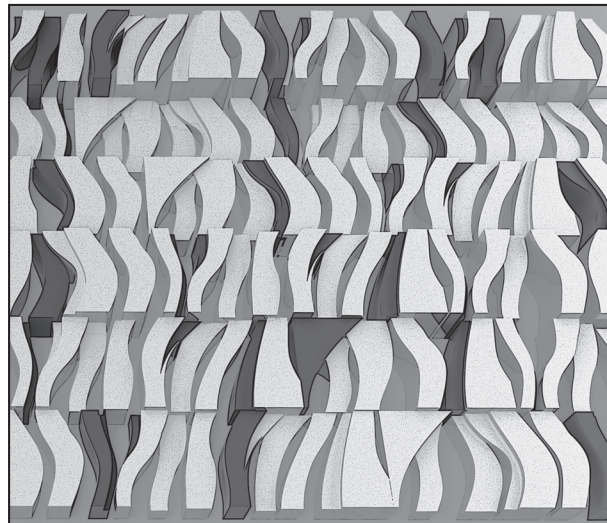


REVISTA

SUPERIOR
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA



PUBLICAÇÃO OFICIAL

REVISTA

ANO 22, NÚMERO 217, TOMO 2
JANEIRO/FEVEREIRO/MARÇO 2010

SUPERIOR
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Gabinete do Ministro Diretor da Revista

Diretor

Ministro Felix Fischer

Chefe de Gabinete

Marcos Perdigão Bernardes

Assessora

Priscila Tentardini Meotti

Assistentes

Andrea Dias de Castro Costa

Gerson Prado da Silva

Maria Angélica Neves Sant'Ana

Max Günther Feitosa Albuquerque Alvim

Técnico em Secretariado

Fagno Monteiro Amorim

Mensageiro

Cristiano Augusto Rodrigues Santos

Estagiários

Samuel da Mota Cardoso Oliveira

Superior Tribunal de Justiça

www.stj.jus.br, revista@stj.jus.br

Gabinete do Ministro Diretor da Revista

Setor de Administração Federal Sul, Quadra 6, Lote 1,

Bloco C, 2º Andar, Sala C-240, Brasília-DF, 70095-900

Telefone (61) 3319-8003, Fax (61) 3319-8992

Revista do Superior Tribunal de Justiça – Ano 1, n. 1 (set. 1989)-
– Brasília, Superior Tribunal de Justiça, 1989- .

Trimestral.

ISSN 0103-4286

1. Direito, periódico, Brasil. 2. Jurisprudência, periódico, Brasil. I.
Brasil. Superior Tribunal de Justiça.

CDU 340.142(81)(05)

REVISTA

MINISTRO FELIX FISCHER

Diretor

SUPERIOR
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Plenário

Ministro **Cesar Asfor Rocha** (*Presidente*)

Ministro **Ari Pargendler** (*Vice-Presidente*)

Ministro **Nilson Vital Naves**

Ministro **Fernando Gonçalves** (*Diretor-Geral da Enfam*)

Ministro **Felix Fischer** (*Diretor da Revista*)

Ministro **Aldir Guimarães Passarinho Junior**

Ministro **Gilson Langaro Dipp** (*Corregedor-Nacional de Justiça*)

Ministro **Hamilton Carvalhido**

Ministra **Eliana Calmon Alves**

Ministro **Francisco Cândido de Melo Falcão Neto** (*Corregedor-Geral da Justiça Federal*)

Ministra Fátima **Nancy Andrichi**

Ministra **Laurita Hilário Vaz**

Ministro **Paulo Geraldo de Oliveira Medina**

Ministro **Luiz Fux**

Ministro **João Otávio de Noronha**

Ministro **Teori Albino Zavascki**

Ministro José de **Castro Meira**

Ministra **Denise Martins Arruda**

Ministro **Arnaldo Esteves Lima**

Ministro **Massami Uyeda**

Ministro **Humberto Eustáquio Soares Martins**

Ministra **Maria Thereza Rocha de Assis Moura**

Ministro Antônio **Herman de Vasconcellos e Benjamin**

Ministro **Napoleão Nunes Maia Filho**

Ministro **Sidnei Agostinho Beneti**

Ministro **Jorge Mussi**

Ministro Geraldo **Og Nicéas Marques Fernandes**

Ministro **Luis Felipe Salomão**

Ministro **Mauro Luiz Campbell Marques**

Ministro **Benedito Gonçalves**

Resolução n. 19/1995-STJ, art. 3º.

RISTJ, arts. 21, III e VI; 22, § 1º, e 23.

CORTE ESPECIAL (Sessões às 1ª e 3ª quartas-feiras do mês)

Ministro **Cesar Asfor Rocha** (*Presidente*)
Ministro **Ari Pargendler** (*Vice-Presidente*)
Ministro **Nilson Naves**
Ministro **Fernando Gonçalves**
Ministro **Felix Fischer**
Ministro **Aldir Passarinho Junior**
Ministro **Gilson Dipp**
Ministro **Hamilton Carvalho**
Ministra **Eliana Calmon**
Ministro **Francisco Falcão**
Ministra **Nancy Andrighi**
Ministra **Laurita Vaz**
Ministro **Luiz Fux**
Ministro **João Otávio de Noronha**
Ministro **Teori Albino Zavascki**

PRIMEIRA SEÇÃO (Sessões às 2ª e 4ª quartas-feiras do mês)

Ministro **Teori Albino Zavascki** (*Presidente*)

PRIMEIRA TURMA (Sessões às terças-feiras e 1ª e 3ª quintas-feiras do mês)

Ministro **Benedito Gonçalves** (*Presidente*)
Ministro **Hamilton Carvalho**
Ministro **Luiz Fux**
Ministro **Teori Albino Zavascki**
Ministra **Denise Arruda**

SEGUNDA TURMA (Sessões às terças-feiras e 1ª e 3ª quintas-feiras do mês)

Ministro **Humberto Martins** (*Presidente*)

Ministra **Eliana Calmon**

Ministro **Castro Meira**

Ministro **Herman Benjamin**

Ministro **Mauro Campbell Marques**

SEGUNDA SEÇÃO (Sessões às 2ª e 4ª quartas-feiras do mês)

Ministro **Massami Uyeda** (*Presidente*)

TERCEIRA TURMA (Sessões às terças-feiras e 1ª e 3ª quintas-feiras do mês)

Ministro **Massami Uyeda** (*Presidente*)

Ministra **Nancy Andrighi**

Ministro **Sidnei Beneti**

Ministro **Vasco Della Giustina***

Ministro **Paulo Furtado****

QUARTA TURMA (Sessões às terças-feiras e 1ª e 3ª quintas-feiras do mês)

Ministro **Fernando Gonçalves** (*Presidente*)

Ministro **Aldir Passarinho Junior**

Ministro **João Otávio de Noronha**

Ministro **Luis Felipe Salomão**

Ministro **Honildo de Mello Castro *****

* Desembargador convocado (TJ-RS)

** Desembargador convocado (TJ-BA)

*** Desembargador convocado (TJ-AP)

TERCEIRA SEÇÃO (Sessões às 2ª e 4ª quartas-feiras do mês)

Ministra **Laurita Vaz** (*Presidenta*)

QUINTA TURMA (Sessões às terças-feiras e 1ª e 3ª quintas-feiras do mês)

Ministro **Napoleão Maia Filho** (*Presidente*)

Ministro **Felix Fischer**

Ministra **Laurita Vaz**

Ministro **Arnaldo Esteves Lima**

Ministro **Jorge Mussi**

SEXTA TURMA (Sessões às terças-feiras e 1ª e 3ª quintas-feiras do mês)

Ministro **Nilson Naves** (*Presidente*)

Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**

Ministro **Og Fernandes**

Ministro **Celso Luiz Limongi***

Ministro **Haroldo Rodrigues****

* Desembargador convocado (TJ-SP) substituindo o Ministro Paulo Medina

** Desembargador convocado (TJ-CE)

COMISSÕES PERMANENTES

COMISSÃO DE COORDENAÇÃO

Ministro **Francisco Falcão** (*Presidente*)

Ministro **Castro Meira**

Ministro **Massami Uyeda**

Ministro **Napoleão Maia Filho** (*Suplente*)

COMISSÃO DE DOCUMENTAÇÃO

Ministra **Laurita Vaz** (*Presidenta*)

Ministro **João Otávio de Noronha**

Ministro **Teori Albino Zavascki**

Ministro **Sidnei Beneti** (*Suplente*)

COMISSÃO DE REGIMENTO INTERNO

Ministro **Hamilton Carvalhido** (*Presidente*)

Ministra **Nancy Andrighi**

Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**

Ministro **Humberto Martins** (*Suplente*)

COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Ministro **Fernando Gonçalves** (*Presidente*)

Ministro **Felix Fischer**

Ministro **Aldir Passarinho Junior**

Ministra **Eliana Calmon**

Ministro **Luiz Fux**

Ministro **Arnaldo Esteves Lima**

MEMBROS DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

Ministro **Felix Fischer** (*Corregedor-Geral*)

Ministro **Fernando Gonçalves** (*Efetivo*)

Ministro **Aldir Passarinho Junior** (*1º Substituto*)

Ministra **Eliana Calmon** (*2º Substituto*)

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (Sessão à 1ª sexta-feira do mês)

Ministro **Cesar Asfor Rocha** (*Presidente*)

Ministro **Ari Pargendler** (*Vice-Presidente*)

Membros Efetivos

Ministra **Eliana Calmon**

Ministro **Francisco Falcão**

Ministra **Lauria Vaz**

Juiz Jirair Aram Meguerian (*TRF 1ª Região*)

Juiz Paulo César M. Espírito Santo (*TRF 2ª Região*)

Juíza Marli Marques Ferreira (*TRF 3ª Região*)

Juiz Wilson Darós (*TRF 4ª Região*)

Juiz Luiz Alberto Gurgel de Faria (*TRF 5ª Região*)

Membros Suplentes

Ministro **Luiz Fux**

Ministro **João Otávio de Noronha**

Ministro **Teori Albino Zavascki**

Juiz Antônio Souza Prudente (*TRF 1ª Região*)

Juíza Vera Lúcia Lima (*TRF 2ª Região*)

Juíza Suzana de Camargo Gomes (*TRF 3ª Região*)

Juiz Élcio Pinheiro de Castro (*TRF 4ª Região*)

Juiz Marcelo Navarro Ribeiro Dantas (*TRF 5ª Região*)



SUMÁRIO

TOMO 1

JURISPRUDÊNCIA

Corte Especial	15
Primeira Seção.....	399

TOMO 2

JURISPRUDÊNCIA

Primeira Turma	635
Segunda Turma	643
Segunda Seção.....	771
Terceira Turma	801
Quarta Turma.....	877
Terceira Seção.....	961
Quinta Turma.....	971
Sexta Turma.....	1.067

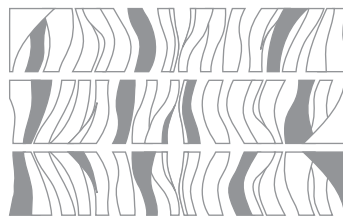
SÚMULAS	1.189
----------------------	-------

ÍNDICE ANALÍTICO	1.199
-------------------------------	-------

ÍNDICE SISTEMÁTICO	1.241
---------------------------------	-------

SIGLAS E ABREVIATURAS	1.247
------------------------------------	-------

REPOSITÓRIOS AUTORIZADOS E CREDENCIADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	1.253
--	-------



Jurisprudência da **Primeira Turma**

RECURSO ESPECIAL N. 981.593-PR (2007/0201798-6)

Relatora: Ministra Denise Arruda
Recorrente: Fazenda Nacional
Procuradores: Rodrigo Pereira da Silva Frank e outro(s)
Claudio Xavier Seefelder Filho
Recorrido: Cláudio Ferreira Machado
Advogado: Andréa Fournier Machado Licheski

EMENTA

Tributário. Recurso especial. Imposto de Renda. Militar da reserva remunerada que foi posteriormente reformado em virtude de moléstia incapacitante para o serviço militar. Data de início da isenção que deve retroagir ao momento em que se configurou a incapacidade. Desprovemento do recurso especial.

1. A controvérsia consiste em saber a partir de que momento faz jus à isenção do Imposto de Renda o militar que, após a sua transferência para a reserva remunerada, passa a ser portador de doença que o incapacita definitivamente para o serviço militar.

2. A reserva remunerada equivale à condição de inatividade, situação contemplada no art. 6º, XIV, da Lei n. 7.713/1988, de maneira que são considerados isentos os proventos percebidos pelo militar nesta condição, a contar da data em que a doença foi contraída, quando identificada no laudo pericial.

3. Recurso especial desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Luiz Fux e Teori Albino Zavascki votaram com a Sra. Ministra Relatora. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 23 de junho de 2009 (data do julgamento).

Ministra Denise Arruda, Relatora

DJe 05.08.2009

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Denise Arruda: Trata-se de recurso especial interposto pela *Fazenda Nacional* com fundamento no art. 105, III, **a**, da Constituição da República, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região cuja ementa é a seguinte:

Mandado de segurança. Isenção. Imposto de Renda. Militar da reserva remunerada que foi posteriormente reformado em virtude de moléstia incapacitante para o serviço militar. Data de início isenção que deve retroagir ao momento em que se configurou a incapacidade.

1 - O art. 6º, XIV, da Lei n. 7.713/1988 isenta do imposto de renda os proventos da aposentadoria ou reforma dos portadores de doenças graves incapacitantes, ali relacionadas.

2 - A inativação dos servidores militares pode ocorrer pela passagem à reserva remunerada (arts. 96 a 103 da Lei n. 6.880/1980) ou pela reforma (arts. 104 a 114, *idem*). A inativação por motivo de saúde se dá através da reforma (art. 108, *ibidem*), razão pela qual a norma isentiva só faz referência a proventos da reforma, e não a proventos da reserva remunerada.

3 - Estando o militar na reserva remunerada e verificando-se, por junta médica, que ele padece de uma daquelas moléstias incapacitantes, a isenção deve ser aplicada desde o momento em que se manifestou essa moléstia, segundo o laudo pericial, porque desde aquele momento deveria ele ter sido reformado. A interpretação da norma isentiva, por ser finalística, deve considerar a realidade material (situação fática em que se impunha a reforma *ex officio*) e não a realidade formal (ato administrativo de reforma do militar). (fl. 101)

Nas suas razões recursais, a recorrente alega violação dos arts. 6º, XIV, da Lei n. 7.713/1988, e 39, XXXIII, do Decreto n. 3.000/1999, defendendo que “(...) o impetrante, entre 30.06.1994 (conforme ele mesmo informa) e 03.04.2003, estava na condição de reserva remunerada, para a qual não há previsão legal de reconhecimento da pretendida isenção. (...)” (fl. 109).

Apresentadas as contrarrazões, o recurso especial foi admitido pelo Tribunal *a quo*.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Denise Arruda (Relatora): A irresignação não merece acolhida.

A controvérsia consiste em saber a partir de que momento faz jus à isenção do Imposto de Renda o militar que, após a sua transferência para a reserva remunerada, passa a ser portador de doença que o incapacita definitivamente para o serviço militar.

Sobre o assunto, estabelece a Lei n. 7.713/1988, que altera a legislação do Imposto de Renda e dá outras providências:

Art. 6º Ficam isentos do imposto de renda os seguinte rendimentos percebidos por pessoas físicas:

(...)

XIV – os *proventos* de aposentadoria ou reforma motivada por acidente em serviço e os *percebidos pelos portadores de* moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de *Parkinson*, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, hepatopatia grave, estados avançados da doença de *Paget* (osteíte deformante), contaminação por radiação, *síndrome da imunodeficiência adquirida*, com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída depois da aposentadoria ou reforma; (*Redação dada pela Lei n. 11.052, de 2004*) (grifou-se)

Do mesmo modo, determina o Decreto n. 3.000/1999, que regulamenta a tributação, fiscalização, arrecadação e administração do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza:

Art. 39. Não entrarão no cômputo do rendimento bruto:

(...)

Proventos de Aposentadoria por Doença Grave

XXXIII - os *proventos* de aposentadoria ou reforma, desde que motivadas por acidente em serviço e os *percebidos pelos portadores de* moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de *Parkinson*, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, estados avançados de doença de *Paget* (osteíte deformante), contaminação por radiação, *síndrome de imunodeficiência adquirida*, e fibrose cística (mucoviscidose), com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída depois da aposentadoria ou reforma (Lei n. 7.713, de 1988, art. 6º, inciso XIV, Lei n. 8.541, de 1992, art. 47, e Lei n. 9.250, de 1995, art. 30, § 2º); (grifou-se)

Em conformidade com as normas jurídicas acima, conclui-se que a reserva remunerada equivale à condição de inatividade, situação contemplada no art. 6º, XIV, da Lei n. 7.713/1988, de maneira que são considerados isentos os proventos percebidos pelo militar nesta condição, a partir da data em que a doença foi contraída, quando identificada no laudo pericial.

Ao julgar a causa, o Tribunal de origem adotou a seguinte motivação:

Comprovado, por junta médica, que o apelante padecia de moléstia incapacitante desde 10 de agosto de 1998, foi ele reformado em 03 de abril de 2003, mas a autoridade militar concedeu efeitos retroativos à reforma, fazendo-a alcançar os proventos percebidos a partir do momento em que se manifestara a moléstia incapacitante. E agiu bem, porque naquele momento já se encontravam presentes os requisitos para a reforma e os proventos, desde então percebidos, devem ser considerados como proventos da reforma, e não como proventos da reserva remunerada.

A lei isentiva, quando prevê a aplicação do benefício aos proventos da reforma, e não aos proventos da reserva remunerada, não o faz sem razão lógica. E a razão lógica está em que as doenças que dão origem à isenção são as mesmas que dão origem à reforma, mas não à passagem à reserva remunerada. O legislador não previu, nem poderia prever, a hipótese em que, após a passagem do militar à reserva remunerada, verifica-se que ele deveria ter sido reformado. Ao intérprete cabe, nesse caso, operar a integração da norma legal, de conformidade com seus fins, e foi isso que fez a autoridade militar, embora sem explicitá-lo. Essa interpretação finalística, aliás, é preconizada em precedente da Primeira Turma do egrégio Superior Tribunal de Justiça, que, no julgamento do REsp n. 812.799-SC, com relatoria do Ministro José Delgado, decidiu que “deve ser reconhecido que o termo inicial para ser computada a isenção e, conseqüentemente, a restituição dos valores recolhidos a título de imposto de renda sobre proventos de aposentadoria, deve ser a partir da data em que comprovada a doença, ou seja, do diagnóstico médico, e não da emissão do laudo oficial, o qual certamente é sempre posterior à moléstia e não retrata o objetivo primordial da lei”. Argumentou, ainda, que “a interpretação finalística da norma conduz ao convencimento de que a instituição da isenção de imposto de renda sobre proventos de aposentadoria em decorrência do acometimento de doença grave foi planejada com o intuito de desonerar quem se encontra em condição de desvantagem pelo aumento dos encargos financeiros relativos ao tratamento da enfermidade que, em casos tais (previstos no art. 6º, da Lei n. 7.713/1988) é altamente dispendioso”. (fls. 98-99)

Nesse mesmo sentido é a jurisprudência administrativa do 1º Conselho de Contribuintes e da atual Câmara Superior de Recursos Fiscais:

Isenção. Moléstia grave. Militar. Reserva. Em conformidade com o artigo 6º da Lei n. 7.713 de 1988, os proventos de aposentadoria, reforma ou pensão,

percebidos por portador de moléstia grave, são isentos do imposto de renda. Os proventos recebidos por militar em decorrência de sua transferência para a reserva remunerada, que está contida no conceito de aposentadoria/reforma, são da mesma forma isentos porquanto presente a mesma natureza dos rendimentos, ou seja, decorrentes da inatividade. Recurso especial negado. (Câmara Superior de Recursos Fiscais - CSRF, 4ª Turma, Acórdão CSRF/04-00.237, DOU de 08.08.2007)

Restituição. Moléstia grave. Militar em reserva remunerada. A reserva remunerada equivale a condição de inatividade, situação contemplada no art. 6º, inciso XIV da Lei n. 7.713/1988, de modo que os proventos ou rendimentos recebidos pelo militar nesta condição não estão sujeitos à retenção do imposto de renda na fonte (CSRF/04-00.181). Recurso provido. (1º Conselho de Contribuintes, 6ª Câmara, Acórdão 106-16.004, DOU de 09.03.2007)

Isenção. Moléstia grave. Militar. Reserva. Em conformidade com o artigo 6º, da Lei n. 7.713, de 1988, os proventos de aposentadoria, reforma ou pensão, percebidos por portador de moléstia grave, são isentos do imposto de renda. Os proventos recebidos por militar em decorrência de sua transferência para a reserva remunerada, que está contida no conceito de aposentadoria/reforma, são da mesma forma isentos porquanto presente a mesma natureza dos rendimentos, ou seja, decorrentes da inatividade. (1º Conselho de Contribuintes, 4ª Câmara, Acórdão 104-20.904, DOU de 02.08.2006)

Ora, como se vê, para o deslinde da questão, é necessário que se atente, com cuidado, para as formas de interpretação e aplicação das normas jurídicas.

Assim, preciosas são as lições de Ricardo Lobo Torres, em sua obra **Normas de Interpretação e Integração do Direito Tributário** (4ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2006, p. 196 a 199):

O problema da interpretação literal sempre esteve muito ligado ao das fontes do Direito e aos dos valores jurídicos. O apego à literalidade era forma de prestigiar o legislador em detrimento do juiz (...). A defesa exagerada da interpretação literal implica também a recusa das valorações jurídicas, com a preponderância da forma sobre o conteúdo e da segurança sobre a justiça.

E continua:

Partindo da visão mais ampla do fenômeno jurídico, outra corrente serve-se da interpretação literal para apreender os valores do Direito através da pragmática, da controvérsia, da totalidade do discurso do legislador, da lei e da doutrina, considerando as palavras e os enunciados legais possibilidades abertas para concretização de valores; essa abordagem, quanto ao Direito Tributário, conduz a interpretação literal para a análise contextual e valorativa. Conseqüentemente,

quando o art. 111 do CTN prescreve a interpretação literal, está sendo confuso e ambíguo, eis que, do ponto de vista do início do processo interpretativo, não esclarece como se alcança a adequação entre a letra e o espírito da lei.

No caso dos autos, a própria seara administrativa, ao proceder à exegese das normas envolvidas, proclama a equivalência entre as figuras da *aposentadoria*, *reforma* e *reserva remunerada* para fins de isenção de tributos, uma vez que carregam o *mesmo valor*.

Nesse ponto, é interessante, mais uma vez, relemburar os ensinamentos de Ricardo Lobo Torres:

A interpretação jurídica não está ligada apenas ao texto, mas também ao problema, pois a interpretação do texto depende da apreciação de problemas jurídicos concretos.

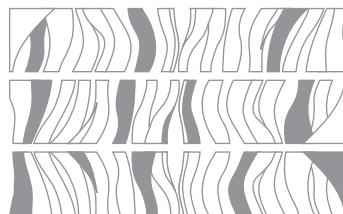
(...)

A interpretação jurídica está inteiramente vinculada aos valores e aos princípios gerais do Direito e, ao mesmo tempo, é um dos caminhos para a concretização desses valores. (Em **Curso de Direito Financeiro e Tributário**; 15ª ed., Citado: Ed. Renovar, 2008, p. 145 e 147)

Ora, ao considerarem que, desde a data requerida, quando já se encontrava na reserva remunerada, o impetrante faz jus à isenção por estar acometido de uma das doenças graves (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida) que dão direito a esse benefício fiscal, as autoridades militares que assim entenderam, e o Tribunal de origem, nada mais fizeram que dar a correta interpretação ao art. 6º, XIV, da Lei n. 7.713/1988, considerando como valor maior o fundamento mesmo de toda a Ciência Jurídica: o ser humano, na dimensão de sua dignidade. E assim o fizeram para que o ora recorrido possa enfrentar as vicissitudes da doença com mais recursos, que, por sua vez, podem trazer não só melhor conforto, como também, quiçá, melhor qualidade de vida, e vida por um tempo mais longo. Essa é a função do Direito.

À vista do exposto, nega-se provimento ao recurso especial.

É o voto.



Jurisprudência da **Segunda Turma**

RECURSO ESPECIAL N. 654.446-AL (2004/0046056-1)

Relator: Ministro Herman Benjamin

Recorrente: Fazenda Nacional

Procuradores: Marcos Alexandre Tavares Marques Mendes e outro(s)

Claudio Xavier Seefelder Filho

Recorrido: Usina Caeté S/A - Filial Volta Redonda

Advogado: Rafael Narita de Barros Nunes e outro(s)

EMENTA

Crédito-prêmio. IPI. Incentivo fiscal de natureza setorial. Art. 41, § 1º, do ADCT. Extinção em 1990. Competência do STJ para aplicar dispositivo constitucional. Fontes do direito. Distinção entre campo de aplicação material e campo de aplicação temporal da norma jurídica. Discussão da modulação temporal dos efeitos de mudança de posição jurisprudencial pacífica do STJ. Jurisprudência anterior consolidada pela subsistência do benefício. Princípios da segurança jurídica, da boa-fé objetiva e da confiança legítima. Sombra de juridicidade. Modulação temporal dos efeitos da decisão pelo STJ.

1. Não se conhece de Recurso Especial quanto à alegada violação às Leis n. 8.383/1991 e 9.430/1996 (relativas à compensação tributária), pois o Tribunal *a quo* deixou de emitir juízo a seu respeito (falta de prequestionamento).

2. Infringe o art. 512 do CPC a manifestação do Tribunal *a quo* relativa à possibilidade de aproveitamento do crédito-prêmio para abatimento de débitos de terceiros, se o tema não foi objeto de pedido pela autora, em sua inicial e, por isso mesmo, não apreciado pela sentença ou suscitado em Apelação.

3. Ressalvada minha posição quanto a seu eventual término em 1983, é de reconhecer que o crédito-prêmio de IPI, como incentivo fiscal de natureza setorial, foi extinto em 1990, nos termos do art. 41, § 1º, do ADCT.

4. Legislação ordinária expressamente revogada por disposição constitucional. Conflito aparente de normas que se situa no

plano da vigência (direito intertemporal), e não no terreno da inconstitucionalidade do regramento infraconstitucional, inserindo-se, assim, no âmbito da competência do Superior Tribunal de Justiça.

5. Ao apreciar a questão, por mim levantada, do *duplo impacto* de súbita alteração de jurisprudência em matéria tributária assentada em legislação vacilante, a Primeira Seção, em 27.06.2007, tinha diante de si ações (EREsp n. 767.527-PR, 738.689-PR, 765.134-SC e 771.184-PR) em que inexistia provimento judicial (seja em liminar, antecipação de tutela, sentença ou acórdão) que determinasse o aproveitamento do crédito-prêmio, o que levou o Colegiado, nos passos do brilhante voto-vista regimental do e. Min. Teori Zavascki, a concluir que a discussão, no essencial, estava prejudicada, já que, mesmo que superada a ausência de divergência, nenhuma das contribuintes *in casu* preenchia os requisitos estabelecidos em meu voto-desempate.

6. Vista sob tal enfoque, a hipótese dos autos é distinta daquelas julgadas na sessão que pacificou o entendimento da Segunda Seção acerca da extinção do benefício em 1990. Aqui, sem que se ponha o óbice regimental da ausência de divergência, já no início da demanda o juiz de origem deferiu a antecipação de tutela, permitindo o aproveitamento do benefício pelo titular do crédito (07.11.2000). Essa decisão foi ratificada por sentença (1º.02.2001) e mantida pelo Tribunal *a quo* (acórdão em 21.05.2002).

7. Na sessão de 27.06.2007, os Ministros Luiz Fux e Eliana Calmon entenderam que, em vez de Embargos de Divergência, o Recurso Especial seria a via adequada para a *discussão da modulação temporal dos efeitos da mudança jurisprudencial*.

8. Daí a pertinência, diante dessas peculiaridades do caso, de agora se enfrentarem, de forma direta, os dois impactos, independentes mas não excludentes entre si, dessa súbita alteração jurisprudencial, isto é: a) a projeção de certa “sombra de juridicidade” a cobrir algumas operações ocorridas após a extinção legal do benefício; e b) a possibilidade de modulação temporal dos efeitos da nova decisão, aspectos esses que não puderam, como tal, ser enfrentados pela Primeira Seção naquele momento.

9. Acompanho o novel entendimento desta Corte, fixado na referida sessão de 27.06.2007, pela extinção do benefício fiscal em

1990, nos termos do art. 41, § 1º, do ADCT, ressalvada minha convicção quanto ao fim do crédito-prêmio já em 1983. Isso não implica dizer, contudo, que não se possa ou não se deva, haja vista estarem presentes os pressupostos fáticos para tanto, apreciar esse duplo impacto, que não nega, mas pressupõe, o término do instituto em 1990, tema que, repito, só em *obiter dictum* pude enfrentar por ocasião do julgamento dos casos paradigmáticos pela Primeira Seção.

10. Destaco que a matéria de fundo que inspira as *duas construções teóricas* aqui defendidas foi suscitada e apreciada nas instâncias de origem. O Tribunal *a quo*, ao tratar da jurisprudência pacífica do STJ (pela subsistência do crédito-prêmio), enfrentou, necessariamente, a aplicabilidade dos *princípios da segurança jurídica, da boa-fé objetiva e da confiança legítima* à espécie.

11. A rigor, sempre que o contribuinte alegar violação de um princípio geral do Direito e o Tribunal de origem apreciar tais argumentos, tem-se por prequestionada a discussão atinente aos remédios jurídicos necessários à efetividade do(s) princípio(s) em questão.

12. A anterior posição deste Superior Tribunal, consolidada em inúmeros julgados, apontava para a subsistência do benefício fiscal até os dias atuais. Não obstante o posterior reconhecimento, pelo STJ, da revogação, em 1990, do texto legal que deu causa ao benefício, permaneceu no ordenamento, no período que vai de 1990 a 2004 (data da alteração do entendimento jurisprudencial até então pacífico), uma “sombra de juridicidade”, espécie de eco e projeção da jurisprudência do passado, capaz de produzir efeitos jurídicos válidos no presente.

13. As fontes do Direito referidas pelo art. 5º da LICC (lei, costume e princípios gerais do Direito) não são categorias estanques e imunes a combinações complexas, em resposta à igual complexidade dos fenômenos sociais e jurídicos modernos. O crédito-prêmio de IPI, benefício gerado inicialmente por expressa manifestação do legislador ordinário, prossegue no tempo e no espaço, como “sombra” incontrolável (mesmo após a revogação da lei que lhe deu o sopro de vida), por conta de patente defeito de clareza dos textos legais em questão e de consolidado posicionamento dos Tribunais Superiores no sentido da expectativa do contribuinte.

14. Essa tese não se afasta da premissa de que só à lei cabe instituir benefícios fiscais. A “sombra de juridicidade” não gera, *ab ovo*, benefícios, nem poderia fazê-lo: apenas estende sua vida útil, com a ajuda do comportamento errático do próprio Estado-legislador e do Estado-juiz.

15. Situação que, *in casu*, se observa pela conjugação de normas de conteúdo vacilante e expressão cambiante, bem como de jurisprudência reiterada em um dado sentido, que depois vem a ser radicalmente alterada. No instante em que cessa essa iteratividade, automaticamente desaparece a “sombra de juridicidade”, pois o que se tinha por certo passa a ser domínio do incerto.

16. A segunda discussão relevante para o deslinde da questão, que tangencia a análise da “sombra de juridicidade” – mas com ela não se confunde, pois é estranha ao universo das fontes do Direito –, é a possibilidade, no âmbito do STJ, de “modulação temporal” dos efeitos da nova decisão, em face dos princípios da segurança jurídica, da boa-fé objetiva e da confiança legítima, que regem não só o *abstractum* dos direitos e obrigações (= Direito material), mas igualmente o processo civil empregado na solução de controvérsias no campo obrigacional.

17. Os valores que inspiraram o legislador federal a editar as Leis n. 9.868 e 9.882, ambas de 1999 (modulação dos efeitos nas ADI), vão além desses estatutos. Se são valores-matriz do universo do ordenamento, necessariamente influem, com ou sem lei que o diga, na aplicação do Direito pelos Tribunais Superiores. Também no STJ, no que concerne às decisões que alterem jurisprudência reiterada, abalando, forte e inesperadamente, expectativas dos jurisdicionados, devem ter sopesados os limites de seus efeitos no tempo, de modo a buscar a integridade do sistema e a valorização da *segurança jurídica*, da *boa-fé objetiva* e da *confiança legítima*.

18. Precedente do e. STF (RE n. 197.917-SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 06.06.2002, DJ 07.05.2004), em que se modularam temporalmente os efeitos da decisão em Recurso Extraordinário, não abarcada expressamente pelas Leis n. 9.868 e 9.882, ambas de 1999. Recente julgado em que a Suprema Corte fixou o termo inicial para o novel entendimento jurisprudencial em Mandado de Segurança relativo à fidelidade partidária (MS n. 26.603-DF, Rel. Min. Celso de Melo, j. 04.10.2007).

19. A “sombra de juridicidade” e a necessidade de prosseguimento da modulação temporal deixam de existir em 09.08.2004, data de publicação do acórdão no REsp n. 591.708-RS, pelo qual a Primeira Turma se afastou da jurisprudência até então consolidada.

20. A expectativa a ser protegida contra a mudança jurisprudencial refere-se exclusivamente às empresas que buscaram provimento judicial e efetivamente aproveitaram o “crédito-prêmio” de sua titularidade originária (excluídas cessões) até 09.08.2004.

21. A Primeira Seção, no entanto, na assentada de 24.10.2007, afastou a tese dos efeitos prospectivos, devolvendo o Recurso à apreciação pela Segunda Turma. Ressalvado meu entendimento quanto à matéria, passo a acompanhar o posicionamento majoritário.

22. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: “A Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente do recurso e, nessa parte, deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.” Os Srs. Ministros Eliana Calmon, Castro Meira e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Dr. Claudio Xavier Seefelder Filho, pela parte recorrente: Fazenda Nacional.

Dr. Luiz Roberto Barroso, pela parte recorrida: Usina Caeté S/A - Filial Volta Redonda.

Brasília (DF), 04 de dezembro de 2007 (data do julgamento).

Ministro Herman Benjamin, Relator

DJe 11.11.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Herman Benjamin: Trata-se de Recurso Especial, interposto com fulcro na alínea a do permissivo constitucional, contra acórdão

exarado pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, proferido em 21.05.2002, assim ementado (fl. 1.213):

Tributário. IPI. Crédito-prêmio de exportações (Decreto-Lei n. 461/1969).

I - Incompetência absoluta do juízo. Cada filial é considerada como ente jurídico autônomo vinculado aos órgãos fazendários sediados no Estado onde ela está localizada. Exegese do preceito constitucional do art. 109, § 2º. Precedente do STJ.

II - Prescrição. Recuperação de IPI pago a título de estorno do crédito. Por sujeitar-se à homologação fiscal, prescreve, em cinco anos contados da data da extinção do crédito. Precedente do STJ.

III - Inocorrência de afronta a ampla defesa. Oportunidade para produção de provas descabida. Matéria unicamente de direito.

IV - Índice de correção monetária. O magistrado não está adsitirto a reconhecer o índice que a parte requer, mas, o que é de direito. Aplicação do IPC como indexador monetário. Precedentes do STJ.

V - Crédito-prêmio. Aplicação do Decreto-Lei n. 491/1969 por menção expressa do Decreto-Lei n. 1.894/1981, que restaurou o Crédito-Prêmio do IPI, sem definição de prazo. Precedentes do STF, STJ e do TRF 5ª região.

VI - Preliminares rejeitadas. Apelo e remessa oficial improvidas.

Relato que *a contribuinte pretende ver reconhecido o direito a crédito-prêmio relativo a exportações ocorridas entre 1999 e 2000* (fl. 25).

A ação foi ajuizada em 2000. Deferiu-se antecipação da tutela pretendida (decisão proferida em 07.11.2000), autorizando-se a compensação e determinando-se a expedição do Documento Comprobatório (fl. 576).

A tutela foi confirmada pela sentença, exarada em 1º.02.2001, pela qual o juiz de origem determinou “que a ré se abstenha de exigir qualquer estorno nos créditos inscritos na contabilidade da impetrante, ressalvada a fiscalização acerca da correção dos valores apropriados, condenando-a a ressarcir, mediante devolução em espécie, devidamente atualizados, os valores dos créditos não objeto de compensação” (fl. 974).

O acórdão, cuja ementa transcrevi acima, manteve a sentença, tendo sido proferida em 21.05.2002 (fl. 1.213).

No presente Recurso Especial, a União alega:

a) violação ao art. 535 do CPC, por omissão quanto “à tese de inexistência de direito ao crédito-prêmio de IPI em virtude dos dispositivos expressos no DL n. 1.658/1969 e no art. 41, § 1º, do ADCT” (fl. 1.248);

b) violação ao art. 512 do CPC, pois o Tribunal *a quo* autorizou a compensação com débitos tributários de terceiros. Sustenta que, “não tendo a sentença monocrática reconhecido tal possibilidade e diante da ausência de apelação por parte da impetrante no que concerne a este aspecto, não há que se discutir a possibilidade de transferência de créditos a terceiros quando do julgamento da apelação da Fazenda” (fl. 1.253);

c) negativa de vigência ao DL n. 491/1969, em face de sua extinção pelos DL n. 1.658/1979 e 1.722/1979 e do não-restabelecimento pelo art. 1º da Lei n. 8.402/1992 (fl. 1.256);

d) violação ao art. 168 do CTN e ao Decreto n. 20.910/1932, pois “foram alcançados pela prescrição eventuais créditos da empresa recorrida anteriores ao quinquênio que antecedeu o ajuizamento do presente feito, motivo pelo qual merece ser reformado o v. acórdão vergastado” (fl. 1.269). Cita também dissídio jurisprudencial a respeito do assunto (fl. 1.272);

e) violação às Leis n. 8.383/1991 e 9.430/1996, pois, “acolhendo a pretensão formulada pela autora, autorizou o v. acórdão a compensação de IPI com qualquer outro tributo administrado pela SRF, malferindo, por conseguinte, o art. 66, § 1º, da Lei n. 8.383/1991, além evidentemente, a própria Lei n. 9.430/1996, que ao permitir compensação entre tributos de diferentes espécies, condicionou, de forma expressa, que o fisco deve autorizar tal compensação, não podendo, portanto, ser efetivada pelo contribuinte” (fl. 1.276). Sustenta existir dissídio jurisprudencial sobre a matéria (fl. 1.278).

Houve também Recurso Extraordinário (fls. 1.284-1.312).

A contribuinte apresentou contra-razões (fls. 1.316-1.337).

O Recurso Especial foi admitido na origem (fl. 1.355).

O Ministério Público Federal opinou pelo provimento parcial do Recurso, para: a) excluir da condenação a compensação de créditos provenientes de terceiros; e b) reconhecer a prescrição no período de cinco anos contados do ajuizamento da ação (fl. 1.371).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Herman Benjamin (Relator): Para maior clareza, analiso separadamente os requisitos de admissibilidade do presente Recurso, antes de enfrentar o mérito da discussão.

I. Admissibilidade

De início, afasto o conhecimento do Recurso Especial no que se refere à alegada violação às Leis n. 8.383/1991 e 9.430/1996 (relativas à compensação tributária).

O Tribunal *a quo* não emitiu juízo a respeito de tais atos normativos, restringindo-se a garantir “a utilização dos créditos de IPI decorrentes do benefício criado pelo DL n. 491/1969 com débitos próprios ou de terceiros” (fl. 1.210).

Destaco ainda que a matéria não foi objeto dos Embargos de Declaração opostos pela Fazenda.

Está claro, no acórdão recorrido, que a “utilização dos créditos decorrentes do benefício criado pelo DL n. 491/1969” não se refere à compensação de indébito tributário, mas sim de um crédito específico (crédito-prêmio do IPI), que há de ser aproveitado na forma da legislação que rege o benefício (art. 1º, § 1º, do Decreto-Lei n. 491/1969), ou seja, com relação a débitos tributários relativos ao IPI.

Quanto aos demais dispositivos legais apontados, verifico o preenchimento dos requisitos de admissibilidade, pelo que passo a apreciar o mérito recursal.

II. Mérito recursal

Como acima relatado, a recorrente alega: a) violação ao art. 535 do CPC, por omissão; b) ao art. 512 do CPC, por julgamento *extra petita*; c) ao DL n. 491/1969, quanto à subsistência do benefício denominado crédito-prêmio; e d) ao art. 168 do CTN e ao Decreto n. 20.910/1932, relativamente ao prazo quinquenal de prescrição.

Passo a analisar cada um dos pontos, em separado.

1. Violação ao art. 535, do CPC

A alegada ofensa ao art. 535 do CPC não se configura, haja vista o Tribunal de origem ter julgado integralmente a lide, solucionando a questão dita controvertida tal como lhe foi apresentada. Não é o órgão julgador obrigado a rebater um a um todos os argumentos trazidos pelas partes, visando à defesa da tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a controvérsia observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução (REsp n. 568.139-BA, 1ª

Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 19.12.2003; REsp n. 516.222-PE, 2ª Turma, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 17.11.2003; REsp n. 230.802-PB, 1ª Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 07.02.2000; REsp n. 107.992-AC, 2ª Turma, Rel. Min. Adhemar Maciel, DJ de 27.10.1997).

Ademais, o Tribunal *a quo* posicionou-se pela subsistência do benefício fiscal denominado crédito-prêmio do IPI, baseado na jurisprudência anteriormente majoritária nesta Corte.

2. Violação ao art. 512, do CPC

Conforme afirmado pela recorrente, e confirmado pelo parecer do Ministério Público Federal, o Tribunal *a quo* extrapolou os limites do pedido recursal, pois a sentença não tratou da possibilidade de aproveitamento do crédito-prêmio para abatimento de débitos de terceiros, questão estranha à apelação da contribuinte.

De fato, houve aparente engano por parte da Corte Regional, tendo em vista que a autora, ora recorrida, não demonstrou interesse na discussão quanto ao aproveitamento dos créditos por terceiros, matéria que não foi objeto de pedido inicial (fl. 22), não tendo sido apreciada na sentença ou suscitada em Apelação.

Não há como o Tribunal de origem ir além do pedido recursal, configurando-se, na hipótese, violação ao art. 512 do CPC.

3. Extinção do benefício fiscal denominado “crédito-prêmio do IPI”

Em seu Recurso, a União alega negativa de vigência ao DL n. 491/1969, em face de sua extinção pelos DL n. 1.658/1979 e 1.722/1979 e do não-restabelecimento pelo artigo 1º da Lei n. 8.402/1992 (fl. 1.256).

A Primeira Seção desta Corte, no julgamento dos EREsp n. 738.689-PR (sessão de 27.06.2007), quando prevaleceu compreensão proposta por judicioso voto da e. Ministra Eliana Calmon, modificou o entendimento anterior do STJ, ao decidir que a extinção do benefício fiscal denominado “crédito-prêmio do IPI” ocorreu em 04.10.1990, nos termos do art. 41, § 1º, do ADCT. Acompanho agora, como já o fiz, essa posição, com os temperamentos de Teoria Geral do Direito e de ordem pragmática que apresento a seguir.

O crédito-prêmio é incentivo fiscal que beneficia o setor exportador, razão pela qual haveria de ser confirmado por lei federal, nos termos do dispositivo constitucional citado, sob pena de extinção após dois anos da promulgação da CF/1988.

Como relatado, a empresa pleiteia créditos relativos ao período de 1999 a 2000 (fl. 25), motivo pelo qual sua pretensão, à luz do entendimento que prevaleceu na Primeira Seção, haveria de ser totalmente afastada.

4. Discussão dos efeitos da mudança jurisprudencial. Peculiaridades do presente caso em relação aos processos julgados pela Primeira Seção

Destaco que o caso ora trazido a julgamento traz peculiaridade em relação aos recursos apreciados pela Primeira Seção na sessão de 27.06.2007, quando fui vencido em dois pontos: a) ocorrência de “sombra de juridicidade” a proteger alguns contribuintes; e b) necessidade, com ou sem reconhecimento da “sombra de juridicidade”, de modulação dos efeitos da mudança jurisprudencial.

Naquela oportunidade, manifestei-me por resguardar dos efeitos da novel jurisprudência os contribuintes que, confiantes no posicionamento pacífico desta Corte, aproveitaram o crédito-prêmio de IPI. A situação apenas se configuraria quando presentes os seguintes requisitos:

a) o crédito-prêmio ter sido efetivamente aproveitado até a data de publicação do acórdão no REsp n. 591.708-RS (09.08.2004), decisão essa, da Primeira Turma, que fixa o momento em que se exaure a “sombra de juridicidade”, garantidora da subsistência do benefício, não cabendo, a partir de então, falar em expectativa, boa-fé objetiva ou legítima confiança dos contribuintes;

b) apenas os contribuintes que demandaram judicialmente seriam beneficiados, pois o apelo ao Poder Judiciário serviria de indicativo do grau de confiança que imputavam à sua postulação; e

c) a proteção não se estenderia ao aproveitamento dos créditos por terceiros.

Na sessão do dia 27.06.2007, o e. Ministro Teori Zavascki, ao enfrentar minha argumentação, apontou, como razão de decidir:

a) “O processo está em fase de embargos de divergência, recurso duplamente extraordinário, que, mais acentuadamente do que o próprio recurso especial, supõe que as teses jurídicas em debate tenham sido minimamente prequestionadas, o que não ocorreu relativamente à ‘modulação’ proposta.”

b) “Ademais, em juízo sobre caso concreto, não se comportam decisões de efeitos generalizantes, com eficácia expansiva para além dos limites objetivos e subjetivos da causa, como seriam os sugeridos na proposta apresentada.”

c) “Mais ainda: é altamente questionável a verdade afirmada como principal premissa da proposta, sobre a ‘pacificação’ da matéria perante os Tribunais. Tive oportunidade de salientar, em meu voto, como essa afirmação não corresponde à realidade. Basta lembrar, por exemplo, que a tese segundo a qual o benefício fora revogado em 1990, por força do art. 41, § 1º do ADCT, sequer havia sido apreciada pelo STJ antes de 2004.”

d) “Ademais, a modulação dos efeitos das decisões do STF, quando autorizadas, é apenas a que diz respeito a normas declaradas inconstitucionais e limita-se aos efeitos de natureza exclusivamente temporal. Aqui, ao contrário, pretende-se modular os efeitos de decisões judiciais, não sobre a inconstitucionalidade de norma, mas sobre a sua revogação, e não apenas em seus aspectos temporais (= eficácia prospectiva às normas revogadas), mas também em seus aspectos subjetivos (= para beneficiar alguns contribuintes, não a todos) e em seus aspectos materiais (= para abranger apenas alguns atos e negócios, e não a todos). Mais marcadamente ainda se manifesta aqui o caráter evidentemente normativo (= legislativo) da proposta de modulação.”

e) “Ainda que se pudesse superar também esses relevantes empecilhos, parece intuitivo e inevitável que tão ousada proposta de modulação não poderia dispensar os requisitos estabelecidos pela lei à mais alta Corte do País. Para poder modular suas decisões, em limites até menos extensos, o legislador submete o STF à reserva de plenário e à votação favorável por quorum especialíssimo de 2/3 dos seus membros.”

f) “Lembro outrossim que, conforme notícia advinda do STF, aquela Corte, na sessão do dia 25 passado, rejeitou, por dez votos a um, proposta para atribuir efeitos *ex nunc* a decisão que, alterando jurisprudência de quase uma década, considerou incabível o creditamento de IPI em certas operações (RE n. 353.657-5, relator Min. Marco Aurélio).”

g) “Todavia, no caso dos autos, há uma particularidade a ser considerada. Mesmo que fosse acolhida a proposta, nos termos como formulada, dela não se aproveitaria a demandante. Aqui, não houve o aproveitamento do crédito-prêmio. A demanda foi proposta justamente para ver reconhecido o direito de crédito para futura compensação com débitos tributários.”

Os argumentos do e. Ministro Teori Zavascki serão enfrentados no decorrer deste meu voto. No entanto, para sistematização, adianto a seguir, de maneira sucinta, minhas respostas para cada um deles.

4.1 Prequestionamento (argumento “a”)

Destaco que o tema foi suscitado e apreciado nas instâncias de origem, pois o Tribunal *a quo*, ao tratar da jurisprudência pacífica desta Corte (pela subsistência do crédito-prêmio), enfrentou, necessária e implicitamente, a aplicabilidade dos princípios da *segurança jurídica*, da *boa-fé objetiva* e da *legítima confiança à espécie*.

Verifico que a Corte Regional expressamente consignou que “os Tribunais Superiores já pacificaram o entendimento de que, com a declaração de inconstitucionalidade do Decreto-Lei n. 1.724/1979, restaram inaplicáveis os Decretos-Leis n. 1.722 e 1.658/1979, pois a eles se reportava. Assim, impõe-se a aplicação do Decreto-Lei n. 491 por menção expressa do Decreto-Lei n. 1.894/1981, que restaurou o crédito-prêmio do IPI, sem definição de prazo.” (fl. 1.210).

De fato, sempre que o contribuinte alega violação a um princípio geral do direito, como é o caso dos autos, e o Tribunal de origem aprecia tais argumentos, tem-se por prequestionada a discussão atinente aos remédios jurídicos necessários para a efetividade do direito.

4.2 Efeitos generalizantes em juízo concreto (argumento “b”)

A preocupação do e. Ministro Teori Zavascki em ampliar os efeitos da decisão no caso concreto, atingindo situações outras (efeito generalizante), não tem razão de ser.

A proposta de modulação dos efeitos é eficaz apenas com relação ao caso ora julgado (*inter partes*).

Evidentemente, esse entendimento, caso seja adotado pelo Tribunal, deverá ser repetido, por questão de coerência, a cada julgamento que trate do crédito-prêmio do IPI, desde que os contribuintes atendam aos requisitos traçados. Mas isso não é nada além do efeito normal de uma nova jurisprudência, que tende a ser seguida nos casos futuros, pelo menos no âmbito do mesmo Tribunal.

Não se trata, portanto, do efeito generalizante a que se refere o e. Ministro Teori Zavascki, pois cada um dos Recursos que chegar a esta Corte haverá de ser decidido individualmente. E os efeitos de cada uma das decisões se aplicarão somente ao recurso apreciado. Não *erga omnes*, mas sim *inter partes* que, caso vencedora a tese ora defendida, deverá se repetir a cada Recurso Especial a ser julgado.

4.3 Quanto à pacificação jurisprudencial anterior (argumento “c”)

O e. Ministro Teori Zavascki argumenta que não havia pacificação da jurisprudência anterior, porquanto “a tese segundo a qual o benefício fora revogado em 1990, por força do art. 41, § 1º do ADCT, sequer havia sido apreciada pelo STJ antes de 2004.”

Há aqui, com a devida vênia, alguma confusão.

Não há divergência entre os demais componentes da Seção, salvo engano, em relação ao fato de que a jurisprudência anterior a 2004 era pacífica quanto à subsistência do crédito-prêmio do IPI até os dias de hoje.

A discussão referente à revogação em 1990 é irrelevante, nesse sentido.

Ora, havendo entendimento pacífico no que respeita à manutenção do benefício até a atualidade, é evidente que não poderia haver pacificação sobre sua extinção em qualquer momento, seja em 1990, 1983, ou qualquer outra data. Tratar-se-ia de uma contradição lógica, pelos próprios termos da afirmação.

Dito de outra forma, é impossível a jurisprudência ser pacífica pela subsistência de um benefício e, ao mesmo tempo, tranqüila quanto à sua extinção em 1990.

4.4 A Modulação aqui proposta seria mais ampla que a do STF (argumento “d”)

O Min. Teori Zavascki aduz que a modulação ora proposta seria mais ampla que a praticada pelo e. STF, que se restringiria ao tempo.

Na verdade, a modulação que se propõe é temporal, diferentemente do que sustenta o e. colega.

Trata-se de resguardar dos efeitos da alteração jurisprudencial aqueles que aproveitaram o benefício antes da decisão paradigmática da Primeira Turma, em 09.08.2004.

Por imperativo da própria sistemática relativa à tributação pelo IPI, somente aqueles que demandaram judicialmente é que poderiam ter aproveitado, regularmente, o benefício antes daquela data, com base em decisões provisórias.

A exclusão do aproveitamento do crédito de terceiros simplesmente não é objeto da jurisprudência anteriormente pacificada e recentemente alterada. Também por imperativo lógico, não se pode pensar em modular os efeitos da alteração jurisprudencial referente a assuntos que não são objeto dessa jurisprudência modificada.

Assim, aquilo que o e. Ministro Teori Zavascki entende como maior amplitude da modulação temporal nada mais é que sua delimitação estrita, tendo como critério básico determinado ponto no tempo (09.08.2004).

Voltarei à discussão dessa matéria ao final de meu voto, ao tratar dos limites da modulação temporal.

4.5 A modulação no âmbito do STF restringe-se ao plenário e observa limite mínimo de 2/3 dos votos (argumento “e”)

Como desenvolverei no decorrer do voto, não se trata de aplicar o disposto nas Leis n. 9.868/1999 e 9.882/1999 por analogia, simplesmente.

O que se propõe adotar são os valores constitucionais que orientaram o legislador federal na confecção dessas normas. É isso que o e. STF faz, ao modular os efeitos da mudança jurisprudencial em casos diversos dos abarcados pelas Leis n. 9.868/1999 e 9.882/1999.

Ademais, a exigência do *quorum* qualificado, nos termos dessas leis, justifica-se por se tratar de controle concentrado de constitucionalidade, em que eventual decisão contrária à validade da norma tem força normativa ampla, geral e abstrata. Nos casos previstos pelas Leis n. 9.868/1999 e 9.882/1999, o e. STF age com o poder, constitucionalmente deferido, de afastar do sistema jurídico norma produzida pelo Legislativo, com efeitos *erga omnes*.

O caso dos autos é absolutamente diverso. Como já dito, a decisão aqui terá efeitos *inter partes*, não se configurando como decisão normativa geral e abstrata. Não se justifica, portanto, a exigência do limite mínimo de 2/3 dos votos.

Voltarei ao assunto mais adiante, ressaltando que a recente decisão do e. STF, relativa aos mandatos parlamentares e à fidelidade partidária (MS n. 26.603-DF, j. 04.10.2007), por exemplo, não faz referência às normas procedimentais daquelas leis, mas apenas aos princípios constitucionais da *segurança jurídica*, da *isonomia*, da *confiança dos jurisdicionados na jurisprudência firmada*, entre outros.

4.6 A rejeição de modulação temporal no julgamento do RE n. 353.657-5 (argumento “f”)

O argumento de que o e. STF teria afastado a possibilidade de modulação no RE n. 353.657-PR (que tratou também de matéria relativa ao IPI, por coincidência) perdeu por completo a relevância, em vista da recente decisão no âmbito do MS n. 26.603-DF, em 04.10.2007.

Discorrerei sobre isso mais adiante, quando farei referência específica ao conteúdo desse julgamento.

Por ora, basta salientar que a decisão do e. STF no âmbito do RE n. 353.657-PR, citada pelo e. Ministro Teori Zavascki, apenas demonstra que a modulação temporal não é a regra para todos os casos, havendo de ser apreciada a conveniência de sua aplicação a cada uma das hipóteses de alteração jurisprudencial, em especial quanto à sua relevância e ao seu impacto social.

4.7 Os casos julgados pela Primeira Seção, em Embargos de Divergência, não se amoldavam aos critérios por mim defendidos (argumento “g”)

De fato, como apontado pelo e. Ministro Teori Zavascki, os Recursos julgados pela Primeira Seção, em 27.06.2007 (EREsp n. 767.527-PR, 738.689-PR, 765.134-SC e 771.184-PR), referiam-se a ações em que não houve provimento judicial (seja em liminar, antecipação de tutela, sentença ou acórdão) admitindo-se o aproveitamento do crédito-prêmio.

A situação presente é distinta. Aqui, já no início da demanda, o juiz de origem deferiu a antecipação de tutela, permitindo o aproveitamento do benefício pelo titular do crédito. Isso foi em 07.11.2000 (fl. 576). A decisão, como relatado anteriormente, foi ratificada por sentença, em 1º.02.2001 (fl. 974) e mantida pelo Tribunal *a quo* (acórdão em 21.05.2002 - fl. 1.213).

Quanto ao aproveitamento do crédito-prêmio por terceiros, saliento que a questão somente surgiu, nos presentes autos, por aparente engano do Tribunal *a quo*, porquanto não foi objeto de pedido da autora (fl. 22), não tendo sido apreciada na sentença ou suscitada em Apelação. Assim, o reconhecimento da violação ao art. 512 do CPC, no início de meu voto, não prejudica a discussão quanto à modulação dos efeitos.

Por tudo isso, na hipóteses dos autos, estão plenamente preenchidos os requisitos que, por ocasião do julgamento na Primeira Seção, apontei como necessários ao reconhecimento da modulação dos efeitos da mudança jurisprudencial.

O posicionamento definitivo desta Corte em tão relevante questão sugere o enfrentamento completo de todos os argumentos levantados.

Por essas razões, volto a propor a discussão do duplo impacto de súbita alteração jurisprudencial: a) impacto de fundo, no terreno das Fontes do Direito,

por meio da projeção da “sombra de juridicidade”, e b) impacto pragmático, no que tange à possibilidade de modulação temporal dos efeitos da nova orientação jurisprudencial.

5. Afetação do Recurso Especial à Primeira Seção

Cabem também considerações sobre a afetação deste processo à Primeira Seção.

A decisão da Segunda Turma, de trazer a discussão a esse foro mais amplo, não apenas é conveniente, dada a relevância do assunto, como também atende a manifestações exaradas pelos colegas da Primeira Seção, quando do julgamento dos Embargos de Divergência, em 27.06.2007.

Naquela oportunidade, a e. Ministra Eliana Calmon consignou o entendimento de que a discussão dos efeitos prospectivos melhor se amoldaria a um Recurso Especial:

A lógica do Judiciário, repito, é a lógica da segurança jurídica pautada na lei – é a esta que me filio –, ainda mais dentro do estrito campo dos embargos de divergência. Há mais esse complicador (grifos meus).

O e. Ministro Luiz Fux acompanhou esse entendimento:

Por fim, esse argumento utilizado pela Sra. Ministra Eliana Calmon é perfeitamente adequado. Teríamos que ter um recurso especial que dissesse sim à modulação e outro que dissesse não, para que houvesse o confronto analítico sobre se haveria ou não a modulação. Os embargos de divergência dissipariam essa divergência. Se fosse um recurso especial com competência afetada, poderíamos falar em prequestionamento. Não se trata de prequestionamento, mas de confronto analítico específico entre um acórdão que adota a modulação e outro que não a adota. Como estamos em sede de embargos de divergência, esse argumento da Sra. Ministra Eliana Calmon é absolutamente irrefutável (grifei).

Assim, o presente Recurso Especial é a via adequada para a discussão definitiva da “sombra de juridicidade” e dos efeitos prospectivos.

Ademais, destaco que a Fazenda Nacional, na sustentação oral realizada na Segunda Turma em 02.10.2007, manifestou-se pelo julgamento pela Seção, que corresponde ao plenário em matéria tributária. Até porque, em caso de sucesso de minha proposta no restrito âmbito da Turma, haveria dificuldades

para a Fazenda recorrer à Seção, por conta dos entendimentos desfavoráveis à discussão no âmbito de Embargos de Divergência, já apontados anteriormente.

Com essas observações, passo aos fundamentos que me levam a concluir – seja pela via das Fontes do Direito, seja pela opção pragmática do manejo temporal da eficácia da nova orientação jurisprudencial – pela proteção da posição jurídica de certos contribuintes que, mesmo após a extinção legal do crédito-prêmio de IPI em 1990, aproveitaram-se do benefício, agindo de boa-fé e inspirados em legítima confiança na jurisprudência do STJ.

6. A questão da segurança jurídica

Ao tentar me familiarizar com os debates sobre a vigência do crédito-prêmio, dos quais não participei, pois ocorridos antes de meu ingresso nesta Corte, em Setembro de 2006, chamou-me a atenção a profunda mudança de orientação jurisprudencial sobre o tema, fato insistentemente repisado pelos contribuintes, no contexto da segurança jurídica.

A segurança jurídica é um dos objetivos maiores do Direito, que, abstratamente, a todos apela, e que a todos incomoda, no instante de sua aplicação concreta. De início, incomoda o legislador, pois a função legislativa contemporânea é fragmentária, apressada e, muitas vezes, atécnica, quando não caótica. Incomoda o administrador, pois a velocidade do tráfego dos negócios que devem ser regulados exige atuação imediata e, amiúde, com desvios radicais de rota e de ponto de destino. Incomoda o juiz, já que a complexidade e a diversidade dos conflitos, individuais e coletivos, conclamam-no permanentemente a explorar novos territórios na aplicação da lei, o que leva, inexoravelmente, à alteração das decisões e posições jurisprudenciais consolidadas. Finalmente, incomoda a doutrina e os próprios jurisdicionados, que ora festejam inovações judiciais em temas polêmicos, ora criticam o conservadorismo do magistrado, quando este se apega aos precedentes e à letra da lei.

Não obstante todas essas dificuldades, inevitáveis, há certas demandas em que o tema da segurança jurídica ganha maior oportunidade e visibilidade. Inclino-me a acreditar que esta é uma delas. O debate há de começar pela existência ou não de algo que se poderia denominar “expectativa do jurisdicionado” na manutenção de certo entendimento jurisprudencial, na sua perspectiva tido como firme. É o que veremos a seguir.

6.1 Segurança jurídica, o STJ e a confiança legítima do jurisdicionado na manutenção de jurisprudência consolidada

A segurança jurídica é, simultaneamente, um dos mais festejados e cambiantes pilares do Estado de Direito Democrático. Expressão camaleônica na doutrina, legislação e jurisprudência, vem amiúde associada a um sistema normativo estabelecido em termos iguais para todos, por meio de normas suscetíveis de conhecimento pelos seus destinatários, de aplicação restrita a fatos e atos posteriores à sua vigência, dotadas de clareza e de certa estabilidade, e editadas por quem está constitucionalmente investido para tal (cf. Atilio Aníbal Alterini, *La Inseguridad Jurídica*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, p. 19). O instituto é, como regra, atrelado à função legislativa e à função administrativa. Mas não há razão, em tempos de valorização da implementação judicial de direitos e obrigações (fala-se em “governo de juízes”, cf. Gérard Farjat, *Pour un Droit Économique*, Paris, Puf, 2004, p. 193), para afastá-lo, ou mitigá-lo, no exercício da função jurisdicional pelo Estado.

Não me impressiona a crítica implícita que certas vozes lançam ao STJ, como se fosse uma Corte que não se apegava aos precedentes, nem sequer aos seus. É típico da jurisprudência, mais ainda em países com legislação em permanente evolução e com reformas constitucionais periódicas, a transformação, às vezes com modificações profundas e radicais, da linha de compreensão dos Tribunais. Nem mesmo quando a legislação aí está há anos e é tida por consolidada, o resultado deve ser, necessariamente, diferente. Realmente, mesmo em situação de estabilidade legislativa, seria ingênuo imaginar que, no âmbito da sociedade, a percepção dos valores – e não só os constitucionais – mantém-se estática. Noutro prisma, não se pode esperar que os Tribunais Superiores sejam supercriaturas, imunes ao equívoco, ou, pior, crer que, por temerem a censura da doutrina, não tenham o discernimento de reconhecer seus erros, sentimento de humildade esse que inexoravelmente leva à reforma de seus entendimentos.

A segurança jurídica, portanto, não deve se transformar em eufemismo para acorrentar a jurisprudência a modelos jurídicos arcaicos e ultrapassados, ou para tolher a força criativa das decisões judiciais. São inevitáveis – eu diria salutares – as mudanças de entendimento do STJ, tanto mais se para a jurisprudência, como acima aludido, deseja-se um papel revigorado, em permanente sintonia com o cambiante marco regulatório e as oscilações naturais na assimilação dos valores abrigados pelo ordenamento nacional.

De toda sorte, é desnecessário lembrar que a jurisprudência dos Tribunais Superiores distingue-se daquela produzida pelos demais órgãos judicantes, notadamente porque, em decorrência da estrutura judiciária brasileira, forma-se irresistivelmente uma compreensível expectativa, por parte dos jurisdicionados, de que as decisões do STJ, p. ex., referentes à interpretação da legislação federal, não sofrerão mudanças sazonais, tão comuns nos sistemas de múltiplas instâncias de julgamento.

Contudo, em momentos de alteração de paradigma normativo, seja por conta de novo marco constitucional, seja pela instalação de novo regime legal, é perfeitamente aceitável que a jurisprudência, sob pena de negar os esforços de reforma do legislador, afaste-se dos precedentes consolidados sob a ótica do *Ancien Régime*. A se levar a segurança jurídica cegamente às últimas conseqüências, ainda viveríamos sob o império da escravidão e de odiosas formas de discriminação contra as mulheres e as minorias de toda ordem.

Isso quer dizer que o *princípio da segurança jurídica* não garante, nem deve ser pretexto para garantir, a manutenção de determinada jurisprudência, ainda que consolidada, mas que esteja em oposição aos princípios basilares da modernidade, como a dignidade da pessoa humana ou a atribuição à propriedade privada de funções (na forma de deveres) em favor da comunidade e das gerações futuras. A evolução do entendimento pretoriano é insito à evolução sócio-cultural em que se insere, sendo tão desejável como inevitável. Cito J. J. Canotilho:

É diferente falar em segurança jurídica quando se trata de caso julgado e em segurança jurídica quando está em causa a “uniformidade ou estabilidade da jurisprudência”. Sob o ponto de vista do cidadão, não existe um direito à manutenção da jurisprudência dos tribunais, mas sempre se coloca a questão de saber se e como a protecção da confiança pode estar condicionada pela uniformidade, ou, pelo menos, pela estabilidade, na orientação dos tribunais. (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed, Coimbra, Almedina, 2003, p. 265).

O fato de se admitir a “função criadora do Direito dos tribunais”, como até Kelsen o faz (*Teoria Pura do Direito*, 6ª ed., tradução de João Baptista Machado, Coimbra, Arménio Amado, 1984, p. 344), não altera a percepção de evolução contínua da jurisprudência. Se nem mesmo a lei confere tal grau de segurança jurídica aos cidadãos, muito menos há de se esperar que, diferentemente, venha a ocorrer com as decisões judiciais.

Não obstante todos esses argumentos, é inconteste que o jurisdicionado, ao se deparar com jurisprudência pacificada em determinado sentido, emanada de um Tribunal que tem a competência constitucional de dar a última palavra sobre o assunto, tende a confiar que aquela é a melhor interpretação da lei, orientando sua vida, seu trabalho e seus negócios a partir daí, segundo tal entendimento do sistema jurídico.

Essa confiança é gerada, afinal, pela expectativa, legítima ou não, mas sempre real, de que, em havendo discussão judicial com relação ao seu caso concreto, a decisão final a ser emitida pelo Judiciário ser-lhe-á favorável. Como bem lembra Alf Ross, é inafastável, na visão das pessoas, “a exigência de que os casos análogos recebam tratamento similar, ou de que cada decisão concreta seja baseada numa regra geral”. (*Direito e Justiça*, tradução de Edson Bini, São Paulo, Edipro, 2000, p. 111).

No entanto, como se sabe – e nisso o Brasil acompanha outros países –, não apenas os juízes e Tribunais locais comumente afastam-se dos precedentes das Cortes Superiores, como estas modificam amiúde seus próprios entendimentos, mesmo na ausência de alteração legislativa que lhe sirva de impulso, como acima aludimos. Daí parecer discutível, nesse ambiente, afirmar que há expectativa legítima do jurisdicionado a uma decisão futura que lhe seja favorável, nos termos da jurisprudência então vigente. Mas negá-la quanto à máxima repercussão jurídica que dela se pode retirar (= a petrificação da jurisprudência) não significa desconhecer sua existência no plano da realidade e, muito menos, não procurar mitigar os efeitos da decisão judicial que a afronte.

Numa palavra, se é dever do Judiciário traduzir da melhor forma possível a aplicação da legislação, sem preocupação com o *status* dos precedentes afetados, também lhe compete evitar que o jurisdicionado, por conta de uma instabilidade causada pelo próprio Judiciário, venha a ser condenado à incerteza, tanto mais quando as idas-e-vindas jurisprudenciais afetem interesses não de uns poucos ou de dezenas, mas de centenas ou mesmo de milhares de pessoas.

Embora não reconheça, como acima illustrei, relevância jurídica a possível expectativa legítima do jurisdicionado à manutenção de uma jurisprudência firme em que confiou, inclino-me a acreditar que é missão do STJ buscar mecanismos de mitigação dos prejuízos que a alteração abrupta de entendimento venha a causar. Na grande maioria dos casos, esse esforço será técnica ou pragmaticamente inviável. Cabe investigar se, na hipótese dos autos, não estaríamos diante de uma daquelas situações em que tal seria possível e até

recomendável, como forma de viabilização, sem maiores traumas sociais, das transformações que a Corte pretenda implantar.

Apropriada ao momento a observação feita pelo e. Ministro João Otávio de Noronha, quando de seu voto-vista no REsp n. 541.239-SF (sessão de 09.11.2005). Na oportunidade, o e. Ministro defendeu que a tese dos efeitos *ex nunc* das novas decisões modificativas de orientação jurisprudencial consolidada “afigura-se merecedora de profunda análise e debate na comunidade jurídica brasileira” (REsp n. 541.239-DF). Na espécie, o ilustre colega deixou de desenvolver o tema, pois corretamente o entendeu desnecessário ou incompatível com a linha do seu voto, que defende “a manutenção, e não a modificação da orientação jurisprudencial então reinante desde há muito, neste Tribunal”.

Como eu, ao oposto, inclinei-me à nova orientação desta Corte, sinto-me no dever de enfrentar tal matéria na sua dupla manifestação (= “sombra de juridicidade” e “modulação temporal dos efeitos da decisão”), não obstante a polêmica que, tradicionalmente, no terreno da teoria constitucional, a caracteriza, e que, no campo da infraconstitucionalidade, só ganhará em vulto. Na presente demanda, inútil qualquer esforço nosso de evitar a questão. Inutilidade, primeiro, porque mais cedo ou mais tarde o STJ terá de enfrentá-la. Inutilidade também porque é exatamente na esfera tributária que com menor dificuldade se delineiam os contornos que justificam sua aplicação: instabilidade legislativa, correlata variabilidade jurisprudencial, presença de rígido controle do poder tributário do Estado, natureza estritamente pecuniária das obrigações de fundo, massificação das relações jurídicas derivadas do mesmo fundamento legal, desdobramentos financeiros capazes de desestruturar a ordem econômica e inviabilizar a sobrevivência das empresas, e, finalmente, inexistência de riscos, diretos ou indiretos, à dignidade da pessoa humana, aos bons costumes, à ordem pública (em especial a sanitária, a ambiental e a concorrencial) e à paz social.

A questão, em síntese, que se põe é a seguinte: a se aceitar que o “crédito-prêmio do IPI”, como benefício tributário, foi revogado em 1990, fulminado pelo art. 41, § 1º, do ADCT, teria o STJ concluído sua elevada missão de indicar o direito e resolver os conflitos existentes? Derivam daí duas subquestões, independentes mas não excludentes, uma de fundo material, outra de estirpe processual.

Primeiro, cabe indagar se a revogação da base legal especial para o benefício implicaria, *ipso facto*, o desaparecimento de toda e qualquer base jurídica para a sua manutenção. Ou, diversamente, se seria possível, à falta de lei expressa que

mantivesse o favor tributário, entender que uma certa “sombra de juridicidade” persistiria por algum tempo, justificada, além de outros fundamentos, pelo passo errático do legislador e pela ausência de manifestação em sentido contrário das Cortes maiores, especialmente do Superior Tribunal de Justiça. Segundo, interessa saber se seria possível ao Superior Tribunal de Justiça manejar, em casos como este, os efeitos *ex tunc* e *ex nunc* das suas decisões.

6.2 Os efeitos jurídicos da “sombra de juridicidade”

Começemos por esclarecer o sentido da expressão “sombra de juridicidade”. Não significa, evidentemente, legalidade incompleta ou meia-legalidade, ou ilegalidade parcial ou meia-ilegalidade, uma espécie de lusco-fusco de juridicidade ou posição jurídica anfíbia, do que é e ao mesmo tempo pode não ser. “Sombra” aqui se refere à extensão horizontal e geográfica do manto da juridicidade, para além das fronteiras do espaço de vigência desenhado pela lei de origem. É, portanto, um critério espaço-temporal.

“Sombra de juridicidade” indica que uma situação de juridicidade anterior, originada na lei, projeta-se no ordenamento, como eco capaz de produzir efeitos jurídicos válidos, não obstante a revogação do texto legal que lhe deu causa. Com isso, os fatos jurídicos - neste caso, o benefício fiscal - passam a retirar seu sustento normativo já não mais diretamente de um ato do legislador da lei revogada, mas de outra(s) das fontes do Direito, admitidas pelo sistema.

As indagações que se levantam no campo da “sombra de juridicidade”, então, não se referem, no caso dos autos, à possibilidade de o Tribunal Superior manejar os efeitos *ex tunc* e *ex nunc* de sua decisão, conectando-se, diversamente, com o universo das fontes do Direito, ou, melhor dizendo, da transição de fontes do Direito, como apoio para benefícios tributários. Lembra Ricardo Lorenzetti que “a norma jurídica não é somente a lei estatal, pois há pluralismo de fontes” (*Teoría de la Decisión Judicial: Fundamentos de Derecho*, Santa Fé, Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 103). Como se sabe, no Brasil a tipologia das fontes do Direito não está regulada na Constituição Federal (o art. 59 apenas cuida do “processo legislativo” que orienta a criação de uma das fontes do Direito, a lei), mas sim, de forma transversa e precária, na Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei n. 4.657/1942). É a partir deste estatuto, portanto, mas não só nele, que devemos buscar auxílio na compreensão dos fundamentos da “sombra de juridicidade”.

As fontes do Direito referidas pelo art. 5º, da LICC (lei, costume e princípios gerais do Direito), não são categorias estanques e imunes a

combinações complexas, em resposta à igual complexidade dos fenômenos sociais e jurídicos modernos. Como alerta Robert Alexy, “há uma grande variedade de atos de criação-normativa” (*A Theory of Constitutional Rights*, traduzido por Julian Rivers, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 29). Na hipótese dos autos, temos um benefício gerado inicialmente por expressa manifestação do legislador ordinário, mas que prossegue, entretanto, no tempo e no espaço, como “sombra” incontrolável, mesmo após a revogação da lei que lhe deu o primeiro sopro de vida.

Como se percebe, não se cuida, em termos técnicos rigorosos e puros, nem de costume, nem de princípio geral do direito. Estes, sozinhos, se bastam para conferir o manto da juridicidade a certas situações fáticas. A hipótese dos autos, como veremos, traz peculiaridades que, se não a afastam totalmente das fontes tradicionais do costume jurídico (p. ex., o posicionamento firme em um único sentido dos Tribunais Superiores) e dos princípios gerais do Direito (p. ex., a Segurança Jurídica, a Boa-Fé Objetiva e a Confiança Legítima), tampouco a encaixam com facilidade nos moldes dessas duas categorias.

Questionamento que legitimamente se poderia fazer, já no pórtico dessa argumentação, é se benefício fiscal poderia ter outra fonte que não a própria lei, regularmente editada pelo legislador. Não se pense que esqueci as lições de Rubens Gomes de Souza, ao analisar o art. 111, do CTN, no sentido de que o legislador aí pretendia evitar “que a exceção não pudesse ser estendida por via interpretativa além do alcance que o legislador lhe quis dar, em sua natureza de exceção a uma regra geral” (*Interpretação do direito tributário*, Saraiva/EDUC, 1975, p. 379). Também não me afasto de Aliomar Baleeiro, quando prega que “As isenções são restritas, por isso se afastam dessa regra geral” (*Direito Tributário Brasileiro*, Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 694).

Primeiro, diga-se que aqui não se está diante de benefício criado por outrem que não o próprio legislador. A “sombra de juridicidade” não gera, *ab ovo*, benefícios, apenas lhes dá vida mais longa, com a ajuda do próprio Estado-legislador e do Estado-juiz. Logo, não invalida a premissa de que os benefícios fiscais devem ser previstos em lei; não retira um benefício do nada, só impede que um benefício criado pelo legislador ao nada volte, se o próprio legislador e o Judiciário emitem sinais entrecortados, em cacofonia legiferante, que semeiam incerteza e insegurança entre os destinatários da norma, em especial naqueles que agem de boa-fé. Segundo, cabe lembrar que a “sombra de juridicidade”, neste caso e em outros a que se aplique, não decorre de comportamento

repreensível que se possa atribuir ao sujeito que por ela venha a ser favorecido (o contribuinte, *in casu*), mas deflui de comportamentos do próprio sujeito a quem a extinção do benefício vem a interessar (o Estado).

A legitimar a “sombra de juridicidade” poder-se-iam ajuntar justificativas teóricas de várias ordens, desde a Boa-Fé Objetiva dos contribuintes à aparência de direito, desde o Princípio da Confiança Legítima à máxima *error communis facit jus*. Alguns preferirão enxergar aí um erro de direito coletivo, principalmente quando as partes praticarem atos baseados em decisões reiteradas, contexto agravado quando a lei nova não é clara sobre a extensão e sentido de suas modificações (Henri Mazeaud, *La maxime “Error communis facit jus”*, in *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, vol. 23, 1924, p. 960). Ao final, em termos práticos o resultado será igual, qualquer que seja o amparo dogmático que se escolha: a “sombra de juridicidade” produzirá os mesmos efeitos da “sombra de legalidade *stricto sensu*”.

Em nenhum caso, porém, deve-se pensar que por essa via se estará consagrando o triunfo do fato sobre o Direito; se triunfo há, será do Direito que existia e que, por circunstâncias e razões peculiares ao caso, estende sua vigência e eficácia além do termo final da lei de origem. De um lado, temos o legislador descuidado que, desajeitadamente, edita normas de difícil compreensão; do outro temos o Judiciário, cujas Instâncias Superiores enviam sinais coincidentes com a percepção que da vigência da lei tinham os contribuintes.

Pouco importa a referência técnica usada pela legislação de um determinado país. A verdade é que, no espaço social os precedentes judiciais, estejamos no *common* ou *civil law*, são uma forma de produção de normas jurídicas, ou, se assim não for, pelo menos de compreensões normativas que moldam os comportamentos jurídicos das pessoas. É nesse sentido que se afirma que a função judicial é um *ius dicere*: se o juiz disse mal durante tantos anos, seria injusto punir os que acreditaram na voz judicial que escutavam.

Aqui vem a calhar a distinção feita por Luis Díez-Picazo (*Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho*, 3ª edición, Barcelona, Editorial Ariel, 1993, p. 120) entre poder normativo criador e modo de expressão das normas. Na “sombra de juridicidade” não se contesta que o legislador é a fonte desse “poder normativo criador”; no entanto, aceita-se que as circunstâncias do caso levem a modos distintos de “expressão da norma aplicável”.

Realmente, para usar a fórmula da doutrina mais moderna, há situações em que o legislador elimina a norma, mas não consegue, de pronto, extirpar

o enunciado normativo, que prossegue, verdadeira ave desgarrada, a produzir seus efeitos, como se lei ainda existisse. Volto a realçar que será compreensível que alguns pretendam ver manifestação de costume originado no caldo social, porém derivado da aplicação de uma lei que em dado momento é revogada, mas se mantém na percepção dos destinatários como se ainda estivesse em vigor, seja por sinais incongruentes enviados pelo Estado, seja pela posição legitimadora dos Tribunais Superiores. Como já notei acima, não creio que precisemos identificar com precisão os fundamentos dogmáticos últimos da “sombra de juridicidade”, como medida imprescindível à solução do caso concreto que temos diante de nós. Isso é tarefa que o Judiciário deve deixar para a doutrina. Todavia, a tese não deixa de ter seus atrativos (e armadilhas também!), pois falar em costume derivado da prática da lei apresenta certo encanto acadêmico, à medida que se verifiquem comportamentos-*prole* de uma situação de legalidade estrita pretérita.

De toda sorte, ao manejar concepções dessa natureza, que se afastam daquele modelo comum, conhecido e seguro de solução de conflitos, o Tribunal deve ter a máxima cautela possível. Essas soluções que esticam ao extremo as possibilidades do ordenamento jurídico na composição de demandas não podem ser banalizadas, pois também contam com seus pressupostos e requisitos dogmáticos, já que, sendo diferente, se transformam em aberrações e ofensas ao sistema.

A “sombra de juridicidade”, a toda a evidência, tem seus limites, materiais, formais e técnicos. Inicialmente, é oportuno lembrar que certamente o desenrolar deste Voto seria bem diferente se estivéssemos diante de posições fáticas lançadas contra leis preceptivas (aquelas que comandam, p. ex., um certo fazer ou não-fazer) ou proibitivas. Na perspectiva dos contribuintes, a legislação que autorizava o “crédito-prêmio” nada lhes impunha, era uma verdadeira norma permissiva, que lhes outorgava a possibilidade de usar créditos como ressarcimento de tributos pagos internamente. Tanto assim era que ficava ao talante do beneficiário fazer ou não a dedução dos valores de IPI a serem recolhidos. Caso optasse por ignorar o benefício, nenhuma sanção a ele se imporia.

Numa palavra, o legislador de 1969 não criou um dever novo; pelo contrário, sobre um dever velho e vigente (= pagar o IPI) fez incidir, em caráter excepcional, um benefício (= deixar de pagar IPI em certas circunstâncias), e não um dever. Vale dizer, a “sombra de juridicidade” aqui é das mais simples, pois não se propõe a amparar comportamento que se insurge contra regime

jurídico excepcional nascente, mas antagoniza regime jurídico geral velho (o de que todos devem pagar IPI). Não é o regime velho que avança sobre o regime novo; ao contrário, é o regime novo (a exceção do não-pagamento de IPI) que se recusa a desaparecer e, assim, os fatos que nele flutuam colidem com o regime velho, que retorna pela revogação da excepcionalidade (= a regra geral do pagamento de IPI).

Não é só. Penso que igualmente seria desarrazoado falar em “sombra de juridicidade” quando o legislador, percebendo a insuficiência do quadro normativo existente para adequadamente proteger valores essenciais da sociedade, modifica-o e impõe, de forma preceptiva ou proibitiva, novos *standards* de conduta aos destinatários. Evidentemente, não seria lícito a estes buscar aconchego sob a “sombra de juridicidade”, sobretudo porque soa ofensivo à razão aceitar possa o *Ancien Régime* resistir à voz imperativa do legislador, que, acuado por problemas sociais e éticos de gravidade inegável, é forçado a intervir para de imediato controlar abusos inaceitáveis, p. ex., no exercício do direito de propriedade ou na autonomia da vontade. A “sombra de juridicidade” não se presta a amparar comportamentos antes lícitos, agora ilícitos, afeitos à tutela da dignidade da pessoa humana, de atributos fundamentais da ordem pública, de categorias de sujeitos vulneráveis, da saúde, do meio ambiente, dos bons costumes, e das gerações futuras. Não é de nada disso que nesta demanda se cuida.

De outra parte, sem uma “conduta social típica” (Larenz) não se pode falar em “sombra de juridicidade”, o que leva à conclusão de que sua aplicabilidade exige a presença de comportamento massificado, tanto mais se inserido em caldo de atuação discricionária do Estado (que pode ou não conferir benefícios). Aqui, como alerta de novo Ricardo Lorenzetti, estamos diante de situação em que o aplicador deve “observar as condutas sociais e dar-lhes valor normativo, sempre que se ajustem aos princípios e regras fundamentais do ordenamento” (*Las Normas Fundamentales de Derecho Privado*, Santa Fé, Rubinzal-Culzoni Editores, 1995, p. 220).

Requer-se, ainda, a conjugação de normas de conteúdo incerto e expressão cambiante, bem como uma jurisprudência reiterada, em um dado sentido, que, depois, vem a ser radicalmente alterada. No instante em que cessa essa reiteração, automaticamente desaparece a “sombra de juridicidade”. Finalmente, não se pode olvidar que estamos diante de realidade absolutamente excepcional, que deve ser manejada com cuidado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Concluindo-se pela existência de “sombra de juridicidade” a amparar os contribuintes no campo do crédito-prêmio IPI, cabe indagar se o STJ, em passo complementar, mas autônomo, pode manejar prospectivamente a eficácia de sua decisão.

7. Art. 27 da Lei n. 9.868/1999 e art. 11 da Lei n. 9.882/1999

A fixação de termo *a quo* para o início dos efeitos da decisão judicial não é matéria estranha à jurisprudência brasileira, tendo o art. 27 da Lei n. 9.868/1999 e o art. 11 da Lei n. 9.882/1999 assim se orientado:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

De fato, cabe citar paradigmática decisão do e. STF que limitou o número de vereadores nos municípios, a ser fixado em proporção às respectivas populações (ADI n. 197.917-SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 07.05.2004). Seria impensável, ainda que inexistisse legislação federal expressa, uma decisão que declarasse nulas, com efeitos *ex tunc*, todas as posses de vereadores além do limite máximo desde a promulgação da Constituição e, por conseqüência, todos os atos normativos e administrativos produzidos por essas legislaturas, especialmente os aprovados por estreita maioria.

É claro que o exemplo dado é extremo. No entanto, a lógica subjacente vale igualmente para outras hipóteses. Não se trata exatamente de aplicar por analogia a citada legislação federal aos julgamentos proferidos pelo STJ, mas sim de tomar por empréstimo o fundamento que ensejou sua produção: o Princípio da Segurança Jurídica.

Inegável que os valores que levaram o legislador federal a produzir as Leis n. 9.868 e 9.882, ambas de 1999, vão além do produto legislativo, influenciando necessariamente na aplicação do Direito por todos os Tribunais Superiores.

Tenho para mim que, também no âmbito do STJ, nas decisões que alterem jurisprudência reiterada, abalando forte e inesperadamente expectativas dos jurisdicionados, devem ter sopesados os limites de seus efeitos no tempo, buscando a integridade do sistema e a valorização da segurança jurídica.

É que o reconhecimento da “sombra de juridicidade”, decorrente da atividade jurisdicional do Estado, revela indiscutível a necessidade de resguardarem-se os atos praticados pelos contribuintes sob a expectativa de que aquela era a melhor interpretação do Direito, já que consubstanciada em jurisprudência reiterada, em sentido favorável às suas pretensões, pela Corte que tem a competência constitucional para dar a última palavra no assunto.

A necessidade de privilegiar a segurança jurídica e, por conseqüência, os atos praticados pelos contribuintes sob a “sombra de juridicidade” exige do STJ o manejo do termo *a quo* dos efeitos de seu novo entendimento jurisprudencial.

Repito que não se trata de, simplesmente, aplicar as normas veiculadas pelas Leis n. 9.868 e 9.882, ambas de 1999, por analogia, mas sim de adotar como válidos e inafastáveis os pressupostos valorativos e principiológicos que fundamentam essas normas e que, independentemente da produção legislativa ordinária, haveriam de ser observados tanto pelo e. STF quanto pelo STJ.

No caso dos Vereadores, parece evidente que eventual inexistência de lei federal prevendo expressamente a modulação temporal dos efeitos da decisão judicial não impediria o e. STF de sopesar os efeitos de seu acórdão, por conta do imperativo da segurança jurídica. Da mesma forma, a inexistência de norma ordinária expressa que regule o assunto não tem o condão de impedir os Tribunais Superiores de adequarem sua atividade, ou o produto da ação jurisdicional, aos ditames da segurança jurídica.

O e. STF adota esse entendimento, ao modular temporalmente os efeitos de suas decisões, mesmo em se tratando de controle difuso de constitucionalidade, não abarcado expressamente pelo regime das Leis n. 9.868 e 9.882, ambas de 1999.

Como exemplo, cito precedente em que o e. STF apreciou aquela mesma questão do limite constitucional ao número de vereadores, mas em controle difuso. O acórdão exarado no RE n. 197.917-SP ficou assim ementado:

Recurso extraordinário. Municípios. Câmara de Vereadores. Composição. Autonomia municipal. Limites constitucionais. Número de Vereadores proporcional à população. CF, artigo 29, IV. Aplicação de critério aritmético rígido. Invocação dos princípios da isonomia e da razoabilidade. Incompatibilidade entre a população e o número de Vereadores. Inconstitucionalidade, *incidenter*

tantum, da norma Municipal. Efeitos para o futuro. Situação excepcional. 1. O artigo 29, inciso IV da Constituição Federal, exige que o número de Vereadores seja proporcional à população dos Municípios, observados os limites mínimos e máximos fixados pelas alíneas **a**, **b** e **c**. 2. Deixar a critério do legislador municipal o estabelecimento da composição das Câmaras Municipais, com observância apenas dos limites máximos e mínimos do preceito (CF, artigo 29) é tornar sem sentido a previsão constitucional expressa da proporcionalidade. 3. Situação real e contemporânea em que Municípios menos populosos têm mais Vereadores do que outros com um número de habitantes várias vezes maior. Casos em que a falta de um parâmetro matemático rígido que delimite a ação dos legislativos Municipais implica evidente afronta ao postulado da isonomia. 4. Princípio da razoabilidade. Restrição legislativa. A aprovação de norma municipal que estabelece a composição da Câmara de Vereadores sem observância da relação cogente de proporção com a respectiva população configura excesso do poder de legislar, não encontrando eco no sistema constitucional vigente. 5. Parâmetro aritmético que atende ao comando expresso na Constituição Federal, sem que a proporcionalidade reclamada traduza qualquer afronta aos demais princípios constitucionais e nem resulte formas estranhas e distantes da realidade dos Municípios brasileiros. Atendimento aos postulados da moralidade, impessoalidade e economicidade dos atos administrativos (CF, artigo 37). 6. Fronteiras da autonomia municipal impostas pela própria Carta da República, que admite a proporcionalidade da representação política em face do número de habitantes. Orientação que se confirma e se reitera segundo o modelo de composição da Câmara dos Deputados e das Assembléias Legislativas (CF, artigos 27 e 45, § 1º). 7. Inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, da lei local que fixou em 11 (onze) o número de Vereadores, dado que sua população de pouco mais de 2600 habitantes somente comporta 09 representantes. 8. *Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos ex tunc, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade. Recurso extraordinário conhecido e em parte provido.* (RE n. 19.7917-SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 06.06.2002, Tribunal Pleno, DJ 07.05.2004, grifei).

Na oportunidade, o e. Ministro Gilmar Mendes, em magnífico voto-vista (grifos nossos), deixou clara a possibilidade de modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, mesmo em Recurso Extraordinário e independentemente de autorização legal expressa, visto que o fundamento dessa medida encontra-se diretamente na Constituição Federal:

Não parece haver dúvida de que, tal como já exposto, a limitação de efeito é um apanágio do controle judicial de constitucionalidade, podendo ser aplicado tanto no controle direto quanto no controle incidental.

(...)

Nesses termos, resta evidente que a norma contida no art. 27 da Lei n. 9.868, de 1999, tem caráter fundamentalmente interpretativo, desde que se entenda que os conceitos jurídicos indeterminados utilizados – segurança jurídica e excepcional interesse social – se revestem de base constitucional. No que diz respeito à segurança jurídica, parece não haver dúvida de que encontra expressão no próprio princípio do Estado de Direito consoante amplamente aceito pela doutrina pátria e alienígena. Excepcional interesse social pode encontrar fundamento em diversas normas constitucionais. O que importa assinalar é que, consoante a interpretação aqui preconizada, o princípio da nulidade somente há de ser afastado se se puder demonstrar, com base numa ponderação concreta, que a declaração de inconstitucionalidade ortodoxa envolveria o sacrifício da segurança jurídica ou de outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse social (Cf., a propósito do direito português, Medeiros, A Decisão de Inconstitucionalidade, cit., p. 716)

Acredito que as ponderações do ilustre jurista-magistrado, embora verbalizadas no contexto do controle de constitucionalidade, aplicam-se à interpretação da legislação federal realizada por esta Corte, haja vista que os dois pilares orientadores de seu entendimento, quais sejam a segurança jurídica e o excepcional interesse social, revestem-se, em suas palavras, de base constitucional a que se subordina, sem dúvida, o esforço jurisdicional do STJ.

A propósito, reforçando o entendimento do e. STF favorável à modulação temporal dos efeitos das decisões judiciais, independentemente de norma legal expressa, cito o trecho de expressivo voto-vista proferido pelo e. Ministro Cezar Peluso no RE n. 197.917-SP:

Mas, no acompanhar S. Exa., faço-o nos termos do voto do Min. Gilmar Mendes, que, em eruditas, perspicazes e largas razões, mostrou a compatibilidade de uma limitação excepcional dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade, no controle difuso, com nosso sistema constitucional. De fato, se a CF legitima tal limitação no controle abstrato, não tem por que não legitimá-la no concreto, pois, no fundo, as técnicas de controle servem a ambas, com caráter alternativo e conseqüências próprias, adequados a cada situação histórica, ao mesmíssimo propósito constitucional.

Recentemente, o e. STF deu mais um exemplo de modulação sem expressa previsão legal, no âmbito de Mandado de Segurança.

Refiro-me à amplamente divulgada apreciação da fidelidade partidária e perda de mandato em caso de mudança de partido (MS n. 26.603-DF, j. 04.10.2007). Transcrevo trechos do voto do e. Relator, Ministro Celso de Melo:

Põe-se em exame, portanto, neste ponto, em decorrência de uma substancial revisão de padrões jurisprudenciais, com a conseqüente ruptura de paradigma dela resultante (caso o meu voto, que reconhece o caráter partidário do mandato eletivo proporcional, seja acolhido), a questão pertinente ao momento a partir do qual essa nova diretriz terá aplicabilidade, considerada a necessidade de respeito, pelo Estado, da exigência da segurança jurídica.

(...)

Esta Suprema Corte, considerando os precedentes por ela própria firmados, analisados sob a perspectiva das múltiplas funções que lhes são inerentes – tais como conferir previsibilidade às futuras decisões judiciais nas matérias por eles abrangidas, atribuir estabilidade às relações jurídicas constituídas sob a sua égide, gerar certeza quanto à validade dos efeitos decorrentes de atos praticados de acordo com esses mesmos precedentes e preservar, assim, em respeito à ética do Direito, a confiança dos cidadãos nas ações do Estado –, tem reconhecido a possibilidade, mesmo em temas de índole constitucional (RE n. 197.917-SP, Rel. Min. Maurício Corrêa), de determinar, nas hipóteses de revisão substancial da jurisprudência, derivada da ruptura de paradigma, a não-incidência, sobre situações previamente consolidadas, dos novos critérios consagrados por este Supremo Tribunal.

(...)

Esse entendimento não é estranho à experiência jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, que já fez incidir o postulado da segurança jurídica em questões várias, inclusive naquelas envolvendo relações de direito público (MS n. 24.268-MG, Rel. para o acórdão Min. Gilmar Mendes - MS n. 24.927-RO, Rel. Min. Cezar Peluso, *v.g.*) e de caráter político (RE n. 197.917-SP, Rel. Min. Maurício Corrêa), cabendo mencionar a decisão do Plenário que se acha consubstanciada, no ponto, em acórdão assim ementado:

(...)

O eminente Procurador-Geral da República propõe, se concedido o mandado de segurança, que se dê eficácia prospectiva à decisão deste Supremo Tribunal Federal, em ordem a que a nova orientação jurisprudencial se aplique apenas a partir da próxima legislatura.

Entendo, no entanto, que diverso há de ser o marco temporal a delimitar o início da eficácia do pronunciamento desta Corte Suprema na matéria ora em exame.

Para tanto, considero a data em que o TSE apreciou a Consulta n. 1.398-DF (27.03.2007) e, nela, respondeu, em tese, à indagação que lhe foi submetida.

É que, a partir desse momento (27.03.2007), tornou-se veemente a possibilidade de revisão jurisprudencial, notadamente porque intervieram, com votos concorrentes, naquele procedimento de consulta eleitoral, três (3) eminentíssimos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Por tudo isso, não tenho dúvidas quanto à possibilidade de o STJ fixar temporalmente os limites de suas decisões em casos excepcionais como o presente, em que o imperativo da Segurança Jurídica desaconselha os efeitos *extunc* normalmente atribuídos às decisões declaratórias.

8. Fixação dos limites

Parece-me evidente, portanto, a necessidade de preservar a Segurança Jurídica, refletida na expectativa dos jurisdicionados quanto à aplicação, aos seus próprios casos, do entendimento pacificado pelo STJ.

Esse entendimento exige sejam fixados: a) o limite temporal a partir do qual se afasta a “sombra de juridicidade”; e b) os tipos de atos e negócios jurídicos realizados pelos contribuintes que devem ser resguardados da mudança jurisprudencial.

O limite temporal é de fácil visualização. A “sombra de juridicidade” e, a partir daí, também a necessidade de modulação temporal da eficácia da decisão deixam de existir quando do julgamento, pela Primeira Turma, do REsp n. 591.708-RS, em 08.06.2004, acórdão relatado pelo e. Ministro Teori Zavascki e publicado no DJ de 09.08.2004 (conforme registrado pelo e. Min. João Otávio de Noronha em seu voto-vista no REsp n. 541.239-DF).

Até esse momento, o entendimento pacífico do STJ, dando a interpretação última à legislação federal, era pela subsistência do benefício, nos termos de detalhado registro efetuado pelo e. Min. José Delgado, por ocasião de seu voto-vencido no REsp n. 591.708-RS.

Fixo, portanto, a data de publicação desse acórdão (REsp n. 591.708-RS), em 09.08.2004, como o momento em que se exaure a “sombra de juridicidade” que garantiria a subsistência do benefício, não cabendo, a partir de então, falar em expectativa, boa-fé ou confiança legítima dos contribuintes.

É essa data (09.08.2004) que serve como marco inicial para a irradiação dos efeitos da novel jurisprudência desta Corte, no sentido da extinção do crédito-prêmio do IPI, seja em 1983, seja em 1990.

Quanto aos atos e negócios jurídicos praticados pelos contribuintes, a serem resguardados da mudança jurisprudencial, há que ter em mente o objetivo da modulação temporal dos efeitos da decisão judicial, qual seja privilegiar a Segurança Jurídica, refletida na expectativa dos contribuintes na manutenção do entendimento que, até então, lhes era favorável.

Pois bem, em face da incontestável e incansável resistência do Fisco ao aproveitamento do “crédito-prêmio”, restava aos interessados o caminho do Judiciário. Por isso, não se descuidava que, dados os efeitos *inter partes* dos precedentes desta Corte, os contribuintes haveriam de buscar provimento jurisdicional a garantir-lhes o direito que, em sua visão, era certo. Conseqüentemente, somente cabe falar em expectativa ao provimento judicial favorável, por óbvio, aos que se socorreram da via pretoriana.

Na seara contábil, essa busca do provimento judicial é exigência do princípio do conservadorismo. Havendo resistência do Fisco ao aproveitamento de direito pela empresa, há que buscar provimento administrativo ou judicial para legitimar a escrituração.

A propósito, registro o Alerta ao Mercado, exarado pela Comissão de Valores Mobiliários em 30.03.2005, que, de maneira mais severa, referindo-se a atos normativos e pareceres anteriores, veda expressamente a contabilização do direito ao “crédito-prêmio” pelas companhias abertas antes de possível trânsito em julgado da sentença favorável.

Entendo, portanto, que a expectativa a ser protegida contra a mudança jurisprudencial diz respeito exclusivamente às empresas que buscaram provimento judicial e efetivamente aproveitaram o “crédito-prêmio” até 09.08.2004.

As pretensões de empresas não deduzidas em juízo não podem ser resguardadas. A estas não socorre o argumento da expectativa de provimento judicial favorável e, portanto, o imperativo da segurança jurídica que me leva a decidir pela modulação temporal dos efeitos da decisão.

Os contribuintes que demandaram judicialmente, e somente eles, tinham a expectativa de provimento judicial favorável. Utilizaram-se do “crédito-prêmio” num momento em que o STJ mantinha posicionamento sólido a seu favor. O aproveitamento do benefício implicou redução dos custos e preços praticados por essas empresas, em valor correspondente ao montante do IPI mitigado, levando-as a orientar seus planos e atividades com base nessa realidade.

São esses atos dos contribuintes, de apropriação e aproveitamento do “crédito-prêmio” antes da guinada jurisprudencial, que se aperfeiçoaram sob a “sombra de juridicidade” e agora merecem ser preservados.

Afasta-se também, portanto, a hipótese de empresas que, apesar de demandarem judicialmente, não realizaram, por qualquer razão, o efetivo aproveitamento do “crédito-prêmio” até 09.08.2004. Elas não tiveram seus custos reduzidos, nem deixaram, por consequência, de repassar o ônus tributário integral (sem a dedução do crédito-prêmio) aos seus clientes. Com relação a esses contribuintes, não há ofensa relevante à segurança jurídica que justifique a modulação temporal dos efeitos da decisão.

Tampouco aproveita a mitigação dos efeitos da decisão declaratória a outros que não o titular original do “crédito-prêmio”, já que a “sombra de juridicidade” refere-se ao entendimento até então pacificado por esta Corte, que não abrangia a possibilidade de aproveitamento, por terceiros, do benefício fiscal.

Sem dúvida, a controvérsia acerca da possibilidade desse aproveitamento por terceiros e a interpretação a ser dada à legislação federal referente ao tema nunca gozaram, neste Tribunal, da pacificação jurisprudencial advinda de profundo debate e reiterados precedentes. Não há, em favor desses cessionários do crédito-prêmio, “sombra de juridicidade” a socorrer-lhes.

Numa palavra, a modulação temporal dos efeitos da decisão favorece somente os créditos aproveitados pelos titulares originários do benefício.

9. Conclusão

Relato, finalmente, que a Primeira Seção, na assentada de 24.10.2007, afastou a tese dos efeitos prospectivos, por mim defendida, devolvendo o presente Recurso à apreciação pela Segunda Turma.

Assim, ressaltando meu entendimento antes exposto, submeto-me ao posicionamento majoritário.

Por essas razões, conheço parcialmente do Recurso Especial e, nessa parte, dou-lhe provimento, afastando a manifestação do Tribunal de origem quanto ao aproveitamento do crédito-prêmio por terceiros, por ofensa ao art. 512 do CPC (matéria não tratada na sentença e que não foi objeto de Apelação), e reconhecendo a extinção do crédito-prêmio de IPI em 04.10.1990, nos termos do art. 41, § 1º, do ADCT.

É como *voto*.

RECURSO ESPECIAL N. 776.790-AC (2005/0141318-9)

Relator: Ministro Mauro Campbell Marques

Recorrente: Estado do Acre

Procurador: Tito Costa de Oliveira e outro(s)

Recorrido: Agel Goes e Pereira Ltda

Advogado: Mário Roberto Pereira de Souza

EMENTA

Administrativo. Contratos administrativos. Aumento de encargos tributários e trabalhistas. Teoria da imprevisão. Impossibilidade de aplicação, na espécie. Eventos previsíveis e de conseqüências calculáveis.

1. A questão sob exame não é nova nesta Corte Superior, tratando da aplicação da teoria da imprevisão a contratos administrativos, para fins de restaurar o equilíbrio econômico-financeiro da avença, em razão dos aumentos da carga tributária e de despesas com empregados (este derivado de acordo coletivo).

2. Inicialmente, *em relação ao aumento de contribuições previdenciárias*, não custa lembrar que o § 5º do art. 65 da Lei de Licitações e Contratos - ao dispor que “[q]uaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos [...] implicarão a revisão destes [os contratos] para mais ou para menos, conforme o caso”. Daí porque, ao menos em tese, é devido o reequilíbrio econômico-financeiro nas hipóteses de elevação da carga tributária.

3. Já *no que tange ao aumento das despesas com empregados*, consagrou-se o entendimento, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que se trata de fato previsível se a elevação dos encargos trabalhistas resultar de acordo coletivo.

4. Essa é a lógica aplicada para aumentos de salários e, com muito mais razão, deveria ser aqui aplicada, porque se trata de simples elevação do quantitativo de vales-alimentação (o que, por óbvio, causa menor impacto econômico-financeiro do que o aumento de salário).

5. No caso concreto, contudo, há uma peculiaridade que me parece afastar por completo o dever de reequilibrar econômica e financeiramente o contrato imposto ao recorrente pela instância ordinária.

6. É que, conforme narrado no acórdão combatido, o contrato administrativo inicialmente celebrado sofreu dois aditivos, um que modificou o preço original do objeto e o período de vigência do contrato e outro que apenas tinha em conta a prorrogação do contrato. Em nenhum deles discutiu-se a elevação dos encargos tributários e trabalhistas.

7. Muito se discute, atualmente, sobre os influxos da boa-fé objetiva no âmbito da Administração Pública, mas com largo enfoque nas condutas do Poder Público. Este aspecto ganha maior relevância porque a Lei n. 8.666/1993 já confere uma série de prerrogativas à Administração, motivo pelo qual existe uma tendência em se querer igualar as forças dela à dos particular, sob o pálio da boa-fé objetiva.

