

COORD. DE ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA

D.J. 05.03.2004

10/02/2004

EMENTÁRIO Nº 2142-9

SEGUNDA TURMA

AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

nº 395.269-2

- ALAGOAS

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

AGRAVANTE(S) : MIRIEL MIGUEL DOS SANTOS

ADVOGADO(A/S) : ROBERTO DÓRIA JUNIOR E OUTRO(A/S)

AGRAVADO(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

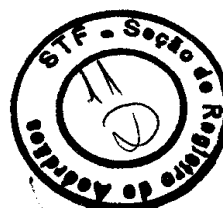
EMENTA: Agravo regimental em recurso extraordinário. Matéria criminal. 2. Possibilidade de fixação da pena acima do mínimo legal. Precedentes. 3. Perda automática da função pública, com base no art. 68, II, do Código Penal, com redação anterior à Lei 7.209/84. Precedente. 4. Não retroatividade da lei mais benigna para alcançar pena já cumprida. Precedente. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do relator.

Brasília, 10 de fevereiro de 2004.


MINISTRO GILMAR MENDES - RELATOR



AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 395.269-2**ALAGOAS****RELATOR : MIN. GILMAR MENDES**

AGRAVANTE(S) : MIRIEL MIGUEL DOS SANTOS

ADVOGADO(A/S) : ROBERTO DÓRIA JUNIOR E OUTRO(A/S)

AGRAVADO(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

R E L A T Ó R I O**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - (Relator):**

Ao apreciar o RE 395.269, proferi a seguinte decisão (fls. 1415/1417):

"DECISÃO: Trata-se de recurso extraordinário interposto com fundamento no art. 102, III, 'a', da Constituição Federal, contra acórdão de Tribunal Regional Federal, assim ementado:

'Processual Penal. Revisão Criminal. Fixação de pena base acima do mínimo legal. Possibilidade. Pena acessória. Perda de Função Pública - arts. 67, I e 68, I e II, da parte geral do CP/40. Lei nº 7209/84. Anulação da condenação de pena acessória após sua efetiva execução. Impossibilidade.'

Alega-se violação aos arts. 153, §§ 4º e 16, da CF/69 e 93, IX, da Carta Magna de 1988.

O Subprocurador-Geral da República, Dr. Haroldo Ferraz da Nóbrega, manifestou-se pelo não provimento do recurso, em parecer que restou assentado:

'Sob a égide do Código Penal de 1940, transitou em julgado a condenação de Miriel Miguel dos Santos, com a conseqüente e automática perda da sua função pública (Policial Federal).

A Lei 7.209/84 suavizou para os réus as condições de aplicação da pena acessória de perda do cargo, que passou a ser imponible com o nome de efeito da condenação (art. 92, I da Lei 7.209/84, alterado em abril de 1.996 pela Lei 9.268/96).

No caso, inaplicável a Lei 7.209/84, pois quando entrou em vigor (em 12.1.85), já havia perdido o réu a função pública, por



efeito do trânsito em julgado da sua condenação.

Tanto isto é certo, que não fez o réu qualquer postulação, no sentido - cancelamento da pena acessória - ao juiz da execução, na esteira das Súmulas 23 do extinto TRF e 611 do Supremo Tribunal Federal.

Em suma, o Recurso Extraordinário deve ser conhecido apenas pela alegação de negativa de vigência ao artigo 153, § 16 da CF de 1.969, reproduzido em linhas gerais, pelo artigo 5º, inciso XL da CF de 1.988, mas improvido, pois o acórdão recorrido bem decidiu a lide.'

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 100.530, 1ª T., Rel. Néri da Silveira, DJ 13.12.85, decidiu:

'EMENTA: Revisão Criminal. Peculato-desvio. Escrivão dos Feitos da Fazenda. Condenação a dois anos e sete meses de reclusão. Perda da função pública. Revisão criminal indeferida. Código de Processo Penal. Art. 621, I. A alegação de o sujeito passivo não haver sofrido qualquer dano ou prejuízo, nem o réu auferido qualquer vantagem, não pode merecer maior relevo, para afastar a incidência da norma penal (Código Penal, art. 312), pois o fato da restituição do numerário desviado, tal como o reconheceu o acórdão, na linha da decisão revisanda, não é bastante a descaracterizar o tipo criminal do peculato doloso. Inviabilidade de reexame de fatos e provas, em recurso extraordinário, consoante a Súmula 279. Negativa de vigência do art. 312, do Código Penal, que não é de acolher-se. A exclusão da pena acessória de perda da função pública, pleiteada na revisão, também, não pode prosperar. Código Penal, art. 68, incisos I e II: não acorre negativa de sua vigência. Réu punido com pena superior a dois anos de reclusão. Pena executada, há muitos anos. Inaplicabilidade à espécie da Lei nº 7209/1984, art. 92, I. Recurso extraordinário não conhecido.'

