculosidade do agente, que registra anterior envolvimento na prática de crime contra o patrimônio, não há como acolher o pedido da impetração.

4. *Habeas corpus* denegado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

* In: Diário da Justiça Eletrônico, de 03/08/2009.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e Os Srs. Ministros Nilson Naves e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Paulo Medina.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília (DF), 14 de novembro de 2006 (data do julgamento).

MINISTRO PAULO GALLOTTI, Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO PAULO GALLOTTI:

A Dra. Adrienne Gregory Santos Roca, Defensora Pública, impetra o presente *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor de Jossiel Conceição dos Santos, denunciado pela prática do delito previsto no artigo 157, § 3º, *in fine*, (duas vezes), na forma do artigo 69, os dois do Código Penal, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que, julgando recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público, decretou a prisão preventiva do paciente.

Sustenta a impetração, em suma, não haver justificativa para a imposição da custódia cautelar, por não estarem presentes os requisitos legais que a autorizam, visto tratar-se de réu primário, com residência fixa, trabalho lícito e que compareceu a todos os atos do processo.

Indeferida a liminar e prestadas as informações de praxe, a Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PAULO GALLOTTI (RELATOR):

Extrai-se dos autos que o Ministério Público requereu a prisão preventiva do paciente, denunciado como incurso no 157, § 3º, *in fine*, do Código Penal, sendo o pedido indeferido pela magistrada de primeiro grau, após o interrogatório do réu, sob os seguintes fundamentos:

“(…)

Quanto ao pedido prisional, como é sabido a prisão é medida excepcional, que só deve ser decretada quando efetivamente imperioso o constrangimento à liberdade de alguém; para tanto o legislador elenca no Código de Processo



Ministro Paulo Benjamin Fragoso Gallotti

Penal, em seu artigo 312, os requisitos que podem ensejar a medida excepcional; no caso em tela, o que temos é que o agora acusado Jossiel, rapaz de vinte e um anos, de nenhuma escolaridade, trabalhador, nunca se furtou a nenhum chamamento quer das autoridades administrativas, quer da autoridade judiciária, como hoje se constata; por outro lado, como bem disse o ilustre representante da Defensoria Pública, em liberdade, Jossiel não causará nenhum dano à ordem pública, que não pode ser confundida com o clamor público; também em liberdade as testemunhas arroladas na denúncia, dois delegados de polícia, dois peritos criminais, seus ex-patrões e dois defensores públicos não correm o menor risco no sentido que de não possam vir a este Juízo prestar declarações de forma tranqüila; também não se faz necessária a prisão de Jossiel para a aplicação da lei penal, pois, como já assinalado, o mesmo tem residência fixa, tendo vínculo com o distrito da culpa e sempre exerceu atividade laborativa, não havendo nos autos nenhuma menção de que tenha maus antecedentes; por fim também se torna despidendo o decreto de prisão contra Jossiel para garantia da ordem econômica, por óbvios motivos. Assim, indefiro o requerimento do Ministério Público, devendo Jossiel da Conceição responder a este processo em liberdade.” (fl. 33/34)

Por sua vez, o Tribunal entendeu por bem decretar a custódia cautelar, anotando:

“A questão a ser resolvida diz respeito à garantia da ordem pública.

Ensina Guilherme de Souza Nucci, em sua obra Código de Processo Penal Comentado, 3ª edição, revista, atualizada e ampliada, fls. 565/566, Editora Revista dos Tribunais:

‘Garantia da ordem pública: trata-se da hipótese de interpretação mais extensiva na avaliação da necessidade da prisão preventiva. Entende-se pela expressão a necessidade de se manter a ordem na sociedade, que, via de regra, é abalada pela prática de um delito. Se este for grave, de particular repercussão, com reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos, propiciando àqueles que tomam conhecimento da sua realização um forte sentimento de impunidade e de insegurança, cabe ao Judiciário determinar o recolhimento do agente. A garantia da ordem pública deve ser visualizada pelo binômio gravidade da infração + repercussão social. Um furto simples não justifica histeria nem abalo à ordem, mas um latrocínio repercute, negativamente, no seio social, demonstrando que as pessoas honestas podem ser atingidas, a qualquer tempo, pela perda da vida, diante de um agente interessado no seu patrimônio, o que gera, por certo, intranqüilidade. Note-se, também, que a afetação da ordem pública constitui importante ponto para a própria credibilidade do Judiciário, como vêm decidindo os tribunais. Ver: ‘É providência acautelatória, inserindo-se no conceito de ordem pública, visando

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

não só prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas acautelar o meio social e a própria credibilidade da justiça, em face da gravidade do crime e de sua repercussão, convindo a medida quando revelada pela sensibilidade do Juiz à reação do meio à ação criminosa' (TJSP, HC 288.405-3, Bauru, 3ª C., rel. Walter Guilherme, 10.8.1999, v. u.)