8. Ocorre que é preciso ter cuidado para que, na tentativa de corrigir uma dita assimetria, não se acabe gerando outra. É preciso insistir em também analisar as condutas contratuais dos particulares sob a ótica desse princípio hoje bastante doutrinariamente.

9. Veja-se: na espécie, o período original de vigência do contrato era de 24.09.1997 a 24.09.1999. Esse período foi prorrogado por um aditivo até 24.09.2000 (ou seja, prorrogação por mais um ano). Além disso, este aditivo previu o aumento do preço do objeto. Veio a ser realizado, depois, um outro aditivo, este prorrogando o período de vigência do contrato até 24.03.2001.

10. Agora, judicialmente, o particular pede que se chancela a necessidade de revisitação dos termos contratuais, para corrigir distorções criadas, consideradas estas *imprevisíveis* e de *efeitos incalculáveis* à época dos aditivos.

11. Já se sabe que esta Corte Superior descarta a imprevisibilidade de aumento dos encargos trabalhistas derivados de acordos coletivos. Sobre o ponto, não recaem maiores controvérsias, cabendo a referência (meramente exemplificativa) a alguns julgados: REsp n. 134.797-DF, Rel. Min. Paulo Gallotti, Segunda Turma, DJU 1º.08.2000; REsp n. 471.544-SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJU 16.06.2003; e AgRg no REsp n. 417.989-PR, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 24.03.2009.

12. Quanto ao aumento da Cofins - a outra causa de pedir da empresa recorrida -, importante relembrar trata-se de fato que

decorreu de uma lei editada em 1998, com efeitos a partir de 1999 - antes, portanto, do segundo aditivo, celebrado em 2000.

13. Portanto, se o agravamento dos encargos tributários foi anterior ao segundo aditivo, não há que se falar em aplicação do art. 65, inc. II, alínea **d**, da Lei n. 8.666/1993, uma vez que não há imprevisibilidade do fato e de suas conseqüências, pois, para tanto, é necessário que a situação seja futura, nunca atual ou pretérita (daí o uso do verbo “sobrevier”).

14. Também não cabe a aplicação do § 5º do art. 65 da Lei de Licitações e Contratos porque, na hipótese em exame, o tributo não foi criado, alterado ou extinto depois da apresentação da proposta do aditivo, mas sim antes.

15. Aliás, por fim, tendo em conta que (i) a Lei n. 9.718/1998 (a qual foi responsável pelo reajuste da alíquota da Cofins) entrou em vigor em 1999 e (ii) o primeiro aditivo celebrado entre as partes *reajustou o preço do objeto* do contrato em *setembro/1999*, muito provavelmente a parte recorrida já foi ressarcida pela Administração no que diz respeito ao aumento dos encargos tributários (por ocasião do primeiro aditivo).

16. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Eliana Calmon, Castro Meira, Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Humberto Martins.

Brasília (DF), 15 de outubro de 2009 (data do julgamento).

Ministro Mauro Campbell Marques, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: Trata-se de recurso especial interposto pelo Estado do Acre, com fundamento na alínea **a** do inciso III do artigo 105 da Constituição da República, contra acórdão do Tribunal de Justiça daquele mesmo ente federativo assim ementado (fls. 517-518):

Direito Civil. Processual Civil e Administrativo. Apelação cível. Ação indenizatória. Procedência parcial. Pressuposto processual de validade. Estado do Acre. Representação processual. Procurador. Mandato. Desnecessidade. *Munus* público. Preliminar desacolhida. Contrato administrativo. Tribunal de Justiça. Prestação de serviços de limpeza e conservação de prédios. Revisão. Termos aditivos. Prazo. Alteração. Prestações mensais. Preços inalterados. Onerosidade excessiva. Ônus a uma das partes. Reajuste. Necessidade. Equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Ônus da prova. Inicial. Documentos. Comprovação. Princípios da motivação e do contraditório. Violação. Inocorrência. *Decisum* fundamentado. Apelo improvido e remessa parcialmente procedente.

1. *Os entes federativos têm capacidade de ser parte e de estar em Juízo quando representados pelo Chefe do Executivo, ou, ainda, pelos respectivos procuradores, inexigido quanto a estes instrumento de mandato, dado que investidos do poder de representação a partir da nomeação em face de prerrogativa constitucional.*

2. Não obstante firmado o contrato administrativo entre a empresa/Autora e o Tribunal de Justiça, evidenciada a legitimidade do Estado do Acre para figurar no pólo passivo da demanda.

3. A garantia do equilíbrio econômico-financeiro deve revestir todos os contratos administrativos, inadmitindo-se, hodiernamente, que apenas uma das partes venha arcar com os prejuízos decorrentes da celebração do ajuste ante a impossibilidade de revisão dos preços originariamente praticados.

4. Demonstrando a documentação colacionada à inicial o suscitado desequilíbrio do contrato ante a onerosidade imposta à parte contratada, decorrente da falta de reajuste dos preços avençados embora os acréscimos verificados nos encargos que compõem o custo das prestações verificado no 2º termo aditivo, resta elidida a suposta inobservância pela Autora ao ônus da prova.

5. Apelo voluntário improvido e Remessa Necessária julgada parcialmente procedente, visando aclarar a data do termo inicial e final do período sobre o qual incidirá o ajuste, a ser apurado em liquidação, quais sejam, 24.09.2000 a 1º.03.2001.

Nas razões recursais (fls. 530-537), sustenta o recorrente ter havido ofensa aos arts. 57 e 65 da Lei n. 8.666/1993, ao argumento de que os fatos em

que a origem se baseou para declarar a necessidade de revisão do contrato administrativo (e conseqüente reequilíbrio econômico-financeiro) não são albergados pela teoria da imprevisão.

Contra-razões às fls. 567-577.

O juízo de admissibilidade foi positivo na origem (fls. 586-588) e o recurso foi regularmente processado.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques (Relator): Penso que assiste razão ao recorrente.

A questão sob exame não é nova nesta Corte Superior, tratando da aplicação da teoria da imprevisão a contratos administrativos, para fins de restaurar o equilíbrio econômico-financeiro da avença, em razão dos aumentos da carga tributária e de despesas com empregados (este derivado de acordo coletivo).

Inicialmente, *em relação ao aumento de contribuições previdenciárias*, creio que não custa lembrar que o § 5º do art. 65 da Lei de Licitações e Contratos - ao dispor que “[q]uaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos [...] implicarão a revisão destes [os contratos] para mais ou para menos, conforme o caso”. Daí porque, ao menos em tese, é devido o reequilíbrio econômico-financeiro nas hipóteses de elevação da carga tributária.

Já *no que tange ao aumento das despesas com empregados*, consagrou-se o entendimento, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que se trata de fato previsível se a elevação dos encargos trabalhistas resultar de acordo coletivo.

Essa é a lógica aplicada para aumentos de salários e, com muito mais razão, deveria ser aqui aplicada, porque se trata de simples elevação do quantitativo de vales-alimentação (o que, por óbvio, causa menor impacto econômico-financeiro do que o aumento de salário).

No caso concreto, contudo, há uma peculiaridade que me parece afastar por completo o dever de reequilibrar econômica e financeiramente o contrato imposto ao recorrente pela instância ordinária.

É que, conforme narrado no acórdão combatido, o contrato administrativo inicialmente celebrado sofreu dois aditivos, um que modificou o preço original

do objeto e o período de vigência do contrato e outro que apenas tinha em conta a prorrogação do contrato. Em nenhum deles discutiu-se a elevação dos encargos tributários e trabalhistas.

Muito se discute, atualmente, sobre os influxos da boa-fé objetiva no âmbito da Administração Pública, mas com largo enfoque nas condutas do Poder Público. Este aspecto ganha maior relevância porque a Lei n. 8.666/1993 já confere uma série de prerrogativas à Administração, motivo pelo qual existe uma tendência em se querer igualar as forças dela à dos particular, sob o pálio da boa-fé objetiva.

Ocorre que é preciso ter cuidado para que, na tentativa de corrigir uma dita assimetria, não se acabe gerando outra. É preciso insistir em também analisar as condutas contratuais dos particulares sob a ótica desse princípio hoje bastante doutrinariamente.

Veja-se: na espécie, o período original de vigência do contrato era de 24.09.1997 a 24.09.1999. Esse período foi prorrogado por um aditivo até 24.09.2000 (ou seja, prorrogação por mais um ano). Além disso, este aditivo previu o aumento do preço do objeto. Veio a ser realizado, depois, um outro aditivo, este prorrogando o período de vigência do contrato até 24.03.2001.

Agora, judicialmente, o particular pede que se chancela a necessidade de revisitação dos termos contratuais, para corrigir distorções criadas, consideradas estas *imprevisíveis* e de *efeitos incalculáveis* à época dos aditivos.

Já se sabe que esta Corte Superior descarta a imprevisibilidade de aumento dos encargos trabalhistas derivados de acordos coletivos. Sobre o ponto, não recaem maiores controvérsias, cabendo a referência (meramente exemplificativa) a alguns julgados: REsp n. 134.797-DF, Rel. Min. Paulo Gallotti, Segunda Turma, DJU 1º.08.2000; REsp n. 471.544-SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJU 16.06.2003; e AgRg no REsp n. 417.989-PR, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 24.03.2009.

Quanto ao aumento da Cofins - a outra causa de pedir da empresa recorrida -, importante lembrar trata-se de fato que decorreu de uma lei editada em 1998, com efeitos a partir de 1999 - antes, portanto, do segundo aditivo, celebrado em 2000.

Portanto, se o agravamento dos encargos tributários foi anterior ao segundo aditivo, não há que se falar em aplicação do art. 65, inc. II, alínea **d**, da Lei n. 8.666/1993, uma vez que não há imprevisibilidade do fato e de suas conseqüências, pois, para tanto, é necessário que a situação seja futura, nunca atual ou pretérita (daí o uso do verbo “sobrevier”).

Também não cabe a aplicação do § 5º do art. 65 da Lei de Licitações e Contratos porque, na hipótese em exame, o tributo não foi criado, alterado ou extinto depois da apresentação da proposta do aditivo, mas sim antes.

Aliás, por fim, tendo em conta que (i) a Lei n. 9.718/1998 (a qual foi responsável pelo reajuste da alíquota da Cofins) entrou em vigor em 1999 e (ii) o primeiro aditivo celebrado entre as partes *reajustou o preço do objeto* do contrato em *setembro/1999*, muito provavelmente a parte recorrida já foi ressarcida pela Administração no que diz respeito ao aumento dos encargos tributários.

Com essas considerações, voto por *dar provimento* ao recurso especial.

RECURSO ESPECIAL N. 830.904-MG (2006/0060982-7)

Relator: Ministro João Otávio de Noronha

Relator para acórdão: Ministro Herman Benjamin

Recorrente: Estado de Minas Gerais

Procurador: Gustavo Luiz Freitas de Oliveira Enoque e outro(s)

Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais

EMENTA

Processual Civil. Ação civil pública em favor de pessoa física. Legitimidade do Ministério Público. Tratamento médico fora do domicílio. Garantia constitucional à saúde. Direito individual indisponível.

1. Hipótese em que o Estado de Minas Gerais impugna a legitimidade do Ministério Público para propor Ação Civil Pública em favor de indivíduo determinado, postulando a disponibilização de tratamento médico fora do domicílio.

2. O direito à saúde, insculpido na Constituição Federal, tem natureza indisponível, em função do bem comum maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria. Não se trata de legitimidade do Ministério

Público em razão da hipossuficiência econômica – matéria própria da Defensoria Pública –, mas da qualidade de indisponibilidade jurídica do direito-base (saúde).

3. Ainda que a ação concreta do *Parquet* dirija-se à tutela da saúde de *um único sujeito*, a abstrata inspiração ético-jurídica para seu agir não é o indivíduo, mas a coletividade. No fundo, o que está em jogo é um interesse público primário, dorsal no sistema do Estado Social, como porta-voz que é do sonho realizável de uma sociedade solidária, sob a bandeira do respeito absoluto à dignidade da pessoa humana.

4. Recurso Especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: “A Turma por unanimidade, em preliminar suscitada pelo Sr. Ministro Castro Meira, determinou o cancelamento da atribuição do feito ao Sr. Ministro Carlos Fernando Mathias. Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Castro Meira, acompanhando a divergência inaugurada pelo Sr. Ministro Herman Benjamin, a Turma, por maioria, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Herman Benjamin que lavrará o acórdão. Vencido o Sr. Ministro João Otávio de Noronha, que dava provimento ao recurso.” Votaram com o Sr. Ministro Herman Benjamin os Srs. Ministros Eliana Calmon, Castro Meira e Humberto Martins.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques, nos termos do art. 162, § 2º do RISTJ.

Brasília (DF), 18 de dezembro de 2008 (data do julgamento).

Ministro Herman Benjamin, Relator

DJe 11.11.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Interpõe o *Estado de Minas Gerais* recurso especial com espeque no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da

Constituição Federal, contra julgado proferido pela Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais em sede de apelação. O respectivo acórdão restou assim ementado:

Ação civil pública. Ministério Público. Legitimidade. Direito individual indisponível. Tratamento fora do domicílio. Usuário do SUS. Procedimento cirúrgico. Tratamento médico não disponível no Município. Garantia constitucional do direito à saúde. Recurso improvido. “De acordo com a Carta Magna cabe ao Ministério Público a defesa dos direitos individuais indisponíveis (art. 127), bem como, esta lhe assegura a promoção de medidas necessárias para a garantia de suas atribuições (art. 129, II); “É de responsabilidade concorrente da União, Estados e Municípios o dever de garantir saúde à todos; tal lição, emana da Carta Maior”.

Alega o recorrente que o acórdão recorrido violou os arts. 1º da Lei n. 7.347/1985, 81, III, da Lei n. 8.078/1990 e 25, IV, da Lei n. 8.625/1993, ao entender pela possibilidade de o Ministério Público, por meio de ação civil pública, defender direitos individuais indisponíveis. Entende a recorrente que só é permitido ao Ministério Público a utilização dessa ação para a defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, ou seja, de natureza transindividual. Conclui que o acórdão recorrido dispensou a homogeneidade como requisito essencial para ajuizamento da ação civil pública.

Buscando demonstrar a ocorrência de divergência pretoriana no tocante à tese que defende, o recorrente requer o conhecimento e provimento do presente recurso especial para que seja dado provimento ao agravo de instrumento interposto.

As contra-razões foram apresentadas às fls. 250-265.

O recurso especial, às fls. 276-277, foi admitido no que tange à alínea c do inciso III do art. 105 da Constituição Federal.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha (Relator):

Ementa: Processo Civil. Ação civil pública. Tratamento fora do domicílio de pessoa determinada. Ilegitimidade ativa reconhecida.

1. De acordo com o disposto na Constituição Federal (art. 129, III) e na Lei Orgânica do Ministério Público (art. 25, IV, a, da

Lei n. 8.625/1993), possui o *parquet*, como função institucional, a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos. Faltando um desses requisitos, o Ministério Público não possui legitimidade para funcionar como substituto processual em ações civis públicas.

2. Não é possível o ajuizamento de ação civil pública para postular direito individual que, apesar de indisponível, seja destituído do requisito da homogeneidade, indicativo da dimensão coletiva que deve caracterizar os interesses tutelados por meio de tais ações.

3. Ao ajuizar ação civil pública, o Ministério Público age como substituto processual naquelas hipóteses taxativamente dispostas em lei, cabendo à Defensoria Pública atuar como representante das pessoas mais necessitadas.

4. Recurso especial provido.

O apelo merece prosperar.

A Constituição Federal, em seu art. 129, estabelece caber ao Ministério Público a defesa do patrimônio público, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, *in verbis*:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

Na mesma linha da Carta Magna, a Lei Orgânica do Ministério Público (n. 8.625/1993) dispõe ser função desse órgão promover ações para a defesa de vários interesses, entre os quais os individuais indisponíveis e homogêneos:

Art. 25. Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público:

IV - promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei:

a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e *individuais indisponíveis e homogêneos*;

Dessa forma, verifica-se faltar ao Ministério Público legitimidade para pleitear em juízo o fornecimento pelo Estado de certo tratamento médico a pessoa determinada, pois, apesar de a saúde constituir um direito indisponível, a presente situação não trata de interesses homogêneos. Isso porque, na presente ação civil pública, não se agiu em defesa de um grupo de pessoas ligadas por uma situação de origem comum, mas apenas de um indivíduo.

Kazuo Watanabe, ao tratar dos interesses e direitos individuais homogêneos, afirma que a caracterização da homogeneidade como sendo proveniente da origem comum dos direitos individuais apresenta-se insuficiente, pelo que “será necessário aferir a aplicabilidade, ao sistema brasileiro, do critério adotado nas *class actions* norte americanas da ‘prevalência da dimensão coletiva sobre a individual’” (Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto, 8º edição, p. 807).

É certo que a lei, ao permitir a propositura da ação civil pública para a defesa de interesses individuais e estabelecer que estes devam ser indisponíveis e homogêneos, quis, com esse último requisito, assegurar a dimensão coletiva própria de tais ações, excluindo, por conseguinte, a possibilidade de que sejam propostas em substituição às ações individuais.

Portanto, certo que Ministério Público não possui legitimidade para agir como substituto processual nas hipóteses em que incabível a propositura da ação coletiva, ou como representante processual, se fosse possível a ação coletiva, pois essa função foi outorgada pela Constituição Federal apenas à Defensoria Pública.

A propósito, trago os seguintes precedentes nos quais esta Turma, apreciando situação análoga, decidiu pela ilegitimidade do Ministério Público para agir em nome de pessoa individualizada:

Processo Civil. Ação civil pública: legitimidade do Ministério Público.

1. Na ação civil pública, atua o *parquet* como substituto processual da sociedade e, como tal, pode defender o interesse de todas as crianças do Estado de terem assistência médico-hospitalar.
2. Ilegitimidade que se configura a partir da escolha de apenas um menor para proteger, assumindo o Ministério Público papel de representante e não de substituto processual.
3. Recurso especial improvido. (Segunda Turma, REsp n. 682.823-RS, relatora Ministra Eliana Calmon, DJ 18.04.2005.)

Ação civil pública. Ministério Público. Legitimidade. Fornecimento de medicamentos. Menor carente.

1. Na esteira do artigo 129 da Constituição Federal, a legislação infraconstitucional, inclusive a própria Lei Orgânica, preconiza que o Ministério Público tem legitimidade ativa *ad causam* para propor ação civil pública para a proteção de interesses difusos e coletivos, como regra. Em relação aos interesses individuais, exige que também sejam indisponíveis e homogêneos. No caso em exame, pretende-se que seja reconhecida a sua legitimidade para agir como representante de pessoa individualizada, suprimindo-se o requisito da homogeneidade.

2. O interesse do menor carente deve ser postulado pela Defensoria Pública, a quem foi outorgada a competência funcional para a “orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados na forma do art. 5º, LXXIV”. Não tem o Ministério Público legitimidade para propor ação civil pública, objetivando resguardar interesses individuais, no caso de um menor carente.

3. Recurso especial improvido. (Segunda Turma, REsp n. 664.139-RS, relator Ministro Castro Meira, DJ de 20.06.2005.)

Processo Civil. Ação civil pública: legitimidade do Ministério Público. Nulidade absoluta não argüida. Limites do recurso especial.

1. O prequestionamento é exigência indispensável ao conhecimento do recurso especial, fora do qual não se pode reconhecer sequer as nulidades absolutas.

2. A mais recente posição doutrinária admite sejam reconhecidas nulidades absolutas *ex officio*, por ser matéria de ordem pública. Assim, se ultrapassado o juízo de conhecimento, por outros fundamentos, abre-se a via do especial (Súmula n. 456-STF).

3. Hipótese em que se conhece do especial por violação do art. 535, II, do CPC e por negativa de vigência ao art. 11, V, da Lei n. 9.394/1996, ensejando o reconhecimento *ex officio* da ilegitimidade do Ministério Público para, via ação civil pública, defender interesse individual de menor.

4. Na ação civil pública atua o *parquet* como substituto processual da sociedade e, como tal, pode defender o interesse de todas as crianças do Município para terem assistência educacional.

5. Ilegitimidade que se configura a partir da escolha de apenas dois menores para proteger, assumindo o Ministério Público papel de representante e não de substituto processual.

6. Recurso especial provido. (Segunda Turma, REsp n. 466.861-SP, relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 29.11.2004.)

Portanto, no caso em exame, o Tribunal de origem agiu de forma equivocada ao reconhecer a legitimidade do Ministério Público para agir como representante de pessoa individualizada.

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

É como voto.

VOTO-VENCEDOR

O Sr. Ministro Herman Benjamin (Relator para acórdão): Trata-se de Recurso Especial interposto pelo Estado de Minas Gerais, com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, assim ementado:

Ação civil pública. Ministério Público. Legitimidade. Direito individual indisponível. Tratamento fora do domicílio. Usuário do SUS. Procedimento cirúrgico. Tratamento médico não disponível no Município. Garantia constitucional do direito à saúde. Recurso improvido. “De acordo com a Carta Magna cabe ao Ministério Público a defesa dos direitos individuais indisponíveis (art. 127), bem como, esta lhe assegura a promoção de medidas necessárias para a garantia de suas atribuições (art.129, II); Processual Civil. Recurso especial. Ação civil pública. Usuário do SUS. Tratamento fora do domicílio. Procedimento cirúrgico. Tratamento médico não disponível no Município. Saúde. Direito individual indisponível. Art. 227 da CF/1988. *Legitimatío ad causam* do *Parquet*. Art. 127 da CF/1988. Arts. 7º, 200, e 201 do da Lei n. 8.069/1990. (fl. 212).

O Estado de Minas Gerais interpôs o presente Recurso Especial a fim de ver declarada a ilegitimidade *ad causam* do Ministério Público para a proteção dos direitos individuais indisponíveis. Em síntese, alega o recorrente que o Ministério Público está atuando como representante judicial, e não como substituto processual, como seria seu mister.

O e. Min. Relator João Otávio de Noronha proferiu seu voto com o entendimento de que falta ao “(...) Ministério Público legitimidade para pleitear em juízo o fornecimento pelo Estado de certo tratamento médico a pessoa determinada, pois, apesar de a saúde constituir um direito indisponível, a presente situação não trata de interesses homogêneos. Isso porque, na presente ação civil pública, não se agiu em defesa de um grupo de pessoas ligadas por uma situação de origem comum, mas apenas de um indivíduo.” Segue a ementa de seu voto:

Processo Civil. Ação civil pública. Tratamento fora do domicílio de pessoa determinada. Ilegitimidade ativa reconhecida.

1. De acordo com o disposto na Constituição Federal (art. 129, III) e na Lei Orgânica do Ministério Público (art. 25, IV, **a**, da Lei n. 8.625/1993), possui o *parquet*, como função institucional, a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos. Faltando um desses requisitos, o Ministério Público não possui legitimidade para funcionar como substituto processual em ações civis públicas.

2. Não é possível o ajuizamento de ação civil pública para postular direito individual que, apesar de indisponível, seja destituído do requisito da homogeneidade, indicativo da dimensão coletiva que deve caracterizar os interesses tutelados por meio de tais ações.

3. Ao ajuizar ação civil pública, o Ministério Público age como substituto processual naquelas hipóteses taxativamente dispostas em lei, cabendo à Defensoria Pública atuar como representante das pessoas mais necessitadas.

4. Recurso especial provido.

Concordo com o e. Ministro Relator João Otávio de Noronha no que toca à indisponibilidade do direito protegido, suscetível de proteção pelo Ministério Público.

Todavia, peço vênias para divergir do ilustre Relator *com relação ao enfoque dado ao direito tutelado, ao fundamentar que se trata de direito não homogêneo, motivo que implicaria a falta de legitimidade processual do “Parquet”*.

O direito à saúde, insculpido na Constituição Federal, é indisponível, em função do bem comum maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria.

Não se trata de legitimidade do Ministério Público em razão da hipossuficiência econômica - matéria própria da Defensoria Pública - *mas da natureza jurídica do direito-base (saúde), que é indisponível*.

Assento o meu posicionamento nos mesmos termos em que, no REsp n. 688.052-RS, esta Turma, por unanimidade, deu provimento ao Recurso interposto pelo Ministério Público, conforme o voto do e. Min. Relator Humberto Martins (naquela ocasião acompanhado pelos Ministros Eliana Calmon, João Otávio de Noronha e Castro Meira), para reconhecer a legitimidade *ad causam* do Ministério Público.

Deve-se destacar o voto do e. Min. Humberto Martins, proferido em sessão realizada no dia 3 de agosto de 2006, no já citado REsp n. 688.052-RS, em que deixou assente:

O tema objeto do presente recurso já foi enfrentado pela colenda Primeira Turma deste Tribunal e o entendimento esposado é de que o Ministério Público tem legitimidade para defesa dos direitos individuais indisponíveis, *mesmo quando a ação vise à tutela de pessoa individualmente considerada*.

A questão se resolve pelo art. 127 da Constituição, segundo o qual “o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Da análise detida dos autos, verifica-se que os interesses tutelados são inquestionavelmente interesses individuais indisponíveis. Busca-se, com efeito, tutelar os direitos à vida e à saúde de que tratam os arts. 5º, *caput* e 196 da Constituição em favor de criança que precisa do medicamento reclamado para sobreviver. *A legitimidade ativa, portanto, se afirma, não por se tratar de tutela de direitos individuais homogêneos, mas por se tratar de interesses individuais indisponíveis.*

Confirmam-se, nesse sentido, as ementas dos precedentes da Primeira Turma da Seção de Direito Público deste Tribunal, como segue:

Processual Civil. Recurso especial. Fornecimento de medicamento. Criança que padece de epilepsia. Direito à vida e à saúde. Direito individual indisponível. Legitimação extraordinária do *Parquet*. Art. 127 da CF/1988. Precedentes.

1. O Ministério Público possui legitimidade para defesa dos direitos individuais indisponíveis, mesmo quando a ação vise à tutela de pessoa individualmente considerada.

2. O artigo 127 da Constituição, que atribui ao Ministério Público a incumbência de defender interesses individuais indisponíveis, contém norma auto-aplicável, inclusive no que se refere à legitimação para atuar em juízo.

3. Tem natureza de interesse indisponível a tutela jurisdicional do direito à vida e à saúde de que tratam os arts. 5º, *caput* e 196 da Constituição, em favor de adolescente que precisa fazer uso contínuo de medicamento. A legitimidade ativa, portanto, se afirma, não por se tratar de tutela de direitos individuais homogêneos, mas sim por se tratar de interesses individuais indisponíveis. Precedentes: REsp n. 716.512-RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 14.11.2005; EDcl no REsp n. 662.033-RS, Rel. Min. José Delgado, DJ 13.06.2005.

4. Recurso especial a que se nega provimento.

Processual Civil. Direito à saúde. Menor pobre. Obrigação do Estado. Ministério Público. Legitimidade.

1. Constitui função institucional e nobre do Ministério Público buscar a entrega da prestação jurisdicional para obrigar o Estado a fornecer medicamento essencial à saúde de menor pobre, especialmente quando sofre de doença grave que se não for tratada poderá causar, prematuramente, a sua morte.

2. Legitimidade ativa do Ministério Público para propor ação civil pública em defesa de direito indisponível, como é o direito à saúde, em benefício de menor pobre. Precedentes: REsp n. 296.905-PB e REsp n. 442.693-RS.

3. O Estado, ao se negar a proteger o menor pobre nas circunstâncias dos autos, omitindo-se em garantir o direito fundamental à saúde, humilha a cidadania, descumpra o seu dever constitucional e ostenta prática violenta de atentado à dignidade humana e à vida. É totalitário e insensível.

4. Embargos de declaração conhecidos e providos para afastar a omissão e complementar, com maior precisão, a fundamentação que determinou o provimento do recurso para reconhecer a legitimidade do Ministério Público, determinando-se que a ação prossiga para, após instrução regular, ser o mérito julgado. (EDcl no REsp n. 662.033-RS, Rel. Min. José Delgado, DJ 13.06.2005);

Direito constitucional à absoluta prioridade na efetivação do direito à saúde da criança e do adolescente. Norma constitucional reproduzida nos arts. 7º e 11 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Normas definidoras de direitos não programáticas. Exigibilidade em juízo. Interesse transindividual atinente às crianças situadas nessa faixa etária. Ação civil pública. Cabimento e procedência.

1. Ação civil pública de preceito cominatório de obrigação de fazer, ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina tendo vista a violação do direito à saúde de mais de 6.000 (seis mil) crianças e adolescentes, sujeitas a tratamento médico-cirúrgico de forma irregular e deficiente em hospital infantil daquele Estado.

2. O direito constitucional à absoluta prioridade na efetivação do direito à saúde da criança e do adolescente é consagrado em norma constitucional reproduzida nos arts. 7º e 11 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

Art. 11. É assegurado atendimento médico à criança e ao adolescente, através do Sistema Único de Saúde, garantido o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde.

3. Violação de lei federal.

4. Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso que cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a segundo plano. Prometendo o Estado o direito à saúde, cumpre adimpli-lo, porquanto a vontade política e constitucional, para utilizarmos a expressão de Konrad Hesse, foi no sentido da erradicação da miséria que assola o país. O direito à saúde da criança e do adolescente é consagrado em regra com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, *in casu*, o Estado.

5. Consagrado por um lado o dever do Estado, revela-se, pelo outro ângulo, o direito subjetivo da criança. Consectariamente, em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todas as crianças nas condições estipuladas pela lei encartam-se na esfera desse direito e podem exigi-lo em juízo. A homogeneidade e transindividualidade do direito em foco enseja a propositura da ação civil pública.

6. A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea.

7. Um país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar o direito à saúde das crianças a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais.

8. Afastada a tese descabida da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos. Muito embora a matéria seja, somente nesse particular, constitucional, porém sem importância revela-se essa categorização, tendo em vista a explicitude do ECA, inequívoca se

revela a normatividade suficiente à promessa constitucional, a ensejar a acionabilidade do direito consagrado no preceito educacional.

9. As meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas de *lege ferenda*, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação.

10. Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária.

11. Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os poderes, o judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional.

12. O direito do menor à absoluta prioridade na garantia de sua saúde, insta o Estado a desincumbir-se do mesmo através da sua rede própria. Deveras, colocar um menor na fila de espera e atender a outros, é o mesmo que tentar legalizar a mais violenta afronta ao princípio da isonomia, pilar não só da sociedade democrática anunciada pela Carta Magna, mercê de ferir de morte a cláusula de defesa da dignidade humana.

13. Recurso especial provido para, reconhecida a legitimidade do Ministério Público, prosseguir-se no processo até o julgamento do mérito (REsp n. 577.836, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 28.02.2005).

Nessa esteira de entendimento, na hipótese dos autos, em que a ação visa a garantir o fornecimento de medicamento necessário e de forma contínua a criança para o tratamento de nefropatia do refluxo, há de ser reconhecida a legitimação do Ministério Público a fim de garantir a tutela dos direitos individuais indisponíveis à saúde e à vida.

Ante o exposto, dou provimento ao presente recurso especial, para reconhecer a legitimidade do Ministério Público, determinando-se que a ação prossiga para, após instrução regular, ser o mérito julgado.

No mesmo sentido o voto do e. Min. José Delgado (REsp n. 819.010-SP):

Processo Civil. Recurso especial. Ação civil pública. Fornecimento de medicamento a pessoa carente. Legitimidade ativa reconhecida. Artigo 25, IV, a, da Lei n. 8.625/1993. Recurso especial provido.

1. Em exame recurso especial interposto pelo Ministério Público com fulcro na alínea **a** do permissivo constitucional contra acórdãos assim ementados:

Ação civil pública. Fornecimento de medicamentos. Ministério Público. Ilegitimidade. Direito individual cuja legitimidade ativa compete àquele que se diz necessitado. Nos termos da lei processual “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei” (art. 6º do Cód. de Proc. Civil). Definidas em lei, de forma taxativa, as finalidades da ação civil pública, não pode o Ministério Público pretender por meio desta medida judicial, outro objeto. Processo principal extinto sem apreciação do mérito. Agravo de instrumento prejudicado.

Embargos de declaração. Inexistência de omissão a justificar a interposição do recurso (art. 535, incs. I e II do Cód. de Proc. Civil). Prequestionamento desnecessário. Recurso que objetiva a modificação do julgado. Impropriedade. Embargos rejeitados.

2. Sustenta-se violação do artigo 25, IV, **a**, da Lei n. 8.625/1993 argumentando-se que:

A função ministerial - *a legitimidade do parquet* - somente estará se o interesse estiver sob a disponibilidade de seu titular. E tal não ocorre com o direito à saúde, que é objeto de proteção constitucional, afigurando-se direito indisponível. E, como tal, possível de ser tutelado pelo Ministério Público, ainda que o *parquet* esteja tutelando o interesse de uma única pessoa, que é o caso dos autos.

Ademais, negar legitimidade ao *parquet* no caso concreto, além de negar o próprio direito constitucional, é negar o desenvolvimento do direito processual vigente à pessoa humana.

3. Constitui função institucional e nobre do Ministério Público buscar a entrega da prestação jurisdicional para obrigar o Estado a fornecer medicamento essencial à saúde de pessoa pobre especialmente quando sofre de doença grave que se não for tratada poderá causar, prematuramente, a sua morte. Legitimidade ativa do Ministério Público para propor ação civil pública em defesa de direito indisponível, como é o direito à saúde, em benefício do hipossuficiente.

4. Recurso especial provido para, reconhecendo a legitimidade do Ministério Público para a presente ação, determinar o reenvio dos autos ao juízo recorrido para que este se pronuncie quanto ao mérito.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr.

Ministro Relator. Os Srs. Ministros Luiz Fux, Teori Albino Zavascki e Denise Arruda votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 28 de março de 2006 (data do julgamento).

Está, portanto, o Ministério Público autorizado a zelar pela tutela da saúde, nos termos do art. 127 do Texto Constitucional. No dizer do e. Min. José Delgado: “negar legitimidade ao *parquet* no caso concreto, além de negar o próprio direito constitucional, é negar o desenvolvimento do direito processual vigente à pessoa humana.” (julgado acima transcrito).

Nesse mesmo sentido, a decisão (julgado do dia 27.02.2007, REsp n. 699.599) proferida pela 1ª Turma deste Superior Tribunal, na relatoria do e. Min. Teori Albino Zavascki. Os Ministros entenderam, por unanimidade, que o Ministério Público tem legitimidade para a defesa dos direitos individuais indisponíveis, mesmo quando a ação vise à proteção de uma única pessoa:

Processual Civil. Recurso especial. Fornecimento de tratamento médico a menor. Direito à vida e à saúde. Direito individual indisponível. Legitimação extraordinária do *Parquet*. Art. 127 da CF/1988. Precedentes.

1. O Ministério Público possui legitimidade para defesa dos direitos individuais indisponíveis, mesmo quando a ação vise à tutela de pessoa individualmente considerada.

2. O artigo 127 da Constituição, que atribui ao Ministério Público a incumbência de defender interesses individuais indisponíveis, contém norma auto-aplicável, inclusive no que se refere à legitimação para atuar em juízo.

3. Tem natureza de interesse indisponível a tutela jurisdicional do direito à vida e à saúde de que tratam os arts. 5º, *caput* e 196 da Constituição, em favor de menor que precisa fazer uso contínuo de medicamento. A legitimidade ativa, portanto, se afirma, não por se tratar de tutela de direitos individuais homogêneos, mas sim por se tratar de interesses individuais indisponíveis. Precedentes: REsp n. 716.512-RS, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJ de 14.11.2005; EDcl no REsp n. 662.033-RS, Rel. Min. José Delgado, 1ª Turma, DJ de 13.06.2005.

4. Recurso especial a que se dá provimento.

Ao recusar-se a custear o “Tratamento Fora do Domicílio” (TFD), o Estado descumpriu a Constituição Federal, notadamente o art. 196.

Ainda que a ação concreta do *Parquet* dirija-se à tutela da saúde de *um único sujeito*, a abstrata inspiração ético-jurídica para seu agir não é o indivíduo, mas a coletividade. No fundo, o que está em jogo é um interesse público primário, dorsal no sistema do Estado Social, como porta-voz que é do sonho

realizável de uma sociedade solidária, sob a bandeira do respeito absoluto à dignidade da pessoa humana.

Peço vênia para divergir do e. Relator, pelos motivos acima aduzidos e em especial pelo precedente citado, julgado por unanimidade nesta 2ª Turma do STJ (REsp n. 688.052-RS), favoravelmente à *tese da legitimidade do Ministério Público, mesmo que para defender o direito indisponível de uma única pessoa. Desprovejo o Recurso Especial do Estado de Minas Gerais.*

É como *voto*.

RATIFICAÇÃO DE VOTO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: No voto que proferi, sustentei o entendimento de que falta ao Ministério Público legitimidade para pleitear em juízo o fornecimento pelo Estado de tratamento médico a *pessoa determinada*, pois a defesa em nome de uma pessoa, por certo, afasta a característica de homogeneidade necessária ao ajuizamento de ações coletivas. A propositura de ação civil pública pressupõe a defesa de um grupo de pessoas ligadas por uma situação de origem comum, e um único indivíduo não abarca tal característica, em que pese a busca de defesa de um direito tido por indisponível pela Constitucional Federal.

Ante o voto vista do Ministro Herman Benjamin, resolvi pedir vista regimental a fim de avaliar meu posicionamento. Todavia, apesar dos judiciosos fundamentos trazidos pelo i. Ministro, não observei nenhuma divergência mais profunda com relação ao meu voto. Apenas ele defendeu o fundamento de que a legitimidade ativa do Ministério Público se afirma quando há interesses individuais indisponíveis, independentemente de o direito referir-se apenas ao interesse particularizado, enquanto eu sustento que o *Parquet* não tem tal legitimidade, além de a ação civil pública constituir meio impróprio para a defesa de interesse individual *não* homogêneo.

Como afirmei, a Constituição Federal, em seu art. 129, estabelece caber ao Ministério Público a defesa do patrimônio público, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, *in verbis*:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

Na mesma linha da Carta Magna, a Lei Orgânica do Ministério Público (n. 8.625/1993) dispõe ser função desse órgão promover ações para a defesa de vários interesses, entre os quais os individuais indisponíveis e homogêneos:

Art. 25. Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público:

IV - promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei:

a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e *individuais indisponíveis e homogêneos*;

Ora, se descaracterizada a dimensão coletiva que é própria de tais ações, estar-se-ia conferindo ao Ministério Público a possibilidade de defender direito particularizado em afronta à Lei Federal. Portanto, é certo que o Ministério Público não possui legitimidade para agir como substituto processual nas hipóteses em que incabível a ação coletiva, ou como representante processual, se fosse possível *in casu*, pois essa função foi outorgada pela Constituição Federal apenas à Defensoria Pública.

Colhe-se, a propósito, doutrina de Humberto Theodoro Júnior, *in* Curso de Direito Processual Civil – Procedimentos Especiais –, 38ª edição, p. 545:

Não se pode admitir, todavia, que o Ministério Público use sua titularidade da ação civil pública (coletiva por natureza) para utilizá-la em ação singular na defesa individual e isolada de determinado consumidor. A substituição processual ocorre sempre como exceção aberta pela lei (CPC, art. 6º). A que se dá na ação civil pública é necessariamente coletiva. Pode até existir substituição processual exercitável pelo Ministério Público em relação a indivíduo apartado de qualquer coletividade, mas isto dependerá de previsão em lei especial. Fora dessas situações excepcionais, o Ministério Público é carecedor de ação individual em defesa de consumidor.

Esta Turma inclusive, na sessão realizada no dia 04.09.2007, no julgamento do REsp n. 620.622-SP, em que o Ministério Público havia ajuizado ação civil pública buscando o fornecimento pelo Estado de medicamentos a uma pessoa particularizada, votou no sentido de que o Ministério Público não tem legitimidade para tanto.

Contudo, naquele julgamento, o Sr. Ministro Humberto Martins trouxe interessantes reflexões, que agreguei ao meu voto e que aqui reproduzo:

A representação processual foi outorgada pela Constituição Federal à Defensoria Pública. Todavia, não posso deixar de firmar que é preocupante o fato de que não há Defensoria Pública organizada em todo o território nacional apta a atender a população necessitada (art. 134 da Constituição Federal). Portanto, se por um lado a hipossuficiência, por si, não é indicadora da legitimação do Ministério Público para, em nome próprio, agir em defesa de direito alheio, por outro, não se pode deixar sem assistência judiciária o necessitado, porque aí sim estar-se-ia ferindo a Constituição Federal, que determina seja prestada assistência jurídica gratuita aos desprovidos de recursos financeiros – art. 5º, LXXIV.

O Ministro Humberto Martins trouxe em seu voto julgados do Supremo Tribunal Federal nos quais se decidiu acerca da recepção pela Constituição Federal do art. 68 do Código de Processo Penal, o qual conferia legitimidade ao Ministério Público para promover a ação civil de reparação de danos *ex delicto*. A solução que vingou foi no sentido de que tal legitimidade se verifica até que as Defensorias Públicas vierem a se organizar.

No Recurso Extraordinário n. 135.328-7, o Ministro Sepúlveda Pertence, em seu voto, sustentou que, não obstante no contexto da Constituição de 1988 a competência para o patrocínio de tais ações esteja sob o encargo da Defensoria Pública, isso somente deve dar-se quando e onde ela esteja organizada. Observa-se:

28. Estou em que, no contexto da Constituição de 1988, essa atribuição deva efetivamente reputar-se transferida do Ministério Público para a Defensoria Pública: essa, porém, para esse fim, só se pode considerar existente, onde e quando organizada, de direito e de fato, nos moldes do art. 134 da própria Constituição e da lei complementar por ela ordenada: até que – na União ou em cada Estado considerado –, se implemente essa condição de viabilidade da cogita transferência constitucional de atribuições, o art. 68 C.Pr.Pen. será considerado ainda vigente.

Ora, o mesmo raciocínio prevalece para a hipótese em questão, pois, não obstante a defesa dos direitos individuais sem caráter coletivo seja atribuição da Defensoria Pública, e não do Ministério Público, certo que aquela não está implantada de forma a poder atender a população de forma generalizada.

Assim, embora a questão relativa ao art. 68 do CPP diga respeito à sua recepção pela Constituição Federal de 1988, hipótese não tratada nos presente autos, a questão se faz similar, pois são discutidas as atribuições do Ministério Público em face da Defensoria Pública.

Se a Constituição determina que seja dada assistência judiciária à população carente e, em seu art. 134, confere tal atribuição à Defensoria Pública, que, por sua vez, não está devidamente organizada para atender toda a população necessitada, não se pode impedir que o Ministério Público, mesmo sob a hipótese da legitimação extraordinária (que não é o caso da Defensoria Pública), o faça, sob pena de se ferir preceito da própria constituição – art. 5º LXXIV.

Contudo, para o caso em questão, o Ministro Humberto Martins trouxe importante informação, a de que o Estado do Rio Grande do Sul possui Defensoria Pública devidamente organizada desde 1994, inclusive no Município de Uruguaiana, domicílio do “substituído”.

Ora, em face de tal circunstância, cabe à Defensoria Pública atuar como representante das pessoas mais necessitadas, ficando o Ministério Público adstrito à defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos na forma do art. 129, III, da Constituição Federal e do art. 25, IV, **a**, da Lei n. 8.625/1993.

Em que pese a decisão acima, a discussão acerca da representação pela Defensoria Pública não foi aventada nos presentes autos e não há elementos que permitam a verificação da existência de Defensoria Pública na Comarca de Visconde do Rio Branco, onde o recorrido tem domicílio.

Assim, como sustento o entendimento de que *(a)* o disposto no art. 129, III, na Constituição Federal e no art. 25, IV, **a**, da Lei n. 8.625/1993 não confere legitimidade ao Ministério Público para funcionar como substituto processual em ações civis públicas em que se busca defender interesses particulares; *(b)* de que não é possível o ajuizamento de ação civil pública para postular direito individual que, apesar de indisponível, seja destituído da dimensão coletiva; e *(c)* de que cabe à Defensoria Pública atuar como representante das pessoas mais necessitadas, *mantenho o meu voto*.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Castro Meira: Cuida-se de recurso especial interposto com base nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional em face de acórdão assim ementado:

Ementa: Ação civil pública. Ministério Público. Legitimidade. Direito individual indisponível. Tratamento fora do domicílio. Usuário do SUS. Procedimento cirúrgico. Tratamento médico não disponível no Município. Garantia constitucional do direito à saúde. Recurso improvido. “De acordo com a Carta Magna cabe ao Ministério Público a defesa dos direitos individuais indisponíveis

(art. 127), bem como, esta lhe assegura a promoção de medidas necessárias para a garantia de suas atribuições (art. 129, II); “É de responsabilidade concorrente da União, Estados e Municípios o dever de garantir saúde à todos; tal lição, emana da Carta Maior” (fl. 212).

No recurso especial, o Estado de Minas Gerais sustentou a ilegitimidade *ad causam* do Ministério Público para requerer o custeio de tratamento médico diferenciado de Hander da Silva.

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha, relator do presente feito, afastou a legitimidade ativa do Ministério Público por não se tratar de direitos homogêneos.

Em voto-vista, o Sr. Ministro Herman Benjamin divergiu do ilustre Relator e proferiu voto fundado no artigo 127 da Carta da República que autoriza o Ministério Público zelar pela defesa de direitos individuais indisponíveis.

Concluiu, ainda, Sua Excelência, que, “ainda que o *parquet* esteja tutelando o interesse de uma única pessoa, o direito à saúde não atinge apenas o requerente, mas todos os que se encontram em situação equivalente. Trata-se de interesse público primário, indisponível”.

Em face da divergência, pedi vista dos autos para melhor refletir sobre a matéria.

Início pela menção ao *caput* do artigo 127 da Constituição de 1988 que define a competência do Ministério Público:

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

No artigo 129, II, há a especificação que deve o *Parquet* agir sempre que necessário para garantir o cumprimento dos direitos garantidos na Constituição:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

Já o direito à saúde vem exposto nos artigos 6º e 196 da Carta Magna:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

O direito à saúde insere-se no rol de direitos indisponíveis do cidadão brasileiro. Conseqüentemente, houve clara intenção do constituinte de garantir seu cumprimento, inclusive dando ao Ministério Público a função de zelar para que tais direitos não sejam desrespeitados.

Ainda que o artigo 129, III, a Lei Magna delimite o âmbito da ação civil pública que deve servir “para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”, faz-se necessária a conciliação de tal regra com os demais artigos acima mencionados, para conferir a legitimidade extraordinária ao Ministério Público para garantir os direitos individuais indisponíveis.

Tal conciliação se revela possível quando observamos a redação do artigo 6º da Lei Complementar n. 75/1993 que faz referência à possibilidade de utilização da via ação civil pública com o objetivo de defesa de direitos individuais indisponíveis.

Trago à baila o referido artigo de lei:

Art. 6º Compete ao Ministério Público da União:

(...)

VII - promover o inquérito civil e a ação civil pública para:

(...)

d) outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos.

Em suma, a legitimidade do Ministério Público encontra respaldo tanto na legislação constitucional quanto infraconstitucional.

Nesse sentido, já se manifestou a Primeira Seção desta Corte:

Processual Civil. Embargos de divergência. Ação civil pública. Tratamento médico. Menor. Direito individual indisponível. Legitimidade ativa do Ministério Público. Configuração. Precedentes do STF e STJ. Embargos de divergência providos.

1. A Primeira Seção deste Tribunal Superior pacificou o entendimento das Turmas de Direito Público no sentido de que o Ministério Público possui

legitimidade para ajuizar medidas judiciais para defender direitos individuais indisponíveis, ainda que em favor de pessoa determinada: EREsp n. 734.493-RS, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 16.10.2006; EREsp n. 485.969-SP, Rel. Min. José Delgado, DJ de 11.09.2006.

2. No mesmo sentido são recentes precedentes desta Corte Superior: EREsp n. 466.861-SP, 1ª Seção, Rel. Min Teori Albino Zavascki, DJ de 07.05.2007; REsp n. 920.217-RS, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 06.06.2007; REsp n. 852.935-RS, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 04.10.2006; REsp n. 823.079-RS, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 02.10.2006; REsp n. 856.194-RS, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJ de 22.09.2006; REsp n. 700.853-RS, 1ª Turma, Rel. para acórdão Min. Luiz Fux, DJ de 21.09.2006; REsp n. 822.712-RS, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 17.04.2006.

3. Embargos de divergência providos. (EREsp n. 664.139-RS, Rel. Min. Denise Arruda, DJU de 26.11.2007).

Nesse precedente, a eminente Relatora assim votou:

Dispõe o art. 127 da Constituição Federal: “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.” Por sua vez, o art. 129 da Carta Magna estabelece como função institucional do Ministério Público “exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade”. A interpretação do Supremo Tribunal Federal sobre os referidos dispositivos constitucionais é no sentido de que “A Carta Federal outorgou ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa dos interesses individuais indisponíveis, podendo, para tanto, exercer outras atribuições prescritas em lei, desde que compatível com sua finalidade institucional (CF, artigos 127 e 129)” (excerto da ementa do RE n. 248.869-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 12.03.2004, p. 773).

Portanto, presente a necessidade de proteção ao direito à saúde - tratamento médico -, o qual, indiscutivelmente, deve ser considerado como direito individual indisponível, é lícito afirmar que o Ministério Público é legitimado a defender o referido direito, ainda que em favor de pessoa determinada.

Tal orientação foi reiterada no julgamento dos EREsp n. 819.010-SP, em que foi relator para acórdão o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki:

Processual Civil. Embargos de divergência. Fornecimento de medicamento a menor carente. Direito à saúde. Direito individual indisponível. Legitimação extraordinária do Ministério Público. Art. 127 da CF/1988. Precedentes.

1. O Ministério Público possui legitimidade para defesa dos direitos individuais indisponíveis, mesmo quando a ação vise à tutela de pessoa individualmente considerada.

2. O artigo 127 da Constituição, que atribui ao Ministério Público a incumbência de defender interesses individuais indisponíveis, contém norma auto-aplicável, inclusive no que se refere à legitimação para atuar em juízo.

3. Tem natureza de interesse indisponível a tutela jurisdicional do direito à vida e à saúde de que tratam os arts. 5º, *caput* e 196 da Constituição, em favor de menor carente que necessita de medicamento. A legitimidade ativa, portanto, se afirma, não por se tratar de tutela de direitos individuais homogêneos, mas sim por se tratar de interesses individuais indisponíveis. Precedentes: REsp n. 734.493-RS, 1ª Seção, DJ de 16.10.2006; REsp n. 826.641-RS, 1ª Turma, de minha relatoria, DJ de 30.06.2006; REsp n. 716.512-RS, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 14.11.2005; EDcl no REsp n. 662.033-RS, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 13.06.2005; REsp n. 856.194-RS, 2ª T., Ministro Humberto Martins, DJ de 22.09.2006, REsp n. 688.052-RS, 2ª T., Ministro Humberto Martins, DJ de 17.08.2006.

4. Embargos de divergência não providos. (DJU de 29.09.2008)

O voto-condutor de Sua Excelência adotou os seguintes fundamentos:

2. O Ministério Público tem legitimidade para defesa dos direitos individuais indisponíveis, mesmo quando a ação vise à tutela de pessoa individualmente considerada. No que diz respeito ao estrito tema da legitimidade ativa do Ministério Público, a questão se resolve pelo art. 127 da Constituição, segundo o qual “o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. No caso dos autos, os interesses tutelados são inquestionavelmente interesses individuais indisponíveis. Busca-se, com efeito, tutelar os direitos à vida e à saúde de que tratam os arts. 5º, *caput* e 196 da Constituição em favor de criança carente que necessita de medicamento. A legitimidade ativa, portanto, se afirma, não por se tratar de tutela de direitos individuais homogêneos, mas sim por se tratar de interesses individuais indisponíveis.

Poder-se-ia, quem sabe, duvidar da auto-aplicabilidade do art. 127 da CF, em face do seu conteúdo indeterminado, o que comprometeria sua força normativa para, desde logo, independentemente de intermediação do legislador infraconstitucional, autorizar o Ministério Público a propor demandas judiciais em defesa dos bens jurídicos ali referidos. A dúvida não tem consistência. Mesmo quando genéricas, as normas constitucionais possuem, em algum grau, eficácia e operatividade. “Não há norma constitucional alguma destituída de eficácia. Todas elas irradiam efeitos jurídicos, importando sempre uma inovação da ordem jurídica preexistente...”, ensina José Afonso da Silva. (Auto-aplicabilidade das normas constitucionais, SP, RT, 1968, p. 75). Ora, o preceito constitucional que confere ao Ministério Público a incumbência de promover

a defesa de direitos individuais indisponíveis (art. 127) é um preceito completo em si mesmo, apto a legitimar o agente ministerial, se for o caso, a exercer inclusive judicialmente a incumbência ali atribuída. Trata-se de preceito muito mais específico que o contido, por exemplo, no art. 82, III, do CPC, que atribui ao Ministério Público a competência para intervir em todas as causas em que há interesse público. Muito se questionou a respeito da extensão de tal comando processual, mas jamais se duvidou de sua auto-aplicabilidade. A mesma atitude interpretativa se há de ter frente à norma constitucional do art. 127: pode-se questionar seu conteúdo, mas não sua suficiência e aptidão para gerar, desde logo, a eficácia que lhe é própria.

Outro não é o entendimento da Corte Suprema, conforme expressa recente julgado da relatoria do Sr. Ministro Eros Grau:

Agravo regimental no recurso extraordinário. Fornecimento de medicamentos. Ministério Público. Legitimidade ativa. Defesa de direitos sociais e individuais indisponíveis. Precedentes. 1. A Constituição do Brasil, em seu artigo 127, confere expressamente ao Ministério Público poderes para agir em defesa de interesses sociais e individuais indisponíveis, como no caso de garantir o fornecimento de medicamentos a hipossuficiente. 2. Não há que se falar em usurpação de competência da defensoria pública ou da advocacia privada. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE n. 554.088-AgR, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJe 20.06.2008).

No mesmo sentido também já se pronunciou o Sr. Ministro Celso de Mello: “ (...) a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse, como prestações de relevância pública, as ações e serviços de saúde (CF, art. 197), em ordem a legitimar a atuação do *Ministério Público* e do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anormalmente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante. (RE n. 271.286-AgR, DJ 24.11.2000).

Como se vê, o voto divergente acha-se em harmonia com as manifestações desta Corte e do Pretório Excelso.

Ante o exposto, acompanho a divergência jurisprudencial inaugurada pelo Sr. Ministro Herman Benjamin *para negar provimento ao recurso especial*.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 912.017-MT (2006/0278663-8)

Relator: Ministro Mauro Campbell Marques

Recorrente: Agropastoril Prata Ltda

Advogada: Juliana Moura Alvarenga e outro(s)

Recorrido: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - Incra

Procurador: Valdez Adriani Farias

EMENTA

Processual Civil e Administrativo. Recurso especial interposto nos autos de agravo de instrumento. Não incidência do veto constante da Súmula n. 207-STJ. Desapropriação para fins de reforma agrária. Levantamento dos 20% restantes do valor inicialmente depositado a título de benfeitorias úteis e necessárias. Cumprimento das exigências constantes nos arts. 6º e 16 da Lei Complementar n. 76/1993. Publicação de editais. Trânsito em julgado da sentença.

1. Trazem os autos recurso especial que ataca acórdão do TRF-1ª Região que negou provimento a agravo de instrumento interposto em face do indeferimento do pedido de levantamento de depósito judicial remanescente, referente à indenização por benfeitorias úteis e necessárias de imóvel objeto da ação de desapropriação para fins de reforma agrária, ao entendimento de que não foram cumpridas as exigências constantes dos arts. 6º e 16 da Lei Complementar n. 76/1993, quais sejam, publicação de editais e trânsito em julgado da sentença.

2. Afasta-se preliminar de não conhecimento do recurso especial pela incidência do veto constante na Súmula n. 207-STJ, pois não era hipótese de embargos infringentes, tanto porque a decisão majoritária fora proferida em agravo de instrumento, seja porquanto não houve reforma da decisão de primeira instância.

3. O art. 16 da Lei Complementar n. 76/1993 determina que, em ação de desapropriação de imóvel rural, por interesse social, para fins de reforma agrária, a liberação da indenização ou depósito judicial pressupõe o trânsito em julgado da respectiva sentença.

4. Na hipótese, a ausência de impugnação dos valores fixados a título de indenização por desapropriação torna incontroversa a parte do *decisum* não contestada pelo expropriante, perfazendo-se, em relação àqueles valores, o trânsito em julgado. É que, abstendo-se o expropriante de interpor recurso a fim de discutir os valores fixados, tais valores não poderão ser reduzidos, ainda que pendente de apreciação a pretensão recursal da parte expropriada. Essa interpretação coaduna-se com o princípio constitucional da prévia e justa indenização ao expropriado, e assemelha-se àquela relativa à expedição de precatório da parte incontroversa, tendo essa Corte firmado posicionamento no sentido de que a execução da parcela da dívida não impugnada pelo ente público deve ter regular prosseguimento, ausente, em consequência, óbice à expedição de precatório.

5. No caso em exame, é fato incontroverso que não houve apresentação de recurso pelo Incra para o fim de impugnar o valor delineado em relação à indenização das benfeitorias úteis e necessárias, o que evidencia a ocorrência do trânsito em julgado para a autarquia expropriante em relação ao montante sobre o qual inexistente controvérsia. Sendo assim, resta atendido o requisito previsto no art. 16 da Lei Complementar n. 76/1993, indispensável para o deferimento do pedido de expedição de alvará para liberação dos valores correspondentes aos 20 % (vinte por cento) restantes do depósito inicialmente feito pelo Incra, relativos às benfeitorias úteis e necessárias.

6. Vale ressaltar que, estando em trâmite a Ação Ordinária n. 2003.36.00.013941-2, na qual há discussão sobre a legitimidade da transferência da propriedade a particulares pelo Estado do Mato Grosso (por se tratar de imóvel situado dentro da denominada faixa de fronteira, que assim seria do domínio da União) deve a quantia fixada a título de indenização pela área expropriada aguardar a solução da controvérsia dominial para ser liberada, conforme já foi determinado nos autos da mencionada ação. Todavia, o que se pretende por meio do presente recurso especial é a liberação dos valores decorrentes da indenização das benfeitorias úteis e necessárias, e não das terras desapropriadas, o que, repita-se, não seria possível em face da discussão sobre a nulidade dos títulos de propriedade.

7. Por fim, impende considerar que não se trata aqui de levantamento inicial de 80% da indenização depositada, mas sim do saldo remanescente de 20%, não se impondo, quanto a essa última parcela, a publicação de editais para certificação da titularidade do bem, visto que tal formalidade já foi devidamente cumprida no início da ação.

8. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Eliana Calmon, Castro Meira, Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Humberto Martins.

Brasília (DF), 20 de agosto de 2009 (data do julgamento).

Ministro Mauro Campbell Marques, Relator

DJe 08.09.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: Trata-se de recurso especial (fls. 147-156) contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região que, nos autos do agravo de instrumento manejado contra o indeferimento do pedido de levantamento do valor relativo a 20% do depósito judicial remanescente, fixado a título de benfeitorias em ação expropriatória efetuada no imóvel rural denominado “Fazenda do Prata”, manifestou-se nos termos da seguinte ementa (fl. 130):

Processual Civil. Administrativo. Ação de desapropriação. Decisão que negou pedido de levantamento dos 20% remanescentes. Ausência de trânsito em julgado. Publicação de editais. Direito de terceiros.

1. A exigência do trânsito em julgado da sentença, para autorização do levantamento do restante do depósito feito pelo Incra, não é mera formalidade. Há necessidade da publicação dos editais para preservação de eventual direito de terceiros.

2. Agravo de instrumento improvido.

Opostos embargos de declaração, estes foram rejeitados por aresto sintetizado nos seguintes termos (fl. 143):

Processual Civil. Embargos de declaração. Agravo de instrumento. Desapropriação. Decisão mantida. Levantamento dos 20% restantes do depósito antes do trânsito em julgado. Ausência de omissão.

1. A primeira publicação de editais não supre a segunda, quando foram levantados os 20% restantes do depósito.

2. Ainda que a Autarquia não tenha recorrido, não ocorreu o trânsito em julgado, condição imposta no art. 16 da LC n. 76/1993 para que seja autorizado o levantamento do remanescente do depósito feito pela Autarquia Expropriante.

3. Não há omissões.

4. Embargos rejeitados.

Nas razões do especial, aviado pelas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, o recorrente indica violação ao disposto no art. 16 da Lei Complementar n. 76/1993, sustentando, em apertada síntese, que o referido dispositivo legal exige a publicação de editais tão somente para expedição de alvará de 80% do valor inicialmente depositado pelo expropriante, sendo que, em relação ao levantamento dos 20% remanescentes, não há tal exigência.

Salienta que a regra do art. 6º, § 1º, da Lei Complementar n. 76/1993 é aplicável apenas no levantamento do depósito quando do recebimento da petição inicial e não após o trânsito em julgado.

Ressalta, ainda, que restou preenchido o requisito do trânsito em julgado da sentença para o Incra, haja vista que o processo principal encontra-se no Tribunal de origem, já tendo sido julgada a apelação, que confirmou a decisão de primeira instância, encontrando-se pendente de julgamento apenas os embargos declaratórios opostos pela ora recorrente, pois inexistente recurso da autarquia que deixou de apresentar impugnação contra o valor fixado na sentença.

Indica como dissidentes julgados oriundos do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, nos quais se autorizou o levantamento do valor incontroverso depositado pelo Incra.

Às fls. 164-166, o Incra apresentou contrarrazões pugnando, em preliminar, pelo não conhecimento do apelo em face do óbice da Súmula n. 207 do STJ, na medida em que não foram opostos embargos infringentes contra acórdão proferido por maioria pelo Tribunal de origem. No mérito, assevera que o art. 16 da Lei Complementar n. 76/1973 estatui que o levantamento da indenização somente poderá ser autorizada após o trânsito em julgado da sentença.

Juízo prévio de admissibilidade às fls. 168-169.

Por parecer de fls. 184-186, o Ministério Público Federal opinou pela manutenção do acórdão recorrido.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques (Relator): Conforme relatado, trazem os autos recurso especial que ataca acórdão do TRF-1ª Região que negou provimento a agravo de instrumento interposto em face do indeferimento do pedido de levantamento de depósito judicial remanescente, objeto da ação de desapropriação, ao entendimento de que não foram cumpridas as exigências constantes dos arts. 6º e 16 da Lei Complementar n. 76/1993, quais sejam, publicação de editais e trânsito em julgado da sentença.

Inicialmente, rejeito a preliminar suscitada nas contra-razões, pois não era hipótese de embargos infringentes, tanto porque a decisão majoritária fora proferida em agravo de instrumento, seja porquanto não houve reforma da decisão de primeira instância.

Quanto ao cerne do recurso especial, cumpre observar que o art. 16 da Lei Complementar n. 76/1993 determina que, em ação de desapropriação de imóvel rural, por interesse social, para fins de reforma agrária, a liberação da indenização ou depósito judicial pressupõe o trânsito em julgado da respectiva sentença, senão vejamos, *in verbis*:

Art. 16. A pedido do expropriado, após o trânsito em julgado da sentença, será levantada a indenização ou o depósito judicial, deduzidos o valor de tributos e multas incidentes sobre o imóvel, exigíveis até a data da imissão na posse pelo expropriante.

A ausência de impugnação dos valores fixados a título de indenização por desapropriação torna incontroversa a parte do *decisum* não contestada pelo

expropriante, perfazendo-se, em relação àqueles valores, o trânsito em julgado. É que, abstendo-se o expropriante de interpor recurso a fim de discutir os valores fixados, tais valores não poderão ser reduzidos, ainda que pendente de apreciação a pretensão recursal da parte expropriada.

Essa interpretação coaduna-se com o princípio constitucional da prévia e justa indenização ao expropriado e encontra respaldo na jurisprudência pacificada no âmbito da Primeira Seção desta Corte, conforme se afere do seguinte julgado:

Processual Civil. Administrativo. Desapropriação para fins de reforma agrária. Interpretação do art. 12, da Lei n. 8.629/1993. Matéria fático-probatória. Súmula n. 7-STJ. Juros compensatórios. Honorários advocatícios. Art. 16 LC n. 76/1993. Expedição de alvará. Levantamento de parcela indenizatória. Remanescente matéria incontroversa. Trânsito em julgado.

(...)

9. No que pertine ao levantamento de 20% do valor indenizatório remanescente esta Corte já se manifestou no sentido de que *prevalece os efeitos da sentença, já com trânsito em julgado, proferida no processo de conhecimento, e a determinação do juízo da causa, que determinou a expedição de alvarás para o levantamento do valor indenizatório em depósito*. Precedente: REsp n. 783.369-AM DJ 22.06.2006.

10. *In casu*, resta indubitável a legalidade do levantamento do saldo remanescente, tendo em vista a manifesta preclusão da matéria, que não restou impugnada pelo Incra, porquanto não se insurgiu contra o valor ofertado à título indenizatório, o que enseja o trânsito em julgado acerca da questão, em plena conformidade ao artigo 16 da Lei Complementar n. 76/1993.

11. Interpretação que melhor se harmoniza com o princípio constitucional da prévia e justa indenização ao expropriado. É que, inexistindo discussão sobre o título de propriedade e satisfeita a condição relativa à quitação de tributos incidentes sobre o imóvel, o que se efetivara com o levantamento inicial, de 80% da oferta, tem-se como não mais sujeita à revisão da matéria *referente ao valor reconhecido como devido pela própria autarquia*. Cuida-se de matéria incontroversa, cuja acolhida da pretensão recursal especial da expropriante não teria o condão de reduzir o valor ofertado.

12. Entendimento análogo ao firmado por esta Corte no sentido de ser possível a expedição de precatório relativo à parte incontroversa. *Precedentes: (REsp n. 658.542-SC, DJ 26.02.2007; REsp n. 522.252-RS, DJ 26.02.2007; AgRg nos EREsp n. 716.381-P, DJ 05.02.2007)*.

13. Recursos especiais desprovidos. (REsp n. 713.145-PE, Primeira Turma, rel. Ministro Luiz Fux, DJe 03.03.2008)

Como bem asseverado no paradigma transcrito, tal hipótese assemelha-se àquela relativa à expedição de precatório da parte incontroversa, tendo essa Corte firmado posicionamento no sentido de que a execução da parcela da dívida não impugnada pelo ente público deve ter regular prosseguimento, ausente, em consequência, óbice à expedição de precatório. Sobre o tema, citam-se os seguintes julgados:

Processual Civil. Execução contra a Fazenda Pública. Embargos do devedor. Expedição. Precatório. Parte incontroversa. Fundamentação no art. 739, § 2º, CPC. Possibilidade. Recurso desprovido.

I - A Eg. Quinta Turma desta Corte Superior, analisando melhor a questão referente ao art. 739, § 2º, do Código de Processo Civil, pacificou entendimento no sentido de que é possível a expedição de precatório da parte incontroversa em sede de execução contra a Fazenda Pública.

II - Agravo interno desprovido. (AgRg nos EREsp n. 692.044-RS, Corte Especial, rel. Ministro Arnaldo Esteves de Lima, DJe 21.08.2008)

Processual Civil e Administrativo. Embargos à execução. Mandado de segurança. Ordem concedida. TDA. Expurgos. Juros moratórios e compensatórios. Silêncio quanto ao termo inicial e final dos juros. Índice aplicável para correção dos juros não pagos. Impugnação quanto à titularidade dos TDAs. Impossibilidade. Precatório. Expedição. Parcela incontroversa. Possibilidade.

(...)

12. O procedimento executório contra a Fazenda de obrigação de pagar quantia certa é aquele estabelecido nos arts. 730 e 731 do CPC que, em se tratando de execução provisória, deve ser compatibilizado com as normas constitucionais.

13. Os parágrafos 1º, 1º-A, ambos com a redação da EC n. 30, de 13.09.2000, e 3º do art. 100 da Constituição, determinam que a expedição de precatório ou o pagamento de débito de pequeno valor de responsabilidade da Fazenda Pública, decorrentes de decisão judicial, mesmo em se tratando de obrigação de natureza alimentar, pressupõem o trânsito em julgado da respectiva sentença.

3. A possibilidade de expedição de precatório da parcela incontroversa em sede de execução contra a Fazenda Pública é matéria pacificada pela Corte Especial do E. STJ (ERESP n. 721.791-RS; EREsp n. 638.620-S, EREsp n. 658.542-SC)

14. O indeferimento de pedido de expedição de precatórios para aquelas parcelas que se tornaram preclusas e, via de consequência, imodificáveis, atenta contra a efetividade e a celeridade processual.

15. Agravos regimentais desprovidos para manter a decisão que adotou os cálculos apresentados às fls. 201-216, pela Coordenadoria de Execução Judicial,

referente ao “Quadro Resumo 01”, bem como, aquela que deferiu a expedição de precatório da parcela incontroversa. (AgRg na Pet n. 1.571-DF, Primeira Seção, rel. Ministro Luiz Fux, DJe 04.06.2008)

Na hipótese em exame, é fato incontroverso que não houve apresentação de recurso pelo Incra para o fim de impugnar o valor delineado em relação à indenização das benfeitorias úteis e necessárias, o que evidencia a ocorrência do trânsito em julgado para a autarquia expropriante em relação ao montante sobre o qual inexistia controvérsia.

Sendo assim, resta indubitável o atendimento do requisito previsto no art. 16 da Lei Complementar n. 76/1993, indispensável para o deferimento do pedido de expedição de alvará para liberação dos valores correspondentes aos 20 % (vinte por cento) restantes do depósito inicialmente feito pelo Incra.

É bem verdade que, estando em trâmite a Ação Ordinária n. 2003.36.00.013941-2, na qual há discussão sobre a legitimidade da transferência da propriedade a particulares pelo Estado do Mato Grosso (por se tratar de imóvel situado dentro da denominada faixa de fronteira, que assim seria do domínio da União) deve a quantia fixada a título de indenização pela área expropriada aguardar a solução da controvérsia dominial para ser liberada, conforme já foi determinado nos autos da mencionada ação. Todavia, o que se pretende por meio do presente recurso especial é a liberação dos valores decorrentes da indenização das benfeitorias úteis e necessárias, e não das terras desapropriadas, o que, repita-se, não seria possível em face da discussão sobre a nulidade dos títulos de propriedade. Assim, não há óbice ao levantamento da quantia depositada, excetuando-se apenas o montante equivalente à honorários advocatícios e periciais, haja vista a condenação dos expropriados ao pagamento das mencionadas verbas.

Por fim, impende considerar que não se trata aqui de levantamento inicial de 80% da indenização depositada, mas sim do saldo remanescente de 20%, não se impondo, quanto a essa última parcela, a publicação de editais para certificação da titularidade do bem, visto que tal formalidade já foi devidamente cumprida no início da ação. É essa a conclusão que se extrai da leitura do seguinte dispositivo legal:

Art. 6º O juiz, ao despachar a petição inicial, de plano ou no prazo máximo de quarenta e oito horas:

§ 1º Inexistindo dúvida acerca do domínio, ou de algum direito real sobre o bem, ou sobre os direitos dos titulares do domínio útil, e do domínio direto, em caso de enfiteuse ou aforamento, ou, ainda, inexistindo divisão, hipótese em que o valor da indenização ficará depositado à disposição do juízo enquanto os interessados não resolverem seus conflitos em ações próprias, poderá o expropriando requerer o levantamento de oitenta por cento da indenização depositada, quitado os tributos e publicados os editais, para conhecimento de terceiros, a expensas do expropriante, duas vezes na imprensa local e uma na oficial, decorrido o prazo de trinta dias. (Renumerado do § 2º pela Lei Complementar n. 88, de 1996).

Pelas razões expostas, conheço do recurso especial e dou-lhe provimento para autorizar o levantamento da importância depositada a título de benfeitorias úteis e necessárias, retendo-se, todavia, o valor suficiente para eventual pagamento de honorários de sucumbência e reembolso dos honorários periciais, assim como das benfeitorias voluptuárias.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.115.393-RS (2009/0003802-6)

Relator: Ministro Castro Meira

Recorrente: Handlee Comércio de Artigos Esportivos Ltda

Advogados: Danilo Knijnik e outro(s)

Sérgio Luís Wetzel de Mattos e outro(s)

Leonardo Vesoloski e outro(s)

Recorrido: Fazenda Nacional

Procurador: Luís Alberto Reichelt e outro(s)

EMENTA

Processual Civil. Apelação. Pedido de vista. Continuidade do julgamento após 20 meses. Nova inclusão em pauta. Ausência. Cerceamento de defesa.

1. Após pedido de vista, a nova inclusão do feito em pauta de julgamento é dispensável quando se mostra razoável o lapso temporal decorrido entre o início do julgamento e sua prolação.

2. No caso, o adiamento durou mais de 20 (vinte) meses. Impediu-se, dessa forma, que a parte e seu patrono acompanhassem o desfecho do julgamento com a apresentação ou renovação de memoriais e audiências junto aos magistrados, o que atenta diretamente contra o princípio da não surpresa garantido aos litigantes.

3. A lesão ao direito de defesa revela-se ainda mais manifesta dada a circunstância de que a composição da Turma sofreu drástica alteração neste interregno, pois todos os magistrados que participaram da segunda assentada não eram membros do Órgão Colegiado na primeira sessão.

4. Precedente da Primeira Turma: EDREsp n. 417.804-PR, Rel. Min. Denise Arruda, Rel. para acórdão Min. José Delgado, DJU 11.10.2004.

5. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator. Sustentou oralmente Dr. Sérgio Mattos, pela parte recorrente: Handlee Comércio de Artigos Esportivos Ltda.

Brasília (DF), 06 de agosto de 2009 (data do julgamento).

Ministro Castro Meira, Relator

DJe 27.08.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Meira: Cuida-se de recurso especial interposto pelas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, nestes termos ementado:

Refis. Homologação tácita. Débito superior a R\$ 500.000,00. Impossibilidade.

1. Nos termos do art. 3º, § 4º, da Lei n. 9.964/2000, a homologação da opção pelo Refis é condicionada à prestação de garantia ou arrolamento de bens integrantes do patrimônio da pessoa jurídica, na forma do art. 64 da Lei n. 9.532/1997, a qual somente é dispensada para as pessoas jurídicas cujo débito consolidado seja inferior a R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), ou para aquelas optantes pelo Simples ao tempo da adesão (§ 5º do art. 3º da Lei n. 9.964/2000). 2. A homologação tácita, pelo transcurso de 75 (setenta e cinco) dias da adesão ao Refis, não se aplica às empresas cujos débitos excedam ao limite legal e que não fossem optantes do Simples ao tempo da opção. (fl. 375)

Os subsequentes embargos de declaração foram rejeitados em arestos encartados às folhas eletrônicas 393-396 e 412-416.

De início, o recorrente suscita divergência jurisprudencial e indica contrariedade ao art. 555, §§ 2º e 3º, do Código de Processo Civil-CPC, pois entende que ficou configurado cerceamento de defesa na medida em que o voto-vista no recurso de apelação foi proferida mais de 20 (vinte) meses após o adiamento sem que fosse providenciada nova publicação em pauta de julgamento.

Prossegue aduzindo contrariedade aos arts. 537, 552, § 3º, 554 e 556 do CPC, pois entende que o julgamento realizado na instância ordinária deveria ser renovado em função de substancial mudança na composição do Órgão Colegiado. Alega, ainda, que os embargos aclaratórios não poderiam ser apreciados sem prévia inclusão na pauta.

Noutro giro, sustenta que o julgamento dos declaratórios por Órgão Colegiado formado majoritariamente por juízes de primeira instância convocados acabaria por maltratar o art. 118 da Lei Complementar n. 35/1979.

Por fim, quanto à matéria de fundo, reputa ofendidos o art. 3º, § 5º, da Lei n. 9.964/2000 e o art. 10, § 4º, do Decreto n. 3.041/2000, sob o argumento de que não poderia ser excluída do Refis por não arrolar bens em garantia do débito, uma vez que havia optado pelo regime Simples de tributação. Insurge-se, ademais, contra a intimação por meio eletrônica, a qual maltrataria o art. 2º da Lei n. 9.784/1999, dentre outros.

Contrarrazões às fls. 561-573.

Admitido o apelo nobre, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Meira (Relator): Por surgir como questão prejudicial aos demais tópicos articulados no recurso especial, examino, inicialmente, a arguição de maltrato ao art. 555, §§ 2º e 3º, o qual se encontra devidamente prequestionado.

Narram os autos que, em sessão datada de 07.02.2006, o então desembargador relator do recurso de apelação interposto pela União proferiu seu voto e, na sequência, houve pedido de vista formulado por outro membro do Órgão Colegiado. Sem que houvesse nova inclusão em pauta, o voto-vista – acompanhando o relator – foi exarado em 09.10.2007, após um intervalo de mais de 20 (vinte) meses e diante de uma composição completamente diferente da Turma, incluindo o juiz que requereu originariamente vista dos autos.

No entender do recorrente, este procedimento teria consubstanciado verdadeiro cerceamento de defesa.

Com efeito, o recurso especial merece prosperar.

Isto porque a nova inclusão do feito em pauta de julgamento seria dispensável apenas na hipótese em que fosse meridianamente razoável o lapso temporal decorrido entre o início do julgamento e a prolação do voto-vista, o que não ocorreu no caso vertente, uma vez que o adiamento durou mais de 20 (vinte) meses.

Ainda que a inobservância direta do decêndio estipulado para a prolação do voto-vista – art. 552, § 2º, do CPC – não tenha acarretado a aplicação da medida prevista no § 3º do mesmo dispositivo legal (“No caso do § 2º deste artigo, não devolvidos os autos no prazo, nem solicitada expressamente sua prorrogação pelo juiz, o presidente do órgão julgador requisitará o processo e reabrirá o julgamento na sessão ordinária subsequente, com publicação em pauta”), a reinclusão em pauta é providência que se faz necessária, pois seu escopo é justamente garantir a não-surpresa dos litigantes e permitir que os respectivos patronos atuem regularmente junto aos magistrados na defesa dos interesses das partes.

A propósito, confira-se a lição de José Carlos Barbosa Moreira:

Feita abstração de hipóteses excepcionais, muito importa assegurar a observância do prazo: *a demora em proferir-se o voto, após o pedido de vista, apaga*

ou enfraquece, nas mentes dos outros juízes, a lembrança das características da espécie e, com isso, diminui a probabilidade de acerto na decisão. Nos termos do novel § 3º, “não devolvidos os autos no prazo, nem solicitada expressamente sua prorrogação pelo juiz, o presidente do órgão julgador requisitará o processo e reabrirá o julgamento na sessão ordinária subsequente” (entenda-se: subsequente ao recebimento dos autos). *Em tal caso, porém, é necessário incluir o feito em nova publicação de pauta, a fim de evitar surpresa para os interessados.* O juiz que pedira vista e excedera o prazo não fica, só por isso, impedido de votar. **(Comentários ao Código de Processo Civil - Volume V.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 14ª ed., 2008, p. 674).

Também são pertinentes as considerações desenvolvidas por Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, inclusive no que respeita à eventual existência de conflito entre lei e regimento interno:

O juiz, Ministro ou Desembargador que pediu vista terá os autos por dez dias, contados do dia em que efetivamente os recebeu. O julgamento continuará na sessão imediatamente seguinte à data da devolução dos autos e, como as partes já estavam intimadas para o julgamento, é desnecessária nova publicação da pauta, julgamento esse que tem prioridade sobre os demais (CPC 562).

(...)

Frise-se que compete privativamente aos tribunais “(...) elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos” (CF, 96, I, **a**). O regimento interno, portanto, deve ser elaborado de maneira a conformar-se com as leis processuais. Havendo conflito entre o CPC 555 e o regimento interno de tribunal prevalece o CPC.

(...)

Caso o juiz que solicitou vista não devolva os autos no prazo de dez dias, nem tenha solicitado prorrogação do referido prazo, o presidente do órgão colegiado ao qual pertence o juiz e ao qual esteja afeto o julgamento da causa requisitará os autos e determinará a continuação no julgamento na sessão ordinária imediata. *Neste caso, entretanto, deverá ser publicada pauta do novo julgamento, do qual deverão ser intimadas as partes, que não podem ser prejudicadas pelo atraso nem têm obrigação de saber quando o julgamento recomeçará.* A norma se aplica também aos tribunais superiores (STF, STJ, TSE, STM e TST). **(Código de Processo Civil Comentado.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 10ª ed., 2008, p. 957-958).

Assim sendo, o Tribunal *a quo* impediu de forma absoluta que a parte e seu patrono presenciassem o desfecho do julgamento, além de obstar o oportuno oferecimento ou renovação de memoriais e audiências junto aos magistrados. A lesão ao direito de defesa revela-se ainda mais manifesta dada a circunstância de que a composição da Turma sofreu drástica alteração neste interregno, pois todos os magistrados que participaram da segunda assentada não eram membros do Órgão Colegiado na primeira sessão.

Neste diapasão, a Primeira Turma já decidiu:

Processual Civil e Administrativo. Empresas concessionárias de rodovias. Cobrança de pedágio. Voto-vista proferido fora do prazo regimental sem comunicação às partes. Embargos declaratórios. Nulidade do acórdão.

1. O RISTJ prevê prazo para que seja proferido o voto, em razão de pedido de vista. Sendo este ultrapassado, tendo havido sustentação oral, as partes devem ser comunicadas do novo dia determinado pelo relator. Na espécie, o voto foi apresentado em data posterior ao determinado pelo art. 162 do referido regimento.

2. Há cerceamento de direito de defesa assegurado às partes se estas são impedidas de conhecerem do julgamento.

3. Julgamento anulado com a reinclusão do processo em pauta e oferecimento da oportunidade de sustentação oral pelas partes. (EDREsp n. 417.804-PR, Rel. Min. Denise Arruda, Rel. para acórdão Min. José Delgado, DJU 11.10.2004).

Por conseguinte, prejudicada a apreciação dos demais temas, devem os autos retornar à Corte de origem para que, após nova inclusão do feito em pauta, prossiga-se o julgamento da apelação com a apresentação do voto-vista.

Cabe salientar, em fecho, que a participação de magistrado em julgamento já iniciado é matéria que não possui berço legal, sendo disciplinada nos regimentos internos dos Tribunais – a título de exemplo, veja-se o art. 162, § 2º, do RISTJ (“Não participará do julgamento o Ministro que não tenha assistido ao relatório, salvo se se declarar habilitado a votar”) – e, conseqüentemente, constituindo questão que não é suscetível de exame na via estreita do especial.

Ante o exposto, *dou provimento ao recurso especial.*

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.116.845-RJ (2009/0007309-7)

Relator: Ministro Castro Meira

Recorrente: Luiz Antônio Mora

Advogado: Sérgio Perroni Passarella e outro(s)

Recorrido: Banco Central do Brasil

Representado por: Procurador-Geral do Banco Central

EMENTA

Administrativo e Processual Civil. Falta de prequestionamento. Súmula n. 211-STJ. Instituição financeira. Liquidação extrajudicial. Grave desrespeito às normas legais e estatutárias. Art. 15, I, **b**, da Lei n. 6.024/1974. Insolvência. Desnecessidade.

1. A Corte de origem não emitiu efetiva carga decisória sobre as normas inscritas no art. 1º da Lei n. 6.024/1974 e no art. 4º, § 1º, da Lei n. 4.728/1965, de maneira que estes dispositivos legais carecem de prequestionamento e não podem ser analisados na via estreita do especial, consoante enuncia a Súmula n. 211-STJ.

2. O art. 15, I, **b**, da Lei n. 6.024/1974 autoriza a decretação de ofício da liquidação extrajudicial na hipótese em que “a administração violar gravemente as normas legais e estatutárias que disciplinam a atividade da instituição bem como as determinações do Conselho Monetário Nacional ou do Banco Central do Brasil, no uso de suas atribuições legais”.

3. No caso concreto, a instituição financeira – Arjel DTVM Ltda. – pretensamente envolveu-se no episódio conhecido como “Escândalo dos Precatórios” em que se sucederam diversas fraudes consubstanciadas na comercialização artilosa desses títulos, daí porque o Banco Central constatou a existência do substrato fático hábil a ensejar a liquidação extrajudicial.

4. O espírito da norma consiste em interromper as transações de instituição cuja administração atente frontalmente contra o arcabouço legal que regula os negócios dessa natureza, haja vista os graves prejuízos – a serem suportados pelo mercado e, em última análise, por toda a sociedade – que decorrem do desempenho irregular de atividades no campo financeiro.

5. Ainda que não fique caracterizada a completa insolvência da empresa, é cabível a liquidação extrajudicial na hipótese em que se comprove grave desrespeito às normas de regência das instituições financeiras e das determinações regulamentares dos órgãos competentes.

6. A rigor, a eventual insolvência da instituição gera a liquidação com lastro na alínea **a** do art. 15, I, da Lei n. 6.024/1974 (“Em razão de ocorrências que comprometam sua situação econômica ou financeira especialmente quando deixar de satisfazer, com pontualidade, seus compromissos ou quando se caracterizar qualquer dos motivos que autorizem a declaração de falência”).

7. Caso a falta de recursos financeiros ou econômicos fosse condição obrigatória à liquidação extrajudicial de que trata o dispositivo legal em exame, não haveria necessidade de prever o legislador de duas hipóteses distintas, bastando a alínea **a** reproduzida no parágrafo acima. A regra insculpida na alínea **b** tornar-se-ia estéril na medida em que o eventual desrespeito às normas do sistema financeiro não seria suficiente a ensejar a medida administrativa e, como pressupõe a hermenêutica, não se pode admitir que a lei contenha palavras destituídas de qualquer utilidade.

8. Recurso especial conhecido em parte e não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer em parte do recurso e, nessa parte, negar-lhe provimento nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator. Dr. Erasto Villa-Verde de Carvalho Filho, pela parte recorrida: Banco Central do Brasil.

Brasília (DF), 15 de outubro de 2009 (data do julgamento).

Ministro Castro Meira, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Meira: Trata-se de recurso especial interposto pela alínea **a** do permissivo constitucional contra aresto proferido pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, nestes termos ementado:

Direito Administrativo. Ação cautelar. Pedido de cessação da liquidação extrajudicial. Arts. 1º, 15 e 16, c.c. art. 52 da Lei n. 6.024/1974. Bacen. Ônus da prova. Desprovimento.

1. A matéria em debate na presente apelação em ação cautelar diz respeito ao pedido de cessação da liquidação extrajudicial da Arjel DTVM Ltda, sob a alegação de que não havia razão para ser adotada tal medida pelo Banco Central do Brasil – Bacen, uma vez que inexistiam credores. 2. A liquidação extrajudicial da referida empresa foi decretada com base nos arts. 1º, 15, inciso I, *alínea b*, e 16, combinados com art. 52 da Lei n. 6.024/1974, tendo em vista a prática de graves irregularidades na intermediação de compra e venda de títulos públicos de renda *fixa*, caracterizada pela participação em esquema que resultou no desvio de recursos e imputação de prejuízos aos erários dos emitentes dos títulos negociados, mediante realização de operações de compra e venda definitivas, nas quais aferiram lucros fora das condições normais de mercado, provenientes do diferencial entre o preço de compra e de venda.

3. Merece ser mantida a sentença que, considerando serem os atos administrativos revestidos da presunção de legitimidade, cabia ao interessado o ônus de produzir as provas da invalidade do ato, incumbência não realizada satisfatoriamente pelo autor.

4. O Banco Central do Brasil - Bacen, ao apurar o esquema de favorecimentos por meio da emissão dos precatórios - como não poderia deixar de fazer - tomou as medidas administrativas legais cabíveis, fazendo uso de sua atribuição de dever-de-agir, sendo certo que o fato de a empresa-autora ser financeiramente viável não ilide a instauração do processo guerreado. Desse modo a sanção imposta afigura-se conforme e proporcional à ofensa perpetrada pela empresa.

5. Apelação não provida (e-STJ fl. 466).

Os subsequentes embargos declaratórios foram rejeitados em acórdão encartado às fls. 487-493.

De início, o recorrente aduz que o aresto hostilizado contrariou o art. 1º da Lei n. 6.024/1974, haja vista “não ser possível a retomada da liquidação extrajudicial da Arjel, eis que a empresa não é mais uma instituição financeira, não se submetendo ao controle e fiscalização do Banco Central do Brasil” (e-STJ fl. 505).

Sob outro ângulo, alega que a Corte de origem desrespeitou o art. 4º, § 1º, da Lei n. 4.728/1965, pois entende ser inadmissível que o Banco Central do Brasil imponha sanção sem antes assinar prazo, não inferior a trinta dias, para que os eventuais interessados manifestem-se, como preconiza a norma em comento.

Por fim, defende que o Tribunal *a quo* infringiu o art. 15 da Lei n. 6.024/1974, haja vista que “a finalidade da liquidação extrajudicial, tal qual na falência, instituto em tudo a ela assemelhado, além de afastar a sociedade do mercado financeiro de seu âmbito natural de atuação, é arrecadar o ativo e pagar os credores” (e-STJ fl. 511).

Nesse raciocínio, considera indevida a liquidação extrajudicial em razão da circunstância de que a empresa Arjel não possuía credores, encontrando-se em situação de absoluta solvência.

Contrarrazões ofertadas às fls. 531-547.

Admitido o apelo nobre, subiram os autos a esta Corte.

Em parecer firmado pelo ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. Flávio Giron, o Ministério Público Federal opinou pelo desacolhimento do especial (fls. 566-570).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Meira (Relator): Primeiramente, ressalto que a Corte de origem não emitiu efetiva carga decisória sobre as normas inscritas no art. 1º da Lei n. 6.024/1974 e no art. 4º, § 1º, da Lei n. 4.728/1965, de maneira que esses dispositivos legais carecem de prequestionamento e não podem ser analisados na via estreita do especial, consoante enuncia a Súmula n. 211-STJ.

Noutro giro, prequestionada a tese articulada com lastro no art. 15 da Lei n. 6.024/1974, conheço do recurso especial nesse particular, passando a analisar o mérito da controvérsia.

Como consta do relatório, o recorrente defende que o Tribunal *a quo* infringiu o art. 15 da Lei n. 6.024/1974, haja vista que “a finalidade da liquidação extrajudicial, tal qual na falência, instituto em tudo a ela assemelhado, além de afastar a sociedade do mercado financeiro de seu âmbito natural de atuação, é arrecadar o ativo e pagar os credores” (e-STJ fl. 511).

Nesse raciocínio, considera indevida a liquidação extrajudicial em razão da circunstância de que a empresa Arjel não possuía credores, encontrando-se em situação de absoluta solvência.

Acerca dessa matéria, a Corte de origem assim se pronunciou:

Sobre o dispositivo legal considerado como suporte do ato de liquidação, assim leciona Fábio Ulhoa Coelho:

O outro grupo de causas autorizantes da liquidação extrajudicial representa não um expediente para tratamento isonômico dos credores, mas, na verdade, uma sanção administrativa a cargo das autoridades monetárias. São deste grupo as causas das alíneas **b** e **d** do art. 15, I da LILE, a saber a violação grave das normas legais ou (...). Desta forma, a liquidação extrajudicial ganha um perfil ambíguo, podendo ser utilizada como medida de coibição às infrações dos administradores de uma instituição financeira, mesmo que esta se encontre absolutamente solvável (Coelho, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*, 9ª ed. São Paulo: Saraiva: 2005, p. 384.)

Nesta mesma linha, é a manifestação do Plenário do nosso Pretório Regional Federal:

Processual Civil. Suspensão de liminar. Agravo regimental em face de decisão que deferiu pedido de suspensão da medida liminar, concedida pelo MM. Juízo *a quo*, determinando o prosseguimento da liquidação extrajudicial decretada pelo Banco Central do Brasil junto ao Banco Vetor S.A. claros indícios de violação da ordem legal em face do assim conhecido “escândalo dos precatórios”. Uma instituição, autorizada a funcionar como financeira, integra a administração pública, não podendo esquivar-se da moralidade administrativa, que é, hoje, o núcleo, a substância da própria razão de ser da administração. A solvabilidade é conceito meramente financeiro, insuscetível de afastar a moralidade administrativa, que se contém no conceito de ordem pública. Agravo improvido. Decisão por maioria. (TRF 2ª Reg., AGRSLC n. 97.05.46443-9, rel. Des. Fed. Alberto Nogueira, DJ 19.05.1998)

Percebe-se, então, que despropositada será qualquer discussão envolvendo a eventual solvabilidade da Arjel DTVM Ltda, posto que este aspecto, em função dos fundamentos legais do ato liquidatário, não é relevante para aferição da legalidade ou da legitimidade do ato administrativo sob exame (e-STJ fls. 461-462 – sem destaques no original).

O aresto recorrido merece ser mantido.

Assim estabelece a norma em comento:

Art. 15. Decretar-se-á a liquidação extrajudicial da instituição financeira:

I - *ex officio*:

a) em razão de ocorrências que comprometam sua situação econômica ou financeira especialmente quando deixar de satisfazer, com pontualidade, seus compromissos ou quando se caracterizar qualquer dos motivos que autorizem a declaração de falência;

b) *quando a administração violar gravemente as normas legais e estatutárias que disciplinam a atividade da instituição bem como as determinações do Conselho Monetário Nacional ou do Banco Central do Brasil, no uso de suas atribuições legais;*

c) quando a instituição sofrer prejuízo que sujeite a risco anormal seus credores quirografários;

d) quando, cassada a autorização para funcionar, a instituição não iniciar, nos 90 (noventa) dias seguintes, sua liquidação ordinária, ou quando, iniciada esta, verificar o Banco Central do Brasil que a morosidade de sua administração pode acarretar prejuízos para os credores;

II - a requerimento dos administradores da instituição - se o respectivo estatuto social lhes conferir esta competência - ou por proposta do interventor, expostos circunstanciadamente os motivos justificadores da medida.

§ 1º O Banco Central do Brasil decidirá sobre a gravidade dos fatos determinantes da liquidação extrajudicial, considerando as repercussões deste sobre os interesses dos mercados financeiro e de capitais, e, poderá, em lugar da liquidação, efetuar a intervenção, se julgar esta medida suficiente para a normalização dos negócios da instituição e preservação daqueles interesses.

§ 2º O ato do Banco Central do Brasil, que decretar a liquidação extrajudicial, indicará a data em que se tenha caracterizado o estado que a determinou, fixando o termo legal da liquidação que não poderá ser superior a 60 (sessenta) dias contados do primeiro protesto por falta de pagamento ou, na falta deste do ato que haja decretado a intervenção ou a liquidação. (sem destaques no original).

Nas palavras de Nelson Abrão, “a liquidação extrajudicial é medida administrativa saneadora aplicável à instituição financeira, acarretando a paralisação de suas atividades e a eliminação do campo empresário, conduzindo aos mesmos resultados do procedimento concursal judicial, que é a falência” (Abrão, Nelson. *Direito Bancário*. São Paulo: Saraiva, 11ª ed., 2008, p. 339).

A seu turno, o art. 15, I, **b**, da Lei n. 6.024/1974 ampara a decretação de ofício da liquidação extrajudicial na hipótese em que “a administração violar

gravemente as normas legais e estatutárias que disciplinam a atividade da instituição bem como as determinações do Conselho Monetário Nacional ou do Banco Central do Brasil, no uso de suas atribuições legais”.

No caso concreto, a instituição financeira – Arjel DTVM Ltda. – pretensamente envolveu-se no episódio conhecido como “Escândalo dos Precatórios” em que se sucederam diversas fraudes consubstanciadas na comercialização ardilosa desses títulos, daí porque o Banco Central constatou a existência do substrato fático hábil a ensejar a liquidação extrajudicial prevista no referido art. 15, I, **b**, da Lei n. 6.024/1974.

Ora, o espírito da norma objetiva interromper as transações de instituição cuja administração atente frontalmente contra o arcabouço legal que regula os negócios desta natureza, haja vista os graves prejuízos, a serem suportados pelo mercado e, em última análise, por toda a sociedade, que decorrem do desempenho irregular de atividades no campo financeiro.

Assim escreve Luiz Alfredo Paulin:

*A decretação da liquidação extrajudicial não traz, por si só, nenhum conteúdo sancionador. É certo que a lei exige, como pressuposto de sua decretação, a ocorrência genérica, repita-se, genérica de atos de má gestão ou indisciplina. Consequentemente, para decretação do regime, reclama a lei que a administração da sociedade esteja a praticar atos de má gestão ou indisciplina, sem que, como isto se esteja acusando individualmente quem quer que seja de ser por estes responsáveis ou culpabilizando individualmente quem quer que seja. À vista de atos de má administração ou indisciplina, impõe-se ao Banco Central do Brasil a decretação da liquidação extrajudicial, não como forma de sancionar, mas sim, como maneira de evitar problemas maiores para o mercado como um todo (Conceito de Intervenção e Liquidação Extrajudicial - Pressupostos para sua decretação. *Intervenção e Liquidação Extrajudicial no Sistema Financeiro Nacional*. Org: Jairo Saddi. São Paulo: Textonovo, 1999, p. 139).*

Em suma: o comprometimento financeiro não é condição indispensável à consecução da liquidação extrajudicial, a qual pode ser autorizada diante de hipótese na qual fique comprovado severo desrespeito às normas de regência das instituições dessa natureza e às determinações regulamentares dos órgãos competentes – Bacen e CVM – que coloque em risco o equilíbrio do mercado.

Nesse tópico, pertinente o ensinamento de Rubens Requião:

Parece-nos que não há dúvida de que o escopo da liquidação extrajudicial é o saneamento do mercado financeiro e a proteção adequada dos credores. Aliás, a

tranquilidade e a segurança do meio financeiro, de determinada praça ou região, ou mesmo de todo o país, estão em relação direta à tranquilidade e segurança dos credores. Os credores intranquilos e inseguros em seus direitos são os meios motores de todos os distúrbios do mercado. *Cabe, pois, a liquidação extrajudicial como medida de extirpação do foco de desajuste e intranquilidade do mercado financeiro* (Requião, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*. São Paulo: Saraiva, 14ª ed., 1995, p. 233).

Outrossim, calha trazer a lume a doutrina de Fábio Ulhoa Coelho também estampada no acórdão em testilha:

Entre as causas que autorizam a liquidação extrajudicial, é possível discernir dois grupos. Um deles está relacionado diretamente com os fundamentos da execução concursal (a justiça do tratamento paritário dos credores diante da insolvência patrimonial do devedor) e compreende as hipóteses das alíneas **a** e **c** do inc. I do art. 15 da LILE, ou seja, o comprometimento da situação econômica ou financeira, especialmente a impontualidade ou a prática de ato de falência, e prejuízo que sujeito os credores quirografários a um risco anormal. O outro grupo de causas autorizantes da liquidação extrajudicial representa não um expediente para o tratamento isonômico dos credores, mas, na verdade, uma sanção administrativa a cargo das autoridades monetárias. São deste grupo as causas das alíneas **b** e **d** do art. 15, I, da LILE, a saber: a violação grave das normas legais ou estatutárias e das determinações do Conselho Monetário Nacional ou do Banco Central, bem como o atraso superior a 90 dias para o início da liquidação ordinária, ou a sua morosidade, após a cassação da autorização para funcionar. *Desta forma, a liquidação extrajudicial ganha um perfil ambíguo, podendo ser utilizada como medida de coibição às infrações dos administradores de uma instituição financeira, mesmo que esta se encontre absolutamente solvável* (Coelho, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 21ª ed., 2009, p. 397).

A rigor, a eventual insolvência da instituição gera a liquidação com lastro na alínea **a** do art. 15, I, da Lei n. 6.024/1974 (“Em razão de ocorrências que comprometam sua situação econômica ou financeira especialmente quando deixar de satisfazer, com pontualidade, seus compromissos ou quando se caracterizar qualquer dos motivos que autorizem a declaração de falência”).

Caso a falta de recursos figurasse como condição obrigatória à liquidação extrajudicial de que trata o dispositivo legal em exame, não haveria necessidade de concepção pelo legislador de duas hipóteses distintas, bastando a alínea **a** reproduzida no parágrafo acima.

Isso porque a regra insculpida na alínea **b** tornar-se-ia estéril na medida em que o desrespeito às normas do sistema financeiro não seria suficiente a

ensejar a medida administrativa e, como pressupõe a hermenêutica, não se pode admitir que a lei contenha palavras destituídas de qualquer utilidade.

Corroborando esse posicionamento, após transcrever a íntegra do art. 15 da Lei n. 6.024/1974, Luiz Tzirulnik comenta que “as hipóteses acima arroladas que podem dar causa à decretação da liquidação extrajudicial não são hipóteses cumulativas, ou seja, basta que se caracterize apenas uma delas para que a liquidação extrajudicial possa ser decretada” (Tzirulnik, Luiz. *Intervenção e Liquidação Extrajudicial das Instituições Financeiras*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000, 2ª ed., p. 55).

Ante o exposto, *conheço em parte do recurso especial e nego-lhe provimento*.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.120.117-AC (2009/0074033-7)

Relatora: Ministra Eliana Calmon

Recorrente: Orleir Messias Cameli e outro

Advogado: Antônio Carlos de Almeida Castro e outro(s)

Advogada: Roberta Cristina Ribeiro de Castro Queiroz e outro(s)

Recorrido: Ministério Público Federal

Recorrido: Fundação Nacional do Índio - Funai

Procurador: Marcelo Luís Castro R. de Oliveira e outro(s)

Interes.: Abrahão Cândido da Silva

Advogado: Vera Elisa Muller e outro(s)

EMENTA

Administrativo e Processo Civil. Direito Ambiental. Ação civil pública. Competência da Justiça Federal. Imprescritibilidade da reparação do dano ambiental. Pedido genérico. Arbitramento do *quantum debeatur* na sentença: revisão, possibilidade. Súmulas n. 284-STF e 7-STJ.

1. É da competência da Justiça Federal o processo e julgamento de Ação Civil Pública visando indenizar a comunidade indígena Ashaninka-Kampa do rio Amônia.

2. Segundo a jurisprudência do STJ e STF trata-se de competência territorial e funcional, eis que o dano ambiental não integra apenas o foro estadual da Comarca local, sendo bem mais abrangente espraiando-se por todo o território do Estado, dentro da esfera de competência do Juiz Federal.

3. Reparação pelos danos materiais e morais, consubstanciados na extração ilegal de madeira da área indígena.

4. O dano ambiental além de atingir de imediato o bem jurídico que lhe está próximo, a comunidade indígena, também atinge a todos os integrantes do Estado, espraiando-se para toda a comunidade local, não indígena e para futuras gerações pela irreversibilidade do mal ocasionado.

5. Tratando-se de direito difuso, a reparação civil assume grande amplitude, com profundas implicações na espécie de responsabilidade do degradador que é objetiva, fundada no simples risco ou no simples fato da atividade danosa, independentemente da culpa do agente causador do dano.

6. O direito ao pedido de reparação de danos ambientais, dentro da logicidade hermenêutica, está protegido pelo manto da *imprescritibilidade*, por se tratar de direito inerente à vida, fundamental e essencial à afirmação dos povos, independentemente de não estar expresso em texto legal.

7. Em matéria de prescrição cumpre distinguir qual o bem jurídico tutelado: se eminentemente privado seguem-se os prazos normais das ações indenizatórias; se o bem jurídico é indisponível, fundamental, antecedendo a todos os demais direitos, pois sem ele não há vida, nem saúde, nem trabalho, nem lazer, considera-se imprescritível o direito à reparação.

8. O dano ambiental inclui-se dentre os direitos indisponíveis e como tal está dentre os poucos acobertados pelo manto da imprescritibilidade a ação que visa reparar o dano ambiental.

9. Quando o pedido é genérico, pode o magistrado determinar, desde já, o montante da reparação, havendo elementos suficientes nos autos. Precedentes do STJ.

10. Inviável, no presente recurso especial modificar o entendimento adotado pela instância ordinária, no que tange aos valores arbitrados a título de indenização, por incidência das Súmulas n. 284-STF e 7-STJ.

11. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça “A Turma, por unanimidade, conheceu em parte do recurso e, nessa parte, negou-lhe provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.” Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins (Presidente), Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Dr. Antônio Carlos de Almeida Castro, pela parte recorrente: Orleir Messias Cameli.

Dr. Cleiton Cursino Cruz (Advocacia-Geral da União), pela parte recorrida: Fundação Nacional do Índio – Funai.

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

Ministra Eliana Calmon, Relatora

DJe 19.11.2009

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: Trata-se de recurso especial interposto, com fulcro nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão assim ementado (fls. 3.485-3.486):

Processual Civil e Civil. Ação civil pública. Responsabilidade civil. Invasão e extração ilegal de madeira em terra indígena. Competência da Justiça Federal. Desnecessidade de intervenção da União como litisconsorte necessária. Prova pericial. Nulidade não caracterizada. Sentença. Fundamentação suficiente.

Pedido de indenização a ser liquidada posteriormente. Condenação líquida. Não caracterização da sentença como *ultra petita*. Prescrição. Prazo de vinte anos. Presunção de veracidade dos fatos alegados na petição inicial. Não incidência. Existência de prova dos danos e de terem os réus sido os responsáveis pelas condutas lesivas. Obrigação de indenizar. Território indígena ainda não demarcado ao tempo dos atos danosos. Irrelevância. Indenização. Ausência de limites mínimo e máximo. Apelações não providas.