RE 395.269-AgR / AL

No julgamento do AgRAI 325.904, 1ª T., Rel. Ellen Gracie, DJ 14.12.01, esta Corte firmou o seguinte entendimento:

'EMENTA: Anulação em parte de decreto condenatório. Dosimetria da pena alterada. Efeitos quanto ao trânsito em julgado. Fixação dos limites objetivos da coisa julgada: análise de questão de índole infraconstitucional, incabível em sede de recurso extraordinário. Agravo regimental a que se nega provimento.'

E, ainda, ao apreciar do Habeas Corpus 82.306, 2ª T., por mim relatado, DJ 29.11.02, decidiu o STF:

'EMENTA: HABEAS CORPUS. FIXAÇÃO DE PENA-BASE. ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. - Desde que atendidos os requisitos do art. 59 do Código Penal, pode o magistrado fixar a pena-base acima do mínimo legal. - Habeas Corpus indeferido.'

Assim, nego seguimento ao recurso extraordinário (art. 557, caput, do CPC)."

O agravante, Miriel Miguel dos Santos, interpôs, por fax, o agravo regimental de fls. 1422/1432, e apresentou o original dentro do prazo estipulado pela Lei 9.800, de 26 de maio de 1999, no qual sustenta (fls. 1433/1441):

"A decisão ora agravada houve por bem em acompanhar a fundamentação contida na decisão do Tribunal Federal de origem, rechaçando a pretensão disposta na preambular sob a fundamentação de falta de interesse na propositura da Ação Revisional após o cumprimento da pena.

Todavia, conforme asseverado na exordial e em sede de recurso, o cumprimento da pena não é motivo que enseje o indeferimento do pedido, tendo em vista que a regra do art. 622 CPP é expressa no **garantir a revisão em qualquer tempo, antes da extinção da pena ou APÓS**. (grifo nosso)

(...)

Inegavelmente, a inobservância ao critério legal da dosimetria da pena, acarretou a consideração pela decisão revisanda da incidência dobrada **da mesma circunstância** agravante genérica para efeito de exasperação da pena, o que acarretou a transgressão direta a texto de lei material e por via oblíqua a

RE 395.269-Agr / AL

própria Constituição Federal, tendo em vista que o prolator da decisão de primeiro grau, na fundamentação do decreto condenatório, empregou, à risca, o procedimento **bifásico**, à época adotado para imposição da pena. Considerando, antecipadamente, **a circunstância agravante** por ele reconhecida, para o fim de arbitrar a pena base.

A consequência foi a elevação, exacerbada da pena, acima do mínimo legal, **multiplicando-a por três**, excedendo os limites da discricionariedade que lhe são conferidos por lei. Incorrendo em **manifesto equívoco**. Isto porque, sendo de **um ano o mínimo legal** cominado ao tipo penal violado, mesmo aplicando as regras dos artigos 43 e 50 do Código Penal de 1940, apenas pela arte de argumentar, a pena base seria de **dois anos**, tornada definitiva à míngua de causas de aumento ou diminuição, tanto as da parte geral como de especial, conforme expressamente reconhecida na sentença.

(...)

A Ação Penal objeto de revisão retrata infrigência ao delito tipificado no art. 334 do Código Penal, inserido no Capítulo - **DOS CRIMES PRATICADOS POR PARTICULAR CONTRA ADMINISTRAÇÃO EM GERAL**, e não **DOS CRIMES PRATICADOS POR FUNCIONÁRIO PÚBLICO CONTRA A ADMINISTRAÇÃO EM GERAL**. (grifo nosso)

Assim, não haveria como se impor a pena acessória de perda da função pública por crime praticado com abuso de poder ou violação de dever inerente à função pública, uma vez que o Agravante, ao cometer o delito que lhe foi imputado, **NÃO SE INVESTIA DA QUALIDADE DE FUNCIONÁRIO PÚBLICO, IMPRESCINDÍVEL À CARACTERIZAÇÃO DO PRECEITO SANCCIONATÓRIO CONTIDO NO INCISO I DO ARTIGO 84 DO CÓDIGO PENAL REVOGADO.**

O mesmo ocorreu, diga-se de passagem, com a incidência do inciso II do Diploma retro mencionado, tendo em vista que a pena base foi elevada três vezes além do mínimo legal, atingindo e ultrapassando o **quantum** exigido pela incidência desse dispositivo, qual seja, dois anos.