E ainda: "A periculosidade do réu evidenciada pelas circunstâncias em que o crime foi cometido basta, por si só, para embasar a custódia cautelar no resguardo da ordem pública, sendo irrelevante a primariedade, os bons antecedentes e a residência fixa" (TJSP, HC 412.323-3/4, São José do Rio Preto, 3ª C. Extraordinária, rel. Marcos Zanuzzi, 13.3.2003, v.u., JUBI 8203). Apura-se o abalo à ordem pública também, mas não somente, pela divulgação que o delito alcança nos meios de comunicação - escrito ou falado. Não se trata de dar crédito único ao sensacionalismo de certos órgãos da imprensa, interessados em vender jornais, revistas ou chamar audiência para seus programas, mas não é menos correto afirmar que o juiz, como outra, pessoa qualquer, toma conhecimento dos fatos do dia-a-dia acompanhando as notícias veiculadas pelos órgãos de comunicação. Por isso, é preciso apenas bem senso para distinguir quando há estardalhaço indevido sobre um determinado crime, inexistindo abalo real à ordem pública, da situação de mera divulgação real da intranquilidade da população, após o cometimento de grave infração penal. Outro fator responsável pela repercussão social que a prática de um crime adquire é a periculosidade demonstrada pelo réu e apurada pela análise de seus antecedentes e pela maneira de execução do crime. Assim, é indiscutível que pode ser decretada a prisão preventiva daquele que ostenta péssimos antecedentes, associando a isso a crueldade particular com que executou o crime.'

Além da gravidade dos delitos praticados, dois latrocínios de grande repercussão social dos fatos imputados, o recorrido praticou, posteriormente, outro crime, havendo, portanto, necessidade da prisão para garantia da ordem pública.

Correto o parecer da douta Procuradoria de Justiça:

'Quanto ao pedido de decretação da prisão preventiva, merece provimento o recurso ministerial, eis que presentes nos autos os indícios suficientes de autoria, tendo em vista a confissão do recorrido, por diversas vezes, em sede extrajudicial, conforme podemos constatar de fls. 12/16, 24/25 e 33/36, merecendo ser ressaltado que o Laudo de Exame em Material Pesquisa e Identificação de Resíduos Hemáticos, acostados às fls. 37/40, revelou material proveniente do patrimônio genético das vítimas Zera Tood Staheli e Micheli David Staheli nas roupas do acusado.

Ademais, merece ser ressaltado, que o acusado, ora recorrido, possui personalidade voltada para a prática de crimes patrimoniais, respondendo a outra ação penal, como incurso nas sanções do artigo

Ministro Paulo Benjamin Fragoso Gallotti

155, *caput*, do Código Penal, perante o Juízo da 34ª Vara Criminal da Capital, processo n. 2004.001.036186-4.

Assim, é necessária a medida coercitiva como garantia da ordem pública, ante a gravidade do delito e o clamor público, evitando-se também, conforme bem lançado nas razões de recurso, que o acusado em liberdade pratique novos crimes, sendo certo que a primariedade e a residência fixa não impedem a constrição cautelar quando esta se mostra necessária.’ (fls. 101/102)

Pelos motivos acima, conheço e dou provimento ao recurso para decretar a prisão preventiva de Jossiel Conceição dos Santos, RG 21.115.021-41 IFP.” (fls. 97/99)

Posteriormente, o paciente foi condenado, em 03/03/2006, à pena de 25 anos de reclusão, a serem cumpridos integralmente em regime fechado, e 50 dias-multa, sendo mantido na prisão, conforme se observa pela ficha de acompanhamento processual extraída via internet, cuja cópia determino seja juntada aos autos.

A prisão cautelar, providência processual de caráter excepcional, só deve ser imposta quando verificado um dos motivos que autorizam sua adoção, que deve restar claramente demonstrado, tudo em consonância com o disposto no artigo 312 do Código de Processo Penal.

No caso, exsurge patente a necessidade da manutenção da prisão preventiva para garantia da ordem pública, tendo em vista o *modus operandi* violento e audacioso com que foram perpetradas as condutas delituosas, causando intranquilidade e temor à comunidade local, esta, como não poderia deixar de ser, profundamente abalada com o ocorrido.

Com efeito, demonstrada a periculosidade do agente, que registra anterior envolvimento na prática de crime contra o patrimônio, não há como acolher o pedido da impetração.

A propósito, vejam-se:

A - “PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. LATROCÍNIO. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS.

I - Resta devidamente fundamentado o r. decisum que decretou a prisão preventiva, com a expressa menção à situação concreta que se caracteriza pela garantia da ordem pública, tendo em vista a existência de indícios concretos de periculosidade do paciente, em razão do *modus operandi* com que os delitos foram, em tese, praticados. (Precedentes).

II - O decreto prisional, a despeito de sucinto, demonstrou as circunstâncias concretas ensejadoras da segregação cautelar,

evidenciando, portanto, a necessidade do encarceramento preventivo do paciente (Precedentes).