1. A Justiça Federal é competente para o processo e julgamento de causas que envolvam disputa sobre direitos indígenas e que tenham a Funai como parte (art. 109, I e XI, CF).

2. A regra do art. 2º da Lei n. 7.347/1985 não atrai a aplicação da parte final do § 3º do art. 109 da Constituição Federal. Precedentes.

3. O Ministério Público Federal ostenta legitimidade para, isoladamente, ajuizar ação civil pública visando ao pagamento de indenização por danos causados a comunidades indígenas, ao meio ambiente e ao patrimônio público (art. 5º, Lei n. 7.347/1985).

4. Não tendo sido formulado nenhum pedido em detrimento da União, mostra-se incabível sua inclusão no pólo passivo da relação processual.

5. Uma antropóloga e uma socióloga ostentam formação técnico-científica compatível com a aferição das conseqüências sociais, econômicas, psicológicas, mentais e culturais resultantes da extração de madeira em território indígena.

6. A qualificação técnica de engenheiro florestal se mostra perfeitamente compatível com a mensuração de áreas destinadas à exploração madeireira e/ou nas quais exista potencial madeireiro.

7. A utilização pelas peritas de informações colhidas junto a integrantes da comunidade indígena diretamente interessada no julgamento da causa não compromete, por si só, o resultado da prova técnica.

8. O fato de as peritas eventualmente terem desconsiderado danos provocados por terceiros (posseiros, seringueiros, garimpeiros, narcotraficantes etc.) deve ser objeto de apreciação por ocasião do julgamento do mérito, pois diz respeito basicamente à quantificação dos danos.

9. Se a sentença apresenta fundamentação suficiente para solucionar a controvérsia, não há como qualificá-la como desmotivada.

10. O magistrado não está obrigado a se manifestar sobre todas as alegações das partes, bastando que exponha fundamentos suficientes para respaldar a sua decisão.

11. Não se qualifica como *ultra petita* a sentença que impõe obrigação líquida em processo cuja petição inicial pugna pela condenação dos réus ao pagamento de indenização a ser posteriormente liquidada por arbitramento. Precedentes.

12. Na vigência do Código Civil de 1916, era vintenário o prazo prescricional relativo à pretensão de obter indenização por danos (materiais, morais e ao meio ambientais) resultantes de invasão de terra indígena, abertura irregular de estradas, derrubada de árvores e retirada de madeira, com ação adversa sobre sua organização social, costumes, tradições e meio ambiente.

13. Não incide a presunção de veracidade prevista no art. 302 do Código de Processo Civil quando a contestação, considerada em seu conjunto, torna controvertidos os fatos alegados na petição inicial.

14. Havendo prova dos danos e de terem os réus sido os responsáveis pelas condutas lesivas, devem ser eles condenados a pagarem as indenizações correspondentes.

15. É irrelevante o fato de o território indígena ainda não estar demarcado ao tempo dos fatos, pois as normas constitucionais e legais conferem aos índios a exclusiva exploração econômica das riquezas naturais existentes nas terras por eles tradicionalmente ocupadas, mesmo que ainda não tenham sido submetidas a demarcação.

16. Ninguém pode extrair madeira de imóvel pertencente a terceiros (índigenas ou não) sem a autorização do seu proprietário ou legítimo possuidor (seja ele conhecido ou não).

17. O montante da indenização normalmente não se submete a limites mínimo e máximo, tendo como parâmetros básicos a extensão e o valor do dano.

18. Apelações não providas.

Os embargos de declaração opostos pelos particulares foram rejeitados, nos moldes da ementa seguinte (fl. 3.548):

Processual Civil. Embargos de declaração. Inexistência de omissão, contradição, obscuridade ou inexatidão material. Embargos não providos.

1. Os embargos de declaração se destinam a corrigir obscuridade, contradição, omissão ou inexatidão material do julgado.

2. Não havendo qualquer desses vícios, os embargos devem ser rejeitados.

3. Eventual discordância dos embargantes quanto ao entendimento adotado no julgamento da apelação deve ser objeto de recurso próprio, visto que os embargos de declaração não se prestam à rediscussão da causa.

4. Ainda que os embargos sejam opostos com o objetivo de satisfazer o requisito do prequestionamento, é necessário que esteja presente alguma das hipóteses de cabimento do referido recurso.

5. Embargos não providos.

Os recorrentes apontam divergência jurisprudencial e indicam violação de lei federal nos pontos abaixo:

a) incompetência da Justiça Federal para processar e julgar a causa, uma vez que caberia à justiça estadual a competência “para julgar as causas em que o local do dano experimentado não seja sede de vara da Justiça Federal” (fl. 3.558);

b) requer o afastamento da prescrição vintenária, sob o argumento de que “embora a Lei da Ação Civil Pública silencie quanto ao prazo prescricional relativo às pretensões nela cotejadas, a elas deve ser aplicada a prescrição quinquenal, porquanto se trata de idêntica pretensão tratada pela Lei n. 4.717/1965 (Lei da Ação Popular) em seu art. 21” (fl. 3.578);

c) “a decisão líquida de acolhimento de pedido genérico revela-se contrária não apenas às normas infraconstitucionais reguladoras da atividade processual, mas também contrária aos ditames do devido processo legal e contraditório, elevados à categoria de direito fundamental das partes no processo” (fl. 3.582);

d) pleiteiam a redução da indenização arbitrada, “em respeito ao princípio da razoabilidade e da proporcionalidade” (fl. 3.588).

Com contrarrazões às fls. 3.636-3.648 e 3.659-3.665, subiram os autos por força do juízo positivo de admissibilidade (fls. 3.726-3.728).

Nesta instância, o Ministério Público Federal pronunciou-se pelo não conhecimento e desprovimento do recurso especial (fls. 3.741-3.751).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora): Cuida-se, originariamente, de Ação Civil Pública, com pedido de reparação dos prejuízos causados por Orleir Messias Cameli, Marmud Cameli Cia Ltda e Abrahão Cândido da Silva à comunidade indígena Ashaninka-Kampa do rio Amônia, tendo em vista os danos materiais e morais decorrentes da extração ilegal de madeira da área indígena.

O Tribunal de origem confirmou a sentença proferida pelo juízo de 1º grau, que acolheu quase integralmente o pedido para (fl. 3.269-3.270):

a) condenar os requeridos Orleir Cameli e Marmud Cameli Cia Ltda a solidariamente pagarem o valor de R\$ 478.674,00 (quatrocentos e setenta e

oito mil, seiscentos e setenta e quatro reais), a título de indenização de 450 metros cúbicos de mogno e 450 metros cúbicos de cedro retirados ilegalmente da terra indígena Kampa do rio Amônia, durante os anos de 1981/1982. Os valores sofrerão correção monetária pelo IPC desde a data do laudo pericial (21.08.1998), incidindo juros moratórios a partir da data da extração ilegal da madeira (dezembro de 1982), nos termos da Súmula n. 54-STJ;

b) condenar os requeridos Orleir Cameli, Marmud Cameli Cia Ltda e Abraão Cândido da Silva a solidariamente pagarem o valor de R\$ 982.877,28 (novecentos e oitenta e dois mil, oitocentos e setenta e sete reais e vinte oito centavos), a título de indenização de 924 metros cúbicos de mogno e 924 metros cúbicos de cedro retirados ilegalmente da terra indígena Kampa do rio Amônia, nos anos de 1985 e 1987. Os valores sofrerão correção monetária pelo IPC desde a data do laudo pericial (21.08.1998), incidindo juros moratórios a partir da data da extração ilegal da madeira (abril de 1987), nos termos da Súmula n. 54-STJ;

c) condenar os requeridos Orleir Cameli, Marmud Cameli Cia Ltda e Abraão Cândido da Silva a solidariamente pagarem o valor de R\$ 3.000.000,00 (três milhões de reais), a título de indenização por danos morais causados aos membros da comunidade indígena Kampa do rio Amônia, durante os anos de 1981 a 1987, valor este que será atualizado monetariamente pelo IPC, a partir da data desta sentença (REsp n. 66.647-DF, 3ª Turma, STJ, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes de Brito, DJ 03.02.1997, p. 717);

d) determinar que o total das indenizações referidas nas alíneas anteriores seja revertido em benefício da comunidade Ashaninka/Kampa do rio Amônia situado no Acre, cuja gestão será realizada pela Funai, através da sua Administração Regional em Rio Branco - AC, juntamente com a Associação da comunidade indígena beneficiária, sob a fiscalização do Ministério Público Federal, devendo a Funai elaborar plano de uso racional dos valores para atendimento das necessidades dos beneficiários e gerenciamento adequado;

e) condenar os requeridos Orleir Cameli, Marmud Cameli Cia Ltda e Abraão Cândido da Silva a solidariamente pagarem o valor de R\$ 5.928.666,06 (cinco milhões, novecentos e vinte e oito mil, seiscentos e sessenta e seis reais e seis centavos) ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos (nos termos do artigo 13 da Lei n. 7.437/1985 e Decreto n. 1.306/1994), a título de custeio de recomposição ambiental. Os valores sofrerão correção monetária pelo IPC desde a data do laudo pericial (21.08.1998), incidindo juros moratórios a partir da data dos autos que provocaram os danos ambientais (abril de 1987), nos termos da Súmula n. 54-STJ.

Para melhor clareza, analiso separadamente os pontos do recurso especial interposto por Orleir Messias Cameli e Marmud Cameli Cia Ltda.

1. Competência da Justiça Federal

Os recorrentes defendem a incompetência da Justiça Federal para processar e julgar a causa, uma vez que caberia à justiça estadual a competência “para julgar as causas em que o local do dano experimentado não seja sede de vara da Justiça Federal” (fl. 3.558).

Sobre o tema o Tribunal de origem aplicou a jurisprudência do STF, no sentido de que “o Juiz Federal também tem competência territorial e funcional sobre o local de qualquer dano, impõe-se a conclusão de que o afastamento da jurisdição federal, no caso, somente poderia dar-se por meio de referência expressa à Justiça Estadual, como a que fez o constituinte na primeira parte do mencionado § 3º em relação às causas de natureza previdenciária, o que no caso não ocorreu” (RE n. 228.955, Relator Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, julgado em 10.02.2000, DJ 24.03.2001).

Percebo que o posicionamento adotado harmoniza-se também com a jurisprudência do STJ, exemplificada pelos precedentes seguintes:

Constitucional e Processual Civil. Ação civil pública. Local do dano. Juízo Federal. Art. 109, I, e § 3º, da CF/1988. Art. 2º, da Lei n. 7.347/1985. Matéria decidida pelo colendo STF.

1. O tema em debate, por ser de natureza estritamente constitucional, deve ter a sua interpretação rendida ao posicionamento do Colendo Supremo Tribunal Federal, que entendeu que o dispositivo contido na parte final do parágrafo 3º, do art. 109, da CF/1988, é dirigido ao legislador ordinário, autorizando-o a atribuir competência ao Juízo Estadual do foro do domicílio da outra parte ou do lugar do ato ou do fato que deu origem à demanda, desde que não seja sede de Vara da Justiça Federal, para causas específicas dentre as previstas no inciso I, do referido art. 109. No caso dos autos, o Município onde ocorreu o dano não integra apenas o foro estadual da comarca local, mas também o das Varas Federais.

2. Não aplicação da Súmula n. 183-STJ, em face do seu cancelamento.

3. Precedentes das Primeira e Segunda Turmas desta Corte Superior.

4. Provimento do recurso especial, para reconhecer o Juízo Federal que engloba a circunscrição do dano como competente. Prejudicada a preliminar de citação dos litisconsortes, a qual deverá ser apreciada pelo Juízo singular.

(REsp n. 442.884-SP, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 03.09.2002, DJ 21.10.2002 p. 312)

Processual Civil. Ação civil pública. Reparação de dano ambiental. Rompimento de duto de óleo. Petrobras Transportes S/A. Transpetro. Vazamento

de combustível. Intempestividade do agravo de instrumento. Ausência de prequestionamento. Súmula n. 211-STJ. Competência da Justiça Federal. Súmula n. 150-STJ. Legitimação do Ministério Público Federal. Natureza jurídica dos portos. Lei n. 8.630/1993. Interpretação do art. 2º, da Lei n. 7.347/1985.

1. Cinge-se a controvérsia à discussão em torno a) da tempestividade do Agravo de Instrumento interposto pelo MPF e b) da competência para o julgamento de Ação Civil Pública proposta com a finalidade de reparar dano ambiental decorrente do vazamento de cerca de 1.000 (mil) litros de óleo combustível após o rompimento de um dos dutos subterrâneos do píer da Transpetro, no Porto de Rio Grande.

2. Não se conhece do Recurso Especial quanto à tempestividade do recurso apresentado na origem, pois a matéria não foi especificamente enfrentada pelo Tribunal de origem. Aplicação da Súmula n. 211 do Superior Tribunal de Justiça.

3. Em relação ao segundo fundamento do Recurso Especial, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região decidiu que, no caso, a legitimidade ativa do Ministério Público Federal fixa a competência da Justiça Federal.

4. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento firmado no sentido de atribuir à Justiça Federal a competência para decidir sobre a existência de interesse processual que justifique a presença da União, de suas autarquias ou empresas públicas na lide, consoante teor da Súmula n. 150-STJ.

5. A presença do Ministério Público Federal no pólo ativo da demanda é suficiente para determinar a competência da Justiça Federal, nos termos do art. 109, I, da Constituição Federal, o que não dispensa o juiz de verificar a sua legitimação ativa para a causa em questão.

6. Em matéria de Ação Civil Pública ambiental, a dominialidade da área em que o dano ou o risco de dano se manifesta (mar, terreno de marinha ou Unidade de Conservação de propriedade da União, p. ex.) é apenas um dos critérios definidores da legitimidade para agir do Parquet federal. Não é porque a degradação ambiental se deu em imóvel privado ou afeta *res communis omnium* que se afasta, *ipso facto*, o interesse do MPF.

7. É notório o interesse federal em tudo que diga respeito a portos, tanto assim que a Constituição prevê não só o monopólio natural da União para “explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão”, em todo o território nacional, “os portos marítimos, fluviais e lacustres” (art. 21, XII, f), como também a competência para sobre eles legislar “privativamente” (art. 22, X).

8. Embora composto por partes menores e singularmente identificáveis, em terra e mar – como terminais e armazéns, públicos e privados –, o porto constitui uma universalidade, isto é, apresenta-se como realidade jurídica una, embora complexa;

equipara-se, por isso, no seu conjunto, a bem público federal enquanto perdurar sua destinação específica, em nada enfraquecendo essa sua natureza o fato de se encontrarem imóveis privados inseridos no seu perímetro oficial ou mesmo o licenciamento pelo Estado ou até pelo Município de algumas das unidades individuais que o integram.

9. O Ministério Público Federal, como regra, tem legitimidade para agir nas hipóteses de dano ou risco de dano ambiental em porto marítimo, fluvial ou lacustre.

10. Não é desiderato do art. 2º, da Lei n. 7.347/1985, mormente em Município que dispõe de Vara Federal, resolver eventuais conflitos de competência, no campo da Ação Civil Pública, entre a Justiça Federal e a Justiça Estadual, solução que se deve buscar, em primeira mão, no art. 109, I, da Constituição Federal.

11. Qualquer que seja o sentido que se queira dar à expressão “competência funcional” prevista no art. 2º, da Lei n. 7.347/1985, mister preservar a vocação pragmática do dispositivo: o foro do local do dano é uma regra de eficiência, eficácia e comodidade da prestação jurisdicional, que visa a facilitar e otimizar o acesso à justiça, sobretudo pela proximidade física entre juiz, vítima, bem jurídico afetado e prova.

12. O licenciamento pelo Ibama (ou por órgão estadual, mediante seu consentimento expresso ou tácito) de obra ou empreendimento em que ocorreu ou poderá ocorrer o dano ambiental justifica, de plano, a legitimação para agir do Ministério Público Federal. Se há interesse da União a ponto de, na esfera administrativa, impor o licenciamento federal, seria no mínimo contraditório negá-lo para fins de propositura de Ação Civil Pública.

13. Recurso Especial não provido.

(REsp n. 1.057.878-RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 26.05.2009, DJe 21.08.2009)

Destaco, ainda, que a ação civil pública originária envolve a disputa sobre direitos indígenas (exploração do potencial madeireiro de terra tradicionalmente ocupados pelos índios) e a Funai integra a relação processual como parte, o que robustece a competência da Justiça Federal da Comarca de Rio Banco-AC, que possui jurisdição sobre o município em que ocorreu o dano ambiental.

2. Prescrição da reparação do dano ambiental

O segundo tópico argumentativo do recurso especial busca afastar a prescrição vintenária, sob o argumento de que “embora a Lei da Ação Civil Pública silencie quanto ao prazo prescricional relativo às pretensões nela

cotejadas, a elas deve ser aplicada a prescrição quinquenal, porquanto se trata de idêntica pretensão tratada pela Lei n. 4.717/1965 (Lei da Ação Popular) em seu art. 21” (fl. 3.578).

Por consequência, indaga-se: qual o prazo prescricional aplicável às ações coletivas de reparação de dano ambiental?

A questão não é nova neste Tribunal e foi objeto de apreciação, por ocasião do julgamento do Recurso Especial n. 647.493-SC, da relatoria do eminente Ministro João Otávio de Noronha, com ementa nos seguintes termos:

Recurso especial. Ação civil pública. Poluição ambiental. Empresas mineradoras. Carvão mineral. Estado de Santa Catarina. Reparação. Responsabilidade do Estado por omissão. Responsabilidade solidária. Responsabilidade subsidiária.

1. A responsabilidade civil do Estado por omissão é subjetiva, mesmo em se tratando de responsabilidade por dano ao meio ambiente, uma vez que a ilicitude no comportamento omissivo é aferida sob a perspectiva de que deveria o Estado ter agido conforme estabelece a lei.

2. A União tem o dever de fiscalizar as atividades concernentes à extração mineral, de forma que elas sejam equalizadas à conservação ambiental. Esta obrigatoriedade foi alçada à categoria constitucional, encontrando-se inscrita no artigo 225, §§ 1º, 2º e 3º da Carta Magna.

3. Condenada a União a reparação de danos ambientais, é certo que a sociedade mediatamente estará arcando com os custos de tal reparação, como se fora auto-indenização. Esse desiderato apresenta-se consentâneo com o princípio da equidade, uma vez que a atividade industrial responsável pela degradação ambiental – por gerar divisas para o país e contribuir com percentual significativo de geração de energia, como ocorre com a atividade extrativa mineral – a toda a sociedade beneficia.

4. Havendo mais de um causador de um mesmo dano ambiental, todos respondem solidariamente pela reparação, na forma do art. 942 do Código Civil. De outro lado, se diversos forem os causadores da degradação ocorrida em diferentes locais, ainda que contíguos, não há como atribuir-se a responsabilidade solidária adotando-se apenas o critério geográfico, por falta de nexo causal entre o dano ocorrido em um determinado lugar por atividade poluidora realizada em outro local.

5. A desconsideração da pessoa jurídica consiste na possibilidade de se ignorar a personalidade jurídica autônoma da entidade moral para chamar à responsabilidade seus sócios ou administradores, quando utilizam-na com objetivos fraudulentos ou diversos daqueles para os quais foi constituída. Portanto, (i) na falta do elemento “abuso de direito”; (ii) não se constituindo a

personalização social obstáculo ao cumprimento da obrigação de reparação ambiental; e (iii) nem comprovando-se que os sócios ou administradores têm maior poder de solvência que as sociedades, a aplicação da *disregard doctrine* não tem lugar e pode constituir, na última hipótese, obstáculo ao cumprimento da obrigação.

6. Segundo o que dispõe o art. 3º, IV, c.c. o art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/1981, os sócios/administradores respondem pelo cumprimento da obrigação de reparação ambiental na qualidade de responsáveis em nome próprio. A responsabilidade será solidária com os entes administrados, na modalidade subsidiária.

7. A ação de reparação/recuperação ambiental é imprescritível.

8. Recursos de Companhia Siderúrgica Nacional, Carbonífera Criciúma S/A, Carbonífera Metropolitana S/A, Carbonífera Barro Branco S/A, Carbonífera Palermo Ltda., Ibramil - Ibracoque Mineração Ltda. não-conhecidos. Recurso da União provido em parte. Recursos de Coque Catarinense Ltda., Companhia Brasileira Carbonífera de Ararangua (massa falida), Companhia Carbonífera Catarinense, Companhia Carbonífera Urussanga providos em parte. Recurso do Ministério Público provido em parte.

(REsp n. 647.493-SC, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 22.05.2007, DJ 22.10.2007 p. 233, grifei).

Considerando a relevância do tema, entendo oportuno tecer alguns comentários sobre a matéria ora em debate.

2.1. O instituto civil da prescrição

Segundo Humberto Theodoro Júnior, “prescrição é sanção que se aplica ao titular do direito que permaneceu inerte diante de violação por outrem. Perde ele, após o lapso previsto em lei, aquilo que os romanos chamavam de *actio*, e que, em sentido material, é a possibilidade de fazer valer o sei direito subjetivo. Em linguagem moderna, extingue-se a pretensão.” (*in Curso de Direito Processual Civil*, 50ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 320).

Do ponto de vista do sujeito passivo (causador de eventual dano), a prescrição cria em seu favor a faculdade de articular (usar da ferramenta) exceção substancial peremptória. Podemos dizer que, nesse caso, a prescrição tutela interesse privado, podendo ser compreendida como mecanismo de segurança jurídica e estabilidade.

Feitas essas considerações sobre o instituto civil da prescrição, voltemos nossa atenção ao direito coletivo ao meio ambiental.

2.2. *Dano Ambiental*

A Constituição Federal, em seu art. 225, cuidou de proteger o meio ambiente, tratando-o como direito subjetivo de titularidade coletiva:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Sobre esse dispositivo, leciona Paulo Affonso Leme Machado:

O uso do pronome indefinido – “todos” – alarga a abrangência da norma jurídica, pois, não particularizando quem tem direito ao meio ambiente, evita que se exclua quem quer que seja. (...) A locução “todos têm direito” cria um direito subjetivo, oponível *erga omnes*, que é completado pelo direito ao exercício da ação popular ambiental (art. 5º, LXXIII, da CF). (*in Direito Ambiental Brasileiro*, 12ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 108).

Pertinente também citar lição do Ministro Herman Benjamin sobre a conceituação do direito ao meio ambiente:

Antes de mais nada, o bem jurídico tutelado integra a categoria daqueles valores fundamentais da nossa sociedade. Com a proteção do meio ambiente salvaguardamos não só a vida nas suas várias dimensões (individual, coletiva e até das gerações futuras), mas as próprias bases da vida, o suporte planetário que viabiliza a existência da integralidade dos seres vivos. Outro não é o sentido da norma constitucional brasileira ao caracterizar o meio ambiente ecologicamente equilibrado como bem “essencial à sadia qualidade de vida”. (*in Responsabilidade Civil pelo Dano Ambiental*, *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 9, ano 3, p. 17-18, jan/mar. 1998).

Além disso, segundo definiu o Supremo Tribunal Federal, por meio do voto do eminente Ministro Celso de Mello, direito ao meio ambiente é “um típico direito de terceira geração que assiste, de modo subjetivamente indeterminado, a todo o gênero humano, circunstância essa que justifica a especial obrigação – que incube ao Estado e à própria coletividade – de defendê-lo e de preservá-lo em benefício das presentes e das futuras gerações, evitando-se, desse modo, que irrompam, no seio da comunhão social, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade na proteção da integridade

desse bem essencial de uso comum de todos quantos compõem o grupo social.” (MS n. 22.164, Relator Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 30.10.1995, DJ 17.11.1995).

É evidente, portanto, a natureza especial atribuída pela Constituição Federal de 1988 ao direito ao meio ambiente.

Dentro desse contexto, o dano ambiental refere-se àquele que oferece grande risco à toda humanidade e à coletividade, que é a titular do bem ambiental que constitui direito difuso.

Com efeito, o que se considera, em tais danos, é a ocorrência do resultado prejudicial ao homem e ao ambiente, nos moldes de julgamento proferido pela Primeira Turma deste Tribunal, no REsp n. 578.797-RS, da relatoria do eminente Ministro Luiz Fux, DJ de 20.09.2004.

2.3. Responsabilidade civil por dano ambiental

O ordenamento jurídico brasileiro, tanto na esfera constitucional, como na esfera infraconstitucional, prevê normas específicas sobre a responsabilidade civil por danos causados ao meio ambiente, submetendo a responsabilidade civil, nessa matéria, a um regime jurídico especial e autônomo, distinto, em muitos aspectos, aos regimes de direito civil e administrativo.

Podemos mencionar a disposição contida na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente – Lei n. 6.938/1981 –, que estabeleceu a possibilidade de responsabilização, na esfera civil, de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, conforme preceitua o seu art. 14, § 1º, com redação nos seguintes termos:

Art. 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

(...)

§ 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

Posteriormente o legislador constitucional de 1988 reforçou essa ideia, nos moldes do disposto no § 3º do art. 225, *in verbis*:

Art. 225 (...)

§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Dessa forma, concluímos que a reparação civil do dano ambiental assumiu grande amplitude no Brasil, com profundas implicações na espécie de responsabilidade do degradador do meio ambiente, inclusive imputando-lhe responsabilidade objetiva, fundada no simples risco ou no simples fato da atividade danosa, independentemente da culpa do agente causador do dano.

Nesse sentido, é farto o repertório de precedentes jurisprudenciais:

Processual Civil e Ambiental. Ação civil pública. Dano ambiental. Construção de hidrelétrica. Responsabilidade objetiva e solidária. Arts. 3º, inc. IV, e 14, § 1º, da Lei n. 6.398/1981. Irretroatividade da lei. Prequestionamento ausente: Súmula n. 282-STF. Prescrição. Deficiência na fundamentação: Súmula n. 284-STF. Inadmissibilidade.

1. A responsabilidade por danos ambientais é objetiva e, como tal, não exige a comprovação de culpa, bastando a constatação do dano e do nexo de causalidade.

(...)

(REsp n. 1.056.540-GO, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 25.08.2009, DJe 14.09.2009)

Processual Civil. Administrativo. Recursos especiais. Ausência de prequestionamento. Súmulas n. 282-STF e 211-STJ. Violação do art. 535 do CPC. Não-ocorrência. Ação civil pública. Dano ambiental. Monitoramento técnico. Caráter probatório afastado pelo Tribunal de origem. Reversão do entendimento. Impossibilidade. Súmula n. 7-STJ. Responsabilidade objetiva do causador do dano ambiental (Arts. 3º, IV, e 14, § 1º, da Lei n. 6.938/1981). Interpretação do art. 18 da Lei n. 7.347/1985. Precedentes do STJ. Recursos especiais parcialmente conhecidos e, nessa parte, desprovidos.

(...)

5. Outrossim, é manifesto que o Direito Ambiental é regido por princípios autônomos, especialmente previstos na Constituição Federal (art. 225 e parágrafos) e legislação específica, entre os quais a responsabilidade objetiva do causador do dano ao meio ambiente (arts. 3º, IV, e 14, § 1º, da Lei n. 6.938/1981).

6. Portanto, a configuração da responsabilidade por dano ao meio ambiente exige a verificação do nexa causal entre o dano causado e a ação ou omissão do poluidor. Assim, não há falar, em princípio, em necessidade de comprovação de culpa dos ora recorrentes como requisito à responsabilização pelos danos causados ao meio ambiente.

7. A regra contida no art. 18 da Lei n. 7.347/1985 (“Nas ações de que trata esta lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e qualquer outras despesas”) incide, exclusivamente, em relação à parte autora da ação civil pública. Nesse sentido, os seguintes precedentes: REsp n. 786.550-RS, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 05.12.2005, p. 257; REsp n. 193.815-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 19.09.2005, p. 240; REsp n. 551.418-PR, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 22.03.2004, p. 239; REsp n. 508.478-PR, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 15.03.2004, p. 161.

8. Recursos especiais parcialmente conhecidos e, nessa parte, desprovidos.

(REsp n. 570.194-RS, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 04.10.2007, DJ 12.11.2007 p. 155)

Processual Civil. Administrativo. Danos ambientais. Ação civil pública. Responsabilidade do adquirente. Terras rurais. Recomposição. Matas. Incidente de uniformização de jurisprudência. Art. 476 do CPC. Faculdade do órgão julgador.

1. A responsabilidade pelo dano ambiental é objetiva, ante a *ratio essendi* da Lei n. 6.938/1981, que em seu art. 14, § 1º, determina que o poluidor seja obrigado a indenizar ou reparar os danos ao meio-ambiente e, quanto ao terceiro, preceitua que a obrigação persiste, mesmo sem culpa. Precedentes do STJ: REsp n. 826.976-PR, Relator Ministro Castro Meira, DJ de 1º.09.2006; AgRg no REsp n. 504.626-PR, Relator Ministro Francisco Falcão, DJ de 17.05.2004; REsp n. 263.383-PR, Relator Ministro João Otávio de Noronha, DJ de 22.08.2005 e EDcl no AgRg no REsp n. 255.170-SP, desta relatoria, DJ de 22.04.2003.

(...)

3. Paulo Affonso Leme Machado, em sua obra *Direito Ambiental Brasileiro*, ressalta que “(...) A responsabilidade objetiva ambiental significa que quem danificar o ambiente tem o dever jurídico de repará-lo. Presente, pois, o binômio dano/reparação. Não se pergunta a razão da degradação para que haja o dever de indenizar e/ou reparar. A responsabilidade sem culpa tem incidência na indenização ou na reparação dos “danos causados ao meio ambiente e aos terceiros afetados por sua atividade” (art. 14, § III, da Lei n. 6.938/1981). Não interessa que tipo de obra ou atividade seja exercida pelo que degrada, pois não há necessidade de que ela apresente risco ou seja perigosa. Procura-se quem foi atingido e, se for o meio ambiente e o homem, inicia-se o processo lógico-jurídico da imputação civil objetiva ambiental. Só depois é que se entrará na fase do estabelecimento do nexa de causalidade entre a ação ou omissão e o dano.

É contra o Direito enriquecer-se ou ter lucro à custa da degradação do meio ambiente. O art. 927, parágrafo único, do CC de 2002, dispõe: "Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem". Quanto à primeira parte, em matéria ambiental, já temos a Lei n. 6.938/1981, que instituiu a responsabilidade sem culpa. Quanto à segunda parte, quando nos defrontarmos com atividades de risco, cujo regime de responsabilidade não tenha sido especificado em lei, o juiz analisará, caso a caso, ou o Poder Público fará a classificação dessas atividades. "É a responsabilidade pelo risco da atividade." Na conceituação do risco aplicam-se os princípios da precaução, da prevenção e da reparação. Repara-se por força do Direito Positivo e, também, por um princípio de Direito Natural, pois não é justo prejudicar nem os outros e nem a si mesmo. Facilita-se a obtenção da prova da responsabilidade, sem se exigir a intenção, a imprudência e a negligência para serem protegidos bens de alto interesse de todos e cuja lesão ou destruição terá conseqüências não só para a geração presente, como para a geração futura. Nenhum dos poderes da República, ninguém, está autorizado, moral e constitucionalmente, a concordar ou a praticar uma transação que acarrete a perda de chance de vida e de saúde das gerações (...)" *in* Direito Ambiental Brasileiro, Malheiros Editores, 12ª ed., 2004, p. 326-327.

(...)

10. Recurso especial desprovido.

(REsp n. 745.363-PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 20.09.2007, DJ 18.10.2007 p. 270)

2.4. *Imprescritibilidade do dano ambiental*

Diante desse arcabouço jurídico, resta definirmos qual o prazo prescricional aplicável aos casos em que se busca a reparação do dano ambiental.

Sabemos que a regra é a prescrição, e que o seu afastamento deve apoiar-se em previsão legal. É o caso da imprescritibilidade de ações de reparação dos danos causados ao patrimônio público, regra prevista na Constituição Federal de 1988, no art. 37, § 5º.

Entretanto, o direito ao pedido de reparação de danos ambientais, dentro da logicidade hermenêutica, também está protegido pelo manto da imprescritibilidade, por se tratar de direito inerente à vida, fundamental e essencial a afirmação dos povos, independentemente de estar expresso ou não em texto legal.

Sobre o tema, pertinente a lição de Hugo Nigro Mazzili:

Em questões transindividuais que envolvam direitos fundamentais da coletividade, é impróprio invocar as regras de prescrição próprias do Direito Privado. O direito de todos a um meio ambiente sadio não é patrimonial, muito embora seja passível de valoração, para efeito indenizatório; o valor da eventual indenização não reverte para o patrimônio dos lesados nem do Estado: será destinado ao fundo de que cuida o art. 13 da LACP, para ser utilizado na reparação direta do dano. *Tratando-se de direito fundamental, indisponível, comum a toda a humanidade, não se submete à prescrição, pois uma geração não pode impor às seguintes o eterno ônus de suportar a prática de comportamentos que podem destruir o próprio habitat do ser humano.*

Também a atividade degradadora contínua não se sujeita a prescrição: a permanência da causação do dano também elide a prescrição, pois o dano da véspera é acrescido diuturnamente.

Em matéria ambiental, de ordem pública, por um lado, pode o legislador dar novo tratamento jurídico a efeitos que ainda não se produziram; de outro lado, o Poder Judiciário pode coibir as violações a qualquer tempo. A consciência jurídica indica que não existe o direito adquirido de degradar a natureza. *É imprescritível a pretensão reparatória de caráter coletivo, em matéria ambiental. Afinal, não se pode formar direito adquirido de poluir, já que é o meio ambiente patrimônio não só das gerações atuais como futuras.* Como poderia a geração atual assegurar o seu direito de poluir em detrimento de gerações que ainda nem nasceram?! Não se pode dar à reparação da natureza o regime de prescrição patrimonial do direito privado.

A luta por um meio ambiente hígido é um metadireito, suposto que antecede à própria ordem constitucional. *O direito ao meio ambiente hígido é indisponível e imprescritível, embora seja patrimonialmente aferível para fim de indenização.* (in **A Defesa dos Direitos Difusos em Juízo**, 19ª ed., rev. e ampli. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2006, p. 540-541, grifei)

No conflito entre estabelecer um prazo prescricional em favor do causador do dano ambiental, a fim de lhe atribuir segurança jurídica e estabilidade, com natureza eminentemente privada, e tutelar de forma mais benéfica bem jurídico coletivo, indisponível, fundamental, que antecede todos os demais direitos – pois sem ele não há vida, nem saúde, nem trabalho, nem lazer –, este último prevalece, por óbvio, concluindo pela imprescritibilidade do direito à reparação do dano ambiental.

3. Sentença *ultra petita* e violação dos princípios do devido processo legal e do contraditório

Os recorrentes alegam que “a decisão líquida de acolhimento de pedido genérico revela-se contrária não apenas às normas infraconstitucionais reguladoras da atividade processual, mas também contrária aos ditames do devido processo legal e contraditório, elevados à categoria de direito fundamental das partes no processo” (fl. 3.582).

Não merece acolhida a pretensão dos particulares, uma vez que a jurisprudência do STJ é firme no sentido de que mesmo que o pedido seja genérico, havendo elementos suficientes nos autos, pode o magistrado determinar, desde já, o montante da reparação.

Cito precedentes:

Pedido ilícido. Sentença líquida.

O juiz pode desde logo arbitrar o valor da indenização se houver nos autos elementos suficientes para essa conclusão, ainda que o pedido tenha sido ilícido. Recurso conhecido pela divergência, mas desprovido.

(REsp n. 423.120-RS, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 05.09.2002, DJ 21.10.2002 p. 370)

Sentença. *Ultra petita*. Pedido de indenização. Arbitramento.

- A alegação de sentença *ultra petita* (arts. 128 e 460 do CPC) foi rejeitada porque o Tribunal entendeu estar presente na petição inicial pedido que dispensava a liquidação por arbitramento.

- De qualquer forma, ainda que o pedido seja genérico, o Juiz que dispõe de elementos para desde logo arbitrar o valor da condenação poderá fazê-lo sem ofensa aos dispositivos legais acima citados, pois nada recomenda sejam as partes enviadas à longa e custosa fase do arbitramento.

Recurso não conhecido.

(REsp n. 285.630-SP, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 16.10.2001, DJ 04.02.2002 p. 377)

Recurso especial. Ações de indenização conexas. Ausência de fundamentação quanto a um dos pleitos. Inocorrência. Pedido ilícido. Acórdão líquido. Possibilidade. Dissídio jurisprudencial. Não configuração.

(...)

2. É entendimento desta Corte que a formulação de pedido genérico, dependente de arbitramento, não impede desde logo o arbitramento judicial do valor indenizatório, quando houver nos autos elementos suficientes para tal conclusão, como ocorre *in casu* (v.g. REsp n. 423.120-RS, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 21.10.2002).

(...)

5. Recurso não conhecido.

(REsp n. 647.448-RJ, Rel. Ministro Jorge Scartezzini, Quarta Turma, julgado em 02.08.2005, DJ 29.08.2005 p. 355)

Processual Civil. Administrativo. Recurso especial. Responsabilidade civil do Estado. Acidente de trânsito. Morte. Alegada ofensa ao art. 1.357, II, do CC/1916. Falta de prequestionamento. Dissídio pretoriano não-demonstrado. Suposta violação dos arts. 128 e 460 do CPC. Não-ocorrência de decisão *ultra petita*. Juros moratórios legais. Índices (arts. 1.062 do CC/1916 e 406 do CC/2002). Mérito. Reapreciação de fatos e provas. Impossibilidade. Súmula n. 7-STJ. Contrariedade ao art. 535, II, do CPC. Não-ocorrência. Precedentes.

(...)

3. A recorrida formulou pedido genérico de condenação, remetendo ao juízo a fixação do valor e da forma de pagamento. Logo, o arbitramento de indenização total no valor de R\$ 108.000,00, em parcela única, não configura vício *ultra petita*, pois a prestação jurisdicional deu-se nos exatos limites objetivos do pedido, com observância do princípio processual da congruência (CPC, arts. 2º, 128 e 460).

(...)

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

(REsp n. 688.536-PA, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 02.12.2006, DJ 18.12.2006 p. 314)

Processo Civil. Recurso especial. Julgamento *ultra petita*. Liquidação pelo próprio magistrado. Elementos nos autos. Admissibilidade. Ausência de culpa do autor. Danos morais. Existência. Súmula n. 7-STJ. Assistência judiciária. Condenação em honorários. Questões suscitadas em embargos de declaração. Ausência de pronunciamento no acórdão recorrido. Violação ao art. 535, II, do CPC.

I - Embora o pedido de danos morais tenha sido feito de forma ilíquida, deixando a quantificação para a fase futura, havendo elementos suficientes nos autos, pode o magistrado determinar, desde já, o montante da reparação. Precedentes.

(...)

Recurso especial parcialmente provido.

(REsp n. 486.022-SC, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 03.11.2005, DJ 13.02.2006 p. 792)

4. Modificação do *quantum indenizatório*

No tocante ao valor da indenização fixada em desfavor dos recorrentes, reafirmo a parte dispositiva da sentença de 1º grau (fls. 3.269-3.270):

a) condenar os requeridos Orleir Cameli e Marmud Cameli Cia Ltda a solidariamente pagarem o valor de R\$ 478.674,00 (quatrocentos e setenta e oito mil, seiscentos e setenta e quatro reais), a título de indenização de 450 metros cúbicos de mogno e 450 metros cúbicos de cedro retirados ilegalmente da terra indígena Kampa do rio Amônia, durante os anos de 1981/1982. Os valores sofrerão correção monetária pelo IPC desde a data do laudo pericial (21.08.1998), incidindo juros moratórios a partir da data da extração ilegal da madeira (dezembro de 1982), nos termos da Súmula n. 54-STJ;

b) condenar os requeridos Orleir Cameli, Marmud Cameli Cia Ltda e Abraão Cândido da Silva a solidariamente pagarem o valor de R\$ 982.877,28 (novecentos e oitenta e dois mil, oitocentos e setenta e sete reais e vinte oito centavos), a título de indenização de 924 metros cúbicos de mogno e 924 metros cúbicos de cedro retirados ilegalmente da terra indígena Kampa do rio Amônia, nos anos de 1985 e 1987. Os valores sofrerão correção monetária pelo IPC desde a data do laudo pericial (21.08.1998), incidindo juros moratórios a partir da data da extração ilegal da madeira (abril de 1987), nos termos da Súmula n. 54-STJ;

c) condenar os requeridos Orleir Cameli, Marmud Cameli Cia Ltda e Abraão Cândido da Silva a solidariamente pagarem o valor de R\$ 3.000.000,00 (três milhões de reais), a título de indenização por danos morais causados aos membros da comunidade indígena Kampa do rio Amônia, durante os anos de 1981 a 1987, valor este que será atualizado monetariamente pelo IPC, a partir da data desta sentença (REsp n. 66.647-DF, 3ª Turma, STJ, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes de Brito, DJ 03.02.1997, p. 717);

d) determinar que o total das indenizações referidas nas alíneas anteriores seja revertido em benefício da comunidade Ashaninka/Kampa do rio Amônia situado no Acre, cuja gestão será realizada pela Funai, através da sua Administração Regional em Rio Branco - AC, juntamente com a Associação da comunidade indígena beneficiária, sob a fiscalização do Ministério Público Federal, devendo a Funai elaborar plano de uso racional dos valores para atendimento das necessidades dos beneficiários e gerenciamento adequado;

e) condenar os requeridos Orleir Cameli, Marmud Cameli Cia Ltda e Abraão Cândido da Silva a solidariamente pagarem o valor de R\$ 5.928.666,06 (cinco milhões, novecentos e vinte e oito mil, seiscentos e sessenta e seis reais e seis centavos) ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos (nos termos do artigo 13 da Lei n. 7.437/1985 e Decreto n. 1.306/1994), a título de custeio de recomposição ambiental. Os valores sofrerão correção monetária pelo IPC desde a data do laudo pericial (21.08.1998), incidindo juros moratórios a partir da data dos autos que provocaram os danos ambientais (abril de 1987), nos termos da Súmula n. 54-STJ.

O Tribunal de origem, por sua vez, consignou que (fl. 3.480):

Não procede o pedido de redução do débito “ao mínimo, ante a incerteza das provas que buscam estear a pretensão indenizatória postulada”.

Primeiro, porque as provas que respaldaram a condenação foram suficientes para a formação de um juízo seguro acerca dos fatos, não havendo que se falar em “incerteza”.

Segundo, porque foram fixados valores que, de acordo com o Juízo *a quo*, correspondem aos danos causados, não havendo que se falar em limites mínimo e máximo.

Por fim, nenhum dos apelantes impugnou objetiva e especificamente os valores fixados na sentença, o que obsta a apreciação dessa matéria pelo Tribunal (art. 515, *caput*, CPC).

Inviável, no presente recurso especial, modificar o entendimento adotado pela instância ordinária, no que tange aos valores arbitrados a título de indenização.

Primeiro, porque os recorrentes fazem alegações genéricas de que a quantia fixada é excessiva, mas não impugna especificamente os fundamentos utilizados no juízo de 1º grau. Incide, portanto, o disposto na Súmula n. 284-STF.

Segundo, a alteração pleiteada pelos particulares, demandaria necessariamente o revolvimento das provas dos autos, o que é obstado na presente via (Súmula n. 7-STJ).

Conclusão

Com essas considerações, conheço parcialmente do recurso especial e nego-lhe provimento.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.132.476-PR (2009/0062389-6)

Relator: Ministro Humberto Martins

Recorrente: Universidade Federal do Paraná

Procurador: Alexandre Dorneles Lemos e outro(s)

Recorrido: Diego Motta Ramos

Advogado: Egydio Marques Dias Netto

EMENTA

Administrativo. Ações afirmativas. Política de cotas. Autonomia universitária. Art. 53 da Lei n. 9.394/1996. Inexistência de violação do inc. II do art. 535 do CPC. Prequestionamento implícito. Matéria infraconstitucional em face de descrição genérica do art. 207 da CF/1988. Definição de políticas públicas de reparação. Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. Decreto n. 65.810/1969. Processo seletivo de ingresso. Fixação de critérios objetivos legais, proporcionais e razoáveis para concorrer a vagas reservadas. Impossibilidade do Poder Judiciário criar exceções subjetivas. Observância compulsória do princípio da segurança jurídica.

1. A oposição de embargos declaratórios deve acolhida quando o pronunciamento judicial padecer de ambiguidade, de obscuridade, de contradição, de omissão ou de erro material, os quais inexistem neste caso. Não há, portanto, violação do art. 535 do CPC.

2. Admite-se o prequestionamento implícito, configurado quando a tese jurídica defendida pela parte é debatida no acórdão recorrido.

3. A Constituição Federal veicula genericamente os contornos jurídicos de diversos institutos e conceitos, deixando, na maioria das vezes, o seu trato específico para as normas infraconstitucionais. O assento constitucional de um instituto ou conceito, sem detalhamentos e desdobramentos, não afasta a competência desta Corte quando a Lei Federal disciplina imperativos específicos.

4. Ações afirmativas são medidas especiais tomadas com o objetivo de assegurar progresso adequado de certos grupos raciais, sociais ou étnicos ou indivíduos que necessitem de proteção, e que possam ser necessárias e úteis para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contanto que, tais medidas não conduzam, em consequência, à

manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais, e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos.

5. A possibilidade de adoção de ações afirmativas tem amparo nos arts. 3º e 5º, ambos da Constituição Federal/1988 e nas normas da *Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial*, integrada ao nosso ordenamento jurídico pelo Decreto n. 65.810/1969.

6. A forma de implementação de ações afirmativas no seio de universidade e, no presente caso, as normas objetivas de acesso às vagas destinadas a tal política pública fazem parte da autonomia específica trazida pelo artigo 53 da Lei n. 9.394/1996, desde que observados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Portanto, somente em casos extremos a sua autonomia poderá ser mitigada pelo Poder Judiciário, o que não se verifica nos presentes autos.

7. O ingresso na instituição de ensino como discente é regulamentado basicamente pelas normas jurídicas internas das universidades, logo a fixação de cotas para indivíduos pertencentes a grupos étnicos, sociais e raciais afastados compulsoriamente do progresso e do desenvolvimento, na forma do artigo 3º da Constituição Federal/1988 e da *Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial*, faz parte, ao menos - considerando o nosso ordenamento jurídico atual - da autonomia universitária para dispor do processo seletivo vestibular.

8. A expressão “*tenham realizado o ensino fundamental e médio exclusivamente em escola pública no Brasil*”, critério objetivo escolhido pela UFPR no seu edital de processo seletivo vestibular, não comporta exceção sob pena de inviabilização do sistema de cotas proposto.

Recurso especial provido em parte.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça “A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.” Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Eliana Calmon e Castro Meira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 13 de outubro de 2009 (data do julgamento).

Ministro Humberto Martins, Relator

DJe 21.10.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Martins: Cuida-se de recurso especial interposto pela *Universidade Federal do Paraná*, com base na alínea **a** do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal/1988, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, assim ementado:

Administrativo. Ensino superior. Cotas sociais. Parte da primeira série do ensino fundamental cursada em escola particular.

Não obstante seja atribuída à universidade autonomia didática para regulamentar a matéria, esta deve restar prejudicada e inoperante em face do princípio da razoabilidade. (fl. 153e)

A *Universidade Federal do Paraná* opôs embargos de declaração contra a decisão acima (fls. 156e-162e), os quais foram rejeitados, com a seguinte ementa:

Administrativo. Ensino superior. Cotas sociais. Parte da primeira série do ensino fundamental cursada em escola particular. Embargos de declaração.

Recurso que, embora conhecido para fim de prequestionamento, deve ser rejeitado pela ausência do apontado pressuposto de acolhida, qual seja a omissão. (fl. 167e)

A recorrente afirma, nas suas razões recursais, que:

a) o Tribunal de origem não indicou o fundamento legal ou constitucional para negar provimento a seu recurso, violando, portanto, o inciso II do artigo 535 do Código de Processo Civil;

b) o edital do processo seletivo, baseado na autonomia universitária, exigiu como condição para concorrer às vagas disponibilizadas para o programa de inclusão social “ter realizado o ensino fundamental e médio exclusivamente em escola pública no Brasil”;

c) a escola frequentada pela recorrida não pode, segundo os artigos 19 e 20 da Lei n. 9.394/1996, ser classificada como pública;

d) o artigo 207 da Constituição Federal/1988 referente à autonomia universitária foi violado;

e) a Lei de Diretrizes e Bases da Educação foi violada, pois suas normas outorgam às Instituições de Educação superior autonomia para o seu processo seletivo;

f) o inciso LIV do artigo 5º da Constituição Federal/1988 referente ao devido processo legal foi violado;

g) a violação da autonomia universitária pelo Poder Judiciário implica inobservância ao disposto no artigo 2º da Constituição Federal/1988;

h) foi violado o artigo 41 da Lei n. 8.666/1993, pois a própria Administração Pública está vinculada às normas do edital, não podendo o Poder Judiciário afastar tal premissa. (fls. 170e-180e)

O prazo para a apresentação de contrarrazões transcorreu em branco. (fl. 195e)

A recorrente interpôs também recurso extraordinário. (fls. 181e-193e)

Tanto o recurso especial quanto o recurso extraordinário foram admitidos. (fls. 195e-196e)

É, no essencial, o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Martins (Relator):

1. Do prequestionamento

Restou prequestionado implicitamente apenas o artigo 53 da Lei n. 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), que trata da autonomia universitária.

Quanto ao prequestionamento implícito, tem-se que:

Agravo regimental. Recurso especial. Pquestionamento implícito. Admissão. Provimento a recurso especial. Decisão monocrática. Possibilidade. Art. 557, § 1º-A do CPC.

1. Admite-se o prequestionamento implícito, configurado quando a tese jurídica defendida pela parte é debatida no acórdão recorrido.

2. O artigo 557, § 1º-A do CPC autoriza que o julgador dê provimento ao recurso, de maneira singular, caso o acórdão recorrido esteja em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp n. 1.052.586-RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 07.05.2009, DJe 18.05.2009.)

Ressalte-se que os artigos 19 e 20 da Lei n. 9.394/1996 e o artigo 41 da Lei n. 8.666/1993 não foram prequestionados, pois o acórdão atacado não tratou, ainda que de forma implícita, dos mesmos na sua fundamentação.

2. Da inaplicabilidade do precedente do Supremo Tribunal Federal

O STF, em caso semelhante, decidiu que:

Ementa: Agravo regimental no recurso extraordinário. Ensino superior. Sistema de cotas. Preenchimento de requisitos. Ausência de comprovação de que a aluna optou por concorrer como cotista. Impossibilidade de interpretação do edital do vestibular e do reexame de provas (Súmula n. 279). Agravo regimental ao qual se nega provimento. Imposição de multa de 5% do valor corrigido da causa. Aplicação do art. 557, § 2º, c.c. arts. 14, inc. II e III, e 17, inc. VII, do Código de Processo Civil.

(RE n. 591.956 AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 07.4.2009, DJe 084, divulg. 07.05.2009, public. 08.05.2009, Ement. vol. 02359-08 p. 01610.)

Entretanto, o julgado acima não se aplica ao presente caso, pois não se busca aqui interpretação de norma do edital referente à comprovação de que o recorrido optou por concorrer como cotista. Tal fato é inconteste: o recorrido concorreu como cotista, o que se busca neste recurso especial é a análise da existência ou não de violação à norma que assegura a autonomia normativa das universidades, qual seja, o artigo 53 da Lei n. 9.394/1996.

3. Da norma do artigo 207 da Constituição Federal/1988

A autonomia apresentada pela Constituição Federal de 1988 apresenta-se de forma genérica, sem ilustrar especificamente a autonomia normativa referente à implantação de políticas públicas de ações afirmativas nos processos seletivos de ingresso de discente.

Assim, apesar desta Corte, na forma de reiterados precedentes, declarar não ter competência, em sede de recurso especial, para processar e julgar violação de norma constitucional, o objeto aqui delimitado é a violação da norma do artigo 53 da Lei n. 9.394/1996, que fora implicitamente prequestionada.

4. Da inexistência de violação ao artigo 535, inciso II, do Código de Processo Civil

Inexistente a alegada violação do art. 535 do CPC, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, conforme se depreende da análise do acórdão recorrido.

Na verdade, a questão não foi decidida conforme objetivava o recorrente, uma vez que foi aplicado entendimento diverso. É cediço, no STJ, que o juiz não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos, quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão, o que de fato ocorreu.

Ressalte-se, ainda, que cabe ao magistrado decidir a questão de acordo com o seu livre convencimento, utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso concreto.

Nessa linha de raciocínio, o disposto no art. 131 do Código de Processo Civil:

Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Em suma, nos termos de jurisprudência pacífica do STJ, “o magistrado não é obrigado a responder todas as alegações das partes se já tiver encontrado motivo suficiente para fundamentar a decisão, nem é obrigado a ater-se aos fundamentos por elas indicados.” (REsp n. 684.311-RS, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 04.04.2006, DJ 18.04.2006, p. 191), como ocorreu na hipótese ora em apreço.

Nesse sentido, ainda, os precedentes:

Tributário. Cofins. Sociedades civis de prestação de serviços profissionais. Isenção. Mudança de entendimento jurisprudencial não fundamenta embargos de declaração. Ausência de omissão, obscuridade ou contradição.

1. A oposição de embargos declaratórios se faz apropriada quando o pronunciamento judicial padecer de ambigüidade, de obscuridade, de contradição ou de omissão, os quais inexistem neste caso. Em contrapartida, sabe-se que o tribunal não está compelido a manifestar-se sobre todas as questões suscitadas pela parte, principalmente se o acórdão contém adequado fundamento para justificar a conclusão perfilhada.

2. Nítido é o caráter modificativo que a embargante, inconformada, busca com a oposição dos embargos declaratórios, uma vez que pretende ver reexaminada e decidida a controvérsia de acordo com sua tese.

3. A mudança de entendimento jurisprudencial sobre a matéria não autoriza o manejo dos embargos de declaração com pretensão de efeitos infringentes. Esta inferência decorre do disposto no artigo 535, do Estatuto Processual Civil.

Embargo de declaração rejeitados.

(EDcl no AgRg no REsp n. 456.674-RS, relatado por este Magistrado, Segunda Turma, julgado em 26.09.2006, DJ 10.10.2006, p. 291.)

Processual Civil e Tributário. Imposto de renda sobre verbas indenizatórias. Repetição de indébito. Forma de devolução. Retificação da declaração anual. Desvirtuamento do pedido: impossibilidade.

1. Inexiste violação do art. 535 do CPC se as teses suscitadas pela parte são implicitamente rejeitadas no aresto impugnado, restando, portanto, prequestionadas.

2. Aplica-se o teor da Súmula n. 211-STJ às teses não prequestionadas.

3. Se na inicial é formulado pedido de repetição de indébito do imposto de renda, descabe ao Tribunal modificá-lo, determinando a retificação da declaração anual e a compensação com o imposto de renda porventura devido.

4. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, parcialmente provido.

(REsp n. 853.102-SC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 19.09.2006, DJ 03.10.2006, p. 201.)

5. Das ações afirmativas

O conceito de “ações afirmativas” surgiu no início do século XX, com o ativismo judicial da Suprema Corte dos Estados Unidos da América (EUA). Entretanto, como será demonstrado, as decisões daquele Tribunal no final do século XIX e no início do século XX não apresentavam a distinção entre igualdade e isonomia, nem observam o princípio do convívio solidário.

A exigência de igualdade formal desconsidera as desigualdades fáticas que a realidade nos mostra, podendo ser bem ilustrada a sua forma obtusa pelo princípio do “*equal treatment*” dos EUA que Ronald Dworkin conceitua, no seu artigo *We do not have right to liberty, in Stewart, Readings in Social & Political Philosophy*, 1996:188, como mesma distribuição de bens e oportunidades a que todos possuem ou foram concedidos.

Assim, todo e qualquer estatuto que busca a implementação e a realização de Direitos Fundamentais deve tomar como *rule of law* o princípio da isonomia, e não o princípio da igualdade, pois aquele trata igualmente ou iguais e desigualmente os desiguais nas medidas das suas desigualdades.

O Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, in **Discriminação Racial e Decisão Judicial**, publicado no sítio <http://bdjur.stj.gov.br>, faz um resumo histórico da evolução do princípio da igualdade para o princípio da isonomia, afirmando que, em 1880, no caso *Strauder vs. West Virginia, Justice Strong*, que conduziu a maioria, anotou que a 14ª Emenda era uma provisão constitucional, dentre outras, com o objetivo de assegurar aos negros o gozo de direitos civis que são desfrutados pelas pessoas de cor branca, garantindo tais direitos sempre que ameaçados pelos estados.

Dezesseis anos depois, em 1896, no caso *Plessy vs. Ferguson*, a Corte manteve uma lei do Estado de Louisiana que estabeleceu *igual em qualidade, mas separada*, acomodação nos transportes para negros e brancos. Nasceu a chamada doutrina da separação com igualdade (“*separate but equal*”).

O Poder Judiciário dos EUA entendeu, neste caso, que o objetivo da 14ª Emenda é, indubitavelmente, realizar a plena igualdade das duas raças diante da lei, mas a emenda não teve a intenção de abolir as distinções baseadas na cor.

A lei, entendeu a maioria da Corte, permite a separação, o que não significa inferioridade de nenhuma raça em relação a outra, sendo, de resto, tal matéria da competência dos Estados no exercício do seu poder de polícia. *Justice Harlan*, dissidente, acentuou que sob a Constituição e as leis não existe nenhuma raça superior; nenhuma casta. Para ele, a arbitrária separação dos cidadãos em razão de sua cor, nos transportes, é inconsistente com as liberdades civis e com a igualdade diante da lei estabelecida na Constituição.

Em 1954, com o caso *Brown vs. Board of Education*, com voto condutor do *Chief Justice Warren*, vem o precedente que teve maior repercussão.

A questão enfrentava, na verdade, o precedente *Plessy vs. Fergusson*, aplicado pelas cortes inferiores, com base na doutrina “*separate but equal*”, ou seja, há igualdade de tratamento quando as raças têm substancialmente as mesmas facilidades, embora tais facilidades sejam separadas. No caso, questionava-se a matrícula de pessoa de cor negra em escolas públicas para brancos. *Chief Justice Warren* rememorou os precedentes sobre a matéria, mostrou que a educação era a mais importante função do Estado e dos governos locais, concluindo que a segregação de negros e brancos em escolas públicas tinha um efeito prejudicial para as crianças da cor negra, com grande impacto diante de previsão legal, denotando a inferioridade da raça negra.

E mais ainda, que a segregação sancionada pela lei tende a retardar a educação e o desenvolvimento mental das crianças negras, além de privá-las de alguns benefícios que poderiam receber com uma escola racialmente integrada. E arrematou em definitivo: a doutrina “*separate but equal*” na educação pública não tem lugar e qualquer disposição do caso *Plessy vs. Fergusson* contrária a isso está rejeitada.

Posteriormente, a Corte enfrentou a execução do caso e adotou a expressão muito criticada, diante das dificuldades práticas da integração, “*with all deliberate speed*”.

Esse exemplo da jurisprudência da Corte Suprema dos Estados Unidos serve bem ao propósito de identificar o direito de igualdade - da igualdade de todos perante a lei -, no campo da discriminação racial, menos ao Direito positivo, de existência de leis protetivas, do que a uma interpretação da disciplina jurídica positiva a partir da Constituição e dos tratados dos quais somos signatários.

É claro que o nosso país, pela sua própria formação étnica, não se defronta com os mesmos problemas enfrentados pelos Estados Unidos. Mas é preciso não esquecer que as diferenças raciais não podem e não devem ser relegadas a um plano secundário, ainda mais, considerando os aspectos dominantes da vida internacional moderna, a dita globalização.

Neste contexto de reparação a danos causados a grupos sociais, raciais ou étnicos, foi ratificada pelo Brasil em 27.03.1968 a *Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial*, integrada ao nosso ordenamento jurídico pelo Decreto n. 65.810/1969.

Este Tratado, bem antes da nossa Constituição Federal de 1988, já exigia da República Federativa do Brasil, no item 1 do artigo II, a adoção de ações

positivas de reparação social (ações afirmativas) aos grupos étnicos, sociais ou raciais que sofreram ao longo do tempo tratamento desigual que impediu o seu desenvolvimento econômico, social e cultural e a sua integração total à sociedade circundante.

Ações afirmativas são medidas especiais tomadas como o objetivo de assegurar progresso adequado de certos grupos raciais, sociais ou étnicos ou indivíduos que necessitem de proteção e que possam ser necessárias e úteis para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contanto que, tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos.

Tais ações tornam-se eficazes nos campos social, econômico, cultural e outros, como medidas especiais e concretas para assegurar o convívio, o desenvolvimento ou a proteção de certos grupos sociais, raciais ou étnicos com o objetivo de garantir-lhes, em condições de igualdade, o pleno exercício dos direitos do homem e das liberdades fundamentais.

Essas medidas não deverão, em caso algum, ter a finalidade de manter direitos desiguais ou distintos para os diversos grupos sociais, étnicos, raciais, depois de alcançados os objetivos em razão das quais foram tomadas.

Martina Thomasberger afirma, no seu artigo *Gleichbehandlung im Arbeitsrecht*, publicado em <http://www.voegb.at/bildungsangebote/skripten/ar/AR-07.pdf>, que:

Der Begriff 'affirmative action' stammt aus den USA. Praktiker/innen haben den Begriff weltweit aufgegriffen und ausgebaut. Eine positive Maßnahme muss auf ein konkretes, genau festgelegtes Ergebnis gerichtet und verbindlich sein. Sie muss aber immer den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahren. Eine positive Maßnahme zielt auf eine höhere Beteiligung von benachteiligten Gruppen auf allen Ebenen der Hierarchie, der Funktionen und Tätigkeitsbereiche. Positive Maßnahmen sollen Praktiken korrigieren, die diskriminierende Folgen für die Beschäftigung der betroffenen Personen haben. Sie müssen wegen der Zielgenauigkeit „maßgeschneidert“ sein, daher sind die Maßnahmen so vielfältig wie die Organisationen, in denen sie gesetzt werden. Die Bandbreite reicht von personalpolitischen Maßnahmen in Organisationen (Betrieben, Verwaltung) bis zu staatlichen Maßnahmen unterschiedlichster Art (Beispiel: Arbeitsmarktpolitik). Die positive Aktion ist immer vorübergehend, bis das gesetzte Ziel der besseren Beteiligung erreicht ist.

A autora ilustra que o termo “ação afirmativa” surgiu nos Estados Unidos da América, sendo que os juristas assumiram o conceito que se expandiu-se globalmente. A ação positiva deve ser direcionada para um resultado bem definido e específico e ser autêntica, mas deve sempre ser respeitado o princípio da proporcionalidade. Representa uma medida positiva no sentido de aumentar a participação dos grupos desfavorecidos em todos os níveis da hierarquia das funções e atividades. A ação positiva existe para corrigir práticas que têm um efeito discriminatório sobre o emprego das pessoas em causa, devendo ser adaptada para a exatidão do “alvo”, portanto as medidas podem ser tão variadas quanto as organizações em que estão colocadas. Elas vão desde as políticas de recursos humanos nas organizações (empresas, administração) até as políticas públicas de vários tipos de trabalho, por exemplo. A ação positiva é sempre temporária, vige até que a meta estabelecida de uma participação maior seja alcançada.

A nossa Constituição Federal/1988, posteriormente à Convenção, listou no seu artigo 3º os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, eis o texto:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Eles representam o arcabouço normativo que norteia todas as ações positivas do Estado para minorar as desigualdades e as garantias das raças, etnias e grupos sociais colocados à margem do progresso e do desenvolvimento.

Ressalte-se que as ações afirmativas devem ser compatibilizadas com os bens culturais dos grupos que serão beneficiados. Caso contrário, estar-se-ia veladamente buscando a aniquilação do grupo vulnerável.

6. Da política de cotas nas universidades públicas

6.1 Da autonomia universitária

André Ramos Tavares, no seu artigo Direito Fundamental à Educação, *in* http://200.142.144.130/revista/direito/primeira_edicao/andre_amos_tavarez.pdf,

afirma que a primeira lei orgânica do ensino superior da República Federativa do Brasil, o Decreto n. 8.659, de 05.04.1911, já concedia autonomia às escolas superiores, entretanto foi revogada tal autonomia, voltando as Instituições de Ensino Superior à esfera de precedência hierárquica dos órgãos da Administração Direta.

O Decreto n. 19.851, de 11.04.1931, restabeleceu a autonomia universitária, mas a matéria continuava sendo regida por uma espécie normativa, cuja facilidade de alteração denotava insegurança jurídica para tais instituições. Sendo certo que foi a partir da promulgação da Constituição Federal/1988 que a autonomia universitária adquiriu contornos gerais constitucionais.

A regulamentação veio com a Lei n. 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), eis o seu artigo referente à autonomia:

Art. 53. No exercício de sua autonomia, são asseguradas às universidades, sem prejuízo de outras, as seguintes atribuições:

I - criar, organizar e extinguir, em sua sede, cursos e programas de educação superior previstos nesta Lei, obedecendo às normas gerais da União e, quando for o caso, do respectivo sistema de ensino; (Regulamento)

II - fixar os currículos dos seus cursos e programas, observadas as diretrizes gerais pertinentes;

III - estabelecer planos, programas e projetos de pesquisa científica, produção artística e atividades de extensão;

IV - fixar o número de vagas de acordo com a capacidade institucional e as exigências do seu meio;

V - elaborar e reformar os seus estatutos e regimentos em consonância com as normas gerais atinentes;

VI - conferir graus, diplomas e outros títulos;

VII - firmar contratos, acordos e convênios;

VIII - aprovar e executar planos, programas e projetos de investimentos referentes a obras, serviços e aquisições em geral, bem como administrar rendimentos conforme dispositivos institucionais;

IX - administrar os rendimentos e deles dispor na forma prevista no ato de constituição, nas leis e nos respectivos estatutos;

X - receber subvenções, doações, heranças, legados e cooperação financeira resultante de convênios com entidades públicas e privadas.

Parágrafo único. Para garantir a autonomia didático-científica das universidades, caberá aos seus colegiados de ensino e pesquisa decidir, dentro dos recursos orçamentários disponíveis, sobre:

- I - criação, expansão, modificação e extinção de cursos;
- II - ampliação e diminuição de vagas;
- III - elaboração da programação dos cursos;
- IV - programação das pesquisas e das atividades de extensão;
- V - contratação e dispensa de professores;
- VI - planos de carreira docente.

O ingresso na instituição de ensino como discente é regulamentado basicamente pelas normas jurídicas internas das universidades, logo a fixação de cotas para indivíduos pertencentes a grupos étnicos, sociais e raciais afastados compulsoriamente do progresso e do desenvolvimento, na forma do artigo 3º da Constituição Federal/1988 e da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, faz parte, ao menos - considerando o nosso ordenamento jurídico atual - da autonomia universitária para dispor do processo seletivo vestibular.

Deve ser ressaltado que caso o Poder Legislativo, representando o povo na forma do parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal/1988, desejasse limitar a autonomia das universidades na implantação da política de cotas, já o teria feito por meio da edição de lei tratando do assunto.

Observe-se que a autonomia não implica soberania nem independência, devendo ser exercida com base nos princípios da legalidade (*rule of law*), proporcionalidade e razoabilidade, o que foi observado pela *Universidade Federal do Paraná*.

6.2 Da objetividade das normas como decorrência do princípio da segurança jurídica

Consolidado o entendimento de que as universidades podem instituir o sistema de cotas no processo seletivo de ingresso de discentes, tem-se que as normas jurídicas editadas para a efetivação da discriminação positiva devem ter conteúdo objetivo, a fim de que o candidato possa se adequar.

Kant afirma, *in* Fundamentação da Metafísica dos Costumes, São Paulo: Martin Claret, 2009, que os imperativos hipotéticos, baseados no dever-ser, devem ter conteúdo objetivo, a fim de que o cidadão tenha certeza da consequência da sua conduta.

O Edital do processo seletivo vestibular afirma, no § 2º do seu artigo 3º, que:

§ 2º - Das vagas oferecidas para os cursos, 20% serão de inclusão social, disponibilizadas para estudantes que tenham realizado o ensino fundamental e médio exclusivamente em escola pública no Brasil, entendidas como tais aquelas mantidas pelo poder público.

O recorrido, conforme pode ser extraído do acórdão do Tribunal de origem, cursou parte da primeira série do ensino fundamental em escola privada. Portanto, teve a sua matrícula obstada na forma do parágrafo acima transcrito.

Ora, a norma objetiva expedida pela universidade em tela denota a sua autonomia razoável e proporcional na escolha dos critérios de atribuição de vagas para implementação de ações afirmativas.

A segurança, valor jurídico, é instrumentalizada por uma expressão objetiva, que é a legalidade. Assim, o seu cumprimento passa a poder ser provado dentro de limites mais estritos, dando margem a um menor número de dúvidas.

O subjetivismo denotado na decisão atacada tem duplo efeito, quais sejam, instituir a autonomia em detrimento da heteronomia das normas jurídicas e inviabilizar a implementação da política de cotas.

O imperativo hipotético é baseado na heteronomia, portanto faz parte do estatuto externo convencional, já a busca pela justiça caso a caso, sem a observância de critérios de legitimidade, enfraquece a norma jurídica e afasta a sua natureza objetiva.

A ausência de critérios objetivos torna ineficaz a política de inclusão, visto que, além de retirar da universidade a sua autonomia, afasta a possibilidade de estipulação de percentuais claros para a implementação da discriminação positiva pertinente.

No ordenamento jurídico brasileiro, a norma jurídica é uma prescrição que deve ser observada pelos cidadãos e pelos aplicadores do Direito. Já o sistema dos EUA adota a norma como uma previsão, podendo o aplicador, no caso concreto, afastar a sua aplicação.

De fato, há casos no sistema anglo-saxão cujo afastamento do critério objetivo não fulmina de morte a política pública a ser implementada, mas a inobservância do estabelecido no presente edital tornará a tentativa de implementar o princípio da isonomia através de cotas impossível.

O poder normativo do Poder Judiciário não pode, em regra, afastar a autonomia universitária exercida nos limites da lei, da razoabilidade e da proporcionalidade, sob pena de se tornar agente normativo positivo e invadir o poder regulamentar de órgãos e entidades do Poder Executivo.

A propósito, os seguintes precedentes:

Mandado de segurança. Portaria Ministerial. Ilegalidade por ofensa à livre iniciativa e à concorrência. Pré-fixação de preços e reserva de mercado para empresas nacionais. Legitimidade e legalidade da Portaria Ministerial. Processo Produtivo Básico - PPB.

(...).

5. *É cediço que os atos administrativos, como soem ser as Portarias, gozam de presunção de legitimidade, mercê de, em nome da harmonia dos poderes, vedar-se a sindicância à opção do administrador, muito embora seja lícito na aferição da legalidade observar a correspondência entre a motivação e o resultado do ato, sem contudo, permitir-se ao Judiciário avaliar os critérios de adoção de determinada política econômica governamental, sob pena de ferimento do Princípio da Independência entre os Poderes.*

6. *A Portaria que executa regra constitucional de desenvolvimento regional e nacional motiva-se na Carta Fundamental e no dever Ministerial, sem prejuízo de conceber-se esse dever maior como fundamento de verdadeiro ato vinculado, nos quais, como de sabença a motivação “está predefinida na lei, perante situação objetivamente identificável, a única providência qualificada como hábil e necessária para atendimento do interesse público” e “o que mais importa é haver ocorrido o motivo perante o qual o comportamento era obrigatório, passando para segundo plano a questão da motivação.*

Assim, se o ato não houver sido motivado, mas for possível demonstrar ulteriormente, de maneira indisputavelmente objetiva e para além de qualquer dúvida ou entredúvida, que o motivo exigente do ato preexistia, dever-se-á considerar sanado o vício do ato”. (Celso Antônio Bandeira de Mello *in* “Curso de Direito Administrativo”, 20ª Edição, Malheiros Editores, 2006, p. 375)

(...).

(MS n. 11.862-DF, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, Rel. para acórdão Min. Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 22.04.2009, DJe 25.05.2009) (grifo meu.)

Quanto ao controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário como legislador positivo, Martine Lombard, *in Droit Administratif*. 4ª ed., Paris: Dalloz, 2001, afirma que:

L'évaluation des politiques publiques se distingue des travaux d'inspection et de contrôle en ce qu'elle ne porte pas seulement sur la vérification du respect de normes

administratives ou techniques, mais tend à comparer les résultats d'une politique publique aux objectifs initialement fixés et aux moyens mis en oeuvre.

Ora, o autor francês mostra que a avaliação da política pública é diferente do trabalho de inspeção e controle, pois não se concentra apenas na fiscalização do cumprimento de normas administrativas ou técnicas, mas tende a comparar os resultados de uma política pública aos objetivos inicialmente fixados e aos meios utilizados.

Esta avaliação, *no presente caso*, faz parte da autonomia específica das universidades trazida pelo artigo 53 da Lei n. 9.394/1996, sendo que desconsiderar o critério objetivo estabelecido no edital terminaria por macular a política pública de inclusão.

Eis precedente em caso de processo seletivo de ingresso:

Processual e Administrativo. Programa Experimental de Ingresso no Ensino Superior – Peies. Avaliação seriada. Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei n. 9.394/1996).

1. Não cabe ao STJ, em sede de recurso especial, examinar possível violação a dispositivos constitucionais.

2. Incide a Súmula n. 284-STF se o recorrente, a pretexto de violação do art. 535 do CPC, limita-se a fazer alegações genéricas, sem, contudo, indicar com precisão em que consiste a omissão, contradição ou obscuridade do julgado.

3. Matéria que não foi discutida no Tribunal *a quo* não pode ser analisada em sede de especial, por ausência de prequestionamento (Súmula n. 282-STF).

4. Descabe, em sede de recurso especial, o exame de violação a decreto, a portaria interministerial ou a regimento interno, por não se enquadrarem no conceito de lei federal, na forma do art. 105, III, **a**, da CF/1988.

5. A Lei n. 9.394/1996, ao regulamentar o art. 207 da Constituição Federal de 1988, abandonou por completo a sistemática de acesso ao ensino superior unicamente através de "vestibular", antes definido pela Lei n. 5.540/1968, traçando novas diretrizes quanto aos critérios de seleção e admissão de estudantes, que passaram a ser fixados de acordo com o princípio da autonomia didático-científica das universidades, mediante articulações destas com os órgãos normativos dos sistemas de ensino.

6. Nesse contexto, uma vez que observadas as normas da Lei n. 9.394/1996 e principalmente o princípio da publicidade dos critérios de seleção, dentro do contexto de autonomia didático-científica atribuída às instituições de ensino, como bem salientado pelo Tribunal de origem, legítimo é o processo seletivo de avaliação seriada criado pela Universidade recorrida, sem que se possa falar em ofensa do princípio da igualdade no acesso à escola, previsto no art. 3º, inciso I desta lei.

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, no mérito, improvido.

(REsp n. 546.232-RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 09.08.2005, DJ 05.09.2005 p. 345) (grifo meu.)

Eis as palavras da Ministra Relatora do acórdão acima transcritos:

Não fosse apenas isso, paralelamente à outorgada a essas instituições, dentre outras coisas, da discricionariedade quanto ao estabelecimento das formas de acesso ao ensino superior, abandonou a Lei n. 9.394/1996, de forma expressa, a antiga imposição quanto à exclusividade do usual “vestibular”, prevista nos arts. 17, a e 21 da Lei n. 5.540/1968, ao revogar inteiramente esses dispositivos pelo seu art. 92. (grifo meu.)

A Segunda Turma tem como premissa que faz parte da autonomia universitária a fixação das normas que tratam do ingresso de discente, o que se estende à implementação de política pública de ação afirmativa no processo seletivo.

A exigência relacionada à frequência integral e exclusiva no ensino médio e fundamental públicos é um critério objetivo razoável e proporcional escolhido pela universidade, pois a possibilidade de candidato que cursou alguns meses do ensino fundamental em escola privada disputar vagas reservadas aos cotistas retira a objetividade da norma.

Caso exceções à autonomia universitária veiculadas pelo magistrado fossem possíveis, surgiriam as seguintes perguntas. Até quantos meses? Será o Poder Judiciário competente para, no presente caso, fixar, em cada julgamento, os meses que seriam razoáveis e proporcionais?

Brilhantes são os ensinamentos do Ministro do STF Joaquim Benedito Barbosa Gomes sobre segurança jurídica na implementação das ações afirmativas - no seu artigo *Ações afirmativas e os processos de promoção da igualdade efetiva*, in *Seminário Internacional as minorias e o direito* (2001: Brasília) / Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários; Ajufe; Fundação Pedro Jorge de Mello e Silva; *The British Council*. Brasília: CJF, 2003, p. 121 - ao afirmar a necessidade da discriminação positiva ser específica, estabelecendo claramente as situações ou indivíduos que serão beneficiados com a diferenciação. Eis o texto:

Aliado a isto, a legislação infraconstitucional deve respeitar três critérios concomitantes para que atenda ao princípio da igualdade material: a diferenciação deve (a) decorrer de um comando-dever constitucional, no sentido

de que deve obediência a uma norma programática que determina a redução das desigualdades sociais; (b) *ser específica, estabelecendo claramente aquelas situações ou indivíduos que serão “beneficiados” com a diferenciação*, e (c) ser eficiente, ou seja, é necessária a existência de umnexo causal entre a prioridade legal concedida e a igualdade socioeconômica pretendida. (grifo meu.)

Sobre o cuidado na escolha dos meios de implantação de qualquer ação afirmativa para não inviabilizar o seu objetivo final, José Carlos Evangelista de Araújo, no seu livro *Ações afirmativas e Estado democrático social de direito*. São Paulo: LTr, 2009, afirma que:

Nem sempre seria possível, ou até mesmo plausível, saber qual, dentre todos os meios igualmente adequados, seria o mais intenso, o melhor e o mais seguro na realização do fim. Tudo dependeria de informações e de circunstâncias que, na maior parte das vezes, estão indisponíveis para o administrador.

Dessa maneira, poderia a administração pública inviabilizar-se, e com ela, também a promoção satisfatória dos seus fins, se dela se exigir, na tomada de cada decisão, por insignificante que pareça, avaliar exaustivamente todos os meios possíveis e imagináveis para se atingir o fim que lhe foi colimado pelo ordenamento jurídico.

O autor afirma também que quando os meios (recursos públicos) são insuficientes, não apenas no grau de limitações aos direitos fundamentais, como também no grau de promoção da finalidade, as escolhas podem se mostrar difíceis.

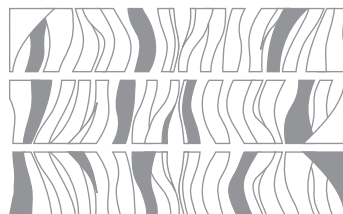
Não é fácil para a Administração Pública escolher entre um meio que restringe pouco um direito fundamental, mas, em contrapartida, promove pouco o fim colimado, e um outro meio que, ao mesmo tempo, promove intensamente o fim, mas provoca restrições a direitos fundamentais na mesma intensidade.

De fato, tais questões não podem, considerando este caso concreto, ser decididas fora da autonomia universitária, sendo certo que a UFPR o fez da maneira mais específica e objetiva possível.

7. Conclusões

Ante o exposto, dou parcial provimento ao presente recurso especial, para manter a exigência formulada pela recorrente, de que candidatos a vagas reservadas à discriminação positiva “tenham realizado o ensino fundamental e médio exclusivamente em escola pública no Brasil”.

É como penso. É como voto.



Jurisprudência da Segunda Seção

CONFLITO DE COMPETÊNCIA N. 97.887-MG (2008/0170791-9)

Relator: Ministro Fernando Gonçalves

Autor: Acoplacion Montagens e Manutenção Ltda

Advogado: Carlos Antonio Tarcia e outro(s)

Réu: FMG Comércio Montagem e Manutenção em Geral Ltda

Advogado: Carlos Wilson Santos de Siqueira e outro(s)

Suscitante: Juízo de Direito da 3ª Vara Cível de Contagem

Suscitado: Juízo de Direito da 3ª Vara Cível de Jacareí – SP

EMENTA

Processual Civil. Juízos competentes. Prevenção. Citação primeira.

1 - Na hipótese de dois juízos competentes, em tese, para ambas as causas, a competência se define pela prevenção, ou seja, em favor daquele onde foi, primeiramente, efetivada a citação. Aplicação do art. 219 do CPC.

2 - No caso concreto a citação no Juízo suscitante teve lugar quase um ano antes da citação da nomeada à autoria, no Juízo suscitado, quando então perfectibilizada a relação jurídica processual com a assunção do pólo passivo pela parte que sempre foi a legítima e, originalmente, não se encontrava na condição de ré no processo. Essa portanto deve ser a data a considerar no confronto das duas citações.

3 - Conflito conhecido para declarar competente o *Juízo de Direito da 3ª Vara Cível de Contagem - MG*, suscitante.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do Conflito de Competência e declarar competente a 3ª Vara Cível de Contagem-MG, a suscitante. Os Ministros Aldir Passarinho Junior, João Otávio de Noronha, Massami Uyeda, Sidnei Beneti, Luis Felipe Salomão, Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal

convocado do TRF 1ª Região), Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS) e Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ-BA) votaram com o Ministro Relator.

Brasília (DF), 11 de fevereiro de 2009 (data do julgamento).

Ministro Fernando Gonçalves, Relator

DJe 18.02.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves: Trata-se de conflito de competência estabelecido entre o *Juízo de Direito da Terceira Vara Cível de Contagem - MG*, suscitante, e o *Juízo de Direito da Terceira Vara Cível de Jacareí - SP*, suscitado.

Segundo se colhe das peças que compõem estes autos, *Acoption Montagens e Manutenção Ltda* é autora de ação de cobrança ajuizada em face de *FMG Comércio, Montagem e Manutenção em Geral Ltda*, perante o Juízo ora suscitante (Contagem - MG), onde a ré fez suscitar exceção de incompetência sob dois argumentos: a) tem a sua sede na comarca de Jacareí - SP e b) nesta cidade é autora de ação de inexigibilidade de título cumulada com indenização por perdas e danos morais e materiais em face de *Unibanco - União de Bancos Brasileiros S/A*, porque por este levado a protesto título (duplicata sem aceite) emitido por serviços tomados de *Acoption Montagens e Manutenção Ltda*, a quem, nesta última demanda, foi nomeada a autoria.

A exceção foi acolhida, remetendo-se o feito ao Juízo de Contagem - MG.

Este, por sua vez, suscita o presente conflito, afirmando encontrar-se prevento o Juízo de Jacareí - SP, pois naquela cidade teria sido requerida, por *FMG Comércio, Montagem e Manutenção em Geral Ltda*, cautelar de sustação de protesto, além de ser a praça de pagamento do título (duplicata de serviço).

Aduz, de outra parte, que a própria credora teria renunciado ao foro de eleição (Contagem - MG) ao efetuar o protesto em Jacareí - SP e, além disso, a citação do *Unibanco* (em Jacareí - SP) teria ocorrido antes da citação de *FMG Comércio, Montagem e Manutenção em Geral Ltda* (em Contagem - MG), atraindo a incidência da regra do art. 219 do Código de Processo Civil.

O Ministério Público Federal opina pela competência do Juízo de Contagem - MG, em parecer que guarda a seguinte ementa:

Conflito negativo de competência entre juízos de direito. Prevenção. Juízo onde se deu a primeira citação. Nomeação à autoria.

I - Para refeitos do art. 219, *caput*, do Código de Processo Civil, no pertinente à prevenção para determinação da competência, torna-se irrelevante a ciência dada ao nomeante à autoria, importando, isso, sim a do nomeado.

II - Parecer pela improcedência do conflito. (fls. 662)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves (Relator): Como visto, o cerne da controvérsia está em definir qual o juízo competente para a ação de cobrança e também para ação de inexigibilidade de título cumulada com indenização por perdas e danos morais e materiais.

Não há divergência quanto à origem comum das demandas, ou seja, a relação creditícia entre *Acoption Montagens e Manutenção Ltda* e *FMG Comércio, Montagem e Manutenção em Geral Ltda*.

Nesse contexto, havendo dois juízes competentes para as causas, em comarcas diversas, a resolução do embargo é pela aplicação do art. 219 do Código de Processo Civil, sendo de suma importância, então, definir em qual dos juízos aperfeiçoada, primeiro, a citação.

A ação de cobrança foi ajuizada por *Acoption Montagens e Manutenção Ltda*, na comarca de Contagem - MG em setembro de 2006, com citação da ré, *FMG Comércio, Montagens e Manutenção Geral Ltda*, em 30 de outubro de 2006.

A ação de inexigibilidade de título cumulada com pedido indenizatório foi intentada por *FMG* contra o *Unibanco* em 20 de junho de 2005, efetivando-se a citação em agosto de 2005, pois a contestação do Banco é de 18 de agosto de 2005.

Por essas constatações, poder-se-ia afirmar encontrar-se prevento o Juízo de Jacaré - SP e, pois, competente para ambas as ações.

Contudo, na ação que lá tramita, houve nomeação à autoria (fls. 156) em face de ser o *Unibanco* mero endossatário do título, o que foi aceito pela autora *FMG* (fls. 551), ocorrendo a citação da nova parte passiva da demanda, ou seja, *Acoption Montagens e Manutenção Ltda*, em 09 de julho de 2007, muito tempo depois, portanto, da primeira citação ocorrida na comarca de Contagem.

Esta é a data que deve ser considerada para a resolução da presente contenda, porquanto nomeação à autoria, conquanto seja definida como intervenção de terceiros, assim figurando topograficamente no capítulo VI, seção II do Código de Processo Civil, na verdade trata-se de incidente destinado, única e exclusivamente, a promover o accertamento da legitimidade passiva da demanda, não havendo controvérsia quanto ao fato de não vir o nomeado a juízo deduzir relação jurídica distinta daquela entre as partes originárias, mas, sim, de apresentar-se para assumir, verdadeiramente, o pólo passivo da causa. Tanto é que, havendo concordância do autor e discordância do réu, a conseqüência lógica é a extinção do feito, sem julgamento de mérito, justamente pela ilegitimidade passiva.

Pode-se dizer, com segurança, que, havendo nomeação à autoria e sendo ela procedente, a relação jurídica processual somente se perfectibiliza com a chegada ao processo da parte que sempre foi legítima e, só em momento posterior, assume a sua posição de ré.

Nesse contexto, a citação a ser confrontada com outra em processo perante comarca diversa é a referente à parte a quem foi feita a nomeação à autoria que, no caso concreto, como visto, somente ocorreu em 09 de julho de 2007 para a demanda em tramitação na comarca de Jacareí - SP, quase um ano depois de efetivada a citação na comarca de Contagem - MG, preventa e competente, na espécie, para ambas as causas.

Nesse sentido, o parecer, secundado por doutrina de escol:

A Acoption Montagens e Manutenção Ltda foi citada em 09 de julho de 2007 (fls. 560), não se insurgindo, ao que parece, com a nomeação, tanto assim que reconveio ao autor (fls. 564 e seguintes), o que não poderia fazer caso ostentasse a qualidade de denunciada, porquanto assim figurando, o conflito de interesses vincular-se-ia, nessa lide secundária, ao denunciante e ao denunciado, ao passo que a nomeação à autoria se constitui em mera regularização legitimadora do pólo passivo. Nesse sentido, configura-se, o escólio de ARRUDA ALVIM ("Manual de Direito Processual Civil", Vol. 2, 6ª ed., São Paulo, ed. Revista dos Tribunais, p. 355), a saber:

Nomeação à autoria é o ato através do qual o mero detentor, nos termos do art. 62, tendo sido erroneamente demandado, declara ao autor quem deve ser o verdadeiro réu, ou seja, aquele em nome de quem detém o bem que lhe está sendo demandado. Supõe, assim, uma ação acerca de bem móvel ou imóvel.

Através deste instituto, busca-se a correção da legitimação passiva para a causa, uma vez que o detentor, sendo demandado “em nome próprio”, isto é, como parte supostamente legítima, alega que não é o titular da possível relação de Direito Material, tal como relatada pelo autor. Desta forma, o que ocorre é que o demandado deve assumir o precesso, pois é contra este que a ação deveria ser movida, e esta oportunidade, corretiva da legitimação passiva, é ensejada ao autor.

Do exposto, resulta irrelevante a citação do *Unibanco - União de Bancos Brasileiros S/A*, importando, já agora, a citação da nomeada à autoria, que se deu em 09 de julho de 2007, bem depois da citação da *FMG Comércio, Montagem e Manutenção em Geral Ltda*, ocorrida em 30 de junho de 2006, na ação de cobrança em curso na 3ª Vara Cível de Contagem. (fls. 664-665)

Sobreleva ainda, na espécie, o fato de haver cláusula de eleição de foro, indicando a comarca de Contagem - MG para dirimir eventuais controvérsias entre as partes, conforme mencionado pelo próprio Juízo suscitante na sua fundamentação (fls. 03), constatação apta a reforçar e confirmar a competência daquele Juízo no caso presente, notadamente porque não se trata de relação de consumo (hipossuficiência de uma das partes), mas de contendores com forças de litigância equivalentes.

Nesse sentido:

Processual Civil. Conflito negativo. Ação de indenização. Contrato de distribuição de produtos. Relação de consumo e hipossuficiência ausentes. Incorporação. Transferência do foro de eleição. Validade. Prevalência.

I. Deve ser processada perante o foro de eleição adotado após incorporação da anterior contratante, mesmo que importe na transferência da ação para capital de outra unidade federada, conforme cláusula contratual livremente estabelecida, se nos aditamentos celebrados não houve alteração a respeito.

II. *Omissis*

III. Conflito conhecido, para declarar competente o Juízo da 1ª Vara Cível de Jacarepaguá, RJ. (CC n. 40.995-RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Segunda Seção, julgado em 26.05.2004, DJ 30.08.2004 p. 197)

Ante o exposto, conheço do conflito e declaro competente o *Juízo de Direito da Terceira Vara Cível de Contagem - MG*, suscitante.

**EMBARGOS INFRINGENTES EM AÇÃO RESCISÓRIA N. 3.231-PR
(2009/0042249-1)**

Relator: Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS)

Embargante: Edvaldo Aparecido de Oliveira

Advogado: Gustavo Munhoz e outro(s)

Embargado: Proforte S/A Transporte de Valores

Advogado: José Alberto Couto Maciel e outro(s)

EMENTA

Processual Civil. Embargos infringentes em ação rescisória originária desta Corte. Art. 530 do CPC. Lei n. 10.352/2001. Inadmissibilidade da ação rescisória. Embargos infringentes não conhecidos.

1. A teor do art. 530 do Código de Processo Civil, na redação dada pela Lei n. 10.352/2001, “cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória”.

2. São incabíveis os embargos infringentes opostos contra acórdão, não unânime, que considerou inadmissível a ação rescisória, porque proposta contra decisão sem conteúdo de mérito.

3. Embargos infringentes não conhecidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer dos embargos infringentes, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ-BA), Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ-AP), Fernando Gonçalves, Aldir Passarinho Junior, Nancy Andrigli, João Otávio de Noronha, Sidnei Beneti e Luis Felipe Salomão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Parecer oral proferido pelo Exmo. Sr. Henrique Fagundes Filho, representante do Ministério Público Federal.

Brasília (DF), 09 de dezembro de 2009 (data do julgamento).

Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS),
Relator

DJe 18.12.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS): Trata-se de embargos infringentes opostos por *Edvaldo Aparecido de Oliveira* contra acórdão proferido por esta Segunda Seção, Relatora a eminente Ministra Nancy Andrighi, que, por maioria, julgou extinta a ação rescisória, sem resolução de mérito, em acórdão assim ementado:

Processo Civil. Ação rescisória proposta para desconstituição de decisão proferida em conflito de competência que determinou a remessa de ação de execução que tramitava perante o juízo trabalhista, para o juízo falimentar. Hipótese em que a sociedade falida havia sido sucedida por outra sociedade, ainda em operação. Inadmissibilidade da ação rescisória. Hipótese em que a decisão a ser rescindida não consubstancia sentença de mérito, seja do ponto de vista formal, seja do ponto de vista substancial. Questão que se soluciona mediante a remessa do processo ao juízo falimentar, ainda que para a expropriação dos bens da empresa solvente, sucessora da falida.

- *Em que pese a existência de precedentes desta Corte admitindo a propositura de ação rescisória para a desconstituição de decisão interlocutória que, do ponto de vista substancial, decida uma questão de mérito, não é admissível o manejo dessa ação para desconstituição de decisão proferida em conflito de competência. A decisão proferida em tal incidente processual não pode ser considerada sentença de mérito, seja do ponto de vista formal, seja do ponto de vista substancial.*

- *Na hipótese dos autos, o juízo trabalhista havia decretado a sucessão de empresas, transferindo a dívida que, originariamente, era da sociedade cuja falência veio a ser decretada, a uma nova sociedade, solvente e em operação. Diante desse panorama, e considerando que não é possível a modificação da decisão proferida no julgamento do conflito de competência, os autos devem ser remetidos ao juízo falimentar, mas a execução permanecerá dirigida contra a empresa solvente, cujos bens permanecem vinculados à execução e poderão ser expropriados para pagamento da dívida reclamada.*

Ação rescisória extinta sem resolução de mérito (fl. 398).

Em suas razões, o recorrente defende a prevalência do entendimento adotado nos votos minoritários, no sentido do cabimento da ação rescisória para desconstituição de decisão proferida em sede de conflito de competência. Sustenta, em síntese, que, “embora à primeira vista, e perfunctoriamente, tal decisão não seja efetivamente meritória sob um prisma meramente formal, pois tecnicamente não põe fim a qualquer processo, é evidente que o conteúdo dessa decisão extingue uma relação processual executória oriunda de uma decisão judicial transitada em julgado” (fl. 411). Tece considerações acerca do mérito da demanda. Ao final, pugna pelo acolhimento dos embargos infringentes.

Com a impugnação aos embargos (fls. 417-428), vieram os autos conclusos. É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS) (Relator): O recurso não merece ser conhecido.

A teor do art. 530 do Código de Processo Civil, na redação dada pela Lei n. 10.352/2001, “cabem embargos infringentes quando o acórdão *não unânime* houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado *procedente* ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência”.

Como visto, segundo a redação atual do artigo em comento, após a reforma legislativa de 2001, o cabimento dos embargos infringentes requer a reunião de dois requisitos: (i) não unanimidade do julgado; e (ii) procedência da ação rescisória.

Tal entendimento encontra escopo na doutrina especializada, *verbis*:

Conjugam-se, desse modo, dois requisitos. O primeiro é o de que o julgado na ação rescisória não seja unânime (art. 530, primeira parte, do Código de Processo Civil). Esse pressuposto já existia antes da reforma. O segundo é novo: exige-se julgado de procedência na ação rescisória.

A utilização pelo legislador do termo *procedência* parece ter sido intencional no sentido de afastar a possibilidade, antes permitida, de recorribilidade por meio de embargos infringentes da decisão não unânime que contemplasse o exame acerca da admissibilidade da ação rescisória.

Assim, não é mais possível a interposição de recurso de embargos infringentes da decisão colegiada acerca da admissibilidade da ação rescisória, ainda que não

unânime, pois ela simplesmente determinará o conhecimento da ação, ou seja, será apenas a ponte para o julgamento do mérito, que poderá ser de procedência ou não. Essa conclusão surge da necessidade de haver a conjugação de ambos os requisitos: não unanimidade e procedência (DONADEL, Adriane. *"A ação rescisória no direito processual civil brasileiro"*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 281).

A jurisprudência desta Corte já teve a oportunidade de se manifestar sobre a matéria em pelo menos duas ocasiões, como se colhe dos seguintes precedentes:

Embargos infringentes em ação rescisória. Ação julgada improcedente em julgamento não unânime. Não cabimento. Embargos infringentes não conhecidos.

1. "Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória" (artigo 530, do Código de Processo Civil, com a redação conferida pela Lei n. 10.352, de 26.12.2001).

2. A ação rescisória *sub examine* foi julgada improcedente, de modo que incabíveis os presentes embargos infringentes, os quais somente seriam admissíveis se o julgamento não unânime houvesse acolhido o pedido rescindente e/ou rescisório.

3. Embargos infringentes não conhecidos.

(EAR n. 2.931-SP, Rel. Ministro Ari Pargendler, Rel. para acórdão Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Segunda Seção, julgado em 13.09.2006, DJ 18.12.2006 p. 299).

Processual Civil. Embargos infringentes. Art. 530, CPC. Lei n. 10.352/2001. Improcedência da ação rescisória. Descabimento do recurso.

1. Descabem embargos infringentes contra acórdão não unânime que julga improcedente ação rescisória, uma vez que o recurso não preenche os pressupostos de admissibilidade exigidos pelo artigo 530 do Código de Processo Civil, com a nova redação dada pela Lei n. 10.352, de 26.12.2001, cuja aplicação tem efeito imediato, por se tratar de norma de ordem processual, atingindo todos os atos subseqüentes praticados no processo após a sua entrada em vigor.

2. Embargos infringentes não conhecidos.

(EAR n. 699-DF, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 26.02.2004, DJ 15.03.2004 p. 144).

Logo, são incabíveis os embargos infringentes opostos contra acórdão que julga improcedente a ação rescisória, bem como contra aquele que decide acerca dos requisitos de admissibilidade da ação, como no caso concreto, em que

a ação rescisória foi considerada inadmissível, porque proposta, objetivando a desconstituição de decisão desprovida de conteúdo de mérito.

Em ambos os casos, resta desatendido o segundo requisito legal para o cabimento dos embargos infringentes: o julgamento de procedência da ação rescisória.

Essa também é a lição da doutrina de Sérgio Shimura: “é preciso que o acórdão, em votação majoritária, seja de procedência da ação rescisória. Portanto, é preciso que o acórdão tenha ensejado ao autor o êxito pretendido” (Embargos infringentes e seu novo perfil (Lei n. 10.352/2001). *In*: Nelson Nery Júnior; Teresa Arruda Alvim Wambier (Coord.). “Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais”. v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 508).

No mesmo sentido, faz-se oportuna, ainda, a colação dos comentários de Bernardo Pimentel Souza, *verbis*:

Ante o exposto, não conheço dos embargos infringentes.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.106.654-RJ (2008/0261750-0)

Relator: Ministro Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ-BA)

Recorrente: A L G (menor)

Representado por: F L G

Advogado: Renato Brito Neto e outro(s)

Recorrido: J A G A

Advogado: Claudia Vaz e outro(s)

EMENTA

Direito de Família. Alimentos. Décimo terceiro salário. Terço constitucional de férias. Incidência. Julgamento sob a técnica do art. 543-C do CPC.

1. Consolidação da jurisprudência desta Corte no sentido da incidência da pensão alimentícia sobre o décimo terceiro salário e o terço constitucional de férias, também conhecidos, respectivamente, por gratificação natalina e gratificação de férias.

2. Julgamento do especial como representativo da controvérsia, na forma do art. 543-C do CPC e da Resolução n. 8/2008 do STJ - Procedimento de Julgamento de Recursos Repetitivos.

3. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao Recurso Especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, com a ressalva pessoal do Sr. Ministro Honildo Amaral (Desembargador Convocado do TJ-AP).

Para os efeitos do artigo 543-C do CPC, incide a pensão alimentícia sobre o décimo terceiro salário e sobre o terço constitucional de férias. Os Srs. Ministros Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ-AP), Fernando Gonçalves, Aldir Passarinho Junior, Nancy Andrighi, João Otávio de Noronha, Sidnei Beneti, Luis Felipe Salomão e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 25 de novembro de 2009 (data do julgamento).

Ministro Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ-BA), Relator

DJe 16.12.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ-BA): Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que considerou não abrangida na pensão alimentícia a gratificação natalina e a gratificação de férias recebidas pelo alimentante.

Defende o recorrente, pela letra c do permissivo constitucional, a existência de dissídio jurisprudencial entre o aresto impugnado e os precedentes desta Corte Superior, indicados como paradigmas.

Após as contra-razões (fls. 366-377), subiram os autos a este Tribunal como representativos da controvérsia (fl. 418), nos termos do art. 543-C, acrescido pela Lei n. 11.672/2008, que estabelece o procedimento para julgamento dos recursos especiais repetitivos no STJ.

Admitido o recurso, opinou o *Ministério Público Federal*, em substancioso parecer, que recebeu a seguinte ementa:

Civil e Processual Civil. Família. Revisional de alimentos. Recurso especial. Incidência da gratificação natalina sobre a pensão alimentícia.

O adicional de férias e o 13º salário integram a base de cálculo da pensão alimentícia quando fixada sobre o percentual da remuneração do alimentante.

(fls. 425-429)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ-BA) (Relator): Caracterizado o dissídio jurisprudencial, tem-se para exame a seguinte tese: a pensão alimentícia incide sobre os valores relativos ao décimo terceiro salário e ao terço constitucional de férias, também conhecidos, respectivamente, por gratificação natalina e gratificação de férias?

Exame na jurisprudência desta Corte, a partir dos paradigmas colacionados pelo recorrente, demonstra a consolidação do entendimento no sentido da incidência da pensão alimentícia sobre o décimo terceiro salário e o terço constitucional de férias, porque tais verbas estão compreendidas nas expressões “vencimento”, “salários” ou “proventos” que consubstanciam a totalidade dos rendimentos auferidos pelo alimentante.

Confira-se, a propósito, os seguintes precedentes:

Direito de Família. Recurso especial. Alimentos. Incidência sobre um terço de férias. Possibilidade. Precedentes.

O chamado terço constitucional de férias, comum a todos os servidores, incorpora-se à remuneração. Logo, integra a base de cálculo dos alimentos. Precedentes.

Recurso especial conhecido e provido.

(REsp n. 686.642-RS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 16.02.2006, DJ 10.04.2006 p. 180)

Direito de Família. Recurso especial. Alimentos. Incidência sobre o décimo terceiro salário. Possibilidade.

- O décimo terceiro salário deve integrar a base de cálculo da pensão alimentícia, mesmo quando os alimentos foram estabelecidos em valor mensal fixo.

Recurso especial conhecido e provido.

(REsp n. 622.800-RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 14.06.2005, DJ 1º.07.2005 p. 519)

Divórcio direto. Alimentos. 13º salário. Precedentes da Corte.

1. Já decidiu a Corte que sendo cabível o pagamento dos alimentos, alcança este, também, o 13º salário.

2. Recurso especial conhecido e provido, em parte.

(REsp n. 547.411-RS, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 17.03.2005, DJ 23.05.2005 p. 269)

Alimentos. Percentual. Base do cálculo. Terço de férias. A gratificação correspondente ao terço de férias do assalariado integra a base do cálculo da pensão alimentar fixada sobre um percentual do salário líquido do alimentante, salvo se excluída por cláusula expressa.

A gratificação correspondente ao terço de férias do assalariado integra a base do cálculo da pensão alimentar fixada sobre um percentual do salário líquido do alimentante, salvo se excluída por cláusula expressa.

Recurso conhecido, pela divergência, mas improvido.

(REsp n. 158.843-MG, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 18.03.1999, DJ 10.05.1999 p. 182)

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial, determinando que a pensão alimentícia incida sobre o décimo terceiro salário e o terço constitucional de férias.

É o voto.

VOTO

O Sr. Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ-AP): Curvando-me à decisão da Seção, registro o meu ponto de vista sobre essa importante matéria.

Em relação à gratificação natalina (*décimo terceiro salário*) este Eg. Superior Tribunal de Justiça vem reiterando o entendimento de que essa verba incorpora-se à remuneração do trabalhador por sua natureza salarial, sendo que se o alimentante recebe um salário a mais no ano, deve repassar, proporcionalmente, este benefício compulsório ao alimentado.

A propósito, confirmam-se os precedentes:

Direito de Família. Recurso especial. Alimentos. Incidência sobre o décimo terceiro salário. Possibilidade. - O décimo terceiro salário deve integrar a base de cálculo da pensão alimentícia, mesmo quando os alimentos foram estabelecidos em valor mensal fixo. Recurso especial conhecido e provido. (STJ - REsp n. 622.800-RS – Rel. Ministra Nancy Andrighi - DJ 1º.07.2005 p. 519).

Nesse mesmo sentido:

Divórcio direto. Alimentos. 13º salário. Precedentes da Corte. 1. Já decidiu a Corte que sendo cabível o pagamento dos alimentos, alcança este, também, o 13º salário. 2. Recurso especial conhecido e provido, em parte. (STJ - REsp n. 547.411-RS – Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito – DJ 17.03.2005).

No entanto, em relação à *incidência do adicional de férias* no cômputo da pensão alimentícia, considerando os efeitos e a extensão do julgamento deste *recurso repetitivo*, ousou dissentir do entendimento preconizado pelo em. Ministro Relator, porque tal verba tem essência personalíssima e é deferida ao trabalhador com a finalidade exclusiva de assegurar-lhe descanso após período de um ano de trabalho, proporcionando-lhe, ainda, relativa tranquilidade para fazer frente a gastos extraordinários, na busca de alguns instantes de lazer pelo labor despendido.