(...)

A decisão ora guerreada caminhou na mesma esteira da decisão revisanda, uma vez que lhe faltou a necessária e indispensável motivação para afastar o

direito do Agravante à revisão, no que tange a incidência desse dispositivo legal.

Muito embora seja a Revisão Criminal, uma ação penal constitutiva de natureza complementar, era o remédio processual cabível à correção das ilegalidades apontadas, mesmo após o cumprimento da pena.

O parágrafo único do artigo 2º do CP autoriza, sem restrições, a retroação da *lex mitior*. E ao atribuir maior amplitude aos efeitos da lei penal mais favorável, o legislador de 1984 nada mais fez do que acompanhar a releitura do texto de 1940, que a jurisprudência e a própria doutrina, pacificamente, já realizavam a luz da Constituição Federal.

O § 16 do artigo 153 da CF/69, consagrando o princípio da legalidade, em nível constitucional, determinava a observância da lei anterior, em relação ao crime e à pena, '**salvo quando agravar a situação do réu**'. Se a norma constitucional não estatuiu nenhuma condição para retroação da *lex mitior*, é óbvio que o legislador ordinário não poderia fazê-lo. O novo texto do parágrafo único do artigo 2º do CP, como norma de hierarquia inferior, acomodou-se, afinal, à regra constitucional.

Logo, o legislador constituinte estabeleceu o princípio da retroatividade da lei penal mais beneficiadora, garantindo, a todo cidadão o direito público subjetivo de receber, por parte do Estado-juiz, um tratamento privilegiado sempre que alguma norma penal posterior ao fato por ele praticado viesse, se algum modo, a beneficiá-lo.

(...)

No mesmo passo caminhou quando não apreciou no voto matéria deduzida quanto ao julgamento ultra petita quanto à perda da função pública, tendo em vista que não pleiteada expressamente na denúncia, não conferindo ao Embargante amplo direito de defesa, ferindo o princípio do devido processo legal."

É o relatório.



V O T O

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - (Relator):

O agravante alega, entre outras razões, ter sido a pena fixada acima do mínimo legal, mesmo à míngua de causas de aumento ou de diminuição da pena. Razão não lhe assiste, posto que a pena fixada foi devidamente fundamentada, conforme se aduz do acórdão de fls. 1255/1264, ao dispor que:

"O ilustre julgador singular assim individualizou a pena ao autor, no trecho da sentença a seguir transcrita:

'Réu tecnicamente primário, embora possuidor de maus antecedentes, vez que responde a ação penal no Estado do Pará e está indiciado no Rio de Janeiro, pelos crimes de prevaricação e descaminho, respectivamente, (fls. 91, 124/125; 307, 309/310) constando de sua Folha funcional, ainda, duas punições por fatos graves (fls. 255); por estes motivos, demonstra ser portador de uma personalidade anti-social, com tendência para o crime; agiu com elevado grau de dolo, inclusive induzindo outra pessoa à prática de ilícito; que, por ser um Agente da Polícia Federal, competia-lhe reprimir; pelas razões expostas tantos os motivos quanto as circunstâncias e as conseqüências do crime recomendam a exaerbação da pena; finalmente militam ainda as agravantes da letra 'h', segunda parte, do inciso II, do art. 44, e inciso I, segunda parte, do art. 45, todos do Código Penal.

Isto posto e já consideradas as agravantes retro-referidas, fixo a pena base em (03) três anos de reclusão que ficam assim concretizadas, à falta de causas especiais de aumento ou diminuição a considerar.

Condeno ainda, o sentenciado, em referência à pena acessória de perda da



RE 395.269-Agr / AL

função pública (art. 68, incisos I e II, do CP).

Não vislumbro desconformidade entre a decisão do magistrado de primeiro grau, confirmada em grau de recurso pelo extinto TFR e a lei penal vigente à época, senão vejamos:

A fixação da pena no sistema adotado pelo código penal de 1940, atendia dois momentos. No primeiro, o juiz considerava as circunstâncias previstas no art. 42 e as agravantes e atenuantes judiciais, arts. 44 e 45, determinando a pena base do acusado. Num segundo momento, aplicavam-se as causas de aumento ou diminuição especiais, até torná-la definitiva. O douto magistrado sentenciou harmonicamente, concatenando os fatos à lei vigente à época. De regra, a pena base é aplicada no seu mínimo legal, sendo, entretanto, facultado ao magistrado contrariar esta regra."