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

III - Condições pessoais favoráveis como primariedade, bons antecedentes e residência fixa no distrito da culpa, não têm o condão de, por si só, garantirem aos pacientes a liberdade provisória, se há nos autos, elementos hábeis a recomendar a manutenção de suas custódias cautelares. (Precedentes). Recurso desprovido.” (RHC nº 18.133/MG, Relator o Ministro FELIX FICHER, DJU 21/11/2005)

B - “HABEAS CORPUS. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. ROUBO. EMPREGO DE ARMA. LATROCÍNIO. ESTRANGULAMENTO. FRAUDE PARA RECEBIMENTO DE VALOR DE SEGURO. COMUNICAÇÃO FALSA DE CRIME. CONCURSO MATERIAL. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. APLICAÇÃO DA LEI PENAL. DELITO DE EXCEPCIONAL GRAVIDADE. INTENSA REPERCUSSÃO NA COMUNIDADE LOCAL. CAUTELA DO MEIO SOCIAL. ORDEM DENEGADA.

Para o decreto de prisão preventiva não se exige a certeza da autoria, sendo necessário tão-somente indícios suficientes de que essa qualidade seja atribuída à paciente.

A inclémência revelada na violenta execução do latrocínio, bem como o alto grau de reprovabilidade nos delitos praticados em momento posterior, envolvendo vítimas diversas, justifica a segregação cautelar da paciente, como forma de acautelar a sociedade local, que se estarrece com tão bárbaro crime. O fato criminoso, por sua natureza abjeta, à evidência, causa repulsa ao meio social, a justificar a prisão para garantia da ordem pública, como cautela do meio social.

Ordem de *habeas corpus* denegada.” (HC 48.577/SC, Relator o Ministro PAULO MEDINA, DJU 25/09/2006)

É o voto.



Recurso Especial nº 792.645-PA

RELATORA: MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
R.P/ACÓRDÃO: MINISTRO PAULO GALLOTTI
RECORRENTE: ESTADO DO PARÁ
PROCURADOR: ANTONIO CARLOS BERNARDES FILHO E OUTRO(S)
RECORRIDO: EDNA TAVARES DA SILVA E OUTROS
ADVOGADO: ARMANDO SOUTELLO CORDEIRO

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SUPRESSÃO DE GRATIFICAÇÃO. ATO CONCRETO ÚNICO DE EFEITOS PERMANENTES. DECADÊNCIA. RECONHECIMENTO.

1. Impõe-se reconhecer a decadência quando o mandado de segurança é impetrado após esgotado o prazo de 120 dias previsto no art. 18 da Lei nº 1.533/51.
2. O ato administrativo que suprime vantagem é único e de efeitos permanentes, iniciando-se, com a sua ciência, o prazo decadencial para a impetração do mandado de segurança.
3. “Incide a decadência quando a impetração, embora a envolver relação jurídica de débito continuado, está dirigida contra ato comissivo, e não simplesmente omissivo, da autoridade coatora.” (MS nº 23.136/PB, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJU de 6/5/2005)
4. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Paulo Gallotti que lavrará o acórdão. Vencida a Sra. Ministra Relatora que negava provimento ao recurso.

Votaram com o Sr. Ministro **Paulo Gallotti** os Srs. Ministros Nilson Naves e Hamilton Carvalhido.

* In: Diário da Justiça, de 28/05/2007, p. 407.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Paulo Medina.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília (DF), 27 de março de 2007. (data do julgamento)

MINISTRO PAULO GALLOTTI, Relator

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (RELATORA):

Cuida-se de recurso especial, interposto pelo Estado do Pará, com fundamento na alínea “a” do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, contra acórdão do colendo Tribunal de Justiça do Estado do Pará.

Emerge dos autos que Edna Tavares da Silva e outras impetraram mandado de segurança, em 3/5/2002, contra ato do Secretário Executivo de Administração do Estado. Segundo a inicial, nas portarias concessivas das aposentadorias das quatro recorridas (publicadas em 9/12/97, 31/8/98, 14/6/99 e 3/12/97), restou reconhecido seu direito à Gratificação de Escolaridade no percentual de 80% incidente sobre seu vencimento do cargo em comissão. No entanto, por meio de Apostila datada de outubro de 1998, “decidiu a SEAD retificar, de ofício, o ato de aposentadoria das servidoras para retirar dos proventos a parcela correspondente à gratificação” (fl. 4).

A Corte de origem denegou a segurança em acórdão ementado nos seguintes termos:

“MS. Administrativo. Aposentadoria. Alteração dos proventos.

01. Decadência. Nas prestações de trato sucessivo, o prazo para a impetração do mandado de segurança renova-se desde quando seja negado o pagamento de cada prestação. Preliminar rejeitada. Unanimidade.

02. Impossibilidade jurídica do pedido. Afasta-se a hipótese de impossibilidade jurídica do pedido quando o writ tem por objeto a anulação de ato administrativo complexo, cujo aperfeiçoamento requer a homologação do Tribunal de Contas, e, assim, sua revisão constitui ato ilegal, com violação a direito líquido e certo do servidor aposentado, se importa uma redução dos seus ganhos, quando realizada unilateralmente pelo Poder Executivo. Segurança concedida. Decisão unânime.” (fl. 139).