Assegura-lhe a lei, até mesmo a venda de uma terça parte, assegurando-lhe um recurso extra para o seu descanso.

Essa natureza personalíssima extrapola o conceito de alimentos por separação judicial ou de natureza semelhante, eis que são providos, *permissa vênia*, com os salários e até mesmo com o décimo terceiro salário, não integrando, ao meu modesto entendimento, à obrigação de prestar alimentos, pois que elevado como *Direito de Eficácia Jurídica e Social*, estabelecida no inciso XVII do art. 7º da Constituição Federal.

Ao tratar da sociologia constitucional, FRANCISCO GÉRSON MARQUES DE LIMA sustenta premissas para a escorreita aplicação da norma jurídica, e mais especificamente a de natureza constitucional, prelecionando que

O interprete tem seus compromissos jurídicos, tais como: conferir eficácia à norma, extrair o máximo grau de justiça que ela possa oferecer, fazê-la alcançar o maior número possível de destinatários, preservar seu conteúdo isonômico, assegurar-lhe a progressividade, amoldá-la às situações concretas, estabelecer vínculos entre seu lado meramente normativo e a perspectiva fática, aplicá-la racional e fundamentadamente, dar continuidade ao trabalho do legislador etc. Ao lado destas obrigações gerais, no que se refere ao Estado, há compromisso também de ordem política e social: o intérprete deve observar as reservas econômicas do Estado, os programas constitucionais, o alcance social das medidas governamentais, a integridade dos atos públicos praticados sob o manto da norma, a paz e o processo social. (in O STF na Crise institucional Brasileira – Editora Malheiros, 2009, p.).

Não se pode deixar de considerar, pela relevância do precedente em sede de recurso repetitivo muito mais abrangente do que os dissídios inter-partes, porquanto, via de regra, hoje a guarda de filhos é compartilhada entre os genitores e, os filhos gozam de férias com os pais.

Onerar o trabalhador na repartição do terço constitucional de férias e, certamente despender novamente valores para no exercício da guarda compartilhada exercer os mesmos direitos de férias com os filhos, seria desigualar o casal sob o aspecto financeiro.

Com efeito, penso estar plenamente atualizada e presente a doutrina do Professor YUSSEF SAID CAHALI, que corrobora esse entendimento ao prelecionar que:

não pode ser computado o abono de 1/3 das férias para efeito de incidência da verba alimentar; o valor recebido pelo trabalhador como adicional de férias representa uma espécie de ajuda de custo, pois sabido é que tem a finalidade de auxiliar o trabalhador em período que experimenta gasto mais elevado com o lazer, sendo ela gratificação personalíssima, não devendo ocorrer a incidência do percentual alimentar (in DOS ALIMENTOS – 3ª edição – p. 777 – 1998).

Assim, respeitados os precedentes da Corte, entendo que o conceito adotado até então há de ser modificado pela dinâmica da evolução da sociedade no sentido de que o percentual relativo a verba alimentar não deve alcançar o terço constitucional de férias, instituído com escopo específico de custear os naturais acréscimos pecuniários experimentados pelo trabalhador no gozo de suas férias e em face de ser esse um direito personalíssimo àquele que labutou ao curso do período aquisitivo.

Engessar a evolução do pensamento, da jurisprudência com todo respeito não tem sentido, *permissa vênia*.

Com esses fundamentos, pedindo vênia ao ilustre Ministro Relator, conheço parcialmente do Especial, e nessa extensão, dou-lhe provimento para afastar a incidência do terço constitucional de férias como integrativo na verba alimentar, salvo se assim o desejar o devedor.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.110.549-RS (2009/0007009-2)

Relator: Ministro Sidnei Beneti

Recorrente: Edviges Misleri Fernandes

Advogado: Maria de Fátima Tonet

Recorrido: Banco Santander S/A

Advogado: Alde da Costa Santos Júnior e outro(s)

EMENTA

Recurso repetitivo. Processual Civil. Recurso especial. Ação coletiva. Macro-lide. Correção de saldos de cadernetas de poupança. Sustação de andamento de ações individuais. Possibilidade.

1.- Ajuizada ação coletiva atinente a macro-lide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva.

2.- Entendimento que não nega vigência aos arts. 51, IV e § 1º, 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor; 122 e 166 do Código Civil; e 2º e 6º do Código de Processo Civil, com os quais se harmoniza, atualizando-lhes a interpretação extraída da potencialidade desses dispositivos legais ante a diretriz legal resultante do disposto no art. 543-C do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei dos Recursos Repetitivos (Lei n. 11.672, de 08.05.2008).

3.- Recurso Especial improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, negar provimento ao Recurso Especial, vencido o Sr. Ministro Honildo Amaral (Desembargador convocado do TJ-AP).

Para os efeitos do artigo 543-C, do CPC, ajuizada ação coletiva, suspendem-se as ações individuais até o julgamento da ação coletiva.

Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ-BA), Fernando Gonçalves, Aldir Passarinho Junior e Nancy Andrighi votaram com o Sr. Ministro Relator. Impedido o Sr. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS).

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Brasília (DF), 28 de outubro de 2009 (data do julgamento).

Ministro Sidnei Beneti, Relator

DJe 14.12.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sidnei Beneti: 1.- *Edviges Misleri Fernandes* interpõe Recurso Especial contra Acórdão proferido pelo E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Relator Desembargador *Sérgio Luiz Grassi Beck*), proferido em sede de Agravo Interno no Agravo de Instrumento, confirmando decisão de 1º Grau, proferida em ação movida por depositante de caderneta de poupança visando ao recebimento de correção monetária que seria devida em virtude de Planos Econômicos, suspendendo o processo individual dada a existência de ação coletiva antes instaurada.

O Acórdão recorrido está assim ementado (fls. 57):

Agravo interno. Decisão monocrática negando seguimento a agravo de instrumento. Decisão mantida por seus fundamentos, não alterada pelas razões recursais.

Negaram provimento ao recurso.

2.- Em suas razões, alega a recorrente violação dos arts. 51, IV e § 1º, 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor; 122 e 166 do Código Civil; e 2º

e 6º do Código de Processo Civil, sustentando, em síntese o descabimento da suspensão da demanda individual em virtude do ajuizamento da ação coletiva pela Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Argumenta que *não tem interesse individual que sua ação fique suspensa e baixada até o trânsito em julgado da ação coletiva, eis que além de aumentar o tempo de conclusão da sua ação individual, os seus pedidos sucessivos ao principal são diversos aos formulados na ação coletiva referida na decisão recorrida, causando visível prejuízo à mesma* (fls. 78).

3.- O Recurso foi admitido na origem (fls. 105-108) e selecionado, conforme o disposto no art. 543-C, § 1º, do CPC, como representativo da controvérsia (fls. 111-112).

4.- Instado, o Ministério Público Federal, na pessoa do Dr. *Pedro Henrique Távora Niess*, opinou pelo não conhecimento do recurso (fls. 153-155), por não ter a recorrente informado o permissivo constitucional que embasa o seu inconformismo.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sidnei Beneti (Relator): 5.- Inicialmente, cumpre consignar que a ação coletiva que ensejou a suspensão (decisão – fls. 12) da ação individual em tela foi proposta pelo *Ministério Público* contra o *Banco Santander Banespa S.A.* (processo n. 001/1.07.0104379-6) e não pela Defensoria Pública Estadual, como afirma a recorrente.

De qualquer forma, o pormenor não é relevante, no tipo de questão, pois o que importa é o tema central posto pelo presente recurso, ou seja, a suspensão, nos termos da legislação atual, do andamento de milhares de processos, para o aguardo de prévio julgamento da mesma tese jurídica de fundo neles contida, bastando a certeza, no caso, da legitimidade para propositura de Ação Civil Pública, o que é inquestionável no caso, por se tratar do Ministério Público (Lei da Ação Civil Pública, CPC, art. 5º, I).

6.- Pertinente ao fundamento para o não conhecimento do Recurso Especial, apontado pelo Ministério Público Federal, qual seja, a ausência de indicação do permissivo constitucional viabilizador da instância especial, cumpre ressaltar diversos julgados nesta Corte no sentido de que, não obstante a ausência de indicação da alínea do inciso III do art. 105 da Constituição Federal

em que se funda o recurso, este é viável desde que a petição recursal indique de forma clara os dispositivos infraconstitucionais entendidos como violados, como ocorreu no presente caso.

Nesse sentido os seguintes precedentes: AgRg no REsp n. 948.326-MG, Rel. Ministro Paulo Gallotti, DJe 19.12.2008; EDcl no REsp n. 974.304-PR, Rel. Ministro Castro Meira, DJe 05.08.2008; AgRg no REsp n. 845.134-SP, Min. Francisco Falcão, DJ 23.10.2006; REsp n. 96.070-RS, Min. Jose de Jesus Filho, DJ 17.03.1997.

Ademais, trata-se de recurso representativo da controvérsia em que os rigores formais de admissibilidade devem ser mitigados, diante relevância da tese principal, a fim de que se cumpra o que a Lei atualmente determina, ou seja, que o Tribunal julgue de vez, com celeridade e consistência, a macro-lide multitudinária, que se espalha em milhares de processos, cujo andamento individual, repetindo o julgamento da mesma questão milhares de vezes, leva ao verdadeiro estrangulamento dos órgãos jurisdicionais, em prejuízo da totalidade dos jurisdicionados, entre os quais os próprios litigantes do caso.

7.- Quanto ao tema de fundo, deve-se manter a suspensão dos processos individuais, determinada pelo Tribunal de origem, à luz da legislação processual mais recente, mormente ante a Lei dos Recursos Repetitivos (Lei n. 11.672, de 08.05.2008), sem contradição com a orientação que antes se firmara nos termos da legislação anterior, ou seja, ante a só consideração dos dispositivos da Lei da Ação Civil Pública.

O enfoque jurisdicional dos processos repetitivos vem decididamente no sentido de fazer agrupar a macro-lide neles contida, a qual em cada um deles identicamente se repete, em poucos processos, suficientes para o conhecimento e a decisão de todos os aspectos da lide, de modo a cumprir-se a prestação jurisdicional sem verdadeira inundação dos órgãos judiciários pela massa de processos individuais, que, por vezes às centenas de milhares, inviabilizam a atuação judiciária.

Efetivamente o sistema processual brasileiro vem buscando soluções para os processos que repetem a mesma lide, que se caracteriza, em verdade, como uma macro-lide, pelos efeitos processuais multitudinários que produz.

Enorme avanço da defesa do consumidor realizou-se na dignificação constitucional da defesa do consumidor (CF/1988, arts. 5º, XXXII, e 170, V). Seguiu-se a construção de sede legal às ações coletivas (CDC, art. 81, e seu par.

ún., I, II e III). Veio, após, a instrumentalização processual por intermédio da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985, art. 1º, II), que realmente abriu o campo de atuação para o Ministério Público e de tantas relevantíssimas entidades de defesa do consumidor, de Direito Público ou Privado.

Mas o mais firme e decidido passo recente no sentido de “enxugamento” da multidão de processos em poucos autos pelos quais seja julgada a mesma lide em todos contida veio na recente Lei dos Recursos Repetitivos (Lei n. 11.672, de 08.05.2008), que alterou o art. 543-C do Código de Processo Civil, para “quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito” – o que é, sem dúvida, o caso presente.

8.- No atual contexto da evolução histórica do sistema processual relativo à efetividade da atividade jurisdicional nos Tribunais Superiores e nos próprios Tribunais de origem, as normas processuais infraconstitucionais devem ser interpretadas teleologicamente, tendo em vista não só a realização dos direitos dos consumidores mas também a própria viabilização da atividade judiciária, de modo a efetivamente assegurar o disposto no art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, de forma que se deve manter a orientação firmada no Tribunal de origem, de aguardo do julgamento da ação coletiva, prevalecendo, pois, a suspensão do processo, tal como determinado pelo Juízo de 1º Grau e confirmado pelo Acórdão ora recorrido.

Atualizando-se a interpretação jurisprudencial, de modo a adequar-se às exigências da realidade processual de agora, deve-se interpretar o disposto no art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, preservando o direito de *ajuizamento* da pretensão individual na pendência de ação coletiva, mas suspendendo-se o *prosseguimento* desses processos individuais, para o aguardo do julgamento de processo de ação coletiva que contenha a mesma macro-lide.

A suspensão do processo individual pode perfeitamente dar-se já ao início, assim que ajuizado, porque, diante do julgamento da tese central na Ação Civil Pública, o processo individual poderá ser julgado de plano, por sentença liminar de mérito (CPC, art. 285-A), para a extinção do processo, no caso de insucesso da tese na Ação Civil Pública, ou, no caso de sucesso da tese em aludida ação, poderá ocorrer a conversão da ação individual em cumprimento de sentença da ação coletiva.

9.- Não há incongruência, mas, ao contrário, harmonização e atualização de interpretação, em atenção à Lei de Recursos Repetitivos, com os julgados que asseguraram o ajuizamento do processo individual na pendência de ação

coletiva – o que, de resto, é da literalidade do aludido art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, cujo *caput* dispõe que “a defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo”.

O direito ao *ajuizamento* individual deve também ser assegurado, no caso de processos multitudinários repetitivos, porque, se não o fosse, o autor poderia sofrer conseqüências nocivas ao seu direito, decorrentes de acidentalidades que levassem à frustração circunstancial, por motivo secundário, do processo principal, mas esse ajuizamento não impede a suspensão.

A interpretação presente preserva a faculdade de o autor individual acionar (*poderá*, diz o art 81 do Código de Defesa do Consumidor) e observa precedentes deste Tribunal, não fulminando o processo individual pela litispendência (REsp n. 14.473, 3ª Turma, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ 16.03.1998 e REsp n. 160.288, 4ª Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 13.08.2001), precedentes esses que, ainda recentemente levaram a julgamento nesse sentido pela 3ª Turma, inclusive com o voto concordante do subscritor do presente (REsp n. 1.037.314, Rel. Min. Massami Uyeda, DJ 20.06.2008).

Mas a faculdade de suspensão, nos casos multitudinários abre-se ao Juízo, em atenção ao interesse público de preservação da efetividade da Justiça, que se frustra se estrangulada por processos individuais multitudinários, contendo a mesma e única lide, de modo que válida a determinação de suspensão do processo individual, no aguardo do julgamento da macro-lide trazida no processo de ação coletiva.

A interpretação não se antagoniza, antes se harmoniza à luz da Lei dos Processos Repetitivos, com os precedentes desta Corte antes assinalados.

Note-se que não bastaria, no caso, a utilização apenas parcial do sistema da Lei dos Processos Repetitivos, com o bloqueio de subida dos Recursos ao Tribunal Superior, restando a multidão de processos, contudo, a girar, desgastante e inutilmente, por toda a máquina jurisdicional em 1º Grau e perante o Tribunal de Justiça competente, inclusive até a interposição, no caso, do Recurso Especial. Seria, convenha-se, longo e custoso caminho desnecessário, de cujo inútil trilhar os órgãos judiciários e as próprias partes conscientes concordarão em poupar-se, inclusive, repita-se, em atenção ao interesse público de preservar a viabilidade do próprio sistema judiciário ante as demandas multitudinárias decorrentes de macro-lides.

A suspensão dos processos individuais, portanto, repousa em entendimento que não nega vigência, aos arts. 51, IV e § 1º, 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor, 122 e 166 do Código Civil; e 2º e 6º do Código de Processo Civil, com os quais se harmoniza, apenas lhes atualizando a interpretação extraída de toda a potencialidade desses dispositivos legais.

10.- Na identificação da macro-lide multitudinária, deve-se considerar apenas o capítulo principal substancial do processo coletivo.

No ato de suspensão não se devem levar em conta peculiaridades da contrariedade (p. ex., alegações diversas, como as de ilegitimidade de parte, de prescrição, de irretroatividade de lei, de nomeação de gestor, de julgamento por Câmaras Especiais e outras que porventura surjam, ressalvada, naturalmente, a extinção devido à proclamação absolutamente evidente e sólida de pressupostos processuais ou condições da ação), pois, dada a multiplicidade de questões que podem ser enxertadas pelas partes, na sustentação de suas pretensões, o não sobrestamento devido a acidentalidades de cada processo individual levaria à ineficácia do sistema.

Questões incidentais restarão no aguardo de eventual movimentação do processo individual no futuro, ou, se não houverem sido julgados antes, posteriormente serão julgadas no próprio bojo da defesa na execução de sentença coletiva.

Em decorrência da reserva de questões incidentais, não haverá nenhum prejuízo para as partes, pois, além da acentuada probabilidade de todas as questões possíveis virem a ser deduzidas nas ações coletivas, tem-se que, repita-se, se julgadas estas procedentes, as matérias poderão ser trazidas à contrariedade processual pelas partes na execução individual que porventura se instaure – não sendo absurdo, aliás, imaginar, em alguns casos, o cumprimento espontâneo, como se dá no dia-a-dia de vários setores da atividade econômico-produtiva, noticiados pela imprensa.

E sempre sobrar a possibilidade de intervenção como *amicus curiae*, atendidos seus pressupostos, na dinâmica moderna dos processos coletivizados, como dá mostra a previsão recente na Lei dos Processos Repetitivos (Lei n. 11.672/2008).

12.- Pelo exposto, nega-se provimento ao Recurso Especial.

VOTO-VENCIDO

O Sr. Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ-AP): Trata-se de Recurso Especial interposto contra decisão do eg. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, admitido na origem, onde a Requerente se opõe à suspensão de seu processo individual ante a existência de *ação coletiva* buscando implementar a concessão de correção monetária dos Planos Econômicos Bresser, Plano Verão, Plano Collor I e Plano Collor II.

A matéria é de altíssima relevância quanto ao conflito do direito individual em face ao direito coletivo, perpassando por outros princípios processuais, inclusive e relativamente ao asoeramento de multiplicidades processuais, mercedores de algumas considerações.

Em se tratando de Direito Processual, inadmissível que se busque em “notícias de televisão, jornal e revista” fundamentos para apresentar projeto inovador e salvador da modernidade sem analisar, como deve ser, suas conseqüências endógenas e exógenas e os reflexos nos Princípios Constitucionais.

O mestre Cândido Rangel Dinamarco, após dizer que se tornou modismo discorrer sobre a nova ordem processual, indaga:

Qual diagnóstico somos capazes de fazer ou propor seriamente, mediante a definição segura do modelo de hoje ou de amanhã em confronto com o de ontem, que, segundo um dístico que se tornou lugar-comum, e encontra-se expirando em inevitável agonia?

E, louvando em Carlos Alberto Nogueira, responde:

É muito pouco dizer que os desajustes do processo civil de hoje, em relação às realidades externas vêm de sua capacidade de acompanhar no mesmo ritmo os movimentos transformadores da sociedade, da economia e das instituições políticas - ou de acompanhar, como foi dito, “essa mudança ligada à produção e consumo de massa, ao dirigismo econômico, às corporações internacionais, às transformações demográficas, ao urbanismo, ao planejamento autocrático.”

O que se busca neste julgamento é o exame da formal insurgência da titular de um direito individual em face ao consumo de massa, ao dirigismo econômico de uma ação coletiva.

Surgem, assim, indagações que necessitam de uma pacificação processual, quando se questiona:

a) Teria a titular do direito individual de submeter-se aos interesses de uma ação coletiva?

b) Seria a transmigração do individual ao coletivo de natureza impositiva?

Penso que não.

Antes mesmo de se analisar que ação coletiva traria as conseqüências benéficas ao Tribunal de Justiça de origem, livrando-o de centenas e centenas de ações idênticas e este Tribunal Superior de iguais números de recursos que seriam incorporados a outras dezenas e dezenas de milhares de processo, não creio que se devam violar *princípios fundamentais da cidadania, preconizado no inciso II do art. 1º da Constituição Federal*.

O *Direito à Cidadania* deve ser exercido nos limites da lei, certo de que *“ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”* (art. 5º, inciso II da Constituição Federal).

A admissibilidade por parte da titular do direito de ação à substituição processual, disciplinada na Ação Coletiva, tem natureza facultativa.

E, sendo de natureza facultativa, não pode a ação individual sofrer suspensão impositiva, se assim não o desejar o titular do direito material.

Tem ela o direito de ver prosseguir a sua ação individual e os Tribunais não podem negar-lhe a jurisdição buscada porquanto *“A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”* (art. 5º, inc. XXV, CF).

No âmbito deste Superior Tribunal de Justiça a questão já foi por várias vezes discutida, tendo prevalecido a possibilidade da convivência entre as ações individuais e as ações coletivas, assevera o *Ministro Teori Albino Zavascki* no julgamento do **CC n. 48.106-DF**, *in verbis*:

(...) 6. No caso dos autos, porém, o objeto das demandas são direitos individuais homogêneos (= direitos divisíveis, individualizáveis, pertencentes a diferentes titulares). Ao contrário do que ocorre com os direitos transindividuais – invariavelmente tutelados por regime de substituição processual (em ação civil pública ou ação popular) –, os direitos individuais homogêneos podem ser tutelados tanto por ação coletiva (proposta por substituto processual), quanto por ação individual (proposta pelo próprio titular do direito, a quem é facultado vincular-se ou não à ação coletiva). Do sistema da tutela coletiva, disciplinado na Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor - CDC, nomeadamente em seus arts. 103, III, combinado com os §§ 2º e 3º, e 104), resulta (a) que a ação individual pode ter curso independente da ação coletiva; (b) que a ação individual só se suspende por iniciativa do seu autor; e (c) que, não havendo pedido de suspensão, a ação individual não sofre efeito algum do resultado da ação coletiva, ainda que julgada procedente. Se a própria lei admite a convivência autônoma e harmônica das duas formas de tutela, fica afastada a possibilidade de decisões antagônicas (...).

Alicerçada em abalizada doutrina, assim também entendeu a Ministra *Nancy Andrigli* quando do julgamento do *REsp n. 157.669-SP*, monocraticamente:

(...) A irrisignação do recorrente não merece prosperar. Eis que, a firme orientação deste Eg. Tribunal estabelece que a existência de ação civil pública com objeto idêntico a de feitos individuais em que se busque o reajuste dos saldos das contas vinculadas do FGTS, mediante aplicação dos expurgos inflacionários, não induz litispendência. Por outro lado, é inarredável a conclusão de que os efeitos do ajuizamento prévio da ação civil pública não podem obstar o direito subjetivo de ação da parte assegurado constitucionalmente.

Acresça-se, neste sentido, que nem a Lei n. 7.347/1985 nem o Código de Defesa do Consumidor excluem a possibilidade dos interessados proporem ações individuais em virtude do ajuizamento da ação civil, ainda quando esta preceda àquela. Ao contrário, este último diploma legal ressalva no art. 104 a possibilidade do autor prosseguir em sua ação individual, ficando excluído da extensão subjetiva do julgado prevista para a sentença que vier a ser proferida na ação coletiva.

Neste sentido, ensina *Ada Pellegrini Grinover*, in “Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos Autores do Anteprojeto, 5ª Ed. Revista e Ampliada, p. 733” que, “mesmo sendo ela favorável e projetando-se seus efeitos *erga omnes* ou *ultra partes* (nos termos dos incis. I a III do art. 103 c.c. seus §§ 1º e 2º), o autor que já pôs em juízo sua ação individual e que pretenda vê-la prosseguir em seu curso, não será beneficiado pela coisa julgada que poderá eventualmente formar-se na ação coletiva”.

Igualmente, ensina *Hugo de Nigro Mazzilli*, in “A defesa dos interesses difusos em juízo, Ed. Saraiva, p. 161” que nas ações coletivas que versem sobre interesses individuais homogêneos, em que se cogite de litispendência com as ações individuais dos lesados que visem à reparação do prejuízo divisível, naquilo que tenha de idêntico com o dos demais lesados, “se o autor da ação individual preferir não requerer sua suspensão, sua ação prosseguirá e não será afetada pelo julgamento da ação coletiva, mas se preferir a suspensão da ação individual, poderá habilitar-se como litisconsorte na ação coletiva”. (STJ - REsp n. 157.669 – Rel. Ministra Nancy Andrigli – 03.04.2000).

Também:

Processual Civil. Ação coletiva. Leis n. 8.622/1993 e 8.627/1993. I - Segundo pacífico entendimento desta Corte, a circunstância de existir ação coletiva em que se objetiva a tutela de direitos individuais homogêneos não obsta a propositura da ação individual. II - *Omissis*. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp n. 240.128-PE, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma, DJ 02.05.2000).

E, mais recentemente:

O ajuizamento de ação coletiva não induz, de imediato, o sobrestamento da individual, necessitando, para tanto, o requerimento do interessado, o qual pode optar em prosseguir singularmente em juízo. 3. Sem que haja pedido de suspensão, não pode o Poder Judiciário impor tal medida. 3. Recurso provido. (STJ - REsp n. 1.037.314-RS – Rel. Ministro Massami Uyeda - DJe 20.06.2008).

Nesse mesmo sentido, as seguintes decisões monocráticas: *Ag n. 1.128.534-RS*, Rel. *Min. Luis Felipe Salomão*; *Ag n. 1.130.481-RS*, Rel. *Min. João Otávio de Noronha*; *REsp n. 1.091.402-RS*, Rel. *Min. Fernando Gonçalves*.

De outra parte, não há como se considerar o acúmulo de ações a serem julgadas, o assoberbamento dos tribunais, como princípio maior do que os direitos constitucionais assegurados ao cidadão e que a eles afrontam.

O volume descomunal de processos não pode ser visto como ineficiência do Poder Judiciário, embora a mídia, descompromissada com a realidade, busque sempre maximizar os efeitos, embora nunca buscando, jornalisticamente ater-se às verdadeiras causas.

A alegada morosidade é efeito, não causa.

O Mestre **CARNELUTTI**, segundo ensina **CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO**, informa que as causas da ineficiência da justiça pululam em três focos mais ou menos definidos, que são: *a lei processual, as estruturas judiciárias* e, acima de tudo isso, *o homem que opera o processo*.

A lei processual depende de um Congresso que legisle, não casuisticamente, mas com a responsabilidade dos legisladores de outrora cujos princípios legais atravessavam década, porque jurídica e não ideologicamente debatidos.

A estrutura judiciária está afeta a recursos do Poder Executivo, que nem sempre atendem às necessidades dos tribunais.

O homem que opera o processo, em sua maioria absoluta, são miraculosos, pois com sacrifícios pessoais e familiares exercem a jurisdição satisfazendo a busca de justiça.

Ouso, por isso mesmo, acrescentar mais um foco, talvez dos mais relevantes: Para que o Estado voluntariamente satisfaça as lesões causadas aos cidadãos nos seus vários planos econômicos.

O reconhecimento seria a virtude do administrador. Seria demonstração de respeito ao cidadão no estado democrático de direito.

Os planos econômicos foram emanados de desvirtuações passadas. Geraram, sem sombras de dúvidas, milhares de ações de cidadãos prejudicados, cujos prejuízos engrossaram os lucros dos cofres dos bancos brasileiros.

Nenhuma atitude foi admitida ou tomada pelo Estado Brasileiro para sanar essa lesividade. Não há nem houve interesse!!!

Transfere-se ao Judiciário a sua responsabilidade, mesmo que lhe assoberbe as funções, ou como bem se colocou no Agravo Recorrido: "... motivada pelo insano número de ações intentadas e possibilidade de satisfação do interesse mediante ação em andamento". (fl. 58).

Não se discorda desse entendimento.

Mas não se pode aceitá-lo levando em consideração, além dos princípios constitucionais referenciados, o disposto no *art. 2º do CPC* de que será prestada a jurisdição quando requerida, observado os procedimentos legais, bem como pelo *art. 104 do CDC* quando, se referindo ao art. 81, inciso I e II, disciplina *que as ações coletivas não induzem litispendência para as ações individuais*, excluindo-se os autores de ações individuais dos benefícios decorrentes dos efeitos *erga omnes* da Ação Coletiva.

A lei admite a convivência autônoma e harmônica das duas formas de tutela, razão pela qual não há possibilidade de decisões antagônicas (Min. Teori Albino Zavascki).

Por outro lado, não vejo como possa a titular de um direito individual ser compelida – *sem lei que assim determine* – a submeter-se a uma substituição processual não aceita, de ver a sua ação individual sobrestada por ato de império, por questões de natureza processual que, na essência, não lhe dizem respeito.

Com esses singelos fundamentos, sem adentrar a à discussão do direito material, porquanto o objeto buscado neste Recurso é o puro prosseguimento da sua ação individual, sustada por ato de império, sem nenhuma base legal, embora processualmente pudesse trazer conforto aos Tribunais, *provejo o recurso especial* para ordenar o prosseguimento da ação individual da Requerente.

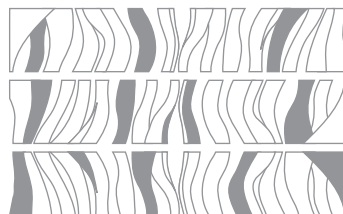
VOTO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves: Sr. Presidente, acompanho o Sr. Ministro Relator, negando provimento ao recurso especial, com o adendo do Sr. Ministro Honildo de Mello Castro.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Sr. Presidente, acompanho o eminente Relator, louvando o voto de S. Exa.

Nego provimento ao recurso especial.



Jurisprudência da **Terceira Turma**

RECURSO ESPECIAL N. 418.349-PR (2002/0025773-8)

Relator: Ministro Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ-BA)

Recorrente: Erik Koubik

Advogado: Cláudia Maria Borges Costa Pinto

Recorrido: Sociedade Michelin de Participações Indústria e Comércio Ltda

Advogado: Robson Ivan Stival e outro(s)

EMENTA

Processual Civil. Recurso especial. Agravo de instrumento. Execução de título extrajudicial. Decisão interlocutória. Agravo retido. Não cabimento. Alegação de afronta ao art. 5º, incisos LV e XXXV, da Constituição. Inadequação da via eleita. Violação ao art. 280, CPC. Ausência de prequestionamento. Violação ao art. 523, § 4º, do CPC. Não configuração. Dissídio jurisprudencial.

I - Inviável a apreciação, por este Superior Tribunal de Justiça, da suposta violação ao artigo 5º, incisos LV e XXXV, da Constituição Federal, por não ser o recurso especial a via adequada para o deslinde de questões centradas na interpretação de dispositivos constitucionais.

II - Não basta, para a configuração do prequestionamento, que o Tribunal *a quo* mencione algum artigo de lei federal em seu voto, devendo realizar, de modo fundamentado, juízo de valor específico sobre a questão federal enfocada.

III - O recurso cabível contra decisão interlocutória proferida em sede de ação executiva é o agravo de instrumento, sendo o agravo retido incompatível com a sistemática do processo de execução. Violação do artigo 523, § 4º, do CPC, não configurada.

IV - Não havendo o recorrente demonstrado, mediante a realização do devido cotejo analítico, a existência de similitude das circunstâncias fáticas e o direito aplicado nos acórdãos recorrido e paradigmas, resta desatendido o comando dos arts. 541 do CPC e 255 do RISTJ.

Nego provimento ao recurso especial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nancy Andrighi, Massami Uyeda, Sidnei Beneti e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 1º de dezembro de 2009 (data do julgamento).

Ministro Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ-BA), Relator

DJe 10.12.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ-BA): Cuida-se de recurso especial contra acórdão do Tribunal de Alçada do Estado do Paraná, em sede de agravo de instrumento, julgado em abril de 2001, assim ementado:

Agravo de instrumento. Ação de execução de título extrajudicial. Ato indeferitório de agravo retido, por impróprio em processo que não comporta sentença. Aferição permitida em primeira instância. Inocuidade. Caracterização. Recurso desprovido.

Sendo o agravo retido matéria preliminar de apelação, descabe manejá-lo em ação que não comporta sentença, cabendo ao Juiz da Causa indeferi-lo ante a impossibilidade lógica de ficar retido nos autos (fl. 86).

Alega o recorrente, com amparo nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, violação aos artigos 280 e 523, § 4º, ambos do Código de Processo Civil, sustentando inexistir vedação legal à utilização do agravo retido em ação de execução, e 5º, incisos LV e XXXV, da Constituição Federal, além de dissídio jurisprudencial.

Contra-razões às fls. 117-119.

Decisão de admissibilidade proferida pelo Tribunal *a quo* às fls. 121-124.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ-BA) (Relator): Inviável a apreciação, por este Superior Tribunal de Justiça, da suposta violação ao artigo 5º, incisos LV e XXXV, da Constituição Federal, por não ser o recurso especial a via adequada para o deslinde de questões centradas na interpretação de dispositivos constitucionais.

Não conheço, pois, do especial, no particular.

Em relação à violação ao artigo 280 do CPC, verifica-se não haver o Tribunal local emitido qualquer juízo de valor sobre o dispositivo, meramente citado pelo acórdão recorrido como hipótese legal de cabimento do agravo retido em ações submetidas ao procedimento sumário.

Assim, rigorosamente, não houve prequestionamento do referido artigo de lei, como reiteradamente entendido por esta Corte Superior:

Não basta, para a configuração do prequestionamento, que o Tribunal *a quo* mencione algum artigo de lei federal em seu voto, devendo realizar, de modo fundamentado, juízo de valor específico sobre a questão federal enfocada. Para forçar o Tribunal a tanto, a parte tem a seu dispor o poder (direito potestativo) de opor embargos declaratórios. (AgRg no REsp n. 542.993-RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJ de 19.11.2007, p. 216).

Não conheço, também, do especial, neste ponto.

Quanto ao artigo 523, § 4º, do CPC, presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do especial, nesta parte, mas lhe nego provimento.

Colhe-se dos autos que em sede de ação de execução de título extrajudicial movida pela recorrida, o recorrente teve indeferido pedido de levantamento de penhora, contra o que interpôs agravo retido.

O juiz singular, entendendo incabível o agravo na modalidade retida, determinou o seu desentranhamento dos autos, havendo, então, o recorrente, interposto, em face dessa decisão, agravo de instrumento perante o Tribunal local, que o improveu.

Importante apontar que o agravo retido manejado pelo recorrente foi anterior às alterações introduzidas no artigo 523 do CPC pela Lei n. 11.187/2005.

Conquanto defensável a tese constante das razões recursais quanto à impossibilidade de o juiz singular apreciar o cabimento do agravo retido, na hipótese, a questão não tem a relevância atribuída pelo recorrente, pois o Tribunal *a quo* confirmou a decisão primária, ratificando a inadmissibilidade de agravo retido contra *decisum* proferido em sede de ação executiva.

No particular, assim consignou o acórdão recorrido:

Relevante anotar que o agravo retido é matéria preliminar de apelação. De tudo até aqui consignado é forçoso admitir que o recurso não comporta provimento.

Porque, sendo o agravo retido matéria preliminar de recurso de apelação e, sabidamente, como na *Ação de Execução in specie* não comportará sentença de mérito que possibilite este recurso, por óbvio, é de total inocuidade manter aquele agravo retido no corpo da demanda (fl. 88).

A fundamentação adotada não merece reparos.

Costumava-se dizer, antes das Leis n. 10.352/2001 e 11.187/2005, que caberia ao agravante optar, conforme o caso, pelo agravo retido ou pelo agravo de instrumento (cf. *Curso de Direito Processual Civil*, V. 3, Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha, 7ª ed., Editora JusPodivm, p. 145 e ss.). Todavia, era consenso também que uma ou outra situação não permitia essa opção, normalmente em razão de manifesta falta de interesse recursal, como na espécie.

Como anotam os citados professores, “o agravo retido somente pode ser interposto em processo de conhecimento ou cautelar. O agravo retido é incompatível com a sistemática do processo de execução, de sorte que somente cabe, no processo de execução, agravo de instrumento, não se revelando admissível o agravo retido. É que, na execução, o pedido da parte é atendido com a satisfação do crédito. A sentença apenas declara a anterior satisfação do crédito, pondo termo ao processo; não há mais nada a ser feito. Enfim, não se compatibiliza com a execução o agravo retido. Interposto agravo retido, não há mais como reiterá-lo, pois, sobrevindo sentença, já se satisfaz o crédito. Não é sem razão, aliás, que o recurso especial e o recurso extraordinário retidos não cabem em processo de execução (CPC, art. 542, § 3º)” (idem, p. 139).

Na hipótese dos autos, realmente inadmissível o agravo retido interposto pelo recorrente na ação executiva, ante a flagrante falta de interesse recursal.

Sobre o cabimento de agravo de instrumento em casos que tais e a impossibilidade de sua conversão em agravo retido, em consonância com a sistemática recursal adotada pelo Código de Processo Civil, é firme o entendimento desta Corte:

Processo Civil. Agravo de instrumento. Conversão em agravo retido. Decisão proferida em processo de execução. O agravo de instrumento interposto contra decisão proferida em processo de execução, em que não há sentença final de mérito, não admite conversão em agravo retido. Agravo regimental não provido. (AgRg no Ag n. 792.594, Rel. Ministro Ari Pargendler, Terceira Turma, DJe de 28.10.2008).

No que tange ao alegado dissídio jurisprudencial, não se verifica, na espécie, similitude fática entre os arestos colacionados e o acórdão impugnado. Enquanto este versa sobre a impossibilidade de interposição de agravo retido em sede de ação executiva, que não comporta sentença de mérito, aqueles tratam da facultatividade do agravo retido, como regra geral, e a possibilidade de extinção do processo executivo sem exame de mérito.

Não resta configurado, portanto, o dissídio.

Sobre o tema, confira-se o entendimento desta Corte Superior:

(...) Não havendo o recorrente demonstrado, mediante a realização do devido cotejo analítico, a existência de similitude das circunstâncias fáticas e o direito aplicado nos acórdãos recorrido e paradigmas, resta desatendido o comando dos arts. 541 do CPC e 255 do RISTJ. (AgRg no Ag n. 793.741, Rel. Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1ª Região), Quarta Turma, DJe de 16.03.2009)

(...) No tocante à alínea c, é de reconhecer que o dissídio jurisprudencial alegado não restou adequadamente apresentado, pois o recorrente não demonstrou as circunstâncias identificadoras da discordância entre o caso confrontado e o aresto paradigma, vindo em desacordo com o estabelecido nos artigos 541 do Código de Processo Civil e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ, e com o entendimento pacificado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. (AgRg no REsp n. 738.905, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJ de 20.02.2008, p. 128)

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 466.632-MS (2002/0113959-8)

Relator: Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS)

Recorrente: Transportes Coagri Ltda

Advogado: Gustavo Passarelli da Silva e outro(s)

Recorrido: Aral Bergamaschi Moreira e outros

Advogados: Ulisses Riedel de Resende e outro(s)

Kátia Maria Souza Cardoso

Salomão Francisco do Amaral e outro(s)

EMENTA

Recurso especial. Processual Civil. Embargos infringentes. Voto vencido. Cabimento.

1. Segundo precedente da Corte Especial do STJ, o recurso de embargos infringentes rege-se pela lei do tempo em que proferido o acórdão. (EREsp n. 649.526-MG, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Corte Especial, julgado em 15.06.2005, DJ 13.02.2006 p. 643).

2. Em sede de embargos infringentes, a divergência deve ser aferida levando-se em conta a conclusão do acórdão e dos votos proferidos, e não a motivação, de modo que, na sistemática da redação original do art. 530 do CPC, não sendo unânime o resultado do acórdão que julga a apelação, são cabíveis embargos infringentes. Precedentes.

3. Havendo cumulação de pedidos, a aferição sobre o cabimento dos embargos infringentes se dá por meio do exame da conclusão em relação a cada um dos pedidos propostos. Doutrina.

4. O órgão julgador não fica adstrito aos fundamentos dos votos majoritário e minoritário, podendo valer-se de razões diversas, desde que respeite os limites das suas conclusões. Precedentes.

5. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ-BA), Nancy Andrighi, Massami Uyeda e Sidnei Beneti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 27 de outubro de 2009 (data do julgamento).

Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS),
Relator

DJe 09.11.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS): Trata-se de recurso especial interposto por *Transportes Cooagri Ltda*, com arrimo no art. 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul.

Noticiam os autos que *Aral Bergamaschi Moreira e outros* ajuizaram ação de indenização contra a ora recorrente, objetivando reparação por danos materiais e morais em razão da morte da esposa/mãe e da filha/irmã menor, em decorrência de acidente de trânsito.

O juízo de primeiro grau julgou improcedentes os pedidos formulados na exordial (fls. 362-366).

Irresignados, os autores e o patrono da ré ofereceram apelação, desprovidas, por maioria de votos, rejeitada a preliminar de nulidade da sentença, à unanimidade (fls. 461-480).

Opostos embargos de declaração, foram acolhidos, com anulação do julgamento proferido em sede de apelação, designando-se nova data para julgamento (fls. 498-500).

Procedido novo julgamento pela Primeira Turma Cível do TJ-MS, em 27.03.2001, constou na ata a seguinte decisão:

Por unanimidade, rejeitaram a preliminar, por igual votação deram provimento ao recurso para julgar procedente, em parte, o pedido, nos termos do voto

do Relator. O 2º Vogal concedia o dano moral em maior extensão, mas não acolhia o pedido de indenização pela morte da menor. Decisão contra o Parecer. Prejudicado o recurso do advogado (fl. 519).

O aresto restou assim ementado:

Responsabilidade civil. Acidente de veículo. Morte de mãe e filha. Perícia. Invasão da pista contrária pelo veículo da ré. Boletim de ocorrência que apresenta versão oposta. Boletim contraditório. Perícia extrajudicial elaborada mais de 2 anos após o fato. Prova testemunhal. Testemunhas que não presenciaram pessoalmente o fato. Credibilidade contestada. Testemunha ocular ouvida como informante. Versão que apresenta verossimilhança com a conclusão do laudo pericial. Indenização por danos material e moral. Cumulação. Pensão. Lapsos temporal. Critério de arbitramento.

Entre o cotejo das provas produzidas, acolhe-se a conclusão exposta no laudo técnico, confortado pelo depoimento da testemunha ocular, desprezando-se a versão apresentada no Boletim de Ocorrência, principalmente se existe contradição entre o seu conteúdo e o posterior depoimento do policial que o subscreveu e se os demais depoimentos foram prestados por “ouvir dizer”.

É perfeitamente possível a cumulação de indenização por danos material e moral.

Para a fixação da pensão decorrente do falecimento de mãe, esposa e filha, o lapsos temporal conta-se da data do falecimento até quando estas completariam sessenta e cinco (65) anos de idade.

Não havendo comprovação acerca do rendimento da vítima, é de presumir que auferia um salário mínimo mensal, o que autoriza a fixação da pensão em dois terços (2/3) desse valor.

Ainda que a menor não exercia atividade remunerada, lícita é a indenização em forma de pensão, decorrente de sua morte (fl. 520).

Referido julgamento ensejou a interposição simultânea de embargos infringentes (fls. 523-540) e de recurso especial (fls. 545-575) pela *Transportes Cooagri Ltda.*, seguida de recurso adesivo nos embargos infringentes pelos autores (fls. 608-610).

A Segunda Seção Cível do TJ-MS não conheceu dos embargos infringentes e julgou prejudicado o recurso adesivo, em acórdão assim resumido:

Embargos infringentes parciais. Interdependência entre as partes do julgado que favorece e prejudica o interessado. Cisão de julgamento do voto vencido. Recurso não conhecido.

Não se conhece de embargos infringentes, quando, a despeito de serem parciais, verifica-se que a conclusão apontada no voto vencido, caso prevalecente, não poderia ser cindida, nos moldes pretendidos pela embargante, que busca o seu prevalecimento apenas na parte em que lhe beneficia, pois, se isso fosse possível, o resultado pretendido representaria uma terceira solução, o que não é permitido na estreita bitola dos infringentes, motivo pelo qual deverá prevalecer o voto vencido ou os vencedores, ainda que em parte, quando autônomos, incondicionados, os aspectos divergentes (fl. 668).

Daí a interposição do presente recurso especial, invocando violação do art. 530 do Código de Processo Civil (fls. 671-680).

A recorrente sustenta, em síntese, que: (i) era cabível o recurso de embargos infringentes para fazer prevalecer o voto vencido, na parte que afastou o pedido de fixação de pensão pela morte da filha menor; (ii) os pedidos formulados na inicial devem ser analisados separadamente, “cabendo a cada parte insurgir-se, através de embargos infringentes, contra aquilo que lhe prejudicou e não foi julgado à unanimidade” (fl. 685); (iii) “os embargos infringentes limitam-se a divergência na conclusão dos votos” (fl. 685); (iv) “a não interposição dos embargos infringentes, dado que houve dissenso quanto ao resultado, é óbice intransponível a utilização do recurso especial” (fl. 688).

Com as contrarrazões (fls. 695-713) e admitido o recurso na origem (fls. 745-747), subiram os autos a esta colenda Corte.

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 751-755.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS) (Relator): Prequestionado, ainda que implicitamente, o dispositivo legal apontado pela recorrente como malferido, e preenchidos os demais pressupostos de admissibilidade recursal, impõe-se o conhecimento do especial.

A controvérsia gira em torno do cabimento ou não do recurso de embargos infringentes.

Registre-se, inicialmente, que o recurso de apelação foi julgado pela Primeira Turma Cível do TJ-MS, em 27.03.2001 (fl. 510), momento anterior a 27.03.2002, data da entrada em vigor da Lei n. 10.352/2001, que alterou o art. 530 do CPC.

Logo, à hipótese dos autos, aplica-se o dispositivo em questão, na sua redação original (“Art. 530. Cabem embargos infringentes quando não for unânime o julgado proferido em apelação e em ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência”), pois, segundo entendimento da Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça, o recurso rege-se pela lei do tempo em que proferida a decisão, como se colhe:

Embargos infringentes. Art. 530 do Código de Processo Civil. Alteração pela Lei n. 10.352/2001. Direito intertemporal. Precedentes da Corte.

1. O recurso rege-se pela lei do tempo em que proferida a decisão, assim considerada nos órgãos colegiados a data da sessão de julgamento em que anunciado pelo Presidente o resultado, nos termos do art. 556 do Código de Processo Civil. É nesse momento que nasce o direito subjetivo à impugnação.

2. Embargos de divergência conhecidos e providos.

(REsp n. 649.526-MG, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Corte Especial, julgado em 15.06.2005, DJ 13.02.2006 p. 643).

Infere-se dos autos que o Tribunal de origem, em sede de apelação, deu provimento ao recurso dos autores para julgar procedente em parte os pedidos formulados na inicial, condenando a ré ao pagamento: a) de indenização pelas despesas médicas/hospitalares, funeral e traslados; b) de pensão mensal pelo falecimento da esposa/mãe dos autores (Maria Lúcia Caldarelli Franco Moreira); c) de pensão mensal pelo falecimento da filha/irmã dos autores (Lara Maria Caldarelli Franco Moreira); d) de indenização por danos morais no valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) para cada autor.

O voto vencido, que rejeitava o pedido de pensão mensal pelo falecimento da filha e concedia o dano moral no valor de R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais) para cada autor, restou assim fundamentado, no ponto que interessa:

Mas, num aspecto é que fico pensando: se seria razoável acolher o pedido de fixação da pensão pela morte da menor.

Já que não podemos trabalhar com hipóteses, presunções, mas também, não podemos afastar de todo isto, (...) verifiquei aqui que se trata de uma família de classe média, pelo visto, uma arquiteta casada com um administrador de empresa.

Numa família de classe média não é de se esperar que o filho venha a ajudar a família. Então, acredito que esse pedido decorrente do passamento da menor não seria procedente.

Portanto, voto no sentido de rejeitar esse pedido com base nessa afirmação de que uma criança de classe média não ajuda a família.

Por outro lado, acredito que, no caso concreto aqui, por esta situação muito bem descrita no voto do relator, o valor do dano moral é que talvez deva maiormente fixado, porque duzentos salários mínimos como proposto, em função de se reconhecer que na elaboração dessa fixação tenha levado em conta as outras verbas que excludo, penso que o dobro dessa fixação é que seria razoável para compensar o dano moral.

O dano moral é que é algo efetivamente presente na família que se perde a mãe e uma irmã, perde-se a esposa e uma filha, enfim, isto é bastante dolorido para uma família nestas condições.

Desse modo, peço vênia ao relator, para excluir o pedido de fixação da pensão por decorrência da morte da menor, porque estaríamos trabalhando com hipóteses apenas, pois a criança poderia vir a trabalhar e ajudar a família, quando em uma família e classe média geralmente isso não ocorre, julgando-o improcedente.

Mas em compensação, fixaria o dano moral não em duzentos salários mínimos para cada vítima, mas em quatrocentos salários mínimos, que me parece ser uma forma de compensar.

Então, peço vênia por essas razões que acabo de mencionar, julgando procedente, também em parte, o pedido, com essas ressalvas (fls. 518-519).

O Tribunal de origem, por ocasião do julgamento dos embargos infringentes, concluiu pelo não conhecimento do recurso, com base na seguinte fundamentação:

Infere-se do voto vencido que o segundo vogal ao tempo em que retirava a indenização consubstanciada na pensão por morte, de fato, a compensava, mediante a majoração da indenização por dano moral, o que vale dizer, que a dissidência, então, se verifica em relação ao motivo da indenização.

É sabido que, em tese, são cabíveis embargos infringentes para se buscar o preavalecimento de parte do voto vencido. No caso em apreço, a parte que se pretende ver preavalecente diz respeito apenas à retirada da condenação da pensão por morte da menor.

Entretantes, a pretensão não é cabível, quando dela resultar a cisão do voto vencido, de forma a constituir um terceiro julgamento diferente daqueles resultantes da simples divergência, tal como ocorreria na espécie, em que a solução apontada no voto vencido, que favorecia, em tese, à embargante, com a improcedência da condenação à pensão por morte, estava condicionada à evidente majoração do valor da indenização por dano moral, que então deveria ser duplicada, como forma de compensação, na perspectiva do voto vencido.

Nestas condições, verifica-se que há uma interdependência entre a retirada da condenação à pensão mensal por morte da menor e a conseqüente majoração reflexa no valor da indenização por dano moral, de tal sorte que a conclusão apontada no voto vencido, caso prevalecente, não poderia ser cindida nos moldes pretendidos pela embargante, que busca o seu prevalecimento apenas na parte em que lhe beneficia, pois, se isso fosse possível, o resultado pretendido representaria uma terceira solução, o que não é permitido na estreita bitola dos infringentes, motivo pelo qual deverá prevalecer o voto vencido ou os vencedores, ainda que em parte, quando autônomos, incondicionados, os aspectos divergentes, o que não se verifica na espécie (fls. 666-667).

Como visto, o Tribunal de origem não arredou a existência de divergência. Concluiu pelo não conhecimento dos embargos infringentes porque o voto vencido, em suas razões de decidir, utilizou como fundamento para reforçar seu ponto de vista no sentido da majoração da indenização por danos morais, o fato de ter afastado a condenação à pensão por morte da filha/irmã.

Dessa forma, segundo o acórdão recorrido, o acolhimento das pretensões recursais da embargante esbarraria na impossibilidade de transpor os fundamentos do voto vencido para fazer prevalecer apenas o ponto favorável ao embargante (afastamento da pensão por morte).

Ocorre que, de acordo com a jurisprudência desta Corte, a divergência deve ser aferida levando-se em conta a conclusão do acórdão e dos votos proferidos, e não a motivação, de modo que, na sistemática da redação original do art. 530 do CPC, não sendo unânime o resultado do acórdão que julga a apelação, são cabíveis embargos infringentes.

Nesse sentido:

Processual Civil. Recursos. Embargos infringentes. Cabimento. Interesse recursal.

I - Na interpretação assente do art. 530 do Código de Processo Civil, apura-se a divergência, para efeito do cabimento de Embargos Infringentes, levando-se em conta a conclusão do Acórdão e dos votos proferidos e não da motivação, de modo que, não sendo unânime o Acórdão que julga o mérito, cabem Embargos Infringentes, não importando se a divergência é total ou parcial, se máxima ou mínima, se em matéria principal ou acessória, inclusive sobre sucumbência, bem como não importando tenha o Embargante sido vencedor na maior parte do julgamento, lembrando-se que essa orientação, evita o grassar de questões processuais menores a respeito do cabimento dos embargos, as quais em verdade desviam o foco do caso para a incidentalidade, perdendo de vista o julgamento principal.

III - Não é possível afirmar que a parte não tem interesse em interpor embargos infringentes apenas porque o voto vencedor já é mais favorável que a sentença, se existe voto vencido que dá provimento ao apelo em maior extensão.

Recurso especial provido para devolução dos autos a fim de que sejam julgados os Embargos Infringentes.

(REsp n. 1.100.945-RJ, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 10.02.2009, DJe 04.08.2009).

Processual Civil. Embargos infringentes. Alcance da divergência. Voto vencido.

- Segundo a inteligência do art. 530, do CPC, a divergência que enseja o uso dos embargos infringentes é identificada pelo exame das conclusões do julgamento, sendo cabíveis quando o dispositivo do voto vencido for diverso do resultado majoritário.

- Recurso especial conhecido.

(REsp n. 343.623-SP, Rel. Ministro Vicente Leal, Sexta Turma, julgado em 20.11.2001, DJ 04.02.2002 p. 607).

No mesmo sentido, a doutrina:

Quando o dispositivo sob exame limita a embargabilidade “à matéria objeto da divergência”, refere-se à extensão possível da impugnação; não às razões que hajam levado qualquer membro (ou quaisquer membros) do corpo julgador a dissentir da maioria. Até porque inexistente no Código norma que obrigue o(s) dissidente(s) a justificar por escrito o(s) seu(s) voto(s) - ou, *a fortiori*, a indicar expressamente todos os motivos pelos quais se tenha(m) manifestado neste ou naquele sentido (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. 12. ed. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 535).

Para que caibam embargos infringentes, deve haver divergência no julgamento da apelação ou da ação rescisória. Tal divergência é apurada pelas *conclusões* dos votos, e não por suas fundamentações. Não importa o fundamento utilizado para se chegar a cada uma das conclusões; o que é relevante, para a interposição dos embargos infringentes, é conclusão de cada voto (DIDIER JR., Fredie e CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil. 7. ed. v. 3. Salvador: Jus Podivm, 2009, p. 240).

Concretamente, das conclusões do voto vencido, extraem-se dois pontos divergentes da maioria: a) o voto vencido rejeitava o pedido de fixação da pensão por morte da filha menor, enquanto a maioria a acolhia; b) o voto vencido fixava a indenização por dano moral em quatrocentos (400) salários mínimos para cada autor, enquanto a maioria arbitrava tal verba no montante de duzentos (200) salários mínimos para cada autor.

Logo, independentemente das razões que levaram o julgador dissidente a alcançar o resultado, não há como negar a existência de divergência, nas conclusões do voto vencido, quanto a esses dois pontos, o que abre ensejo à oposição dos embargos infringentes, com o objetivo de fazer prevalecer a parcela do resultado mais favorável ao recorrente, declarada no voto vencido.

Com efeito, da doutrina de Luiz Guilherme Marinoni se colhe a lição segundo a qual, em sede de embargos infringentes, havendo cumulação de pedidos, a conclusão deve ser analisada em relação a cada um dos pedidos propostos.

Nesse sentido:

(...) se é a conclusão do voto que importa, deve-se lembrar que esta conclusão deve ser examinada em relação *a cada uma das ações (pedidos)* deduzidas. Assim, quanto se estiver diante de cumulação de pedidos, as conclusões de cada voto devem ser apuradas em separado para cada uma das ações propostas. É certo que o fundamento não será relevante, interessando apenas a conclusão, mas a conclusão há de ser pensada em relação ao julgamento de cada um dos pedidos propostos (...) (“Curso de Processo Civil”. 7. ed. v. 2. São Paulo: RT, 2008, p. 562).

Na mesma linha de pensamento, Flávio Cheim Jorge, em estudo específico sobre a modalidade recursal em comento, faz as seguintes ponderações:

Imaginemos um exemplo, onde diante de um acidente de trânsito, a vítima ajuíza uma ação pleiteando a condenação do réu no pagamento de indenização por (1) danos morais, (2) danos emergentes e (3) lucros cessantes. Em face da procedência total dos três pedidos, o réu apela. O Tribunal, ao julgar o recurso de apelação, deverá proceder da mesma forma que o juiz, isto é, deverá examinar a procedência de cada um dos três pedidos individualmente, votando cada desembargador, para a confirmação ou não de cada um dos pedidos.

O acolhimento de cada um desses pedidos, por cada um dos julgadores, é que indicará a possibilidade ou não da interposição dos embargos infringentes. (“Embargos infringentes”. In: Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei n. 9.756/1998. Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Júnior (coord.). São Paulo: RT, 1999, p. 295-296).

Não é outra a conclusão de Luis Guilherme Aidar Bondioli, em trabalho dedicado ao exame do cabimento dos embargos infringentes:

Por exemplo, julgada improcedente a demanda condenatória ao pagamento de indenização por danos moral e material em primeira instância e provida a apelação para, por unanimidade, condenar o réu a ressarcir o dano moral e, por

maioria, indenizar o dano material, os embargos infringentes do réu poderão versar apenas sobre a condenação atrelada ao dano material (Reflexões em torno do cabimento dos embargos infringentes. "Revista de Processo", São Paulo, n. 173, jul. 2009, p. 87).

Ademais, é entendimento assente nesta Corte, que o órgão julgador não fica adstrito aos fundamentos dos votos majoritário e minoritário, podendo valer-se de razões diversas, desde que respeite os limites das suas conclusões, a exemplo dos seguintes julgados:

Direito Processual Civil. Ação de separação judicial litigiosa. Reforma parcial da sentença, para extirpar o reconhecimento de união estável entre as partes, anterior ao casamento e seus respectivos efeitos patrimoniais. Embargos infringentes. Razões que eventualmente excedam aos limites do voto vencido. Hipótese de cabimento do recurso. Limitação imposta ao julgador e não ao recorrente.

- São cabíveis embargos infringentes, contra acórdão que reforma em parte a sentença, para excluir determinados bens da partilha, bem como para anular a parte da sentença em que foi reconhecida união estável entre as partes, anterior ao casamento, com seus respectivos efeitos patrimoniais.

- Os requisitos de admissibilidade dos embargos infringentes foram atendidos quando da sua interposição, porquanto o acórdão não unânime reformou parcialmente, em grau de apelação, a sentença de mérito e o recurso foi restrito à matéria objeto da divergência, qual seja, o reconhecimento da união estável, entre as partes, anterior ao casamento, para efeitos de partilha.

- O órgão julgador dos embargos infringentes não fica adstrito aos fundamentos do voto minoritário, devendo apenas ater-se à diferença havida entre a conclusão dos votos vencedores e do vencido, no julgamento da apelação ou da ação rescisória, de forma que é facultada ao recorrente a utilização de razões diversas das expostas no voto vencido.

- Da tônica de restringir o cabimento dos embargos infringentes imprimida pela Lei n. 10.352/2001, que deu nova redação ao art. 530 do CPC, subjaz o critério da dupla conformidade, mas nem por isso, sob a premissa da supressão de interposições desnecessárias de recursos, há que se acomodar o efeito restritivo dos embargos infringentes em detrimento do pleno acesso ao Judiciário pelas partes.

- Na hipótese julgada verifica-se o preenchimento do requisito da desconformidade entre a sentença e o acórdão em apelação, isto é, da modificação da situação anterior, apta a ensejar embargos infringentes, aliado ao julgamento tomado por maioria de votos e à apreciação do mérito da sentença examinada.

- A divergência quanto à conclusão dos votos vencedor e vencido é evidente, porquanto o primeiro reforma parcialmente a sentença para extirpar da lide a união estável havida entre as partes e os respectivos efeitos patrimoniais daí advindos, enquanto o segundo, ao analisar o mérito, dá pela procedência integral do pedido contido na inicial, tal como prolatado na sentença, reconhecendo o período de convivência entre o casal, anterior ao casamento.

Recurso especial provido.

(REsp n. 1.095.840-TO, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 25.08.2009, DJe 15.09.2009).

Processual Civil. Embargos infringentes. Cabimento. Ação de repetição de indébito. Progressividade do IPTU. Voto vencido pela improcedência da apelação. Fundamentos. Desnecessidade de observância pelo embargante ou pelos julgadores.

I - *Esta Corte Superior já deixou assentado em diversas oportunidades que, em se tratando de embargos infringentes, os limites de sua devolução são aferidos a partir da diferença havida entre a conclusão dos votos vencedores e do vencido no julgamento da apelação ou da ação rescisória, não ficando o Órgão Julgador adstrito às razões expostas no voto vencido nem o recorrente obrigado a repetir tal fundamentação.* Precedentes: REsp n. 361.688-SP, Rel. Min. José Delgado, DJ de 18.03.2002; REsp n. 336.774-RN, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 19.11.2001; REsp n. 148.652-SP, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ de 28.05.2001; e REsp n. 99.469-RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 24.03.1997.

II - Na presente hipótese, tem-se que o voto majoritário deu provimento à apelação, considerando inconstitucional a porção da Lei Complementar Municipal n. 212/1989 que instituiu a progressividade da alíquota do IPTU, e de outra banda o voto minoritário negou provimento à apelação, entendendo que a referida Lei Complementar não padeceria de inconstitucionalidade alguma, já que mesmo antes da EC n. 29 ao Município era permitida a instituição de alíquotas progressivas de IPTU.

III - Assim sendo, tem-se que o recurso de infringência fora interposto a fim de que prevalecesse a conclusão estampada no voto vencido, ou seja, pela improcedência da apelação, o que em outras palavras significaria a manutenção da sentença antes prolatada. As razões utilizadas pelo embargante para tanto não necessariamente deveriam ser as mesmas de que se utilizou o Julgador minoritário, podendo ser outras, como, *in casu*, os argumentos lançados na sentença.

IV - Recurso especial desprovido.

(REsp n. 709.743-RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 06.12.2005, DJ 06.03.2006 p. 200).

Processual Civil. Embargos infringentes. Art. 530, do CPC. Extensão e limites das razões recursais. Fundamentação diversa da inserida no voto-vencido. Possibilidade. Precedentes.

1. Recurso Especial interposto contra v. Acórdão que, por maioria, não conheceu dos embargos infringentes opostos para o fim de reformar a decisão que instituiu verba honorária em medida cautelar de depósito, entendendo que as razões recursais não cuidaram da mesma matéria enfocada no voto-vencido, o qual concluiu não ser cabível condenação de verba honorária em cautelar, quando a parte busca, tão-somente, sustar a exigibilidade do crédito mediante depósito.

2. O art. 530, CPC, disciplina o cabimento de embargos infringentes e seu efeito devolutivo, restrito à matéria objeto da divergência insculpida no voto-vencido sem, contudo, estabelecer os limites e a extensão do recurso da parte embargante.

3. *A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça está assentada na compreensão de que, em se tratando de embargos infringentes, os limites de sua devolução são aferidos a partir da diferença havida entre a conclusão dos votos vencedores e do vencido no julgamento da apelação ou da ação rescisória, não estando adstrito o Órgão Julgador às razões invocadas no voto minoritário, não obrigando, com isso, o recorrente à repetição das fundamentações esposadas no voto-vencido. É possível, portanto, na fundamentação dos embargos infringentes, a utilizações de razões diversas daquelas expostas no voto minoritário.*

4. Precedentes de todas as Turmas desta Corte Superior.

5. Recurso provido.

(REsp n. 361.688-SP, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 05.02.2002, DJ 18.03.2002 p. 185).

Civil e Processual. Acórdão estadual. Nulidade não configurada. Assistência médica e odontológica prestada por entidade vinculada a empresa privada. Extinção da SAMS. Ação que busca a continuidade da prestação dos benefícios a ex-servidores aposentados. Embargos infringentes. Conclusão de voto. Âmbito da divergência. Entendimento do acórdão estadual sobre continuidade da atividade econômica da ré. Recurso especial. Matéria de fato. Revisão. Impossibilidade. Súmula n. 7-STJ.

I. Não padece de nulidade o acórdão que enfrenta suficientemente as questões essenciais ao deslinde da controvérsia, apenas que trazendo conclusões adversas ao interesse da parte.

II. *Importa à definição da divergência, para efeito de embargos infringentes, a conclusão dos votos vencedores e vencido, não se achando o órgão ad quem*

vinculado aos fundamentos de um ou outro, desde que respeitados os limites neles definidos, constatando-se, por óbvio, que no caso dos autos, ao enfrentar o mérito da demanda, a questão preliminar, de extinção do processo, foi automaticamente afastada pela minoria na apelação.

III. Firmado pelo acórdão objurgado que a ré, embora formalmente extinta, prossegue, concretamente, produzindo atividade econômica, daí ensejando o exame do mérito da ação que objetiva o restabelecimento do vínculo assistencial, o debate recai em revisão fática obstada, em sede especial, pela Súmula n. 7 do STJ.

IV. Recurso especial não conhecido.

(REsp n. 247.237-SP, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 20.06.2006, DJ 28.08.2006 p. 292).

Desse último aresto, colaciona-se o seguinte excerto do voto condutor, por elucidativo:

Importa, como cediço, a conclusão do voto divergente, pois a sua fundamentação não tem efeito vinculante em sede de infringentes. O voto minoritário serve de acesso à revisão nos infringentes, mas os argumentos podem ser ratificados, a eles adicionados outros mais, ou mesmo provido o recurso, total ou parcialmente, por fundamentos diversos, desde que no mesmo rumo da conclusão do dito voto minoritário.

Nesse contexto, não há como afastar a violação do art. 530 do CPC pelo Tribunal de origem, que não conheceu dos embargos infringentes.

Ante o exposto, conheço do presente recurso especial e dou-lhe provimento, para determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem, a fim de que, superada a preliminar de não-conhecimento, prossiga-se no julgamento dos embargos infringentes.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 992.749-MS (2007/0229597-9)

Relatora: Ministra Nancy Andrigli

Recorrente: Gustavo Alves de Souza e outros

Advogados: Paulo Benedito Neto Costa Junior e outro(s)

Osmar Tognolo

Recorrido: Paula Rosa de Souza

Advogado: Jorge Augusto Bertin e outro(s)

EMENTA

Direito Civil. Família e Sucessões. Recurso especial. Inventário e partilha. Cônjuge sobrevivente casado pelo regime de separação convencional de bens, celebrado por meio de pacto antenupcial por escritura pública. Interpretação do art. 1.829, I, do CC/2002. Direito de concorrência hereditária com descendentes do falecido. Não ocorrência.

- Impositiva a análise do art. 1.829, I, do CC/2002, dentro do contexto do sistema jurídico, interpretando o dispositivo em harmonia com os demais que enfeixam a temática, em atenta observância dos princípios e diretrizes teóricas que lhe dão forma, marcadamente, a dignidade da pessoa humana, que se espraia, no plano da livre manifestação da vontade humana, por meio da autonomia da vontade, da autonomia privada e da conseqüente autorresponsabilidade, bem como da confiança legítima, da qual brota a boa fé; a eticidade, por fim, vem complementar o sustentáculo principiológico que deve delinear os contornos da norma jurídica.

- Até o advento da Lei n. 6.515/1977 (Lei do Divórcio), vigeu no Direito brasileiro, como regime legal de bens, o da *comunhão universal*, no qual o cônjuge sobrevivente não concorre à herança, por já lhe ser conferida a meação sobre a totalidade do patrimônio do casal; a partir da vigência da Lei do Divórcio, contudo, o regime legal de bens no casamento passou a ser o da *comunhão parcial*, o que foi referendado pelo art. 1.640 do CC/2002.

- Preserva-se o regime da *comunhão parcial de bens*, de acordo com o postulado da autodeterminação, ao contemplar o cônjuge sobrevivente com o direito à meação, além da concorrência hereditária sobre os bens comuns, mesmo que haja bens particulares, os quais, em qualquer hipótese, são partilhados unicamente entre os descendentes.

- O regime de *separação obrigatória de bens*, previsto no art. 1.829, inc. I, do CC/2002, é gênero que congrega duas espécies: (i) *separação legal*; (ii) *separação convencional*. Uma decorre da lei e a outra da vontade das partes, e ambas obrigam os cônjuges, uma vez estipulado o regime de separação de bens, à sua observância.

- Não remanesce, para o cônjuge casado mediante separação de bens, direito à meação, tampouco à concorrência sucessória, respeitando-se o regime de bens estipulado, que obriga as partes na vida e na morte. Nos dois casos, portanto, o cônjuge sobrevivente não é herdeiro necessário.

- Entendimento em sentido diverso, suscitaria clara antinomia entre os arts. 1.829, inc. I, e 1.687, do CC/2002, o que geraria uma quebra da unidade sistemática da lei codificada, e provocaria a morte do regime de separação de bens. Por isso, deve prevalecer a interpretação que conjuga e torna complementares os citados dispositivos.

- No processo analisado, a situação fática vivenciada pelo casal – declarada desde já a insuscetibilidade de seu reexame nesta via recursal – é a seguinte: (i) não houve longa convivência, mas um casamento que durou meses, mais especificamente, 10 meses; (ii) quando desse segundo casamento, o autor da herança já havia formado todo seu patrimônio e padecia de doença incapacitante; (iii) os nubentes escolheram voluntariamente casar pelo regime da separação convencional, optando, por meio de pacto antenupcial lavrado em escritura pública, pela incomunicabilidade de todos os bens adquiridos antes e depois do casamento, inclusive frutos e rendimentos.

- A ampla liberdade advinda da possibilidade de pactuação quanto ao regime matrimonial de bens, prevista pelo Direito Patrimonial de Família, não pode ser toldada pela imposição fleumática do Direito das Sucessões, porque o fenômeno sucessório “traduz a continuação da personalidade do morto pela projeção jurídica dos arranjos patrimoniais feitos em vida”.

- Trata-se, pois, de um ato de liberdade conjuntamente exercido, ao qual o fenômeno sucessório não pode estabelecer limitações.

- Se o casal firmou pacto no sentido de não ter patrimônio comum e, se não requereu a alteração do regime estipulado, não houve doação de um cônjuge ao outro durante o casamento, tampouco foi

deixado testamento ou legado para o cônjuge sobrevivente, quando seria livre e lícita qualquer dessas providências, não deve o intérprete da lei alçar o cônjuge sobrevivente à condição de herdeiro necessário, concorrendo com os descendentes, sob pena de clara violação ao regime de bens pactuado.

- Haveria, indubiosamente, em tais situações, a alteração do regime matrimonial de bens *post mortem*, ou seja, com o fim do casamento pela morte de um dos cônjuges, seria alterado o regime de separação convencional de bens pactuado em vida, permitindo ao cônjuge sobrevivente o recebimento de bens de exclusiva propriedade do autor da herança, patrimônio ao qual recusou, quando do pacto antenupcial, por vontade própria.

- Por fim, cumpre invocar a boa fé objetiva, como exigência de lealdade e honestidade na conduta das partes, no sentido de que o cônjuge sobrevivente, após manifestar de forma livre e lícita a sua vontade, não pode dela se esquivar e, por conseguinte, arvorar-se em direito do qual solenemente declinou, ao estipular, no processo de habilitação para o casamento, conjuntamente com o autor da herança, o regime de separação convencional de bens, em pacto antenupcial por escritura pública.

- O princípio da exclusividade, que rege a vida do casal e veda a interferência de terceiros ou do próprio Estado nas opções feitas licitamente quanto aos aspectos patrimoniais e extrapatrimoniais da vida familiar, robustece a única interpretação viável do art. 1.829, inc. I, do CC/2002, em consonância com o art. 1.687 do mesmo código, que assegura os efeitos práticos do regime de bens licitamente escolhido, bem como preserva a autonomia privada guindada pela eticidade.

Recurso especial provido.

Pedido cautelar incidental julgado prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, dar provimento ao recurso

especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Massami Uyeda, Sidnei Beneti, Vasco Della Giustina e Paulo Furtado votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 1º de dezembro de 2009 (data do julgamento).

Ministra Nancy Andrichi, Relatora

DJe 05.02.2010

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Nancy Andrichi: Recurso especial interposto por *Gustavo Alves de Souza, Ivan Ferreira de Souza Filho e Flávio Alves de Souza*, com fundamento na alínea **a** do permissivo constitucional, contra acórdão exarado pelo TJ-MS.

Procedimento especial de jurisdição contenciosa (fls. 15-16): inventário sob o rito de arrolamento dos bens de *Ivan Ferreira de Souza*, requerido pelos recorrentes, filhos e herdeiros do autor da herança, cujo óbito ocorreu em 17.01.2006. Declaram que o falecido deixou bens imóveis a inventariar e que era casado, pelo regime de separação convencional de bens, com *Paula Rosa de Souza*, conforme certidão de casamento, ocorrido em 05.03.2005, e escritura pública de convenção antenupcial com separação de bens, à fl. 24.

Prestadas as primeiras declarações às fls. 30-47.

Petições de Paula Rosa de Souza (fls. 83-84 e 87-89): com fundamento nos arts. 1.829, I, 1.832 e 1.845, do CC/2002, na qualidade de cônjuge sobrevivente do inventariado, deu-se por citada para requerer vista dos autos e, manifestando discordância no que se refere à partilha, postulou sua habilitação no processo de inventário, como herdeira necessária do falecido.

Decisão interlocutória (fl. 92): deferido o pedido de habilitação da viúva na qualidade de herdeira necessária, determinou o i. Juiz a manifestação dos demais herdeiros, filhos do falecido.

Manifestação dos recorrentes (fls. 99-102): alegam os filhos do falecido que à viúva somente seria conferido o *status* de herdeira necessária e concorrente no processo de inventário, na hipótese de casamento pelo regime de comunhão parcial de bens, ou de separação de bens, sem pacto antenupcial. Ocorre que o regime de separação de bens, adotado pelo casal, foi lavrado em escritura

pública de pacto antenupcial, com todas as cláusulas de incomunicabilidade, permanecendo a recorrida, conforme entendem os recorrentes, fora do rol de herdeiros do processo de inventário sob a forma de arrolamento de bens.

Sentença (fls. 105-109): o pedido foi julgado procedente, para forte no art. 1.829, I, do CC/2002, declarar *Paula Rosa de Souza* habilitada como herdeira de *Ivan Ferreira de Souza*, e determinar que o inventariante apresente novo esboço de partilha, no qual seja ela incluída e contemplada em igualdade de condições com os demais sucessores do autor da herança. Assim decidiu o i Juiz, ao entendimento de que “provado está que a requerente era casada com o *de cuius* sob o regime de separação de bens convencional, ou seja, foi feito um pacto antenupcial, não sendo o caso de separação obrigatória de bens, onde o cônjuge não seria considerado herdeiro necessário, daí resultando que concorre com os requeridos em partes iguais” (fl. 109).

Decisão nos embargos de declaração (fls. 118-124): rejeitou os embargos de declaração opostos pelos recorrentes.

Agravo de instrumento (fls. 2-14): sustentam violação ao próprio regime de separação convencional de bens, que rege a situação patrimonial do casal não só durante a vigência do casamento, mas também quando da sua dissolução, seja por separação, divórcio ou falecimento de um dos cônjuges. Informam que o “o autor da herança, foi casado, pela primeira vez com F. A. de S., falecida tragicamente em um acidente automobilístico no carnaval de 1999, sendo os Agravantes filhos desta primeira união (fls. 07-09). Veio ele, posteriormente, mais exatamente em 5 de março de 2005 a contrair novas núpcias com a Agravada, 31 (trinta e um) anos mais jovem, no regime da separação convencional de bens, inclusive dos aquestos, tal como está declarado expressamente na escritura do pacto antenupcial (fl. 0010 do anexo). Quando do segundo casamento o falecido contava com 51 anos e a Agravada com 21 (vinte e um). Dessa segunda união não advieram filhos, até porque o quadro de poliartrite de que sofria o autor da herança, e cujos primeiros sinais surgiram nos idos de 1974, evoluía grave e seriamente, exigindo, inclusivamente, no ano de 2004 delicada intervenção cirúrgica para fixação da coluna cervical, somando-se a isso tudo a psoríase de difícil controle (fl. 0015 e 0115 verso)” (fls. 5-6 – grifos conforme o original).

Acórdão em agravo de instrumento (fls. 168-171): negou provimento ao recurso, ao entendimento de que “a regra do artigo 1.829 do CC aplica-se ao cônjuge sobrevivente casado sob o regime da separação convencional” (fl. 168).

Acórdão nos embargos de declaração (fls. 182-184): rejeitou os embargos de declaração interpostos pelos recorrentes.

Recurso especial (fls. 186-203): interposto sob alegação de ofensa aos arts. 535 do CPC; 884, 1.639, §§ 1º e 2º, 1.687, do CC/2002.

Contrarrazões: às fls. 210-217.

Admissibilidade recursal: às fls. 218-219.

Parecer do MPF (fls. 224-227): da lavra do i. Subprocurador-Geral da República, Durval Tadeu Guimarães, em que opinou pelo conhecimento parcial e, nessa parte, pelo não provimento do recurso especial.

Pedido cautelar formulado incidentalmente pelos recorrentes (fls. 230-234): deduzem, os recorrentes, pedido de atribuição de efeito suspensivo ao recurso especial, ao argumento de que a viúva requereu, nos autos do inventário, a remessa do processo ao partidor para que “seja feita uma partilha destinando à requerente o seu quinhão a fim de que este inventário tenha fim, recebendo cada um o seu quinhão” (fl. 231). Asseveram que o requerimento da viúva foi acolhido pelo i. Juiz, o que resultou no esboço de partilha sobre o qual já foram instados a se manifestar. Sustentam, assim, que a entrega de eventual quinhão para a recorrida, enquanto não decidida definitivamente a questão relativa à sua qualidade de herdeira, é medida que deve ser sobrestada, quer pelo fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, quer para evitar futura nulidade da partilha, na hipótese de eventual exclusão da viúva.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi (Relatora): Destina-se a lide a definir se o cônjuge sobrevivente – que fora casado com o autor da herança sob o regime da separação convencional de bens – participa ou não da sucessão como herdeiro necessário, em concorrência com os descendentes do falecido.

I. Da violação ao art. 535 do CPC.

Sustentam os recorrentes, filhos do falecido, que houve negativa de prestação jurisdicional ao deixar de apreciar o TJ-MS questões jurídicas fundamentais ao deslinde da controvérsia, deduzidas nas razões recursais, a respeito da violação aos arts. 884, 1.639, §§ 1º e 2º, 1.687, do CC/2002, temas que serão discutidos neste voto, porquanto verificado o prequestionamento.

Dessa forma, não padece de violação o art. 535 do CPC, porquanto o TJ-MS apreciou fundamentadamente e debateu os temas concernentes aos dispositivos legais destacados, sem, portanto, haver omissão no julgado.

II - A sucessão do cônjuge (art. 1.829 do CC/2002).

Muito se tem discutido a respeito da exata interpretação do art. 1.829, inc. I, do CC/2002, segundo o qual a sucessão legítima cabe, em primeira linha: “aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares”.

A redação ambígua dessa norma tem suscitado muitas dúvidas na doutrina, e três correntes se estabeleceram, interpretando o dispositivo legal de maneira completamente diferente. São elas:

II.1 - Primeira corrente: Enunciado n. 270, da III Jornada de Direito Civil.

A primeira corrente deriva do Enunciado n. 270, da III Jornada de Direito Civil, organizada pelo Conselho da Justiça Federal, que dispõe:

Enunciado n. 270

Art. 1.829: O art. 1.829, inc. I, só assegura ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrência com os descendentes do autor da herança quando casados no regime da separação convencional de bens ou, se casados nos regimes da comunhão parcial ou participação final nos aqüestos, o falecido possuíse bens particulares, hipóteses em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes.

De acordo com esse entendimento, a sucessão do cônjuge obedeceria as seguintes regras: *(i)* se os cônjuges se casaram pelo regime da comunhão universal, o sobrevivente não concorre com os filhos na sucessão, já que recebeu suficiente patrimônio em decorrência da meação (incidente, nesta hipótese, sobre todo o patrimônio do casal, independentemente da data de aquisição); *(ii)* se o casamento se deu pela separação *obrigatória*, entendida essa como a separação legal de bens, também não concorrem cônjuge e filhos, porque isso burlaria o sistema legal; *(iii)* finalmente, se o casamento tiver sido realizado na comunhão parcial (ou nos demais regimes de bens), há duas possibilidades: *(iii.1)* se o falecido deixou bens particulares, o cônjuge sobrevivente participa da sucessão, porém só quanto a tais bens, excluindo-se os bens adquiridos na

constância do matrimônio, porque eles já são objeto da meação; *(iii.2)* se não houver bens particulares, o cônjuge sobrevivente não participa da sucessão (porquanto sua meação seria suficiente e se daria, aqui, hipótese semelhante à da comunhão universal de bens).

Para maior clareza, pode-se elaborar um quadro, demonstrativo das regras gerais de sucessão legítima, conforme a 1ª corrente estudada, nas hipóteses em que o falecido *tenha deixado descendentes e cônjuge*:

Regimes	Meação	Cônjuge herda bens particulares?	Cônjuge herda bens comuns?
Comunhão universal	Sim	Não	Não
Comunhão parcial	Sim	Sim, em concurso com os descendentes.	Não
Separação obrigatória	Não definido	Não	Não
Separação convencional	Não, em princípio	Sim, em concurso com descendentes.	Não há, em princípio, bens comuns.

Também corroboram esse entendimento ANA CRISTINA DE BARROS MONTEIRO FRANÇA PINTO (atualizadora do *Curso de Direito Civil* de WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, Vol. 6 – 37ª Ed. – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 97), NEY DE MELLO ALMADA (*Sucessões*, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 175), entre outros.

Frise-se que esse quadro tem, como objetivo, apenas pinçar orientações gerais sobre a matéria, sem pretensão de debruçar-se sobre as peculiaridades de cada um dos regimes de bens, ou esgotar discussões doutrinárias e jurisprudenciais que cada um deles pode suscitar. É de conhecimento geral que a interpretação das novas regras de sucessão, notadamente o art. 1.829, I, do CC/2002, tem gerado intensa controvérsia que, por não ser objeto especificamente deste processo, não será, aqui, esgotada.

II.2 – Segunda corrente: Majoritária.

A segunda e majoritária corrente doutrinária acerca da interpretação do art. 1.829, I, do CC/2002, defende uma ideia substancialmente diferente. Os partidários dessa corrente, a exemplo dos defensores do Enunciado n. 270 das Jornadas, separam, no casamento pela comunhão parcial, a hipótese em que

o falecido tenha deixado bens *particulares*, e a hipótese em que ele *não tenha deixado bens particulares* (sempre considerando a existência de descendentes). Se o cônjuge pré-morto não tiver deixado bens particulares, o sobrevivente **não recebe nada**, a título de herança. Contudo, se o autor da herança tiver deixado bens particulares, o cônjuge herda, nas proporções fixadas pela Lei (arts. 1.830, 1.832 e 1.837), **não apenas os bens particulares, mas todo o acervo hereditário**.

MARIA HELENA DINIZ defende essa tese com os seguintes fundamentos (*Curso de Direito Civil Brasileiro*, v. 6: direito das sucessões – 20ª ed. rev. e atual. de acordo com o Novo Código Civil – São Paulo: Saraiva, 2006, p. 124 e ss.):

i) a herança é *indivisível*, deferindo-se como um todo unitário (art. 1.791). Assim, não há sentido em dividi-la apenas nas hipóteses em que o cônjuge concorre, na sucessão;

ii) se o cônjuge sobrevivente for ascendente dos demais herdeiros, terá a garantia de 1/4 da herança. Essa garantia é incompatível com sua quase-exclusão, na hipótese em que o falecido tiver deixado poucos bens;

iii) o cônjuge supérstite é herdeiro necessário, e não há sentido em lhe garantir a legítima se ele não herdar, no futuro, esse patrimônio;

iv) em um regime de *separação convencional*, as partes podem firmar pacto antenupcial disciplinando a comunicação dos aquestos, e não obstante o cônjuge sobrevivente os herdar. Não há sentido em restringir tal direito apenas na comunhão parcial;

v) meação e herança são institutos diversos. No falecimento, a meação do falecido passa a integrar seu patrimônio, não havendo razão para destacá-la para fins de herança.

Para os defensores dessa corrente, o quadro supra referido ficaria da seguinte forma (sempre na hipótese de o falecido *ter deixado bens particulares e filhos*):

Regimes	Meação	Cônjuge herda bens particulares?	Cônjuge herda bens comuns?
Comunhão universal	Sim	Não	Não
Comunhão parcial	Sim	Sim, em concurso com os descendentes.	Sim, em concurso com os descendentes
Separação obrigatória	Não definido	Não	Não
Separação convencional	Não, em princípio	Sim, em concurso com os descendentes.	Sim, se os houver, em concurso com os descendentes

II.3 – Terceira corrente: Interpretação invertida.

A terceira corrente que se formou para a interpretação do art. 1.829, I, do CC/2002, inverte as ideias defendidas pelas anteriores. Encabeçada por *Maria Berenice Dias*, defende que a sucessão do cônjuge fica **excluída na hipótese de o falecido ter deixado bens particulares** (“Ponto final”. Disponível em: <http://www.mariaberenicedias.com.br/site/content.php?cont_id=108&isPopUp=true>, acesso em 22 set. 2009). Enquanto os defensores da primeira e da segunda correntes apenas reconheciam, ao cônjuge casado pelo regime de comunhão parcial de bens, o direito à sucessão na hipótese de o falecido *ter deixado bens particulares*, esta terceira linha de pensamento defende que só há sucessão na hipótese em que ele não os deixou, concorrendo o cônjuge sobrevivente com os descendentes, na herança dos bens comuns.

Quanto ao regime de separação de bens, destaca que a restrição somente é imposta aos cônjuges casados pelo regime da separação legal de bens, concluindo que na separação convencional, o cônjuge sobrevivente herdará em concorrência com os descendentes.

Pelo sistema defendido por esta corrente, o quadro, para as hipóteses em que o falecido deixou bens particulares e filhos, ficaria da seguinte forma:

Regimes	Meação	Cônjuge herda bens particulares?	Cônjuge herda bens comuns?
Comunhão universal	Sim	Não	Não
Comunhão parcial	Sim	Não há herança do cônjuge, se houver bens particulares.	Sim, em concurso com os descendentes.
Separação legal	Não definido	Não	Não
Separação convencional	Não, em princípio	Sim, em concurso com os descendentes	Sim, se os houver, em concurso com os descendentes

II.4 – A doutrina e a sucessão do cônjuge casado no regime da separação de bens.

No tocante à *separação de bens*, muito embora a doutrina predominante, por meio das três correntes especificadas, posicione-se no sentido de que o cônjuge sobrevivente casado pelo regime da separação convencional de bens ostenta

a condição de herdeiro concorrente, há entendimento em sentido contrário, que tem à testa o saudoso Prof. MIGUEL REALE (*in Estudos Preliminares do Código Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 61-64), que assevera serem “duas são as hipóteses de separação obrigatória: uma delas é a prevista no parágrafo único do art. 1.641, abrangendo vários casos; a outra resulta da estipulação feita pelos nubentes, antes do casamento, optando pela separação de bens. A obrigatoriedade da separação de bens é uma consequência necessária do pacto concluído pelos nubentes, não sendo a expressão ‘separação obrigatória’ aplicável somente nos casos relacionados no parágrafo único do art. 1.641.” Dessa forma, a separação obrigatória a que se refere o art. 1.829, I, do CC/2002, é gênero do que são espécies a separação convencional e a legal. Com base nisso, conclui que em hipótese alguma, seja na separação legal, seja na separação convencional, o cônjuge será herdeiro necessário do autor da herança.

II.5 – Interpretando o inc. I do art. 1.829 do CC/2002.

De início, torna-se impositiva a análise do art. 1.829, I, do CC/2002, dentro do contexto do sistema jurídico, interpretando o dispositivo em harmonia com os demais que enfeixam a temática, em atenta observância dos princípios e diretrizes teóricas que lhe dão forma, marcadamente, a dignidade da pessoa humana, que se espraia, no plano da livre manifestação da vontade humana, por meio da autonomia da vontade, da autonomia privada e da consequente autorresponsabilidade, bem como da confiança legítima, da qual brota a boa fé. A eticidade, por fim, vem complementar o sustentáculo principiológico que deve delinear os contornos da norma jurídica.

Até o advento da Lei n. 6.515/1977 (Lei do Divórcio), considerada a importância dos reflexos do elemento histórico na interpretação da lei, vigeu no Direito brasileiro, como regime legal de bens, o da *comunhão universal*, no qual o cônjuge sobrevivente não concorre à herança, por já lhe ser conferida a meação sobre a totalidade do patrimônio do casal. A partir da vigência da Lei do Divórcio, contudo, o regime legal de bens no casamento passou a ser o da *comunhão parcial*, o que foi referendado pelo art. 1.640 do CC/2002.

Assim, quando os nubentes silenciam a respeito de qual regime de bens irão adotar, a lei presume que será o da *comunhão parcial*, pelo qual se comunicam os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento, consideradas as exceções legais previstas no art. 1.659 do CC/2002. Se em vida os cônjuges assumiram, por vontade própria, o regime da *comunhão parcial*

de bens, na morte de um deles, deve essa vontade permanecer respeitada, sob pena de ocorrer, por ocasião do óbito, o retorno ao antigo regime legal: o da comunhão universal, em que todo acervo patrimonial, adquirido na constância ou anteriormente ao casamento, é considerado para efeitos de meação.

A permanecer a interpretação conferida pela doutrina majoritária de que o cônjuge casado sob o regime da comunhão parcial herda em concorrência com os descendentes, inclusive no tocante aos bens particulares, teremos no Direito das Sucessões, na verdade, a transmutação do regime escolhido em vida – comunhão parcial de bens – nos moldes do Direito Patrimonial de Família, para o da comunhão universal, somente possível de ser celebrado por meio de pacto antenupcial por escritura pública. Não se pode ter após a morte o que não se queria em vida. A adoção do entendimento de que o cônjuge sobrevivente casado pelo regime da comunhão parcial de bens concorre com os descendentes do falecido a todo o acervo hereditário, viola, além do mais, a essência do próprio regime estipulado.

Por tudo isso, a melhor interpretação é aquela que prima pela valorização da vontade das partes na escolha do regime de bens, mantendo-a intacta, assim na vida como na morte dos cônjuges. Desse modo, preserva-se o regime da comunhão parcial de bens, de acordo com o postulado da autodeterminação, ao contemplar o cônjuge sobrevivente com o direito à meação, além da concorrência hereditária sobre os bens comuns, haja ou não bens particulares, partilháveis, estes, unicamente entre os descendentes.

A *separação de bens*, que pode ser *convencional* ou *legal*, em ambas as hipóteses é *obrigatória*, porquanto na primeira, os nubentes se obrigam por meio de pacto antenupcial – contrato solene – lavrado por escritura pública, enquanto na segunda, a obrigação é imposta por meio de previsão legal.

Sob essa perspectiva, o regime de *separação obrigatória* de bens, previsto no art. 1.829, inc. I, do CC/2002, é gênero que congrega duas espécies: (i) separação legal; (ii) separação convencional. Uma decorre da lei e a outra da vontade das partes, e ambas obrigam os cônjuges, uma vez estipulado o regime de separação de bens, à sua observância.

Dessa forma, não remanesce, para o cônjuge casado mediante separação de bens, direito à meação, salvo previsão diversa no pacto antenupcial, tampouco à concorrência sucessória, respeitando-se o regime de bens estipulado, que obriga as partes na vida e na morte. Nos dois casos, portanto, o cônjuge sobrevivente não é herdeiro necessário.

Entendimento em sentido diverso, suscitaria clara antinomia entre os arts. 1.829, inc. I, e 1.687, do CC/2002, o que geraria uma quebra da unidade sistemática da lei codificada, e provocaria a morte do regime de separação de bens. Por isso, entre uma interpretação que torna ausente de significado o art. 1.687 do CC/2002, e outra que conjuga e torna complementares os citados dispositivos, não é crível que seja conferida preferência à primeira solução.

Importante mencionar, no tocante ao caráter balizador do regime matrimonial de bens no que concerne ao direito sucessório, julgado desta 3ª Turma, do qual se extraem as seguintes ponderações:

(...) o regime matrimonial de bens atua como elemento direcionador do direito de herança concorrente do cônjuge.

(...)

O regramento sucessório é de suma importância enquanto complexo de ordem pública, em virtude de seus reflexos no organismo familiar e no âmbito social, que vão além do simples direito individual à pertença de bens. (RMS n. 22.684-RJ, de minha relatoria, DJ de 28.05.2007.)

Com as considerações acima, inaugura-se uma quarta linha de interpretação, segundo a qual, o quadro, para as hipóteses em que o falecido deixou bens particulares e filhos, ficaria da seguinte forma:

Regimes	Meação	Cônjuge herda bens particulares?	Cônjuge herda bens comuns?
Comunhão universal	Sim	Não	Não
Comunhão parcial	Sim	Não	Sim, em concurso com os descendentes.
Separação de bens, que pode ser legal ou convencional.	Não	Não	Não

Fixadas as diretrizes interpretativas, para o art. 1.829, inc. I, do CC/2002, passa-se à análise da lide.

III. Solução da lide.

III. 1 – *A separação convencional de bens e a situação sucessória do cônjuge sobrevivente (arts. 884, 1.639, §§ 1º e 2º, 1.687, do CC/2002).*

Alegam os recorrentes não ignorar que “o vigente Código Civil procurou dispensar maior e mais ampla proteção ao cônjuge sobrevivente, o que é compreensível e justo. O que não se afigura justo nem compreensível é entender que essa proteção deva ser dada a qualquer custo e sem restrições, como no presente caso em que não há razão jurídica plausível para o Tribunal *a quo* contemplar aquele que por iniciativa e vontade próprias submete-se a um regime de bens que, quando obrigatório, o excluiria de participar na herança deixada pelo cônjuge falecido” (fl. 202).

Abstraindo-se da hipótese em julgamento, para abarcar a percepção de mundo adquirida pelo ser humano contemporâneo, chega-se à constatação de que a humanidade voltou-se para a busca de relacionamentos líquidos, fluidos, de fragilidade ímpar, em que a família deixa de ser o núcleo, dados os sucessivos casamentos e uniões que se iniciam e, considerados os sentimentos descartáveis, logo se rompem, o que tem disseminado a existência de diversas e distintas composições familiares, náufragas de relações fracassadas. ZIGMUNT BAUMAN (*in Amor líquido – sobre a fragilidade das relações humanas*. Tradução, Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004. p. 39), sociólogo polonês, em sua singular perspicácia, afirma que “não se levam relações para o próximo capítulo, advertiria o especialista a seus clientes, fazendo coro às premonições transformadas em certezas de pessoas, ensinadas pela experiência, que tiveram as vidas fatiadas em episódios e que vivem como servas dos episódios futuros”, o que demonstra uma sociedade ávida por amor – ao constituir, uma mesma pessoa, duas ou mais uniões, ao longo da vida – mas temerosa de perder sua liberdade ou, até mesmo, sua identidade.

Nesse contexto, o Direito de Família tem regido as relações surgidas do afeto, com o intuito de preservar os vínculos familiares que porventura se perderam em meio a esse caótico modo de vida contemporâneo. E quando a família se biparte, remanescem relações de parentesco por consanguinidade e afinidade, muitas vezes em igual medida, que devem ser tuteladas.

Ao volver os olhos para o processo em análise, imprescindível auscultar a situação fática vivenciada pelo casal – declarada desde já a insuscetibilidade de seu reexame nesta via recursal: (i) não houve longa convivência, mas um casamento que durou meses, mais especificamente, 10 meses; (ii) quando desse segundo casamento, o autor da herança já havia formado todo seu patrimônio e padecia de doença incapacitante; (iii) os nubentes escolheram, voluntariamente, casar pelo regime da separação convencional,

optando, por meio de pacto antenupcial lavrado em escritura pública, pela incomunicabilidade de todos os bens adquiridos antes e depois do casamento, inclusive frutos e rendimentos.

Uma vez estipulado o regime de separação de bens expresso no art. 1.687 do CC/2002, cada cônjuge conservará a integral administração e fruição do que lhe pertence, sendo que nem mesmo dependerá da outorga conjugal para alienar imóveis ou gravar seus bens de ônus real. A distinção de patrimônio dos cônjuges é, pois, absoluta, não se comunicando os frutos e aquisições, afastando inclusive a comunhão de aquestos, porquanto nessa modalidade não existem bens comuns, tampouco bens passíveis de integrar eventual meação. Isolado totalmente o patrimônio de cada um dos cônjuges, são eles livres para dispor e administrar seus bens.

A índole da norma legal foi a de conferir maior independência aos cônjuges na disposição e administração de seus bens. Dessa forma, a ampla liberdade advinda da possibilidade de pactuação quanto ao regime matrimonial de bens, prevista pelo Direito Patrimonial de Família, não pode ser toldada pela imposição fleumática do Direito das Sucessões, porque o fenômeno sucessório, nas palavras de MIGUEL REALE e JUDITH MARTINS COSTA (*in Casamento sob o regime da separação de bens, voluntariamente escolhido pelos nubentes. Compreensão do fenômeno sucessório e seus critérios hermenêuticos. A força normativa do pacto antenupcial. Revista Trimestral de Direito Civil, Ano 6, vol. 24, outubro a dezembro d 2005. Rio de Janeiro: Ed. Padma, 2005. p. 226*) “traduz a continuação da personalidade do morto pela projeção jurídica dos arranjos patrimoniais feitos em vida”.

Trata-se, pois, de um ato de liberdade conjuntamente exercido, ao qual o fenômeno sucessório não pode estabelecer limitações.

Assim, a regra que confere o direito hereditário de concorrência ao cônjuge sobrevivente não alcança nem pode alcançar os que têm e decidiram ter patrimônios totalmente distintos, sob pena de clara violação ao art. 1.687 do CC/2002, notadamente quando a incomunicabilidade resulta da estipulação feita pelos nubentes, antes do casamento.

Sob a ótica da força normativa do pacto antenupcial, é fundamental o respeito à vontade lícita e livremente manifestada pelos nubentes. Dotado de publicidade e eficácia de oponibilidade perante terceiros, a expressão de autonomia das partes por meio do pacto antenupcial, não pode ser aviltada, sob pena de termos um direito muito volátil.

Ressalte-se que o pacto antenupcial é contrato solene, devendo ser lavrado por escritura pública, é dispendioso, poucas são as pessoas que têm informação a respeito e menor ainda é o número de casais que por ele opta, pois o pacto antenupcial pode ser até uma quebra dos próprios sentimentos das pessoas envolvidas afetivamente.

Em se tratando de circunstâncias extraordinárias, em que a situação particular dos nubentes exige o pacto, não hesitarão estes em lançar mão de testamento ou de doação em vida ao cônjuge, para protegê-lo financeiramente, se assim o quiserem. Isso significa dizer que, para esses casais, não se aplica a afirmação de que a maioria das pessoas é avessa a pactos e testamentos. Diversamente, não estão inseridos na situação fática da maioria, ao celebrarem pacto antenupcial, com observância de todas suas solenidades, para regulamentar sua vida civil.

De curial importância o fato de que, se os nubentes pactuaram a separação de bens, muito provavelmente não gostariam que o cônjuge sobrevivente fosse alçado à condição de herdeiro em concorrência com os descendentes. Entendimento em sentido diverso redundará em uma gama de problemas para aqueles que somente podem constituir família mediante pacto antenupcial, consideradas as situações peculiares em que se encontram.

Deve, portanto, ser respeitada a vontade das partes, que ao estipularem o regime de bens sabem exatamente o que estão fazendo. Se, no decorrer da vida em comum, resolverem modificar a comunicabilidade do patrimônio, socorrer-lhes-á a previsão legal do art. 1.639, § 2º, do CC/2002, que permite a alteração do regime de bens inicialmente escolhido, mediante autorização judicial, em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.

Dessa forma, se o casal firmou pacto no sentido de não ter patrimônio comum e, se não requereu a alteração do regime estipulado, não houve doação de um cônjuge ao outro durante o casamento, tampouco foi deixado testamento ou legado para o cônjuge sobrevivente, quando seria livre e lícita qualquer dessas providências, não deve o intérprete da lei alçar o cônjuge sobrevivente à condição de herdeiro necessário, concorrendo com os descendentes, sob pena de clara violação ao regime de bens pactuado.

Isto porque, se o casamento foi celebrado pelo regime da separação convencional, significa que o casal escolheu – conjuntamente – a separação do

patrimônio. Não há como violentar a vontade do cônjuge – o mais grave – após sua morte, concedendo a herança ao sobrevivente com quem ele nunca quis dividir nada, nem em vida.

Haveria, indubitavelmente, em tais situações, a alteração do regime matrimonial de bens *post mortem*, ou seja, com o fim do casamento pela morte de um dos cônjuges, seria alterado o regime de separação convencional de bens pactuado em vida, permitindo ao cônjuge sobrevivente o recebimento de bens de exclusiva propriedade do autor da herança, patrimônio ao qual recusou, quando do pacto antenupcial, por vontade própria.

Por fim, cumpre invocar a boa fé objetiva, como exigência de lealdade e honestidade na conduta das partes, no sentido de que a recorrida – cônjuge sobrevivente –, após manifestar de forma livre e lícita a sua vontade, não pode dela se esquivar e, por conseguinte, arvorar-se em direito do qual solenemente declinou, ao estipular, no processo de habilitação para o casamento, conjuntamente com o autor da herança, o regime de separação convencional de bens, em pacto antenupcial por escritura pública.

O princípio da exclusividade, que rege a vida do casal e veda a interferência de terceiros ou do próprio Estado nas opções feitas lícitamente quanto aos aspectos patrimoniais e extrapatrimoniais da vida familiar, robustece a única interpretação viável do art. 1.829, inc. I, do CC/2002, em consonância com o art. 1.687 do mesmo código, que assegura os efeitos práticos do regime de bens lícitamente escolhido, bem como preserva a autonomia privada guindada pela eticidade.

Em conclusão, o regime de separação de bens fixado por livre convenção entre a recorrida e o falecido, como se vê, está contemplado nas restrições previstas no art. 1.829, I, do CC/2002, em interpretação conjugada com o art. 1.687 do mesmo código, o que retira da recorrida a condição de herdeira necessária do autor da herança, em concorrência com os recorrentes, descendentes daquele.

As demais questões alegadas pelos recorrentes ficam prejudicadas.

Forte em tais razões, *dou provimento* ao recurso especial, para reformar o acórdão, e, por conseguinte, a decisão às fls. 105-109, declarando que P. R. de S. não é herdeira necessária em concorrência com os descendentes de I. F. de S., de forma a negar a procedência do pedido por ela formulado, de habilitação no inventário.

Por consequência, *julgo prejudicado* o pedido cautelar formulado incidentalmente pelos recorrentes, às fls. 230-234, de atribuição de efeito suspensivo ao recurso especial.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Massami Uyeda: Sr. Presidente, louvo esse percuciente trabalho com que a Sra. Ministra Nancy Andrichi nos brinda. Na verdade, essa mudança no regime, provocada pelo Código Civil de 2002, implica numa revisão de conceitos. E esse estudo é precioso.

V. Exa., Sra. Ministra Nancy Andrichi, merece todo o nosso reconhecimento por esse trabalho em prol da adequada e correta interpretação do Código Civil.

Acompanho integralmente o voto de Vossa Excelência, dando provimento ao recurso especial para reformar o acórdão, recomendando-o à jurisprudência.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Sidnei Beneti: 1.- Pedi vista dos autos atento à densidade das teses constantes do voto da E. Relatora e à relevância do julgamento, na interpretação de lei federal atinente a ponto da maior importância para as relações patrimoniais entre cônjuges e seus sucessores.

Focalizando exclusivamente a questão central, que é a aplicação do art. 1.829 do Cód. Civil/2002 à luz da situação trazida pelo caso, o presente voto acompanha os Votos anteriores, proferidos pelos E. Ministros *Nancy Andrichi* e *Massami Uyeda*.

2.- Dispõe o art. 1.829 do Cód. Civil/2002: “A sucessão legítima defere-se na seguinte ordem: I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único), ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares” - Correspondente ao art. 1.603, I, Cód. Civil/1916).

A dissensão provém da expressão “*separação obrigatória*” e, mais especificamente, desse adjetivo “*obrigatória*”, que qualifica o substantivo separação. Importa determinar o comando normativo do texto, evidentemente

mal redigido, pois permite a cizânia interpretativa de que dão conta os ponderáveis argumentos expostos com enorme aplicação pelo patrocínio advocatício em prol dos litigantes e a diversidade de sustentação nos numerosos escritos trazidos nos autos e nos cuidadosos memoriais oferecidos.

A melhor leitura é a que toma o termo como genérico, abrangendo as duas modalidades de separação total de bens particulares adquiridos anteriormente ao casamento, isto é, a separação legal e a separação convencional, pois ambas, afinal de contas, são obrigatórias e os cônjuges que não atinam com a possibilidade de sutilezas de interpretação legal devem imaginar exatamente que, quando se casam optando pela separação de bens, será ela obrigatória, quer dizer, seus bens estarão separados durante o casamento e por ocasião da partilha por ocasião do óbito.

Prefere-se a interpretação afinada com o senso comum, pois não seria justo incentivar interpretação que não seja imediata e claramente inteligível para ser humano comum, em matéria de incidência comum a todos os segmentos sociais, bem diferente do que ocorre no tocante a interpretação de disposições legais destinadas a setores específicos, dos quais exigível o conhecimento técnico-jurídico apto à sutileza interpretativa própria do setor.