Esse entendimento não discrepa da jurisprudência firmada por esta Corte, conforme julgamento do HC 83.062, 2ª T., Rel. Carlos Velloso, DJ 12.09.03, e do RHC 56.352, 2ª T.; Rel. Moreira Alves, DJ 1º.09.78, assim ementado:

"Habeas Corpus. Não concessão do benefício previsto no art. 594 do C.P.P, uma vez que a sentença, expressamente, não reconheceu os bons antecedentes do réu.

Inexistência de nulidade da sentença no tocante a fixação da pena acima do mínimo legal, porquanto se encontra ela devidamente fundamentada."

Logo, correta a fixação da pena em 03 (três) anos de reclusão, o que ensejaria, à época, a perda automática da função pública, com fulcro no artigo 68, II, do Código Penal vigente.

Também não procede o argumento de que não poderia aplicar a perda da função pública, por não ter sido esta requerida quando do oferecimento da denúncia. Acontece que o agravante foi condenado à pena de reclusão superior a dois anos, logo, a perda da função resulta *ope legis* da imposição da pena, conforme consignado no voto do Rel. Néri da Silveira, no julgamento do RE 111.295, 1ª T., DJ 18.11.88, ao dispor que "realmente a perda da função pública, aplicada em face da quantidade da pena imposta (Código Penal, art. 68, II), era de incidência automática, independentemente de motivação e individualização."

RE 395.269-AgrR / AL

No que concerne à retroatividade da lei mais benigna, o agravante também não logrou êxito em afastar os argumentos da decisão agravada, posto que esta retroatividade não se opera para alcançar a pena já cumprida, conforme o Rel. Néri da Silveira, no julgamento do RE 100.530, 1ª T., DJ 13.12.85, consignou em seu voto:

"Penso, data venia, que a lei nova (Lei nº 7.209/1984) não pode ser aplicada à presente espécie. Não há falar, aqui, em execução de pena. A pena imposta ao recorrente foi executada, já faz muito tempo. Não se encontra o feito em fase de execução de sentença. Não cabe inovar a lei mais benigna, a fim de reduzir a pena imposta, em face de novos limites estabelecidos ou de nova classificação - Se coubesse admitir tal, então estaria aberto, a todos aqueles, no País, que, na vigência do Código de 1940, revogado na Parte Geral, foram punidos, por peculato, (com imposição de pena acessória de perda de cargo, transitada a decisão em julgado e já executada), viessem pedir a aplicação da Lei nº 7.209/1984. Não se trata, aqui, de pleitear qualquer providência, no juízo de execução de pena, porque esse já exauriu sua competência, desde o momento em que as penas se cumpriram. Data vênia, a lei mais benigna pode ser invocada, como se tem entendido, perante o juízo das execuções, não depois de já finda a execução da pena.

De outra parte, não estabelece a lei nova qualquer anistia, quanto aos punidos, em casos anteriores, em que já se deu a execução integral das penas impostas. Se se entendesse, diferentemente, todos os que perderam o cargo público por pena acessória, desde que não tenham sido condenados a mais de quatro anos de reclusão, estariam intitulados a pedir revisão criminal, qualquer que fosse o tempo passado, em ordem a ver cancelada essa sanção acessória. Todos os casos de peculato poderiam ser submetidos a revisão, com vistas ao cancelamento da pena acessória, já executada, juntamente com a pena principal."

Nesse aspecto, é esclarecedora a lição de Damásio de Jesus, *verbis*:

"A alteração do regime legal da perda de função pública jamais teve em mira extinguir eventuais penas

RE 395.269-AgrR / AL

*impostas na legislação anterior. Tanto é que de acordo com a lei nova, reabilitado o funcionário público que perdeu sua função, fica vedada a sua 'reintegração na situação anterior' (artigo 93, parágrafo único). Ele não pode ser reintegrado no cargo que exercia." (Jesus, Damásio de. "Perda de função pública". *Justitia*, a. 48, v. 135, jul./set., 1986, p. 83).*

Nesses termos, nego provimento ao agravo regimental.



SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 395.269-2

PROCED.: ALAGOAS

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

AGTE.(S): MIRIEL MIGUEL DOS SANTOS

ADV.(A/S): ROBERTO DÓRIA JUNIOR E OUTRO(A/S)

AGDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Decisão: A Turma, por votação unânime, **negou** provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator. 2ª Turma, 10.02.2004.

Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão os Senhores Ministros Carlos Velloso, Nelson Jobim, Ellen Gracie e Gilmar Mendes.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Haroldo Ferraz da Nóbrega.

Antonio Neto Brasil
Coordenador