Diante desse desate, o Estado do Pará opôs embargos de declaração, sob alegação de que a Corte Estadual “tinha o dever de ofício analisar todas as questões suscitadas pelo embargante sobre os outros temas que foram objeto das informações da autoridade apontada como coatora, sob pena de maltratar o art. 458 do Código de Processo Civil” (fl. 141).



Ministro Paulo Benjamin Fragoso Gallotti

O Tribunal *a quo* rejeitou os embargos declaratórios porque “inexistentes no acórdão guerreado os vícios da obscuridade, porque límpido, e da omissão, se os fundamentos adotados para a solução da lide afastam, porque prescindíveis e de exame desnecessário, nos estreitos limites das hipóteses definidas pelo art. 535, I e II, do CPC” (fl. 146).

Afirma o recorrente ofensa aos artigos 458, II, e 535, II, do Código de Processo Civil, ao argumento de que “a alegação de impossibilidade de se conceder a percepção da gratificação calculada sobre outra gratificação foi totalmente ignorada por ambos os acórdãos.”

No mérito, aponta ofensa ao artigo 18 da Lei nº 1.533, ao fundamento de que teria ocorrido a decadência do direito de requerer mandado de segurança. A esse respeito, sustenta que “o suposto ato ilegal, *in casu*, concernente à retirada da gratificação de escolaridade dos vencimentos das impetrantes, mediante apostilamento, ocorreu em outubro de 1998, sendo que somente depois de passados mais de 03 (três) anos do mesmo é que as autoras decidiram buscar pela via mandamental a segurança de seus supostos direitos lesados” (fl. 210).

Apresentadas contra-razões e admitido o recurso, subiram os autos a este Tribunal.

É o relatório.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (RELATORA):

De acordo com o artigo 535 do Código de Processo Civil, os embargos declaratórios são cabíveis nas hipóteses de haver omissão, contradição ou obscuridade na decisão prolatada. Por outro lado, nos termos do artigo 458, II, do referido Estatuto Processual, é requisito da decisão judicial os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito.

Na espécie, deve ser mantido o entendimento firmado pelo acórdão recorrido, uma vez que o acórdão recorrido utilizou fundamentação suficiente para solucionar a controvérsia, sem incorrer em omissão, contradição ou obscuridade.

A título de ilustração, cumpre transcrever o seguinte trecho do acórdão que examinou os embargos declaratórios do Estado recorrente:

“Sobre as omissões apontadas, efetivamente, deixamos de examiná-las, face o convencimento da impossibilidade de mudança unilateral do ato de aposentadoria, ou seja, o procedimento adotado pela autoridade coatora e defendida pelo litisconsorte, aqui embargante - Estado do Pará carece de legalidade e assim feriu direito líquido e certo dos impetrantes, como, sob as luzes de forte jurisprudência, enfatizei no voto-condutor, *verbis*:

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

(...)

Invincível esse entendimento pelos fundamentos aduzidos pelo impetrado e seu litisconsorte no writ e nestes embargos, donde inservível e sem resultado prático o requerido exame neste julgamento. O silêncio do julgado no caso não acarreta prejuízos ao exercício do direito à ampla defesa, tanto quanto não nega, nem afirma, a procedência daqueles fundamentos, porquanto lhes antecede o exame da legalidade do ato administrativo face a exigência reportada pela Súmula 06 do STF, cuja ressalva inaplicável ao presente caso” (fl. 145).

No mérito, aduz o recorrente que teria ocorrido a decadência do direito de requerer mandado de segurança, uma vez que “o suposto ato ilegal, in casu, concernente à retirada da gratificação de escolaridade dos vencimentos das impetrantes, mediante apostilamento, ocorreu em outubro de 1998, sendo que somente depois de passados mais de 03 (três) anos do mesmo é que as autoras decidiram buscar pela via mandamental a segurança de seus supostos direitos lesados” (fl. 210).

Embora haja posicionamentos divergentes nesta Corte acerca da forma de contagem do prazo decadencial para impetração de mandado de segurança que verse sobressupressão de gratificação de servidor público, não observo, na espécie, a ocorrência de decadência do *mandamus*.

Com efeito, consoante asseverado pelo Tribunal *a quo*, entendo que, em se tratando de prestações de trato sucessivo, o prazo para a impetração do mandado de segurança renova-se desde a negativa de pagamento ao servidor de cada prestação.

Destarte, na espécie a mencionada supressão vem ocorrendo desde outubro de 1998, renovando-se mês a mês, razão pela qual o ato impugnado, via de conclusão, também se renova mês a mês. Como o presente mandado de segurança foi impetrado em 3/5/2002 e a supressão se mantém até a presente data, não ocorreu a decadência no caso.