Em verdade e a rigor, as partes, ao casar-se sob o regime da separação convencional, celebrado com a solenidade da assinatura de escritura pública, terão, mesmo, mais convicção da obrigatoriedade da separação de bens do que no casamento pela separação legal de bens, decorrente de previsão legal nem sempre presente na memória dos nubentes -- conquanto, também obrigatória.

3.- O Voto da E. Relatora expôs os grandes nomes doutrinários que se debruçaram sobre o assunto, os julgados do caso e os memoriais, extremamente valiosos, trazidos pelos Advogados das partes, trouxeram as manifestações jurisprudenciais. Todos esses elementos, bem ponderados, conduzem o foco do julgamento exatamente aos termos das considerações supra.

A síntese do voto da E. Relatora é precisa: “A separação de bens, que pode ser convencional ou legal, em ambas as hipóteses, é obrigatória, porquanto na primeira, os nubentes se obrigam por meio de pacto antenupcial -- contrato solene -- lavrado por escritura pública, enquanto na segunda, a obrigação é imposta por meio de previsão legal” (Item II.5, 6º parágrafo, do voto da E. Relatora).

4.- Impossível deslembrar que, no caso, certamente a obrigatoriedade da separação de bens terá sido bem presente no ato da celebração do casamento,

dadas as circunstâncias, narradas pela inicial sem apontadas pelo Voto da E. Relatora, de que o casamento, celebrado por cônjuges com diferença de trinta e um anos de idade, quando o *de cujus*, viúvo, já tinha filhos de longo casamento anterior, durou apenas poucos meses.

5.- Pelo exposto, meu voto também acompanha o voto da E. Ministra Relatora, dando provimento ao Recurso Especial e julgando prejudicado o pedido cautelar incidental.

VOTO

O Sr. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS): Sr. Presidente, quero registrar, como disse Vossa Excelência, os belos memoriais encaminhados, com estudos de cada parte e, face à profundidade e justeza da decisão que Vossa Excelência leu e dos votos anteriores dos eminentes Colegas, neste momento, com o amadurecimento possível nessa fase, eu estaria por acompanhar os votos de Vossas Excelências, nessa mesma linha, dando provimento ao recurso especial e julgando prejudicado o pedido cautelar incidental.

RECURSO ESPECIAL N. 1.008.398-SP (2007/0273360-5)

Relatora: Ministra Nancy Andrichi
Recorrente: Clauderson de Paula Viana
Advogado: Ana Paula Corrêa da Silva
Recorrido: Ministério Público Federal

EMENTA

Direito Civil. Recurso especial. Transexual submetido à cirurgia de redesignação sexual. Alteração do prenome e designativo de sexo. Princípio da dignidade da pessoa humana.

- Sob a perspectiva dos princípios da Bioética – de beneficência, autonomia e justiça –, a dignidade da pessoa humana deve ser resguardada, em um âmbito de tolerância, para que a mitigação do sofrimento humano possa ser o sustentáculo de decisões judiciais, no sentido de salvaguardar o bem supremo e foco principal do Direito: o ser humano em sua integridade física, psicológica, socioambiental e ético-espiritual.

- A afirmação da identidade sexual, compreendida pela identidade humana, encerra a realização da dignidade, no que tange à possibilidade de expressar todos os atributos e características do gênero imanente a cada pessoa. Para o transexual, ter uma vida digna importa em ver reconhecida a sua identidade sexual, sob a ótica psicossocial, a refletir a verdade real por ele vivenciada e que se reflete na sociedade.

- A falta de fôlego do Direito em acompanhar o fato social exige, pois, a invocação dos princípios que funcionam como fontes de oxigenação do ordenamento jurídico, marcadamente a dignidade da pessoa humana – cláusula geral que permite a tutela integral e unitária da pessoa, na solução das questões de interesse existencial humano.

- Em última análise, afirmar a dignidade humana significa para cada um manifestar sua verdadeira identidade, o que inclui o reconhecimento da real identidade sexual, em respeito à pessoa humana como valor absoluto.

- Somos todos filhos agraciados da liberdade do ser, tendo em perspectiva a transformação estrutural por que passa a família, que hoje apresenta molde eudemonista, cujo alvo é a promoção de cada um de seus componentes, em especial da prole, com o insigne propósito instrumental de torná-los aptos de realizar os atributos de sua personalidade e afirmar a sua dignidade como pessoa humana.

- A situação fática experimentada pelo recorrente tem origem em idêntica problemática pela qual passam os transexuais em sua maioria: um ser humano aprisionado à anatomia de homem, com o sexo psicossocial feminino, que, após ser submetido à cirurgia de redesignação sexual, com a adequação dos genitais à imagem que tem de si e perante a sociedade, encontra obstáculos na vida civil, porque

sua aparência morfológica não condiz com o registro de nascimento, quanto ao nome e designativo de sexo.

- Conservar o “sexo masculino” no assento de nascimento do recorrente, em favor da realidade biológica e em detrimento das realidades psicológica e social, bem como morfológica, pois a aparência do transexual redesignado, em tudo se assemelha ao sexo feminino, equivaleria a manter o recorrente em estado de anomalia, deixando de reconhecer seu direito de viver dignamente.

- Assim, tendo o recorrente se submetido à cirurgia de redesignação sexual, nos termos do acórdão recorrido, existindo, portanto, motivo apto a ensejar a alteração para a mudança de sexo no registro civil, e a fim de que os assentos sejam capazes de cumprir sua verdadeira função, qual seja, a de dar publicidade aos fatos relevantes da vida social do indivíduo, forçosa se mostra a admissibilidade da pretensão do recorrente, devendo ser alterado seu assento de nascimento a fim de que nele conste o sexo feminino, pelo qual é socialmente reconhecido.

- Vetar a alteração do prenome do transexual redesignado corresponderia a mantê-lo em uma insustentável posição de angústia, incerteza e conflitos, que inegavelmente atinge a dignidade da pessoa humana assegurada pela Constituição Federal. No caso, a possibilidade de uma vida digna para o recorrente depende da alteração solicitada. E, tendo em vista que o autor vem utilizando o prenome feminino constante da inicial, para se identificar, razoável a sua adoção no assento de nascimento, seguido do sobrenome familiar, conforme dispõe o art. 58 da Lei n. 6.015/1973.

- Deve, pois, ser facilitada a alteração do estado sexual, de quem já enfrentou tantas dificuldades ao longo da vida, vencendo-se a barreira do preconceito e da intolerância. O Direito não pode fechar os olhos para a realidade social estabelecida, notadamente no que concerne à identidade sexual, cuja realização afeta o mais íntimo aspecto da vida privada da pessoa. E a alteração do designativo de sexo, no registro civil, bem como do prenome do operado, é tão importante quanto a adequação cirúrgica, porquanto é desta um desdobramento, uma decorrência lógica que o Direito deve assegurar.

- Assegurar ao transexual o exercício pleno de sua verdadeira identidade sexual consolidada, sobretudo, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, cuja tutela consiste em promover o desenvolvimento do ser humano sob todos os aspectos, garantindo que ele não seja desrespeitado tampouco violentado em sua integridade psicofísica. Poderá, dessa forma, o redesignado exercer, em amplitude, seus direitos civis, sem restrições de cunho discriminatório ou de intolerância, alcançando sua autonomia privada em patamar de igualdade para com os demais integrantes da vida civil. A liberdade se refletirá na seara doméstica, profissional e social do recorrente, que terá, após longos anos de sofrimentos, constrangimentos, frustrações e dissabores, enfim, uma vida plena e digna.

- De posicionamentos herméticos, no sentido de não se tolerar “imperfeições” como a esterilidade ou uma genitália que não se conforma exatamente com os referenciais científicos, e, conseqüentemente, negar a pretensão do transexual de ter alterado o designativo de sexo e nome, subjaz o perigo de estímulo a uma nova prática de eugenia social, objeto de combate da Bioética, que deve ser igualmente combatida pelo Direito, não se olvidando os horrores provocados pelo holocausto no século passado.

Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e deu-lhe provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Massami Uyeda, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS) e Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ-BA) votaram com a Sra. Ministra Relatora. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Sidnei Beneti.

Brasília (DF), 15 de outubro de 2009 (data do julgamento).

Ministra Nancy Andrighi, Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Cuida-se de recurso especial interposto por *Clauderson de Paula Viana*, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo TJ-SP.

Ação (inicial às fls. 2-16): procedimento de “alteração e retificação de assentamento de registro de nascimento quanto ao nome e gênero”, ajuizada pelo recorrente, perante a 4ª Vara Cível da Comarca de São José do Rio Preto – SP.

O autor, do sexo masculino, de prenome “Clauderson”, pretende a alteração do assento do seu registro de nascimento civil, para que dele passe a constar o prenome “Patrícia”, bem como a modificação do designativo de seu sexo, atualmente constante como masculino, para feminino, aduzindo como causa de pedir o fato de ser transexual, tendo realizado cirurgia de transgenitalização. Acrescenta que a aparência de mulher, por contrastar com o nome e o registro de homem, causa-lhe diversos transtornos e dissabores sociais, além de abalos emocionais e existenciais.

Parecer do MP-SP (fls. 61-64): o Ministério Público do Estado de São Paulo opinou pelo indeferimento da pretensão inicial, sob o argumento de que “a hipótese em tela não insere-se [sic] nas exceções de retificação previstas no parágrafo único do mencionado art. 58, da Lei n. 6.015/1973” (fl. 62).

Sentença (fls. 66-94): o pedido formulado pelo recorrente foi julgado procedente, ao entendimento de que a imutabilidade do prenome não é absoluta, comportando exceções, especialmente quando o registro civil não reflete a realidade do transexual que foi submetido a tratamento cirúrgico.

Acórdão (fls. 144-149): deu provimento, por maioria, à apelação interposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, a fim de reformar a sentença, tendo em vista que “em linha de registro civil, prevalece a regra geral da imutabilidade dos dados, nome, prenome, sexo, filiação etc. Há, portanto, um interesse público de manutenção da veracidade dos registros, de modo que a afirmação dos sexos (masculino ou feminino) não diz com a aparência, mas com a realidade espelhada no nascimento, que não pode ser alterada artificialmente” (fl. 146).

Voto vencido (fls. 150-151): da lavra do eminente Des. Rel. Conti Machado, em que anulou a sentença recorrida para restabelecer a instrução processual, com a realização de perícia médica e a juntada de certidões dos cartórios distribuidores.

Recurso especial (fls. 155-205): alega ofensa aos arts. 4º e 5º, da LICC; 55, 58 e 109 da Lei n. 6.015/1973; 11, 13, 16, 17, 19, 20 e 21 do CC/2002; além de dissídio jurisprudencial.

Recurso extraordinário: às fls. 212-231.

Contrarrrazões (fls. 235-238): manifestadas pela Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

Juízo Prévio de Admissibilidade (fls. 240-241): o TJ-SP admitiu o recurso especial pela alínea c da norma autorizadora, determinando a remessa dos autos ao STJ.

Parecer da Procuradoria Geral da República: o *Parquet* apresentou parecer da lavra do i. Subprocurador-Geral da República, João Pedro de Saboia Bandeira de Mello Filho, opinando pelo conhecimento e provimento do recurso especial.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi (Relatora): Cinge-se a lide a analisar a possibilidade de alteração e retificação do assento de nascimento do recorrente, a fim de obter a modificação de seu prenome, de *Clauderson* para *Patrícia*, bem como a indicação de sexo para “feminino”.

Sustenta o recorrente que cresceu e se desenvolveu como mulher, com hábitos, reações e aspecto físico tipicamente femininos. Aduz, ainda, que “tendo sido submetido a tratamento multidisciplinar, identificou todos os transtornos e dúvidas existentes ao longo de sua vida, com o diagnóstico de transexualismo”. Afirma que foi submetido à cirurgia de mudança de sexo, no Brasil. Não obstante o êxito no procedimento cirúrgico, alega o recorrente que seus documentos de identificação ainda lhe provocam grandes transtornos, já que não condizem com sua atual aparência, que é completamente feminina.

Em suas razões recursais (fls. 155-205), o recorrente colacionou diversos julgados proferidos por vários tribunais pátrios, dentre eles os Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul, do Amapá e de Pernambuco, nos quais foi adotada solução distinta daquela acolhida pelo aresto ora recorrido. A similitude entre as hipóteses está evidente, pois os acórdãos alçados a paradigma tratam especificamente da possibilidade de alteração e retificação do assento de nascimento de transexual submetido à cirurgia de redesignação sexual.

Assim, patente a existência de divergência jurisprudencial, deve o recurso especial ser conhecido pela alínea c do permissivo constitucional. Passa-se, portanto, à análise de mérito e aplicação do direito à espécie, conforme autoriza o art. 257 do RISTJ.

I – Da pretensão de alteração do designativo do sexo (de masculino para feminino).

Muito embora o recorrente se considere verdadeira mulher, é certo que o referido ato cirúrgico de redesignação sexual, por si só, não modifica o sexo de uma pessoa. A questão posta nos autos é delicada, merecendo análise aprofundada.

Quando se iniciou a obrigatoriedade do registro civil, a distinção entre os dois sexos era feita baseada na conformação da genitália. Hoje, com o desenvolvimento científico e tecnológico, existem vários outros elementos identificadores do sexo, razão pela qual a definição do gênero não pode mais ser limitada somente ao sexo aparente. Todo um conjunto de fatores, tanto psicológicos quanto biológicos, culturais e familiares, devem ser considerados. A título exemplificativo, podem ser apontados, para a caracterização sexual, os critérios cromossomal, gonadal, cromatínico, da genitália interna, psíquico ou comportamental, médico-legal, e jurídico.

O critério objeto da presente lide é o sexo jurídico, hoje constante como masculino. As possibilidades de alteração de registro previstas pela Lei n. 6.015/1973, são restritivas e excepcionais, a fim de que reste preservado o princípio da segurança jurídica.

Por outro lado, a cirurgia de transgenitalização já é uma realidade institucional, incluída, recentemente, na lista de procedimentos custeados pelo Sistema Único de Saúde. O Conselho Federal de Medicina reconhece o “transsexualismo” como um *transtorno de identidade sexual* e a cirurgia de redesignação sexual como uma solução terapêutica. Tanto é assim, que o procedimento foi regulamentado pela Resolução desse Conselho sob n. 1.482/1997, que foi substituída, em 6 de novembro de 2002, pela Resolução n. 1.652/2002, tendo como inovação significativa o fato de que as cirurgias para adequação do fenótipo masculino para feminino deixam de ser experimentais, considerados os avanços da medicina e o grande número de cirurgias realizadas com êxito no mundo todo.

Os preceitos contidos na referida resolução se coadunam com o art. 13 do CC/2002, segundo o qual a disposição de parte do próprio corpo apenas seria possível nos casos de exigência médica.

Ocorre que não há norma específica no ordenamento jurídico brasileiro regulando a alteração do assento de nascimento em casos de transexualidade, em que pese a existência, no Congresso Nacional, do Projeto de Lei n. 70, do ano de 1995, o qual propõe acréscimo de dois parágrafos ao art. 58 da Lei dos Registros Públicos e possibilita, assim, a mudança do prenome e do sexo do transexual em seu assento de nascimento.

Essa constatação, todavia, não tem o condão de fazer com que o fato social da transexualidade fique sem solução jurídica, sendo aplicável à espécie o disposto nos arts. 4º da LICC e 126 do CPC. Cumpre à construção pretoriana, *in casu*, suprir a lacuna legislativa.

Conforme se infere do acórdão recorrido na declaração de voto vencido, “o caso é típico de transexualismo masculino como diagnosticou o prof. Dr. Carlos Adib Cury, da Faculdade de Medicina de São José do Rio Preto, realizando-se depois o ato Cirúrgico correspondente em 19 de maio de 2005, com fundamento na Resolução de número 1.652, de 2002, do Conselho Federal de Medicina, como se vê às fls. 26-27”.

Desta feita, em consonância com o art. 13 do CC/2002 e, mais do que isso, com a solução aplicada em casos semelhantes pelos acórdãos paradigmas, conclui-se que se o Estado consente com a possibilidade de realizar-se cirurgia de transgenitalização, logo deve também prover os meios necessários para que o indivíduo tenha uma vida digna e, por conseguinte, seja identificado jurídica e civilmente tal como se apresenta perante a sociedade.

E a tendência mundial é a de alterar-se o registro adequando-se o sexo jurídico ao sexo aparente, ou seja, à identidade sexual, formada também por componentes psicossociais. Analisada a questão com base no direito comparado, constata-se, por exemplo, a existência de lei alemã regulando o registro dos transexuais desde 10 de setembro de 1980 (Lei dos Transexuais – *Transsexuellengesetz* – TSG). Essa norma permite tanto a alteração do prenome do transexual (*kleine Lösung* – “pequena solução”), quanto a modificação do gênero sexual em seu assento de nascimento, desde que tenha sido submetido à cirurgia de redesignação sexual (*gro e Lösung* – “grande solução”).

A regulamentação da situação registrária dos transexuais alemães ocorreu após uma decisão do Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht*),

de 11 de outubro de 1978, que reformou acórdão proferido pelo Tribunal Federal alemão (*Bundesgerichtshof* – BGH), o qual considerava o processo de metamorfose sexual imoral e contrário aos bons costumes. Considerando a lacuna legislativa então existente, o Tribunal constitucional alemão asseverou que “a sexualidade de uma pessoa não deve ser determinada somente pelas propriedades de seus órgãos sexuais, *mas também por suas características psicológicas*. O ordenamento jurídico não pode deixar de considerar esse aspecto, porque ele influi na capacidade pessoal de integração da pessoa às funções sociais de seu gênero sexual da mesma maneira que suas características físicas, quando não de maneira maior.” (*Bundesverfassungsgericht*, j. em 11 de outubro de 1978 – 1 BvR 16/72, *in* BverfGE 49, 286, <291>).

O Prof. Antonio Chaves, em artigo sobre o assunto, compilou ainda alguns acórdãos proferidos por Tribunais italianos que admitem a possibilidade de o transexual obter a retificação de seu registro civil (Antonio Chaves, *Castração. Esterilização. Mudança artificial de sexo*, Revista Forense, vol. 276, p. 13).

A lei portuguesa tampouco faz qualquer referência explícita à situação dos transexuais. A solução consolidada na jurisprudência portuguesa, em face de tal situação, é a de admitir a alteração do registro, desde que verificadas as circunstâncias que a permitam, uma vez que o registro deve manter-se em conformidade com a nova realidade relativa ao sexo adquirido por quem efetuou a cirurgia de transgenitalização. Nesse sentido, cabe transcrever ementa de acórdão proferido pelo Tribunal da Relação de Lisboa, ao considerar a existência de lacuna legislativa e a necessidade de pronunciamento acerca da possibilidade jurídica da mudança de sexo:

I – O transexual, ou seja, o indivíduo cujo perfil psicológico profundo é contrário ao seu cariotipo, tem tendência insensível de fazer coincidir sua aparência sexual com o seu verdadeiro sentir, “corrigindo, assim, a natureza”.

II – Deste modo, um pseudo-hermafrodita masculino, que mediante operações tomou a aparência física de mulher, *tem direito, visto a lei portuguesa o não proibir, ainda que o não preveja, de ver rectificado o seu registro civil, de forma a que dele passe a constar ser indivíduo do sexo feminino e não masculino*. (Tribunal da Relação de Lisboa, Apelação n. 16009, j. em 17.01.1984, Rel. Des. Ribeiro de Oliveira).

O Tribunal Europeu de Direitos do Homem, por sua vez, pronunciou-se com decisão condenatória contra a França, pelo fato de a Corte de Cassação francesa não ter acatado pedido de redesignação no assento civil de transexual operado. A condenação provocou uma reformulação no entendimento do

Judiciário francês, que tem proferido decisões favoráveis à pretensão de alteração do designativo do sexo de transexuais operados, com base no respeito ao princípio da vida privada e familiar das pessoas, disposto no art. 8º da Convenção Européia dos Direitos do Homem.

Sob a perspectiva dos princípios da Bioética – de beneficência, autonomia e justiça –, a dignidade da pessoa humana deve ser resguardada, em um âmbito de tolerância, para que a mitigação do sofrimento humano possa ser o sustentáculo de decisões judiciais, no sentido de salvaguardar o bem supremo e foco principal do Direito: o ser humano em sua integridade física, psicológica, socioambiental e ético-espiritual.

O transexual, segundo literatura médica, experimenta a insustentável condição de nascer com cromossomos, genitais e hormônios de um sexo, mas com a convicção íntima de pertencer ao gênero oposto. Repudia o que a natureza lhe legou, vivendo um estranhamento em relação ao próprio corpo, o que desencadeia grande frustração e desconforto, rejeição do fenótipo, bem como tentativas de automutilação e até mesmo de autoextermínio.

Explicam, os psiquiatras, que os transexuais não são pessoas de um sexo que desejam se tornar do outro sexo; psicologicamente eles já são do sexo oposto ao biológico, o que gera o transtorno de identidade sexual, incluído na 10ª versão da Classificação Internacional de Doenças, da Organização Mundial da Saúde, catálogo conhecido como CID-10.

A título ilustrativo e histórico, vem a lume a casta das *hijra*, que deita raízes na Índia antiga. Composta de transexuais que, a fim de evitar a sina e a angústia da masculinização, são submetidas a cirurgia de castração, sob condições primitivas, tendo o ópio como única anestesia. A maioria das *hijra* se submete a esta cirurgia pouco depois do começo da puberdade, mesmo sabendo que muito provavelmente jamais terá contato novamente com a sua família e que terá de se confrontar com a degradação social durante o resto de sua vida. São medidas extremas e angustiantes que tomam estas adolescentes transexuais para ter uma aproximação com o gênero feminino, e que testificam a realidade e a seriedade do conflito de gênero do qual padecem. Tudo para que não sejam obrigadas a cumprir o papel social ditado pelos órgãos genitais, precariamente extirpados.

Pelo viés da Biomedicina, muitas descobertas e aplicações científicas têm provocado a reintrodução de ponderações éticas e jurídicas, arrimadas no princípio da tutela da dignidade da pessoa humana em toda a sua plenitude, no

sentido de que ao preservar a natureza está o homem conhecendo a si mesmo, e, conseqüentemente, autopreservando-se, o que reflete a origem da afirmação da dignidade humana como epicentro da ordem social e do ordenamento jurídico, tal como consagrado na CF brasileira.

A temática da redesignação sexual, enquadrada na quarta geração, conforme classificação da evolução dos direitos do homem concebida por Norberto Bobbio (BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 5 et seq.), por abranger um conjunto de direitos diretamente resultantes dos novos conhecimentos e tecnologias decorrentes das pesquisas científicas da atualidade, está inserida no campo da Bioética, que convoca, em razão de sua abrangência multidisciplinar, a Medicina, a Biologia, a Sociologia, a Psicologia, a Economia, a Filosofia e o Direito, entre outros ramos e, em especial, toda a sociedade, para se manifestarem a respeito da mudança de *status* sexual dos indivíduos operados.

Por afetar a essência da natureza humana e a própria sociedade, declara RAUL CLEBER DA SILVA CHOERI (*in O conceito de identidade e redesignação sexual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 6) que a cirurgia de transgenitalização, coloca “em questão os limites do direito de *dispor do próprio corpo*, do direito de *redesignação sexual* e do direito de *identificação pessoal*, elementos indispensáveis à segurança social e à construção da individualidade, bem essencial à preservação da dignidade humana.”

A definição da identidade sexual – que deve ser examinada como um dos aspectos da identidade humana – e a autorização para a modificação do designativo de sexo dos transexuais, devem ser examinadas sob o crivo do direito à saúde – compreendida, segundo a OMS, como a busca do bem estar físico, psíquico e social –, à luz do princípio da dignidade humana, autêntico arquétipo primordial, uma das bases principiológicas mais sólidas nas quais se assenta o Estado Democrático de Direito.

Sob essa perspectiva, a afirmação da identidade sexual, compreendida pela identidade humana, encerra a realização da dignidade, no que tange à possibilidade de expressar todos os atributos e características do gênero imanente a cada pessoa. Para o transexual, ter uma vida digna importa em ver reconhecida a sua identidade sexual, sob a ótica psicossocial, a refletir a verdade real por ele vivenciada e que se reflete na sociedade.

A falta de fôlego do Direito em acompanhar o fato social exige, pois, a invocação dos princípios que funcionam como fontes de oxigenação do

ordenamento jurídico, marcadamente a dignidade da pessoa humana – cláusula geral que permite a tutela integral e unitária da pessoa, na solução das questões de interesse existencial humano.

Em última análise, afirmar a dignidade humana significa para cada um manifestar sua verdadeira identidade, o que inclui o reconhecimento da real identidade sexual, em respeito à pessoa humana como valor absoluto.

Somos todos filhos agraciados da liberdade do ser, tendo em perspectiva a transformação estrutural por que passa a família, que hoje apresenta molde eudemonista, cujo alvo é a promoção de cada um de seus componentes, em especial da prole, com o insigne propósito instrumental de torná-los aptos de realizar os atributos de sua personalidade e afirmar a sua dignidade como pessoa humana.

A situação fática experimentada pelo recorrente tem origem em idêntica problemática pela qual passam os transexuais em sua maioria: um ser humano aprisionado à anatomia de homem, com o sexo psicossocial feminino, que, após ser submetido à cirurgia de redesignação sexual, com a adequação dos genitais à imagem que tem de si e perante a sociedade, encontra obstáculos na vida civil, porque sua aparência morfológica não condiz com o registro de nascimento, quanto ao nome e designativo de sexo. Ressalte-se que não se trata de hermafroditismo, fenômeno no qual a criança nasce em situação de ambivalência sexual, com alterações no aparelho sexual, tanto da genitália interna, quanto da externa. O hermafrodita apresenta um pouco dos dois tecidos (ovariano e testicular) na gônada.

A ambiguidade sexual decorrente do fenômeno da transexualidade, por sua vez, é de índole meramente biológica, porque no sentido psicossocial, o transexual tem a convicção de pertencer ao sexo oposto, com sentimentos, percepções, índole e conduta condizentes com o sexo oposto, em contraposição à genitália, que lhe expõe ao opróbrio, aviltando-lhe o espírito.

Conservar o “sexo masculino” no assento de nascimento do recorrente, em favor da realidade biológica e em detrimento das realidades psicológica e social, bem como morfológica, pois a aparência do transexual redesignado, em tudo se assemelha ao sexo feminino, equivaleria a manter o recorrente em estado de anomalia, deixando de reconhecer seu direito de viver dignamente.

Assim, tendo o recorrente se submetido à cirurgia de redesignação sexual, nos termos do acórdão recorrido, existindo, portanto, motivo apto a ensejar a alteração para a mudança de sexo no registro civil, e a fim de que os

assentos sejam capazes de cumprir sua verdadeira função, qual seja, a de dar publicidade aos fatos relevantes da vida social do indivíduo, forçosa se mostra a admissibilidade da pretensão do recorrente, devendo ser alterado seu assento de nascimento a fim de que nele conste o sexo feminino, pelo qual é socialmente reconhecido.

II– Da pretensão de alteração de prenome.

Da análise dos dispositivos da Lei de Registros Públicos, não se vislumbra em nenhum momento vedação à pretensão do recorrente. O art. 55, parágrafo único, do mencionado diploma legal determina que “os oficiais do registro civil **não registrarão prenomes suscetíveis de expor ao ridículo os seus portadores (...)**”. O art. 57 da Lei n. 6.015/1973 permite a alteração do nome, desde que seja feita “*por exceção e motivadamente*”, e após manifestação do juiz a que estiver sujeito o registro. O art. 58, *caput* e parágrafo único, da mesma Lei, dispõe que “o prenome será definitivo, **admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos e notórios.**” E, por fim, o art. 109, § 4º, prescreve que “julgado procedente o pedido, o Juiz ordenará que se expeça mandado para que seja lavrado, restaurado e retificado o assentamento, indicando, com precisão, os fatos ou circunstâncias que devam ser retificados, e em que sentido, ou os que devam ser objeto do novo assentamento.”

Com o aspecto hoje apresentado pelo recorrente, não se ignora o fato de que o prenome *Clauderson* o expõe a situação vexatória. Assim, mesmo que não se admita erro registral, está autorizada a sua modificação pelo art. 55, parágrafo único, combinado com o art. 109, ambos da Lei n. 6.015/1973.

Como bem destacou um dos acórdãos colacionados pelo recorrente, “resulta estreme de dúvidas que, diante da excepcionalidade do caso em tela, é de prevalecer à regra da imutabilidade o direito à alteração do prenome, por força do art. 58 da Lei n. 6.015/1973. Inclusive, tem-se por desnecessária a prova a respeito das situações vexatórias vivenciadas pelo recorrente, sendo do conhecimento de todos os constrangimentos diários pelos quais passam pessoas como o apelante.” (fl. 179 – TJRS, AC n. 70013909874 – 7ª C. Civ. – Rel. Des. Maria Berenice Dias – j. em 05.04.2006).

Saliente-se que a causa do constrangimento alegada pelo recorrente não é o seu atual prenome, adequado a seu sexo biológico, mas sim a desconformidade entre esse prenome e o aspecto físico que apresenta em razão das modificações provocadas pela cirurgia de redesignação de sexo, bem assim, a desarmonia

psicossocial que o assentamento civil causa à sua identidade pessoal e sexual, sobretudo em decorrência do fato de sempre ter se identificado com o sexo feminino, a despeito de ter nascido com o sexo biológico masculino.

Assinale-se, desse modo, não ser razoável submeter o recorrente ao constrangimento de ter de identificar-se como homem no exercício de suas atividades cotidianas. Somente a alteração de seu prenome será capaz de solucionar a incômoda situação na qual se encontra. E, tendo em vista que o autor vem utilizando o prenome “*Patrícia*” para se identificar, razoável a sua adoção no assento de nascimento, seguido do sobrenome familiar.

Vetar a alteração corresponderia, portanto, a colocá-lo em uma insustentável posição de angústia, incerteza e conflitos. Trata-se de situação anômala que inegavelmente atinge a dignidade da pessoa humana assegurada pela Constituição Federal. No caso, a possibilidade de uma vida digna para o recorrente depende da alteração solicitada.

O nome *Clauderson*, com efeito, transmite a ideia de alguém com atributos masculinos. Sua manutenção representaria, portanto, um fator de instabilidade para todos aqueles que celebrassem quaisquer negócios jurídicos com o recorrente, uma vez que não corresponde, de maneira alguma, à aparência do recorrente e à maneira com a qual ele aparece em suas relações com a comunidade.

Dessa forma, restam atendidos os pressupostos indispensáveis quanto à alteração do prenome do recorrente, devendo ser o recurso especial conhecido e provido, também nesse particular.

III – Conclusão.

Deve, pois, ser facilitada a alteração do estado sexual, de quem já enfrentou tantas dificuldades ao longo da vida, vencendo-se a barreira do preconceito e da intolerância. O Direito não pode fechar os olhos para a realidade social estabelecida, notadamente no que concerne à identidade sexual, cuja realização afeta o mais íntimo aspecto da vida privada da pessoa. E a alteração do designativo de sexo, no registro civil, bem como do prenome do operado, é tão importante quanto a adequação cirúrgica, porquanto é desta um desdobramento, uma decorrência lógica que o Direito deve assegurar.

Sobretudo, assegurar ao transexual o exercício pleno de sua verdadeira identidade sexual consolida, sobretudo, o princípio constitucional da dignidade

da pessoa humana, cuja tutela consiste em promover o desenvolvimento do ser humano sob todos os aspectos, garantindo que ele não seja desrespeitado tampouco violentado em sua integridade psicofísica. Poderá, dessa forma, o redesignado exercer, em amplitude, seus direitos civis, sem restrições de cunho discriminatório ou de intolerância, alçando sua autonomia privada em patamar de igualdade com os demais integrantes da vida civil. A liberdade se refletirá na seara doméstica, profissional e social do recorrente, que terá, após longos anos de sofrimentos, constrangimentos, frustrações e dissabores, enfim, uma vida plena e digna.

De posicionamentos herméticos, no sentido de não se tolerar “imperfeições” como a esterilidade ou uma genitália que não se conforma exatamente com os referenciais científicos, e, conseqüentemente, negar a pretensão do transexual de ter alterado o designativo de sexo e nome, subjaz o perigo de estímulo a uma nova prática de eugenia social, objeto de combate da Bioética, que deve ser igualmente combatida pelo Direito, não se olvidando os horrores provocados pelo holocausto no século passado.

Por fim, destaca-se que o recorrido trouxe aos autos certidões expedidas por diversos órgãos federais e estaduais, de modo a resguardar eventuais direitos de terceiros.

Forte em tais razões, *conheço e dou provimento* ao presente recurso especial, para julgar procedente a pretensão do recorrente, determinando assim a alteração de seu assento de nascimento, a fim de que nele constem as alterações do designativo de sexo, de “masculino” para “feminino”, e do prenome, de “Clauderson” para “Patrícia”.

Determino, outrossim, que das certidões do registro público competente não conste que a referida alteração é oriunda de decisão judicial, tampouco que ocorreu por motivo de redesignação sexual de transexual.

VOTO

O Sr. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS): Sr. Presidente, naturalmente, antes de mais nada, quero elogiar o longo, profícuo e bem lançado voto da eminente Ministra Relatora, que percorreu todo o ramo da Ciência, os ramos do Direito Comparado, da Medicina, da Psiquiatria; lembrou que não há legislação específica e nem por isso o juiz deve se abster de decidir; pelo contrário, deve criar. É uma criação que está sendo,

neste momento, efetuada. Citou S. Exa., o Direito Comparado, o Direito Alemão, o Direito Europeu, foi para a bioética, trouxe exemplos da Índia, adentrou na Biomedicina e, afinal, repousou sua decisão na dignidade da pessoa humana, que faz jus a uma vida digna, a uma vida que realmente lhe traga conforto e não apenas que possa viver num mundo, que lhe seja um peso.

Estou plenamente de acordo.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ-BA): Sr. Presidente, gostaria apenas de fazer uma observação, no sentido de que penso que, literalmente, o voto da Sra. Ministra Nancy Andrichi esgotou o assunto. Pensei, inclusive, em pedir vista até para concordar, mas não há o que acrescentar.

Devo dizer a V. Exa., Sr. Presidente, que, inclusive, imaginei que esse problema da discriminação em virtude da opção sexual já fosse considerado uma coisa medieval, mas não. Neste caso específico, segundo deduzi do voto da Sra. Ministra Relatora, e cujos termos tive acesso anteriormente, o oficial insiste em referir que a alteração do sexo de masculino para feminino é por determinação judicial. Ele o faz por determinação judicial, mas há, no voto da Sra. Ministra Relatora, na última folha: “Determino, outrossim, que nos livros e certidões (...)” – no livro até admito que conste que foi por determinação judicial, até para resguardar o oficial de registro, mas na certidão, não.

Sr. Presidente, quero apenas acrescentar, para concluir, que este voto que há de ser publicado, deve ser publicado, retrata o brilhantismo da Sra. Ministra Nancy Andrichi, que todos nós conhecemos e proclamamos já de muito tempo.

Concordo plenamente com a eminente Relatora, conhecendo do recurso especial e dando-lhe provimento.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Massami Uyeda: Srs. Ministros, efetivamente essa questão que foi, aqui, com muita maestria conduzida, trazida, pela eminente Ministra Nancy Andrichi e exaltada por todos nós, em todos os votos, mostra essa sensibilidade da grande julgadora, da juíza, que é a Sra. Ministra Nancy Andrichi, e eleva o próprio Superior Tribunal de Justiça a essa designação tão carinhosa

que lhe é dada: Tribunal da Cidadania. Essa questão é uma questão candente, como já tive oportunidade de dizer na abertura deste julgamento. É uma realidade presente, não há uma previsão legal específica; daí, então, S. Exa. a Sra. Ministra Relatora, com muita propriedade, lembra que há uma vulneração ao próprio art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, que possibilita exatamente essa oportunidade de preencher lacunas legislativas, porque sabemos muito bem que a atividade do Legislativo não pode, evidentemente, e nem seria isso desejável, que contemplasse todas as ocorrências da vida.

E essa dificuldade ou impossibilidade também já foi proclamada pelos antigos Romanos, quando diziam, nos seus aforistas, que todos nós estudamos desde os primeiros anos de Direito, que do fato nasce o direito: *ex facto oritur jus*.

Então, o fato social está aí, a norma ainda não foi editada, tanto que a Sra. Ministra Relatora, no seu bem lançado voto, cita a trajetória do processo legislativo e um projeto de lei que está tramitando no Congresso Nacional desde 1995 e ainda não veio a lume.

Também é bom que se diga que o processo legislativo não deve ser realizado de maneira açodada, precipitada, porque uma lei mal elaborada causa um prejuízo enorme para o corpo social, e esta lei é e certamente será debatida por todos os segmentos da sociedade, e resultará, depois, num consenso que expressa a vontade do povo, da população, da cidadania.

Mas também a jurisprudência, que é dos princípios gerais de direito, é uma das fontes do Direito. A fonte primária é a lei e, na ausência desta, o fato social, com essa força da dinâmica da vida, surgindo, faz com que a jurisprudência, então, passe a apreciar.

V. Exa., Sra. Ministra Nancy Andrichi, ao prolatar seu brilhante voto, traz toda a problemática existente nessa questão, que é transcendental, e às pessoas diretamente envolvidas com esse drama, existencial. É uma questão de identificação do próprio ser. E nisso também encontraremos um fundamento constitucional para cimentar, alicerçar, embasar esse tipo de pretensão, que é o art. 1º da Constituição Federal, que estatui lá tratar-se o respeito à dignidade da pessoa humana um dos princípios basilares do próprio Estado. Quer dizer, não teríamos uma razão de ser, como um Estado democrático de direito, se não pautássemos com a observância desse princípio que determina: toda a ação do Estado, toda a ação da sociedade deve observar o respeito à dignidade da pessoa humana – e a identificação de cada um dos seres é fundamental para compor esse conjunto de elementos que compõem a identificação do ser.

Então, esse conflito, esse paradoxo que o recorrente enfrenta, bem como todos os demais, outros que se encontram nessa situação e que já passaram, vivenciaram esse problema: essa rejeição, essa incompreensão.

V. Exa., Sra. Ministra Nancy Andriighi, no seu percurciente voto, faz um esforço, inclusive histórico, trazendo as castas da Índia; a rejeição dessa classe, dessa casta que, mutilados após todo esse sofrimento, ainda eram banidos da sociedade.

Então, esse fato social já não é de hoje, é antigo, e sofre enfoque de valores, na concepção do Professor Miguel Reale, na Teoria Tridimensional do Direito: fato, valor e norma é que compõem o tripé do Direito.

Estamos exatamente nesse momento vivenciando uma análise de um fato, a valoração que a própria sociedade já está dando e a tramitação da norma num *feri* que virá a ser para que, então, conjugemos. O Direito não é feito por sobressaltos, é um Direito que tem que ter sedimentação.

Um dos grandes males que acomete a nossa realidade, particularmente brasileira, é a multiplicidade de textos normativos. É dito aí que temos, entre atos normativos, que têm força de lei e textos normativos, mais de setenta mil textos legais, quando, na verdade, se observássemos o princípio do respeito à observância dos direitos de cada qual, assentando mais uma vez naquela lição dos antigos (...), não teríamos todo esse cipoal de leis.

V. Exa., também, ao trazer, nesse brilhante voto, a experiência do Direito Comparado. Não que devemos aplicar *ipsis verbis* o Direito de outros países, mas mostra que esse problema já foi enfrentado, há mais de 20 anos, na Alemanha e mesmo em Portugal, que, pela leitura do voto de V. Exa. e na lavra do Relator que assim emitiu, está exatamente na mesma situação: não há lei, mas a jurisprudência já está admitindo.

Eu queria dizer que hoje, mais uma vez, estamos tendo a oportunidade de decidir um tema muito importante, porque diz respeito à felicidade do ser humano, e o escopo de todos nós, na realização das nossas atividades, é também ser um difusor disso.

Quero parabenizar V. Exa., recomendar, expressamente, a divulgação desse acórdão que figurará, sem dúvida, como um dos *leading case*, um dos paradigmas e, certamente, norteará gerações, para a exata compreensão das gerações do direito.

Dizer-se que esse Direito de identificação seria já um exemplo característico da quarta geração dos direitos, talvez até pudéssemos dizer que estaria dentro da configuração dos Direitos Humanos, tanto que V. Exa. lembra, também, a decisão da Corte Internacional dos Direitos Humanos Européia, que condena a França por não ter reconhecido. Estamos num mundo em que tratados internacionais, desde que ratificados, têm força de lei, e o Brasil também tem feito muito nesse sentido.

Acompanho, integralmente, o voto de V. Exa., pela profundidade e sensibilidade com que o apresenta. Conheço do recurso especial e dou-lhe provimento.

Srs. Ministros, um adendo apenas.

V. Exa., Sra. Ministra Nancy Andrighi, faz, da Justiça, exatamente um coroamento daquilo que, na *Samford University*, em Birmingham, no Alabama, no atrium da Faculdade de Direito: existe uma estátua, um bronze que representa a Justiça. Na concepção da Faculdade de Direito de Birmingham e *Stanford*, a Justiça é representada pela deusa Têmis, que está sentada, não de pé como vemos, portando na sua mão esquerda a balança, na mão direita o gládio, a espada. E, aqui, a nossa Têmis é a espada em riste e nessa estátua ela está com a espada em posição de descanso, com a venda nos olhos, vindo do alto do céu um anjo com as asas abertas e as mãos em concha sussurrando no ouvido da Deusa. O nome da obra dessa estátua é *Justice and mercy*: Justiça e Compaixão. E é o que V. Exa. fez aqui.

RECURSO ESPECIAL N. 1.036.376-MG (2008/0047299-9)

Relator: Ministro Massami Uyeda

Recorrente: Jose Donizeti Tomaz e outros

Advogado: Marilda Franca Chaves e outro(s)

Recorrido: Gisele Cristina Gonçalves

Advogado: Maria José de Freitas e outro(s)

EMENTA

Recurso especial. Falta de indicação precisa dos dispositivos tidos por violados relativamente à questão da suposta existência de nulidade absoluta do feito. Súmula n. 284 do STF. Questão da culpa pelo sinistro e o art. 4º da Lei n. 8.009/1990. Ausência de prequestionamento. Aplicação da Súmula n. 211 do STJ. Impenhorabilidade do bem de família. Flexibilização perante crédito decorrente de pensão mensal fixada em ação de indenização por ilícito civil. Admissibilidade. Inclusão, no rol de exceções à proteção legal, dos créditos oriundos da reparação por danos materiais e morais e dos honorários advocatícios de sucumbência. Impossibilidade. Recurso especial parcialmente provido.

1. A pretensa nulidade absoluta do feito por ausência de intervenção do *Parquet* foi suscitada sem indicação precisa dos dispositivos infraconstitucionais entendidos por violados, fato esse que inviabiliza o exame da questão na via do recurso especial, consoante incidência, por analogia, da Súmula n. 284-STF.

2. Não é dado a esta Corte Superior pronunciar nulidades absolutas *ex officio* em sede de recurso especial desprovido dos necessários pressupostos de admissibilidade

3. Os temas atinentes à culpa pelo sinistro e ao art. 4º da Lei n. 8.009/1990 não foram objeto de deliberação, sequer implícita, na Instância *a quo*, o que convoca o óbice da Súmula n. 211-STJ.

4. A pensão alimentícia está contemplada no art. 3º, III, da Lei n. 8.009/1990 como hipótese de exceção à impenhorabilidade do bem de família, com apoio da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que preconiza a irrelevância da origem dessa prestação (se decorrente de relação familiar ou de ato ilícito).

5. Não infirma a blindagem do bem de família, todavia, à míngua de previsão legal expressa, o crédito decorrente de honorários advocatícios de sucumbência e de indenização por danos materiais e morais decorrentes de ilícito civil.

6. Recurso especial parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, a Turma, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sidnei Beneti, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS), Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ-BA) e Nancy Andrighi votaram com o Sr. Ministro Relator.

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

Ministro Massami Uyeda, Relator

DJe 23.11.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Massami Uyeda: Cuida-se de recurso especial interposto por *Jose Donizeti Tomaz e outros* com fundamento no art. 105, III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal.

Verifica-se, da análise dos autos, que José Donizete Tomaz, Vânia de Sousa Silva Tomaz e Alessandro Silva Tomaz opuseram embargos do devedor contra a execução ajuizada por *Gisele Cristina Gonçalves* com base em sentença transitada em julgado, insurgindo-se, em síntese, contra a penhora de imóvel tido por bem de família.

No aludido título judicial, os ora recorrentes, José e Outros, foram condenados ao pagamento de indenização por danos materiais (a serem apurados em liquidação) e por danos morais de 100 (cem) salários-mínimos, além de pensão mensal de 1 (um) salário-mínimo, tudo em decorrência das lesões sofridas por Gisele por causa do acidente de trânsito tido por ocasionado por Alessandro, enquanto menor de idade com 16 anos (fls. 211-216 e 347-350 do apenso n. 2).

O r. Juízo de primeiro julgou improcedentes os embargos do devedor.

Interposta apelação pelos ora recorrentes, José Donizete e Outros, o egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais negou-lhe provimento, em aresto assim ementado:

Ementa: Execução de sentença. Indenização por ato ilícito. Oposição de impenhorabilidade. Descabimento.

Tratando-se de execução de sentença, em que houve a imposição de condenação pelo reconhecimento de responsabilidade indenizatória, decorrente de acidente de trânsito, inclusive com oposição de verba de natureza alimentar, é inoponível a alegação de impenhorabilidade de bem de família, a teor do que prescreve o artigo 3º, III, da Lei n. 8.009/1990.

Apelação não provida.

Opostos aclaratórios por José e Outros, foram rejeitados, com a observação, entre outras, de que, “compulsando-se os autos às fls. 22, 23 e 24-TJ, percebe-se que os embargantes são maiores e capazes, não se verificando o interesse de incapaz” (fl. 97).

Busca o recorrente a reforma do v. acórdão, alegando, em síntese, ofensa aos arts. 1º, 3º e 4º da Lei n. 8.009/1990, 98 do ECA, 154 e 159 do CC, além de dissídio jurisprudencial. Aduz, preliminarmente, a existência de nulidade absoluta proveniente da ausência de intervenção do Ministério Público, a despeito de o recorrente Alessandro, à época do evento, contar com 16 anos de idade. Assinala, ainda, que, ante a proteção da Lei n. 8.009/1990, é ilegal a penhora do imóvel residencial dos recorrentes para a satisfação de créditos não previstos expressamente nas exceções legais. Anota que, “ainda que se admitisse a penhora do bem de família para a satisfação de créditos diversos daqueles previstos no § 3º da Lei n. 8.009/1990, (...) a penhora não poderia abarcar em seu bojo todo o montante da condenação, tais como danos morais, materiais, honorários advocatícios, como ocorreu *in specie*” (fl. 109). Defende, ademais, que a culpa do sinistro não pode ser imputada a Alessandro, e sim a Gisele, a qual, já sendo maior de idade, estudante universitária e conhecedora da menoridade de Alessandro, induziu este a conduzir o veículo envolvido no acidente.

Não houve apresentação de contra-razões (fl. 119).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Massami Uyeda (Relator): O inconformismo merece prosperar, em parte.

Com efeito.

Inicialmente, bem de ver que a pretensa nulidade absoluta do feito por ausência de intervenção do *Parquet* foi suscitada pelos recorrentes, José e Outros, sem indicação precisa dos dispositivos infraconstitucionais entendidos por violados, fato esse que inviabiliza o exame da questão na via do recurso especial, consoante incidência, por analogia, da Súmula n. 284-STF, *in verbis*: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”. Acresça-se, ademais, que não é dado a esta Corte Superior pronunciar nulidades absolutas *ex officio* em sede de recurso especial desprovido dos necessários pressupostos de admissibilidade (*ut* EDcl no REsp n. 993.876-DF, 3ª Turma, Rel. Ministra Nancy Andrighi, DJe 03.09.2008; AgRg no Ag n. 657.962-SP, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 29.10.2007; AgRg no Ag n. 888.221-RO, 4ª Turma, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ 24.09.2007).

Ainda que assim não fosse, anota-se que o recorrente Alessandro, que nasceu no ano de 1979, já possuía 21 (vinte e um) anos desde a propositura da ação de conhecimento - que ocorreu em 2000 (fls. 128 e 130 do apenso 2), o que repele a necessidade de atuação do *Parquet*.

No tocante aos arts. 98 do ECA, 154 e 159 do CC, os ora recorrentes, José e Outros, almejam rediscutir a culpa na deflagração do acidente de trânsito. Todavia, tal questão não foi objeto de deliberação pela Corte de origem, nem mesmo de forma implícita, a convocar a aplicação do óbice da Súmula n. 211-STJ.

Não há falar, igualmente, em prequestionamento do art. 4º da Lei n. 8.009/1990, dada a falta de discussão, sequer tácita, do conteúdo desse dispositivo.

No mais, oportuno trazer a lume a redação dos arts. 1º e 3º da Lei n. 8.009/1990, no relevante à controvérsia, *in litteris*:

Art. 1º O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.

Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:

(...)

III - pelo credor de pensão alimentícia;

VI - por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens.

À luz desses dispositivos, cumpre definir se a blindagem do bem de família se estende a todos os créditos decorrentes de ação judicial de responsabilidade civil por ato ilícito, nomeadamente a pensão mensal, a indenização por danos morais, a indenização por danos materiais e os honorários advocatícios oriundos da sucumbência.

Desde logo, anota-se que a pensão alimentícia está prevista expressamente no art. 3º, III, da Lei n. 8.009/1990 como hipótese de exceção à impenhorabilidade do bem de família, com apoio da jurisprudência desta Corte Superior, que preconiza a irrelevância da origem dessa prestação (se decorrente de relação familiar ou de ato ilícito). Confira-se:

Direito Civil e Processual Civil. Execução de sentença. Ação reparatória por ato ilícito. Acidente de trânsito. Pensão alimentícia. Ononponibilidade da impenhorabilidade do bem de família.

O comando do artigo 3º, III, da Lei n. 8.009/1990, excepcionando a regra geral da impenhorabilidade do bem de família, também se aplica aos casos de pensão alimentícia decorrente de ato ilícito - acidente de trânsito em que veio a falecer o esposo da autora -, e não apenas àquelas obrigações pautadas na solidariedade familiar, solução que mostra mais consentânea com o sentido teleológico da norma, por não se poder admitir a proteção do imóvel do devedor quando, no pólo oposto, o interesse jurídico a ser tutelado for a própria vida da credora, em função da necessidade dos alimentos para a sua subsistência.

Recurso especial provido.

(REsp n. 437.144-RS, 3ª Turma, Rel. Min. Castro Filho, DJ 10.11.2003). E, ainda: REsp n. 679.456-SP, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 03.12.2007; REsp n. 374.332-RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 24.02.2003.

Não configura, todavia, exceção o crédito decorrente de indenização por danos materiais e morais decorrentes de ilícito civil, à míngua de previsão legal expressa. Realmente, esses valores escapam à previsão do inciso III do art. 3º da Lei n. 8.009/1990, que cuida apenas de pensão alimentícia, bem como ao estatuído no inciso IV do referido dispositivo, que se restringe a reparação como efeito da condenação penal, e não cível. Não há falar em interpretação extensiva, tampouco em analogia, mormente em razão do preceito hermenêutico de não emprestar esse alargamento interpretativo às normas de índole excepcional.

Por essa via caminham os julgados desta Corte. Veja-se:

Ação de indenização. (...) Dano moral. Impenhorabilidade do bem arrestado. Lei n. 8.009/1990.

(...)

2. Sendo o bem arrestado protegido pela Lei n. 8.009/1990, não pode ser afastada a impenhorabilidade por circunstância não incluída nas exceções legais.

3. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp n. 605.641-RS, 3ª Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 29.11.2004)

Civil. Bem de família. Impenhorabilidade. Lei n. 8.009/1990.

As exceções aos benefícios da Lei n. 8.009/1990 são as previstas nos seus arts. 3º e 4º, nestes não constando a circunstância de a penhora ter sido efetuada para garantia de dívida originária de ação de indenização por ato ilícito, em razão de violação a normas de trânsito que gerou acidente de veículos.

Recurso provido.

(REsp n. 64.342-PR, 4ª Turma, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ 09.03.1998)

Impenhorabilidade. Lei n. 8.009/1990.

A circunstância de o débito originar-se da prática de ilícito civil, absoluto ou relativo, não afasta a impenhorabilidade prevista no artigo 1º da Lei n. 8.009/1990.

(REsp n. 90.145-PR, 3ª Turma, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ 26.08.1996)

Por oportuno, colhe-se o seguinte excerto do voto do ilustre Ministro Eduardo Ribeiro como Relator desse último precedente: “As críticas dirigidas à redação do item VI, pois a sentença penal não conteria condenação a ressarcimento, ainda que possam ter alguma procedência, não são aptas a conduzir aos resultados pretendidos. A verdade é que a lei distinguiu entre o ilícito penal e o civil, pois só em relação ao primeiro cuidou de estabelecer exceção”.

Em arremate, é viável a proteção da impenhorabilidade do bem de família em face de crédito decorrente de honorários advocatícios de sucumbência, porquanto a legislação não incluiu, no rol de exceções, a verba honorária, a despeito de sua natureza alimentar. Como já anotado, não é dado ao julgador dilatar a interpretação de normas excepcionais, notadamente para flexibilizar uma garantia à sobrevivência e à dignidade do indivíduo.

Firmadas essas premissas, observa-se que, *in casu*, o único crédito cuja satisfação poderia infirmar o escudo do bem de família é o decorrente da pensão mensal fixada pela sentença da ação de indenização.

Assim - ante a incontrovérsia, nos autos, acerca da natureza residencial do imóvel objeto da constrição *sub judice*, do que dão nota a sentença, o acórdão *a quo*, a peça de impugnação aos embargos à execução (fl. 30), a petição inicial da ação de conhecimento (fl. 114 do apenso n. 2) e as provas existentes nos autos (fls. 06-13 destes autos) -, cumpre restringir a penhora desse bem ao adimplemento do débito decorrente da pensão mensal.

Dá-se, pois, parcial provimento ao recurso especial, para julgar parcialmente procedentes os embargos do devedor e determinar que a penhora do imóvel *sub judice* se limite ao montante correspondente às pensões mensais inadimplidas.

Em razão da sucumbência recíproca, as custas e os honorários serão suportados pelas partes na proporção de 10% pelos ora recorrentes e 90% pela ora recorrida, fixados estes últimos no valor arbitrado pelas Instâncias de origem, admitida a compensação nos termos da lei e assegurado o benefício da assistência judiciária gratuita a ambas as partes nos termos da legislação.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.051.590-GO (2008/0088744-9)

Relator: Ministro Sidnei Beneti

Recorrente: Marucely Brasil Ferreira

Advogado: Maria Regina da Silva Pereira e outro(s)

Recorrido: Encol S/A Engenharia Comércio e Indústria - Massa Falida

Advogados: Carlos Augusto Sobral Rolemberg

Livia Maria Gomes

Paulo Roberto Saraiva da Costa Leite

EMENTA

Recurso especial. Falência. Habilitação de crédito. Decreto-Lei n. 7.661/1945. Verbas indenizatórias (multas e horas extras).

Crédito prioritário trabalhista. Art. 449, § 1º da Consolidação das Leis Trabalhistas. Recurso especial conhecido e provido.

As verbas indenizatórias, como por exemplo, multas e horas extras, possuem natureza salarial e, portanto, devem ser classificadas, no processo de falência, como crédito prioritário trabalhista, sob pena de violação do art. 449, § 1º, da Consolidação das Leis Trabalhistas.

Recurso Especial conhecido e provido para determinar a inclusão das verbas indenizatórias como crédito prioritário trabalhista no processo falimentar da ora Recorrida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS), Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ-BA), Nancy Andrighi e Massami Uyeda votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 08 de setembro de 2009 (data do julgamento).

Ministro Sidnei Beneti, Relator

DJe 10.12.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sidnei Beneti: 1.- *Marucely Brasil Ferreira* interpõe Recurso Especial, contra Acórdão proferido pela Quarta Turma Julgadora da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (Rel. Des. *Fausto Moreira Diniz*) assim ementado (fls. 169-170):

Apelação cível em processo falimentar. Petição de interposição. Ausência de assinatura da advogada. Mera irregularidade. Habilitação de crédito trabalhista. Verba rescisória. Verba indenizatória. Classificação no quadro geral.

I - A ausência de assinatura da advogada na petição de interposição do recurso constitui mera irregularidade, mormente quando as razões que acompanham a petição esteja devidamente assinada.

II - Considera-se crédito prioritário trabalhista (art. 102, Decreto-Lei n. 7.661/1945), o valor do crédito do habilitante correspondente apenas às verbas rescisórias, incluindo-se parcela referente ao FGTS.

III - Considera-se crédito com privilégio geral as verbas indenizatórias, como *v. g.* multas e horas extras, porquanto não possuem natureza salarial. O artigo 449, § 1º da CLT cumpriu a exigência do disposto no inciso I, do § 3º, do artigo 102 da Lei de Falências, para permitir que os referidos créditos sejam admitidos na falência como privilégio geral.

2.- Do relatório da sentença de primeiro grau, extrai-se que, *in verbis* (fls. 108-110):

Marucely Brasil Ferreira, devidamente qualificado nos autos, assistido por advogado legalmente habilitado, busca neste juízo habilitação retardatária de crédito na ação falimentar da *Encol S.A. - Engenharia, Comércio e Indústria*, reclamando crédito trabalhista na ordem de R\$ 42.000,00 (Quarenta e dois mil reais) e requerendo sua inclusão no quadro geral de credores.

A inicial veio instruído com documentos pertinentes e foi regularmente recebida por este Juízo.

A empresa falida, por seus representantes legais e foi regularmente habilitados, manifestou-se sobre o pedido inaugural e, após tecer considerações sobre o direito, opinou pela inclusão do crédito declarado no quadro geral de credores da Massa Falida.

O síndico da massa falida, após colacionar argumentos jurisprudenciais e doutrinários, requer a desconsideração do valor constante na certidão de crédito apresentada pelo habilitante, deferindo-se a habilitação tão somente das verbas rescisórias e, caso não se acolhesse os argumentos, que fosse deferida a inclusão das verbas rescisórias como créditos quirografários.

Publicou-se aviso aos demais credores e interessados e não houve qualquer impugnação.

A parte autora teve oportunidade de manifestação sobre as peças de resistência.

(...)

A parte habilitante pretende obter a inclusão de seu crédito no quadro geral de credores da Massa Falida da *Encol S.A. - Engenharia, Comércio e Indústria*, decorrente de sentença proferida em ação movida na Justiça do Trabalho contra a empresa falida.

A habilitação de crédito do requerente está embasada em sentença prolatada pela Justiça do Trabalho e em cálculos homologados por aquela Justiça especializada.

No entanto, o privilégio absoluto do crédito trabalhista no caput do artigo 102 atinge somente aquele referente às verbas rescisórias de natureza salarial, como bem colocado pelos Falidos, Massa Falida e Ministério Público.

Não podem ser incluídas como crédito preferencial a todas as demais categorias de credores as parcelas de natureza indenizatória, tais como horas extras, e as multas, a saber: a dobra do salário na forma do art. 467 da CLT, a dobra de férias, a multa por atraso no pagamento das parcelas rescisórias prevista no art. 477 da CLT, a multa fundiária por dispensa imotivada e a multa por descumprimento de acordo.

Todas as multas, indenizações e dobra de salário de natureza penitencial, que geralmente são incluídos na condenação da parte reclamada na Justiça Trabalhista não podem receber o mesmo privilégio de propriedade atribuído pelo caput do artigo 102 da LF ao crédito salarial, pois, na forma do § 1º do artigo 449 da CLT, gozam de privilégio geral previsto no inciso III, do art. 102 da LF.

O juízo monocrático (Dr. *Carlos Magno Rocha da Silva*) julgou parcialmente procedente a habilitação de crédito, acolhendo as impugnações apresentadas, para “determinar a inclusão no quadro geral de credores da falência da *Encol S.A. – Engenharia, Comércio e Indústria* o crédito do habilitante, na classe dos créditos com privilégio geral (art. 102, III, da LF), em sua totalidade, observando que a correção monetária deverá incidir de acordo com a TR, nela já incluídos os juros, conforme manifestação da Massa Falida, sendo que após a data de decreto da falência estes incidirão se o ativo da Massa Falida for suficiente para pagamento de todos os credores, não tendo direito o habilitante aos valores referentes a honorários, custas processuais, contribuições previdenciárias, que não pertencem ao habilitante, incidindo sobre os créditos admitidos a dedução do imposto de renda, com base na alíquota prevista na legislação vigente” (fls. 113).

3.- A Quarta Turma Julgadora da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (Rel. Des. *Fausto Moreira Diniz*) negou provimento ao apelo interposto pela Autora, ora Recorrente, mantendo incólume a sentença recorrida.

4.- Irresignada, *Marucely Brasil Ferreira* interpõe Recurso Especial, com fundamento na alínea a do permissivo constitucional, alegando ofensa aos arts. 102 do Decreto-Lei n. 7.661/1945 e 449, § 1º, da CLT, insurgindo-se contra a classificação de seu crédito, ao argumento de que a totalidade dos valores de natureza indenizatória devem ser classificadas como prioritários trabalhistas.

Conclui que “não existe nenhuma justificativa legal para incluir o crédito trabalhista por verbas rescisórias na condição de prioritário absoluto e não dar o

mesmo tratamento ao crédito trabalhista por indenizações, se o dispositivo que regula os dois tipos de crédito é o mesmo” (fls. 188).

5.- Contrarrazoado, o Recurso Especial foi admitido (fls. 210-211).

6.- Opina o Ministério Público Federal, Dr. *Maurício Vieira Bracks*, pelo não provimento do Recurso Especial (fls. 219-222).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sidnei Beneti (Relator): 7.- A irresignação merece prosperar.

8.- É uníssono tanto na doutrina quanto na jurisprudência que o crédito trabalhista tem natureza alimentar e, enquanto tal, constitui crédito superprivilegiado frente aos demais créditos reconhecidos pelo ordenamento jurídico pátrio, preferindo inclusive o crédito de natureza fiscal.

Pode-se conceituar o crédito trabalhista como sendo todo crédito de caráter econômico-financeiro devido ao empregado oriundo da relação de trabalho regida pela CLT passível de eventual reconhecimento judicial.

O salário corresponde a um dever de retribuição pelo fato de o empregado colocar à disposição da empresa sua força de trabalho. Isso justifica a obrigação do pagamento de salários ainda que sem a efetiva prestação do trabalho, como ocorre nas hipóteses de férias, repouso semanal remunerado, faltas justificadas etc.

Para corroborar com estes fundamentos, registrem-se a lição de SÉRGIO PINTO MARTINS, em sua obra *Comentários à CLT*, 12ª edição, p. 386:

Para fins de falência, a remuneração das férias, ainda quando devida após a cessação do contrato de trabalho, terá natureza salarial (art. 148 da CLT), isso quer dizer que as férias têm também privilégio para efeito de habilitação em falência.

O Tribunal de origem, ao decidir que as verbas indenizatórias, como por exemplo, multas e horas extras, não possuem natureza salarial e, portanto, devem ser classificadas como crédito privilegiado no quadro geral de credores no processo de falência, e não como crédito prioritário trabalhista, viola o art. 449, § 1º, da Consolidação das Leis Trabalhistas, pois o *caput* do dispositivo sob comento, fala em direitos, sem qualquer restrição, envolvendo, por conseguinte, verbas salariais e indenizatórias.

Com efeito:

Art. 449. Os direitos oriundos da existência do contrato de trabalho subsistirão em caso de falência, concordata ou dissolução da empresa.

§ 1º Na falência, constituirão créditos privilegiados a totalidade dos salários devidos ao empregado e a totalidade das indenizações a que tiver direito.

Além disso, no julgamento do REsp n. 702.940-SP, Rel. Ministra *Nancy Andrigli*, DJ 12.12.2005, a Terceira Turma desta Corte entendeu que, “em razão de sua natureza indenizatória, a multa, prevista no art. 477, § 8º da CLT em favor do empregado, não deve ser excluída do crédito trabalhista objeto de habilitação no processo falimentar”, estando o Acórdão assim ementado:

Processo Civil. Recurso especial. Falência. Habilitação de crédito trabalhista. Multa prevista no art. 477, § 8º da CLT. Inclusão. Possibilidade. Juros moratórios. Incidência.

- A multa estabelecida no art. 477, § 8º da CLT deve ser incluída na habilitação de crédito trabalhista em processo falimentar, em razão de sua natureza preponderantemente indenizatória.

- Os juros moratórios fluem até a data da decretação da falência, podendo a massa falida responder pela mora quando seu ativo puder suportar o encargo. Precedentes.

Recurso especial parcialmente conhecido e provido.

Apenas a título ilustrativo, na atual legislação de falência - Lei n. 11.101/2005, o crédito trabalhista subsiste com privilégio sobre todos os demais créditos, ao lado do crédito por acidente do trabalho, porém, limitado a cento e cinquenta salários mínimos. O que exceder deste valor é crédito quirografário, isto é, sem qualquer preferência, participando, portanto, das sobras, só se situando acima dos créditos subordinados, ou seja, subquirografários, instituídos pela nova legislação falimentar (art. 83, VIII, alíneas **a** e **b**).

Entretanto, não se aplica ao caso dos autos a referida legislação, porquanto a Habilitação de Crédito se deu quando da vigência do Decreto-Lei n. 7.661/1945.

9.- Ante o exposto, conhece-se do Recurso Especial, dando-lhe provimento para determinar a inclusão das verbas indenizatórias como crédito prioritário trabalhista no processo falimentar da ora Recorrida.

RECURSO ESPECIAL N. 1.114.111-RJ (2009/0082657-7)

Relator: Ministro Massami Uyeda
Recorrente: Arnaldo Klang Frenkiel
Advogado: José Carlos Pereira dos Santos e outro(s)
Recorrido: Condomínio do Conjunto Residencial Novo Lar
Advogado: Natanael Alves da Silva e outro(s)
Recorrido: Robson Pereira Henrique - Espólio
Representado por : Regina Helena dos Santos Henrique
Advogado: Sem representação nos autos

EMENTA

Recurso especial. Execução. Praça. Arrematação. Débitos fiscais e condominiais. Responsabilidade do arrematante, desde que haja previsão expressa no edital. Precedentes do STJ. Hipótese ocorrente, na espécie. Dissídio jurisprudencial não demonstrado. Recurso improvido.

I - Em regra, o preço apurado na arrematação serve ao pagamento do IPTU e de taxas pela prestação de serviços incidentes sobre o imóvel (art. 130 e 130, parágrafo único, do CTN);

II - Contudo, havendo expressa menção no edital acerca da existência de débitos condominiais e tributários incidentes sobre o imóvel arrematado, a responsabilidade pelo seu adimplemento transfere-se para o arrematante;

III - No tocante ao alegado dissídio jurisprudencial, é certo que não houve cotejo analítico, bem como não restou demonstrada a perfeita similitude fática entre o acórdão impugnado e os paradigmas colacionados;

IV - Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

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

na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, a Turma, por unanimidade, negar provimento ao recurso espeical, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sidnei Beneti, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS), Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ-BA) e Nancy Andrighi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 20 de outubro de 2009 (data do julgamento).

Ministro Massami Uyeda, Relator

DJe 04.12.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Massami Uyeda: Os elementos dos autos dão conta de que, em hasta pública realizada por determinação do r. Juízo de Direito da 1ª Vara Cível Regional de Campo Grande-MS, o recorrente *Arnaldo Klang Frenkiel* arrematou imóvel objeto de execução, mediante o pagamento de lanço certo.

Ao pleitear ao r. Juízo de Direito *a quo* para que fosse reservada parte do produto da arrematação para o pagamento de IPTU e de taxa de incêndio, incidentes sobre o imóvel arrematado, o ora recorrente teve o seu pedido de expedição de mandado de pagamento indeferido, sob o fundamento de que o referido tributo e a mencionada taxa condominial eram de conhecimento do recorrente, estavam previstos expressamente no edital de praça e, por se tratarem de obrigações *propter rem*, caberia ao recorrente responder por eles.

Em face da referida decisão, foi interposto agravo de instrumento, sendo este improvido monocraticamente pelo Relator (fls. 413-415).

Interposto agravo inominado, foi ele improvido, de acordo com o v. acórdão da lavra do e. TJRJ, foi assim ementado:

Agravo inominado. Art. 557, § 1º, do CPC. Interposto contra a decisão que negou seguimento ao agravo de instrumento.

Decisão de primeiro grau que indeferiu o pedido de expedição de mandado de pagamento em favor do agravante a fim de liquidar os débitos de IPTU.

Considerando que a dívida em tela constitui obrigação *propter rem*, aderindo, pois, ao imóvel. O arrematante responde pelos encargos incidentes sobre o imóvel arrematado. Decisão adequada do Juízo que não se afigura teleológica. *Mantença da r. decisão agravada. Recurso conhecido e desprovido.*

No presente recurso especial interposto por *Arnaldo Klang Frenkiel*, com fundamento no art. 105, III, **a** e **c**, da Constituição Federal de 1988, em que se alega negativa de vigência do art. 130, parágrafo único, do Código Tributário Nacional, além de dissídio jurisprudencial, busca o recorrente a reforma do *r. decisum*, sustentando, em síntese, que o tributo e taxa condominial incidente sobre o imóvel arrematado em hasta pública sub-rogam-se no valor ofertado, independentemente da natureza da execução (civil ou fiscal).

Não foram apresentadas contra-razões pelos recorridos, conforme certidão de fl. 79.

A Vice-Presidência do e. TJRJ não admitiu o recurso especial (fls. 80-82).

Interposto agravo de instrumento ao STJ, o ilustre Ministro Francisco Falcão, relator original, determinou a subida do recurso especial, para melhor análise da matéria (fl. 420).

Após a subida do apelo nobre, o relator original, entendendo que a matéria tratada nos autos dizia respeito à competência da 2ª Seção deste Colendo Tribunal, determinou o encaminhamento do feito para a Subsecretaria de Autuação, Classificação e Redistribuição de Feitos, para redistribuição (fl. 432).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Massami Uyeda (Relator): Inicialmente, verifica-se que a matéria tratada nos autos realmente é da competência da 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, a teor do art. 9º, § 2º, XII, do RISTJ.

O inconformismo recursal não merece prosperar.

Com efeito.

Na realidade, não se olvida que, nos termos do art. 130 e parágrafo único do Código Tributário Nacional, *in verbis*:

Os créditos tributários relativos a impostos cujo fato gerador seja a propriedade, o domínio útil ou a posse de bens imóveis, e bem assim os relativos a taxas pela prestação de serviços referentes a tais bens, ou a contribuições de melhoria, subrogam-se na pessoa dos respectivos adquirentes, salvo quando conste do título a prova de sua quitação

Parágrafo único. No caso de arrematação em hasta pública, a sub-rogação ocorre sobre o respectivo preço.

Dessa forma, em regra, o preço apurado na arrematação serve ao pagamento do IPTU e de taxas pela prestação de serviços incidentes sobre o imóvel (*ut* REsp n. 447.308-SP, relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 19.12.2002).

Contudo, *in casu*, observa-se que o Tribunal *a quo* concluiu pela responsabilidade do recorrente pelos débitos de IPTU e de taxa de incêndio relativos ao imóvel arrematado, com base nos seguintes fundamentos, *ipsis litteris*:

Como bem ressaltou o MM. Juízo *a quo*, o agravante, no momento da arrematação, tinha ciência da dívida existente, uma vez que havia previsão no edital.

Assim, considerando que a dívida em questão é de natureza *propter rem*, seguindo o imóvel e não o titular de sua propriedade, os débitos em questão devem ser liquidados pelo adquirente (fl. 52).

Referido entendimento coaduna-se com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que já decidiu ser de responsabilidade do arrematante o pagamento de débitos condominiais e tributários existentes sobre imóvel arrematado e que foram expressamente mencionados no edital de praça.

A propósito, o seguinte precedente:

Arrematação. IPTU. Dedução em favor do arrematante. Súmula n. 7 da Corte.

1. Afirmando o Acórdão recorrido que o “edital foi claro, indicando expressamente ao arrematante aquela responsabilidade”, não há como deduzir do valor depositado aquele relativo ao débito com o IPTU, desqualificada, assim, a alegada violação ao art. 686, V, do Código de Processo Civil.

2. Recurso especial não conhecido (*ut* REsp n. 216.556-SP, 3ª Turma, relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 08.03.2000).

No mesmo sentido, ainda, a *contrario sensu*, confirmam-se os seguintes precedentes:

Processo Civil. Recurso especial. Arrematação. Crédito hipotecário. Crédito oriundo de despesas condominiais em atraso. Preferência. Débito condominial não mencionado no edital. Responsabilidade pelo pagamento.

- Por se tratar de obrigação *propter rem*, o crédito oriundo de despesas condominiais em atraso prefere ao crédito hipotecário no produto de eventual arrematação.

- A responsabilidade pelo pagamento de débitos condominiais e tributários existentes sobre imóvel arrematado, mas que não foram mencionados no edital de praça, não pode ser atribuída ao arrematante.

- Se débito condominial não foi mencionado no edital de praça pode ser feita a reserva de parte do produto da arrematação para a quitação do mesmo.

Recurso especial não conhecido (*ut* REsp n. 540.025-RJ, 3ª Turma, relatora Ministra Nancy Andrichi, DJ de 30.06.2006).

A teor do art. 130 e seu parágrafo único do CTN, operando-se a transmissão do imóvel por venda em hasta pública, os créditos tributários referentes a impostos, taxas e contribuições de melhoria sub-rogam-se sobre o preço depositado pelo adquirente' (...)

Evidencia-se, pelo que venho de articular, a negativa de vigência praticada pelo aresto impugnado contra o parágrafo único do art. 130 do Código Tributário Nacional.

Revela destacar que, se do edital da alienação forçada tivesse constado expressamente que a arrematação seria feita sem exoneração dos ônus tributários, não poderia o arrematante invocar em seu benefício essa norma tributária, ficando adstrito aos termos pré-estabelecidos. No caso concreto, todavia, não constou do edital tal ressalva, menção alguma a débitos dessa natureza, como ressaltou o bem lançado parecer da Subprocuradoria Geral da República, invocando o art. 646 – V, CPC, e como asseverou desde o princípio o arrematante (*ut* REsp n. 39.122-SP, relator Ministro Peçanha Martins, DJ de 21.10.1996).

Por fim, no tocante à admissibilidade do recurso especial pela alínea **c**, esta Corte tem decidido, iterativamente, que, para a comprovação e apreciação da divergência jurisprudencial, devem ser mencionadas e expostas as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, bem como juntadas cópias integrais dos julgados trazidos ou citado repositório oficial de jurisprudência (*ut* AgRg no REsp n. 1.011.509-RS, relatora Ministra Nancy Andrichi, DJ de 03.10.2008).

Referido óbice impede a apreciação da divergência jurisprudencial suscitada, uma vez que não houve cotejo analítico, bem como não restou demonstrada a perfeita similitude fática entre o acórdão impugnado e os paradigmas colacionados.

Assim sendo, nega-se provimento ao recurso especial.

É o voto.

ADITAMENTO AO VOTO

O Sr. Ministro Massami Uyeda: Nego provimento ao recurso especial.

Então, “havendo expressa menção da inexistência de débito...

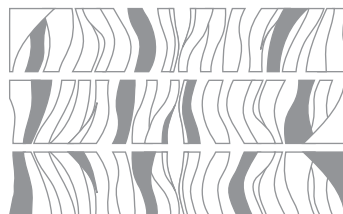
Acerca da existência e da transferência da responsabilidade para o adquirente.

Não está explícito. Vou colocar sim: “(...) da existência e da...”

E da obrigação do adquirente, do arrematante.

Na Quarta Turma, lembro-me de que há uns dois anos julguei um caso exatamente igual a esse, do Rio de Janeiro, em que o arrematante afirmou que não pagaria o IPTU, porque fazia parte do imóvel. Mas o edital também dizia claramente.

Farei a anotação sugerida por V. Exa.



Jurisprudência da **Quarta Turma**

**AGRAVO REGIMENTAL NA MEDIDA CAUTELAR N. 12.913-MS
(2007/0133444-8)**

Relator: Ministro João Otávio de Noronha
Agravante: AAC - Serviços de Informática Ltda
Advogado: Rodrigo Neiva Pinheiro e outro(s)
Agravado: Cobra Tecnologia S/A
Advogado: Antônio Rugero Guibo e outro(s)

EMENTA

Medida cautelar. Efeito suspensivo a recurso especial. Exceção de incompetência. Suspensão do processo. *Fumus boni iuris* e *periculum in mora* evidenciados. Liminar mantida.

1. É razoável que se aguarde o julgamento definitivo da exceção de incompetência oposta em feito executivo ante o perigo de dano pela prática de atos materiais de constrição por juízo que pode vir a ser declarado incompetente, bem como em razão do determinado no art. 265, III do CPC.

2. Evidenciados os pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, há de ser mantida a medida liminar, de modo a garantir o resultado útil do recurso especial interposto.

3. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Fernando Gonçalves (Presidente) e Aldir Passarinho Junior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ-AP).

Brasília (DF), 03 de setembro de 2009 (data do julgamento).

Ministro João Otávio de Noronha, Relator

DJe 21.09.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Trata-se de agravo regimental interposto por AAC Serviços de Informática Ltda. contra decisão monocrática de lavra do eminente Ministro Cesar Asfor Rocha, que deferiu medida liminar para conferir efeito suspensivo ao recurso especial, suspendendo a execução até ulterior deliberação.

Em suas razões, a agravante pugna pela reconsideração ou reforma da decisão ora impugnada, alegando que a presente ação cautelar carece do requisito inerente ao *fumus boni iures*, tendo em vista que o entendimento encampado pelo Tribunal *a quo* encontra-se em plena sintonia com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça. Assevera que “o Tribunal *a quo* aplicou o art. 100, inciso IV, do CPC de forma devida, vez que, os serviços foram prestados na cidade de Campo Grande e a ora Autora possui filial naquela localidade” (fl. 460) e que, “ademais, não haverá qualquer prejuízo para a Autora no processamento do feito junto à Comarca de Campo Grande-MS, vez que, repita-se, possui domicílio naquela cidade, conforme salientado no acórdão recorrido” (fl. 461).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha (Relator): Examinadas as razões de recurso, verifico que a parte agravante nada trouxe de novo aos autos que possa infirmar os fundamentos da decisão agravada.

Na origem, tratam os autos de execução de título extrajudicial ajuizada na Comarca de Campo Grande em inobservância ao foro eleito contratualmente, que previa a Comarca do Rio de Janeiro para o julgamento de eventual controvérsia. Foi oposta exceção de incompetência, que manteve o julgamento na Comarca mato-grossense. Contra essa decisão foi interposto o agravo de instrumento cujo acórdão foi desafiado pelo recurso especial a que a presente cautelar visa dotar de efeito suspensivo.

O prosseguimento do feito, antes de julgado o especial, pode realmente causar dano irreparável, considerando-se que seguiria a execução com seus atos materiais de expropriação, o que *ocasionaria a ineficácia do próprio recurso*, que pode, eventualmente, ser provido.

Aliás, a própria oposição da exceção impõe a abstenção das práticas na ação principal, por determinação do art. 265, III, do CPC, por colocar em dúvida a legitimidade de atos praticados por juízo possivelmente incompetente, tendo em vista que a competência só é fixada com a decisão definitiva da exceção.

Por tais razões, só me resta confirmar o *decisum*.

Ante o exposto, *nego provimento ao agravo regimental*.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 302.137-RJ (2001/0010154-2)

Relator: Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ-AP)

Recorrente: Graficos Bloch S/A

Advogado: Alfredo Bumachar Filho e outro(s)

Recorrido: Banco do Brasil S/A

Advogado: Nelson Buganza Junior e outro(s)

EMENTA

Civil e Processual Civil. Reintegração de posse. Alegação de ofensa ao art. 535, II, do Código de Processo Civil. Omissão não configurada. Descaracterização de comodato. Reexame de prova. Vedação. Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça. Recusa na entrega do imóvel. Posse precária. Esbulho que justifica ação possessória.

I - Não viola o art. 535, II, a decisão nos embargos declaratórios que, embora de maneira sucinta, se reporte ao acórdão recorrido onde

a questão suscitada foi apreciada, não estando o julgador obrigado a fazer alusão a todos os argumentos e dispositivos de lei invocados pelas partes, senão a enfrentar as questões de fato e de direito que realmente interesse ao julgamento da lide;

II - Inviável é a descaracterização do comodato reconhecido pelo acórdão de origem, por conta da vedação ao reexame de prova constante na Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça;

III - A recusa do comodatário em restituir a coisa após o término do prazo do comodato, mormente quando notificado extrajudicialmente para tanto, implica em esbulho pacífico decorrente da precariedade da posse, podendo o comodante ser reintegrado na mesma através das ações possessórias.

IV - A liberalidade e a autonomia da vontade contratual conferida as partes, respeitados os limites da lei e da função social dos contratos, permite a formação de negócios jurídicos mistos, com formas contratuais típicas e atípicas, como o ajuste de “cláusula *constituti*” em escritura de dação em pagamento com previsão de retrovenda, como condição suspensiva.

V - Recurso Especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Senhores Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Fernando Gonçalves, Aldir Passarinho Junior e Luis Felipe Salomão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedido o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Brasília (DF), 15 de setembro de 2009 (data do julgamento).

Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ-AP), Relator

DJe 05.10.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ-AP): Trata-se de Recurso Especial interposto por *Gráficos Bloch S/A* com fundamento no art. 105, inciso III, letra **a** da Constituição Federal contra Acórdão que deu provimento ao apelo proposto pelo *Banco do Brasil S/A* para reintegrá-lo na posse do imóvel situado na Rua Frei Caneca n. 511, Rio de Janeiro, objeto de dação em pagamento, com cláusula de retrovenda, pelo reconhecimento de esbulho decorrente de suposta relação de “comodato” entre as partes litigantes.

Foram opostos embargos de declaração, rejeitados pela ausência de quaisquer dos vícios do art. 535 do Código de Processo Civil.

Inconformada, a recorrente sustenta, em síntese, que exerceu tempestivamente seu direito de recompra do imóvel em questão, motivo pelo qual estava na posse do mesmo e não por conta de comodato, enfatizando que, apesar dos embargos declaratórios, o acórdão recorrido não se pronunciou, satisfatoriamente, em relação a questões relevantes dos autos concernentes a “mora *debitoris*”; a tempestividade do exercício de recompra do imóvel; a inaptidão da ‘Cláusula *Constitutis*’ como presunção de transferência de posse no caso dos autos em que a escritura de dação em pagamento previu a retrovenda e, ainda, a ausência dos requisitos caracterizadores do comodato previstos no art. 1.248, 1.250 e 1.251, todos do Código Civil de 1916”.

A título de demonstração do direito, ressalta a importância das questões mencionadas nas razões recursais que revelam a inexistência de esbulho, destacando que a rejeição pura e simples dos embargos declaratórios, quando se impunha o pronunciamento pelo Tribunal de origem, consubstancia violação ao art. 535, II, do Código de Processo Civil.

Pugna, ao final, pela anulação do v. Acórdão que rejeitou os Embargos Declaratórios ou, pela reforma do aresto para afastar a alegação de esbulho.

Este o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ-AP) (Relator): Pretende o recorrente a anulação do acórdão que rejeitou os embargos de declaração a fim de que os mesmos sejam novamente

apreciados pelo Tribunal de origem ou, a reforma do aresto pela improcedência da reintegração de posse.

O voto condutor do Acórdão recorrido, fls. 176-177 assim foi fundamentado:

As partes, para extinguir o litígio, repactuaram dívidas do imóvel objeto desta ação, com pacto de retrovenda, com recompra assegurada pelo prazo de 360 dias.

O apelado, por força da cláusula *constituti*, imitiu o apelante na posse do imóvel, embora nele pudesse permanecer, por aquele prazo, sujeito ao pagamento dos impostos e taxas nele incidentes, além de obrigação a contratação de seguro.

Diante do constituto possessório, o apelado permaneceu no imóvel em nome do apelante e de modo gratuito, por prazo certo e determinado, pouco importando o que viesse a pagar os impostos e taxas devidos aos órgãos interessados, bem como tenha contratado seguro para garantia da coisa emprestada.

O comodato nos termos do art. 1.248 do Código Civil, tem seus pressupostos demonstrados, uma vez que o Apelado não fez prova de pagamento pela ocupação do imóvel e nem se confunde com a existência da dação em pagamento, que tem outros aspectos, cuja discussão não pode ser enfrentada nestes autos.

Vencido o prazo do comodato e também promovida a notificação do Apelado, ainda que tenha sido em decorrência do desinteresse ou da impossibilidade da recompra do imóvel, o esbulho ficou caracterizado.

Assim, diante do decurso do período que se assegurou ao apelado para desocupação voluntária do imóvel, a ação de reintegração de posse é o meio adequado a ser exercido contra o comodatário que se recusa a restituir o imóvel, molestando os direitos do possuidor, como previsto no art. 927, do CPC.

Os argumentos desenvolvidos pelo ilustre patrono do Apelado não podem ser acolhidos, por falta de amparo legal, embora preocupado com a situação da empresa que, certamente, diante das dificuldades, se viu obrigada a entregar seu patrimônio ao credor.

Vencedor na causa, inverte-se o ônus da sucumbência.

À vista do exposto, dou provimento ao recurso.

Desde logo, afasto a alegação de violação a lei federal por afronta ao art. 535, II, do Código de Processo Civil, eis que a negativa de prestação jurisdicional a justificar tal argumento ocorre, tão-somente, quando o Tribunal de origem, na apreciação dos embargos declaratórios, insiste em omitir o pronunciamento sobre questão imprescindível, que não foi decidida.

Não é, entretanto, o caso dos autos em que os embargos de fls. 159-161 limitaram-se a discutir, genericamente, os requisitos caracterizadores do comodato, especialmente a “destinação de uso” disciplinada nos art. 1.250 e 1.251 do Código Civil de 1916, atuais art. 581 e 582 do diploma material, requisitos esses que, embora de maneira sucinta, foram apreciados pelo acórdão de origem.

Assim, restou decidido:

(...) Entende a Embargante que o acórdão errou, ao admitir a existência de comodato, vulnerando os art. 1.250 e 1.251 do Código Civil.

A Câmara, embora respeitado o entendimento dos doutos patronos da Embargante, examinou e deu solução as questões ventiladas no recurso, abrindo espaço para que a matéria possa ser levada ao conhecimento da Instância Superior.

A questão está decidida e o natural inconformismo da Embargante não pode ser reexaminado nesta Egrégia Câmara.

Na hipótese de negativa de Lei Federal, a Embargante deve levar a matéria ao conhecimento do órgão próprio através dos meios adequados.

Não há deficiências no Acórdão.

À vista do exposto, rejeito os Embargos.

Com efeito, não está o julgador obrigado a fazer alusão a todos os argumentos e dispositivos de lei invocados pelas partes, cumprindo-lhe, apenas, enfrentar as questões de fato e de direito realmente de interesse para o julgamento e indicar fundamento suficiente para lastrear a conclusão alcançada (STJ, 1ª Turma, A.I. n. 169.073-SP, Ag.Rg., Rel. Min. José Delgado, DJU 17.08.1998, p. 44).

Nessas circunstâncias, compelir o Tribunal *a quo* a reapreciar os embargos apenas porque, na sua apreciação, se reportou ao acórdão que sucintamente tratou das matérias nele aventadas, é formalismo incompatível com os princípios da instrumentalidade, da economia e, por conseguinte, com a efetividade do processo.

No mérito, sobreleva notar que a hipótese dos autos apresenta situação em que, por escritura pública, as partes ajustaram, em um mesmo ato, assunção de dívida e dação em pagamento de um terreno localizado na Rua Frei Caneca n. 511, Rio de Janeiro, com pacto de retrovenda, pelo período de 360 dias, sem prejuízo de imissão na posse por força de cláusula *constituti*.

É de curial conhecimento que o comodato consubstancia contrato de empréstimos gratuito de bem infungível pelo qual o comodante, dono da coisa, transfere sua posse ao comodatário (art. 579 do CC) não se exigindo forma especial para a sua constituição (não-solene), admitindo-se, inclusive, a sua contratação verbal.

De outra parte, a necessidade de especificação da destinação de uso se torna imprescindível apenas quando o comodato não prevê prazo determinado consoante a regra do art. 1.250 do Código de Buzaid, atual art. 581 do Código Civil, certo de que, a inexistência dessa avenca formalmente permite a constituição em mora do comodatário pela notificação extrajudicial, sob pena de se perpetuar a liberalidade concedida ao comodatário, transmutando sua natureza.

De tal assertiva, infere-se que, não obstante a gratuidade inerente ao comodato, nenhuma censura merece o acórdão recorrido ao reconhecer os requisitos desta espécie contratual na hipótese *sub examine*, em detrimento do inconformismo da empresa recorrente, eis que, como mencionado no aresto originário, o ajuste garantiu, expressamente, a possibilidade de a recorrente permanecer no imóvel, de forma gratuita e por prazo determinado, requisitos tais que se confundem com a relação de comodato, cuja descaracterização pretendida pelo recorrente esbarra no reexame de prova, notadamente pela verificação de seus pressupostos como os insertos nos art. 1.248; 1.250 e 1.251, em efetiva contradição à Súmula n. 7 desta Corte.

Por outro lado, verifica-se que o Tribunal de origem louvou-se nas provas e na interpretação de cláusula contratual para concluir pela existência do comodato, consoante se verifica do seguinte trecho específico da fundamentação do acórdão recorrido:

O apelado, força da cláusula *contituti*, imitiu o apelante na posse do imóvel, embora nele pudesse permanecer, por aquele prazo, sujeito ao pagamento dos impostos e taxas nele incidente, além da obrigação de contratação de seguro.

Diante do contituto possessório, o apelado permaneceu no imóvel em nome do apelante e de modo gratuito, por prazo certo e determinado, pouco importando o que viesse a pagar os impostos e taxas devidas aos órgãos interessados, bem como tenha contratado seguro para garantia da coisa emprestada.

O comodato, nos termos do art. 1.248 do Código Civil, tem seus pressupostos demonstrados, uma vez que o Apelado não fez prova de pagamento pela ocupação do imóvel e nem se confunde com a existência da dação em pagamento.

Diante dessas circunstâncias a reapreciação da matéria encontra óbice, também, na Súmula n. 5 desta Corte já que a simples interpretação de cláusula contratual não enseja a interposição de recurso especial.

O mesmo óbice, vislumbro em relação ao reconhecimento do exercício e da tempestividade do direito de recompra, até porque, como aventado no acórdão recorrido, não há provas de sua efetivação, sendo que os autos revelam apenas que houve “pedido de prorrogação”, fl. 18, datado de 03.05.2009 ilidindo a mora instituída e emanada do doc. de fl. 19, onde se alega que a prorrogação se dará “desde que a responsabilidade dos assuntores e dadores junto ao Banco estejam em absoluta normalidade” o que não correu.

A evolução da interpretação que se extrai dos autos evidencia que em 18.05.1998, a empresa recorrente pediu que fosse estendida a possibilidade de concretizar a recompra, e que o seu pagamento fosse efetivado mediante parcelamento de 120 (cento e vinte) meses.

No entanto, o documento de fl. 22 é anterior aos retro citados documentos, ambos, não conduzindo nenhum pagamento.

Em verdade, não há provas dos pagamentos para o exercício da recompra, tampouco de que o banco aceitara os pedidos formulados das prorrogações, o que não deve ser presumido nem o pedido pode ser acolhido em sua unilateralidade de vontade.

Assim não fosse, a ação não subsistiria desde muito.

Aliás, ainda que não existisse a relação de comodato, a pertinência da decisão de origem se mantém, eis que o recorrido fundamentou sua pretensão nos art. 926 e seguintes do Código de Processo Civil que disciplinam a reintegração de posse, em ocorrendo o esbulho, certo de que “o comprador de imóvel com ‘cláusula *constituti*’ passa a exercer a posse, que pode ser defendida através da ação de reintegração” (RSTJ 115/378).

Da doutrina de PONTES DE MIRANDA, mencionada, aliás, pelo ilustre Ministro *Ruy Rosado Aguiar*, no inteiro teor do precedente supra extrai-se que:

O adquirente do bem com cláusula *constituti* tem ação possessória: Se o vendedor, posteriormente, se recusa à entrega da coisa, a ação cabível é a reintegração e não a de imissão, por se considerar configurado o esbulho. Sendo cabível a ação de reintegração de posse, não se conhece da de imissão proposta, pois há entre ambas diferenças de fundo, substanciais, que não autorizam a aplicação do art. 375 do Código de Processo Civil (Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado. Tomo X. 2ª edição. Rditor Borsoi. Rio de janeiro. p. 207).

Na hipótese desses autos, consideradas as questões de direito suscitadas e debatidas como comodato, embora a inicial houvesse simplesmente considerado o esbulho para o exercício da reintegratória de posse, somada à inexistência do pagamento da recompra e a resistência do comodatário, ora recorrente, em restituir a posse do bem ao comodante, notadamente depois de notificado extrajudicialmente para tanto, implica no reconhecimento da precariedade possessória, tornando-a injusta e passível de ser repelida pelas medidas possessórias cabíveis, em razão do esbulho pacífico, como, aliás, já reconheceu esta colenda Corte:

(...) O esbulho se caracteriza a partir do momento em que o ocupante do imóvel se nega a atender ao chamado da denúncia do contrato de comodato, permanecendo no imóvel após notificado. Precedentes. Agravo não provido (STJ - AgRg no Ag n. 598.544-SP - Ministra Nancy Andrighi - DJ 23.08.2004 p. 235).

Seja pelo instituto do comodato, ou pelo exercício de ação possessória, não teria razão a empresa Recorrente por duas razões fundamentais: a *primeira*, sob a ótica do comodato, decorrido o prazo fixado, aperfeiçoada a mora pelo não exercício da recompra do imóvel e para sua devolução, correto e legítimo seria o exercício da ação possessória para reaver o imóvel; a *segunda*, como previsto na escritura pública o não exercício da recompra, como ajustada e dentro prazo estabelecido, ensejaria o pedido de reintegração da posse como sua consequência natural e processual.

Com relação à previsão de “cláusula *constituti*” em escritura de dação em pagamento, entendo que tal possibilidade está dentro da liberalidade e da autonomia contratual conferida às partes, desde que nos limites da lei e da função social dos contratos, ainda que em ajuste de dação em pagamento com cláusula de retrovenda, como condição suspensiva.

Aliás, da doutrina de ÁLVARO VILLAÇA DE AZEVEDO, citado por JOSÉ FERNANDO SIMÃO, extrai-se que “os contratos atípicos mistos formam uma unidade indivisível, um todo uno e complexo” embora possam reunir em seu corpo dois ou mais contratos típicos, dois ou mais contratos atípicos ou, ainda, simultaneamente, as duas categorias (VILLAÇA, 2002, p. 61).

Com esses fundamentos, *não conheço* do recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 419.020-MG (2002/0027134-1)

Relator: Ministro Fernando Gonçalves

Recorrente: Pravel Ltda

Advogado: Jackson Rocha Guimarães e outro(s)

Recorrido: Fiat Automóveis S/A

Advogado: Gustavo Capanema de Almeida e outro(s)

EMENTA

Processual Civil. Ministério Público. Atuação. Ausência. Nulidade. Inexistência. Ação de rescisão de contrato. Falência posterior da autora. Quantia ilíquida. Instrumentalidade das formas.

1 - Ocorrida a falência da autora em outro juízo e somente sete meses depois de ajuizada a presente demanda, onde se postula quantia ilíquida, a participação do Ministério Público é despicienda, sobrelevando a instrumentalidade das formas, apta a afastar eventual nulidade pela ausência de participação do *parquet*, máxime em se tratando de direito disponível, que ainda não está em fase de liquidação.

2 - Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso especial. Os Ministros Aldir Passarinho Junior, João Otávio de Noronha, Luis Felipe Salomão e Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ-AP) votaram com o Ministro Relator.

Brasília (DF), 20 de outubro de 2009 (data do julgamento).

Ministro Fernando Gonçalves, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves: Trata-se de recurso especial interposto por *Pravel Ltda* com fundamento no art. 105, inciso III, letras **a** e **c** da Constituição Federal contra acórdão do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, assim ementado:

Embargos infringentes. Ação de rescisão de contrato. Falência. Ministério Público. Ausência de atuação. Inocorrência de prejuízo. Atos processuais válidos.

Versando a espécie sobre processo de conhecimento - ação de indenização - não tem no caso a *vis attractiva* do processo falimentar, própria das ações individuais dos credores contra a massa, que tornasse indispensável a atuação do Ministério Público.

Ademais, comprovando os autos o zelo dos procuradores da embargante durante todo o curso do processo, pela prática escorreita dos atos processuais, não há real prejuízo para a massa falida, falido ou para os credores, que autorize deferir a pretensão deduzida de nulidade do processo.

Embargos infringentes rejeitados. (fls. 783)

Afirma a recorrente violado o art. 210 do Decreto-Lei n. 7.661/1945, além de dissídio com julgados desta Corte, no sentido de ser nulo o processo em que figura a massa falida, sem que dele tenha tido participação o Ministério Público, haja vista encerrar o dispositivo mencionado norma cogente, de inerente obrigatoriedade.

Contra-razões (fls. 829-837).

Recurso admitido (fls. 839-840).

Parecer do Ministério Público Federal pelo provimento do recurso (fls. 845-848).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves (Relator): Colhe-se do voto do em. Juiz Antônio Carlos Cruvinel, da Sétima Câmara Cível do extinto Tribunal de Alçada de Minas Gerais, no julgamento dos embargos infringentes opostos pela ora recorrente, *Pravel Ltda*, que a presente ação de rescisão de contrato, cumulada com pedido de indenização, foi proposta em 22 de maio de 1997

(fls. 768), sem qualquer notícia de eventual pleito de falência. Algum tempo depois, na audiência de conciliação, em 18 de agosto de 1998, veio aos autos cópia da sentença declaratória da quebra, decretada em 18 de dezembro de 1997, requerida, na ocasião, a suspensão do processo objetivando uma solução amigável para a lide.

Neste contexto, a meu sentir, não merece acolhimento o especial. Na verdade, quando a ação foi proposta não havia falência, fato apenas ocorrido 7 meses após, em outra comarca e sem o conhecimento do juízo da causa. Ademais, na presente demanda busca a recorrente quantia ilíquida, em ação de conhecimento, não regulada pela Lei de Falências e, portanto, não submetida ao juízo universal. Neste sentido o precedente seguinte:

Competência. Universalidade do juízo falimentar. Ação proposta antes da quebra.

O ajuizamento da ação antes da decretação da quebra afasta o princípio da universalidade do juízo falimentar, por força da exceção prevista no artigo 24, § 2º, II, do Decreto-Lei n. 7.661, de 1945. Agravo regimental não provido. (AgRg no Ag n. 653.421-SP, Terceira Turma, Rel. o Min. Ari Pargendler)

De outro lado, o tema debatido na ação diz respeito a direito patrimonial e, conseqüentemente, disponível, tanto que na audiência de conciliação, realizada em agosto de 1998 (fls. 173) as partes - recorrente e recorrida - apesar da notícia da falência, requereram a suspensão do processo, “objetivando a solução da pendência”, não sendo, inclusive, retificada a autuação para constar “Massa Falida de Pravel Ltda”.

Nestas condições, supérflua a intervenção do Ministério Público que apenas se justifica e é necessária “nos processos de liquidação e nas liquidações extrajudiciais e, mesmo assim, só na fase de alienação de bens da massa”. A propósito, o REsp n. 171.238-RR - cuja ementa reza:

Processual Civil. Execução promovida por instituição financeira em liquidação extrajudicial. Desnecessidade de intervenção do Ministério Público como *custos legis*.

I - Em se tratando de mera execução de crédito da instituição financeira liquidanda em face de particular, desnecessária a intervenção do *Parquet*, sobretudo porque, caso evidenciada qualquer irregularidade, poderá ser sanada no momento oportuno, qual seja, no âmbito do próprio processo de liquidação extrajudicial, de apuração de haveres, em que a atuação do Ministério Público é obrigatória e indispensável, a teor do artigo 34 da Lei n. 6.024/1974, combinado com o 210 da Lei de Falências.

II - Recurso Especial conhecido e provido. (REsp n. 171.238-RR, Rel. Ministro Waldemar Zveiter, Terceira Turma, julgado em 19.02.2001, DJ 09.04.2001 p. 351)

A situação, *mutatis mutandis*, é a mesma, em respeito, ao princípio da instrumentalidade das formas seria desastrosa a declaração de nulidade por uma irregularidade, ao que parece, patrocinada pela parte interessada que, no momento próprio, não teve o cuidado de, noticiando o fato da falência, requerer as providências ao seu alcance.

Não conheço do especial.

RECURSO ESPECIAL N. 438.138-DF (2002/0068479-1)

Relator: Ministro João Otávio de Noronha

Recorrente: União

Recorrido: TV Globo Ltda

Advogados: Fernando Neves da Silva e outro(s)

Claudio Lacombe e outro(s)

EMENTA

Direito Autoral. Obra artística coletiva. Titularidade da empresa promotora do evento. Art. 15 da Lei n. 5.988/1973. Observância dos direitos conexos. Art. 13 da Lei n. 6.533/1978.

1. Em se tratando de obra artística de caráter coletivo, a titularidade dos direitos autorais é da empresa produtora do evento, nos termos do que dispõe o art. 15 da Lei n. 5.988/1973.

2. A norma protetiva inserida no art. 13 da Lei n. 6.533/1978, longe de conflitar com a regra do art. 15 da Lei de Direitos Autorais, acaba por complementá-la, ao condicionar a aplicação do comando legal ali expresso com vistas a garantir os direitos conexos dos profissionais contratados para participarem do projeto artístico.

3. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso especial nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão e Fernando Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedido o Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior.

Dra. Tatiana Zenni, pela parte recorrida: TV Globo Ltda.

Brasília (DF), 18 de junho de 2009 (data do julgamento).

Ministro João Otávio de Noronha, Relator

DJe 04.08.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Trata-se de recurso especial fundado no art. 105, III, alínea a, da Carta da República, interposto contra acórdão prolatado em sede de apelação pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região e cuja ementa tem o seguinte teor:

Direito Civil. Direitos Autorais. Obra artística coletiva. Titularidade. Empresa promotora da obra. Art 15 da Lei n. 5.988/1973. Direitos conexos resguardados.

- Na hipótese de obra artística de caráter coletivo, organizada e promovida por empresa, tem esta a titularidade dos direitos autorais daquela, devendo-se resguardar, no entanto, os direitos conexos dos demais autores intelectuais participantes, a teor do disposto nos arts. 13 e 15 da Lei n. 5.988/1973, que não são incompatíveis.

- Apelação provida (fl. 1.108).

Colhe-se dos autos que a ora recorrida submeteu ao Conselho Nacional de Direito Autoral – CNDA diversos contratos celebrados com artistas e empresários do setor artístico, tendo como objeto a prestação de serviços de artistas profissionais para a realização de obras coletivas por ela produzidas. A homologação foi negada pela 3ª Câmara do citado órgão, ao fundamento de contrariedade do ajuste aos ditames do art. 13 da Lei n. 6.533/1978, que proíbe a cessão ou promessa de cessão de direitos autorais e conexos decorrentes da prestação de serviços profissionais.

Acionado o Judiciário, decidiu o magistrado de primeiro grau referendar o posicionamento do CNDA, afirmando ser ilegal a cláusula 4, § 1º, dos contratos, por importar em cessão de direitos autorais pelos profissionais do meio artístico.

Eis o teor da cláusula em questão:

A empregadora (nos contratos celebrados com empresários dos artistas, diz-se “a Cessionária”) ajusta com o empregado e se obriga a lhe pagar também, diretamente, o valor de 10% (dez por cento) incidente sobre a quantia estipulada nesta cláusula, para cada reexibição em todo Território Nacional do programa e/ou realização artística que participar, a título de direito conexo correspondente, até um total de 5 (cinco) reexibições, que só poderão ser feitas dentro de um prazo máximo de 10 (dez) anos contados da data de início da primeira emissão de radiodifusão de que trata o caput desta cláusula.

A sentença foi posteriormente reformada pela Corte regional, nos termos do acórdão retro sumariado, o que ensejou a interposição do presente recurso especial.

Em suas razões recursais, aduz a recorrente violação do art. 13 da Lei n. 6.533/1978. Assevera que a cláusula contratual impugnada “institui e prima pela alienabilidade, pela via da privação *ab ovo*, quando a legislação impõe a inalienabilidade” (fl. 1.017). Questiona, ainda, o fato de os contratos terem fixado “valor para cada reexibição, contrariamente ao comando da norma, que exige fixação para cada exibição” (fl. 1.116).

Contra-razões apresentadas às fls. 1.120-1.130.

Admitido o recurso na origem (fl. 1.131), ascenderam os autos ao Superior Tribunal de Justiça, tendo sido encaminhados ao Ministério Público Federal, que, por meio do parecer lançado às fls. 1.141-1.144, opinou pelo não-conhecimento do apelo.

Em 30.04.2009, o processo foi redistribuído à minha relatoria, tendo em vista os termos do despacho de fl. 1.146, por meio do qual o então relator, Ministro Aldir Passarinho Júnior, afirmara sua suspeição com base no art. 135, parágrafo único, do CPC.

Em linhas gerais, é o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha (Relator): Aduz a recorrente que o acórdão recorrido, ao afirmar a legalidade de contratos cuja homologação

fora negada pelo CNDA, acabou por violar o art. 13 da Lei n. 6.533/1978, do seguinte teor:

Art. 13 - Não será permitida a cessão ou promessa de cessão de direitos autorais e conexos decorrentes da prestação de serviços profissionais.

Parágrafo único - Os direitos autorais e conexos dos profissionais serão devidos em decorrência de cada exibição da obra.

Verifico, entretanto, após atenta análise dos autos, que inexistente a contrariedade suscitada.

Ao regular os direitos autorais, a Lei n. 5.988, de 14.12.1973, fez dispor, em seu art. 15, que, “quando se tratar de obra realizada por diferentes pessoas, mas organizada por empresa singular ou coletiva e em seu nome utilizada, a esta caberá sua autoria”.

No caso dos presentes autos, a premissa fática a informar a propriedade dos direitos autorais sobre a produção artística coletiva, nos termos estabelecidos no preceito legal retro, vem estabelecida no seguinte trecho do acórdão recorrido, *in verbis*:

Compulsando os contratos, verifica-se que os programas de TV a serem elaborados pelos artistas realizar-se-iam sob os auspícios da apelante e em seu nome, já que seriam organizados, produzidos e editados por ela. Assim, depreende-se que a TV Globo Ltda é titular do direito autoral das obras artísticas por ela produzidas (fl. 1.106).

Nenhuma dúvida, portanto, a teor do normativo em comento, quanto à titularidade da empresa ora recorrida sobre os direitos autorais questionados nos autos, presente a subsunção dos contratos ora celebrados à hipótese ali desenhada.

Resta, então, aferir eventual violação do art. 13 da Lei n. 6.544/1978, que, ao dispor sobre a regulamentação das profissões de artistas e de técnico em espetáculos de diversões, sinaliza o respeito aos direitos conexos dos profissionais participantes do projeto artístico.

Note-se que a norma protetiva em questão, longe de conflitar com a regra do art. 15 da Lei de Direitos Autorais, acaba por constituir-se em um complemento desta, na medida em que condiciona a aplicação do comando legal ali expresso, com vistas a assegurar os direitos conexos dos profissionais

contratados para participarem do projeto artístico. Esse, aliás, é o entendimento que se extrai do seguinte aresto do STJ, *in verbis*:

Civil. Direito Autoral. Obra coletiva. Direitos conexos. A declaração da existência de relação jurídica de uso, gozo e disposição de produção artística coletiva, pela empresa detentora do Direito Autoral (art. 15 Lei n. 5.988/1973), não nega vigência ao art. 13 e seu parágrafo único da Lei n. 6.533/1978, tanto mais quando ressalva os chamados direitos conexos, dos que participam da execução da referida obra artística. (REsp n. 4.875-RJ, rel. Ministro Dias Trindade, DJ de 06.05.1991.)

Na hipótese em exame, é o próprio acórdão a afirmar, textualmente, que “restaram garantidas, através das cláusulas contratuais, os direitos conexos dos que participaram das obras artísticas organizadas pela Apelante” (fl. 1.106), consideração esta que, a despeito de seu caráter por demais genérico e abrangente, não restou impugnada a contento pela recorrente, que se limitou a aduzir, no ponto, argumento pouco convincente, vazio de conteúdo jurídico, envolvendo aspectos semânticos das expressões “exibição” e “reexibição”.

Ante o exposto, *não conheço do recurso especial*.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 543.089-MG (2003/0109332-5)

Relator: Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ-AP)

Recorrente: Hélio Corrêa e outros

Advogado: Sebastião José de Carvalho

Recorrido: Federal de Seguros S/A

Advogado: Ronaldo Mariani Bittencourt e outro(s)

EMENTA

Direito Civil. Seguro de vida. Doença preexistente. Longevidade da segurada por 24 anos após a contratação e sucessivas renovações da avença. Omissão irrelevante. Má-fé. Inexistência.

I - Este Egrégio Superior Tribunal de Justiça já decidiu: “(...) 2. Não pode a seguradora eximir-se do dever de indenizar, alegando omissão de informações por parte do associado, se dele não exigiu exames clínicos prévios” (REsp n. 402.457-RO, Rel. Min. Barros Monteiro, 4ª Turma).

II - *In casu*, a não exigência de exames prévios, bem como a longevidade da segurada que perdurou por 24 anos da contratação inicial até o óbito, sendo renovado periodicamente, não elide a responsabilidade da seguradora em pagar o seguro, porque, em verdade, a suposta omissão de procedimento cirúrgico anterior a última renovação não é suficientemente relevante para induzir a má-fé da segurada, mormente se a Seguradora auferiu vantagem por duas décadas sem exigir, repiso, exames clínicos nas sucessivas renovações do contrato.

III - Recurso Especial parcialmente conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Senhores Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer em parte do recurso especial e, nessa parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Fernando Gonçalves, Aldir Passarinho Junior, João Otávio de Noronha e Luis Felipe Salomão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 1º de dezembro de 2009 (data do julgamento).

Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ-AP), Relator

DJe 14.12.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ-AP): *Hélio Corrêa e outros* interpuseram Recurso Especial, com fulcro no art. 105, III, alíneas **a** e **c** da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Alçada de Minas Gerais, cuja ementa assentou:

Ação ordinária de cobrança. Seguro de vida em grupo. Indenização. Doença preexistente. Realização de tratamento médico prévio. Informações falsas e omissão. Caracterização da má-fé da segurada. Perda do direito dos beneficiários ao recebimento da indenização. Inteligência do art. 1.444 do Código Civil (art.766 do novo Código Civil Brasileiro). Litigância de má-fé. Inocorrência. I - Constitui dever da seguradora cercar-se de cuidados sobre o real estado de saúde do aderente no momento de firmar o contrato, exigindo exames médicos ou que o segurado firme explícito formulário a respeito de enfermidades de que possa ser portador; pelo que se lhe autoriza, ante a prestação de declarações falsas pelo segurado, que se declarou como sendo saudável quando já se sabia portador da moléstia em razão da qual viria posteriormente a falecer, negar-se ao pagamento da indenização ao beneficiário da apólice de seguro. II - Para que o litígio seja de má-fé é indispensável a prova, estreme de dúvida, de qualquer das hipóteses do art. 17 do CPC. III - Não se reputa litigante de má-fé a parte que interpõe recurso no afã de ver sua tese reexaminada e acolhida pelo órgão revisor. (fl. 524).

Consta dos autos que o Tribunal de Justiça *a quo*, reformando a r. sentença de primeiro grau, julgou improcedente o pedido inicial da Ação de Cobrança proposta pelos recorrentes, beneficiários de seguro de vida, em face da recorrida *Federal Seguros S/A.*, ao fundamento de caracterização de má-fé por parte da segurada, porque nas sucessivas renovações da avença omitiu estar acometida de doença preexistente, no caso, “câncer de mama”.

Inconformados, através da presente via especial, os recorrentes sustentam, em síntese, que o acórdão recorrido violou os artigos 1.443 e 1.446 do Código Civil/1916, art. 47 do Código de Defesa do Consumidor. Alegam, também, dissídio jurisprudencial, apontando julgados paradigmas que abalizam suas teses.

Aduzem, em resumo, que: *a)* a longevidade da segurada que perdurou 24 anos entre a contratação e o óbito afasta qualquer alegação de má-fé ou doença preexistente; *b)* as periódicas renovações foram automáticas, além de tratar-se de garantia de pagamento por “*morte qualquer que seja a causa*”; *c)* Precedentes desta Colenda Corte de Justiça, bem como de outros Tribunais, asseguram que a seguradora não pode negar o pagamento do valor contratado, se recebeu regularmente o prêmio de seguro por longos anos.

Em contrarrazões, fls. 699-717, a recorrida pugna, preliminarmente, pelo não conhecimento do recurso por não preencher os requisitos de admissibilidade, e no mérito, pelo não provimento.

Parecer do Ministério Público Federal, fls. 739-741, da lavra do Exmo. Subprocurador-Geral da República, Dr. João Pedro de Saboia Bandeira de Mello Filho, opinando pelo *não* provimento do recurso.

Em juízo de admissibilidade, o Tribunal *a quo admitiu* o seguimento do recurso especial (fls. 450-452).

É, no essencial, o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ-AP) (Relator): Sr. Presidente, como relatado trata-se de Recurso Especial interposto por *Hélio Corrêa e outros*, com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c** da Constituição Federal, sob fundamento de violação aos artigos 1.443 e 1.446 do Código Civil/1916 (artigos 766 e 773 do NCC/2002), art. 47 do Código de Defesa do Consumidor, bem como dissídio jurisprudencial.

Analiso separadamente as matérias.

I - Da violação ao art. 47 do CDC:

Assiste razão à parte recorrida ao levantar preliminar de não conhecimento por ausência de prequestionamento.

Sucedede que a norma legal, de fato, não foi objeto de debate pela Corte *a quo*, carecendo o presente recurso, nessa parcela, do preenchimento do requisito essencial de admissibilidade. Incidência, na espécie, *mutatis mutandis*, do óbice sumular do *Enunciado n. 282 do Excelso Supremo Tribunal Federal*.

Não se conhece, pois, do recurso especial, nesse ponto.

II - Da violação aos artigos 1.443 e 1.446 do Código Civil/1916 (artigos 766 e 773 do NCC/2002) e o dissídio jurisprudencial:

Nesse particular, os dispositivos legais foram amplamente discutidos pelas instâncias ordinárias.

A *vexatía quaestio* cinge-se em aferir a ocorrência de má-fé da segurada e sua possível omissão de doença preexistente quando das sucessivas renovações do contrato de seguro, bem como se essa particularidade, por si só, é fator relevante para negativa de pagamento do seguro pela empresa Seguradora.

A matéria em evidência já foi objeto de diversas decisões sobre o tema perante esta Egrégia Corte de Justiça.

No caso concreto, os fatos delineados pelas instâncias ordinárias apontam que a segurada mantinha contrato de seguro com a empresa seguradora desde julho de 1976. Os Cartões Propostas foram sendo renovados periodicamente, inclusive com aumento do valor segurado, quando ocorreu o óbito da segurada em 1999.

Evidencia-se, portanto, que a relação contratual perdurou por mais de duas décadas, com a seguradora recebendo o prêmio regularmente, sem exigências de exames clínicos prévios.

A r. sentença de primeiro grau, da lavra do Exmo. Juiz de Direito Marcos Alves de Andrade (fls. 392-398), enfrentando a alegação por parte da seguradora de que a segurada agira de má-fé ao omitir doença preexistente, assentou, *verbis*:

(...)

Portanto, não restou demonstrado que a aludida segurada, quando procedeu às renovações do seguro contratado com a ré, não estava em perfeitas condições de saúde, cumprindo asseverar que é sabido que mastectomia a que se submeteu muitos anos antes da última renovação do seguro, embora deixe seqüelas estéticas, geralmente elimina o câncer de mama.

O fato de a segurada Eunice de Mello Correa apresentar a mesma doença que apresentou em 1990, por ocasião de sua morte, ou seja, nove anos após ter aquela sido erradicada, através de mastectomia, não significa que ela tenha permanecido com tal doença durante tanto tempo e que tinha conhecimento de que a portava, sendo que se isto ocorreu, o ônus da prova cabia a ré.

(...)

E conclui:

(...)

Como se não bastasse, verifica-se que não restou demonstrado que a segurada tenha agido de má-fé quando procedeu às renovações do seguro, aliás, como vinha procedendo desde 1976, sendo da ré o ônus da prova, pois a boa-fé se presume.

Caberia à ré proceder a exame minucioso do estado de saúde da aderente à proposta formulada. Antes da celebração do contrato de seguro, as possíveis dúvidas deveriam ter sido dissipadas, contudo, isentando-a de tal exame, de forma precipitada e açodada, passou a ré a receber o prêmio, porém, após o

falecimento da segurada, muito tempo depois, para se eximir do pagamento do seguro, alega preexistência de doença grave.

(...) (fls. 396-397)

Já a Corte *a quo*, em sede de apelação, sobre o tema afirma, *litteris*:

(...)

No presente caso, a segurada, ao preencher os questionários relativos a sua declaração pessoal de saúde, mais especificamente os dois que lhe foram apresentados por ocasião das renovações mencionadas "in retro", informou que estava em perfeitas condições de saúde bem como que não havia sido submetida a tratamento médico nos três anos anteriores àquelas datas.

Vale registrar que não se atribui valor probante ao documento de fls. 68, firmado pelo Dr. Márcio Flávio V. Alvarenga, que tratara da segurada nos derradeiros sete meses de vida da mesma, quando atestou que ela desconhecia a gravidade de sua enfermidade, uma vez que, sabedora ou não da gravidade de sua enfermidade, o certo é que aquela não poderia jamais dizer-se em boas condições de saúde bem como informado não ter feito uso de serviços médicos no lapso temporal mencionado, até porque utilizara-se daqueles relacionados à patologia que causaria sua morte, nos três anos anteriores à prestação das informações, quando todo o conjunto probatório, inclusive o laudo pericial, demonstra a inverdade de tais assertivas.

(...)

E, igualmente, conclui:

(...)

A par de todas estas circunstâncias, o certo é que a recorrente, quando das renovações do contrato de seguro, preocupou-se em tomar medidas que lhe possibilitasse verificar o estado de saúde da segurada.

"*In casu*", forçoso admitir que há nos autos prova capaz de comprovar que a seguradora, sabendo ao tempo da contratação que, na melhor das hipóteses, **já tinha sido portadora de câncer de mama, tendo, inclusive, se submetido a tratamento quimioterápico em datas anteriores a 16.10.1998**, omitira tais fatos, prestando falsas declarações à empresa-ré, com o intuito de locupletar-se à custa alheia, restando, desta forma, evidente, a má-fé, que, segundo ensina Celso Agrícola Barbi, "supõe um elemento subjetivo, a intenção malévola" (Comentários ao Código de Processo Civil, 1/83).

(...)

(fls. 534-535)

Em detida análise às decisões acima transcritas, observa-se que, enquanto a r. sentença pondera o longo período entre a mastectomia, a manifestação da doença e a ausência de exames clínicos prévios por parte da segurada, o v. acórdão recorrido impõe força probante tão-somente ao preenchimento das renovações do contrato, sem, contudo, perquirir a exigência de exames clínicos prévios para se atestar a real condição de saúde da contratada ou, ainda, valorar se a omissão no preenchimento do Cartão Proposta de que efetuara cirurgia três anos antes da última renovação é suficientemente relevante para negativa de pagamento do seguro.

O entendimento sufragado pelo v. acórdão recorrido, no primeiro aspecto, contraria a jurisprudência desta Colenda Corte Superior de Justiça, relativamente a exigência de exames clínicos prévios por parte da seguradora, sendo certo esta Egrégia 4ª Turma já decidiu: “(...) 2. Não pode a seguradora eximir-se do dever de indenizar, alegando omissão de informações por parte do associado, se dele não exigiu exames clínicos prévios” (REsp n. 402.457-RO, Rel. Min. Barros Monteiro, 4ª Turma).

Outros fatores relevantes identificados pelo juízo sentenciante, mas ignorado no *decisum* da Eg. Corte *a quo*, foram os longos anos de vida da segurada e o regular pagamento do prêmio que, repita-se, perdurou por mais de duas décadas, sem qualquer exigência de exames clínicos por parte da seguradora.

Ora, a negativa de cobertura, nessas condições, se me apresenta desproporcional, porque a empresa auferiu vantagem por mais de duas décadas de regular pagamento do prêmio, e no momento em que os beneficiários pleitearam o pagamento, esse direito lhes fora negado, a meu ver, contrariando o bom direito.

A meu ver, o v. acórdão recorrido além de interpretar equivocadamente o direito federal na espécie, *permissa* vênua, também diverge de diversos precedentes deste Colendo Superior Tribunal de Justiça.

A Título de ilustração, colaciono os seguintes julgados desta Eg. 4ª Turma:

Seguro de vida. Doença preexistente. Omissão. Sobrevida do segurado por cerca de dois anos. Má-fé. Inexistência.

- A despeito de não preenchido pelo segurado o campo da proposta destinado a esclarecer à seguradora sobre a existência de moléstia

preexistente, não há falar em má-fé do segurado quando sobreviveu ele quase dois anos após a celebração da avença, demonstrando, assim, que possuía razoável estado de saúde.

Recurso especial conhecido e provido, em parte.

(REsp n. 419.776-DF, Rel. Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, julgado em 18.02.2003, DJ 25.04.2005 p. 351).

Recurso especial. Ação de indenização. Seguro de vida. Óbito. Não pagamento do seguro pela seguradora. Alegação de doença preexistente. Ausência de exame clínico prévio. Dever de indenizar. Danos materiais e morais. Configuração. Reexame de provas. Súmula n. 7-STJ. Juros moratórios. Responsabilidade contratual. Termo inicial. Citação. Danos morais. Correção monetária. Incidência a partir do momento da fixação do seu *quantum*. Excessividade da condenação. Redução. Necessidade.

1 - Ao contrário do afirmado no presente recurso, além de inexistir omissão, contradição ou obscuridade, bem como julgamento extra petita no acórdão recorrido, a alegação de violação dos artigos 1.443 e 1.444 do CC/1916, ao aduzir que o segurado omitira informações sobre seu real estado de saúde quando da contratação do seguro, é objetivamente repelida pela jurisprudência pacífica deste E. STJ.

Aqui firmou-se o entendimento de que a seguradora não pode esquivar-se do dever de indenizar alegando que o segurado omitiu informações sobre seu estado de saúde quando não lhe foi exigido exames clínicos prévios. Precedentes.

2 - A teor do entendimento desta Corte, a seguradora não pode esquivar-se do dever de indenizar alegando que o segurado omitiu informações sobre seu estado de saúde quando não lhe foi exigido exames clínicos prévios, como ocorre in casu. Precedentes.

3 - (...omissis) 4 - (...omissis) 5 - (...omissis) 6 - (...omissis).

7 - Medida Cautelar n. 11.498-AL prejudicada.

(REsp n. 811.617-AL, Rel. Ministro Jorge Scartezzini, Quarta Turma, julgado em 21.11.2006, DJ 19.03.2007 p. 359).

Civil. Seguro de vida em grupo. Óbito. Doença preexistente. Omissão.

Longevidade do segurado após a contratação. Elevação da cobertura.

Valor anterior ínfimo. Razoabilidade no aumento da cobertura pretendida. Má-fé não configurada. Indenização devida. CC, arts. 1.443 e 1.444.

1. Inobstante a omissão do segurado sobre padecer de "diabetes melittus" quando da contratação, não se configura má-fé se o mesmo sobreviveu, por longos anos mais, demonstrando que possuía, ainda, razoável estado de saúde quando da realização da avença original, renovada sucessivas vezes.

II. Verificado nos autos que o valor do seguro era irrisório, igualmente não pode ser afastada a boa-fé se o segurado, por ocasião da última renovação, o elevou a patamar absolutamente razoável, para que o mesmo tivesse a significação própria dessa espécie de proteção econômica contratual.

III. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp n. 300.215-MG, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 29.05.2001, DJ 24.09.2001 p. 312).

Destaca-se, outrossim, o judicioso voto da Emin. Ministra Nancy Andrighi, nos autos do REsp n. 1.080.973-SP - 3ª Turma, cuja ementa é bastante elucidativa:

Direito Civil e Consumidor. Seguro saúde. Contratação anterior à vigência da Lei n. 9.656/1998. Doença pré-existente. Omissão irrelevante.

Longo período de saúde e adimplemento contratual antes da manifestação da doença.

- (...omissis).

- O segurado perde direito à indenização, nos termos do art. 766, CC/2002, (art. 1.444/CC1916) se tiver feito declarações inverídicas quando poderia fazê-las verdadeiras e completas. E isso não se verifica se não tiver ciência de seu real estado de saúde.

Precedentes.

- Excepcionalmente, a omissão do segurado não é relevante quando contrata seguro e mantém vida regular por vários anos, demonstrando que possuía, ainda, razoável estado de saúde quando da contratação da apólice.

- Aufere vantagem manifestamente exagerada, de forma abusiva e em contrariedade à boa-fé objetiva, o segurador que, após longo período recebendo os prêmios devidos pelo segurado, nega cobertura, sob a alegação de que se trata de doença pré-existente.

Recurso Especial provido.

(REsp n. 1.080.973-SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 09.12.2008, DJe 03.02.2009).

Extrai-se do bojo do voto condutor acima transcrito da lavra da Emin. Ministra Nancy Andrighi, acerca da relevância da omissão para caracterização de má-fé do segurado, os fundamentos de que:

(...)

*Em uma outra oportunidade, ao analisar seguro por invalidez, a Quarta Turma afirmou que **não se configura má-fé se o segurado omissivo sobrevive, mantendo vida regular por vários anos, “demonstrando que possuía, ainda, razoável estado de saúde quando da realização da avença original, renovada sucessivas vezes” (REsp n. 116.024-SC, Quarta Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho, DJ 25.08.2003).***

*A partir da análise desses julgados, **pode-se extrair regra válida para todos os contratos de seguro, segundo a qual a omissão do segurado, quanto à doença pré-existente, deve ser relevante. Não há relevância se a doença não se manifesta por longo período de adimplemento do contrato.***

Essa é, aliás, a ratio subjacente ao art. 11 da Lei n. 9.656/1998, segundo o qual “é vedada a exclusão de cobertura às doenças e lesões preexistentes à data de contratação dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei após vinte e quatro meses de vigência do aludido instrumento contratual, cabendo à respectiva operadora o ônus da prova e da demonstração do conhecimento prévio do consumidor ou beneficiário”.

Ocorre que a regra da “omissão relevante” não nasce com o art. 11 da Lei n. 9.656/1998 e, como visto, não se limita aos contratos de seguro saúde. Ao contrário, a regra extrai-se de princípios mais amplos, como a boa-fé objetiva no cumprimento do contrato, que dão sentido unitário ao direito privado e que vigem antes mesmo do advento da Lei n. 9.656/1998, do Código Civil de 2002 e do próprio Código de Defesa do Consumidor.

Com isso, e dada a fluidez com que os princípios gerais transitam por todo o direito privado, pode-se extrair do art. 51, CDC, a mesma conclusão. Isto é, aufere vantagem manifestamente exagerada, de forma abusiva e em contrariedade à boa-fé objetiva, o segurador que, após longo período recebendo os prêmios devidos pelo segurado, nega cobertura, sob a alegação de que se trata de doença pré-existente.

(...)

Assim, entendo que no caso concreto, a não exigência de exames prévios, bem como a longevidade da segurada que perdurou por 24 anos da contratação inicial, sendo renovado periodicamente, não elide a responsabilidade da seguradora em pagar o seguro, porque, em verdade, a suposta omissão de procedimento cirúrgico anterior a última renovação não é suficientemente relevante para induzir a má-fé da segurada, mormente se a Seguradora auferiu vantagem por duas décadas sem exigir, repiso, exames clínicos nas sucessivas renovações do contrato.

III - Dispositivo:

Ante o exposto, conheço parcialmente do Recurso Especial por ambas as alíneas, conforme autorizador constitucional, e, nessa parcela, lhe dou provimento para restabelecer os fundamentos da sentença de primeiro grau, julgando, portanto, procedente o pedido inicial, mantendo-se, inclusive, o ônus da sucumbência estabelecida naquele *decisum*.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 573.260-RS (2003/0127231-3)

Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior

Recorrente: Coviplan Concessionária Rodoviária do Planalto S/A

Advogado: José Luiz Provenzano da Luz e outro(s)

Recorrido: Dilles Carmelina Biolchi

Advogado: Gilmar Teixeira Lopes e outro

Interes.: União

EMENTA

Civil e Processual. Recurso especial. Acidente. Rodovia. Animais na pista. Responsabilidade objetiva. Concessionária de serviço público. Segurança. Veículos. Dever de cuidar e zelar. Denúnciação à lide. Incabimento. Precedentes. Recurso especial não conhecido.

I. Cabe às concessionárias de rodovia zelar pela segurança das pistas, respondendo civilmente, de conseqüência, por acidentes causados aos usuários em razão da presença de animais na pista.

II. Denúnciação à lide corretamente negada, por importar em abertura de contencioso paralelo, estranho à relação jurídica entre o usuário e a concessionária.

III. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma, por unanimidade, não conhecer do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ-AP) e Fernando Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Brasília (DF), 27 de outubro de 2009 (data do julgamento).

Ministro Aldir Passarinho Junior, Relator

DJe 09.11.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: - Trata-se de recurso especial interposto com fundamento na letra **a** do autorizador constitucional, nos autos de ação de reparação de dano por acidente de trânsito, cujo acórdão restou assim ementado (fl. 107):

Ação ordinária. Reparação de danos. Denúnciação à lide. Indeferimento. Agravo de instrumento.

Não se configurando o direito de regresso, descabe a denúnciação à lide.

Irresignada, Coviplan Concessionária Rodoviária do Planalto S/A apresentou o presente recurso especial, em que se aponta negativa de vigência aos artigos 78 do CTN e 70, III, do CPC. Alega que a responsabilidade sobre o acidente, que levou a óbito motociclista ao se chocar com animal em rodovia objeto de concessão, deve recair sobre o terceiro. Assere que o poder de polícia sobre o trecho concedido, incumbiria ao DNER, ou DAER, conforme convênio, no qual recairia a responsabilidade de efetuar o patrulhamento rodoviário e apreensão de animais soltos na pista. Por fim, requer a denúnciação à lide do ente federal e a declaração de competência da Justiça Federal.

Sem contrarrazões (cf. certidão de fl. 119v).

Despacho presidencial do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, à fl. 120.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior (Relator): Como visto no relatório, trata-se de recurso especial interposto com fundamento na letra **a** do autorizador constitucional, nos autos de ação de reparação de danos por acidente de trânsito, em que se aponta negativa de vigência aos artigos 78 do CTN e 70, III, do CPC.

Preliminarmente, afasto a análise do art. 78 do CTN, em razão da ausência de prequestionamento (Súmulas n. 282 e 356 do STF).

A decisão monocrática, proferida pelo M.M. Juiz Federal da 1ª Vara de Passo Fundo-RS, traz a seguinte fundamentação, *verbis* (fl. 13):

Ocorre que a denúncia à lide é instrumento processual que pressupõe que a parte proponente possa agir regressivamente contra um terceiro que não integrou a relação processual originariamente estabelecida. Assim, trata-se de caso de novação, regressiva, movida *in simultaneus processus*, para viabilizar imediata pretensão indenizatória, de reembolso, do denunciante contra denunciado, para a eventualidade de aquele primeiro vir a sucumbir na ação principal.

Ora, se a concessionária alega não ser responsável pela espécie de cuidado administrativo que seria apto a evitar o acidente em questão, sustenta a impossibilidade de ser condenada na ação principal. Logo, tal espécie de argumento não serve para legitimar a propositura de denúncia à lide do suposto responsável, porquanto a inviabilidade da condenação da ré-denunciante resulta precisamente, de plano, na absoluta inviabilidade da ação regressiva, por ela movida, contra o denunciado (DNER).

Em verdade, ao contrário do defendido na contestação, não incide o artigo 70, III, do CPC, no caso presente.

Em nenhum momento o denunciante demonstrou que o denunciado (DNER) estará por lei ou contrato obrigado a ressarcir-lhe no caso de ser condenado na ação principal. Pelo contrário. Limitou-se a alegar, como se viu, que nenhuma responsabilidade possui no evento, imputando-a ao DNER em sua integridade. Negou, pois, o pressuposto lógico para a denúncia que é a possibilidade de responsabilização sucessiva ou solidária de denunciante e denunciado.

Em verdade, ao que parece, pretendeu, por instrumento inadequado, trazer ao processo o dito real responsável, em seu entender, pelo evento danoso, substituindo-se na atividade da autora, que não o teve como tal em sua inicial. Para tanto, todavia, não se presta a denúncia.

Indefiro, assim, a denúncia à lide do DNER requerida pela ré.

Os argumentos apresentados pela recorrente são incapazes de eximir a responsabilidade no que toca à presença de animais, que é da concessionária

da rodovia, encontrando posicionamento contrário neste Superior Tribunal de Justiça, a saber:

Recurso especial. Acidente em estrada. Animal na pista. Responsabilidade objetiva da concessionária de serviço público. Código de Defesa do Consumidor. Precedentes. Conforme jurisprudência desta Terceira Turma, as concessionárias de serviços rodoviários, nas suas relações com os usuários, estão subordinadas à legislação consumerista. Portanto, respondem, objetivamente, por qualquer defeito na prestação do serviço, pela manutenção da rodovia em todos os aspectos, respondendo, inclusive, pelos acidentes provocados pela presença de animais na pista. Recurso especial provido.

(REsp n. 647.710-RJ, Rel. Min. Castro Filho, DJ 30.06.2006 p. 216)

(...)

Agravo regimental. Recurso especial não admitido. Acidente. Rodovia. Animal na pista. Responsabilidade da empresa concessionária.

1. A responsabilidade da agravante no evento foi verificada ante a interpretação do contrato e das circunstâncias fáticas referentes ao desenvolvimento de sua atividade. O reexame desses pontos esbarra nos óbices das Súmulas n. 5 e 7-STJ. O Código de Defesa do Consumidor aplica-se às relações existentes entre os usuários das rodovias e às concessionárias dos serviços rodoviários.

2. Agravo regimental desprovido.

(3ª Turma, AgRg no Ag n. 522.022-RJ, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, unânime, DJU de 05.04.2004)

(...)

Concessionária de rodovia. Acidente com veículo em razão de animal morto na pista. Relação de consumo.

1. As concessionárias de serviços rodoviários, nas suas relações com os usuários da estrada, estão subordinadas ao Código de Defesa do Consumidor, pela própria natureza do serviço. No caso, a concessão é, exatamente, para que seja a concessionária responsável pela manutenção da rodovia, assim, por exemplo, manter a pista sem a presença de animais mortos na estrada, zelando, portanto, para que os usuários trafeguem em tranquilidade e segurança. Entre o usuário da rodovia e a concessionária, há mesmo uma relação de consumo, com o que é de ser aplicado o art. 101, do Código de Defesa do Consumidor.

2. Recurso especial não conhecido.

(3ª Turma, REsp n. 467.883-RJ, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, unânime, DJU de 1º.09.2003)

(...)

Recurso especial. Acidente. Rodovia. Animais na pista. Responsabilidade objetiva. Concessionária de serviço público. Segurança. Veículos. Dever de cuidar e zelar. Código de Defesa do Consumidor. Precedentes. Recurso especial conhecido.

I - De acordo com os precedentes do STJ, as concessionárias de serviços rodoviários estão subordinadas à legislação consumerista.

II - A presença de animais na pista coloca em risco a segurança dos usuários da rodovia, devendo as concessionárias responder, de forma objetiva, por qualquer defeito na prestação do serviço que lhe é incumbido.

III - Recurso especial conhecido.

(4ª Turma, REsp n. 687.799-RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, unânime, julgado 15.10.2009)

Ante o exposto, não conheço do recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 593.471-SP (2003/0166104-6)

Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior

Recorrente: Planim Planejamento Imobiliário S/C Ltda

Advogado: Armando Verri Junior e outro(s)

Recorrido: Waldemar dos Santos e outros

Advogado: Carlos de Gioia e outro

EMENTA

Civil e Processual. Empreendimento imobiliário. Visível atraso na entrega da obra. Prorrogação do prazo de construção. Paralisação que se estendeu além do novo lapso. Suspensão do pagamento das parcelas do preço. Situação que conforta a atitude dos adquirentes. CC, art. 1.092. Matéria de fato. Reexame. Impossibilidade. Súmulas n. 5 e 7-STJ.

I. Firmado pelo Tribunal estadual quadro fático revelador da inadimplência da construtora que paralisara a obra antes da suspensão do pagamento das parcelas pelos adquirentes, e que somente a retomara também com retardo ao que se propusera, torna-se inaplicável à espécie a tese da ré, no sentido de que os autores teriam igualmente incorrido em descumprimento obrigacional a afastar a legitimidade de seu pedido de rescisão contratual.

II. “A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial” (Súmula n. 5-STJ).

III. “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial” (Súmula n. 7-STJ).

IV. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma, por unanimidade, não conhecer do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Luis Felipe Salomão, Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ-AP) e Fernando Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 13 de outubro de 2009 (data do julgamento).

Ministro Aldir Passarinho Junior, Relator

DJe 16.11.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Planim Planejamento Imobiliário S/C Ltda. interpõe, pela letra **a** do art. 105, III, da Constituição Federal, recurso especial contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado (fl. 374):

Apelo contra sentença que julgou procedente pedido de rescisão contratual e perdas e danos. Preliminar de anulação da sentença rejeitada por maioria de votos. Apelo parcialmente provido para o fim de afastar-se, da condenação, a imposição da multa prevista no artigo 35 da Lei n. 4.591/1964.

Alega a recorrente que a decisão violou o art. 1.092 do Código Civil anterior, porquanto os recorridos, se entendiam que a recorrida não iria cumprir o contrato dentro do prazo previsto, então deveriam ter consignado as prestações seguintes ao invés de simplesmente suspenderem o pagamento das parcelas.

Assim, inexigível o adimplemento contratual da construtora pois os compradores não cumpriram a sua parte.

Sem contrarrazões (fl. 405).

O recurso especial foi admitido na instância de origem pela decisão presidencial de fls. 407-408.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior (Relator): Trata-se de ação de rescisão de contrato de promessa de compra e venda movida por Waldemar dos Santos e sua mulher contra a ora recorrente, objetivando, além da desconstituição do negócio, a devolução de todas as parcelas pagas, acrescidas de juros e multa, atualizadas monetariamente, bem como perdas e danos.

A demanda foi julgada procedente em 1ª instância e provida parcialmente pelo Tribunal de Justiça para exclusão da multa, nos termos do voto condutor do acórdão, de relatoria da eminente Desembargadora Luzia Galvão Lopes, do seguinte teor (fls. 378-386):

Inexiste, no caso, qualquer cerceamento defensivo em prejuízo da ré-apelante.

Nesse sentido, primeiramente, cumpre afirmar que a pretendida nulidade da sentença tem por pressuposto fundamental a alegada necessidade de realização de prova pericial para demonstração da suposta viabilidade do cumprimento do prazo contratual para término da obra.

Eis que, contrariamente ao que ficou assentado na sentença (“Este estágio seguramente permite que se conclua que a obra não estará pronta, em sua integralidade no prazo ajustado pelas partes, ainda que se considere o prazo de prorrogação” - fl. 271), sustenta a apelante que “o fato de o empreendimento ter retomado o andamento acelerado das obras e que, no ritmo em que se encontra, haverá de ficar pronto no prazo avençado” (fl. 290), do que decorreria o cerceamento de defesa, em face do indeferimento da realização de prova pericial, a qual supostamente corroboraria a alegada viabilidade da conclusão da obra no prazo contratual.

Todavia, no caso *sub judice*, o simples transcurso do tempo culminou por demonstrar, de forma irretorquível, o acerto da sentença e correspondente descabimento da alegação da apelante.

Ressalte-se, a propósito, que o prazo previsto contratualmente para término e entrega da obra situava-se em fevereiro de 2001 e, ainda que se admitisse a sua prorrogação por mais 180 dias, tal prazo alcançaria, no máximo, o mês de agosto de 2001.

Ora bem: o fundamento essencial da alegação de cerceamento defensivo, como referido, consistia justamente na afirmação, constante do apelo (setembro de 2000), de que o prazo contratual seria efetivamente respeitado, o que evidenciaria a nulidade da sentença, que dispensando a prova pericial a esse respeito, concluiu em sentido oposto, vale dizer, da impossibilidade de cumprimento daquele prazo.

Ocorre, porém, que a obra objeto da demanda somente foi concluída neste mês de novembro de 2002. É o que se deduz da documentação juntada pela própria apelante (fls. 360-363), cuja fotografia de fl. 361, aliás, evidencia a necessidade de finalização de parte do acabamento do edifício.

Daí por que, presentemente, é mister considerar que a própria realidade se sobrepôs à alegação da apelante, afastando, *ipso facto*, o sustentado desacerto da conclusão da sentença quanto ao descumprimento do prazo contratual e, bem assim, o suposto cerceamento de defesa. Nesse aspecto, é de se ter por absolutamente descabida, a estas alturas, a realização de perícia, cujas eventuais e hipotéticas conclusões nunca teriam o alcance de contrariar a realidade fática inarredavelmente constatada nos autos, cabendo oportuna menção às disposições do artigo 462 do C.P.C.”

Quanto ao mérito, tenho que o recurso comporta parcial provimento, tão só para afastar-se a incidência da multa prevista no parágrafo 5º, do artigo 35, da Lei n. 4.591/1964.

Nesse sentido, primeiramente, importa considerar que a culpa da apelante pela rescisão contratual restou irretorquivelmente demonstrada.

Eis que, no caso, os autores-apelados, ao serem informados da paralisação das obras, embora tenham implicitamente aceitado a oferta da apelante quanto à moratória dos pagamentos das prestações, não concordaram integralmente com o acordo apresentado por ela, passando a formular exigências, sob a forma de proposta de aditamento ao contrato, o que não foi aceito pela construtora-apelante (fl. 254).

Tal conduta, a par de sua razoabilidade jurídica, posto que visava assegurar aos autores um mínimo de garantias relativamente à efetiva entrega da obra, dentro de um prazo determinado, evidencia a não aceitação plena da proposta oferecida apelante.

De todo modo, o que restou demonstrado nos autos é que, mesmo a proposta de paralisação da obra por seis meses foi descumprida pela apelante. Eis que, como se verifica do apelo, a paralisação das obras teria duração de apenas seis meses, a partir de fevereiro de 1999 (fl. 295).

Os autores-apelados, que já não estavam satisfeitos com a não aceitação de sua proposta de aditamento ao contrato (em decorrência da paralisação das obras), entenderam por bem notificar a ré-apelante, em setembro de 1999 (quando já esgotado o prazo de paralisação da obra) para que cumprisse suas exigências, sob pena de caracterização da mora e inadimplência contratual por parte da incorporadora (fl. 83).

Conquanto tal notificação somente tenha sido efetivada em 14 de dezembro de 1999 (fl. 166), é de se ter por inafastável o descumprimento, mais uma vez, das obrigações contratuais por parte da apelante (ainda que se admita a plena validade e vigência do acordo referente à paralisação da obra). Assim é que a construção do edifício somente foi retomada nesse mesmo mês de dezembro; vale dizer, aproximadamente cinco meses após o termo *ad quem*, estipulado pela própria apelante, na referida proposta de paralisação da obra.

Cabe salientar que, em tal hipótese, é evidente que os autores-apelados não retomaram os pagamentos das prestações, quando do retardado reinício das obras, resguardados que estavam, como estão, pela *exceptio non adimpleti contractus*, consagrada no artigo 1.092 do Código Civil. Pois, à evidência, àquelas alturas, já não tinham mais qualquer interesse na preservação do negócio, tanto que, no mês seguinte (janeiro de 2000), ingressaram com a presente ação de rescisão contratual, fundada na culpa da ré-apelante, com pleito cumulado de indenização das perdas e danos sofridos.

Também no concernente à condenação por perdas e danos, o recurso não está em caso de ser provido. Pois, conquanto tecnicamente configure pedido cumulativo, em sede de rescisão contratual pelo inadimplemento culposo da apelante, constitui-se mesmo numa decorrência dessa rescisão, nos termos do parágrafo único do artigo 1.092 do Código Civil, *verbis*: “A parte lesada pelo inadimplemento pode requerer a rescisão do contrato com perdas e danos”. Pelo que, tão-só por esse fundamento já havia que ter-se por inafastável a condenação às perdas e danos.

Mas, não bastasse isso, é de se ponderar também que, ao menos na forma supletiva, tem aplicação ao caso as disposições do Código de Defesa do Consumidor, especialmente artigo 53; vale dizer, ainda nos casos de culpa reconhecida contra o adquirente de unidades condominiais em fase de edificação, terá ele sempre direito à restituição parcial do que pagou, descontada a vantagem econômica auferida com a fruição, além dos consectários legais, sob pena de haver-se como configurada hipótese de enriquecimento sem causa por parte do incorporador.

Ora bem: se mesmo em face da culpa do adquirente ou compromissário comprador pela rescisão contratual é devida a restituição, na forma mencionada, dúvida não pode haver no sentido de que, no caso de ser ele considerado inocente, isto é, em se reconhecendo a culpa exclusiva da incorporadora pelo inadimplemento contratual, fomento jurídico não pode ter na recusa à indenização por perdas e danos.

De todo modo, como quer que seja, no caso em exame, as disposições do parágrafo único do artigo 1.092 do Código Civil não podem ensejar dúvida quanto ao cabimento das perdas e danos, em prol dos autores, como decorrência do acolhimento do pleito de rescisão e respectivo reconhecimento do inadimplemento culposo pela ré-apelante.

Irrelevante, por outro lado, a sustentação de ausência de especificação, na inicial, das perdas e danos. Eis que, nesse passo, é de se ter como prescindível a indicação específica das perdas e danos na inicial, bastando considerar que estão conceituadas, em sua generalidade e extensão, nos artigos 1.059 a 1.061 do Código Civil. Por conseguinte, desnecessária tal indicação detalhada e específica por parte dos autores.

Por outro lado, porém não em menor relevância, é de se ter em conta que, em sede de execução, procede-se à liquidação por cálculo, por arbitramento ou por artigos (C.P.C., artigos 603 a 608). Pelo que, ainda que se admita a necessidade de prova de fatos novos, no caso *sub judice*, a liquidação poderá ser feita por artigos. Nunca, porém, levando a concluir-se pela improcedência do pleito de perdas e danos, tão-só pela falta da especificação na inicial de sua amplitude e extensão.

Por último, ainda no tocante às perdas e danos, uma observação. Mesmo que se exigisse, para argumentar, especificação na inicial do *an debeatur* e do *quantum debeatur*, tal circunstância levaria, no máximo, à inépcia da inicial, nessa parte; nunca, porém, à improcedência dessa parte do pedido. Entretanto, de inépcia da inicial não há cuidar-se, mesmo porque jamais argüida pela ré-apelante, o que traduz o convencimento de que pôde ela, ainda nessa parte do pedido, defender-se adequadamente.

Em síntese: o pleito indenizatório, a par da devolução do que foi pago pelos autores, é uma decorrência da rescisão contratual por inadimplemento culposo da ré-incorporadora, em sede de aplicação em favor dos autores da *exceptio non adimpleti contract*.

Já no que concerne à multa prevista no § 5º do artigo 35 da Lei n. 4.591/1964, está o recurso em caso de êxito, a fim de ser excluída da condenação.

Dispõe, com efeito, o referido artigo 35 da Lei n. 4.591/1964, *verbis*:

Art. 35 - O incorporador terá o máximo de 45 dias, a contar do termo final do prazo de carência, se houver, para promover a *celebração do competente contrato relativo à fração ideal de terreno, e bem assim, do contrato de*

construção e da convenção do condomínio, de acordo com discriminação constante da alínea i, do artigo 32.

(...)

Parágrafo quarto - Descumprida pelo incorporador e pelo mandante de que trata o parágrafo primeiro do artigo 31 a obrigação da outorga dos contratos referidos no caput deste artigo nos prazos ora fixados, a carta-proposta ou o documento de ajuste preliminar poderão ser averbados no registro de imóveis, averbação que conferirá direito real oponível a terceiros, com o conseqüente direito à obtenção compulsória do contrato correspondente.

Parágrafo quinto - Na hipótese do parágrafo anterior, o incorporador incorrerá também na multa de 50% sobre a quantia que efetivamente tiver recebido, cobrável por via executiva, em favor do adquirente ou candidato à aquisição.

É de se ter, indubitavelmente, como inaplicável tal dispositivo legal em sede de pleito de rescisão contratual, com base no inadimplemento culposos da incorporadora.

Eis que, por primeiro, a conseqüência legal do inadimplemento contratual, a teor do artigo 1.092 do Código Civil é, justamente, a condenação em perdas e danos, como aqui reconhecida.

Em segundo lugar, porém não em menor relevância, o artigo 35 e respectivos §§ 4º e 5º da Lei n. 4.591/1964, têm aplicação restrita e específica às hipóteses de resistência ou descumprimento da obrigação do incorporador de outorga dos contratos referidos no *caput* desse mesmo artigo. Em tais casos, uma vez que não cogitada a rescisão contratual, os prejuízos sofridos pelos adquirentes, decorrentes da injustificada demora na obtenção dos contratos respectivos, não seriam indenizados.

Tal com inação de multa, por conseguinte, prescinde de rescisão contratual, sendo mesmo incompatível com esta, até porque a condenação em perdas e danos já tem o condão de recompor integralmente o patrimônio dos adquirentes inocentes. Aliás, a cumulação da multa específica do artigo 35 da Lei n. 4.591/1964 com a indenização por perdas e danos constituiria num *bis in idem*, afrontoso dos princípios jurídicos que vedam o enriquecimento sem causa.

Em síntese: o fomento jurídico embasador da rescisão contratual deu-se com supedâneo na demonstração da culpa exclusiva da incorporadora pelo inadimplemento contratual, jamais podendo-se cogitar, no caso, de demora na obtenção de contratos, a que se refere o artigo 35 do diploma legal mencionado, para cuja imposição de multa, além de outros pressupostos que não os ensejadores da procedência do presente pleito, é imprescindível a subsistência do contrato.

Sustenta a recorrente ofensa ao art. 1.092 do Código Civil anterior, porquanto havendo os compradores suspenso o pagamento das parcelas do preço antes do ajuizamento da ação, não poderiam exigir da construtora o adimplemento obrigacional, posto que também descumpriram o contrato.

Com a devida vênia, estou em que não assiste razão à recorrente.

Como visto do voto acima transcrito, ficou patenteado, no exame procedido pelas instâncias ordinárias, que efetivamente o atraso que já se configurava era claro em revelar a inadimplência da construtora, de sorte que o agir dos autores na cessação do pagamento era medida defensiva, para evitar prejuízo maior, até porque a suspensão se deu não antes da paralisação das obras, mas "... quando do retardado reinício das obras" (fl. 381), cinco meses além do final do prazo que a própria construtora previra para o prosseguimento.

Correto, pois, o aresto objurgado, quando concluiu que, então, os autores se achavam ao abrigo da exceção de contrato não cumprido.

E, para chegar-se a diferente entendimento, somente com o revolvimento de toda a matéria fática da causa, o que é vedado ao STJ fazer, ao teor das Súmulas n. 5 e 7.

Ante o exposto, não conheço do recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 913.008-RJ (2007/0005127-7)

Relator: Ministro João Otávio de Noronha

Relator para acórdão: Ministro Luis Felipe Salomão

Recorrente: Microsoft Corporation e outros

Advogado: Alexandre da Cunha Lyrio e outro(s)

Advogada: Elisa Alonso Barros e outro(s)

Recorrido: Sergen Serviços Gerais de Engenharia S/A

Advogado: João Cláudio Alvim de Bustamante Sá

EMENTA

Civil e Processual Civil. Proteção ao direito autoral de *software*. Pirataria. Meios de prova. Previsão do art. 9º da Lei n. 9.609/1998 que indica a apresentação do contrato de licença e do documento fiscal como meios hábeis para provar a regularidade do uso programas de computador. Comprovação do negócio jurídico mediante qualquer meio de prova idôneo, ainda que não especificado em lei. Possibilidade. Reexame de fatos. Súmula n. 7-STJ.

1. O Tribunal *a quo* manifestou-se acerca de todas as questões relevantes para a solução da controvérsia, tal como lhe fora posta e submetida. Não cabe alegação de violação do artigo 535 do CPC, quando a Corte de origem aprecia a questão de maneira fundamentada, apenas não adotando a tese da recorrente. Precedentes.

2. A falta de prequestionamento em relação aos arts. 126 e 131 do Código de Processo Civil impede o conhecimento do recurso especial. Incidência da Súmula n. 211-STJ.

3. Desnecessária a comprovação da reciprocidade em relação à proteção ao direito autoral de *software* a estrangeiros, pois o Brasil e os Estados Unidos, na condição de subscritores da Convenção de Berna, respectivamente, pelo Decreto n. 75.699, de 06.05.1975, e Ato de Implementação de 1988, de 31.10.1988, adotam o regime de proteção a programas de computador.

4. Conquanto o art. 9º da Lei n. 9.609/1998 faça remissão expressa ao contrato de licença e ao documento fiscal, como meios hábeis de provar a regularidade do programa de computador, o dispositivo não excluiu expressamente outros elementos de prova, devendo ser interpretado em conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro, o qual admite, nos termos dos arts. 332, CPC e 212, CC, a comprovação dos fatos alegados pelas partes por qualquer meio idôneo, ainda que não especificado em lei.

5. O art. 9º da Lei n. 9.609/1998 confere apenas caráter de prova pré-constituída, figura estabelecida pelo legislador para servir de comprovação futura de determinada relação jurídica, ao contrato de licença e ao documento fiscal, não limitando a comprovação do negócio jurídico mediante provas casuais, sem forma específica, apresentadas pelas partes no curso da lide.

6. Na hipótese ora em análise, a perícia que atesta a originalidade da mídia e dos programas utilizados pela empresa é meio capaz de comprovar a regularidade da utilização do programa de computador, suprindo a necessidade de exibição do contrato de licença ou documento fiscal.

7. O reconhecimento da responsabilidade da empresa ré implica o reexame do conjunto fático dos autos, o que é defeso em sede de recurso especial. Incidência da Súmula n. 7-STJ.

8. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Fernando Gonçalves, acompanhando a divergência, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, não conhecer do recurso especial, vencido o Sr. Ministro João Otávio de Noronha, relator, que dele conhecia e lhe dava provimento.

Votaram com o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão os Srs. Ministros Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Júnior.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ-AP).

Brasília (DF), 25 de agosto de 2009 (data do julgamento).

Ministro Luis Felipe Salomão, Relator

DJe 19.10.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: *Microsoft Corporation e outras* interpõem recurso especial com fulcro no art. 105, III, alíneas **a** e **c**, da Constituição da República em face de acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Assenta-se o apelo em “ação de procedimento ordinário com preceito cominatório e perdas e danos” distribuída por dependência e ajuizada pela parte ora recorrente em desfavor de *Sergen Serviços Gerais de Engenharia S/A*, na qual alegam:

a) que são legítimas titulares dos direitos do autor relativos a programas de computador, cuja proteção jurídica se encontra regulada pela Lei n. 9.609/1998;

b) que a citada norma legal, no seu art. 2º, determina a observância dos princípios e das regras da Lei n. 5.988/1973 (Direito Autoral) e que, por serem empresas estrangeiras, aplica-se a Convenção de Berna em vigor no Brasil (Decreto n. 75.699/1975);

c) que, nos termos dos arts. 28 e 29 da Lei n. 9.610/1998, trata-se de direito exclusivo do titular de programa de computador, que “goza do direito exclusivo de usar, licenciar e comercializar esses programas com exclusividade, bem como autorizar ou não o uso e/ou reprodução dos mesmos por terceiros” (fl. 10); e

d) que “a duplicação indevida de programas de computador, de titularidade das Autoras, consiste em manifesta afronta ao direito da demandante, ocasionando perdas significativas ao autor do programa” e “a aquisição de uma cópia legítima não confere ao usuário final o direito de produzir novas cópias” (fls. 11-12).

Referindo-se a supostos danos patrimoniais, sustentam que a ré violou princípio basilar do Direito Autoral ao reproduzir ilegitimamente programas de computador das autoras, sem incorrer em quaisquer gastos, o que é suficiente para sua condenação ao pagamento de verba indenizatória a ser oportunamente arbitrada.

Com base no que foi aduzido na peça vestibular e nos autos da ação cautelar conexa, formulam, ao final, os pedidos pertinentes ao caso.

Na sentença lançada às fls. 1.351-1.368, o Juízo de Direito da 11ª Vara Cível do Rio de Janeiro (RS), ao analisar conjuntamente o incidente de falsidade, a cautelar de busca e apreensão e vistoria e a ação principal, concluiu pela improcedência do citado incidente e, após se ater às preliminares suscitadas pela ré, julgou procedente a ação cautelar, confirmando a liminar e homologando a perícia que a instruiu.

Especificamente quanto ao mérito da ação principal, o magistrado sentenciante, atendo-se aos argumentos deduzidos pelas partes e aos laudos técnicos apresentados pelos peritos, julgou improcedente a demanda em relação à *Symatec Corporation* e parcialmente procedente quanto às demais autoras, condenando a ré ao pagamento do valor atual de mercado multiplicado por 400 (quatrocentos) em relação aos programas sem licenciamento, da seguinte forma:

a) *Microsoft*: 1 (um) *microsoft front page explore* 3.02.926 e 53 (cinquenta e três) *windows 95*;

b) *Adobe*: 1 (um) *audus pagemaker* 5.0, 4 (quatro) *adobe pagemaker* 6.5 (*upgrade*), 2 (dois) *acrobat destiler* 3.0 e *adobe acrobat catalog/exchange/reader* 3.0 e 3 (três) *adobe photoshop LE*;

c) *Autodesk*: 2 (dois) *autocad*, 2 (dois) *autocad MAP/AutoCad* versão 14 (*release 2*).

Interposta apelação cível, a Décima Quarta Câmara Cível do Tribunal *a quo* prolatou decisão assim ementada:

Utilização ilegal de programas de computador. Laudo pericial. Certo é que o Juiz não está adstrito ao laudo, mas, tendo sido elaborado por técnico na área objeto da demanda, a sua desconsideração deve ser bem fundamentada, de modo a esclarecer os motivos que o levaram a tanto. Se por ocasião dos esclarecimentos concluem os peritos pela ausência de ilegalidade, após minucioso estudo da documentação apresentada pela ré, bem como das provas anteriores apresentadas, não pode o réu ser condenado ao pagamento de indenização (fl. 1.600).

Opostos embargos de declaração com o propósito de suprir omissão e corrigir erros de fato existentes no aresto embargado, o órgão colegiado de origem rejeitou-os em acórdão sintetizado nos termos abaixo:

Embargos de Declaração. Ausência de requisito que os admita. Rejeição. Para que se admita Embargos de Declaração se faz mister a existência de perplexidade no acórdão, seja por omissão, contradição ou obscuridade. A simples afirmação da parte que pretende a revisão do julgado alegando omissão inexistente não suporta Embargos de Declaração. Não há omissão quando a decisão deixa de expressamente mencionar artigos de lei que obviamente foram aferidos implicitamente. Jurisprudência incontroversa. Embargos rejeitados (fl. 1.643).

No presente recurso, as recorrentes arguem violação dos arts. 126, 131, 535, II, do Código de Processo Civil e 9º da Lei n. 9.609/1998, apontando, quanto à matéria de fundo, a ocorrência de divergência jurisprudencial entre a decisão recorrida e aresto do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Na consecução desse mister, aduzem o seguinte:

Dos erros de fato e da violação do artigo 9º da Lei n. 9.609/1998

O primeiro erro de fato em que incide o v. Acórdão está na afirmação de que a d. Magistrada não teria apreciado os esclarecimentos dos peritos ao segundo

laudo pericial. *No entanto, isso não ocorreu. A magistrada não só analisou os esclarecimentos dos peritos ao segundo laudo indigitado pericial, como também fundamentou, a propósito, sua decisão.*

Já a violação ao art. 9º da Lei n. 9.609/1998 evidencia-se uma vez que a 14ª Câmara Cível do TJRJ fez integrar ao acórdão as conclusões dos peritos em seus esclarecimentos na segunda perícia. Nos esclarecimentos em questão os peritos consideram como prova de regularidade de programas discos de instalação. Ora, o artigo 9º da Lei n. 9.609/1998 é clara em dispor que somente as licenças, e em sua ausência, as notas fiscais é que comprovam a regularidade de uso de programas de computador. Nítido, portanto, que o Acórdão adota elemento diverso do consignado em Lei. Logo, **há violação frontal**.

(...)

Outro erro de fato existente no v. Acórdão embargado está na afirmação de que os esclarecimentos periciais apresentaram um conclusão de que a Ré, ora Embargada, não possuía programas ilegais. *No entanto, essa afirmativa não está de acordo com a realidade dos autos.* Para corroborar o alegado, basta a leitura de trecho dos esclarecimentos reproduzidos no bojo do próprio acórdão às fls. 1.362. Os peritos, ao invés de apresentar uma conclusão, na verdade, remeteram ao magistrado a dúvida da ocorrência ou não pirataria. Senão vejamos:

Como a matéria em questão envolve interpretação jurídica, iremos deixar a critério do juízo se a apresentação das Notas Fiscais acima é necessária para validar a compra do programa Pagemaker 4.0 (Full) ou se é suficiente a apresentação dos referidos discos de instalação do programa para comprovar a sua legalidade (esclarecimentos periciais, fls. 1.188).

(...)

Do error in judicando em relação à aplicação do art. 9º da Lei n. 9.609/1998

O art. 9º da Lei n. 9.609/1998, estabelece claramente que o **programa de computador será objeto de contrato de licença**.

Tal dispositivo legal tem importância medular no combate que as embargantes travam contra a pirataria de seus programas de computador, pois autoriza a utilização das obra intelectuais (*software*) apenas por aqueles que adquirem devidamente a licença de uso. *Por essa razão, se faz forçosa a aplicação do art. 9º em toda demanda relativa ao uso indevido de programa de computador (fls. 1.683 e 1.687-88 - destaques do original).*

Invocam, ainda, matéria relacionada à reciprocidade exigida para a proteção de direitos autorais a estrangeiros no país, uma vez que o Brasil, por meio do Decreto n. 75.699/1975, e os Estados Unidos, através do Ato de Implementação de 1988 (*Berne Convention Implementation Act* - Ato de 31 de outubro de 1988), são signatários da Convenção de Berna, que se encontra em vigor, sustentando a

ocorrência de divergência jurisprudencial entre o acórdão hostilizado e julgado proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Certificado à fl. 1.767 que a parte recorrida não apresentou as contra-razões e inadmitido o recurso especial na origem, subiram os autos do apelo ao STJ por força de decisão provendo agravo de instrumento (fl. 1.782).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha (Relator):

Ementa: Processual Civil. Arts. 126 e 131 do CPC. Ausência de prequestionamento. Súmula n. 282 do STF. Art. 535, I e II, do CPC. Direito Autoral. Proteção de obra literária. Programa de computador. Reciprocidade entre o Brasil e os Estados Unidos. Convenção de Berna. Art. 9º da Lei n. 9.609/1998. Alcance da norma. Contrafação. Indenização por perdas e danos. Art. 103 da Lei n. 9.610/1998. Verba condenatória arbitrada na sentença. Manutenção. Princípio da razoabilidade.

1. É inviável o conhecimento do recurso especial se ausente o indispensável prequestionamento da questão infraconstitucional. Incidência da Súmula n. 282 do STF.

2. Segundo iterativa jurisprudência do STJ, revela-se improcedente a arguição de contrariedade ao art. 535, I e II, do CPC, quando o órgão julgador se pronuncia de forma clara sobre a controvérsia posta nos autos, adotando suficientes fundamentos a embasar sua decisão, uma vez que não está obrigado a responder todos os argumentos expendidos pelas partes.

3. Tanto na disciplina das Leis n. 9.609/1998 (art. 2º) e 9.610/1998 (art. 7º, inciso XII) quanto na orientação do STJ, o regime de proteção conferido à propriedade intelectual de programas de computador é o mesmo adotado para as obras literárias. Precedentes: REsp n. 443.119-RJ, Terceira Turma, relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ de 30.06.2003; REsp n. 768.783-RS, Terceira Turma, relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ de 22.10.2007.

4. Tendo o Brasil e os Estados Unidos da América, na condição de subscritores da Convenção de Berna, respectivamente, pelo Decreto n. 75.699, de 06.05.1975 e pelo Ato de Implementação de 1988, de 31.10.1988, adotado o regime de proteção a programas de computador, posta-se salvo de dúvidas a plena corporificação da reciprocidade entre esses países, o que torna desnecessária a comprovação de proteção ao direito autoral de *software* a estrangeiros instituída no ordenamento jurídico norte-americano.

5. Estabelecendo claramente o art. 9º, parágrafo único, da Lei n. 9.609/1998 que o documento fiscal relativo à aquisição ou licenciamento de cópia servirá para comprovação da regularidade do uso do programa de computador, quando inexistente o contrato de licença, é injurídica qualquer dedução no sentido de estarem os discos originais dos programas aptos ao suprimento daquela exigência legal.

6. Ocorre violação da norma legal quando o julgador, atendo-se à valoração das provas lançadas nos autos, opta por tese em repulsa aos ditames de suas disposições e extrapola o seu alcance.

7. No tocante ao critério de quantificação do *quantum* indenizatório por perdas e danos, o juízo sentenciante, ao condenar a ré ao pagamento do valor atual de mercado de cada programa sem licenciamento multiplicado por 400 (quatrocentos), com parâmetro no art. 103 da Lei n. 9.610/1998, observou adequadamente o princípio da razoabilidade, tendo em vista as circunstâncias e peculiaridades inerentes ao presente caso.

8. Recurso especial provido.

Satisfeitos, na via eleita, os pressupostos de recorribilidade, passo ao exame do apelo, com atenção às questões aventadas e que se apresentam primordiais ao deslinde da demanda.

a) Violação dos arts. 126 e 131 do CPC

Os mencionados dispositivos processuais não foram objeto de específico debate por parte do Tribunal de origem, estando a carecer, portanto, do indispensável prequestionamento.

Constata-se que, apesar da oposição de embargos declaratórios, a parte não se incumbiu de ventilar tais questões infraconstitucionais para provocar o seu exame na instância de origem, o que veio a ocorrer somente nas razões do recurso especial. Incide, por conseguinte, a Súmula n. 282 do Suprema Corte.

b) Violação do art. 535, I e II, do CPC

No que concerne à alegação em apreço, extraem-se do voto condutor do aresto recorrido os seguintes tópicos:

A questão diz respeito à utilização de versão não autorizada de *software* que possui natureza de obra intelectual, regida pelas Leis n. 9.609/1998 e 9.610/1998. O regime de proteção à referida propriedade intelectual é o mesmo conferido às obras literárias pela legislação de direitos autorais.

(...)

Ocorre que, em virtude da juntada de novos documentos e dos discos de instalação dos programas, os peritos prestaram esclarecimentos às fls. 1.178-1.188, e concluíram que os programas e cópias foram considerados ilegais no laudo de fls. 514-556 – o que a juíza sentenciante adotou – encontram-se legalizados em decorrência das provas apresentadas.

(...)

Em que pese não possuir determinadas notas fiscais, mostrou os discos de instalação originais dos programas o que, no caso, suprem a apresentação das notas (fls. 1.601-1.603).

A teor dessas razões de decidir, revela-se improcedente a sugerida contrariedade ao art. 535, I e II, do Código de Processo Civil quando o órgão julgador se pronuncia de forma clara sobre a controvérsia posta nos autos, adotando suficientes fundamentos a embasar sua decisão, uma vez que não está obrigado a responder todos os argumentos expendidos pelas partes, segundo iterativa jurisprudência desta Corte.

c) Reciprocidade – divergência jurisprudencial

A propósito da matéria em epígrafe, colhe-se do acórdão recorrido a assertiva abaixo:

Por final, e apenas para não se deixar sem resposta matéria contida nos embargos de declaração (fls. 1.370-1.372), relação à alegada reciprocidade,

impossível é ser esta examinada se não se prova que existe legislação recíproca do outro país. Isto aqui não foi feito (fl. 1.605).

É de se notar que, embora possa ser inferida a ausência de enfrentamento da matéria sob exame pelo Corte de origem, é manifesto que sua conclusão destoou do entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo perfilhado no julgamento do Agravo de Instrumento n. 96.603-4/4 em 03.11.1998, quando se reconheceu o seguinte: “Sendo o Brasil signatário da Convenção de Berna, que qualifica o programa de computador como obra literária, com proteção internacional, é dispensável que o autor estrangeiro do *software* demonstre a reciprocidade da legislação de seu país para com a legislação brasileira no que diz respeito à proteção da propriedade intelectual de programas de computador, pois o disposto no art. 20, § 4º da Lei n. 9.609/1998 não pode funcionar como óbice de uma resposta judicial”.

Atendidos, pois, os requisitos prescritos nos arts. 541, parágrafo único, do CPC e 255, § 2º, do RISTJ, tenho que restou devidamente configurado o dissídio jurisprudencial.

Dessa forma, há que se ressaltar, em primeiro plano, que, tanto na disciplina das Leis n. 9.609/1998 (art. 2º) e 9.610/1998 (art. 7º, inciso XII) quanto na orientação perfilhada por este Sodalício, o regime de proteção conferido à propriedade intelectual de programas de computador é o mesmo adotado para as obras literárias. Confirmam-se: REsp n. 443.119-RJ, Terceira Turma, relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ de 30.06.2003; REsp n. 768.783-RS, Terceira Turma, relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ de 22.10.2007.

Em segundo lugar, também não se pode perder de vista que, com a invenção de novas tecnologias, notadamente com o avanço da *internet*, tornou-se primordial que as leis, as posições doutrinárias e jurisprudenciais acerca da proteção das obras literárias percorressem igual caminho sob o resguardo de uma série de convenções e tratados de regulamentação e proteção dos Direitos Autorais em todos os países.

Nesse contexto, o entendimento perfilhado no aresto proferido pela 3ª Câmara de Direito Privado do TJSP apresenta-se juridicamente correto, não havendo como dele se abster e deixar de prestigiá-lo.

Ora, como devidamente expendido nas razões deste apelo, tendo o Brasil e os Estados Unidos, na condição de subscritores da Convenção de Berna, respectivamente, pelo Decreto n. 75.699, de 06.05.1975, e Ato

de Implementação de 1988, de 31.10.1988, adotado o regime de proteção a programas de computador, estes guindados à condição de obras literárias, posta-se salvo de dúvidas a corporificação da reciprocidade, o que torna desnecessária a comprovação, na espécie, de proteção ao direito autoral de *software* a estrangeiros instituída no ordenamento jurídico norte-americano.

Vale aduzir que, mesmo antes da edição das Leis n. 9.609/1998 e 9.610/1998, a diretriz jurisprudencial, no Brasil, já vinha se posicionando em plena sintonia com a proteção conferida aos programas de computador pelos Estados Unidos da América, fundada, obviamente, na aplicação do princípio da reciprocidade.

d) Violação do art. 9º da Lei n. 9.609/1998

Quanto à irresignação meritória, pugnam as recorrentes pela reforma do ato decisório ora impugnado com base nas premissas de que a magistrada de primeiro grau não só realizou a análise dos esclarecimentos dos peritos, notadamente apresentados no segundo laudo pericial, como também fundamentou sua decisão tendo como âncora o art. 9º da Lei n. 9.609/1998, expresso nesses termos:

Art. 9º O uso de programa de computador no País será objeto de contrato de licença.

Parágrafo único. Na hipótese de eventual inexistência do contrato referido no *caput* deste artigo, o documento fiscal relativo à aquisição ou licenciamento de cópia servirá para comprovação da regularidade do seu uso.

Noutro passo, sustentam que a 14ª Câmara Cível do TJRJ fez integrar ao acórdão as conclusões dos peritos considerando como prova discos de instalação dos programas, quando o citado preceito dispõe claramente que, na ausência de contrato de licença, as notas fiscais é que comprovam a regularidade do uso de programas de computador.

Assiste razão à parte recorrente.

Como acima demonstrado, o Tribunal *a quo*, no julgamento da apelação cível, ao asseverar que, “em que pese não possuir determinadas notas fiscais, mostrou os discos de instalação originais dos programas o que, no caso, suprem a apresentação das notas” – repita-se –, não visualizou o comando do art. 9º, parágrafo único, da Lei n. 9.609/1998 e, atendo-se à valoração das provas

lançadas nos autos, optou por tese em repulsa aos ditames das disposições infraconstitucionais em apreço, extrapolando o seu alcance, violando-as, conseqüentemente.

A mencionada norma estabelece claramente que o documento fiscal relativo à aquisição ou a licenciamento de cópia servirá para comprovação da regularidade do uso do programa de computador, quando inexistente o contrato de licença, sendo, pois, injurídica qualquer dedução no sentido de estarem os discos originais dos programas aptos ao suprimento daquela exigência legal.

Portanto, a Câmara julgadora, no trato da matéria, operou em desconformidade com o dispositivo legal em foco, desbordando dos limites da específica codificação demarcada nas Leis n. 9.609/1998 e 9.610/1998.

Destarte, restando incontroverso que a titularidade do direito de licenciamento dos programas de computador pertencem às autoras, ora recorrentes, e que a parte ré instalou em seus computadores programas sem o devido licenciamento, conforme prescrito no art. 9º, parágrafo único, da Lei n. 9.609/1998, não vejo como me afastar dos fundamentos e das conclusões do juízo de primeiro grau, que, diante da juridicidade e razoabilidade que os enformam, adoto como razões de decidir, trascrevendo-os abaixo:

2.25. Em sendo assim, os laudos produzidos em sede cautelar e em sede de ação principal e em realidade distintas, verificou-se de maneira clara quais e quantos programas de computador a ré violou com relação aos três primeiros autores e devido a sua conduta deve ser responsabilizada por tal ato conforme estabelece a Lei n. 9.609/1998 a título de dano material.

2.26. A Lei n. 9.609/1998 que rege a matéria no seu artigo 2º estabelece que deve ser aplicada a Lei de Direito Autorais vigentes vigente no país. Hoje no Brasil vige a Lei n. 9.610/1998 promulgada e publicada no mesmo dia da Lei n. 9.609/1998.

2.27. A pretensão do primeiro, segundo e terceiros autores com relação a aplicação do parágrafo único do artigo 103 da Lei n. 9.610/1998 deve ser analisado de maneira equilibrada. O aludido sistema de indenização tarifada em 3.000 (três mil) vezes o valor da obra somente se aplica quando não se conhece do número de exemplares violados, fato este diverso do constante nestes autos, pois como dito acima o Perito descreveu quais e quantos programas foram violados. Inclusive tive o cuidado de descrevê-los nesta sentença.

2.28. O valor da indenização deve ser o valor de mercado do programa utilizado, multiplicado pelo número de acessos que ela obteve. Porém, obviamente, o número de acessos aos programas é prova impossível de ser realizada, vez que

deperderia de uma perícia diária nos equipamentos do infrator, que facilmente com auxílio de especialistas poderá ocultar tais dados sem qualquer vestígio, tornando este processo eterno.

2.29. O Poder Judiciário, dentro da razoabilidade, poderá fixar a indenização em até 3.000 (três mil) o valor do programa ilegal, levando em consideração as condições para materialização da violação. A interpretação do parágrafo único do artigo 103 da Lei n. 9.610/1998 serve de parâmetro e somente vinculando o Juiz no caso estritamente adequado a norma. A interpretação da norma nos a concluir que o legislador ordinário deixou margem de discricionariedade ao Juiz de quantas vezes deve ser multiplicado o valor de cada programa. Além disso, o Juiz não pode através de uma decisão extrema severidade, em que pese o direito violado dos autores, inviabilizar toda a atividade empresarial da ré face as repercussões sociais e econômicas envolvidas.

2.3. Em sendo assim, caracterizado a violação dos direitos dos três primeiros autores e a identificação da quantidade dos programas violados fixo a indenização a título de danos materiais (perdas e danos) em 400 (quatrocentas) vezes o valor de mercado de cada programa não licenciado descrito nesta sentença e encontrado nos computadores da ré (fls. 1.363-1.364).

Importa realçar que o magistrado sentenciante se posicionou em sintonia com a orientação adotada pela Terceira Turma do STJ no julgamento do REsp n. 443.119-RJ, inclusive já citado neste voto, que deu ensejo a acórdão com a seguinte ementa:

Direito Civil. Recurso especial. Ação de conhecimento sob o rito ordinário. Programa de computador (*software*). Natureza jurídica. Direito autoral (propriedade intelectual). Regime jurídico aplicável. Contrafação e comercialização não autorizada. Indenização. Danos materiais. Fixação do *quantum*. Lei especial (9.610/1998, art. 103). Danos morais. Dissídio jurisprudencial. Não demonstração.

- O programa de computador (*software*) possui natureza jurídica de direito autoral (obra intelectual), e não de propriedade industrial, sendo-lhe aplicável o regime jurídico atinente às obras literárias.

- Constatada a contrafação e a comercialização não autorizada do *software*, é cabível a indenização por danos materiais conforme dispõe a lei especial, que a fixa em 3.000 exemplares, somados aos que foram apreendidos, se não for possível conhecer a exata dimensão da edição fraudulenta.

- É inadmissível o recurso especial interposto com fulcro na alínea **c** do permissivo constitucional se não restou demonstrado o dissídio jurisprudencial apontado.

- Recurso especial parcialmente provido.

No tocante ao critério de quantificação do *quantum* indenizatório por perdas e danos, cumpre aduzir que o juízo sentenciante, ao condenar a ré ao pagamento do valor atual de mercado de cada programa sem licenciamento multiplicado por 400 (quatrocentos), com parâmetro no art. 103 da Lei n. 9.610/1998, observou adequadamente o princípio da razoabilidade em vista das circunstâncias e das peculiaridades inerentes ao presente caso.

Ante o exposto, *conheço do recurso especial e dou-lhe provimento* para reformar o acórdão da Décima Quarta Câmara Cível do Tribunal *a quo*, proferido no julgamento da apelação cível, e restabelecer a sentença do primeiro grau de jurisdição.

Por conseqüência, a parte ré, ora recorrida, deverá responder pelo pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação a ser fixado em liquidação de sentença por arbitramento.

É como voto.

VOTO-ANTECIPADO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Sr. Presidente, como iniciara, na sessão anterior, o debate e, agora, já antecipei meu ponto de vista, peço vênia ao eminente Relator para acompanhar o voto do Exmo. Sr. Ministro Luis Felipe Salomão, por entender, tal como S. Exa., que o art. 9º, que dispõe sobre prova pré-constituída, mas não é taxativo, ou seja, admite-se também a prova da propriedade por outros meios legais usualmente admitidos em direito.

Aliás, tampouco poderia a Lei n. 9.609/1998, quando for o caso, também afastar a regra de inversão do ônus da prova, prevista no Código de Defesa do Consumidor.

Admitindo, portanto, a amplitude dos meios de prova, em relação à prova feita nos autos, especificamente a aceita pelo Tribunal *a quo*, tenho que o Superior Tribunal de Justiça não pode entrar no seu exame, por incidir a Súmula n. 7.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves: Na assentada do dia 21 de agosto de 2008, este recurso especial, interposto pela empresa *Microsoft Corporation* e

outras - contra acórdão da Décima Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, pelo voto do Relator - Ministro *João Otávio de Noronha* - foi conhecido e provido, consoante a seguinte ementa:

Processual Civil. Arts. 126 e 131 do CPC. Ausência de prequestionamento. Súmula n. 282 do STF. Art. 535, I e II, do CPC. Direito Autoral. Proteção de obra literária. Programa de computador. Reciprocidade entre o Brasil e os Estados Unidos. Convenção de Berna. Art. 9º da Lei n. 9.609/1998. Alcance da norma. Contrafação. Indenização por perdas e danos. Art. 103 da Lei n. 9.610/1998. Verba condenatória arbitrada na sentença. Manutenção. Princípio da razoabilidade.

1. É inviável o conhecimento do recurso especial se ausente o indispensável prequestionamento da questão infraconstitucional. Incidência da Súmula n. 282 do STF.

2. Segundo iterativa jurisprudência do STJ, revela-se improcedente a arguição de contrariedade ao art. 535, I e II, do CPC, quando o órgão julgador se pronuncia de forma clara sobre a controvérsia posta nos autos, adotando suficientes fundamentos a embasar sua decisão, uma vez que não está obrigado a responder todos os argumentos expendidos pelas partes.

3. Tanto na disciplina das Leis n. 9.609/1998 (art. 2º) e 9.610/1998 (art. 7º, inciso XII), quanto na orientação perfilhada por este Sodalício, o regime de proteção conferido à propriedade intelectual de programas de computador é o mesmo adotado para as obras literárias. Precedentes: REsp n. 443.119-RJ, Terceira Turma, relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ de 30.06.2003; REsp n. 768.783-RS, Terceira Turma, relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ de 22.10.2007.

4. Na condição de subscritores da Convenção de Berna, respectivamente, pelo Decreto n. 75.699, de 06.05.1975, e Ato de Implementação de 1988, de 31.10.1988, e tendo o Brasil e os Estados Unidos da América adotado o regime de proteção à programas de computador, posta-se salvo de dúvidas a plena corporificação da reciprocidade entre países, o que torna desnecessária a comprovação de proteção ao direito autoral de software a estrangeiros instituída no ordenamento jurídico norte-americano.

5. Estabelecendo claramente o art. 9º, parágrafo único, da Lei n. 9.609/1998 que o documento fiscal relativo à aquisição ou licenciamento de cópia servirá para comprovação da regularidade do uso do programa de computador, quando inexistente o contrato de licença, é injurídica qualquer dedução no sentido de estarem os discos originais dos programas aptos ao suprimento daquela exigência legal.

6. Ocorre violação da norma legal quando o julgador, atendo-se à valoração das provas lançadas nos autos, opta por tese em repulsa aos ditames de suas disposições e extrapola seu alcance.

7. No tocante ao critério de quantificação do quantum indenizatório por perdas e danos, o juízo sentenciante ao condenar a ré ao pagamento do valor atual de mercado de cada programa sem licenciamento multiplicado por 400 (quatrocentos), com parâmetro no art. 103 da Lei n. 9.610/1998, observou adequadamente o princípio da razoabilidade, tendo em vista as circunstâncias e peculiaridades inerentes ao presente caso.

8. Recurso especial provido.

Na ocasião, pede vista dos autos o Ministro *Luís Felipe Salomão* e, na sessão do dia 12.05.2009 traz seu voto, dissentindo do relator por imprimir interpretação mais dilatada ao art. 9º da Lei n. 9.609/1998, no que é acompanhado pelo Ministro *Aldir Passarinho Junior*. Nesse contexto, tendo em vista a complexidade do tema, solicitei vista dos autos para melhor capacitação acerca da controvérsia.

Versa a espécie acerca de violação a direitos autorais em face de suposta utilização de cópias ilegítimas de programas de computador.

Com efeito, por *Microsoft Corporation* e outras foi ajuizada ação de indenização contra *Sergen Serviços Gerais de Engenharia S.A*, alegando, com base em prova pericial colhida em medida cautelar preparatória de busca e apreensão e vistoria, estarem sendo utilizados pela ré programas de computador de sua propriedade sem a devida licença de uso.

A ação é julgada parcialmente procedente (sentença às fls. 1.351-1.368, vol. 7), decisão reformada pela Décima Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que provê apelação interposta pela ré, em acórdão assim sintetizado:

Utilização ilegal de programas de computador. Laudo pericial. Certo é que o Juiz não está adstrito ao laudo, mas tendo sido elaborado por técnico na área objeto da demanda, a sua desconsideração deve ser bem fundamentada, de modo a esclarecer os motivos que o levaram a tanto. Se por ocasião dos esclarecimentos concluem os peritos pela ausência de ilegalidade, após minucioso estudo da documentação apresentada pela ré, bem como das provas anteriores apresentadas, não pode o réu ser condenado ao pagamento de indenização. (fls. 1.600, vol. 9).

No especial, *Microsoft Corporation* e outras sustentam maltrato aos arts. 126, 131 e 535, II, do Código de Processo Civil, bem como ao art. 9º da Lei n. 9.609/1998, acenando, ainda, com dissídio jurisprudencial em relação a acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

No que concerne às preliminares e à existência de divergência jurisprudencial deixo de tecer maiores considerações sobre as questões formuladas, acompanhando o voto do relator, no mais seguido pelos demais Ministros que já proferiram seus votos.

A controvérsia, na realidade, está circunscrita à exegese do art. 9º da Lei n. 9.609/1998, que está assim redigido:

Art. 9º O uso de programa de computador no País será objeto de contrato de licença.

Parágrafo único. Na hipótese de eventual inexistência do contrato referido no *caput* deste artigo, o documento fiscal relativo à aquisição ou licenciamento de cópia servirá para comprovação da regularidade do seu uso.

De acordo com o voto do relator, deve ser dada interpretação restritiva aos termos do dispositivo em alento. Isso porque, “A mencionada norma estabelece claramente que o documento fiscal relativo à aquisição ou licenciamento de cópia servirá para comprovação da regularidade do uso do programa de computador, quando inexistente o contrato de licença, sendo, pois, injurídica qualquer dedução no sentido de estarem os discos originais dos programas aptos ao suprimento daquela exigência legal”.

Nesse contexto, a demonstração da licitude do uso de programas de computador estaria restrita à apresentação do contrato de licença ou, na sua falta, de nota fiscal na qual seja possível a identificação do programa adquirido.

Por outro lado, nos votos dissidentes resta firmada a tese de que a norma não encerra um rol taxativo, admitindo que outros meios de prova sejam utilizados para comprovar a regularidade do uso de programas de computador. Essa linha de pensamento vem alicerçada, em resumo, nos seguintes argumentos:

(a) o art. 9º da Lei n. 9.609/1998 não exclui expressamente outros elementos de prova passíveis de serem utilizados pelos usuários para demonstrar a legalidade dos programas de computador;

(b) o dispositivo legal em comento não pode sofrer uma interpretação isolada, devendo ser analisado à luz do ordenamento jurídico como um todo, especialmente dos arts. 332 do Código de Processo Civil e 212 do Código Civil, “que refletem orientação do direito material e processual brasileiro de admitir a comprovação dos fatos alegados pelas partes por qualquer meio idôneo, ainda que não especificado em lei”;

(c) atualmente, vigora em nosso sistema o princípio da liberdade da prova, devendo as exceções estarem expressamente consignadas em lei;

(d) o art. 9º da Lei n. 9.609/1998 encerra hipótese de prova pré-constituída;

(e) a doutrina especializada segue esta linha interpretativa, pugnando sejam admitidos outros meios de prova para atestar a regularidade da cessão de uso;

(f) a própria recorrente reconhece existirem diversas formas de comprovação do licenciamento, e

(g) aplica-se à espécie o princípio de que a prova incumbe a quem afirma.

Colocada nestes termos a questão, com a vênua devida, tenho que a solução alvitrada pelo Tribunal de origem, através de sua Décima Quarta Câmara Cível, e mantida nos votos divergentes, deve prevalecer.

Com efeito, além dos judiciosos argumentos já mencionados para fundamentar o entendimento de que a norma não encerra uma enumeração taxativa, creio que duas outras ponderações merecem ser a esses acrescidas.

Ensina Carlos Maximiliano que no caso de uma enumeração de hipóteses, “Quando a linguagem deixa margem a dúvidas, orienta-se o hermeneuta pelos motivos e os fins do preceito; se ainda assim a incerteza persiste, conclui pela regra geral, prefere considerar meros exemplos as hipóteses figuradas no dispositivo.

Esmera-se quase sempre o legislador em tornar evidente o propósito de restringir o alcance da norma; até usa, não raro, das palavras só, apenas, unicamente e outras de significado semelhante, ou do vocábulo seguinte, precedendo a enumeração de casos” (Hermenêutica e Aplicação do Direito. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 190).

Conforme se verifica da redação do art. 9º da Lei n. 9.608/1998, acima reproduzida, pelo legislador não houve preocupação em se valer de palavras indicativas do caráter restritivo da norma, bem porque parece não ser esse o fim do dispositivo em comento.

De fato, o capítulo onde está ensimesmada a norma tem como título “Dos contratos de licença de uso, de comercialização e de transferência de tecnologia”, estabelecendo conteúdos mínimos dessas avenças, bem como estipulações que, se previstas, serão havidas como nulas.

No que respeita às regras relativas à prova, os dispositivos inseridos no mencionado capítulo que tratam da questão determinam certas condutas a

serem observadas pelos contratantes para protegerem seus direitos, preceitos redigidos de forma clara e detalhada.

Assim, o art. 10, § 2º, prescreve que o remetente dos valores de que trata o *caput* daquele dispositivo “*conservará em seu poder, pelo prazo de cinco anos, todos os documentos necessários à comprovação da licitude*” das remessas dessas quantias. O art. 11 da Lei esclarece, a seu turno, que, nos casos de transferência de tecnologia, os contratos para produzirem efeito em relação a terceiros deverão ser registrados no Instituto Nacional da Propriedade Industrial, sendo “*obrigatória a entrega, por parte do fornecedor ao receptor de tecnologia, da documentação completa, em especial do código-fonte comentado, memorial descritivo, especificações funcionais internas, diagramas, fluxogramas e outros dados técnicos necessários à absorção da tecnologia*”, isto é, espera-se do receptor a exigência de referida documentação. Dos excertos transcritos é possível identificar o cuidado do legislador ao regular os comportamentos exigidos dos contratantes para comprovação e conservação de seus direitos.

No que pertine ao art. 9º, porém, não se observa a estipulação de um comportamento a ser necessariamente seguido pelo usuário para comprovação de seus direitos. Com efeito, apenas se estabelece que na hipótese de inexistência do contrato de licença (inexistência e não perda), o documento fiscal servirá para demonstrar a cessão de uso. Não há, entretanto, determinação, como nos demais dispositivos, de que referido documento seja mantido em poder do usuário como forma necessária à demonstração da licitude da cessão.

Por outro lado, cumpre assinalar que o enquadramento do usuário como violador do direito do autor, com base no art. 9º da Lei do *Software*, rende ensejo não somente à indenização na esfera civil, como também autoriza a aplicação de sanção penal (art. 12 da Lei n. 9.609/1998). Nesse contexto, é de se cogitar como se admitir, sem ofensa ao princípio da ampla defesa, seja aplicada pena privativa de liberdade ao indivíduo acusado de violar direitos do autor sem lhe permitir provar de modo amplo a regularidade da cessão de uso questionada, ausente disposição legal expressa nesse sentido.

De outra banda, a se considerar que sob os influxos dos princípios que orientam o processo penal deve se permitir ampla produção de prova aos usuários acusados de violação aos direitos do autor, conquanto assim não se opere no cível, acaba por se criar uma incongruência sistêmica, porquanto o usuário absolvido no âmbito penal por provar a legalidade do uso do *software* por outros meios que não o contrato de cessão ou o documento fiscal não pode

ser condenado a pagar indenização no cível, em face no disposto no art. 935 do Código Civil. A par disso, o usuário não processado no juízo criminal poderá ser condenado ao pagamento de indenização, apesar de deter meios de prova suficientes a demonstrar a regularidade da cessão de uso, porém distintos do contrato de licença e da nota fiscal.

De toda sorte, como alinhavado na lição de Carlos Maximiniano, caso se entenda remanesça dúvida acerca da amplitude da norma, há que prevalecer o entendimento pelo seu caráter exemplificativo.

Nesse contexto, se o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro conclui, com base no exame pericial, pela regularidade da cessão de uso na espécie, não há como alterar esse entendimento sem incursão no conjunto fático-probatório dos autos, providência que encontra óbice na Súmula n. 7-STJ.

Ante o exposto, não conheço do recurso especial.

VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão (Relator para acórdão): 1. Microsoft Corporation, Adobe Systems Incorporated, Autodesk Inc. e Symantec Corporation ajuizaram “ação de procedimento ordinário com preceito cominatório e perdas e danos” em face de Sergen Serviços Gerais de Engenharia S.A., alegando utilização indevida de programas de computador de propriedade das empresas, sem a necessária licença de uso.

Sustentam as autoras que “todo usuário final que necessitar de uma cópia desses programas é obrigado a adquiri-la diretamente das Autoras ou de seus distribuidores autorizados”.

Afirmam ainda que “a aquisição de uma cópia legítima não confere ao usuário final o direito de produzir novas cópias, mesmo que seja para o seu uso interno em outro equipamento para o qual a cópia legítima não foi licenciada”.

Postulam, em síntese, a interrupção do uso e destruição dos programas de computador reproduzidos ilicitamente; a incidência de multa cominatória no caso de descumprimento da obrigação e o pagamento de indenização por perdas e danos, em quantia equivalente a 3.000 (três mil vezes) o preço dos programas de computador fraudados.

Em apenso, medida cautelar preparatória de busca e apreensão e vistoria, proposta pelas autoras, com finalidade de produzir antecipadamente as provas necessárias à propositura da demanda principal. A tutela de urgência teve sua liminar deferida, sendo realizada perícia nos computadores da empresa, que serviu de embasamento para a ação de indenização por perdas e danos.

Após conturbado trâmite processual em primeira instância, com a realização de duas perícias e posterior complementação ao último laudo pericial, a controvérsia foi apreciada pelo juízo monocrático, que proferiu sentença nos seguintes termos (fls. 1.351-1.368):

- a) julgou improcedente o incidente de falsidade suscitado pelos autores quanto aos recibos fiscais de aquisição dos softwares juntados pela ré ao processo;
- b) julgou procedente a ação cautelar de busca e apreensão e de vistoria dos computadores da ré, confirmando a liminar anteriormente concedida e homologando a perícia realizada;
- c) julgou parcialmente procedente a ação principal, para:

condenar “a ré a pagar a primeira autora (*Microsoft*) o valor atualizado de mercado multiplicado por 400 (quatrocentos) dos seguintes programas sem licenciamento segundo o laudo: 01 (um) *Microsoft Front Page Explore 3.02.926 e 53* (cinquenta e três) *Windows 95*, devendo os valores da indenização serem fixados em liquidação de sentença por arbitramento”.

condenar “a ré a pagar a segunda autora (*Adobe*) o valor atual de mercado multiplicado por 400 (quatrocentos) dos seguintes programas sem licenciamento segundo laudo: 01 (um) *Audus Pagemaker 5.0ª*; 04 (quatro) *Adobe Pagemaker 6.5 (upgrade)*; 02 (dois) *Acrobat Destiler 3.0 e Adobe Acrobat Catalog/ Exchange / Reader 3.0* e 03 (três) *Adobe Photoshop LE*, devendo os valores serem fixados em liquidação de sentença por arbitramento”.

condenar “a ré a pagar a terceira autora (*Autodesk*) o valor atual de mercado multiplicado por 400 (quatrocentos) dos seguintes programas sem licenciamento segundo o laudo: 02 (dois) *Autocad*; 02 (dois) *Autocad MAP / Autocad versão 14 (release 2)*, devendo os valores serem fixados em liquidação de sentença por arbitramento”.

determinar o rateio das despesas processuais entre as três primeiras autoras e a ré, na proporção de cada uma, arcando cada qual com os honorários de seu advogado.

Condenar a autora *Symantec Corporation* ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) do valor dado à ação principal, em decorrência de sua sucumbência.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados pela ausência de contradição no julgado (fl. 1.387).

Sobreveio recurso de apelação da ré, no qual alegou que a juíza singular não apreciou adequadamente as provas produzidas nos autos, porquanto o laudo pericial que amparou a sentença foi posteriormente corrigido, dispondo que “os demais programas e cópias que foram considerados ilegais em nosso primeiro laudo encontram-se legalizados em decorrência das novas provas apresentadas”. Afirmou ainda que a sentença não enfrentou a questão da ausência de comprovação da reciprocidade da lei brasileira com o ordenamento jurídico das autoras, conforme exigência do art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 9.609/1998.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em acórdão proferido por sua Décima Quarta Turma, deu provimento ao recurso de apelação para julgar improcedente a demanda e, por conseguinte, reverter os ônus da sucumbência. O aresto restou assim ementado (fls. 1.600-1.606):

Utilização ilegal de programas de computador. Laudo pericial. Certo é que o Juiz não está adstrito ao laudo, mas, tendo sido elaborado por técnico na área objeto da demanda, a sua desconsideração deve ser bem fundamentada, de modo a esclarecer os motivos que o levaram a tanto. Se por ocasião dos esclarecimentos concluem os peritos pela ausência de ilegalidade, após minucioso estudo da documentação apresentada pela ré, bem como das provas anteriores apresentadas, não pode o réu ser condenado ao pagamento de indenização.

A ré opôs embargos de declaração, pretendendo que os honorários advocatícios incidam sobre o valor da condenação, conforme fixado em primeira instância, não sobre o valor da causa. Contudo, os aclaratórios restaram desacolhidos, em acórdão de fls. 1.638-1.641.

As autoras, por sua vez, também opuseram embargos de declaração, indicando omissões e erros de fato no acórdão recorrido. O recurso, todavia, foi igualmente desacolhido pelo Tribunal de origem (fls. 1.643-1.646).

Inconformadas, as duas partes interpuseram recursos especial, nos seguintes termos:

O recurso de Sergen Serviços Gerais de Engenharia S.A. objetiva, com amparo nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, a alteração, de ofício, do valor atribuído à causa, porquanto não reflete o benefício econômico pretendido pelas autoras (fls. 1.648-1.664).

O apelo nobre de Microsoft Corporation, Adobe Systems Incorporated, Autodesk Inc. e Symantec Corporation, manejado com fundamento no art. 105, III, a e c, da Constituição Federal, está adstrito aos seguintes pontos:

1) Alega que o acórdão recorrido violou o art. 9º da Lei n. 9.609/1998 ao afirmar que a apresentação de discos de instalação prestaria à comprovação da licença de uso dos programas de computador supostamente adquiridos pelo réu (fls. 1.668-1.734).

2) Assevera a obrigação de o magistrado, no julgamento da lide, aplicar a legislação vigente, conforme determina o art. 126 do CPC.

3) Reclama que o colegiado de origem não valorou adequadamente a prova, em ofensa ao art. 131 do CPC, porquanto apenas seguiu o laudo pericial, adotando conclusão contrária ao ordenamento jurídico e incidindo em erro de fato.

4) Aponta equívoco na afirmação da Corte local de que a reciprocidade de tratamento, perante o ordenamento jurídico norte-americano, não teria sido demonstrada, porquanto restou comprovado, nos autos do Agravo de Instrumento n. 7.497/00 (recurso em que se discutiu tal questão), que Brasil e Estados Unidos são signatários da Convenção de Berna. Nesse sentido, alega que a prova documental produzida por si não foi apreciada. Reclama que competia à parte contrária comprovar a inexistência de reciprocidade, conforme exige o art. 14 do CPC. Procura demonstrar a existência de dissídio jurisprudencial.

5) Por fim, argumenta a ocorrência de negativa de prestação jurisdicional, visto que a Turma julgadora se recusou a corrigir os erros de fato apontados em embargos de declaração, mantendo a omissão apontada. Indica ofensa ao art. 535, II, do CPC, bem como a existência de dissenso pretoriano.

Contra-razões oferecidas pelas autores às fls. 1.749-1.766.

Os dois recursos tiveram seu seguimento negado, em juízo prévio de admissibilidade (fls. 1.773-1.777).

Os autores interpuseram o Ag n. 766.816-RJ, que foi provido pelo e. Ministro Cesar Asfor Rocha, determinando a subida do recurso especial.

Por outro lado, o réu deixou de recorrer da decisão que não-admitiu seu apelo nobre, conforme certidão de fl. 1.778v.

O feito foi distribuído ao Ministro João Otávio de Noronha, que proferiu voto nos seguintes termos:

a) não conheceu do recurso especial quanto à alegada violação dos arts. 126 e 131 do CPC, por ausência que prequestionamento;

b) negou provimento ao recurso no tocante à suposta negativa de prestação jurisdicional, visto que o colegiado de origem manifestou-se de maneira fundamentada acerca da controvérsia;

c) com relação à ausência de reciprocidade, o Relator reconheceu a configuração do dissídio, adotando o entendimento manifestado pelo acórdão paradigma, de que a reciprocidade das leis não precisa ser demonstrada, visto que o país ratificou a Convenção de Berna, que estabelece regime de proteção ao direitos autorais;

d) deu provimento ao recurso especial para reestabelecer os termos da sentença, sob o fundamento de que o acórdão recorrido amparou-se em premissa fática expressamente contrária à legislação aplicável à espécie, ferindo frontalmente o art. 9º da Lei n. 9.609/1998.

Pedi vista dos autos, para melhor exame da controvérsia.

É o relatório.

2. Pretendem os recorrentes, fundamentalmente, seja decretada a nulidade do acórdão recorrido, por negativa de prestação jurisdicional, quando do julgamento dos embargos de declaração, ou, subsidiariamente, seja reconhecida a responsabilidade da recorrida pela utilização dos programas de computador sem a necessária licença de uso, condenando-a em perdas e danos.

3. Primeiramente, acompanho o eminente Ministro Relator quanto às questões preliminares suscitadas no recurso especial.

3.1. Com efeito, não se pode conhecer do recurso com relação à alegada ofensa aos arts. 126 e 131 do Código de Processo Civil, visto que a matéria não foi apreciada pelo Tribunal de origem, carecendo do necessário prequestionamento, nos termos da Súmula n. 211-STJ (AgRg no Ag n. 1.028.510-RS, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 14.10.2008, DJe 17.11.2008).

3.2. Na mesma linha, não observo qualquer negativa de prestação jurisdicional no julgamento dos aclaratórios pela Corte local. O acórdão embargado não possui vício a ser sanado por meio de embargos de declaração,

uma vez que o Tribunal de origem se manifestou acerca de todas as questões relevantes para a solução da controvérsia, tal como lhe fora posta e submetida. Ademais, não cabe alegação de violação do artigo 535 do CPC, quando a Corte de origem aprecia a questão de maneira fundamentada, apenas não adotando a tese da recorrente (EDcl no Ag n. 992.818-DF, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 26.05.2008).

3.3. Com relação à necessidade de comprovação da reciprocidade, restou caracterizada a divergência frente a acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Agin n. 096.603-4/4) que dispensou a necessidade de sua demonstração, por serem Brasil e Estados Unidos signatários da Convenção de Berna.

Nesse ponto, acompanho também o eminente relator, que manteve orientação adotada pelo Tribunal paulista, nos seguintes termos:

Ora, como devidamente, expendido nas razões deste apelo, tendo o Brasil e os Estados Unidos, na condição de subscritores da Convenção de Berna, respectivamente, pelo Decreto n. 75.699, de 06.05.1975, e Ato de Implementação de 1988, de 31.10.1988, adotado o regime de proteção a programas de computador, estes guindados à condição de obras literárias, posta-se salvo de dúvidas a corporificação da reciprocidade, o que torna desnecessária a comprovação, na espécie, de proteção ao direito autoral de *software* a estrangeiros instituída nos ordenamento jurídico norte-americano.

4. Divirjo, contudo, no tocante à suposta violação do art. 9º da Lei n. 9.609/1998.

O e. Ministro Relator votou no sentido de dar provimento ao recurso especial das autoras, considerando que a apresentação, pelo réu, de discos originais de instalação dos programas de computador utilizados pela ré não seriam suficientes à comprovação da licença de uso dos *softwares*, exigindo a apresentação do contrato de licença ou, na sua ausência, da nota fiscal de aquisição do produto, empregando literal aplicação ao dispositivo legal em apreço.

Entendo, todavia, que a indenização fixada, tal como colocada podendo ultrapassar a casa dos dez milhões de reais, não é devida na hipótese em análise, porquanto não configurada a existência do ilícito.

4.1. A questão central no caso dos autos é saber se a regularidade de utilização do programa de computador só pode ser provada por exibição do

contrato de licença ou documento fiscal, ou se, como na hipótese, a existência de perícia que ateste originais os programas utilizados pela empresa é capaz de suprir os documentos mencionados.

4.2. Verifica-se que sociedade ré fez prova da regularidade dos softwares encontrados em seus computadores, por meio da apresentação dos discos originais de instalação dos programas apontados como ilegais.

É o que se infere do complemento do laudo pericial oferecido em primeira instância (fls. 1.188):

Como a matéria em questão envolve interpretação jurídica, iremos deixar a critério do Juízo se a apresentação das Notas Fiscais acima é necessária para validar a compra do programa *Pagemaker 4.0 (Full)* ou se é suficiente a apresentação dos referidos discos de instalação do programa, para comprovar a sua legalidade.

Se V. Exa. considerar que o programa *Pagemaker 4.0* está legalizado, conseqüentemente, os programas *Audus Pagemaker 5.0* (3 cópias), *Adobe Pagemaker 6.5* (3 cópias), *Acrobat Distiller 3.0* e *Adobe Acrobat Catalog/ Exchange/ Reader 3.0* (2 cópias) e *Adobe Photoshop LE* (3 cópias) também estarão legalizados; caso contrário não.

Por sua vez, o Tribunal de origem aceitou a prova produzida por meio dos discos de instalação, julgando improcedente a demanda.

Nesse sentido, observa-se que a Corte local formou sua convicção com base nos elementos de prova dos autos, entendendo que a apresentação das mídias originais serviu à comprovação da regularidade dos *softwares*.

Extrai-se excerto do referido acórdão (fl. 1.605):

Ora, se por ocasião dos esclarecimentos concluem os peritos pela ausência de ilegalidade, após minucioso estudo da documentação apresentada pela ré, bem como das provas anteriores apresentadas, não pode o réu, diante das conclusões no sentido da ausência de programas piratas, em laudo apresentado pelos peritos de confiança do Juízo, ser condenado ao pagamento de indenização.

O cerne da controvérsia, portanto, repita-se, está em analisar se a determinação do art. 9º da Lei n. 9.609/1998 – de que a licença de uso será comprovada mediante contrato ou notas fiscais – é restritiva, ou se é possível comprovar a regularidade do *software* por outros meios.

4.3. Dispõe o art. 9º da Lei n. 9.609/1998:

Art. 9º O uso de programa de computador no País será objeto de contrato de licença.

Parágrafo único: Na hipótese de eventual inexistência do contrato referido no *caput* deste artigo, o documento fiscal relativo à aquisição ou licenciamento de cópia servirá para comprovação da regularidade do seu uso.

Conquanto o referido artigo faça remissão expressa ao contrato de licença e ao documento fiscal como meios hábeis de provar a regularidade do programa de computador, é igualmente certo que o dispositivo não excluiu expressamente outros elementos de prova, que possam ser apresentados pelas partes para demonstração da verdade dos fatos.

Inexistindo, na letra da lei, óbice exposto à utilização de outros meios, impõe-se, igualmente, que o dispositivo seja interpretado de forma lógico-sistemática, à luz de seu contexto normativo.

Nesse sentido, confira-se excertos doutrinários dos mestres Miguel Reale e Vicente Ráo:

Após essa perquirição filológica, impõe-se um trabalho lógico, pois nenhum dispositivo está separado dos demais. Cada artigo de lei situa-se num capítulo ou num título e seu valor depende de sua colocação sistemática. É preciso, pois, interpretar as leis segundo seus valores lingüísticos, mas sempre situando-as no conjunto do sistema. Esse trabalho de compreensão de um preceito, em sua correlação com todos os que com ele se articulam logicamente, denomina-se interpretação lógico-sistemática.

(REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 281)

O processo lógico-sistemático em mais não consiste senão no processo comparativo ensinado pela Lógica e revestido de certas peculiaridades próprias das ciências jurídicas.

Os processos filológico e lógico-analítico se detêm no conteúdo do texto, ou disposição; ao passo que o processo lógico-sistemático introduz, no exame dos textos, elementos estranhos, pois realiza o confronto de um texto com outro texto da mesma lei (exame do contexto da lei), ou com os textos de outras leis do mesmo sistema jurídico, ou, até mesmo, com textos de outros sistemas jurídicos positivos (direito comparado), desde que todos versem sobre o mesmo instituto, ou a mesma relação.

Melhor se apura o pensamento contido em uma sentença, quando se a enquadra na ordem sistemática do conjunto de disposições de que faz parte, ou quando se a confronta com disposições outras, mas ligadas, todas, entre si, por identidade ou afinidade de princípios.

(RÁO, Vicente. O Direito e a Vida dos Direitos. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 487)

4.4. Com efeito, o referido art. 9º não pode receber leitura isolada, devendo ser analisado em sua inter-relação com todo o ordenamento jurídico, sobretudo as disposições pertinentes à matéria contidas no Código Civil e no Código de Processo Civil.

Nesse contexto, extrai-se, da leitura do art. 332 do Código de Processo Civil, que “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou defesa”.

Por sua vez, o Código Civil, em seu artigo 212, apresenta lista não taxativa dos meios de prova dos negócios jurídicos, quando esse não exigir forma especial:

Art. 212. Salvo o negócio jurídico a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante:

- I - confissão;
- II - documento;
- III - testemunha;
- IV - presunção;
- V - perícia.

Tais disposições refletem orientação do direito material e processual brasileiro de admitir a comprovação dos fatos alegados pelas partes por qualquer meio idôneo, ainda que não especificado em lei.

Nas palavras de Caio Mário, prevalece, na Lei Civil, o princípio da livre admissibilidade da prova: “os fatos jurídicos, inclusive a declaração de vontade, provam-se por qualquer meio, o que permite deduzi-lo noutros termos, esclarecendo: a pessoal, a quem interessar, tem a liberdade de provar o negócio jurídico de qualquer maneira” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. v. 1. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 592).