Nessa linha de raciocínio, acerca da contagem do prazo decadencial em relações jurídica de trato sucessivo, confira-se o seguinte precedente do Excelso Pretório:

“RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PRELIMINAR DE CONHECIMENTO NA DECISÃO RECORRIDA. PRAZO DECADENCIAL.

Mandado de segurança a que se negou seguimento no Superior Tribunal de Justiça, com fundamento no não-cabimento de mandado de segurança como substitutivo de ação de cobrança.

Na hipótese dos autos, o ato administrativo atacado consiste na aplicação de índice de reajuste diverso do que pretendem os impetrantes. Conforme orientação do pleno do Supremo Tribunal Federal firmada no MS 21.248, o prazo decadencial do mandado de segurança em casos de prestações

Ministro Paulo Benjamin Fragoso Gallotti

sucessivas (pagamento de remuneração de servidores) é contado a partir de cada novo ato, salvo se houver rejeição expressa da pretensão pela autoridade administrativa.

Orientação que, na hipótese, impede a conclusão de que a impetração se destina a substituir ação de cobrança.

Recurso conhecido e parcialmente provido, para que o Tribunal a quo, afastada a preliminar, examine o pedido como lhe parecer de direito.” (RMS 24534DF, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA Primeira Turma DJ 28/05/2004)

Diante do exposto, **nego provimento ao recurso.**

É como voto.

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO PAULO GALLOTTI:

Edna Tavares da Silva e outras, servidoras públicas aposentadas do Estado do Pará, impetraram mandado de segurança contra ato do Secretário Executivo de Administração objetivando o restabelecimento da vantagem denominada gratificação de escolaridade.

A segurança foi concedida pelo Tribunal de origem em acórdão que guarda a seguinte ementa:

“MS. Administrativo. Aposentadoria. Alteração dos proventos.

01. Decadência. Nas prestações de trato sucessivo, o prazo para a impetração do mandado de segurança renova-se desde quando seja negado o pagamento de cada prestação. Preliminar rejeitada. Unanimidade.

02. Impossibilidade jurídica do pedido. Afasta-se a hipótese de impossibilidade jurídica do pedido, quando o *writ* tem por objeto a anulação de ato administrativo por força da falta de pressupostos de validade. Preliminar rejeitada.

03. Aposentadoria, integrando-lhe a fixação das parcelas componentes dos proventos, é ato administrativo complexo, cujo aperfeiçoamento requer a homologação do Tribunal de Contas, e, assim, sua revisão constitui ato ilegal, com violação a direito líquido e certo do servidor aposentado, se importa na redução dos seus ganhos, quando realizada unilateralmente pelo Poder Executivo.

Segurança concedida.

Decisão unânime.”

Opostos embargos declaratórios, restaram rejeitados (fl. 147).

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Daí o presente recurso especial, interposto com fundamento na alínea “a” do permissivo constitucional, no qual o Estado do Pará aponta, preliminarmente, ter ocorrido violação dos artigos 458, II, e 535, II, do Código de Processo Civil, afirmando que o Tribunal de origem deixou de apreciar questão relevante ao deslinde da controvérsia.

Indica, ainda, violação do artigo 18 da Lei nº 1.533/51, pois as impetrantes/recorridas decaíram do direito de impetrar o mandado de segurança.

Para melhor a exame da questão relativa à ocorrência da decadência, pedi vista dos autos.

Com a devida vênia, a meu ver, operou-se a decadência do direito de ajuizar a ação mandamental, devendo ser reconhecida a apontada violação do artigo 18 da Lei do Mandado de Segurança.

Colhe-se da petição inicial o seguinte excerto:

“Os respectivos processos de aposentadoria seguiram o rito legal, no âmbito da Secretaria de Estado da Administração, e os atos de aposentação foram encaminhados ao Tribunal de Contas do Estado - órgão competente para análise da legalidade e registro do mesmo -, que os aprovou e registrou, conforme se vê no verso das quatro portarias de aposentação.

Constata-se da leitura das portarias, assinadas pela então titular da SEAD, que todas as parcelas que compõem os proventos mensais das servidoras foram individualizadas, com os devidos fundamentos legais:

.....

Dessa forma, nas portarias está reconhecido o direito das impetrantes à percepção da gratificação de escolaridade no percentual de 80% incidente sobre a parcela de vencimento base que compõe o valor total da vantagem decorrente de exercício de cargos em comissão. O valor atribuído no ato de aposentadoria à mencionada gratificação arrima-se em dispositivo legal do Regime Jurídico - art. 114 c/c o art. 140, III, da Lei Estadual nº 5.810/94-, e Resolução TCE nº 13.284.

Ocorre que a Secretaria Executiva de Administração do Estado do Pará vem pagando a menor os proventos devidos às impetrantes, tendo excluído, arbitrariamente, o valor correspondente à gratificação de escolaridade incidente sobre o vencimento do cargo em comissão que serviu de base de cálculo para a representação, isso após a aprovação e o registro de aposentadoria pelo TCE, através de mera apostila lançada no verso das portarias.