Assim, o entendimento de que o art. 9º da Lei de *Softwares* estabelece os únicos meios de comprovação do negócio jurídico, seja firmado entre as partes ou envolvendo terceiros, não se coaduna com princípios de nosso ordenamento jurídico, estabelecendo hipótese não prevista em lei de prova legal, em que a comprovação de determinado fato só pode ser realizada na forma prescrita, sendo vedado ao magistrado considerar outros meios de prova.

Nesse sentido, extrai-se nova lição do referido mestre:

Antes de se adotar o princípio da liberdade da prova, vigorou nos antigos ordenamentos a denominada prova legal: a lei indicava os meios de prova, e, então, o fato era tido como não provado, se fosse produzida uma diferente da que a lei determinasse. Abolido o sistema, e vigorante o da liberdade, não significa, entretanto, que o juiz possa buscar elementos de convicção fora dos fatos evidenciados pelas partes, mas apenas que estas são livres (salvo nos casos de prova especial) de fornecê-las por qualquer meio, circunscrevendo, contudo, o juiz seu julgamento à apreciação dos fatos demonstrados no processo.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. 1. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 593).

Tal limitação, se houver, é excepcional, devendo estar expressamente consignada em lei, e abrange, normalmente, negócios jurídicos que exigem forma especial, como a celebração do casamento, que se prova mediante certidão de registro civil.

Esse, contudo, não é o caso dos autos: além de inexistir determinação legal nesse sentido, o contrato de licença não exige forma especial (entendida como conjunto de solenidades essenciais para que a declaração de vontade tenha eficácia jurídica), porquanto se dá entre particulares e envolve bem móvel (art 3º da Lei n. 9.610/1998). Pode, portanto, ser verbal ou escrito, ou, ainda, por instrumento público ou particular.

É o que dispõe o art. 107 do Código civil, *in verbis*:

Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.

Como leciona Carlos Roberto Gonçalves, “no direito brasileiro, a forma é, em regra, livre. As partes podem celebrar o contrato por escrito, público ou particular, ou verbalmente, a não ser nos casos em que a lei, para dar maior segurança e seriedade ao negócio, exija a forma escrita, pública ou particular. O

consensualismo, portanto, é a regra, e o formalismo, a exceção (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. v. I. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 322).

4.5. A disposição do art. 9º, que confere caráter probatório ao contrato de licença e ao documento fiscal, estabelece, na verdade, hipótese de prova pré-constituída, figura estabelecida pelo legislador para servir de comprovação futura de determinada relação jurídica.

Acerca das provas pré-constituídas, assim se manifesta a doutrina:

Bentham fez também interessante classificação das provas em diretas e indiretas, mas seu maior mérito consistiu, nessa matéria, em haver distinguido as provas preconstituídas e as casuais. Provas preconstituídas são obra do legislador, que as institui ou ordena por providência. São dadas para que, de futuro, não se levantem dúvidas em torno da realidade de um fato, ou ainda de simples proposição. A prova literal é a melhor das provas preconstituídas, quando estabelecida sob a forma pública. Provas casuais, ao inverso, são as emergentes *ex post facto*; o depoimento testemunhal é o mais típico exemplo das provas casuais.

(MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil – parte geral*. V. 1. 41 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 298).

A classificação de provas propriamente ditas em casuais e preconstituídas é legítima e claramente explicada por aquele autor patricio, calcado, como se viu, em Bentham. Apenas não parece acertado enfeixar na subdivisão de preconstituídas as provas por escrito apenas, como o faz o escritor inglês. Consideradas provas preconstituídas as celebradas para serem eventualmente empregadas como provas judiciárias, casuais as colhidas ou produzidas no decurso do processo, mas que não foram intencionalmente constituídas e preparadas para esse fim, é de se aceitar participaram de ambas essas subespécies tanto as provas literais como as testemunhais e as materiais.

São preconstituídas as provas fornecidas por instrumentos públicos, bem como particulares constitutivos de quaisquer relações jurídicas que, segundo a lei, possam por eles ser criadas, quais sejam, por exemplo, as escrituras particulares institutivas ou translativas de direitos reais sobre imóveis de valor não excedente a dez mil cruzeiros, os títulos de penhor agrícola ou de penhor mercantil, as declarações constantes do registro civil, as letras de câmbio, as notas promissórias, as duplicatas, etc.

(SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 66-67)

As provas pré-constituídas - formadas na consecução do ato - não impedem a comprovação do referido negócio jurídico também mediante provas casuais, sem forma específica, apresentadas pelas partes no curso da lide.

É o que ensina Nelson Nery Júnior, em seu comentário acerca do art. 366 do CPC:

2. Prova pré-constituída. Há diferença entre os conceitos de prova legal e prova pré-constituída. Esta é a prova realizada previamente, antes de a parte ingressar em juízo pedindo a tutela jurisdicional. Pode ser suprida, a legal, não.

(NERY JR., Nelson. Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 10 ed. p. 628)

Em outras palavras, Carlos Roberto Gonçalves estabelece semelhante distinção: “Ainda se diz que a forma pode ser *ad solemnitatem*, também denominada *ad substantiam*, ou *ad probationem tantum*. A primeira, quando determinada forma é da substância do ato, indispensável para que a vontade produza efeitos (*forma dat esse rei*). Exemplo: a escritura pública, na aquisição de imóvel (CC, art. 108), os modos de reconhecimento de filhos (art. 1.609) etc. A segunda, quando a forma destina-se a facilitar a prova do ato” (GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. v. I. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 324).

4.6. Assim, conquanto o contrato de licença e o documento fiscal devam ser preferencialmente considerados na comprovação da regularidade do programa de computador, nada impede que o magistrado forme sua convicção com base em outros elementos de prova apresentados pelas partes, como os disco originais de instalação dos *softwares*.

Tal entendimento, ademais, está em conformidade com a orientação desta Corte Superior (REsp n. 783.697-GO, Rel. Ministro Nilson Naves, Sexta Turma, julgado em 20.06.2006, DJ 09.10.2006 p. 372)

Ademais, a doutrina especializada segue na mesma linha:

Assim, mesmo inexistindo contrato de licença ou documento fiscal, o magistrado formará o seu convencimento, caso a caso, valendo-se de outros meios de prova que as partes lhe proporcionarem, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos (art. 131 do C. Pr. Civil).

(...)

Outros meios alternativos de prova, visando à comprovação de licenciamento por parte do usuário, como as mídias originais e manuais, em

detrimento do contrato de licença e do documento fiscal, não poderão atestar inequivocadamente a regularidade de cessão de uso, mas poderão formar o convencimento do magistrado nas condições previstas no art. 332 do C. Proc. Civil, desde que moralmente legítimas e hábeis à comprovação da verdade dos fatos.

(ATHENIENSE, Alexandre. Análise Jurisprudencial sobre Contrafação de *Softwares* in Manual de Direito Eletrônico e *Internet*. São Paulo: Lex Editora, 2006. p. 454, 456)

Desse modo, não há afronta ao art. 9º da Lei de *Softwares* quando o Tribunal avalia a prova dos autos e conclui que os discos utilizados são originais. Não se prova a originalidade dos programas apenas com o contrato de licença e as notas fiscais.

Cumprе ressaltar, ademais, que a própria Microsoft, em sua página eletrônica, reconhece diversas formas de comprovação do licenciamento, inclusive os discos originais de instalação, nos seguintes termos (https://www.microsoft.com/brasil/parceiros/pirata/sam/02_HowTo03.htm):

Princípios básicos da documentação de licenciamento

Antes de começar, é importante entender qual documentação é considerada comprovação aceitável de licenciamento para cada tipo de *software* ou programa de licenciamento em grande volume.

O *software* OEM deve ser fornecido pré-instalado em um PC novo.

A comprovação do licenciamento de *software* inclui:

- . Contrato de Licença de Usuário Final (Eula)
- . Certificado de Autenticidade (COA) (Os COAs do sistema operacional Windows devem ser afixados ao gabinete do PC)

. *Mídia original*

. Manuais (se aplicáveis)

. Nota fiscal ou recibo de compra

O produto de varejo é vendido em quantidades unitárias em lojas de varejo e por revendedores Microsoft.

A comprovação do licenciamento de *software* inclui:

. Contrato de Licença de Usuário Final (Eula)

. *Mídia original*

- . Manuais (se aplicáveis)
- . Nota fiscal ou recibo de compra

5. O provimento da pretensão recursal, que objetiva o reconhecimento da responsabilidade da empresa ré, implicaria reexame do conjunto fático dos autos, visto que o colegiado local decidiu com base nos elementos de provas apresentados pelas partes.

Incide, por conseguinte, o Enunciado n. 7 da Súmula desta Corte: “A pretensão de simples reexame de provas não enseja recurso especial”.

6. Cumpre destacar, por outro lado, que a convicção do Tribunal fluminense não se amparou apenas da juntada dos discos de instalação pelo réu, mas também em laudo pericial que confirmou sua originalidade, conferindo força probante ainda maior às mídias apresentadas.

Competia às empresas autoras impugnar a prova produzida pelo réu e as conclusões do laudo técnico, estabelecendo contraprova dos fatos então demonstrados.

Não se pode inverter a lógica processual e exigir que o réu faça prova da regularidade da licença de uso, uma vez que, conforme tradicional princípio de direito, *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat* (“a prova incumbe a quem afirma, não a quem nega”) (REsp n. 285.612-SP, Rel. Ministro Jorge Scartezzini, Quarta Turma, DJ 06.12.2004).

Dessa forma, entendo que a regularidade do uso dos programas de computador restou devidamente comprovada no caso dos autos, mediante a apresentação dos discos originais de instalação dos respectivos *softwares*, e mantenho a orientação adotada pelo acórdão recorrido.

7. Ante o exposto, não conheço do recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.122.547-MG (2009/0025174-6)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão

Recorrente: G V C

Advogado: José Ricardo Souto e outro(s)

Recorrido: V J D

Advogado: Marcius Wagner Antônio da Fonseca e outro(s)

EMENTA

Responsabilidade civil. Dano moral. Adultério. Ação ajuizada pelo marido traído em face do cúmplice da ex-esposa. Ato ilícito. Inexistência. Ausência de violação de norma posta.

1. O cúmplice de cônjuge infiel não tem o dever de indenizar o traído, uma vez que o conceito de ilicitude está imbricado na violação de um dever legal ou contratual, do qual resulta dano para outrem, e não há no ordenamento jurídico pátrio norma de direito público ou privado que obrigue terceiros a velar pela fidelidade conjugal em casamento do qual não faz parte.

2. Não há como o Judiciário impor um “não fazer” ao cúmplice, decorrendo disso a impossibilidade de se indenizar o ato por inexistência de norma posta - legal e não moral - que assim determine. O réu é estranho à relação jurídica existente entre o autor e sua ex-esposa, relação da qual se origina o dever de fidelidade mencionado no art. 1.566, inciso I, do Código Civil de 2002.

3. De outra parte, não se reconhece solidariedade do réu por suposto ilícito praticado pela ex-esposa do autor, tendo em vista que o art. 942, *caput* e parágrafo único, do CC/2002 (art. 1.518 do CC/1916), somente tem aplicação quando o ato do co-autor ou partícipe for, em si, ilícito, o que não se verifica na hipótese dos autos.

4. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, por unanimidade, não conhecer do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Honildo Amaral de

Mello Castro (Desembargador convocado do TJ-AP), Fernando Gonçalves, Aldir Passarinho Junior e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

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

Ministro Luis Felipe Salomão, Relator

DJe 27.11.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. G. V. C. ajuizou ação de indenização por danos morais em face de W. J. D., alegando que viveu casado com J. C. V. entre 17.01.1987 e 25.03.1996. O autor aduziu na inicial que o réu, possivelmente a partir de setembro de 1990, passou a manter relações sexuais com sua então esposa, resultando dessa relação o nascimento da menor J. V. C. em 13.06.1991. Embora registrado em nome do autor, posteriormente foi ajuizada ação negatória de paternidade, mediante a qual restou comprovada a paternidade do réu. O casal divorciou-se em outubro de 1999. Sustentou o autor que, diante da infidelidade, bem como da falsa paternidade na qual acreditava, sofreu dano moral passível de indenização, pois “...anda cabisbaixo, desconsolado e triste”.

O Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Patos de Minas-MG julgou procedente o pedido inicial, condenando o réu ao pagamento de R\$ 3.500,00 ao autor, a título de compensação pelos danos morais por ele experimentados.

Foi interposto recurso de apelação pelo réu e recurso adesivo pelo autor (fls. 129-133 e 136-138).

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais reformou a sentença para julgar improcedente o pedido inicial, dando provimento ao recurso do autor e julgando prejudicado o adesivo.

O acórdão restou assim ementado:

Dano moral. Responsabilidade civil. Cúmplice de esposa adúltera. Existência do dever de fidelidade conjugal. Ausência de solidariedade entre o cúmplice e a adúltera. Ausência de dever de incolumidade da esposa alheia. Inexistência de dever de indenizar do cúmplice em relação ao marido traído. A vida em comum

impõe restrições que devem ser seguidas para o bom andamento da vida do casal e do relacionamento, sendo incontestado que os cônjuges possuem o dever jurídico de fidelidade mútua. Em que pese ao alto grau de reprovabilidade social daquele que se envolve com pessoa casada, não constitui tal envolvimento qualquer ilícito de cunho cível ou penal em desfavor seu. O dever jurídico de fidelidade existe apenas entre os cônjuges e não se estende a terceiro que venha a ser cúmplice em adultério perpetrado durante o lapso de tempo de vigência do matrimônio. A responsabilidade civil decorre de relação contratual ou de imposição legal. Contrato, por óbvio, inexistente entre o marido traído e o então amante de sua esposa, bem como inexistente qualquer dispositivo legal que obrigue o amásio a manter a incolumidade da esposa de outrem. Inteiramente inócuo, *in casu*, mostra-se cogitar-se em matéria de responsabilidade civil, de solidariedade dentre o cúmplice e a esposa adúltera. Apelação principal provida e julgada prejudicada adesiva. (fl. 157)

Em processo totalmente digitalizado, ingressou no Superior Tribunal de Justiça o recurso especial, no qual alega o autor ofensa aos arts. 186, 927 e 942, todos do Código Civil. Sustenta o recorrente que estão presentes os requisitos autorizadores da responsabilidade civil do réu, ora recorrido, tendo em vista que o ilícito (adultério, com o conseqüente nascimento de filha que o recorrente acreditava ser sua) foi praticado por ambos (réu e sua ex-esposa), sendo solidariamente responsáveis pela reparação do dano.

Sem contra-razões, o especial foi admitido na origem (fls. 182-183).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão (Relator): 2. Cuida-se de persecução de responsabilidade civil por alegados danos morais experimentados em decorrência de adultério. Com efeito, o autor alega que sua esposa foi infiel e manteve relacionamento amoroso com o réu, por quase dez anos, daí nascendo uma filha, que acreditava ser sua, mas depois constatou que a paternidade era do requerido.

O caso ora posto em julgamento ostenta ainda um traço peculiar: a ação indenizatória foi ajuizada pelo ex-marido em face do cúmplice da esposa.

Em primeira instância, o pedido foi julgado procedente, em síntese, pelos seguintes fundamentos:

Quanto as alegações de que o autor tinha problemas clínicos que o impediam de relacionar sexualmente com sua ex-esposa, não é fato impeditivo do recebimento de danos morais, uma vez que não restou comprovado a ciência do requerente sobre este fato, não agindo o autor de má-fé.

Pelo contrário, o suposto pai da criança sofreu forte abalo emocional ao descobrir a verdade dos fatos, ao descobrir que foi traído por sua então mulher.

A conduta do réu foi imoral ao se relacionar com mulher casada, esta que tinha um dever expresso de fidelidade com o marido. Pode ter a ex-mulher do autor ficado em dúvida quanto a paternidade, no entanto, a traição por si só gerou constrangimento ao requerente.

Pode-se dizer, também, que houve culpa/dolo do requerido quando se envolveu com mulher casada, independente da existência dos problemas conjugais, problemas estes comuns na vida matrimonial. (fl. 127)

O acórdão ora hostilizado, adotando tese diametralmente oposta, lançou mão dos seguintes fundamentos:

Após esta breve menção ao dever de fidelidade conjugal e suas origens, resta atacar o *punctum saliens* da apelação principal aqui aviada, qual seria, seria o amante de mulher casada solidariamente responsável pelos danos morais oriundos do adultério por esta perpetrado?

Pretende o apelado principal, marido traído, que seja considerado o amante de sua esposa solidariamente responsável pelos danos morais lhe ocasionados, especialmente pelo nascimento de filha adulterina. Os institutos da obrigação de indenizar e da solidariedade, em nosso atual Código Civil, estão previstos em seus artigos 927 e 942, *in verbis*:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

Sobre os atos ilícitos, dispõe o mesmo diploma que:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

In casu, em que pese ao alto grau de reprovabilidade social daquele que se envolve com pessoa casada, não constitui tal envolvimento, diante dos cânones legais, qualquer ilícito por parte do apelante. O dever jurídico de fidelidade existe apenas entre os cônjuges e não se estende a terceiro que venha a ser cúmplice no adultério perpetrado. Ora, a responsabilidade civil pode decorrer de relação contratual, bem como de imposição legal. Contrato, por óbvio, não há entre o marido traído e o amante de sua esposa, bem como inexistente qualquer dispositivo legal que obrigue este a manter a incolumidade da esposa de outrem. Absurdo, por hipótese, considerar-se o contrário neste julgado.

Desta forma, apesar de ser o apelante principal consorte da esposa adúltera, não há que se falar-se em qualquer culpa jurídica por parte do apelante principal, impondo, portanto, na ausência de solidariedade com o ilícito, visto que este não causa ao apelado principal qualquer mal, mas, sim, sua ex-esposa que nem ao menos constou dos pólos da ação.

(...)

Desta forma, em tese, se há algum dano a ser ressarcido, haveria o mesmo de ser perquirido em face da ex-esposa e não de seu amásio, impondo a substituição do *decisum a quo* e a improcedência dos pedidos exordiais. (fls. 127-128)

Dessume-se do voto condutor que a razão pela qual o Tribunal *a quo* afastou a responsabilidade civil do réu pelos danos morais foi a ausência de ilícito civil. Afirmou o Tribunal que, conquanto reprovável a conduta do réu, não houve “culpa jurídica” a ensejar sua responsabilidade solidária, quando em verdade foi a ex-esposa do autor quem descumpriu os deveres impostos pelo matrimônio.

3. De forma acertada, a meu juízo.

3.1. No caso ora examinado, não se discute o dano sofrido pelo autor, tampouco o nexo de causalidade entre o alegado dano e o ato praticado pelo réu.

A celeuma jurídica circunscreve-se à existência de ato ilícito na manutenção de relações sexuais com a ex-mulher do autor, em decorrência das quais foi concebida a filha erroneamente registrada.

Nesse sentido, penso não existir a ilicitude jurídica pretendida, sem a qual não se há falar em responsabilidade civil subjetiva.

É que o conceito - até mesmo intuitivo - de ilicitude está imbricado na violação de um dever legal ou contratual, do qual resulta dano para outrem, e não há no ordenamento jurídico pátrio norma de direito público ou privado que obrigue terceiros a velar pela fidelidade conjugal em casamento do qual não faz parte.

Não é ocioso lembrar que, conquanto a matriz principiológica do direito resida, por vezes, na idéia de moral, esta e aquele não coexistem necessariamente. O direito, analisado como regra de conduta posta pelo Estado à sociedade e em face dele próprio, possui campo de ação mais limitado que a moral, não atingindo situações irrelevantes para uma ordenação social civilizada, eis que a finalidade da regra jurídica se esgota com o manter da paz social.

A seu passo, a moral atinge, e por conseqüência tutela, atos aquém e além do direito. Como é sabido, regras irrelevantes para o direito podem ostentar uma conformação moral, e cujo descumprimento apenas acarreta – se for o caso – uma sanção de foro íntimo ou religioso, como, por exemplo, a não-manutenção de relações sexuais com parentes de grau próximo, ou o não exercer a caridade para quem dela necessita.

Por outro lado, o não pagamento de uma dívida prescrita - instituto jurídico de nítido escopo pacificador -, conquanto seja opção dada pelo ordenamento jurídico, não encontra conformação no âmbito da moral ou da ética. Daí se dizer que até mesmo o exercício de direito pode ofender uma regra unicamente moral.

A norma jurídica, ao contrário do que ocorre com a norma moral, possui traço marcante na coercibilidade, consoante a lição do sempre lembrado Caio Mário, *verbis*:

Se a conduta do agente ofende apenas a regra moral, encontra reprovação na sua consciência, e pode atrair-lhe o despreço dos seus concidadãos. Se a ação implica inobservância da norma jurídica, autoriza a mobilização do aparelho estatal, para a recondução do infrator à linha de observância do preceito, ou para a sua punição. Encarada no ângulo da intensidade, a norma jurídica é dotada de coercibilidade, que não está presente na regra moral, representando esta um estado subjetivo do agente, que pode ser adotado, ou que deve ser adotado voluntariamente, enquanto que a obediência ao preceito de direito é imposta coercitivamente pelo ordenamento jurídico. (*Instituições de direito civil, vol. I.* Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 9)

Em realidade, a norma moral se presta a um aperfeiçoamento pessoal, para a realização de um bem, cuja adjectivação como tal decorre unicamente da subjetividade de quem age, ao passo que a norma jurídica, quando proíbe ou limita, está a impor uma regra de conduta exigível, cujo descumprimento tem a virtualidade de acionar a força estatal com vistas ao retorno do *status quo*.

No tocante ao conceito de ato ilícito, o renomado Pontes de Miranda esclarece:

A concepção brasileira do “objeto ilícito” (art. 145, II, 1ª parte) de modo nenhum deixa ao juiz margem a consultar o seu íntimo, para dizer se o objeto (ou o fim) é imoral. Não se poderia ter por nulo o contrato em que se prepara monopólio, ou se assegura monopólio de determinado produto; posto que as leis penais e administrativas possam incidir nos atos de abuso do poder econômico e apontar certos objetos de contrato, no sentido do art. 145, II, 1ª parte, como ilícitos. Aliás, sempre que o objeto não é imoral em si mesmo, ou não é imoral o motivo que se fez relevante no conteúdo do ato jurídico, não há nulidade por ilicitude. A doação que fez o violador, ou o que seduziu, ou o que teve relações sexuais com a donatária, se posterior ao ato tido por imoral, é válida. Não é válida a doação para que o donatário cometa ato imoral. (*Tratado de direito privado, tomo IV*. Campinas: Bookseller, 2000, p. 195)

Também Humberto Theodoro Júnior, em comentários ao Novo Código Civil, bem esclarece o conceito de “ato ilícito”:

O direito se constitui como um projeto de convivência, dentro de uma comunidade civilizada (o estado), no qual se estabelecem os padrões de comportamento necessários. A *ilicitude* ocorre quando *in concreto* a pessoa se comporta fora desses padrões. Em sentido lato, sempre que alguém se afasta do programa de comportamento idealizado pelo direito positivo, seus atos voluntários correspondem, genericamente, a atos ilícitos (atos do homem atritantes com a lei). Há, porém, uma idéia mais restrita de *ato ilícito*, que se prende, de um lado ao comportamento injurídico do agente, e de outro ao resultado danoso que dessa atitude decorre para outrem. Fala-se, então, de *ato ilícito em sentido estrito*, ou simplesmente *ato ilícito*, como se faz no art. 186 do atual Código Civil. Nesse aspecto, a ilicitude não se contentaria com a ilegalidade do comportamento humano, mas se localizaria, sobretudo, no *dano injusto* a que o agente fez a vítima se submeter. (*Comentários ao novo Código Civil, volume 3, t. 2: Dos efeitos do negócio jurídico ao final do livro III*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

3.2. A punição para o adultério, sempre mais centrada na “mulher adúltera”, diante da dúvida que poderia surgir em relação à paternidade da prole, é historicamente identificada. A legislação mosaica impunha pena de morte por apedrejamento. Em Roma, a pena imposta pela “*Lex Julia de adulteriis*” era a relegação, reconhecendo-se ao pai o direito de matar a filha surpreendida na prática de adultério. No direito germânico, a pena de morte também era aplicada.

De qualquer modo, quando a questão era examinada pelo ângulo do direito penal, sempre se entendeu que o delito era de concurso necessário, pois deveria ser praticado por duas pessoas de sexo oposto, uma das quais casada.

O Código Penal Brasileiro considerava como crime o adultério, atingindo o casamento (art. 240), disposição revogada pela Lei n. 11.106/2005.

Não obstante, antes e depois da revogação da lei penal, a doutrina se inclina, no campo do direito civil, a reconhecer o dever de indenizar (material e moralmente) apenas por parte do cônjuge adúltero.

Por todos, confira-se a excelente monografia de Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos Santos (“Reparação civil na separação e no divórcio”, Saraiva, 1999).

A jurisprudência vem seguindo essa linha: REsp n. 412.684-SP, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma; REsp n. 742.137-RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma; REsp n. 37.051-SP, Rel. Ministro Nilson Naves, Terceira Turma.

3.3. Todavia, em nenhum momento, nem a doutrina abalizada, nem tampouco a jurisprudência, cogitou de responsabilidade civil do terceiro.

No caso tratado nos autos, não há como o Judiciário impor um “não fazer” ao réu, decorrendo disso a impossibilidade de se indenizar o ato por inexistência de norma posta - legal e não moral - que assim determine.

Por outro lado, o réu é estranho à relação jurídica existente entre o autor e sua ex-esposa, relação da qual se origina o dever de fidelidade mencionado no art. 1.566, inciso I, do Código Civil de 2002. O casamento, se examinado tanto como uma instituição, quanto contrato *sui generis*, somente produz efeitos em relação aos celebrantes e seus familiares, não beneficiando nem prejudicando terceiros.

É absolutamente natural que, em razão da recíproca confiança que, de regra, existe entre os cônjuges, espera-se uma fidelidade recíproca, de cuja violação resulta, presumidamente, dor, sofrimento, desvalor próprio e decepção. Com efeito, no caso de adultério, a dor moral experimentada pelo cônjuge traído decorre, eventualmente e se for o caso, dessa quebra de confiança preexistente entre os cônjuges, e não do ato praticado por terceiro, considerado em si mesmo, de quem nada se esperava.

4. De outra parte, não há que se falar em solidariedade do réu por suposto ilícito praticado pela ex-esposa do autor, tendo em vista que o art. 942, *caput* e parágrafo único (art. 1.518 do CC/1916), somente tem aplicação quando o ato do co-autor ou partícipe for, em si, ilícito, o que não se verifica na hipótese dos autos.

A Terceira Turma enfrentou questão análoga e adotou o mesmo entendimento:

Direito Civil e Processual Civil. Recursos especiais interpostos por ambas as partes. Reparação por danos materiais e morais. Descumprimento dos deveres conjugais de lealdade e sinceridade recíprocos. Omissão sobre a verdadeira paternidade biológica. Solidariedade. Valor indenizatório.

- Exige-se, para a configuração da responsabilidade civil extracontratual, a inobservância de um dever jurídico que, na hipótese, consubstancia-se na violação dos deveres conjugais de lealdade e sinceridade recíprocos, implícitos no art. 231 do CC/1916 (correspondência: art. 1.566 do CC/2002).

- Transgride o dever de sinceridade o cônjuge que, deliberadamente, omite a verdadeira paternidade biológica dos filhos gerados na constância do casamento, mantendo o consorte na ignorância.

- O desconhecimento do fato de não ser o pai biológico dos filhos gerados durante o casamento atinge a honra subjetiva do cônjuge, justificando a reparação pelos danos morais suportados.

- A procedência do pedido de indenização por danos materiais exige a demonstração efetiva de prejuízos suportados, o que não ficou evidenciado no acórdão recorrido, sendo certo que os fatos e provas apresentados no processo escapam da apreciação nesta via especial.

- *Para a materialização da solidariedade prevista no art. 1.518 do CC/1916 (correspondência: art. 942 do CC/2002), exige-se que a conduta do "cúmplice" seja ilícita, o que não se caracteriza no processo examinado.*

- A modificação do valor compulsório a título de danos morais mostra-se necessária tão-somente quando o valor revela-se irrisório ou exagerado, o que não ocorre na hipótese examinada.

Recursos especiais não conhecidos.

(REsp n. 742.137-RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 21.08.2007, DJ 29.10.2007 p. 218)

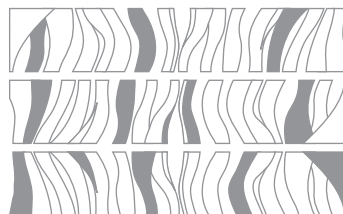
5. Por fim, cabe lembrar que o princípio fundamental, em sede de direito de família, é o afeto e a proteção dos direitos dos seus membros - reciprocamente considerados e ligados por um laço socioafetivo -, devendo se considerar, hodiernamente, que a manutenção de um rol de deveres conjugais é absolutamente inócua, tendo em vista que, durante a existência do vínculo conjugal, o qual é pautado, sobretudo, na afetividade, tais comandos mostram-se inoperantes. Prestam-se apenas a aparelhar uma separação litigiosa, quando a relação conjugal e, *a fortiori*, o afeto, já chegaram ao fim, o que deveria

permanecer velado pela inviolabilidade da “intimidade e da vida privada” (Lobo, Paulo. *Famílias*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 119).

É certo que não se obriga a amar por via legislativa ou judicial e não se paga o desamor com indenizações.

6. Por essas razões, não conheço do recurso especial.

É como voto.



Jurisprudência da Terceira Seção

RECURSO ESPECIAL N. 1.112.557-MG (2009/0040999-9)

Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho

Recorrente: Y G P S (menor)

Representado por: Cíntia Débora Pereira Souza

Advogado: Jullyo Cezzar de Souza

Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

Procurador: Miguel dos Santos Fonseca Neto e outro(s)

EMENTA

Recurso especial repetitivo. Art. 105, III, alínea **c** da CF. Direito Previdenciário. Benefício assistencial. Possibilidade de demonstração da condição de miserabilidade do beneficiário por outros meios de prova, quando a renda *per capita* do núcleo familiar for superior a 1/4 do salário mínimo. Recurso especial provido.

1. A CF/1988 prevê em seu art. 203, *caput* e inciso V a garantia de um salário mínimo de benefício mensal, independente de contribuição à Seguridade Social, à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

2. Regulamentando o comando constitucional, a Lei n. 8.742/1993, alterada pela Lei n. 9.720/1998, dispõe que será devida a concessão de benefício assistencial aos idosos e às pessoas portadoras de deficiência que não possuam meios de prover à própria manutenção, ou cuja família possua renda mensal *per capita* inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo.

3. O egrégio Supremo Tribunal Federal, já declarou, por maioria de votos, a constitucionalidade dessa limitação legal relativa ao requisito econômico, no julgamento da ADI n. 1.232-DF (Rel. para o acórdão Min. Nelson Jobim, DJU 1º.06.2001).

4. Entretanto, diante do compromisso constitucional com a dignidade da pessoa humana, especialmente no que se refere à garantia das condições básicas de subsistência física, esse dispositivo deve ser interpretado de modo a amparar irrestritamente a o cidadão social e economicamente vulnerável.

5. A limitação do valor da renda *per capita* familiar não deve ser considerada a única forma de se comprovar que a pessoa não possui outros meios para prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, pois é apenas um elemento objetivo para se aferir a necessidade, ou seja, presume-se absolutamente a miserabilidade quando comprovada a renda *per capita* inferior a 1/4 do salário mínimo.

6. Além disso, em âmbito judicial vige o princípio do livre convencimento motivado do Juiz (art. 131 do CPC) e não o sistema de tarifação legal de provas, motivo pelo qual essa delimitação do valor da renda familiar *per capita* não deve ser tida como único meio de prova da condição de miserabilidade do beneficiado. De fato, não se pode admitir a vinculação do Magistrado a determinado elemento probatório, sob pena de cercear o seu direito de julgar.

7. Recurso Especial provido.

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, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Jorge Mussi, Og Fernandes, Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP), Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE), Felix Fischer, Arnaldo Esteves Lima e Maria Thereza de Assis Moura.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Nilson Naves.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Brasília (DF), 28 de outubro de 2009 (data do julgamento).

Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator

DJe 20.11.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Trata-se de Recurso Especial interposto com fundamento no art. 105, III, c da CF, objetivando a reforma do Acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, assim ementado:

Constitucional e Previdenciário. Amparo social ao portador de deficiência. Incapacidade parcial para o trabalho. Renda *per capita* familiar superior ao limite constitucional de 1/4 do salário-mínimo. Custas e honorários advocatícios periciais. Gratuidade de justiça. Remessa oficial. Art. 475, § 2º do CPC.

1. Remessa oficial não conhecida por se tratar de sentença não sujeita ao reexame necessário (art. 475, § 2º, CPC).

2. O benefício de prestação continuada para a pessoa portadora de deficiência, consoante disciplina o art. 20 da Lei n. 8.742/1993, condiciona-se à demonstração de deficiência, da incapacidade dela resultante e do requisito econômico.

3. Infere-se que para fazer jus ao benefício, a requerente, além do requisito subjetivo (ser deficiente ou idoso), deve possuir renda insuficiente para o seu próprio sustento ou não possuir meios de obter a manutenção por parte de seus familiares.

4. Requisito econômico não demonstrado (art. 20, § 3º da Lei n. 8.745/1993), ante a ausência de elementos a comprovar a vulnerabilidade social para a concessão do benefício.

5. Condenação da autora em custas e honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor atribuído à causa, suspensa a exigibilidade em atenção ao quanto disposto no art. 12 da Lei n. 1.060/1950, por litigarem sob o pálio da justiça gratuita.

6. Apelação do INSS provida (fls. 182).

2. Alega o recorrente que o entendimento manifestado no acórdão recorrido diverge da jurisprudência do STJ de que o parâmetro fixado pelo art. 20, § 3º da Lei n. 8.742/1993 não pode ser óbice para a concessão do benefício assistencial criado para auxiliar as pessoas idosas e deficientes menos favorecidas. Aduz que “tal dispositivo quis apenas definir que a renda familiar inferior a 1/4 do salário mínimo é, objetivamente considerada, insuficiente para a subsistência. Tal regra, contudo, não afasta, no caso concreto, outros meios de prova da condição de miserabilidade” (fls. 187).

3. O presente Recurso Especial foi admitido na origem como representativo da controvérsia, a teor do art. 543-C do CPC, em face da multiplicidade de recursos especiais com fundamento em questão idêntica de direito.

4. Remetidos os autos a esta Corte Superior, submeti o julgamento deste Recurso Especial à Terceira Seção, em conformidade com o art. 543-C do CPC e com a Resolução n. 8/2008 desta Corte.

5. O ilustre membro do Ministério Público Federal *Ivaldo Olímpio de Lima* opina pelo provimento do Recurso Especial, em parecer cuja ementa restou assim transcrita:

Recurso Especial pela alínea **c**. Divergência notória. Desnecessidade de cotejo analítico. Interpretação do art. 20, § 3º da Lei n. 8.742/1993. Limite de 1/4 do salário-mínimo por membro da família. Limite mínimo. Possibilidade de comprovação da condição de risco social por outros meios. Precedentes do STJ. Art. 4º inciso I da Lei n. 8.742/1993. Princípio da supremacia do atendimento às necessidades sociais sobre as exigências de rentabilidade econômica.

Pelo provimento do recurso especial (fls. 210).

6. É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (Relator): 1. Presentes os requisitos de admissibilidade do Recurso Especial, passo à análise do mérito.

2. A CF/1988 prevê em seu art. 203, *caput* e inciso V a garantia de um salário mínimo de benefício mensal, independente de contribuição à Seguridade Social, à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

3. Regulamentando o comando constitucional, a Lei n. 8.742/1993, alterada pela Lei n. 9.720/1998, dispõe:

Art. 20 - O benefício de prestação continuada é a garantia de 1 (um) salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 70 (setenta) anos ou mais e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.

§ 1º Para os efeitos do disposto no *caput*, entende-se como família o conjunto de pessoas elencadas no art. 16 da Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, desde que vivam sob o mesmo teto. (Redação dada pela Lei n. 9.720, de 30.11.1998)

§ 2º Para efeito de concessão deste benefício, a pessoa portadora de deficiência é aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho.

§ 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal *per capita* seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo. (...).

4. Da leitura desse dispositivo, constata-se que será devida a concessão de benefício assistencial aos idosos e às pessoas portadoras de deficiência que não possuam meios de prover à própria manutenção, ou cuja família possua renda mensal *per capita* inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo.

5. A controvérsia posta no presente incidente de uniformização de jurisprudência diz respeito justamente ao citado requisito econômico consistente na renda mensal *per capita* igual ou inferior a 1/4 do salário mínimo.

6. De se ter em conta que o egrégio Supremo Tribunal Federal, já declarou, por maioria de votos, a constitucionalidade dessa limitação, no julgamento da ADI n. 1.232-DF (Rel. para o acórdão Min. Nelson Jobim, DJU 1º.06.2001).

7. Entretanto, diante do compromisso constitucional com a dignidade da pessoa humana, especialmente no que se refere à garantia das condições básicas de subsistência física, entendo que esse dispositivo deve ser interpretado de modo a amparar irrestritamente o cidadão social e economicamente vulnerável.

8. Dessa forma, a limitação do valor da renda *per capita* familiar não deve ser considerada a única forma de se comprovar que a pessoa não possui outros meios para prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, pois é apenas um elemento objetivo para se aferir a necessidade, ou seja, presume-se absolutamente a miserabilidade quando comprovada a renda *per capita* inferior a 1/4 do salário mínimo.

9. Além disso, em âmbito judicial vige o princípio do livre convencimento motivado do Juiz (art. 131 do CPC) e não o sistema de tarifação legal de provas, motivo pelo qual essa delimitação do valor da renda familiar *per capita* não deve ser tida como único meio de prova da condição de miserabilidade do beneficiado. De fato, não se pode admitir a vinculação do Magistrado a determinado elemento probatório, sob pena de cercear o seu direito de julgar.

10. Diante dessa situação, o STJ já pacificou o entendimento de que “o critério de aferição da renda mensal previsto no § 3º do art. 20 da Lei n. 8.742/1993 deve ser tido como um limite mínimo, um *quantum* considerado insatisfatório à subsistência da pessoa portadora de deficiência ou idosa, não impedindo, contudo, que o julgador faça uso de outros elementos probatórios, desde que aptos a comprovar a condição de miserabilidade da parte e de sua família” (REsp n. 841.060-SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJU 25.06.2007).

11. No mesmo sentido, o seguinte julgado:

Processual Civil. Embargos declaratórios. Contradição. Inocorrência. Previdenciário. Assistência social. Benefício da prestação continuada. Requisitos legais. Art. 20, § 3º, da Lei n. 8.742/1993.

(...).

II - A assistência social foi criada com o intuito de beneficiar os miseráveis, pessoas incapazes de sobreviver sem a ação da Previdência.

III - O preceito contido no art. 20, § 3º, da Lei n. 8.742/1993 não é o único critério válido para comprovar a condição de miserabilidade preceituada no art. 203, V, da Constituição Federal. A renda familiar *per capita* inferior a 1/4 do salário-mínimo deve ser considerada como um limite mínimo, um *quantum* objetivamente considerado insuficiente à subsistência do portador de deficiência e do idoso, o que não impede que o julgador faça uso de outros fatores que tenham o condão de comprovar a condição de miserabilidade do autor. Precedentes.

IV - A pretensão do embargante é obter novo julgamento, o que não é possível, via de regra, por meio de embargos declaratórios.

Embargos rejeitados (EDcl no AgRg no REsp n. 824.817-SP, Rel. Min. Felix Fischer, T5, DJ 11.12.2006).

12. No caso dos autos, o pedido foi julgado procedente pelo Juiz de primeira instância, por reconhecer, com base no conjunto fático-probatório dos autos, a condição de miserabilidade da autora, bem como ser ela portadora de deficiência, nos termos do art. 20, § 2º da Lei n. 8.742/1993, conforme se depreende do seguinte trecho da sentença:

Temos, portanto, uma renda familiar de R\$ 400,00 (quatrocentos reais) para quatro pessoas, o que a princípio, supera o estabelecido pelo parágrafo 3 do artigo 20 da Lei n. 8.742/1993, contudo algumas ponderações devem ser feitas, tendo em vista que a autora, por ser deficiente visual e com problemas neurológicos precisa de cuidados constantes de outra pessoa para auxiliá-la em sua higiene pessoal, alimentação e vestuário.

Além disso, verifica-se através do Estatuto Social a evidente precariedade das condições de vida da família da Autora, que não possui casa própria, vivendo em casa cedida pela Igreja Restauração.

Merece transcrição o parecer Ministerial que foi conclusivo ao pontuar que:

(...) ficou constatado através do laudo pericial de fls. 91-92 que a requerente é portadora de doença congênita (intrútero), o que a torna incapaz total e permanentemente para a vida laborativa e independentemente (conforme resposta ao quesito "a" de fls. 70).

Quanto ao requisito pertinente à carência financeira, ficou constatado no estudo sócio-econômico de fls. 85-86 que a composição familiar da requerente conta com quatro pessoas (juntamente com ela), ressaltando que somente o seu pai desempenha atividade laborativa como auxiliar de mecânica, percebendo a quantia mensal de R\$ 400,00 (quatrocentos reais).

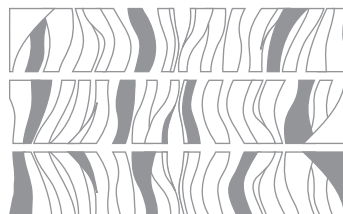
Apesar de conter no estudo sócio-econômico a afirmação de que a situação financeira da requerente e de sua família é estável, este *Parquet* Federal não vislumbrou o caso da mesma maneira. É evidente que a requerente apresenta uma condição financeira precária, já que todo o grupo familiar encontra-se sobrevivendo apenas com uma renda de R\$ 400,00 (quatrocentos reais), ou sejam correspondente a R\$ 100,00 (cem reais), não se podendo conceber que tal situação demonstra estabilidade financeira, conforme entendeu a assistente social (...) (fls. 117-118).

13. Ressalte-se que o Tribunal de origem reformou essa decisão, para afastar a concessão do benefício assistencial, com fundamento na constatação de que a renda *per capita* do núcleo familiar é superior ao limite estabelecido no art. 20, § 3º da Lei n. 8.742/1993, o que, como visto, vai de encontro ao entendimento jurisprudencial do STJ.

14. Dessa forma, tendo a agravante logrado comprovar sua condição de miserabilidade por outros meios, e estando preenchidos os requisitos legais, conforme antes analisado, faz jus à concessão do benefício assistencial pleiteado.

15. Diante disso, dá-se provimento ao Recurso Especial para determinar que seja restabelecida a sentença que julgou procedente o pedido da autora.

16. É como voto.



Jurisprudência da **Quinta Turma**

HABEAS CORPUS N. 88.825-GO (2007/0190212-1)

Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima

Impetrante: Délio Lins e Silva e outro

Advogada: Maria Simone Mendes Fortes e outro(s)

Impetrado: Tribunal Regional Federal da 1ª Região

Paciente: Ígor Santos da Silveira

EMENTA

Processual Penal. *Habeas corpus*. Suposta prática de tráfico internacional de entorpecentes. Paciente que não figura no polo passivo da ação penal. Constrangimento ilegal não-configurado. Ordem não-conhecida. Incompetência do juízo. Não-ocorrência. Art. 83 do CPP. Ilegalidade das interceptações telefônicas. Lei n. 9.296/1996. Carência de fundamentação. Nulidade. Ordem concedida.

1. Não tendo sido instaurada ação penal em desfavor do paciente, não resta caracterizada, neste momento, a ameaça de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, sanável pela via do *writ*, nos termos do inciso LXVIII do art. 5º da Constituição Federal. Vencido o Relator na preliminar de conhecimento.

2. O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento de que eventual declinação de competência não tem o condão de invalidar a prova até então colhida.

3. A competência jurisdicional, em regra, deve ser firmada pelo local dos fatos tidos como delituosos (art. 69, I, do CPP). Entretanto, em se tratando de competência por prevenção, como na hipótese, o juiz que tenha praticado algum ato do processo está prevento para os demais (art. 83 do CPP).

4. O afastamento da garantia inscrita no inciso XII do art. 5º da CF pressupõe o cumprimento cumulativo, das exigências cogentes, imperativas, de ordem pública, de direito estrito, contidas na Lei n. 9.296/1996, notadamente *a existência de indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal (art. 2º, I), decisão judicial fundamentada, sob pena de nulidade, pelo prazo de quinze dias, renovável (art. 5º), que*

a infração não seja punida com detenção e, que não seja possível realizar a prova por outros meios disponíveis.

5. O fato de a investigação ser sigilosa não exclui a necessidade de que a autoridade policial demonstre os indícios razoáveis da autoria ou participação do agente em infração penal, para que o Magistrado competente possa fazer seu juízo de convencimento a respeito, no sentido do atendimento ou não, da imperativa exigência apontada, para justificar a drástica medida invasiva do direito constitucional à incolumidade do sigilo, *ut* art. 5º, XII, da CF.

6. É inadmissível a manutenção da prova resultante de interceptação oriunda de injustificada quebra do sigilo telefônico, por falta de qualificação do agente e indicação de indícios razoáveis da sua autoria ou participação em infração penal, da inadequada fundamentação das autorizações judiciais, conforme exige o parágrafo único do art. 2º da Lei n. 9.296/1996, por violar os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana, além do excessivo período (660) dias, aproximadamente, da quebra do sigilo.

7. Ordem concedida para que sejam desentranhadas do Inquérito n. 2202.35.00.012047-8 todas as gravações interceptadas a partir e recebidas do telefone do paciente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Jorge Mussi e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Felix Fischer (Art. 162, § 2º do RISTJ).

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Jorge Mussi.

Brasília (DF), 15 de outubro de 2009 (data do julgamento).

Ministro Arnaldo Esteves Lima, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, impetrado em favor de *Ígor Santos da Silveira*, investigado pela suposta prática do delito de tráfico ilícito de entorpecentes.

Consta dos autos que o Juízo Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária do Goiás autorizou a interceptação telefônica do paciente para a investigação dos supostos delitos de tráfico ilícito de entorpecentes e associação ao tráfico.

Insurgem-se os impetrantes contra acórdão proferido pela 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que denegou a ordem originária, na qual se pretendia a nulidade das interceptações telefônicas e, em consequência, o desentranhamento dos autos de todas as gravações (HC n. 2007.01.00.009360-3-GO).

Alegam a incompetência do Juízo Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária do Goiás para autorizar as interceptações telefônicas: a) porque um dos investigados era, à época, deputado federal (fl. 10); b) pela ausência de fundamentação da decisão que deferiu a quebra do sigilo telefônico e suas sucessivas prorrogações (fls. 15-17); c) porque a competência é regulada pelo local do domicílio ou residência do réu, ainda que desconhecido o local da infração (fl. 15).

Sustentam, ainda, que, ao contrário do alegado no acórdão impugnado, a matéria ora posta em debate (ilicitude das interceptações telefônicas) não poderá ser discutida na Apelação Criminal n. 2003.35.00.01211-5-GO, porquanto o paciente não é parte no referido recurso (fl. 20).

Requerem, assim, liminarmente, “seja suspensa qualquer medida pré-processual em relação ao ora Paciente” (fl. 21). No mérito, a concessão da ordem para “que sejam desentranhadas do Inquérito n. 2002.35.00.012047-8 todas as gravações interceptadas a partir e recebidas do telefone do Paciente” (fl. 21). Subsidiariamente, que sejam desentranhadas dos autos as gravações feitas a partir de 23 de maio de 2002.

O pedido liminar foi por mim indeferido fl. 180.

Informações prestadas pela autoridade apontada como coatora às fls. 191-193, com documentação de fls. 194-353.

O Ministério Público Federal, por meio do parecer exarado pelo Subprocurador-Geral da República *Wagner Natal Batista*, opinou pela denegação da ordem (fls. 355-373).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima (Relator): Conforme relatado, almeja-se a concessão da ordem para “que sejam desentranhadas do Inquérito n. 2002.35.00.012047-8 todas as gravações interceptadas a partir e recebidas do telefone do Paciente” (fl. 21), sob o argumento de ser o Juízo Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária do Goiás incompetente para autorizar as interceptações telefônicas: a) porque um dos investigados era, à época, deputado federal (fl. 10); b) pela ausência de fundamentação da decisão que deferiu a quebra do sigilo telefônico e suas sucessivas prorrogações (fls. 15-17); c) porque a competência é regulada pelo local do domicílio ou residência do réu, ainda que desconhecido o local da infração (fl. 15).

Registre-se que, na sessão realizada dia 12.05.2009, *votei pelo não-conhecimento* deste *habeas corpus*, porquanto, não tendo sido instaurada ação penal em desfavor do paciente, não resta caracterizada, neste momento, a ameaça de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, sanável pela via do *writ*, nos termos do inciso LXVIII do art. 5º da Constituição Federal. Pediu vista o e. Ministro *Jorge Mussi*. Prosseguindo, em 08.09.2009, o julgamento, S. Excelência *votou pelo conhecimento*, sendo acompanhado pelos e. Ministros *Napoleão Nunes* e *Laurita Vaz*, ausente, justificadamente, o e. Ministro *Felix Fischer*.

Superada a preliminar, passo a análise da matéria de fundo.

O bem fundamentado acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região restou assim ementado (fl. 176):

Penal. Processual Penal. *Habeas corpus*. Quebra de sigilo. Pleito de anulação. Inconsistência.

1 - Alegação de incompetência da autoridade impetrada que não aproveita ao pleito, quer, de um lado, pela irrelevância dos argumentos desenvolvidos a esse fim, quer, de outro lado, pela impostergável necessidade de dilação probatória que estão a exigir.

2 - Alegação da desnecessidade da medida, a cujo respeito a prova ofertada desserve.

3 - Falta de motivação da decisão hostilizada, cujo teor, entretanto, aferível nos autos, evidencia o contrário.

4 - Pretensa ilegalidade da prova para finalidade diversa do objeto da medida, que não vem ao caso, pois a prova impugnada se insere na linha de

desdobramento das investigações de tráfico internacional de entorpecentes, envolvendo traficantes de nomeada, apaniguados, favorecedores e favorecidos.

5 - Constrangimento ilegal inócurre. Ordem denegada.

Quanto à alegada incompetência do Juízo Federal de Goiás para autorizar as interceptações telefônicas, tenho que não devem prosperar os argumentos aduzidos na inicial. Isso porque a Quinta Turma deste Superior Tribunal tem entendimento de que eventual declinação de competência não tem o condão de invalidar a prova até então colhida. Ilustrativamente:

Habeas corpus. Processual Penal. Interceptação telefônica autorizada pelo Juízo Federal. Declinação de competência para o Juízo Estadual. Não-invalidação da prova colhida.

1. Não se mostra ilícita a prova colhida mediante interceptação telefônica, se evidenciado que, durante as investigações pela Polícia Federal, quando se procedia à diligência de forma regular e em observância aos preceitos legais, foram obtidas provas suficientes para embasar a acusação contra os Pacientes, sendo certo que a posterior declinação de competência do Juízo Federal para o Juízo Estadual não tem o condão de, por si só, invalidar a prova até então colhida. Precedentes do STF e do STJ.

2. Ordem denegada. (HC n. 56.222-SP, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJ de 07.02.2008)

A competência jurisdicional, em regra, deve ser firmada pelo local dos fatos tidos como delituosos (art. 69, I, do CPP). Entretanto, em se tratando de competência por prevenção, como na hipótese, o juiz que tenha praticado algum ato do processo está prevento para os demais (art. 83 do CPP).

Acerca da matéria, o Tribunal de origem esclareceu que (fl. 336):

Quanto à incompetência do juiz, não se sustenta, pois o paciente não dispõe de prerrogativa de função. A circunstância de, em determinado momento da investigação, os autos terem sido remetidos ao Supremo Tribunal Federal, em razão da prerrogativa de foro de pessoas nela envolvidas, não retira a competência da autoridade para a quebra do sigilo telefônico do paciente, que não a detinha a documento de n. 08 (fls. 85-88), com que os impetrantes buscam demonstrar a incompetência da autoridade, a partir de 15 de outubro de 2002, não tem maior valia para esse fim, como também não o tem o documento de fl. 90 (ofício do juiz ao STF, em que ele afirma que a declinação de competência se estendeu ao paciente, Igor Santos da Silveira), uma vez que os impetrantes não provaram que, a partir de 15 de outubro de 2002, o impetrado continuava autorizando a interceptação das comunicações telefônicas do paciente, ou, ainda mais remota

mente, a partir de 23 de maio de 2002, conforme documento de fl. 07 (decisão do juiz, datada de 23.05.2002, em que reconhece referências a “favores obtidos pelos traficantes, junto ao Poder Judiciário, a/em da expressa referência a membros do Poder Legislativo” - cf. fl. 81), porque não ficou comprovado que a autoridade impetrada ordenara a interceptação telefônica de titular de prerrogativa de função. Dizem, mais, os impetrantes, para sustentar a incompetência, que, ao ordenar, no caso, a interceptação de pessoas ligadas ao deputado federal, ou ao Desembargador Federal e então Corregedor-Geral da Justiça Federal da 1ª Região, o nítido propósito da autoridade impetrada era o de investigá-los, sendo então incompetente. Tal argumento desafia prova, não bastando, assim, para tomar inquestionável a incompetência relativamente a pessoa sem prerrogativa de função, submetida, portanto, a sua competência, não figurando pessoas com prerrogativa de função no rol dos que estavam sendo investigados.

Com efeito, o fato dos autos terem sido encaminhados ao Supremo Tribunal Federal, em virtude da prerrogativa de foro de alguns denunciados, não retira a competência do juiz singular para a quebra do sigilo telefônico do paciente, que não detinha tal prerrogativa.

Sobre o tema, confira-se precedente desta Corte, no que interessa:

Criminal. HC. Roubo qualificado. Homicídio. Quadrilha. Interceptação telefônica autorizada pelo Juízo Estadual. Declinação de competência para o Juízo Federal. Não-invalidação da prova colhida. Prisão preventiva. Necessidade da custódia demonstrada. Presença dos requisitos autorizadores. Periculosidade do agente. Razões do decreto ratificadas pelo juízo competente. Excesso de prazo. Feito complexo. Princípio da razoabilidade. Prazo para a conclusão da instrução que não é absoluto. Trâmite regular. Demora justificada. Inépcia da denúncia. Falhas não-vislumbradas. Princípio da indivisibilidade da ação penal. Ação penal privada. Ação penal pública. Princípios da obrigatoriedade e da divisibilidade do processo. Alegações de cerceamento de defesa. Omissão do acórdão. Inocorrência. Ordem denegada.

I. Não procede o argumento de ilegalidade da interceptação telefônica, se evidenciado que, durante as investigações pela Polícia Civil, quando se procedia à diligência de forma regular e em observância aos preceitos legais, foram obtidas provas suficientes para embasar a acusação contra o paciente, sendo certo que a posterior declinação de competência do Juízo Estadual para o Juízo Federal não tem o condão de, por si só, invalidar a prova até então colhida.

(...)

XVI. Ordem denegada.

No tocante à alegação de que incompetência do Juízo Federal de Goiás para autorizar as interceptações telefônicas, porque um dos investigados era, à

época, deputado federal, tenho como incensurável a argumentação trazida pelo órgão ministerial atuante nesta instância, a qual adoto como razões de decidir, *in verbis* (fls. 450-453):

Destaca-se que não ha qualquer prova nos autos que indiquem que este fato ocorreu e impede-se o reexame do conjunto fático probatório em sede de *habeas corpus*. Ademais, em resposta ao pedido de informações o Juízo da 5ª Vara Federal informou que “só foi possível identificar que esse suposto esquema de *habeas corpus* consistia em conduta independente dos crimes supostamente perpetrados pelos traficantes, bem como o possível envolvimento de autoridades com prerrogativa de foro especial, após o aprofundamento das investigações relativas ao narcotráfico”. (Fl. 309)

Acrescenta ainda o Tribunal *a quo* que “a prova impugnada se insere na linha de desdobramento das investigações do tráfico internacional de entorpecentes, envolvendo traficantes de nomeada, apaniguados, favorecedores e favorecidos”.

Observa-se que houve a quebra do sigilo telefônico do paciente que não tem nenhum foro anteriormente designado para processo e julgamento, visto que não ha qualquer prerrogativa na função por ele exercida. Assim, por inexistir qualquer foro por prerrogativa na função exercida pelo paciente, não ha que se falar em ilicitude da prova determinada e colhida na fase pré processual.

Em razão da investigação criminal para se apurar a pratica de crimes de tráfico internacional de drogas, surgiram elementos indicativos do envolvimento de diversas autoridades no esquema de venda de *habeas corpus* para o benefício de integrantes da organização criminosa chefiada por Leonardo Dias Mendonça. Diante disso, houve a declinação de competência para o Supremo Tribunal Federal em 15 de outubro de 2002.

Da análise dos autos, observou-se que o Supremo Tribunal Federal após verificar que “o suposto esquema de venda de *habeas corpus* traduziu-se em ações distintas, envolvendo grupos diversos, beneficiando pessoas diferentes, e com atuação de juízes de primeiro e segundo grau de tribunais variados” decidiu por unanimidade, em sede de questão de ordem no Inquérito n. 1.871-3, pelo desmembramento do inquérito, na forma do artigo 80 do Código de Processo Penal, em acórdão assim ementado:

Inquérito. Investigação sobre tráfico de influência e suposto esquema de venda de *habeas corpus*. Apuração de crimes que exteriorizam tipos penais distintos, sem qualquer liame, envolvendo magistrados de tribunais diversos e pessoas não detentoras de foro privativo. Questão de Ordem resolvida no sentido do desmembramento do inquérito, preservando-se a competência constitucional/ de órgãos judiciários distintos. (Fl. 319)

Posteriormente, em 19 de dezembro de 2003, o Supremo Tribunal Federal decidiu “pelo prosseguimento do inquérito também em relação a Francisco Pinheiro Landim, declinando-se da competência em favor deste juízo, quanto a demais envolvidos, não detentores de prerrogativa de função.”

Desse modo, verifica-se que com essa decisão, “O próprio STF implicitamente confirmou a competência [...]” do juízo da 5ª Vara Federal de Goiás “para deferir os pedidos de quebra de sigilo telefônico em desfavor do paciente e demais pessoas não detentoras de prerrogativa de foro.” (Fl. 310)

Ocorre que em 23 de fevereiro de 2006 em decorrência da aposentadoria do Ministro Vicente Leal e da renúncia do Deputado Federal Francisco Landim, o STF declinou a competência e determinou a remessa dos autos ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em Acórdão assim ementado:

Ementa: Competência criminal. Especial. Prerrogativa de função. Não caracterização. Inquérito judicial penal. Ministro aposentado do STJ e ex Deputado Federal. Atos funcionais. Inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 84 do CPP, introduzidos pela Lei n. 10.628/2002. Pronúncia do Plenário nas ADIs n. 2.797 e n. 2.860. Incompetência do STF. Competência reconhecida do Tribunal Regional Federal. Agravos improvidos. O Supremo Tribunal Federal não tem competência para, após a cessação do exercício da função pública, processar e julgar pessoa que devia responder perante ele por crime comum ou de responsabilidade.

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região encaminhou os autos ao Juízo federal da 5ª Vara de Goiás, onde prosseguiram-se as investigações.

Dessa forma, o melhor entendimento é que “a competência deve ser verificada pelos fatos até o momento tido como delituosos, sendo que, na hipótese dos autos, relacionou-se a existência de sérios elementos de prática de entorpecentes pelo narcotraficante Leonardo Dias Mendonça.

A propósito, a Quinta Turma desta Corte já se pronunciou:

Criminal. HC. Formação de quadrilha. Roubo qualificado. Recepção. Interceptação telefônica. Hipótese de cabimento. Delitos apenados com reclusão. Regularidade formal da medida. Interceptação telefônica autorizada pelo juízo de uma comarca. Declinação de competência para outro juízo. Não-invalidação da prova colhida. Recurso desprovido.

I. Hipótese em que foi dado início à investigação criminal tendente à apuração de eventuais delitos de formação de quadrilha, roubo e recepção, na comarca de Viamão-RS, tendo sido solicitada a interceptação de comunicações telefônicas de alguns aparelhos, devidamente autorizada pelo Juízo local.

II. Afasta-se a hipótese de não cabimento das interceptações telefônicas no presente caso - que teriam sido realizadas a partir da ocorrência de delito de ameaça (enquadrada na exceção do inciso III do art. 2º da Lei n. 9.296/1996) - se consta do próprio inquérito policial que o mesmo instaurado com vistas à apuração dos delitos de crimes de quadrilha, receptação, roubo qualificado e outros.

III. A medida foi realizada nos estreitos moldes determinados na Lei n. 9.296/1996, porque determinada pelo Juiz a requerimento da autoridade policial, na investigação policial (art. 3º, I); foi demonstrada a necessidade de sua realização à apuração da infração penal; foi determinada pelo prazo legal de 15 dias, prorrogada por igual período através da comprovação de sua indispensabilidade como meio de prova.

IV. A interceptação correu em autos apartados, conforme determina o art. 8º da Lei n. 9.296/1996, e posteriormente apensados aos autos do inquérito policial, afastando a alegação de sua irregularidade.

V. Verificada a ocorrência de roubos na comarca de Porto Alegre-RS, os autos do Inquérito Policial foram para lá remetidos. Essa declinação de competência não tem o condão de invalidar as interceptações requeridas pelo Juízo anterior, pois na fase em que a medida foi autorizada, nada se sabia a respeito de eventuais delitos ocorridos em outra Comarca. (Precedentes).

VI. Recurso desprovido. (RHC n. 19.789-RS, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 05.02.2007)

Essa também é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

Ementa: I. Prisão preventiva: alegação de incompetência do juiz: superação. A questão de competência do Juiz que decretou a prisão preventiva ficou superada com nova decisão que a manteve, proferida pelo mesmo Juiz, quando já investido de jurisdição sobre o caso, por ato cuja validade não se discute. II. Quadrilha: denúncia idônea. 1. O crime de quadrilha se consuma, em relação aos fundadores, no momento em que aperfeiçoada a convergência de vontades entre mais de três pessoas, e, quanto àqueles que venham posteriormente a integrar-se ao bando já formado, no adesão de cada qual; crime formal, nem depende, a formação consumada de quadrilha, da realização ulterior de qualquer delito compreendido no âmbito de suas projetadas atividades criminosas, nem, conseqüentemente, a imputação do crime coletivo a cada um dos partícipes da organização reclama que se lhe possa atribuir participação concreta na comissão de algum dos crimes-fim da associação. 2. Segue-se que à aptidão da denúncia por quadrilha bastará, a rigor, a afirmativa de o denunciado se ter associado à organização formada de mais de três elementos e destinada à prática ulterior de crimes; para que se repute idônea a imputação a alguém da participação no bando não é necessário,

pois, que se lhe irroque a cooperação na prática dos delitos a que se destine a associação, aos quais se refira a denúncia, a título de evidências da sua formação anteriormente consumada. III. Denúncia: inépcia: imputação dos crimes de roubo e receptação, despida de qualquer elemento concreto de individualização dos fatos que os constituíam. IV. Interceptação telefônica: exigência de autorização do “juiz competente da ação principal” (Lei n. 9.296/1996, art. 1º): inteligência. 1. Se se cuida de obter a autorização para a interceptação telefônica no curso de processo penal, não suscita dúvidas a regra de competência do art. 1º da Lei n. 9.296/1996: só ao juiz da ação penal condenatória - e que dirige toda a instrução -, caberá deferir a medida cautelar incidente. 2. Quando, no entanto, a interceptação telefônica constituir medida cautelar preventiva, ainda no curso das investigações criminais, a mesma norma de competência há de ser entendida e aplicada com temperamentos, para não resultar em absurdos patentes: aí, o ponto de partida à determinação da competência para a ordem judicial de interceptação - não podendo ser o fato imputado, que só a denúncia, eventual e futura, precisará -, haverá de ser o fato suspeitado, objeto dos procedimentos investigatórios em curso. 3. Não induz à ilicitude da prova resultante da interceptação telefônica que a autorização provenha de Juiz Federal - aparentemente competente, à vista do objeto das investigações policiais em curso, ao tempo da decisão - que, posteriormente, se haja declarado incompetente, à vista do andamento delas. (HC n. 81.260, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ de 19.04.2002)

Relativamente à carência de fundamentação da decisão que deferiu a quebra do sigilo telefônico (linha 61- 99766449), por reiteradas vezes, perdurando por cerca de 660 dias, penso que razão assiste ao paciente.

Escusado lembrar que na delimitada via da ação de pedir *habeas corpus*, não se examina prova, salvo superficialmente, desde que preconstituída e convergente. Feita a ressalva, é oportuno gizar que o digno Delegado da Polícia Federal postulou a quebra do sigilo da referida linha telefônica do Paciente, sob fundamento (fls. 47-48):

...que nas diligências efetuadas em caráter sigiloso está confirmado o envolvimento de pessoas ligadas ao Deputado Federal pelo PMDB *Francisco Pinheiro Landim* e o próprio deputado, que buscam meios, junto ao TRF1, para revogação do mandado de prisão de *Leonardo Dias de Mendonça*, expedido pela Justiça de Água Boa-MT.

Dentre os envolvidos na negociação financeira destacamos *Antônio Carlos Ramos*, vulgo *Gago* ou *Totó*, foto abaixo, que recebe inúmeras ligações de *Leonardo* que clama por solução com referência ao julgamento do “*habeas corpus*”.

Na mesma busca de solução para julgamento do “*habeas corpus*” estão *José Antonio de Souza*...

Também está ligado ao caso o indivíduo até o momento identificado por *Igor* que, a exemplo de *José Antonio*, pode ser encontrado no gabinete do deputado *Francisco Paes Landim*”.

À fls. 159, do voto do e. Relator, colhe-se: “Pelo ofício de n. 2.059/2002, de 17 de dezembro de 2002, foi informado ao Presidente do STF, que a referida decisão declinatoria *fori (sic)* também era extensiva ao paciente e a outro investigado, porquanto, ao se negar o pedido de suas prisões temporárias, este juízo entendeu à época que as suas condutas não estavam diretamente relacionadas ao tráfico ilícito de entorpecentes, mas sim a eventual favorecimento de pessoas beneficiados em decisões em ordem de *habeas corpus*”.

As duas transcrições revelam: a) o fundamento do pedido da quebra do sigilo – investigações sigilosas –; b) que a conduta do Paciente esta ligada a eventual favorecimento de pessoas beneficiadas em decisões de *habeas corpus*.

O afastamento da garantia inscrita no inciso XII do art. 5º da CF, como é sabido, pressupõe o cumprimento cumulativo, das exigências cogentes, imperativas, de ordem pública, de direito estrito, contidas na Lei n. 9.296/1996, notadamente *a existência de indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal (art. 2º, I), decisão judicial fundamentada, sob pena de nulidade, pelo prazo de quinze dias, renovável (art. 5º), que a infração não seja punida com detenção e, que não seja possível realizar a prova por outros meios disponíveis.*

Cotejando, no entanto, as razões que determinaram a quebra do sigilo, na espécie, com tais exigências, conclui-se que a mesma carece de adequada fundamentação, com a devida *vênia*, conforme se colhe de seu teor (fls. 168-169):

Por outro lado, no que se refere à quebra do sigilo, para monitoramento, das linhas (61) 475-5610, (61) 338-8541, (61) 355-5387 e (61) 9976-6449 a referida Lei n. 9.296/1996 impõe como requisitos para a interceptação de dados telefônicos que se trate de investigação criminal, autorização por juiz competente (art. 1º), houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal punida com pena de reclusão (Damásio preleciona que os indícios da autoria não se referem ao usuário da linha telefônica, mas das pessoas investigadas, art. 2º), a forma de execução e o prazo da diligência (art. 5º).

In casu, os fatos sob investigação policial são da máxima gravidade, eis que o investigado *Leonardo Dias de Mendonça*, segundo informações da Polícia Federal, é pessoa vinculada ao tráfico internacional de cocaína, tendo vários contatos com traficantes de cocaína, tendo, inclusive, segundo relata a autoridade policial, associado-se a *Vicente de Paulo Lima* para o fornecimento de cocaína a *Romilton Queiros Hossi* (fl. 662).

Os indícios até agora apurados são mais do que razoáveis em demonstrar a participação de *Leonardo Mendonça* e seus comparsas no tráfico internacional de cocaína.

O ofício de fls. 661-665 é riquíssimo ao detalhar as atividades de *Leonardo Dias de Mendonça* e de seus comparsas no suposto tráfico internacional de entorpecentes.

Diante de tais fundamentos o pedido de monitoramento das linhas telefônicas (61) 475-5610, (61) 338-8541, (61) 355-5387 e (61) 9976-6449 apresenta-se absolutamente necessário, diante da impossibilidade da utilização de outros meios de prova.

Ademais, é de se ressaltar que, pela gravidade dos fatos, a interceptação de dados telefônicos torna-se imprescindível, sobretudo tendo-se por base a teoria da proporcionalidade, já albergada pelo STF no julgado contido na RT 709/418, ao entender que as garantias constitucionais não podem constituir instrumento da salvaguarda de práticas ilícitas.

Verifica-se que, em relação ao Paciente, cuja investigação circunscrevia-se a suposta participação em “eventual favorecimento de presos beneficiados por decisões em ordem de *habeas corpus*” (fls. 159), não se disse nada de específico, pertinente, em tal motivação. Em suma, ainda que sinteticamente, deveria existir alguma menção fática, no ponto, para justificar a exceção que é, efetivamente, a quebra do sigilo.

Tanto se revelou desprovida de fundamento idôneo, quanto ao Paciente, que a mesma, embora renovada por inúmeras vezes, persistindo por longos 660 dias, aproximadamente, não resultou, quanto a ele, em nenhuma consequência efetiva, no que tange a eventual persecução criminal, mormente no inquérito no qual ocorreu as interceptações; aliás, o vencido voto que proferi, pelo não conhecimento deste *writ* escudou-se, basicamente, em tal aspecto.

Convém salientar mesmo, que a promoção da operosa Polícia Federal, pelo Sr. Delegado competente, não denotou em que consistiria, quanto ao Paciente, pelo menos, os *indícios razoáveis a que alude o inciso I, art. 2º, da lei de regência, pois limitou-se a dizer que*, “nas diligências efetuadas em caráter sigiloso está confirmado o envolvimento...” (fls. 47-48); intuitivo que, para o MM. Juiz Federal competente, avaliar se se faziam presentes indícios razoáveis, era imprescindível, como é, decliná-los, não bastando mencionar... “em caráter sigiloso”, isto, *data vênia*, não atende ao imperativo legal.

Lembre-se da definição de indício, prescrita no art. 239 do CPP: “Art. 239. Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.”

Resta claro que, mesmo que a investigação sigilosa tenha revelado indícios, estes deveriam, necessariamente, ter sido declinados, expressamente, para o Magistrado competente, propiciando-lhe elementos para avaliá-los, fazendo seu juízo a respeito, no sentido do atendimento ou não, da imperativa exigência apontada, para justificar a drástica medida invasiva do direito constitucional à incolumidade do sigilo, *ut* art. 5º, XII, da CF, como regra.

Revela-se, pois, abusiva a manutenção da prova resultante da interceptação das comunicações telefônicas, no período respectivo, oriundas da injustificada quebra do sigilo da linha (61-9976.6449), do qual era usuário o Paciente, por falta da indicação de indícios razoáveis da sua autoria ou participação, da inadequada fundamentação, quanto a ele, das autorizações judiciais, da falta de sua qualificação, conforme exige o parágrafo único, do art. 2º, quando possível, e tal o era pois dito que poderia ser encontrado no gabinete do deputado, da exagerada duração da medida, 660 dias, aproximados, o que viola os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, em seus alcances, como limitadores de exageros por parte, sobretudo, das autoridades, atentando, inclusive, contra o princípio magno e sensível da dignidade da pessoa humana, pois é deveras inconcebível que, a não ser em situações absolutamente excepcionais e exuberantemente justificadas, judicialmente, perdure, por tanto tempo, a exceção, como se qualifica tal medida consistente na quebra do sigilo. Não foi outra, aliás, a razão que levou o legislador a cercar tal providência de várias cautelas, como se colhe do inteiro teor da Lei n. 9.296/1996, que deve, por isto mesmo, ser aplicada com as imprescindíveis moderação e parcimônia, até mesmo para emprestar a necessária higidez e credibilidade, como fator de convencimento, às provas colhidas por tal meio.

Em suma, restei convencido que houve excesso, quanto ao Paciente, que sequer denunciado foi em razão do inquérito no qual se procedeu a tais medidas restritivas do seu direito ao resguardo do sigilo, como princípio.

Sublinhe-se que tal prova foi migrada, ao que se infere, dos inquéritos originários n. 2000.35.00.17677-0 e 2000.35.001517, reunidos no de n. 2003.35.00.01211-5-GO, para o de n. 2002.35.00.012047-8-DF, que tramita, ao que consta de seu andamento, há sete anos, mais ou menos, sem denúncia

alguma, padecendo a mesma prova, quanto ao Paciente, encartada neste último procedimento, do vício originário de ilegalidade, por iguais razões, conforme veio a ser disciplinado, especificamente, na recente Lei n. 11.690, de 09.06.2008, que alterou dispositivos do CPP, dispondo, em seu art. 157:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

Ante o exposto, *concedo* a ordem de *habeas corpus*, nos estritos termos e para os fins constantes do pedido de fls. 21, em especial seu item II.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Jorge Mussi: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, ajuizado em favor de *Igor Santos da Silveira*, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região que, julgando *writ* lá ajuizado, denegou a ordem, mantendo a decisão do Juízo Federal que deferiu a interceptação dos terminais telefônicos do paciente (HC n. 2007.01.00.009360-3), em acórdão assim ementado:

Penal. Processual Penal. *Habeas corpus*. Quebra de sigilo. Pleito de anulação. Inconsistência.

1 - Alegação de incompetência da autoridade impetrada que não aproveita ao pleito, quer, de um lado, pela irrelevância dos argumentos desenvolvidos a esse fim, quer, de outro lado, pela impostergável necessidade de dilação probatória que estão a exigir.

2 - Alegação da desnecessidade da medida, a cujo respeito a prova ofertada desserve.

3 - Falta de motivação da decisão hostilizada, cujo teor, entretanto, aferível nos autos, evidencia o contrário.

4 - Pretensa ilegalidade da prova para finalidade diversa do objeto da medida, que não vem ao caso, pois a prova impugnada se insere na linha de desdobramento das investigações de tráfico internacional de entorpecentes, envolvendo traficantes de nomeada, apaniguados, favorecedores e favorecidos.

5 - Constrangimento ilegal incorrente. Ordem denegada (fls. 176).

Sustentam os impetrantes a ocorrência de constrangimento ilegal, diante da incompetência do Juízo Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Goiás para autorizar a escuta telefônica, visto que “o objetivo da quebra do sigilo do paciente não era o de investigá-lo nem o tráfico de entorpecentes, objeto da medida inicial. Era indubitavelmente, o de investigar um parlamentar - o então Deputado Federal Francisco Pinheiro Landim - pelo fato deste e de seus auxiliares - José Antônio de Souza e Igor de Tal - e de pessoa de ‘fácil trânsito com o deputado’ - Francisco Olímpio - buscarem meios para revogar a prisão preventiva decretada pela Justiça de Água Boa-MT em desfavor de Leonardo Dias de Mendonça” (fls. 10).

Argumentam, portanto, que desde que o Juiz Federal tomou conhecimento do envolvimento de um deputado federal com narcotraficantes – 20.02.2001 - deveria ter enviado os autos ao órgão judicial competente, ou seja, ao Supremo Tribunal Federal, contudo, “durante mais de 20 meses, prosseguiu usurpando a competência da Excelsa Corte, sob a desculpa de que grampeara somente os auxiliares do deputado” (fls. 12), salientando que, segundo precedentes do TRF da 1ª Região, não poderia a autoridade judicial determinar, por via oblíqua, a interceptação telefônica de pessoa que não está sujeita à sua jurisdição, por ter foro privilegiado, ao ordenar a do “fiel ajudante” dessa pessoa (HC n. 2005.01.00.003090-3-RR).

Dizem que, mesmo após manifestação do órgão ministerial no sentido da existência de graves indícios de envolvimento de membros dos Poderes Judiciário e Legislativo na prática de crimes e de reconhecimento de favores obtidos pelos traficantes junto àquele Poder, isso em 23.05.2003, continuou o Juízo *a quo* a autorizar o monitoramento telefônico do paciente.

Asseveram que haveria provas no *writ* originário no sentido de que, mesmo após a declinação da competência em favor do Supremo Tribunal Federal, ocorrida em 15.10.2002, as interceptações telefônicas prosseguiram em desfavor do paciente, já que as conversas transcritas a fls. 94 datam de 13 e 14.11.2002.

Alegam ainda a incompetência territorial do Juízo Federal de Goiás para autorizar o monitoramento telefônico do paciente, vez que o fato investigado - procurar meios junto ao TRF da 1ª Região para a revogação de prisão preventiva de traficante - “sem dúvida alguma não se passava nos limites territoriais de Goiás, mas do Distrito Federal”, de forma que “os juízes federais de Goiás e do Distrito Federal não eram igualmente competentes”, inviabilizando a definição da competência pela prevenção (fls. 15), devendo-se concluir pela competência do Juízo Federal do Distrito Federal e Territórios, onde os supostos atos criminosos teriam ocorrido.

Sustentam também a carência de fundamentação da decisão que ordenou a escuta telefônica, dada a ausência de indicação precisa acerca da necessidade e imprescindibilidade da medida relativamente ao paciente, que durou por cerca de 22 meses, bem como daquelas que decidiram pela sua prorrogação.

Aduzem, por fim, que não pode prevalecer o entendimento da Corte Federal originária, quando concluiu pela impossibilidade de analisar, em sede de *habeas corpus*, a ilegalidade das escutas produzidas contra o paciente, devendo a matéria ser discutida quando do julgamento da Apelação Criminal n. 2003.35.00.01211-5-GO, vez que os autos de n. 2000.35.00.17677-0 e 2000.35.00.01517-9, em que teria ocorrido o indevido monitoramento do paciente, foram apensados àquele recurso.

Fazem ver que o paciente não é parte no referido apelo “e, portanto, ali não se discute da sua interceptação telefônica. De modo que não há a mínima possibilidade de que, naquele recurso, se enfrente a arguição de ilegalidade dessa prova, a única que é objeto da presente impetração” (fls. 20).

Pelo exposto, requereram a concessão sumária da ordem mandamental, a fim de que fossem suspensas quaisquer medidas pré-processuais em relação ao paciente, “tais como busca e apreensão, quebra de sigilos bancário e fiscal, interceptação telefônica e outras”, até o julgamento de mérito do presente *mandamus*, em que pretendem a concessão da ordem, “a fim de que sejam desentranhadas do Inquérito n. 2002.35.00.012047-8 todas as gravações interceptadas a partir e recebidas do telefone do paciente (61-9976-6449)” (fls. 21).

A liminar foi indeferida por decisão do Excelentíssimo Senhor Ministro Relator, Arnaldo Esteves Lima (fls. 180).

Instado, o Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem.

Sobreveio petição dos impetrantes, reiterando os argumentos lançados na inicial e acrescentando que, diante da decisão proferida no HC n. 76.686-PR, a colenda Sexta Turma teria revisto a jurisprudência deste Sodalício “para sufragar o entendimento de que, nos termos da Constituição Federal e da Lei n. 9.296/1996, a interceptação telefônica não pode ultrapassar o prazo de 30 dias”, pelo que requer a concessão da ordem mandamental, para que seja anulada “a interceptação telefônica em causa, senão desde a primeira autorização, pelo menos após os trinta dias admitidos pela lei, ou seja, a partir de 06.04.2001” (fls. 393).

Levado a julgamento, o Excelentíssimo Senhor Ministro Relator votou pelo não conhecimento do remédio constitucional, ao fundamento de que, tendo os autos que trataram da quebra do sigilo telefônico do paciente sido apensados ao da Ação Penal n. 2003.35.00.01211-5-GO, do qual não consta *Igor Santos da Silveira* como denunciado, circunstância que revelaria a inexistência de ameaça ao seu direito de ir e vir, tutelado pelo *habeas corpus*, e a inadequação da ação para os fins propostos.

O Excelentíssimo Senhor Ministro Napoleão Nunes Maia Filho votou pelo conhecimento do *mandamus*.

É o relatório.

Cinge-se a questão, inicialmente, a saber se o *habeas corpus* é o meio adequado para obter a declaração de nulidade de escutas telefônicas realizadas em desfavor do paciente, as quais acoimam-se de ilegais, diante da incompetência do Juízo Federal que as autorizou, em razão da carência de fundamentação das referidas decisões e ainda em função da duração das escutas, que excedeu trinta dias, e via de consequência, conseguir o seu desapensamento.

Em que pese a opinião divergente do Excelentíssimo Senhor Ministro Relator, pensa-se que sim.

Segundo o art. 5º, LXVIII, da Carta Magna, “conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”.

O mérito da impetração, como se viu, reside na ilegalidade das decisões judiciais que determinaram o monitoramento telefônico do paciente, que perduraram ao que parece pelo período de vinte e dois meses, diante da sustentada incompetência do Juízo Federal que as autorizou, em razão da aventada falta de motivação concreta e específica no tocante à necessidade da

medida de exceção em relação ao indiciado e ainda pelo prazo de sua duração, superior a trinta dias, ou seja, ataca-se ato de autoridade que poderá interferir na liberdade de ir e vir do paciente.

Merece, nesse contexto, ser conhecido o *mandamus*.

E isso porquanto das informações do Juízo *a quo*, juntadas a fls. 132-135, percebe-se que, sendo identificado, no curso das investigações levadas à efeito na denominada “Operação Diamante” - autos n. 2000.35.00.011517-9 - suposto esquema de venda de decisões judiciais, especialmente em *habeas corpus*, em que havia o envolvimento de autoridades integrantes dos Poderes Judiciário e Legislativo, com prerrogativa de foro, segundo relatório circunstanciado da Polícia Federal, que deu origem aos autos de n. 2002.35.00.012047-8 - houve a declinação, pelo Juiz Federal, de sua competência para o Supremo Tribunal Federal, competindo inclusive àquela Corte Suprema decidir acerca de eventual desmembramento do feito em relação aos demais envolvidos, não detentores de foro privilegiado por prerrogativa de função, inclusive em relação ao ora paciente.

Extrai-se que a Suprema Corte, por seu turno, julgando a Questão de Ordem em Inquérito n. 1.871-6-GO, em decisão proferida em 11.06.2003, “após analisar o procedimento de interceptação telefônica, verificou que ‘o suposto esquema de venda de *habeas corpus* traduziu-se em ações distintas, envolvendo grupos diversos, beneficiando pessoas diferentes, e com atuação de juízes de primeiro e segundo grau de tribunais variados’. Desse modo, determinou, com base no art. 80 do CPP, o desmembramento dos referidos autos, com extração de cópias ao STJ e ao TRF da 1ª Região para que prosseguissem nas investigações em relação às autoridades judiciárias com foro privativo” (fls. 134).

Consta ainda que, “pelo provimento proferido em 19 de dezembro de 2003, o STF decidiu pelo prosseguimento do inquérito em relação a Francisco Pinheiro Landim, declinando-se da competência em favor” do Juízo Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária de Goiás “quanto aos demais envolvidos, não detentores de prerrogativa de função” (fls. 134), aqui incluído o paciente.

Por fim, noticia o togado singular que o Supremo Tribunal Federal, em 05.05.2004, em razão da aposentadoria do membro do Judiciário Superior suspeito e diante da renúncia do deputado federal envolvido, “declinou da competência, determinando a remessa dos autos ao TRF da 1ª Região, que os encaminhou” ao Juízo Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária de Goiás, “onde as investigações prosseguem normalmente” (fls. 135).

E, em consulta ao *site* do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, obteve-se informação que o Inquérito Policial n. 2002.35.00.012047-8 prossegue, tendo, por decisão datada de 04.03.2009, sido os autos remetidos “a uma das Varas Criminais da Seção Judiciária do Distrito Federal”, em razão de declinação de competência do Juízo da 5ª Vara Federal da Seção Judiciária de Goiás.

Assim, salvo melhor juízo, o fato de o paciente não estar denunciado nos autos da ação penal em que se apura o cometimento de crimes da Lei n. 11.343/2006 - Ação Penal n. 2003.35.00.001211-5 - atribuídos a Leonardo Dias de Mendonça e outros, já em grau de recurso no TRF da 1ª Região, em nada impede o conhecimento do presente *mandamus*, vez que a investigação quanto ao mesmo, pelos elementos que instruem a inicial, perduram em procedimento inquisitorial que agora foi encaminhado à Justiça Federal do Distrito Federal e Territórios, a qual se entendeu competente para apreciar os ilícitos lá apurados.

Ora, o procedimento em tela destina-se à apuração da perpetração de ilícitos penais, do qual poderá decorrer futuras restrições à liberdade de locomoção do paciente, consistentes na sujeição a comparecer a atos do inquérito policial ainda em curso contra si, podendo ensejar também o oferecimento de denúncia e inclusive a sua própria segregação, merecendo, assim, conhecido o *mandamus*, visto que a situação enquadra-se, embora por vias oblíquas, na dicção do art. 5º, LXVIII, da CF, que prevê o *habeas corpus* como ação constitucional que presta-se a repelir constrangimento ilegal ou ameaça à liberdade de locomoção, por abuso de poder ou ato de autoridade.

Esse é o entendimento que vem sendo adotado por esta Corte em vários julgados análogos, consoante se extrai do seguinte precedente da colenda Sexta Turma, veja-se:

Processual Penal. *Habeas corpus*. 1. Busca e apreensão. Ilegalidade. Questionamento. Falta de fundamentação. Incompetência do juízo que autorizou a medida. *Habeas corpus*. Cabimento. Reflexo indireto à liberdade de locomoção. 2. Ordem concedida em parte para que o Tribunal *a quo* conheça e julgue a matéria suscitada no *writ* originário.

1. É cabível *habeas corpus* como meio de impugnação de validade de atos de procedimento no qual se apura possível prática de crime, e do qual pode advir restrição à liberdade de locomoção ao paciente.

2. Ordem concedida em parte para que o tribunal conheça e julgue a matéria suscitada no *writ* originário. (HC n. 80.632-SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 18.12.2007).

A respeito do tema, mister ainda trazer à colação doutrina que admite o manejo do *mandamus* para os fins aqui requeridos, leia-se:

O Código de Processo Penal de 1941 (art. 647) refere-se à iminência da violência ou coação como requisito para concessão da ordem em caráter preventivo, mas essa limitação não subsiste no nosso ordenamento, desde a Constituição de 1946, razão pela qual é admissível a tutela antecipada mesmo em situações em que a prisão constitua evento apenas possível a longo prazo; essa característica tem permitido que o *habeas corpus* seja, entre nós, um remédio extremamente eficaz para o controle da legalidade de todas as fases da persecução criminal. (GRINOVER, Ada Pellegrini, *et alii*. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécies, ações de impugnação, reclamação aos tribunais*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2001, p. 347).

Pelo exposto, voto pelo conhecimento do *habeas corpus*.

Vencida a questão quanto ao cabimento do remédio constitucional eleito para apreciar as postulações expostas na inicial, passa-se à análise do mérito.

Depreende-se da documentação que acompanha o *writ* que em 06.03.2001, a requerimento da autoridade policial federal, foi decretada pelo Juízo Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária de Goiás a quebra do sigilo telefônico de aparelho celular pertencente e utilizado pelo paciente, nos autos de n. 2000.35.00.001517-9, já em curso e que foi instaurado para investigar a suposta prática de crime de tráfico internacional de drogas cometido por organização criminosa em tese liderada por Leonardo Dias de Mendonça, criminoso com mandado de prisão expedido pela Justiça de Água Boa-MT e então “refugiado na Colômbia, de onde coordena a produção e distribuição de cocaína para o Brasil e outros países da América do Norte e Europa” (fls. 55).

Sustentam os impetrantes a ausência de competência daquela autoridade judiciária para autorizar a medida de exceção, visto que, diante de notícias de envolvimento de autoridades que gozavam de foro privilegiado, deveria ter encaminhado o requerimento ao Supremo Tribunal Federal, competente para ordenar a quebra de sigilo na hipótese.

O Tribunal impugnado, julgando a questão, assim manifestou-se:

Quanto à incompetência do juiz, não se sustenta, pois o paciente não dispõe de prerrogativa de função. A circunstância de, em determinado momento da investigação, os autos terem sido remetidos ao Supremo Tribunal Federal, em razão da prerrogativa de foro de pessoas nela envolvidas, não retira a competência da autoridade para a quebra do sigilo telefônico do paciente, que

não a detinha. O documento de n. 8 (fls. 85-88), com que os impetrantes buscam demonstrar a incompetência da autoridade, a partir de 15 de outubro de 2002, não tem maior valia para esse fim, como também não o tem o documento de fl. 90 (ofício do juiz ao STF, em que ele afirma que a declinação de competência se estendeu ao paciente, Igor Santos da Silveira), uma vez que os impetrantes não provaram que, a partir de 15 de outubro de 2002, o impetrado continuava autorizando a interceptação das comunicações telefônicas do paciente, ou, ainda mais remotamente, a partir de 23 de maio de 2002, conforme documento de fl. 7 (decisão do juiz, datada de 23.05.2002, em que reconhece referências a “favores obtidos pelos traficantes, junto ao Poder Judiciário, além da expressa referência a membros do Poder Legislativo” – cf. fl. 81), porque não ficou comprovado que a autoridade impetrada ordenara a interceptação telefônica de titular de prerrogativa de função. Dizem, mais, os impetrantes, para sustentar a incompetência, que, ao ordenar, no caso, a interceptação de pessoas ligadas ao deputado federal, ou ao Desembargador Federal e então Corregedor-Geral da Justiça Federal da 1ª Região, o nítido propósito da autoridade impetrada era o de investigá-los, sendo então incompetente. Tal argumento desafia prova, não bastando, assim, para tornar inquestionável a incompetência relativamente à pessoa sem prerrogativa de função, submetida, portanto, à sua competência, não figurando pessoas com prerrogativa de função no rol dos que estavam sendo investigados. [...] (fls. 161).

De acordo com a doutrina: “O Direito à intimidade, à privacidade, à honra, e todas as suas formas de manifestação, ou seja, a inviolabilidade do domicílio, da correspondência, das comunicações, que se constituem apenas em algumas das várias modalidades de exercício dos aludidos direitos (intimidade etc.), podem como regra, ser limitados, por não configurarem nenhum direito absoluto. Podem e poderão, por isso, ser limitados, sempre que o respectivo exercício puder atingir outros valores igualmente protegidos na Constituição, e desde que haja previsão expressa na lei”, razão pela qual não há “qualquer inconstitucionalidade na Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996, que regulamenta as hipóteses nas quais serão possíveis as interceptações telefônicas” (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 11ª ed., Lumen Juris: RJ, 2009, p. 311).

Esclarecido esse ponto, prevê o art. 1º da Lei n. 9.296/1996 que: “A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para a prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça”, exigindo ainda o art. 2º da citada lei especial que haja indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal punida com pena de reclusão, bem como que a prova do crime não possa ser feita por outros meios.

Em relação à competência, deve a regra do art. 1º da Lei n. 9.296/1996 ser entendida e aplicada com temperamentos quando a interceptação telefônica constituir medida cautelar preventiva ou preparatória, como ocorreu no caso, devendo a competência, nessas hipóteses, ser verificada pelos fatos até aquele momento - da autorização judicial - tidos como delituosos, pelo que com razão o Tribunal impugnado, quando afirma a competência da autoridade federal que ordenou a medida extrema, já que os ilícitos objeto da investigação policial diziam respeito, inicialmente, à sérios indícios de prática de delitos de tráfico internacional de drogas por organização criminosa liderada por Leonardo Dias de Mendonça e, surgindo no curso das investigações o nome do paciente como ligado, em tese, aos comparsas do aludido narcotraficante, que estavam buscando meios para tornar sem efeito sua prisão, viu-se a necessidade de investigá-lo também, a fim de obter maiores elementos de prova quanto ao alcance delitivo da referida quadrilha.

Assim, o Delegado de Polícia da Superintendência Regional em Goiás que presidia as investigações representou pela continuidade do monitoramento dos suspeitos e pelo início da escuta telefônica de *Igor*, o que foi deferido pelo Juízo Federal apontado.

Não consta, dos elementos que instruem o *mandamus*, nenhum pedido da autoridade policial de quebra de sigilo telefônico de autoridade detentora de foro privilegiado, ou seja, o Juízo Federal somente ordenou a escuta de pessoas sujeitas à sua jurisdição.

Ademais, em 23.05.2002, o Juízo Federal, analisando novo pedido de continuidade das escutas formulado pela autoridade policial, observando que os relatórios policiais em certos momentos faziam alusão “a favores obtidos pelos traficantes junto ao Poder Judiciário, além de expressa referência a membro do Poder Legislativo”, e mesmo não tendo “encontrado a indicação expressa de quais favores seriam esses”, diligentemente, houve por bem ordenar à autoridade policial que elaborasse um relatório circunstanciado e específico “quanto à existência de elementos nestes autos que levem à conclusão do envolvimento de juízes e/ou parlamentares em atividade ilícita”, dando-lhe o prazo máximo de 30 dias para a tarefa (fls. 104).

Concluído o referido relatório, e verificando o Juízo singular a efetiva presença de indícios de envolvimento de autoridades federais com prerrogativa de foro por função, em 15.01.2002 declinou imediatamente de sua competência ao STF, não havendo nos presentes autos provas de que, após isso, tenham

existido outras decisões do Juiz Federal apontado como coator autorizando a continuidade das escutas telefônicas em relação ao paciente.

De frisar-se que o fato de ter havido posterior declinação de competência pelo Juízo Federal *a quo* ao Supremo Tribunal Federal e, posteriormente, a uma das Varas Criminais da Seção Judiciária do Distrito Federal e Territórios, em nada contamina e nem invalida as decisões anteriores daquela autoridade judicial, nem a prova colhida, à vista do objeto das investigações policiais em curso à época das autorizações e também porque o paciente não detinha, nem detém, foro privativo, valendo ressaltar que somente com a continuidade do monitoramento telefônico e o aprofundamento das investigações foi possível identificar outros delitos praticados pela quadrilha liderada por Leonardo, bem como o envolvimento de autoridades com foro privilegiado, dada a suposta ocorrência de tráfico de influência e o em tese esquema de venda de decisões judiciais, que visavam, ao que parece, beneficiar Leonardo e membros da organização por ele comandada, condutas criminosas que, consoante decidiu o STF, consistiam em atos independentes dos crimes supostamente praticados pelos traficantes investigados, ensejando, por isso, o seu desmembramento das investigações em que se apurava o tráfico internacional.

A propósito, desta Quinta Turma:

Habeas corpus. Processual Penal. Interceptação telefônica autorizada pelo Juízo Federal. Declinação de competência para o Juízo Estadual. Não-invalidação da prova colhida.

1. Não se mostra ilícita a prova colhida mediante interceptação telefônica, se evidenciado que, durante as investigações pela Polícia Federal, quando se procedia à diligência de forma regular e em observância aos preceitos legais, foram obtidas provas suficientes para embasar a acusação contra os Pacientes, **sendo certo que a posterior declinação de competência do Juízo Federal para o Juízo Estadual não tem o condão de, por si só, invalidar a prova até então colhida. Precedentes do STF e do STJ.**

2. Ordem denegada. (HC n. 56.222-SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. em 11.12.2007 - negritamos).

Criminal. HC. Tráfico internacional de entorpecentes. Nulidade do processo. Interceptação telefônica. Prova emprestada reputada ilícita em processo anterior perante a Justiça Estadual. Condenação na Justiça Federal. Ausência de nulidade. Regularidade formal da medida. Interceptação telefônica autorizada pelo Juízo Estadual. Não-invalidação da prova colhida. Prova emprestada. Outros elementos de convicção. Provas posteriormente obtidas. Ilegalidade. Inviável apreciação em sede de *habeas corpus*. Ordem denegada.

I. Hipótese em que a denúncia se baseou em peças informativas provenientes de transcrições captadas em escutas telefônicas, integrantes de processo criminal da Justiça Estadual, no qual referidas provas foram consideradas ilícitas.

II. Condenação com base em farto conteúdo probatório dos autos, incluídas as interceptações telefônicas.

III. Medida realizada, em princípio, nos moldes determinados na Lei n. 9.296/1996.

IV. Eventual declinação de competência que não tem o condão de invalidar a prova até então colhida. Precedentes.

V. Independentemente de se tratar de utilização de prova emprestada, as mesmas foram reputadas legítimas na presente ação penal, adicionado ao fato de que outros elementos de convicção foram utilizados para a formação do juízo condenatório, afastando a alegação de nulidade. Precedentes.

VI. Inviabilidade de análise da ilegalidade das demais provas, em função do que foi produzido e a sua relação com a denúncia e com a condenação, em face do incabível exame do conjunto fático probatório que se faria necessário, inviável na via eleita.

VII. Ordem denegada. (HC n. 66.873-SP, Rel. Ministro Gilson Dipp, julgado em 17.05.2007 - destacamos).

Não há igualmente o que falar em incompetência territorial do Juízo da 5ª Vara Federal da Seção Judiciária de Goiás, pois, como bem consignou a Corte impetrada:

Ainda, para ilustrar a incompetência, alegam os impetrantes que, “se o aparelho telefônico do paciente era do Distrito Federal (0xx61-9976-6449) e os fatos suspeitados aqui se passavam, o Juízo Federal de Goiás não tinha competência territorial para determinar a interceptação, consoante estipula o art. 11 da Lei n. 5.010, de 30 de maio de 1966” (fl. 14), e que “a medida só poderia ser cumprida mediante precatória expedida para o Juízo Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, o que não ocorreu” (fl. 14). Tal alegação não aproveita, porque a competência do juiz derivava de prevenção, e a prática do ato não dependia de precatória judicial, mas de diligência a ser cumprida pela polícia.

Ora, as investigações tiveram início para apurar o possível cometimento de tráfico internacional de entorpecentes, sendo o Juízo Federal da Seção Judiciária de Goiás o que primeiro tomou conhecimento dos fatos, e ao que parece, era o competente, em razão do lugar onde teriam supostamente ocorrido os atos criminosos atribuídos ao bando de Leonardo Dias de Mendonça, decidindo sobre as medidas cautelares e urgentes atinentes à investigação em questão, surgindo o nome de *Igor* somente posteriormente, e relacionado inicialmente aos

asseclas daquele criminoso, que tinham relacionamento com pessoas influentes que poderiam beneficiar Leonardo, isto é, as investigações, até aquele momento, ainda diziam respeito unicamente ao narcotráfico e suas ramificações.

A circunstâncias de surgir, posteriormente, fatos criminosos diversos, em tese cometidos em outra unidade da federação, por terceiras pessoas que não os narcotraficantes, não invalida a ordem judicial em questão, posto que a competência, nesses casos, como já salientado, deve ser aferida pelos fatos até aquele momento apurados.

De mais a mais, verifica-se que o próprio Supremo Tribunal Federal, ao declinar a competência para o Juízo singular, relativamente aos suspeitos que não tinham foro privativo, determinou a remessa dos autos à autoridade judiciária federal de Goiás, consoante despacho aqui acostado a fls. 140, proferido na Questão de Ordem n. 1.871-6-Goiás, corroborando a competência daquele Juízo, pela prevenção.

Vale destacar, nesse passo, que “o exercício da jurisdição, em regra, somente ocorre na fase processual, com a instauração da ação e, assim, com a formação da relação processual. O inquérito policial, bem como qualquer procedimento investigatório levado a cabo por autoridade administrativa a quem a lei atribuir competência (art. 4º, parágrafo único, CPP) não constitui ato de exercício de jurisdição, prestando-se apenas à formação do convencimento do órgão responsável pelo exercício da ação penal. Todavia, no curso de tais procedimentos administrativos, pode ocorrer a necessidade de adoção de medidas restritivas de direitos individuais” (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 11ª ed., Lumen Juris: RJ, 2009, p. 243), do qual é exemplo a quebra de sigilo telefônico, ato de conteúdo decisório que determina a prevenção do Juízo que a ordenou.

Verifica-se “a competência por prevenção toda vez que, concorrendo dois ou mais juízes competentes, um deles tiver antecedido aos outros na prática de algum ato ou de medida a este relativa - *v.g.*, determinação de escuta telefônica - mesmo antes do oferecimento da denúncia” (HC n. 13.624-RJ, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 13.12.2000, DJ de 05.02.2001).

Segundo o doutrinador já citado: A prevenção, “De modo geral, constitui critério subsidiário de determinação da competência, no sentido de ser aplicado apenas diante da insuficiência dos demais. E, tratando-se de competência territorial, é também critério de competência relativa, como relativa é a nulidade decorrente de sua não observância (Súmula n. 706, STF)” (ob. cit, p. 242), nada

impedindo, portanto, que o Juízo que primeiramente decidiu nos autos ainda no curso do inquérito, diante da superveniência de fatos novos, determinantes da competência de outra autoridade judiciária, de igual ou superior jurisdição, decline dessa competência, como fez o Juízo Federal apontado como coator, e em duas oportunidades, como demonstrado.

Da jurisprudência do Pleno do Supremo Tribunal Federal, retira-se, nesse norte:

I. Prisão preventiva: alegação de incompetência do juiz: superação.

A questão de competência do Juiz que decretou a prisão preventiva ficou superada com nova decisão que a manteve, proferida pelo mesmo Juiz, quando já investido de jurisdição sobre o caso, por ato cuja validade não se discute.

II. Quadrilha: denúncia idônea.

1. O crime de quadrilha se consuma, em relação aos fundadores, no momento em que aperfeiçoada a convergência de vontades entre mais de três pessoas, e, quanto àqueles que venham posteriormente a integrar-se ao bando já formado, no adesão de cada qual; crime formal, nem depende, a formação consumada de quadrilha, da realização ulterior de qualquer delito compreendido no âmbito de suas projetadas atividades criminosas, nem, conseqüentemente, a imputação do crime coletivo a cada um dos partícipes da organização reclama que se lhe possa atribuir participação concreta na comissão de algum dos crimes-fim da associação.

2. Segue-se que à aptidão da denúncia por quadrilha bastará, a rigor, a afirmativa de o denunciado se ter associado à organização formada de mais de três elementos e destinada à prática ulterior de crimes; para que se repute idônea a imputação a alguém da participação no bando não é necessário, pois, que se lhe irrogue a cooperação na prática dos delitos a que se destine a associação, aos quais se refira a denúncia, a título de evidências da sua formação anteriormente consumada.

III. Denúncia: inépcia: imputação dos crimes de roubo e receptação, despida de qualquer elemento concreto de individualização dos fatos que os constituiriam.

IV. Interceptação telefônica: exigência de autorização do "juiz competente da ação principal" (Lei n. 9.296/1996, art. 1º): inteligência.

1. Se se cuida de obter a autorização para a interceptação telefônica no curso de processo penal, não suscita dúvidas a regra de competência do art. 1º da Lei n. 9.296/1996: só ao juiz da ação penal condenatória - e que dirige toda a instrução -, caberá deferir a medida cautelar incidente.

2. Quando, no entanto, a interceptação telefônica constituir medida cautelar preventiva, ainda no curso das investigações criminais, a mesma norma de

competência há de ser entendida e aplicada com temperamentos, para não resultar em absurdos patentes: aí, o ponto de partida à determinação da competência para a ordem judicial de interceptação - não podendo ser o fato imputado, que só a denúncia, eventual e futura, precisará -, haverá de ser o fato suspeitado, objeto dos procedimentos investigatórios em curso.

3. Não induz à ilicitude da prova resultante da interceptação telefônica que a autorização provenha de Juiz Federal - aparentemente competente, à vista do objeto das investigações policiais em curso, ao tempo da decisão - que, posteriormente, se haja declarado incompetente, à vista do andamento delas (HC n. 81.260, Relator Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 14.11.2001, DJ de 19.04.2002 - grifamos).

De nosso Tribunal Superior, nessa mesma orientação, tem-se:

Criminal. HC. Formação de quadrilha. Roubo qualificado. Recepção. Interceptação telefônica. Hipótese de cabimento. Delitos apenados com reclusão. Regularidade formal da medida. Interceptação telefônica autorizada pelo juízo de uma comarca. Declinação de competência para outro juízo. Não-invalidação da prova colhida. Recurso desprovido.

I. Hipótese em que foi dado início à investigação criminal tendente à apuração de eventuais delitos de formação de quadrilha, roubo e recepção, na comarca de Viamão-RS, tendo sido solicitada a interceptação de comunicações telefônicas de alguns aparelhos, devidamente autorizada pelo Juízo local.

II. Afasta-se a hipótese de não cabimento das interceptações telefônicas no presente caso - que teriam sido realizadas a partir da ocorrência de delito de ameaça (enquadrada na exceção do inciso III do art. 2º da Lei n. 9.296/1996) - se consta do próprio inquérito policial que o mesmo instaurado com vistas à apuração dos delitos de crimes de quadrilha, recepção, roubo qualificado e outros.