Decidiu a SEAD retificar, de ofício, o ato de aposentadoria das servidoras para retirar dos proventos a parcela correspondente à gratificação de escolaridade incidente sobre o vencimento dos respectivos cargos em comissão, sem qualquer fundamento legal, por orientação administrativa estranha ao processo de aposentadoria, e após o mesmo ter sido concluído

Ministro Paulo Benjamin Fragoso Gallotti

e registrado pelo TCE. A retificação de ofício foi feita através de um ato inteiramente ilegal – uma ‘apostila’–, lançada atrás do ato administrativo perfeito e acabado, como se lê no verso das portarias anexas.”

A impetração, conforme deixa certo a inicial do *mandamus*, está voltada contra ato inequivocamente comissivo praticado pela autoridade apontada como coatora, que excluiu dos proventos das impetrantes a “gratificação de escolaridade”, vantagem que foi suprimida de seus contracheques a partir respectivamente, das seguintes datas: impetrante Maria Aparecido José Ribeiro Brígido - outubro de 1998 (fls. 18 v); Edna Tavares da Silva - março de 1998 (fl. 28 v); Otávia Maria de Sousa Mendes - setembro de 1999 (fl. 30 v) e Regina Conceição Saldanha Lobato - janeiro de 1998 (fl. 41 v).

Contudo, o presente *writ* somente foi ajuizado no dia 3/5/2002 (fl. 2), fora, portanto, do prazo previsto no artigo 18 da Lei nº 1.533/51.

Sobre a contagem do prazo decadencial nas hipóteses em que a impetração desafia ato que suprime vantagem, confira-se a jurisprudência desta Corte:

A - “PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. VERBA DE PRODUTIVIDADE. SUPRESSÃO. ATO DE EFEITOS CONCRETOS. DECADÊNCIA. ART. 18 DA LEI 1.533/51. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

1. A resolução que suprime o pagamento de benefício é ato único de efeito concreto, razão pela qual é de ser aplicado o prazo decadencial de 120 dias, contados de sua publicação. Não há falar, na hipótese, em prestação de trato sucessivo, mas tão-somente em reflexos do ato originário.

2. Recurso especial conhecido e provido.”

(REsp nº 595.260/MT, Relator o Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, DJU de 27/11/2006).

B - “MANDADO DE SEGURANÇA. SUPRESSÃO DE VANTAGEM. PRESCRIÇÃO DE FUNDO DE DIREITO. PRAZO DECADENCIAL QUE SE CONTA DA DATA DA EFETIVA SUPRESSÃO. TEMPESTIVIDADE. DEMONSTRAÇÃO. IMPETRANTE.

I- Não configura ato de trato sucessivo a supressão de vantagem pecuniária da remuneração do servidor.

II- Cabe ao impetrante a demonstração da tempestividade do *mandamus*. Mandado de segurança extinto, em razão da decadência.”

(MS nº 12.005/DF, Relator o Ministro FELIX FISCHER, DJU de 11/10/2006).

C - “ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDORES PÚBLICOS DO EXTINTO IAPI. GRATIFICAÇÃO BIENAL. SUPRESSÃO DA VANTAGEM POR ATO DE EFEITOS CONCRETOS. DECADÊNCIA CONFIGURADA. PRECEDENTES. INCORPORAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. PROCESSO EXTINTO COM JULGAMENTO DO MÉRITO.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

1. O *dies a quo* do prazo decadencial para a impetração do mandado de segurança dá-se na data da efetiva supressão da vantagem, sendo certo que nesse momento se origina a pretensão do autor, segundo o princípio da *actio nata*.

2. A supressão do ‘acrécimo bienal’ originou-se de ato de efeito concreto, razão pela qual é de ser reconhecida a decadência do mandamus impetrado em 05/03/2004, já que ultrapassado o prazo decadencial de 120 dias, previsto no art. 18 da Lei n.º 1.533/51 (MS 9.545/DF, MS 10.021/DF).

3. O ‘acrécimo bienal’ pago aos servidores do extinto IAPI foi extinta pelo Decreto-Lei n.º 1.341/74, a fim de impedir a percepção de vantagens de mesma natureza. Precedentes.

4. Processo extinto, com julgamento do mérito. Prejudicados os embargos de declaração opostos em face da decisão que indeferiu a liminar.”

(MS nº 9.572/DF, Relatora a Ministra LAURITA VAZ, DJU de 2011/2006).

Nesse mesmo sentido decidi a Terceira Seção desta Corte no MS nº 12.009/DF, julgado em 22/11/2006, de que fui relator (acórdão pendente de publicação).

Observe, por fim, que a aplicação da teoria do trato sucessivo deve se restringir às hipóteses em que se repute como ilegal a omissão da autoridade coatora, devendo o ato comissivo ser atacado dentro do prazo de que cuida o artigo 18 da Lei nº 1.533/51, que deve ser interpretado em consonância com a natureza urgente e excepcional da ação mandamental.

A propósito, confira-se julgado do Supremo Tribunal Federal:

“DECADÊNCIA - MANDADO DE SEGURANÇA - PRESTAÇÕES SUCESSIVAS - ATOS COMISSIVOS E OMISSIVOS - DISTINÇÃO.

Incide a decadência quando a impetração, embora a envolver relação jurídica de débito continuado, está dirigida contra ato comissivo, e não simplesmente omissivo, da autoridade coatora.”

(MS nº 23.136/PB, Relator o Ministro MARCO AURÉLIO, DJU de 6/5/2005)

Ante o exposto, pedindo vênias à Ministra Maria Thereza de Assis Moura, dou provimento ao recurso especial.

É como voto.



Recurso Especial nº 331.688-RS

RELATOR: MINISTRO PAULO GALLOTTI
RECORRENTE: ESCOLA AGROTECNICA FEDERAL DE SÃO VICENTE DO SUL
REPR.POR: UNIÃO
RECORRIDO: ROSMARI TERESINHA CONTERATO PATIAS
ADVOGADO: JÚLIO CÉSAR AUSANI E OUTRO

EMENTA

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. CONCURSO. DEFICIENTE FÍSICO. ARTIGO 37, VIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ARTIGO 5º, § 2º, DA LEI Nº 8.112/90. RESERVA DE VAGAS. OBRIGATORIEDADE.

- A inércia do administrador público em não reservar percentual de vagas destinadas a deficiente físico, providência determinada pelo artigo 37, VIII, da Constituição Federal e regulamentado pelo artigo 5º, § 2º, da Lei nº 8.112/90, não pode obstar o cumprimento do mandamento constitucional e afastar o direito assegurado aos candidatos de concurso portadores de deficiência.

- Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Paulo Medina, Fontes de Alencar e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Vicente Leal.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

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

MINISTRO PAULO GALLOTTI, Relator

* In: Revista do Superior Tribunal de Justiça, n. 191, p. 570.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO PAULO GALLOTTI:

Cuida-se de recurso especial, calcado nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, interposto contra acórdão do Tribunal Federal da 4ª Região assim ementado:

“ADMINISTRATIVO. CONCURSO. VAGAS. DEFICIENTE FÍSICO. ART. 37, INC. VII, DA CF/88 E ART. 5º, PARÁG. 2º, DA LEI Nº 8.112/90.

1 - O artigo 37 da CF/88 adquiriu plena validade eficaz através do artigo 5º da Lei nº 8.112/90.

2 - O concurso deveria ter reservado 20% das vagas existentes aos deficientes físicos, a fim de respeitar a Constituição Federal e o Estatuto dos Funcionários Públicos.

3 - O edital do Concurso item 13.6 e subitem 13.6.1 admitiu a validade das normas em discussão, portanto líquido e certo o direito da impetrante à vaga, visto que única candidata portadora de deficiência física aprovada no certame.” (fl. 104)

O recorrente aponta, além de divergência jurisprudencial, violação do artigo 5º, § 2º, da Lei nº 8.112/90, sustentando, em síntese, que o referido dispositivo, por regulamentar apenas parcialmente o contido no artigo 37, VIII, da Constituição Federal, não pode ser aplicado, sob pena de privilegiar indevidamente os portadores de deficiência.

Contra-razões às fls. 130/140.

Admitido o apelo, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PAULO GALLOTTI (RELATOR):

Discute-se nos presentes autos a aplicação do contido no artigo 37, inciso VIII, da Constituição Federal, e no artigo 5º, § 2º, da Lei nº 8.112/90, que dispõem sobre a reserva de vagas, nos concursos públicos, aos portadores de deficiência.

Registre-se, inicialmente, que a recorrente não logrou comprovar o dissídio jurisprudencial nos termos exigidos pelos dispositivos legais e regimentais que cuidam da matéria, notadamente por ter deixado de transcrever os trechos dos acórdãos em confronto e não ter efetuado o necessário cotejo analítico das teses supostamente divergentes, bem como por não haver citado os repositórios oficiais de jurisprudência ou juntado cópia dos julgados paradigmas.

Quanto à alínea “a”, ao contrário do que sustenta a Escola Agrotécnica Federal de São Vicente do Sul, o acórdão recorrido deu correta aplicação ao dispositivo legal tido por violado, colhendo-se do voto condutor, *verbis*:



Ministro Paulo Benjamin Fragoso Gallotti

“Segundo a melhor doutrina, o artigo 37, inciso VIII, da CF/88, é norma de eficácia contida e isto significa que precisa de regulamentação para adquirir eficácia. Mas o artigo 5º, § 2º, da Lei nº 8.112/90, é a regulamentação necessária para que se possa dar plena validade eficaz ao dispositivo constitucional. Pensar diferente seria alijar e desvirtuar os demais preceitos constitucionais referentes ao deficiente físico.

Para fazer a análise de tais dispositivos, não posso deixar de transcrever parte do parecer do Ministério Público Federal, que assim se manifestou:

‘Da análise desses dois artigos, infere-se que enquanto o primeiro cria uma garantia para os portadores de deficiência de forma totalmente genérica, configurando-se nas chamadas normas abertas, segundo J.J. Gomes Canotilho, o segundo cria parâmetros norteadores para aplicação desta garantia com vistas ao atingimento da meta constitucional.

O que interessa ser regulamentado sobre os critérios de admissão do deficiente, e o percentual de cargos e empregos públicos que será destinado para eles, encontra-se claramente aventado na norma infraconstitucional referida, restando à Administração Pública, quando for realizar determinado concurso, verificar, caso a caso, se há compatibilidade entre a deficiência do candidato e as atribuições do cargo, ou determinar previamente no edital todas as exigências que necessitam ser especificadas, desde que, em ambas as hipóteses, não se desobedeça a norma regulamentadora nem a Constituição Federal.’

No presente caso, não se discute a compatibilidade da impetrante para o exercício do cargo em questão; portanto, presume-se que tenha as aptidões necessárias, único empecilho a lhe barrar o acesso ao cargo pretendido.

Para reforçar o exposto, é preciso dizer que o próprio edital do concurso prevê as vagas para deficientes físicos, na forma do artigo 5º, § 2º, da Lei nº 8.112/90 (item 13.6 e subitem 13.6.1 do edital); sendo assim, o próprio órgão admitiu a validade e eficácia de tal norma, não podendo agora se furtar de tal disposição. A sua única omissão foi não referir no edital do aludido concurso que, das 6 (seis) vagas existentes, uma seria destinada aos portadores de deficiência física (20% das vagas) e que, em não havendo estes, seria preenchida pelos demais candidatos.

Sendo a impetrante, segundo se depreende dos autos, a única portadora de deficiência física, é dela a vaga reservada aos portadores de deficiência física, uma vez que foi aprovada no concurso.” (fls. 99/100).

Com efeito, o dispositivo constitucional que determinou a reserva de vagas a portadores de deficiência, artigo 37, inciso VIII, foi regulamentado pela Lei nº 8.112/90 em seu artigo 5º, § 2º, quando se determinou a reserva de até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas em concurso público. Referida providência, como se viu, não foi tomada pela ora recorrente, circunstância que não poderia obstar o cumprimento do mandamento constitucional e afastar o direito assegurado à recorrida.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

No mesmo sentido, destaco os seguintes precedentes desta Corte:

A - “RMS - CONCURSO PÚBLICO - DEFICIENTE FÍSICO - RESERVA DE VAGAS - OBRIGATORIEDADE.

-Deve o administrador reservar percentual das vagas destinadas a concurso público às pessoas portadoras de deficiência física, nos limites estabelecidos em lei, regulando o acesso quanto à compatibilidade das atribuições do cargo e as deficiências de que são portadoras (CF, art. 37, inciso VIII, e Lei nº 8.112, art. 5º, § 2º).

-Recurso provido.”

(ROMS nº 2.480/DF, Relator o Ministro FLAQUER SCARTEZZINI, DJU de 15/9/1997).

B - “CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. VAGA DESTINADA A DEFICIENTE FÍSICO. CONSTITUIÇÃO. ART. 37, INCISO VIII. REGULAMENTAÇÃO. LEI N. 8112/90, ART. 5º, PARAG. 2º.

I - Sendo o artigo 37, VIII, da Constituição Federal, norma de eficácia contida, surgiu o artigo 5º, § 2º, do novel Estatuto dos Servidores Públicos Federais, a toda evidência, para regulamentar o citado dispositivo constitucional, a fim de lhe proporcionar a plenitude eficaz.

II - Verifica-se, com toda a facilidade, que o dispositivo da lei ordinária definiu os contornos do comando constitucional, assegurando o direito aos portadores de deficiência de se inscreverem em concurso público, ditando que os cargos providos tenham atribuições compatíveis com a deficiência de que são portadores e, finalmente, estabelecendo um percentual máximo de vagas a serem a eles reservadas.

III - Dentro desses parâmetros, fica o administrador com plena liberdade para regular o acesso dos deficientes aprovados no concurso para provimento de cargos públicos, não cabendo prevalecer, diante da garantia constitucional, o alijamento do deficiente por não ter logrado classificação, muito menos por recusar o *decisum* afrontado que não tenha a norma constitucional sido regulamentada pelo dispositivo da lei ordinária, tão-só, por considerar não ter ela definido critérios suficientes.

IV - Recurso provido com a concessão da segurança, a fim de que seja oferecida à recorrente vaga, dentro do percentual que for fixado para os deficientes, obedecida, entre os deficientes aprovados, a ordem de classificação, se for o caso.”

(ROMS nº 3.113/DF, Relator o Ministro PEDRO ACIOLI, DJU de 27/3/1995).

Ante o exposto, não conheço do recurso.

É como voto.