III. A medida foi realizada nos estreitos moldes determinados na Lei n. 9.296/1996, porque determinada pelo Juiz a requerimento da autoridade policial, na investigação policial (art. 3º, I); foi demonstrada a necessidade de sua realização à apuração da infração penal; foi determinada pelo prazo legal de 15 dias, prorrogada por igual período através da comprovação de sua indispensabilidade como meio de prova.

IV. A interceptação correu em autos apartados, conforme determina o art. 8º da Lei n. 9.296/1996, e posteriormente apensados aos autos do inquérito policial, afastando a alegação de sua irregularidade.

V. *Verificada a ocorrência de roubos na comarca de Porto Alegre-RS, os autos do Inquérito Policial foram para lá remetidos. Essa declinação de competência não tem o condão de invalidar as interceptações requeridas pelo Juízo anterior, pois na fase em*

que a medida foi autorizada, nada se sabia a respeito de eventuais delitos ocorridos em outra Comarca. (Precedentes).

VI. Recurso desprovido (RHC n. 19.789-RS, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 07.12.2006, DJ de 05.02.2007 - destacamos).

Desta forma, correta a decisão do órgão colegiado que, considerando competente em razão da prevenção o Juízo Federal da 5ª Vara Criminal da Seção Judiciária de Goiás, denegou a ordem nesse ponto.

Por fim, cumpre salientar que sobre a alegação de que a quebra de sigilo telefônico *sub judice* tinha na realidade o objetivo de investigar autoridades detentoras de prerrogativa de foro, não há qualquer prova nos autos do presente *mandamus* que apontem nesse sentido, sendo inviável dirimir a questão na via restrita do *habeas corpus*, que não admite dilação probatória, já que exige-se prova pré-constituída do alegado, nem o reexame aprofundado de todo o material probante colhido no curso dos autos principais, ressaltando-se, novamente, que somente foi possível identificar o suposto esquema de venda de decisões judiciais por autoridades federais após o aprofundamento das investigações relativas ao tráfico internacional em associação, ou seja, tais fatos somente vieram à tona no curso e em razão daquele procedimento criminal, cujo principal objetivo era o de investigar Leonardo, seus asseclas, favorecedores e favorecidos.

No tocante ao aventado equívoco da Corte Federal impugnada, ao remeter o exame da legalidade das escutas telefônicas produzidas contra o paciente ao julgamento da Apelação Criminal n. 2003.35.001211-5-GO, à qual estão apensados os autos de n. 2000.35.00.017677-0 e 2000.35.00.01517-9, em que teria ocorrido o indevido monitoramento do paciente, infere-se que, não obstante o TRF da 1ª Região ter efetivamente assim concluído, em razão da pendência de julgamento do aludido recurso, constata-se que o órgão colegiado enfrentou a questão referente à carência de fundamentação da medida cautelar que determinou a quebra do sigilo telefônico do paciente, a atinente à desnecessidade da escuta, dada a inexistência de crime e de indícios suficientes em relação ao paciente, bem como a relativa à “ilegalidade da prova para finalidade diversa da pretendida”, principais argumentos da impetração originária que buscava o reconhecimento da ausência de legalidade do monitoramento telefônico de *Igor*.

Esses foram os fundamentos da Corte originária para afastar referidas alegações:

Prosseguindo, suscitaram os impetrantes a desnecessidade da medida, pela inexistência de crime e de indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal.

Desfavorecem, contudo, esse argumento, o próprio teor dos documentos juntados pelos impetrantes para aboná-lo.

Basta conferir:

Meritíssimo Juiz,

Levamos ao conhecimento de V. Exa. que a Divisão de Repressão e Entorpecentes do DPF realizou diligências no Município de Paranatinga, Estado do Mato Grosso, onde localizou a pista de pouso utilizada por pilotos de Leonardo Dias de Mendonça, dentre eles Odilon Medeiros e Antenor José Pedreira.

A pista é controlada por Romilton Queiroz Rossi, vulgo Jota e dentro da fazenda Macuco, que está registrada em nome de Antoninho Nicolodi, possui 1.041 hectares e tem frente para rodovia MT-130, no quilômetro 150.

Foram efetuadas diligências aéreas e terrestre, sendo que no dia do sobrevôo havia uma camionete branca estacionada ao lado de uma aeronave, possivelmente em abastecimento de combustível. Para melhor visualização anexamos fotos das diligências.

Vista aérea do galpão e pista de pouso. No local uma aeronave em atuação de abastecimento em razão do estacionamento de uma camionete ao lado da asa.

Reconhecida a área da fazenda e os possíveis pontos de uma abordagem, resta-nos esperar o momento adequado para uma diligência ostensiva no local.

Informamos também que nas diligências efetuadas em caráter sigiloso está confirmado o envolvimento de pessoas ligadas ao Deputado Federal pelo PMDB Francisco Pinheiro Landim e o próprio deputado, que buscam meios, junto ao TRF1, para revogação do mandado de prisão de Leonardo Dias de Mendonça, expedido pela Justiça de Água Boa-MT.

Dentre os envolvidos na negociação financeira destacamos Antônio Carlos Ramos, vulgo Gago ou Totó, foto abaixo, que recebe inúmeras ligações de Leonardo que clama por solução com referência ao julgamento do *habeas corpus*.

Na mesma busca de solução para julgamento do *habeas corpus* estão José Antônio de Souza, CPF 213.763.521-68, CI/RG 526987 – SSP-DF – residente na QNJ 37 casa 08, Taguatinga-DF, usuário dos telefones 61-9979-8827 e 475-5610.

Também está ligado ao caso o indivíduo até o momento identificado por Igor que, a exemplo de José Antônio pode ser encontrado no gabinete do deputado Francisco Pinheiro Landim.

Diretamente ligado a Antônio Carlos aparece Francisco Olímpio de Oliveira, sogro de Antônio Carlos e com trânsito livre perante o deputado Pinheiro Landim, Francisco é empresário no ramo de madeira em Brasília, sendo proprietário da Madeireira Parima, localizada em Taguatinga Norte, QI 03, lote 1/42 e usuário dos telefones 62-9603-2882 e 61-355-5387.

No último contato entre Antônio Carlos Ramos e o Deputado Francisco Pinheiro Landim, este afirmou que o *habeas corpus* do Leonardo Mendonça, a quem o deputado chama de Baixinho, havia sido transferido para o dia 20.02.2001, em razão de que no último dia 15 haviam outros processos com a mesma matéria do Leonardo e que seriam negados provimento e seria ilógico atender a súplica do Leonardo.

Vista terrestre de um galpão da fazenda onde é armazenado o combustível utilizado nas aeronaves que pousam na localidade.

Também é oportuno informar que a Meritíssima Juíza da Comarca de Duque de Caxias no Rio de Janeiro-RJ, no processo 27.753 – Medida Cautelar de Seqüestro de bens, determinou o bloqueio das contas corrente 0188-0.3291-3; 3816-4; 3219-0 e 3853-9, todas da Agência 2196-2, em Tucumã-PA.

A Decisão teve por fundamento a lavagem de dinheiro por parte do traficante Jorge Tadeu, um dos controladores de dinheiro de Luiz Fernando da Costa, vulgo Beira-Mar. O volume de dinheiro, em torno de 230 mil reais, foi depositado nas contas acima, com a finalidade de fazer frente a débitos de Leonardo Dias de Mendonça com João Soares, Nerci Luiz, Osvaldo Miguel, Josiel Oliveira e Neli Maria Tavares, dos quais Leonardo adquiriu cabeças de gado.

Em diálogo de Leonardo com Vicente de Paulo Lima, vulgo Peru, aquele demonstrava grande preocupação com a medida determinada pela Juíza, uma vez que, fatalmente, se firmará o vínculo entre Leonardo e Beira-Mar nas diligências futuras e que, aquele depósito, teve como origem “negócios” – fornecimento de cocaína – entre Leonardo e Beira-Mar. Em anexo, cópia da mencionada Decisão.

Com a dinâmica das investigações e a grande movimentação financeira da quadrilha, que até pouco tempo, nosso conhecimento era do dinheiro movimentado por Leonardo, via Luiz Antônio Gonçalves de Abreu, em Goiânia, com altas cifras, surge novo caminho para o dinheiro, ou seja, aquele que Leonardo fornece a seus devedores as contas onde o dinheiro deve ser depositado. Vale repetir, que por Goiânia, desde o início do ano, já circulou perto de dois milhões e quinhentos dólares.

Por ser de suma importância para investigação e indispensável meio para obtenção de provas e condições para prisão em flagrante dos traficantes investigados, representamos a V. Exa. pela continuidade do monitoramento dos seguintes telefones:

[...].

Na oportunidade estamos encaminhando o Relatório de Monitoramento n. 4, informando que as fitas produzidas no período, estão devidamente catalogadas, arquivadas e à disposição de V. Exa. para as providências que o caso requer (fls. 25-33).

E mais:

Meritíssimo Juiz,

Conforme é do conhecimento de V. Exa. a Divisão de Repressão a Entorpecentes do DPF e a Superintendência Regional do DPF, na condução das investigações que apuram as atividades do narcotraficante Leonardo Dias de Mendonça, atualmente com mandado de prisão pela Justiça de Água Boa-MT, estando refugiado na Colômbia de onde coordena a produção e distribuição de cocaína para o Brasil e outros países da América do Norte e Europa.

Na última semana, equipe de policiais esteve em outra diligência na fazenda Macuco, onde é ponto de apoio as atividades do tráfico de cocaína. As diligências tiveram como objetivo um melhor conhecimento da área da fazenda, buscando futuras diligências.

Informamos também que a semana próxima passada Leonardo Dias de Mendonça associou-se a Vicente de Paulo Lima para o fornecimento de cocaína a Romilton Queiros Hossi. Na operação, inclui-se o fornecimento de armas pesadas como parte do pagamento da cocaína. As armas foram adquiridas no Paraguai e ali carregadas, sendo transportadas por Vicente e Willer da Silveira, vulgo Pacu.

Outra situação que preocupa a investigação é o fato de traficantes ligados a Leonardo estarem buscando meios para tornarem sem efeito o Mandado de Prisão em desfavor deste. Alguns dos envolvidos já foram devidamente investigados e, além do envolvimento com o tráfico de cocaína, possuem relacionamentos com Autoridades que gozam de influência e que, teoricamente, poderiam influenciar nas decisões em favor de Leonardo, como já aconteceu.

Para um controle efetivo das atividades de tais traficantes, *representamos* a V. Exa. que determine a Telebrasil S/A as providências necessárias para interceptação, para efeito de monitoramento, dos seguintes terminais: 61 475-5610, instalado na residência de José Antônio de Sousa, sito a QNJ 37

casa 8, Taguatinga-DF, auxiliar de Francisco Pinheiro Landim. Dos terminais 61 338 8541 e 61 355 5387 ambos do uso de Francisco Olímpio de Oliveira, sendo que o primeiro está instalado em sua residência e o segundo na Madeireira Parima, de sua propriedade.

Representamos também, pelas mesmas medidas perante à Telebrasil Celular S/A, com referência ao telefone 61 9976-6449, utilizado por Igor de tal, que presta serviços a Antônio e Olímpio.

Por ser de suma importância para investigação e indispensável meio para obtenção de provas e condições para prisão em flagrante dos traficantes investigados, representamos a V.Exa. pela continuidade do monitoramento dos seguintes telefones:

[...]

(fls. 34-38).

Lendo-os, percebe-se que tais documentos apontam, sim, para possível prática de crimes pelas pessoas, que mencionam justificando a investigação policial em que envoltos.

Aduziram, mais, os impetrantes a falta de motivação da decisão hostilizada. O documento que produziram para demonstrá-lo, evidencia justamente o contrário, nesses termos:

Através do ofício n. 050/01-GTAO/SR/DPF/GO, de fls. 661-665, o ilustre Dr. Ires João de Souza, Delegado de Polícia Federal em Goiás, faz os seguintes requerimentos:

A - quebra de sigilo, para monitoramento, das seguintes linhas telefônicas (61) 475-5610, (61) 338-8541, (61) 355- 5387 e (61) 9976-6449;

B - a prorrogação do monitoramento das seguintes linhas telefônicas: [...].

Para o deferimento das pretensões, argumenta, em síntese:

(...) na condução das investigações que apuram as atividades do narcotraficante *Leonardo Dias de Mendonça*, atualmente com mandado de prisão pela Justiça de Água Boa-MT, estando refugiado na Colômbia de onde coordena a produção e distribuição de cocaína para, o Brasil e outros países da América do Norte e Europa.

Na última semana, equipe de policiais esteve em outra diligência na fazenda *Macuco*, onde é ponto de apoio às atividades do tráfico de cocaína. As diligências tiveram como objetivo um melhor conhecimento da área da fazenda, buscando futuras diligências.

Informamos, também, que na semana próxima passada *Leonardo Dias de Mendonça* associou-se a *Vicente de Paulo Lima* para o fornecimento de

cocaína a *Romilton Queiroz Hossi*. Na operação inclui-se o fornecimento de armas pesadas como parte do pagamento da cocaína. As armas foram adquiridas no Paraguai e ali carregadas, sendo transportadas por *Vicente e Willer da Silveira*, vulgo *Pacu*.

*Outra situação que preocupa a investigação é o fato de traficantes ligados a **Leonardo** estarem buscando meios para tornarem sem efeito o Mandado de Prisão em desfavor deste. Alguns dos envolvidos já foram devidamente investigados e, além do envolvimento com o tráfico de cocaína, possuem relacionamentos com Autoridades que gozam de influência e que, teoricamente, poderiam influenciar nas decisões em favor de **Leonardo**, como já aconteceu. (...)*

Em seguida, vieram-me os autos conclusos.

É o breve relato.

Decido.

No que concerne à prorrogação do monitoramento das linhas telefônicas [...], faço os esclarecimentos que seguem.

A Lei n. 9.296/1996, em seu art. 5º, estabelece:

A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, *que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.* (Destaquei).

Da leitura do texto legal supra depreende-se que a renovação do prazo de 15 dias pode ser deferida, “uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova”. Como se vê, a lei não afirma que a prorrogação pode ser feita por apenas uma vez.

Ao contrário, por se tratar de relevante interesse público, a renovação do prazo para monitoramento, pode ser deferida quantas vezes se fizerem necessárias, desde que comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

Aliás, nesse sentido são os ensinamentos de Damásio Evangelista de Jesus, ao comentar a Lei n. 9.296/1996, *In Código de Processo Penal Anotado*, Ed. Saraiva, p. 139, *in verbis*:

O prazo para a realização da diligência é de quinze dias, muito exíguo, renovável por mais quinze, demonstrando-se a necessidade. *O prazo não se restringe a uma prorrogação. Pode ser renovado quantas vezes se fizer necessário.* (Destaquei).

Assim, uma vez presentes todos os fundamentos legais, e prevalecendo, *in casu*, a mesma situação fática, torna-se imprescindível a prorrogação do prazo para o monitoramento das linhas telefônicas retro referidas, no

intuito de identificar todos os integrantes da organização, bem como o proceder delitivo de cada um deles.

Por outro lado, no que se refere à quebra do sigilo, para monitoramento, das linhas (61) 475-5610, (61) 338-8541, (61) 355-5387 e (61) 9976-6449 a referida Lei n. 9.296/1996 impõe como requisitos para a interceptação de dados telefônicos que se trate de investigação criminal, autorização por juiz competente (art. 1º), houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal punida com pena de reclusão (Damásio preleciona que os indícios da autoria não se referem ao usuário da linha telefônica, mas das pessoas investigadas, art. 2º), a forma de execução e o prazo da diligência (art. 5º).

In casu, os fatos sob investigação policial são da máxima gravidade, eis que o investigado **Leonardo Dias de Mendonça**, segundo informações da Polícia Federal, é pessoa vinculada ao tráfico internacional de cocaína, tendo vários contatos com traficantes de cocaína, tendo, inclusive, segundo relata a autoridade policial, associado-se a **Vicente de Paulo Lima** para o fornecimento de cocaína a **Romilton Queiros Hossi** (fl. 662).

Os indícios até agora apurados são mais do que razoáveis em demonstrar a participação de **Leonardo Mendonça** e seus comparsas no tráfico internacional de cocaína.

O ofício de fls. 661-665 é riquíssimo ao detalhar as atividades de **Leonardo Dias de Mendonça** e de seus comparsas no suposto tráfico internacional de entorpecentes.

Diante de tais fundamentos o pedido de monitoramento das linhas telefônicas (61) 475-5610, (61) 338-8541, (61) 355-5387 e (61) 9976-6449 apresenta-se absolutamente necessário, diante da impossibilidade da utilização de outros meios de prova.

Ademais, é de se ressaltar que, pela gravidade dos fatos, a interceptação de dados telefônicos torna-se imprescindível, sobretudo tendo-se por base a teoria da proporcionalidade, já albergada pelo STF no julgado contido na RT 709/418, ao entender que as garantias constitucionais não podem constituir instrumento da salvaguarda de práticas ilícitas.

A propósito, veja-se o seguinte entendimento jurisprudencial:

Teoria da proporcionalidade, que procura buscar um certo equilíbrio entre os interesses sociais e o direito fundamental do indivíduo.

Tal teoria reconhece a ilicitude da prova, mas, tendo em vista o interesse social predominante, admite sua produção.

O ilustre Camargo Aranha propõe uma nova denominação para essa teoria, ou seja, do interesse predominante, o que não deixa de ser perfeitamente aceitável e válido.

A teoria da proporcionalidade é perfeitamente defensável, pois tendo em vista o interesse social ou público, deve este prevalecer sobre o particular ou privado, que de modo algum merece ser resguardado pela tutela legal, quando o particular fez mau uso do seu direito.

A regra é que todo cidadão merece o amparo ou proteção constitucional dos seus direitos fundamentais, mas, desde que faça mau uso desses direitos, deixa também de continuar merecendo proteção, principalmente quando se contrapõe ao interesse público.

No entanto, é de se salientar que há necessidade de autorização judicial por escrito para a realização ou obtenção de prova ilícita (...).

(...) (art. 5º, LVI) deve ser interpretado de acordo com a teoria da proporcionalidade, pois o que é inadmissível é deixar de colher determinada prova importante e de interesse social, ainda que em detrimento de direito individual. (Paulo Lúcio Nogueira, *in Curso Completo de Processo Penal*, Ed. Saraiva, 6ª edição, p. 171).

(...) Destarte, atenuando o rigor dessa regra emanada do Texto Constitucional, vem crescendo dentro dos nossos tribunais manifesta tendência ao acolhimento da denominada teoria da proporcionalidade, originária do direito alemão, datada da primeira década do século vinte, em Bonn.

Objetiva-se com essa teoria fixar um equilíbrio entre o interesse estatal e o social em punir o criminoso, estando assegurados constitucionalmente os direitos fundamentais do indivíduo.

Assim, toda vez que, numa mesma situação fática, conflitarem-se dois interesses relevantes, antagônicos, e que ao Estado cabe tutelá-los, a solução resultará do exame e conclusão sobre qual interesse é o preponderante naquela circunstância em si considerada, seja a defesa de um princípio constitucional, seja a necessidade de se perseguir um criminoso. (Fernando Capez, *in Curso de Processo Penal*, Ed. Saraiva, 2ª edição, p. 240).

Isto posto, havendo o interesse público da Justiça Penal e com base no inciso XII do art. 5º da Constituição Federal, c.c. o art. 5º da Lei n.º 9.296/1996, autorizo a quebra do sigilo, para monitoramento, das linhas telefônicas (61) 475-5610, (61) 338-8541, (61) 355-5387 e (61) 9976-6449, pelo prazo inicial de 15 (quinze) dias.

Autorizo, ainda, a prorrogação do monitoramento das linhas telefônicas [...], pelo prazo de mais 15 (quinze) dias.

Determino aos Srs. Presidentes da *Telegoiás, Telegoiás Celular S/A, Americel, Telebrasilíia S/A, Telebrasilíia Celular S/A, Globalstar, Amazônia Celular e Tim Celular S/A* as providências necessárias e urgentes para o monitoramento das referidas linhas telefônicas pelo Núcleo de Inteligência da Divisão de Repressão a Entorpecentes da Polícia Federal, neste Estado, devendo as diligências ocorrer no mais absoluto sigilo por todos os envolvidos na operação.

Oficie-se.

Dê-se ciência ao Ministério Público Federal (fls. 41-46).

Também, no mesmo sentido, os documentos de fls. 60-66 e 74.

Irrelevante o argumento. O teor da decisão é, de si, suficiente para afastá-lo.

Por derradeiro, destacaram os impetrantes a ilegalidade da prova para finalidade diversa do objeto da medida. Não é o que ocorre no caso noticiado nos autos, onde a prova impugnada se insere na linha de desdobramento das investigações do tráfico internacional de entorpecentes, envolvendo traficantes de nomeada, apaniguados, favorecedores e favorecidos (fls. 162-170 - sublinhamos).

E assim decidindo, não se pode dizer que incidiu em constrangimento ilegal, visto que havia, a princípio, suspeita de ligação do paciente nos delitos que estavam sendo investigados, perpetrados pela organização criminosa, especialmente voltada para a prática de tráfico internacional de entorpecentes, bem demonstrando a autoridade judiciária federal a imprescindibilidade da violação das comunicações telefônicas de todos os representados, diante da gravidade dos elementos indiciários até então colhidos, não se podendo, através do *habeas corpus*, que não admite exame aprofundado de provas, nem produção probatória, infirmar tais conclusões das instâncias originárias, até porque não foi juntado ao presente *writ* cópia integral dos autos principais, mostrando-se igualmente motivadas as decisões aqui juntadas que autorizaram a continuidade da escuta (fls. 86-92 e 98), visto que natural desdobramento do já decidido anteriormente.

Por fim, insurgem-se os impetrantes quanto à duração da medida extrema, que teria ocorrido por cerca de 22 meses.

A questão, contudo, não foi objeto de exame pela Corte impugnada, impossibilitando, portanto, sua análise por este Tribunal Superior, sob pena de indevida supressão de instância.

Ademais, sequer seria caso de reconhecer-se a aventada ilegalidade de ofício, visto que tanto a doutrina como a jurisprudência assentaram a possibilidade da renovação da medida tantas vezes quantas forem necessárias, quando em jogo a proteção a direitos fundamentais em risco em razão da prática de determinados delitos, em obediência ao princípio da proporcionalidade ou da adequabilidade.

Nesse vértice, do Supremo Tribunal Federal:

Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*.

1. Crimes previstos nos arts. 12, *caput*, c.c. o 18, II, da Lei n. 6.368/1976.

2. Alegações: a) ilegalidade no deferimento da autorização da interceptação por 30 dias consecutivos; e b) nulidade das provas, contaminadas pela escuta deferida por 30 dias consecutivos.

3. No caso concreto, a interceptação telefônica foi autorizada pela autoridade judiciária, com observância das exigências de fundamentação previstas no artigo 5º da Lei n. 9.296/1996. Ocorre, porém, que o prazo determinado pela autoridade judicial foi superior ao estabelecido nesse dispositivo, a saber: 15 (quinze) dias.

4. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento segundo o qual as interceptações telefônicas podem ser prorrogadas desde que devidamente fundamentadas pelo juízo competente quanto à necessidade para o prosseguimento das investigações. Precedentes: HC n. 83.515-RS, Rel. Min. Nelson Jobim, Pleno, maioria, DJ de 04.03.2005; e HC n. 84.301-SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, unanimidade, DJ de 24.03.2006.

5. Ainda que fosse reconhecida a ilicitude das provas, os elementos colhidos nas primeiras interceptações telefônicas realizadas foram válidos e, em conjunto com os demais dados colhidos dos autos, foram suficientes para lastrear a persecução penal. Na origem, apontaram-se outros elementos que não somente a interceptação telefônica havida no período indicado que respaldaram a denúncia, a saber: a materialidade delitiva foi associada ao fato da apreensão da substância entorpecente; e a apreensão das substâncias e a prisão em flagrante dos acusados foram devidamente acompanhadas por testemunhas.

6. Recurso desprovido. (RHC n. 88.371, Relator Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 14.11.2006 - grifamos).

Recurso em *habeas corpus*. Interceptação telefônica. Prazo de validade. Prorrogação. Possibilidade.

Persistindo os pressupostos que conduziram à decretação da interceptação telefônica, não há obstáculos para sucessivas prorrogações, desde que devidamente fundamentadas, nem ficam maculadas como ilícitas as provas derivadas da interceptação. Precedente.

Recurso a que se nega provimento (RHC n. 85.575, Relator Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 28.03.2006).

Deste Tribunal Superior, nessa mesma linha:

Criminal. HC. Tráfico de entorpecentes. Associação para o tráfico. [...]. Interceptação telefônica. Prazo de duração. Possibilidade de renovação. Necessidade dos atos investigatórios. [...]. Ordem denegada.

Hipótese em que se a paciente foi denunciado pela prática, em tese, dos delitos de tráfico de entorpecentes e associação para o tráfico, em virtude de seu suposto envolvimento com a facção criminosa que controlava a distribuição de drogas na Favela da Rocinha-RJ, cujo líder era seu namorado, o Bem-te-vi.

[...].

A interceptação telefônica deve perdurar pelo tempo necessário à completa investigação dos fatos delituosos.

O prazo de duração da interceptação deve ser avaliado pelo Juiz da causa, considerando os relatórios apresentados pela Polícia.

Precedentes do STJ e do STF.

[...].

Ordem denegada (HC n. 60.809-RJ, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 17.05.2007).

Diante de todo o exposto, voto pelo conhecimento do *habeas corpus* e, no mérito, pela denegação da ordem.

É o voto.

VOTO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Senhores Ministros, peço vênua a Vossa Excelência, Senhor Ministro Relator, para tomar conhecimento da impetração e votar pela cognição do pedido, pois acho que é direito da pessoa não ter o seu nome circulando indevidamente no Caderno Inquisitorial, o que merece proteção jurídica. E o digo com todo o respeito ao voto de Vossa Excelência, pedindo-lhe vênua.

2. Conheço da Ordem de *Habeas Corpus*.

HABEAS CORPUS N. 128.087-SP (2009/0022951-2)

Relator: Ministro Jorge Mussi

Impetrante: Celso Sanchez Vilardi e outro

Impetrado: Tribunal Regional Federal da 3ª Região

Paciente: Celso Viana Egreja

Paciente: Luiz Augusto de Medeiros Monteiro de Barros

Paciente: Paulo Ferreira

Paciente: Maria Helena Lencastre Egreja Monteiro de Barros

EMENTA

Habeas corpus. Apropriação indébita previdenciária. Intercepção telefônica. Ausência de indícios razoáveis de autoria. Inviabilidade de produção da prova por outros meios não demonstrada. Ilegalidade.

1. O Poder Constituinte Originário resguardou o sigilo das comunicações telefônicas, erigindo-o à categoria de garantia individual, prevista no artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal, admitindo, de forma excepcional, a sua flexibilidade, nos termos da Lei n. 9.296/1996, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

2. Além da necessidade do ilícito em apuração ser apenado com reclusão, o legislador ordinário estabeleceu ainda como critérios para a utilização da intercepção telefônica, a *contrario sensu*, a existência de indícios acerca da autoria ou participação na infração penal, bem como a demonstração de inviabilidade de produção da prova por outros meios.

3. Demonstrado, *in casu*, que a representação pela quebra do sigilo telefônico dos pacientes foi deferida antes mesmo dos sócios da empresa investigada terem sido ouvidos pela autoridade policial, tratando-se de medida primeva em busca de provas acerca da autoria do ilícito, imperioso o reconhecimento da ilegalidade da medida.

Sonegação fiscal. Inexistência de constituição definitiva do crédito tributário tido por sonegado. Impossibilidade de realização de procedimentos investigatórios. Precedentes. Ordem concedida.

1. Conforme entendimento consolidado nesta Corte, tratando-se de crime de sonegação fiscal, enquanto ausente a condição objetiva de punibilidade, consistente no lançamento definitivo do crédito tributário tido por sonegado, inviável o deferimento de qualquer procedimento investigatório prévio.

2. Ordem concedida para declarar a nulidade do despacho que atendeu a representação feita pela autoridade policial, determinando-se a inutilização do material colhido, nos termos do artigo 9º da Lei n. 9.296/1996, devendo as instâncias ordinárias absterem-se de fazer qualquer referência às informações obtidas pelo meio invalidado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentaram oralmente: Dr. Celso Sanchez Vilardi (p/ pactes) e Ministério Público Federal.

Brasília (DF), 27 de outubro de 2009 (data do julgamento).

Ministro Jorge Mussi, Relator

DJe 14.12.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Mussi: Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de *Celso Viana Egreja, Luiz Augusto de Medeiros Monteiro de Barros, Paulo Ferreira e Maria Helena Lencastre Egreja Monteiro de Barros*, contra acórdão proferido pela Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região que, ao apreciar o HC n. 2008.03.00.028143-5, denegou a ordem em que se objetivava a nulidade de decisão judicial que deferiu interceptações telefônicas (n. 2007.63.07.011137-2), requisitadas no Inquérito Policial n. 16-098/2006 (2006.61.07.004076-2), exarada pelo Juízo da 1ª Vara

Federal de Araçatuba-SP, a fim de apurar a suposta prática dos delitos de apropriação indébita previdenciária e sonegação fiscal.

Alegam os impetrantes que os pacientes são vítimas de constrangimento ilegal, sustentando que a decisão que decretou a interceptação seria nula, diante da patente desnecessidade e da ausência de fundamentação, pois foram prestadas informações quanto ao parcelamento e pagamento do débito previdenciário que deu azo à investigação, sendo que estes dados foram juntados aos autos em 30 de abril de 2006, argumentando, outrossim, que os depoimentos dos acionistas da empresa investigada não se realizaram em função de diversos cancelamentos por parte da própria autoridade policial.

Afirmam que mesmo existentes documentos que comprovavam o pagamento ou o parcelamento do débito previdenciário colacionados ao procedimento, foi encaminhado ao Juízo representação para a medida, acolhida em decisão que sequer menciona o nome dos sujeitos passivos ou uma mínima descrição dos motivos autorizadores do seu deferimento, sem, ademais, demonstrar a imprescindibilidade de que a restrição fosse imposta aos investigados.

Discorrendo a respeito dos fatos, aduzem que o Tribunal *a quo* não poderia manter decisão que decretou a quebra dos sigilos telefônicos, porquanto entendem que a medida se encontra revestida de ilegalidades, verberando que as normas que regulamentam o procedimento exigem a existência de indícios que configurem pressupostos para o ato, afirmando que não há qualquer menção quanto à suposta autoria criminosa por parte dos pacientes, em desrespeito, portanto, às garantias constitucionais fundamentais.

Asseveram que o mecanismo não era o único meio disponível para se averiguar a autoria do aludido fato delituoso, advertindo que a constatação da materialidade do delito do art. 168-A do Código Penal é feita pela fiscalização previdenciária, por meio de simples verificação da folha de pagamento. Asserem, ainda, que não se pode falar em crime de sonegação fiscal antes do encerramento do procedimento administrativo, com definição do *quantum* e sua inscrição em dívida ativa.

Sustentaram a ocorrência de violação ao princípio da ampla defesa, pois não se poderia admitir a interceptação de conversa entre os pacientes e sua defensora, sua transcrição e utilização como prova no caderno investigatório.

Pugnaram, assim, pelo deferimento da liminar, para que fosse determinada a abstenção da utilização das conversas telefônicas interceptadas na investigação

ou na ação penal até a apreciação final deste *writ*, no qual requerem a concessão da ordem, confirmando-se a medida sumária, anulando-se a decisão que autorizou o ato, bem como que sejam riscadas quaisquer referências ao material apontado. Subsidiariamente, postulam que seja declarada a ilicitude da prova consubstanciada em conversas telefônicas entre os pacientes e sua advogada.

O pleito liminar foi indeferido, conforme decisão de fls. 284-286.

As informações prestadas pelas autoridades apontadas como coatoras foram acostadas às fls. 392-442 e 457-461, sendo que os documentos enviados pelo juízo singular foram autuados no apenso I dos autos (fl. 462).

Em parecer juntado às fls. 452-455, o Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Mussi (Relator): Por meio deste *habeas corpus* os impetrantes pretendem, em síntese, a declaração da nulidade das interceptações telefônicas realizadas no procedimento investigatório em apreço, sob os argumentos de que tal medida teria sido deferida sem a declinação de quaisquer indícios de autoria sobre os investigados; sem a demonstração de que as provas almejadas somente poderiam ser obtidas por tal meio; bem como teriam violado o princípio da ampla defesa, tendo em vista que foram interceptados diálogos mantidos pelos pacientes com a advogada que estaria atuando nas suas defesas no aludido inquérito policial.

Inicialmente, cumpre ressaltar que o poder constituinte originário estabeleceu como garantia individual o sigilo das comunicações telefônicas, conforme previsão contida no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, o qual apenas pode ser excepcionado por meio de ordem judicial devidamente fundamentada, nos termos da regulamentação feita com o advento da Lei n. 9.296/1996, apenas para a produção de provas no âmbito de investigação criminal ou no curso da instrução processual penal.

Da forma como disciplinado o tema, infere-se que tal medida deve ser considerada como exceção, já que a Carta Magna protegeu de forma expressa o sigilo das comunicações feitas via telefone, admitindo o seu abrandamento apenas nos casos em que prevaleça o interesse público na repressão de práticas

delitivas de gravidade relevante, assim consideradas pelo legislador ordinário como as apenadas com reclusão (artigo 2º, inciso III, da Lei n. 9.296/1996, a *contrario sensu*).

Embora existam na doutrina diversas críticas acerca do critério de seleção do legislador acerca das hipóteses nas quais seria admissível a interceptação telefônica, o certo é que, não sendo a infração penal punida, no máximo, com pena de detenção, encontra-se preenchido um dos requisitos para a autorização de tal medida. Todavia, o citado diploma legal condiciona a flexibilidade do sigilo à observância de mais dois requisitos, quais sejam, a existência de indícios razoáveis da autoria ou participação na infração penal investigada; e a demonstração de que não existam outros meios idôneos para a colheita da prova pretendida. Tratam-se de requisitos cumulativos, sendo ilegal o deferimento da medida quando não observado qualquer um destes.

Isto porque, por se tratar de providência inserida no âmbito das medidas cautelares, o seu deferimento depende da demonstração do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, inerentes a toda e qualquer tutela cautelar.

A fumaça do bom direito deve ser demonstrada por meio de indícios razoáveis acerca da autoria da infração penal objeto de investigação ou persecução penal, assim como o perigo na demora deve estar consubstanciado na indispensabilidade da prova que se pretende produzir, após a comprovação de que não existem mais meios idôneos para tanto.

Sobre a forma como o legislador ordinário tratou da matéria em análise neste *writ*, confira-se lição de Luiz Flávio Gomes:

Embora de modo criticável, porque valeu-se o legislador de uma “redação negativa” para exprimir os pressupostos básicos da interceptação telefônica (“Não será admitida...”), certo é que ambos os requisitos mereceram a devida atenção. São, ademais, cumulativos, porque ausente “qualquer” um deles já não cabe a interceptação telefônica. (Interceptação telefônica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 178.)

Feitas estas breves considerações, depreende-se que o pedido de interceptação telefônica em detrimento dos pacientes foi realizado a partir de inquérito policial instaurado para apurar suposta prática do crime de apropriação indébita previdenciária pela empresa Companhia Açucareira de Penápolis - CAP. Embora houvesse comprovação da materialidade do ilícito, consubstanciada em duas Notificações Fiscais de Lançamentos de Débitos - NFLD (fl. 62), a sua autoria era desconhecida, razão pela qual o representante

do Ministério Público Federal solicitou a instauração do procedimento investigativo, com a finalidade de “apurar quem efetivamente concorreu para a apropriação, ou dela se beneficiou, independente de cláusulas contratuais definidoras de gerência” (fl. 56).

A ressalva feita ao final da cota ministerial evidencia a preocupação daquele órgão em destacar as pessoas efetivamente responsáveis pela prática do citado delito, afastando-se da indesejada responsabilidade penal objetiva quando se trata de crimes cometidos contra a ordem tributária por meio de pessoas jurídicas.

Após a instauração do inquérito policial, depreende-se que o delegado de polícia federal que o presidia intimou os sócios Mário Aluizio Viana Egreja, José Silvestre Viana Egreja e Celso Viana Egreja para prestarem esclarecimentos, ato por diversas vezes adiado em razão da necessidade daquele se ausentar da delegacia, seja por razões de serviço ou de férias, bem como pela necessidade de remessa dos autos à vara federal competente para inspeção judicial (fls. 81, 86, 46, 95 e 99). Tal oitiva foi realizada apenas aos 04.12.2007, conforme se depreende da cópia do despacho acostada à fl. 114.

Todavia, aos 10.10.2007, antes, portanto, da oitiva dos sócios pela autoridade policial, juntou-se aos autos do inquérito em apreço o Ofício n. 503/2007, oriundo da Procuradoria da República em Araçatuba-SP, contendo peças informativas que indicavam nova prática do crime de apropriação indébita previdenciária pela empresa investigada, em período distinto do qual até então era alvo das investigações. No mesmo dia, com base na documentação acostada ao inquérito policial, bem como no Ofício n. 508/2007, enviado à autoridade policial pela Procuradoria-Seccional da Fazenda Nacional em Araçatuba-SP, no qual foram relatadas irregularidades por parte da aludida empresa com relação ao fisco, a delegada de polícia federal, em substituição ao que presidia o inquérito, representou pela interceptação telefônica de diversas pessoas ligadas à Companhia Açucareira de Penápolis - CAP, entre estas os pacientes deste *habeas corpus*, justificando nestes termos a necessidade da medida de exceção:

Tendo em vista os fatos ora narrados, conclui-se que a conduta delitiva a ser apurada pelo IPL 16-098/06 - Processo n. 2006.61.07.004076-2, seria, na verdade, parte de uma gestão fraudulenta, que tem como intuito iludir o fisco, reduzindo e ou sonegado os tributos federais. Segundo a Procuradoria Seccional da Fazenda Nacional em Araçatuba-SP, a CAP é a maior devedora da Fazenda Nacional no âmbito da Seccional de Araçatuba-SP, com dívida de aproximadamente R\$ 80.000.000,00 (oitenta milhões de reais).

É fato que tramitam nesta delegacia outros inquéritos que visam apurar a prática de crimes contra a ordem tributária levados a efeito pelo grupo das empresas relacionadas à CAP, é certo, também, que em todos os casos ficou evidenciado os resultados das ações delitivas, qual seja, o de vultosos prejuízos aos cofres públicos. Ocorre que em nenhum destes casos restou esclarecido a forma como os valores obtidos por essas condutas delitivas foram ocultados.

Dessa forma, necessário se faz identificar os responsáveis pela temerária gestão levada a efeito no âmbito da CAP e das empresas associadas bem como o “*modus operandi*” dos envolvidos, para, com isso, cobrar o prejuízo acumulado e estancar a perda de valores dos cofres públicos.

Oportuno salientar que, no presente caso, tendo em vista o desconhecimento do “*modus operandi*” dos envolvidos, e levando-se em conta seu poderio econômico e estrutura logística, o único modo eficaz de investigação policial e realização de prova a qual dispõe esta Polícia Federal é a interceptação telefônica. (fl. 122.)

Da leitura do excerto colacionado, infere-se que a autoridade policial, diante de notícias de que os investigados também estariam envolvidos na prática de crimes contra a ordem tributária, segundo informações prestadas pela Procuradoria da Fazenda Nacional, por meio da sua Seccional de Araçatuba-SP, optou por representar pela quebra de seus sigilos telefônicos, sem, contudo, sequer ter ouvido os sócios da empresa investigada, tratando-se de medida primeva na busca de provas acerca da autoria dos fatos que lhes são atribuídos.

Não se desconhece a gravidade das informações trazidas pelos órgãos responsáveis pela fiscalização e arrecadação de tributos e contribuições previdenciárias contidas nos autos, bem como dos supostos crimes que teriam sido praticados com as condutas narradas. Todavia, não teve a autoridade policial o cuidado de instruir o pedido de auxílio à medida extremada com o mínimo de indícios capazes de atribuir a autoria de tais fatos às pessoas detentoras dos números que foram alvo das interceptações.

Aliás, não se vislumbra na representação, tampouco na decisão que a deferiu, qualquer indicação de quais atividades eram exercidas na empresa investigada pelas pessoas que tiveram seus sigilos telefônicos flexibilizados, informação que apenas veio aos autos no ano de 2008, em relatório parcial feito pela autoridade policial com base nas interceptações realizadas (fls. 270-358)

Diante de tais constatações, forçoso reconhecer-se que o acesso às informações protegidas por sigilo constitucionalmente garantido foi possibilitado por decisão que não atendeu aos requisitos elencados pelo legislador ordinário,

tratando-se de medida açodada, já que se provou nos autos que ao menos indícios de autoria poderiam ser colhidos com o depoimento dos sócios da empresa investigada, ato por diversas vezes postergado pela própria autoridade policial e realizado apenas após a autorização de interceptação telefônica objurgada, circunstância que evidencia a preterição, pelo magistrado singular, dos requisitos indispensáveis para o abrandamento do sigilo das comunicações telefônicas.

Sobre a matéria, confira-se lição de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho:

A lei ainda firma o critério da estrita necessidade (não poder a prova ser feita por outros meios disponíveis: inc. II do art. 2º). E no art. 4º repisa que o pedido de interceptação conterà a demonstração de sua necessidade para a apuração de infração penal.

É que tais interceptações representam não apenas poderoso instrumento, frequentemente insubstituível, no combate aos crimes mais graves, mas também uma insidiosa ingerência na intimidade não só do suspeito ou acusado, mas até de terceiros, pelo que só devem ser utilizadas como *ultima ratio*.

Desse modo, se o juiz autorizar a interceptação, será ilícita se presentes outros meios pelos quais a prova possa ser feita. (As nulidades no processo penal. 10ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 219)

Debatendo o assunto, esta Corte já decidiu pela ilegalidade da interceptação telefônica deferida sem a observância dos requisitos elencados nos incisos do artigo 2º da Lei n. 9.296/1996, *verbis*:

Constitucional. Processual Penal. *Habeas corpus*. Crime contra a ordem tributária. Crime contra a ordem econômica. Crime contra a economia popular. Formação de cartel. Interceptações telefônicas. Nulidade da prova. Crimes da competência da Justiça Estadual. Possibilidade de atuação da Polícia Federal. Delitos de abrangência interestadual. Previsão constitucional e legal. Ausência de mácula. Irregularidades do inquérito policial que, ainda assim, não contaminariam a ação penal. Indícios razoáveis de autoria. Demonstração. Denúncia anônima e matérias jornalísticas. Possibilidade. Demonstração da pertinência da prova. Impossibilidade de colheita dos elementos de convicção por outros meios menos gravosos. Decisão que não logrou êxito em fazer essa necessária demonstração. Gravidade dos crimes, poderio da organização criminosa e complexidade que, por si sós, não se prestam para tanto. Indispensabilidade de demonstração do nexo entre referidas circunstâncias e a impossibilidade de utilização de outro meio de prova. Ausência, ademais, de prévias diligências que pudessem demonstrar essa indispensabilidade. Medida de exceção que foi utilizada como regra durante as

investigações. Impossibilidade. Linha pertencente a um dos pacientes que foi interceptada mediante autorização quanto a terceiro investigado. Mácula não corrigida pelo magistrado. Decisão que determinou uma das prorrogações que se manteve alheia aos números das linhas telefônicas sugeridas pela acusação. Interceptação que, ainda assim, foi mantida sob os números originais, os quais não foram alvos da autorização. Insustentabilidade. Existência de sucessivas prorrogações. Pacientes que foram monitorados por mais de sessenta dias (noventa, cento e vinte e cento e oitenta dias). Necessidade da medida por longo período que careceu de motivação específica e rigorosa. Razoabilidade maculada. Sucessivas prorrogações que contiveram, sempre, a mesma fundamentação. Complexidade das investigações. Motivo que pode justificar a prorrogação, porém, desde que demonstrado com base em fatores concretos. Decisões que se limitaram a argüir a complexidade em questão, porém, sem demonstrar sua pertinência. Impossibilidade. Medida de cunho excepcional e que, portanto, depende de prévia e exaustiva fundamentação. Devassa da intimidade que não se coaduna com afirmações genéricas e abstratas. Decisões, quanto ao outro paciente, que nem sequer demonstraram a presença dos requisitos (existência de indícios razoáveis de autoria e impossibilidade de colheita de provas por outro meio) para sua inclusão no rol dos investigados. Declaração da nulidade da prova. Nulidade que deve abarcar aquelas que dela derivaram. Impossibilidade de aferição na estreita via do *writ*. Incumbência que deve ficar a cargo do magistrado de 1ª instância. Ordem parcialmente concedida.

(...)

IV. Para a determinação da quebra do sigilo telefônico dos investigados, mister se faz a demonstração, dentre outros requisitos, da presença de razoáveis indícios de autoria em face deles. Inteligência do artigo 2º, I da Lei n. 9.296/1996.

V. A presença de denúncia anônima e de matérias jornalísticas indicando a possível participação dos investigados na empreitada criminosa é suficiente para o preenchimento desse requisito.

VI. É certo que elementos desse jaez devem ser vistos com relativo valor, porém, não se pode negar que, juntos, podem constituir indícios razoáveis de autoria de delitos.

VII. Outro requisito indispensável para a autorização do meio de prova em questão é a demonstração de sua indispensabilidade, isto é, que ele seja o único meio capaz de ensejar a produção de provas. Inteligência do artigo 2º, II da Lei n. 9.296/1996.

VIII. Havendo o Juízo de 1º Grau deferido a gravosa medida unicamente em razão da gravidade da conduta dos acusados, do poderio da organização criminosa e da complexidade dos fatos sob apuração, porém, sem demonstrar, diante de elementos concretos, qual seria o nexo dessas circunstâncias com a impossibilidade de colheita de provas por outros meios, mostra-se inviável o reconhecimento de sua legalidade.

IX. Ademais, as interceptações deferidas no caso que ora se examina não precederam de qualquer outra diligência, havendo a medida sido utilizada como a origem das investigações, isto é, empregada a exceção como se fosse a regra.

(...)

XXI. Ordem parcialmente concedida, apenas para declarar a nulidade das interceptações telefônicas efetivadas contra os pacientes. (HC n. 116.375-PB, Rel. Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG), Sexta Turma, julgado em 16.12.2008, DJe 09.03.2009)

Guardadas as peculiaridades inerentes à cada caso, esta Egrégia Quinta Turma também já decidiu:

Habeas corpus. Sonegação fiscal, lavagem de dinheiro e corrupção. Denúncia anônima. Instauração de inquérito policial. Possibilidade. Interceptação telefônica. Impossibilidade. Prova ilícita. Teoria dos frutos da árvore envenenada. Nulidade de provas viciadas, sem prejuízo da tramitação do procedimento investigativo. Ordem parcialmente concedida.

(...)

3. Dispõe o art. 2º, inciso I, da Lei n. 9.296/1996, que “não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando (...) não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal”. A delação anônima não constitui elemento de prova sobre a autoria delitiva, ainda que indiciária, mas mera notícia dirigida por pessoa sem nenhum compromisso com a veracidade do conteúdo de suas informações, haja vista que a falta de identificação inviabiliza, inclusive, a sua responsabilização pela prática de denúncia caluniosa (art. 339 do Código Penal).

4. A prova ilícita obtida por meio de interceptação telefônica ilegal igualmente corrompe as demais provas dela decorrentes, sendo inadmissíveis para embasar eventual juízo de condenação (art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal). Aplicação da “teoria dos frutos da árvore envenenada”.

5. Realizar a correlação das provas posteriormente produzidas com aquela que constitui a raiz viciada implica dilação probatória, inviável, como cedoço, em sede de *habeas corpus*.

6. Ordem parcialmente concedida para anular a decisão que deferiu a quebra do sigilo telefônico no Processo n. 2004.70.00.015190-3, da 2ª Vara Federal de Curitiba, porquanto autorizada em desconformidade com o art. 2º, inciso I, da Lei n. 9.296/1996, e, por conseguinte, declarar ilícitas as provas em razão dela produzidas, sem prejuízo, no entanto, da tramitação do inquérito policial, cuja conclusão dependerá da produção de novas provas independentes, desvinculadas das gravações decorrentes da interceptação telefônica ora anulada. (HC n. 64.096-PR, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 27.05.2008, DJe 04.08.2008)

E ainda, imperioso pontuar que o objeto primordial das investigações realizadas no caso em apreço era o suposto crime de apropriação indébita previdenciária, sobrevindo informações de que por meio da empresa Companhia Açucareira de Penápolis também estaria sendo praticado o delito de sonegação fiscal, fato que também motivou a quebra do sigilo telefônico dos investigados, dentre estes os pacientes, conforme se infere da decisão acostada às fls. 151-158:

Há fortes indícios de que diversas pessoas (proprietários, administradores, contadores, advogados, dentre outras) ligadas ao grupo empresarial que controla a “Companhia Açucareira de Penápolis – CAP” e outras empresas vêm, há muito tempo, em verdadeira atuação de “quadrilha”, cometendo, pelo menos, ilícitos contra a ordem tributária e, talvez, contra o sistema financeiro nacional. (fl. 152.)

Todavia, conforme entendimento já consolidado no âmbito desta Corte Superior de Justiça, tem-se por ilegal qualquer ato investigatório, dentre os quais a quebra do sigilo telefônico destinada à colheita de provas acerca de crime contra a ordem tributária, sem que se tenha notícia da constituição definitiva do crédito tributário tido por sonegado.

Nesse sentido, confirmam-se os precedentes desta Corte:

Habeas corpus. Interceptação telefônica. Ausência de lançamento. Nulidade dos atos. Ocorrência. Concedida a ordem.

1 - Ausente comprovação a respeito do lançamento do crédito tributário, não é possível a propositura da ação penal, ou mesmo o deferimento de qualquer procedimento prévio investigatório.

2 - Conforme jurisprudência desta Turma, não é possível a realização de interceptação telefônica, para apurar crime contra a ordem tributária, quando ainda não houve o indispensável lançamento definitivo do crédito tributário.

3 - Concedida a ordem.

(HC n. 89.023-MS, Rel. Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG), Sexta Turma, julgado em 07.10.2008, DJe 17.11.2008)

Penal e Processual Penal. *Habeas corpus*. Art. 1º, inciso I, da Lei n. 8.137/1990. Ausência de justa causa. Início da ação penal antes de decisão definitiva na esfera administrativa. Impossibilidade.

Condição objetiva de punibilidade.

Na linha de precedentes desta Corte e do Pretório Excelso o lançamento definitivo do crédito tributário constitui uma condição objetiva de punibilidade sem a qual não se deve dar início a *persecutio criminis in iudicio*. (Precedentes) *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, neste ponto, concedido.

(HC n. 60.648-SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 17.08.2006, DJ 30.10.2006 p. 360)

Em respeito à garantia individual, prevista no Texto Constitucional, à inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas, cuja excepcionalidade verificada nos autos não obedeceu os requisitos elencados pelo legislador ordinário, conforme as razões expostas, imperiosa a *concessão da ordem* para declarar a nulidade do despacho que atendeu a representação feita pela autoridade policial nos Autos do Procedimento de Interceptação Telefônica n. 2007.61.07.011137-2, determinando-se a inutilização do material colhido, nos termos do artigo 9º da Lei n. 9.296/1996, devendo as instâncias ordinárias absterem-se de fazer qualquer referência às informações obtidas pelo meio invalidado.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 137.206-SP (2009/0100079-3)

Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho

Impetrante: Roberto Podval e outros

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Alexandre Alves Nardoni (preso)

Paciente: Anna Carolina Trotta Peixoto Jatobá (presa)

EMENTA

Habeas corpus preventivo. Imputação de homicídio triplamente qualificado e fraude processual. Trancamento da ação quanto ao segundo delito. Prova da materialidade e indícios suficientes de autoria. Crime conexo. Competência do Tribunal do Júri Popular.

Diversidade dos bens juridicamente protegidos. Parecer do MPF pelo não conhecimento do HC ou concessão da ordem. Ordem denegada, no entanto.

1. A pretensão de excluir da decisão de pronúncia o crime de fraude processual (art. 347 do CPB) não foi submetida às instâncias ordinárias; contudo, pronunciados os acusados de homicídio (art. 121 do CPB) também por esse crime, em conexão com aquele, pode esta Corte apreciar o pedido, inclusive para evitar novos e reiterados questionamentos.

2. O parágrafo único do art. 347 do CPB é autônomo em relação ao seu *caput*. Embora reflita uma causa de aumento de pena, o faz especificamente para o caso de a inovação artificiosa ocorrer em processo penal, sendo desnecessária a instauração de qualquer procedimento civil ou administrativo, para a sua caracterização.

3. O delito de fraude processual não se confunde com o outro crime que esteja em apuração (neste caso, o de homicídio qualificado); é diverso o bem jurídico cogitado nesse tipo penal (a administração da Justiça), resguardando-se a atuação dos agentes judiciários contra fatores estranhos, capazes de comprometer a lisura da prova ou a correção do pronunciamento judicial futuro, estorvando ou iludindo o seu trâmite.

4. A fraude processual é crime comum e formal, não se exigindo para a sua consumação, que o Juiz ou o perito tenham sido *efetivamente induzidos a erro*, bastando que a inovação seja apta, num primeiro momento, a produzir tal resultado, podendo o crime ser cometido por qualquer pessoa que tenha, ou não, interesse no processo.

5. O direito à não auto-incriminação não abrange a possibilidade de os acusados alterarem a cena do crime, inovando o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, para, criando artificialmente outra realidade, levar peritos ou o próprio Juiz a erro de avaliação relevante.

6. Embora se postule neste HC a irresponsabilidade penal quanto à fraude processual, a coerência jurídica aponta que a pretensão final é relativa ao crime de homicídio; assim, acaso vinguem os prognósticos da defesa (e nesse estágio não há de se desiludi-la), nenhum empecilho sobrá à investigação da fraude processual e de seus autores.

7. Somente se poderia afastar o crime de fraude processual imputado aos réus, se a sua conduta fosse manifestamente atípica ou se inexistente qualquer indicio de prova de autoria; na decisão de pronúncia (art. 314 do CPP), o Juiz expressou a sua fundada e justa convicção quanto à necessidade de submeter os acusados ao Tribunal do Júri Popular, competente para julgar os crimes dolosos contra a vida e os que lhes estejam eventualmente conexos. Precedentes.

8. Ordem denegada, não obstante o parecer ministerial em sentido contrário.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Felix Fischer, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentaram oralmente: Dr. Roberto Podval (p/ pacto) e Ministério Público Federal.

Brasília (DF), 1º de dezembro de 2009 (data do julgamento).

Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator

DJe 1º.02.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado em favor de *Alexandre Alves Nardoni e Anna Carolina Trotta Peixoto Jatobá*, em adversidade a acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento ao Recurso em Sentido Estrito defensivo, mantendo a decisão de pronúncia dos pacientes pela suposta prática dos crimes de homicídio triplamente qualificado e fraude processual. O acórdão restou assim ementado:

Ementa: Recurso em sentido estrito. Preliminares inconsistentes. Ausência de irregularidade procedimental recursal. Denúncia que detalha todas as

circunstâncias do fato criminoso, em plena consonância com o art. 41, do Código de Processo Penal. Contraditório absolutamente regular no que diz ao término da instrução processual. Interrogatórios despidos de vícios. Contraditório prévio não previsto à época da instrução. Direito amplo à prova devidamente assegurado. Inexistência de contradição nos laudos periciais. Depoimento plenamente válido de testemunha arrolada pela defesa. Memoriais da acusação que discorrem perfeitamente acerca da prova colhida nos autos, ratificando plenamente a denúncia. Inexigibilidade da origem em prestar esclarecimentos acerca de suas decisões. Validade dos laudos periciais de DNA. Mérito. Pronúncia mantida. Requisitos de materialidade e autoria bem caracterizados nos autos. Evidências mais que suficientes a mandar a causa a julgamento popular pelo Tribunal do Júri, foro apropriado para tanto. Qualificadoras mantidas. Fraude em processo penal. Crime conexo que deve igualmente ser submetido ao Plenário. Revogação da prisão. Impossibilidade. Incompatibilidade da liberdade, para casos graves. Crime que revela prática, de violência e temibilidade dos agentes. Garantia do ordem pública preservada. Situação já anteriormente avaliada, de forma ampla e detida, pela então C. Turma Julgadora, à interposição do primeiro *Habeas Corpus*. Questões fáticas que ainda permanecem vivas e autorizando a custódia cautelar. Preliminares rejeitadas, recurso improvido. (fls. 122).

2. Pretende a impetração ver trancada a Ação Penal quanto ao crime de fraude processual, afirmando, em síntese: (a) não pode ser autor do crime de fraude processual aquele a quem é imputado o crime que se tenta *encobrir*; porquanto ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo; (b) o parágrafo único do art. 347 não é autônomo em relação ao *caput*, dessa forma, para realizar a hipótese típica, *o agente há que cumprir o pressuposto objetivo expresso no caput*, qual seja, alterar provas (lugar, coisa ou pessoa), *na pendência de processo civil ou administrativo*; (c) sem procedimento de qualquer espécie, como ocorre em relação à imputação feita aos pacientes, o fato é atípico.

3. O ilustre Subprocurador-Geral da República *Eugênio José Guilherme de Aragão*, manifestou-se pelo não conhecimento do *mandamus*, ou, se conhecido, pela concessão da ordem, em parecer assim ementado:

Habeas corpus. Homicídio qualificado. Fraude processual. Supressão de instância. Não conhecimento. Atipicidade da conduta de alterar o local do crime. Alteração ocorrida quando as provas estavam sob o domínio dos réus, antes da chegada da autoridade policial. Garantia contra auto-incriminação. Concessão.

1. Não tendo havido exame das questões suscitadas no *writ* pela Corte coatora, está, o STJ, impedido de adentrá-las, porque tanto implicaria supressão de instância.

2. Não há atribuir prática de crime de fraude processual a imputado que, antes da chegada da autoridade policial, altera prova no local do crime, quando esta ainda está sob seu domínio. Incidência da garantia constitucional contra a auto-incriminação.

3. Parecer por que não seja conhecida a ordem ou, caso entendimento contrário, seja concedida para trancar a ação penal com relação ao delito de fraude processual, ante à atipicidade da conduta dos pacientes. (fls. 324).

4. É o que havia de relevante para relatar.

VOTO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (Relator): 1. A sentença de pronúncia, quanto ao crime de fraude processual aduziu o seguinte:

12. Por fim, quanto ao crime conexo de fraude processual previsto no art. 347, parágrafo único do Código Penal, por existirem indícios de sua prática e também de que os réus seriam seus autores, deve ser submetido também à apreciação do Tribunal do Júri.

Isto porque o laudo pericial realizado no local do crime, poucas horas após este ter ocorrido, tendo permanecido preservado pela Polícia Militar, conforme os padrões normativos para tanto, até a chegada da perícia técnica, revelou que várias das manchas de sangue detectadas no chão do apartamento de onde a vítima foi defenestrada, além de apresentarem aspecto recente, teriam sido parcialmente removidas por limpeza e que somente com a utilização de reagente policial (*bluestar*) puderam ser visualizadas, com especial destaque para uma área na sala do apartamento, próximo ao braço direito do sofá em L ali disposto, junto à parede lateral esquerda, onde foi constatada a presença de manchas de sangue em maior profusão, o que teria inclusive levado os peritos a concluir que a vítima teria sido colocada naquele local, sentada, com as pernas fletidas sobre o piso, o que se justificaria pela maior quantidade de sangue naquele local.

Esta mesma perícia técnica também constatou a existência de uma fralda de algodão, a qual foi encontrada na área de serviço do apartamento, no interior de um balde, em processo de lavagem, sendo que, quando submetida a exames específicos, apresentou resultado que indica a possibilidade das amostras analisadas conterem a presença de sangue (fls. 802), o que, em tese, constitui indício quanto a suposta ocorrência do crime de fraude processual.

Portanto, como se vê, estas provas técnicas indicam que pode, sim, ter ocorrido uma tentativa de alteração da cena do crime com o objetivo de tentar induzir os peritos e o Juízo a erro, já que aquelas manchas de sangue seriam extremamente relevantes para revelar algumas características do crime que viria a ser apurado.

Outrossim, como os réus não foram capazes de demonstrar, de forma absolutamente segura e estreme de dúvidas, a tese sustentada por eles de que uma terceira pessoa teria entrado no apartamento e praticado o crime de homicídio contra a vítima Isabella e, a reboque, imputar a ele a prática deste delito conexo de fraude processual, o que ainda deverá ser objeto de debate entre as partes em Plenário, conclui-se que há também indícios de autoria em relação aos réus, mesmo porque nenhum vestígio de arrombamento foi constatado no local (fls. 670).

Cabe, dessa forma, ao Tribunal do Júri se debruçar sobre estas provas e as demais que compõem o conjunto probatório produzido nestes autos, com o auxílio dos debates que serão promovidos em Plenário pelas partes, e assim, ao final, emitir um juízo de valor sobre a ocorrência ou não daquele crime conexo de fraude processual e, em caso positivo, se os réus foram ou não seus autores.

O certo é que, por ora, tais elementos de prova se mostram mais do que suficientes a demonstrar a presença dos requisitos necessários para que a acusação seja admitida em relação a este delito conexo de fraude processual que também foi atribuído aos réus, remetendo assim seu julgamento, juntamente com o crime principal de homicídio, ao conhecimento do Tribunal do Júri. (fls. 108-110).

2. O voto condutor do acórdão impugnado, sobre o tema, afirmou, *verbis*:

E, por extensão, também a questão quanto ao crime de fraude em processo penal (art. 347, parágrafo único do Código Penal).

Que também deve ser submetido à apreciação do E. Tribunal do Júri.

Afinal, o afastamento deste crime, como aqui, só pode e deve ser aceito quando a prova quanto ao acontecimento a que refere à ação é nenhuma.

O que inoocorre, nos autos.

Isto porque os exames periciais revelaram que diversos vestígios de sangue encontrados no imóvel dos recorrentes teriam sido parcialmente removidos por limpeza.

Demais disso, a prova técnica leva fortemente a crer que a fralda de algodão apreendida na área de serviço do imóvel dos recorrentes - em pleno processo de lavagem - também teria tido contato com sangue.

Em suma.

Há indícios suficientes de que os recorrentes - na hipótese de tem sido os autores do homicídio - de tudo fizeram para eliminar quaisquer vestígios que os pudesse incriminar, acabando por praticar o delito previsto no art. 347, parágrafo único do Código Penal.

Enfim.

A valoração da prova, propriamente dita - exceto a que diz aos indícios de autoria e materialidade, como se viu - e dos elementos fáticos contidos nos autos, não encontra campo apropriado e aprofundado de avaliação neste momento.

É coisa que se reserva ao julgamento futuro. (fls. 154-155).

3. É certo que a questão, tal como posta na presente impetração, não foi apreciada pelas instâncias ordinárias, como bem assinalou o ilustre e culto representante do *Parquet* Federal.

4. Ocorre que, ao meu sentir, pronunciados os acusados também por esse crime, já que, no dizer do MM. Juiz de primeiro grau e da Corte Estadual, há prova da materialidade e indícios suficientes de autoria, pode este Tribunal debruçar-se sobre o tema, inclusive para evitar novos e reiterados questionamentos.

5. E, no mérito, *data venia* do ilustre Subprocurador-Geral da República, entendo que não há falar em atipicidade da conduta.

6. Primeiramente, ao contrário do que afirma a impetração, o parágrafo único do art. 347 do CPB é autônomo em relação ao *caput*. Embora reflita uma causa de aumento de pena, o faz especificamente para caso de a inovação artificialmente ocorrer em *processo penal*, sendo desnecessária a instauração de qualquer processo *civil ou administrativo*, para a sua caracterização.

7. A razão de ser desse aumento está na necessidade de proteção maior ao processo criminal, que pode vir a restringir a liberdade da pessoa, daí mais grave a conduta daquele que *inova artificialmente o estado de lugar, de coisa ou de pessoa com o fim de induzir a erro o juiz ou o perito*, no caso de ocorrência de crime. Sobre o tema, confira-se a doutrina de LUIZ REGIS PRADO:

Preceitua o parágrafo único do art. 347 que, se a inovação se destina a produzir efeito em processo penal, ainda que não iniciado, as penas aplicam-se em dobro. Isso significa que a majorante em apreço opera mesmo quando a inovação artificialmente ocorrer anteriormente ao início do processo penal, ou seja, durante as investigações policiais, revestidas ou não das formalidades do inquérito. Enquanto no *caput* impõe-se processo civil ou administrativo em andamento, no parágrafo único proíbe-se a inovação artificialmente prévia à efetiva instauração do processo penal.

A causa de aumento de pena tem sua razão de ser em face do significado dos bens jurídicos protegidos pela lei penal, que se sobrepõem aos demais. De conseguinte, atua sobre a magnitude do injusto, pois é maior o desvalor do resultado (leão ou perito de lesão ao bem jurídico (Curso de Direito Penal Brasileiro, vol. 4, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 665).

8. Desta Corte, a propósito do tema, confira-se o seguinte julgado:

Agravo regimental nos embargos de declaração no recurso especial. Fraude processual. Parágrafo único do art. 347 do Código Penal. Caracterização. Início do Processo Penal. Desnecessidade. Interpretação desnecessária. Exaurimento do delito de ocultação de cadáver. Súmula n. 7-STJ. Divergência jurisprudencial. Não caracterização. Agravo desprovido.

I. A pré-existência de processo em andamento não é requisito necessário à configuração do delito descrito no parágrafo único do art. 347 do Código Penal, na medida em que o próprio dispositivo prevê aumento de pena para os casos em que o processo ainda não tenha iniciado.

II. Desnecessária qualquer interpretação do dispositivo legal quanto à questão.

III. Embora a conduta seja idêntica à prevista no tipo do caput, não é necessário que se tenha iniciado o processo, sendo possível sua caracterização ainda na fase de investigações, independentemente até da instauração do inquérito policial.

(...).

VI. Agravo desprovido. (AgRg nos EDcl no Ag n. 711.502-SP, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU 10.04.2006)

9. No concernente ao segundo argumento - de que inadmissível a imputação dessa conduta aos próprios réus, ante o princípio da não incriminação - não obstante o brilhantismo das razões ofertadas pelos impetrantes, ousou discordar da argumentação.

10. O delito de *fraude processual* não se confunde com o outro crime que esteja em apuração (no caso, o de homicídio qualificado). É diverso o bem jurídico protegido por esta norma, no caso, a Administração da Justiça, evitando-se que a atuação de qualquer dos seus agentes, Juízes, funcionários ou peritos, seja maculada ou iludida por força de fatores estranhos, que possam comprometer, de qualquer forma, a lisura da prova e, conseqüentemente, a correção do pronunciamento judicial.

11. Cuida-se de crime comum e formal, que não exige para a sua consumação o efetivo erro do juiz ou do perito, bastando que a inovação seja apta, num primeiro momento, a induzi-los em erro; por isso, pode ser cometido por qualquer pessoa que tenha, ou não, interesse no processo, inclusive pelas partes (réu ou Ministério Público).

12. Sobre o tema, vale mencionar a percuente doutrina de CÉZAR ROBERTO BITTENCOURT:

3. Sujeitos do crime

Sujeito ativo do crime de fraude processual pode ser qualquer pessoa, tendo ou não interesse no processo, não sendo exigida nenhuma qualidade ou condição especial. Qualquer pessoa que inove artificialmente, alterando o estado de lugar, coisa ou pessoa, com o objetivo de favorecer qualquer dos litigantes. Por isso, a inovação pode ser feita pela parte (réu, órgão do Ministério Público), por qualquer terceiro, interessado ou não no processo, por funcionário público e pelo próprio Advogado, se efetivamente concorrer para a fraude.

4. Tipo objetivo: adequação típica

A conduta típica consiste em inovar (mudar, alterar), artificialmente (mediante artifício ou ardil) o estado de lugar, de coisa ou de pessoa (enunciação taxativa), com o fim de induzir a erro o juiz ou perito. Inovar artificialmente o estado de lugar, de coisa ou de pessoa quer dizer promover, arditamente, mudanças, modificações ou transformações materiais, extrínsecas ou intrínsecas, capaz de transformar a importância probatória que lugar, coisa ou pessoa anteriormente tinham, isto é, modificar o estado desses objetos materiais, que são *numerus clausus*, sem a concorrência de causas naturais. Inova-se, por exemplo, o estado de lugar quando se abre um caminho para simular uma servidão de passagem; o estado de coisa quando se eliminam vestígios de sangue numa peça indiciária da autoria de um homicídio, para fazer crer que se trata de suicídio; o estado de pessoa quando se alteram, mediante operação plástica, determinados sinais característicos de um indivíduo procurado pela justiça. Em outro termos é indispensável que a ação de inovar seja capaz de mudar o sentido probatório de lugar, coisa ou pessoa, e que não seja somente uma modificação grosseira, sem potencialidade, isto é, sem idoneidade suficiente para induzir o juiz ou o perito em erro. ocorre inovação artificial - exemplifica Fragoso - quando se eleva um muro ou abre uma janela, quando se elimina marca de sangue num objeto ou se altera uma substância sujeita a exame.

Inovar artificialmente com o fim de induzir juiz ou perito em erro significa fazê-lo por meio de artifício, pois, indubitavelmente, tem o objetivo de enganar alguém, no caso, juiz ou perito. Artifício é toda simulação ou dissimulação idônea para induzir uma pessoa em erro, levando-a à percepção de uma falsa aparência de realidade. O texto legal, ao contrário do que faz em outras oportunidades, não incluiu alternativas a artificialmente, tais como fraude, ardil ou qualquer outro meio fraudulento. (...). (Tratado de Direito Penal, Parte Especial, vol. 5, São Paulo, Saraiva, 2007, p. 327-328).

13. Uma coisa é o direito a não auto-incriminação. O agente de um crime não é obrigado a permanecer no local do delito, a dizer onde está a arma utilizada ou a confessar. Outra, bem diferente, todavia, é alterar a *cena do crime*,

inovando o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, para, criando artificialmente outra realidade ocular, induzir peritos ou o Juiz a erro.

14. Considerando que a fraude processual pode ser engendrada de diversas formas, o que pode ocorrer é a sua absorção por delito mais grave. O exemplo clássico apresentado pela doutrina e ocorrente com mais frequência é a absorção pelo crime de ocultação de cadáver. Tanto é assim que o STF, por ocasião do julgamento do HC n. 88.733-SP, decidiu nesse exato sentido, *mas sem fazer qualquer ressalva quanto à possibilidade de cometimento do delito de fraude processual pelo próprio inculcado*. Confira-se a ementa redigida para o acórdão:

Ementa: 1. Ação Penal. Crime de fraude processual. Homicídio doloso praticado dentro de clínica médica. Limpeza do local para eliminação de vestígios de sangue. Artifício que tenderia a induzir em erro o juiz de ação penal. Fato típico em tese. Inexistência de processo civil ou de procedimento administrativo. Irrelevância. Ato dirigido a produzir efeito em processo penal, ainda que não iniciado. Correspondência ao tipo autônomo previsto no parágrafo único do art. 347 do Código de Processo Penal. Hipótese normativa que não é de causa de aumento de pena. Inteligência do texto do art. 347, que contém duas normas. O art. 347 do Código Penal contém duas normas autônomas: a do *caput*, que pune artifício tendente a produzir efeitos em processo civil ou procedimento administrativo já em curso; e a do parágrafo único, que pune ato voltado a produzir efeitos em processo criminal, ainda que não iniciado. 2. Ação Penal. Crime de fraude processual penal. Não caracterização. Delito de caráter subsidiário. Homicídio doloso praticado dentro de clínica médica. Limpeza do local para eliminação de vestígios de sangue. Ato de execução que, inserindo-se no iter do delito mais grave de ocultação de cadáver (art. 211 do CP), é por este absorvido. Imputação de ambos os delitos em concurso. Inadmissibilidade. *Bis in idem*. Exclusão da acusação de fraude na pronúncia. HC concedido, por empate na votação, para esse fim. Interpretação conjugada dos arts. 211 e 347, parágrafo único, do CP. O suposto homicida que, para ocultar o cadáver, apaga ou elimina vestígios de sangue, não pode ser denunciado pela prática, em concurso, dos crimes de fraude processual penal e ocultação de cadáver, senão apenas deste, do qual aquele constitui mero ato executório. (HC n. 88.733-SP, Rel. para acórdão Min. Cezar Peluso, DJU 15.12.2006).

15. Além disso, é de se ter em vista que a sistemática legislativa penal indica a sincera propensão em dar relevo a fatos que vêm em complemento a um delito antecedente e são movidos principalmente pelo ânimo de dissimular o sucesso da primeira empreitada.

16. Tanto assim o é que há previsão genérica para o agravamento das penalidades infligidas em razão de crimes cometidos para facilitar ou assegurar a ocultação ou a impunidade de outros cometidos anteriormente. Veja-se, *v. g.*, o art. 61 do CPB:

Art. 61. São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

II - ter o agente cometido o crime:

(...).

b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime.

(...).

17. É verdade, essas digressões seriam dispensáveis se o intento fosse a ocultação da morte. Esse propósito, aliás, seria quase irrealizável diante da estrepitosa repercussão do evento. O homicídio, esse sim, poderia ter seus contornos embaciados ou mesmo eliminados com a atuação daqueles a quem não interessaria a elucidação do crime.

18. E o real propósito do dispositivo transcrito é intimidar (ou mais severamente reprimir) a conduta daqueles que tencionam atabalhoar a ação investigativa, seja ele o autor ou não do primeiro delito. Afinal, sobre isso, a lei não traz quaisquer ressalvas.

19. Obviamente, não é de se cogitar agora, a incidência dessa agravante no caso. A menção a ela, embora muito elucidativa, é apenas retórica.

20. Não é tudo.

21. A inviabilidade de se dar fim precoce à persecução penal pela fraude processual ainda tem outro fundamento: a possibilidade, insistentemente pugnada pela defesa, de os pacientes não serem os autores do homicídio que, até esta altura, é-lhes provisoriamente imputado.

22. Se o Tribunal do Júri, Juiz Natural desta contenda, concluir pela procedência do pedido absolutório em relação ao homicídio, ainda que prevalente a tese da impetração - de que o homicida não frauda o processo - o segundo crime pode inteiramente ser atribuído aos réus.

23. Em nome do princípio da eventualidade, é certo, a defesa, pode lançar mão de teses aparentemente conflitantes para ver livre os acusados das incriminações que contra eles são lançadas. Fa-lo-á apresentando os argumentos que dispõe de acordo com a ordem mais benéfica aos réus.

24. E, embora agora se pretenda apenas a irresponsabilidade quanto à fraude processual, a coerência jurídica aponta que as aspirações maiores voltam-se mesmo à absolvição no homicídio.

25. Caso vinguem os melhores prognósticos da defesa, e nesse estágio certamente não há de se desiludi-la, nenhum empecilho sobrar à investigação da fraude processual e de seus verdadeiros autores. Mesmo sob a óptica defensiva, se não forem homicidas, os réus podem ser os fraudadores.

26. Assim, por ora, é de se permitir o curso da Ação Penal também em relação à fraude processual.

27. Somente se poderia afastar o crime de fraude processual imputado aos réus, se a sua conduta fosse *manifestamente atípica* ou se inexistente qualquer indício de prova de autoria; na decisão de pronúncia (art. 314 do CPP), o Juiz expressou a sua fundada e justa convicção quanto à necessidade de submeter os acusados ao Tribunal do Júri Popular, competente para julgar os crimes dolosos contra a vida e os que lhes estejam eventualmente conexos.

28. Ante o exposto, denega-se a ordem, em que pese o parecer ministerial em sentido contrário.

HABEAS CORPUS N. 137.601-RJ (2009/0102967-7)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Impetrante: Monica Normando e outro

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Paciente: Denilson Moreira Balbino

EMENTA

Habeas corpus. Estatuto do Desarmamento. Artigo 16, *caput* e inciso III, da Lei n. 10.826/2003. *Abolitio criminis* temporária. Impossibilidade de regularizar as armas apreendidas. Tipicidade da conduta. Descabimento de aplicação do art. 580 do Código de Processo Penal.

1. Demonstrado o dolo de possuir armas de fogo de origem irregular, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, descabe estender ao ora Paciente o julgado que reconheceu a atipicidade da conduta do corréu. No caso, a própria natureza dos armamentos e explosivos - encontrados em depósito que guarnecia quadrilha armada voltada à prática de crimes contra o patrimônio - indica que eles são de origem ilegal e não poderiam ser regularizados.

2. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho e Jorge Mussi votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 15 de setembro de 2009 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

DJe 05.10.2009

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, em favor de *Denilson Moreira Balbino*, preso e condenado pela prática dos crimes previstos no art. 288, do Código Penal, e no art. 16, *caput* e inciso III, da Lei n. 10.826/2003, em concurso material, à pena de 08 anos e 08 meses de reclusão, buscando a extensão da ordem concedida pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça ao corréu Jorge Bissoli dos Santos, nos autos do HC n. 74.718-RJ, da minha relatoria, assim ementado:

Habeas corpus. Penal. Estatuto do Desarmamento. Artigo 16, *caput* e inciso III, da Lei n. 10.826/2003. *Abolitio criminis* temporária. Atipicidade da conduta. Anulação do decreto condenatório.

1. Diante da literalidade dos artigos relativos ao prazo legal para regularização do registro da arma (artigos 30, 31 e 32 da Lei n. 10.826/2003), ocorreu *abolitio criminis* temporária em relação às condutas delituosas previstas no art. 16, da Lei n. 10.826/2003.

2. A posse ilegal de armas de fogo, munição e artefatos explosivos, praticada dentro desse período, não configura conduta típica.

3. Ordem concedida para anular o decreto condenatório na parte referente aos crimes do artigo 16, *caput* e inciso III, da Lei n. 10.826/2003, diante da atipicidade da conduta do Paciente. (DJ de 23.06.2008.)

O Impetrante alega, em suma, que como a ordem concedida não teve caráter pessoal, deve ser estendida ao Paciente, anulando parte da sentença referente ao artigo 16, *caput* e inciso III da Lei n. 10.826/2003, o que ensejaria o reconhecimento do cumprimento integral de sua pena, visto que recebeu comutação e, atualmente, encontra-se em livramento condicional.

Requer, assim, liminarmente, o direito de aguardar o julgamento do *writ* em liberdade e, no mérito, a concessão da extensão da ordem nos termos art. 580 do Código de Processo Penal.

O pedido liminar foi indeferido nos termos da decisão de fls. 94-95.

Estando os autos devidamente instruídos, as informações foram dispensadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 98-105, opinando pela concessão da ordem.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): A ordem não merece concessão.

O Impetrante postula, no presente *habeas corpus*, a extensão da ordem concedida pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do HC n. 74.178-RJ, para anular parcialmente a sentença condenatória do corrêu.

Informam os autos que o Paciente foi condenado, juntamente com o corrêu, nas sanções art. 16, *caput* e inciso III, da Lei n. 10.826/2003, em concurso formal, e do art. 288, parágrafo único, do Código Penal.

Na espécie, narra a sentença que, no dia 31 de outubro de 2004, “os denunciados, em comunhão de desígnios criminosos, possuíam, tinham em

depósito, mantinham sob sua guarda e ocultavam, sem autorização e em desacordo com determinação legal, diversas armas de fogo de uso restrito e proibido, grande quantidade de munição e dois artefatos explosivos” (fl. 55), motivo pelo qual o Paciente e o corréu Jorge Bissoli dos Santos foram condenados nas sanções dos crimes previstos no art. 16, *caput* e inciso III, da Lei n. 10.826/2003.

De fato, em face da literalidade dos artigos relativos ao prazo legal para regularização do registro da arma (artigos 30, 31 e 32 da Lei n. 10.826/2003), a Quinta Turma concedeu a ordem ao corréu, reconhecendo a atipicidade de sua conduta.

Ressalvo, contudo, que não se aplica o mesmo entendimento ao ora Paciente, preso em flagrante por manter em depósito armamentos que guarneciam quadrilha armada, voltada à prática de crimes contra o patrimônio.

Com bem ressaltou o acórdão impugnado, “em nenhum momento, quer na fase inquisitiva, quer em Juízo, restou demonstrado que, por qualquer forma,” o Paciente iria “aproveitar-se da benesse legal e devolver as armas, o que demonstra com clareza, a ausência de intenção para tal” (fl. 13). Aliás, nem poderia fazê-lo no caso em exame, onde a própria natureza dos armamentos e explosivos indica que eles são de origem ilegal e não poderiam ser registrados.

Confrim-se as judiciosas considerações do acórdão impugnado:

A alegação de que na data da prisão deles ainda vigorava o prazo legal, aliás prorrogado sucessivamente, que foi estabelecido pelo Estatuto do Desarmamento (arts. 30 e 32) para o registro e/ou entrega de armas de fogo à Polícia Federal, até porque, em verdade, mesmo que quisessem valer-se da *vacatio legis* então existente não poderiam efetuar o registro de armas de uso proibido, com numeração raspada, sendo uma delas de propriedade do Ministério da Aeronáutica.

[...] Na verdade, o que consta dos autos é que teriam eles alugado os armamentos para a prática de crimes, o que afasta a atipicidade alegada. (fl. 13)

Com efeito, resta demonstrado o dolo de possuir armas de fogo de origem irregular, sem autorização e em desacordo com determinação legal, descabendo estender ao Paciente o julgado que reconheceu a atipicidade da conduta do corréu.

Ante o exposto, *denego a ordem*.

É como voto.

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 20.337-PR
(2005/0113612-8)**

Relatora: Ministra Laurita Vaz
Recorrente: Mauro Canuto Castilho e Souza Machado
Advogado: Leontamar Valverde Pereira e outro
T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná
Impetrado: Governador do Estado do Paraná
Recorrido: Estado do Paraná
Procurador: Ubirajara Ayres Gasparin e outro(s)

EMENTA

Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Processo administrativo disciplinar. Abandono de cargo. Composição do Conselho da Polícia Civil do Estado do Paraná. Presença de dois promotores. Lei Complementar n. 98/2003. Constitucionalidade. Participação decisiva de membro impedido. Inteligência do art. 252, inciso III, do CPP. Aplicação subsidiária. Nulidade. Pena demissória. Ausência de apuração do ilícito no âmbito penal. Prazo prescricional de cinco anos. Anulação da pena demissória. Decurso de mais de cinco anos após cento e quarenta dias do último marco interruptivo. Prescrição da pretensão punitiva estatal configurada.

1. Tem-se por constitucional o dispositivo da Lei Complementar Estadual n. 98/2003, que alterou o Estatuto da Polícia Civil do Estado do Paraná – Lei Complementar n. 14/1982 –, determinando a participação de dois representantes do Ministério Público no Conselho da Polícia Civil, tendo em vista a ausência de impedimento legal nesse sentido, bem assim a compatibilidade com a missão do Ministério Público de fiscalizar a legalidade e moralidade pública. Precedentes.

2. A participação no julgamento de um servidor impedido, o qual votou pela aplicação e pela confirmação da pena demissória, importando, pois, de forma decisiva no resultado final do julgamento – tomado por maioria de votos (4X3) – fl. 340 – evidencia inegável

nulidade, nos termos do disposto no Código de Processo Penal (art. 252, inciso III), aplicável subsidiariamente à espécie, conforme previsão expressa do art. 243, § 1º, do Estatuto da Polícia Civil do Estado do Paraná.

3. O prazo prescricional a ser observado, na hipótese, relativamente ao delito de abandono de cargo, o qual configura também ilícito penal, segue a regra da prescrição das infrações administrativas, equivalente a 5 (cinco) anos, tendo em vista que o crime sequer chegou a ser apurado na instância penal, conforme reconhecido pelo próprio Recorrente, daí a inaplicabilidade da prescrição penal. Precedentes.

4. Em se considerando que a prescrição (tal como a decadência) é um instituto concebido em favor da estabilidade e da segurança jurídicas, não se pode admitir que o litigante em processo administrativo disciplinar aguarde, indefinidamente, o exercício do poder punitivo do Estado.

5. Desse modo, sendo interrompido pela instauração do processo administrativo disciplinar, o prazo prescricional volta a correr por inteiro após *140 (cento e quarenta) dias*, prazo máximo para conclusão do processo administrativo e imposição de pena, independentemente de ter havido ou não o seu efetivo encerramento.

6. Com a anulação do julgamento definitivo pelo Conselho da Polícia Civil, resta prescrito o direito de punir do Estado.

7. O recurso, relativamente às demais questões, não comporta conhecimento, porquanto as aludidas matérias não foram objeto de decisão pela Corte *a quo*, sob pena de supressão de instância.

8. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, provido para declarar a nulidade da decisão confirmatória do ato demissório, proferida em sede de recurso *ex officio* e, conseqüentemente, a prescrição da pretensão punitiva estatal quanto à falta administrativa imputada, devendo o servidor ser reintegrado ao cargo anteriormente ocupado.



ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas

taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso e, nessa parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima e Jorge Mussi votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Felix Fischer e Napoleão Nunes Maia Filho.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Jorge Mussi.

Brasília (DF), 17 de novembro de 2009 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

DJe 07.12.2009

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança com fundamento no art. 105, inciso II, alínea **b**, da Constituição Federal, em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, que denegou a ordem, nos termos da seguinte ementa:

Mandado de segurança. Servidor Público Estadual. Processo Administrativo disciplinar por abandono de cargo. Regras processuais estabelecidas por lei posterior ao fato. Aplicação imediata. Admissibilidade. Participação de dois membros do Ministério Público no Conselho da Polícia Civil. Inocorrência de inconstitucionalidade. Função tida como institucional. Prescrição. Inexistência. Participação legal de Conselheiro, ainda que haja se manifestado duas vezes no mesmo processo. Recurso administrativo, por outro lado, bem examinado na espécie. Ilegalidade na participação de outro Conselheiro e exame da justa causa na ausência ao serviço. Discussão incabível no âmbito da ação mandamental. Ordem denegada. (fl. 728; *sic.*)

Nas presentes razões, assevera o Recorrente, então servidor público estadual, ocupante do cargo de investigador de polícia, que, durante o período em que se encontrava em disponibilidade, teve decretada contra si prisão preventiva, razão pela qual se viu obrigado a sair do Estado para evitar a prisão.

Narra que, tão-logo revogada a custódia cautelar, retornou ao serviço apresentando as devidas justificativas, sendo que, após o desconto das faltas e de apresentadas as devidas justificativas, teve descontadas as respectivas ausências,

bem como instaurado processo administrativo disciplinar com vistas à apuração de suposto abandono de cargo.

Posteriormente, restou absolvido nos autos da ação penal, no qual o cárcere preventivo havia sido decretado.

Finda a apuração disciplinar, a autoridade processante concluiu pela absolvição do Impetrante, em razão da ausência de *animus abandonandi*. Entretanto, submetido o processo à autoridade superior, o Recorrente veio a ser demitido.

Em sede de recurso *ex officio*, em face da previsão constante do art. 6º, § 5º, da Lei Complementar n. 89/2001, foi confirmado o ato demissório.

Alega, nas presentes razões, em suma:

(i) nulidade da decisão que confirmou a pena de demissão, tomada por maioria de votos (4X3), na medida em que dos sete integrantes do Conselho da Polícia Civil, três deles estavam impedidos ou não tinham competência para dele participar – um dos quais, por estar aposentado ao tempo da demissão, bem como por estar acumulando ilegalmente as funções de Secretário de Segurança Pública e Conselheiro Disciplinar –, outros dois, por serem promotores de justiça, encarregados, apenas, do controle externo da Polícia Civil, não interno e, por último, um deles, por haver participado, na condição de revisor, do primeiro julgamento. Relata, ainda, outras irregularidades relativas ao trâmite e à competência do próprio Conselho, diante da sucessão de atos normativos ocorridos na espécie.

(ii) inexistência de *animus abandonandi*, na medida em que o servidor estava em disponibilidade, tinha justificativas para se ausentar, bem como por ter retornado ao serviço imediatamente após a revogação da prisão preventiva e antes da instauração do processo disciplinar;

(iii) prescrição da pretensão punitiva, tendo em vista que entre a data da instauração do processo (16.05.2001) e a aplicação da pena demissória (23.04.2004) decorreram mais de 02 anos, necessários para a sua configuração, em se considerando as regras de prescrição do direito penal previstas para o crime de abandono de cargo público;

(iv) ofensa ao princípio da igualdade, na medida em que houve tratamento diferenciado para outros servidores (delegados de polícia) que se ausentaram do serviço pela mesma razão, porém, não só tiveram suas faltas abonadas, como justificadas, descaracterizando-se o abandono.

Contra-razões às fls. 831-832.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 844-855, pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): De início, aponta o Paciente uma série de vícios na composição do Colegiado que confirmou a aplicação da pena demissória, nos autos do recurso *ex officio*.

Quanto a apontada inconstitucionalidade do dispositivo da Lei Complementar Estadual n. 98/2003, que alterou o Estatuto da Polícia Civil do Estado do Paraná – Lei Complementar n. 14/1982 –, determinando a participação de dois representantes do Ministério Público no Conselho da Polícia Civil, o recurso não merece prosperar.

No Estado do Paraná, o art. 47, § 2º, da Constituição Estadual, prevê o Conselho da Polícia Civil como órgão de controle do regime disciplinar das carreiras daquela instituição, nos seguintes termos:

Art. 47. A Polícia Civil, dirigida por delegado de polícia, preferencialmente da classe mais elevada da carreira, é instituição permanente e essencial à função da Segurança Pública, com incumbência de exercer as funções de polícia judiciária e as apurações das infrações penais, exceto as militares.

[...]

§ 2º O Conselho da Polícia Civil é órgão consultivo, normativo e deliberativo, para fins de controle do ingresso, ascensão funcional, hierarquia e regime disciplinar das carreiras policiais civis.

A Lei Complementar Estadual n. 14/1982 – Estatuto da Polícia Civil do Estado do Paraná –, em seu art. 6º, com a redação dada pela Lei Complementar n. 98/2003, dispõe que o Conselho da Polícia Civil será formado por servidores advindos não só da instituição policial civil, como também de outros órgãos, afastando a homogeneidade em sua formação, conforme se infere daquele texto legal:

Art. 6º O Conselho da Polícia Civil, nos termos do art. 47, parágrafo 2º, da Constituição do Estado do Paraná, é órgão consultivo, normativo e deliberativo,

para fins de controle do ingresso, ascensão funcional, hierarquia e regime disciplinar das carreiras policiais civis, sendo integrado pelos seguintes membros:

- I - o delegado geral da polícia civil, presidente e membro nato;
 - II - o delegado geral adjunto da Polícia Civil, como vice-presidente e membro nato;
 - III - pelo corregedor-geral da Polícia Civil;
 - IV - por dois representantes do Ministério Público, indicados pelo Procurador-Geral de Justiça;
 - V - por dois Delegados de Polícia estáveis, indicados pelo Governador do Estado do Paraná;
 - VI - por um representante da Secretaria de Estado da Segurança Pública, de reconhecido saber jurídico e experiência administrativa, indicado pelo respectivo Secretário;
 - VII - por um representante da Procuradoria-Geral do Estado, indicado pelo Procurador-Geral do Estado;
- [...]

Vê-se que o legislador estadual, ao incluir no órgão superior da Polícia Civil membros do Ministério Público e da Procuradoria do Estado, pretendeu conferir maior transparência ao controle da disciplina da atividade policial.

Entendo, assim, que a presença de Promotor de Justiça e/ou de Procuradores do Estado no Conselho da Polícia Civil encontra amparo no texto constitucional, que não impede a participação de membros do Ministério Público em órgãos consultivos ou de deliberação. Vale ressaltar que a própria Constituição prevê o controle externo da atividade policial como uma das funções institucionais do Ministério Público (art. 129, inciso VII, da Constituição Federal). Além do mais, essa participação no Conselho de Polícia é compatível com a missão do Ministério Público de fiscalizar a legalidade e moralidade pública.

Destaco, ainda, que o Ministério Público se faz presente em outros conselhos e comissões, como a Comissão Especial Relativa a Pessoas Desaparecidas, o Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, a Comissão Permanente de Combate à Tortura e à Violência, o Conselho Penitenciário e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade).

Outro não é o entendimento no âmbito desta Egrégia 5ª Turma, que já teve oportunidade de se manifestar acerca do tema, consoante se verifica das seguintes ementas, *ad litteram*:

Servidor público. Processo administrativo disciplinar. Demissão. Participação de representantes do Ministério Público em Conselho Disciplinar da Polícia Civil do Paraná. Art. 6º, IV, da Lei Complementar Estadual n. 98/2003. Constitucionalidade. Competência do Conselho da Polícia Civil para exercer o controle sobre os integrantes da carreira policial. Intimação do ato de distribuição dos autos do PAD. Ausência de prejuízo. Julgamento contrário ao relatório da autoridade processante. Fundamentação. Insuficiência. Prova eminentemente testemunhal. Depoimento alterado no curso do PAD. Incerteza do cometimento da infração. Prova convincente. Inexistência.

I - A presença de membros do Ministério Público na composição do Conselho da Polícia Civil do Estado do Paraná, (art. 6º, inc. IV, da Lei Complementar Estadual n. 14/1982) não contraria o disposto nos arts. 128, § 5º, II, d, 129, VII, e 144, § 4º, da Constituição Federal. Precedente do c. STJ.

II - A extinção das câmaras disciplinares da Polícia Civil do Estado do Paraná pela Lei Complementar Estadual n. 98/2003 deixou ao próprio Conselho da Polícia Civil a competência para exercer o controle disciplinar sobre todos os integrantes da carreira policial civil (art. 47, § 2º, da Constituição Estadual). Nesse sentido: RMS n. 22.275-PR, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe de 19.05.2008.

*III - A falta de intimação do indiciado quanto aos atos de sorteio e distribuição dos autos do processo administrativo não gera nulidade, quando não demonstrado prejuízo à defesa. Aplicação do princípio *pas de nullité sans grief*. Precedentes do c. STJ.*

IV - A sanção disciplinar aplicada, quando diversa daquela sugerida pela autoridade processante, deve vir acompanhada da devida fundamentação (MS n. 9.649-DF, 3ª Seção, Rel. Min. Og Fernandes, DJe de 18.12.2008). In casu, deixou a autoridade julgadora de enfrentar a discussão sobre o fato apurado no processo, fundamentando a aplicação da pena demissão em infrações cometidas anteriormente pelo acusado, e que já haviam ensejado a punição do servidor.

V - As infrações que possam ensejar a penalidade de demissão devem ser respaldadas em prova convincente, sob pena de comprometimento da razoabilidade e proporcionalidade (MS n. 12.429-DF, 3ª Seção, de minha relatoria, DJ de 29.06.2007). Na espécie, o julgamento carece de elementos probatórios contundentes quanto à prática do ilícito pelo recorrente, considerando-se a alteração do depoimento de suposta vítima do ato infracional.

Recurso conhecido e provido. (RMS n. 22.133-PR, Rel. Min. Felix Fischer, DJe de 23.03.2009 - grifos acrescidos.)

Constitucional. Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Policial Civil do Estado do Paraná. Demissão. Participação de membros do Ministério Público no controle de atos disciplinares. Art. 6º, IV, da Lei Complementar Estadual n. 98/2003. Constitucionalidade. Competência do Conselho da Polícia Civil para exercer o controle sobre os integrantes da carreira

policial. Intimação do ato de distribuição. Ausência de prejuízo. *Bis in idem*. Não-ocorrência. Recurso improvido.

1. A participação de 2 (dois) membros do Ministério Público na composição do Conselho da Polícia Civil do Estado do Paraná, conforme o art. 6º, inc. IV, da Lei Complementar Estadual n. 14/1982, com a redação determinada pela Lei Complementar Estadual n. 98/2003, não contraria o disposto nos arts. 128, § 5º, inc. II, letra d, 129, VII, e 144, § 4º, da Constituição Federal.

2. A Lei Complementar Estadual n. 98/2003, ao revogar a Lei Complementar Estadual n. 89/2001, extinguiu as câmaras disciplinares e deixou de fazer distinção quanto aos auxiliares, agentes e autoridades policiais, atribuindo diretamente ao próprio Conselho da Polícia Civil a competência para exercer o controle do regime disciplinar sobre quaisquer dos integrantes da carreira policial. Preceito legal que encontra validade no art. 74, § 2º, da Constituição Estadual.

3. O servidor público foi devidamente acompanhado pelo seu advogado, regularmente constituído, durante todo o trâmite processual. Não houve demonstração de que a ausência de publicação do ato de distribuição do processo disciplinar no Conselho da Polícia Civil lhe trouxe prejuízos.

4. O recorrente foi punido pela prática de um ato ilícito devidamente apurado no processo disciplinar. O relator do processo tão-somente mencionou antecedentes funcionais que, todavia, não foram considerados na aplicação da pena de demissão. Não houve *bis in idem* ou contrariedade à Súmula n. 19-STF.

5. Recurso ordinário improvido. (RMS n. 22.275-PR, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe de 19.05.2008 - grifos acrescidos.)

Igualmente não colhe razões a alegação de que a Lei Complementar n. 98/2003, ao revogar a Lei Complementar n. 89/2001, não definiu qual o órgão competente para julgar os agentes e auxiliares das autoridades policiais, em substituição às Câmaras Disciplinares, as quais foram extintas.

Conforme se infere do texto da Constituição Estadual (art. 47, § 2º – acima transcrito), uma vez suprimidas as referidas Câmaras Disciplinares, entende-se que foi atribuída ao Conselho a competência para exercer o controle disciplinar sobre quaisquer dos integrantes da carreira policial.

Portanto, nada impedia que, na composição do aludido Conselho, fossem incluídos dois promotores.

Contudo, como bem observado pelo Ministério Público Federal, em seu parecer, a participação no julgamento de um servidor impedido, o qual votou pela aplicação (fl. 306) e pela confirmação da pena demissória (fls. 309-311-340), importando, pois, de forma decisiva no resultado final do julgamento – tomado por maioria de votos (4X3) – fl. 340 – evidencia inegável nulidade.

Ainda que não haja disposição específica acerca da matéria na legislação de regência, o Código de Processo Penal (art. 252, inciso III) é aplicável subsidiariamente à espécie, conforme previsão expressa do disposto no art. 243, § 1º, do Estatuto da Polícia Civil do Estado do Paraná.

Por oportuno, trago à colação os aludidos dispositivos:

Art. 252. O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que:

I - [...]

III - tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de dato ou de direito, sobre a questão.

[...]

Art. 243. O processo disciplinar, obedecidos os princípios do contraditório e ampla defesa, será instaurado por determinação das autoridades referidas no artigo 238 e precederá a aplicação de demissão, cassação de aposentadoria e de disponibilidade.

§ 1º Aplicam-se ao processo disciplinar, no que couber, as disposições previstas para a sindicância e, subsidiariamente, as normas do Código de Processo Penal.

Nesse contexto, reputa-se nulo o julgamento do recurso *ex officio*, confirmatório do ato de demissão.

Mutatis mutandis, o seguinte precedente:

Administrativo. Mandado de segurança. Impetração contra decisão tomada em sede de processo administrativo disciplinar contra magistrado. Pena de remoção compulsória. Impedimento de Desembargadores que participaram da decisão administrativa. Inocorrência. Artigo 21, VI, da Lei Orgânica da Magistratura. Processo administrativo relatado pelo mesmo Desembargador que atuou como Corregedor-Geral de Justiça no procedimento prévio. Imparcialidade. Isenção. Falta. Artigo 252, III, do Código de Processo Penal. Aplicação analógica. Nulidade reconhecida.

1 - A mera participação na decisão proferida em sede de processo administrativo disciplinar não configura a causa de impedimento prevista no artigo 134 do Código de Processo Civil.

2 - A circunstância de ter o Desembargador que veio a relatar e proferir voto-condutor no processo disciplinar - que culminou com a aplicação da penalidade de remoção compulsória - anteriormente se manifestado, em sede de procedimento prévio, acerca da culpabilidade do magistrado configura falta de isenção para a prática do ato impugnado neste *mandamus*, aplicando-se analogicamente o contido no inciso III do artigo 252 do Código de Processo Penal.

3 - Recurso provido. (RMS n. 17.260-SP, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, julgado em 26.05.2008, DJe 22.09.2008.)

Passo, então, ao exame da tese de ocorrência de prescrição da pretensão punitiva estatal.

Ao contrário do concebido pelo Recorrente, o prazo prescricional a ser observado, na hipótese, relativamente ao delito de abandono de cargo, o qual configura também ilícito penal, segue a regra da prescrição das infrações administrativas, equivalente a 5 (cinco) anos, tendo em vista que o crime sequer chegou a ser apurado na instância penal, conforme reconhecido pelo próprio Recorrente, daí a inaplicabilidade da prescrição penal.

Seguindo essa linha de entendimento, os seguintes julgados:

RMS. Administrativo. Ação disciplinar. Ausência de infração penal. Prescrição. Prazo da legislação administrativa. Recurso provido.

1 - O prazo de prescrição previsto na lei penal aplica-se às infrações disciplinares capituladas também como crime. Para isto é preciso, no entanto, que o ato de demissão invoque fato definido, em tese, como crime.

2 - Não havendo crime, seja porque não denunciado um dos recorrentes, sendo o outro impronunciado por falta de provas, ausente o parâmetro da lei penal a regular o prazo extintivo da ação estatal, sendo, pois, a sanção de caráter administrativo. Regula, então, a prescrição, neste caso, a legislação relativa ao processo administrativo disciplinar.

3 - Recurso ordinário provido para declarar prescrita a ação disciplinar, a teor da legislação local, porquanto decorrido entre os fatos e o seu desfecho, com os atos de demissão, prazo superior a 24 (vinte e quatro) meses. (RMS n. 10.699-RS, 6ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 04.02.2002.)

Administrativo. Servidor. Infração disciplinar. Prazo prescricional. Lei penal. Inaplicabilidade.

- Em sede de procedimento administrativo fundado em infração disciplinar que também configura tipo penal, o prazo de prescrição é aquele previsto na lei penal.

- A mera presença de indícios de prática de crime sem a devida apuração nem formulação de denúncia, obsta a aplicação do regramento da legislação penal para fins de prescrição, devendo esta ser regulada pela norma administrativa. Precedentes.

- Recurso ordinário provido. Segurança concedida. (RMS n. 14.420-RS; 6ª Turma, Rel. Min. Vicente Leal, DJ de 30.09.2002.)

In casu, como visto, a infração consumou-se em 14.03.2001 (fl. 735), o respectivo processo disciplinar veio a ser instaurado em 18.06.2002 (fl. 59), o servidor foi citado em 19.06.2002 (fl. 143). Em 16.10.2002 (fl. 306), a Comissão Processante concluiu pela aplicação da pena de demissão, a qual restou confirmada em 05.08.2003 (fl. 340), tendo a pena demissória sido aplicada em 23.04.2004 (fl. 653), menos de 5 (cinco) anos depois, portanto.

Todavia, com a declaração de nulidade da decisão confirmatória do ato demissório (decisão final) ora reconhecida, resta, agora, configurada a prescrição da pretensão punitiva.

Consoante estabelece o art. 142, § 3º, da Lei n. 8.112/1990, a instauração de processo disciplinar *interrompe* a prescrição *até a decisão final proferida por autoridade competente*.

Contudo, em se considerando que a prescrição (tal como a decadência) é um instituto concebido em favor da estabilidade e da segurança jurídicas, não se pode admitir que o litigante em processo administrativo disciplinar aguarde, indefinidamente, o exercício do poder punitivo do Estado.

Por oportuno, vale registrar a observação feita em aresto prolatado pelo Supremo Tribunal Federal, da lavra do il. Min. *Sepúlveda Pertence*, de que “tomar ao pé da letra a parte final do art. 142, § 3º, levaria à solução absurda de a mora da Administração na conclusão do processo administrativo retardar sem limites o recomeço do curso do prazo prescricional interrompido com a sua instauração” (MS n. 22.679-0-DF, Tribunal Pleno, DJ de 07.08.1998).

Assim, verifica-se que aquela Augusta Corte firmou o entendimento de que, sendo interrompido pela instauração do processo administrativo disciplinar, o prazo prescricional volta a correr por inteiro após *140 (cento e quarenta) dias*, prazo máximo para conclusão do processo administrativo e imposição de pena, independentemente de ter havido ou não o seu efetivo encerramento.

A propósito, o seguinte precedente do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

Prescrição. Processo administrativo. Interrupção. *A interrupção prevista no § 3º do artigo 142 da Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, cessa uma vez ultrapassado o período de 140 dias alusivo à conclusão do processo disciplinar e à imposição de pena - artigos 152 e 167 da referida Lei - voltando a ter curso, na integralidade, o prazo prescricional.* Precedente: Mandado de Segurança n. 22.728-1-PR, Pleno, Relator Ministro Moreira Alves, acórdão publicado no Diário da Justiça de 13 de novembro de 1998. (RMS n. 23.436-DF, 2ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 15.10.1999 - grifei.)

Outro não é o posicionamento deste Tribunal Superior, firmado na esteira do entendimento proclamado pela Suprema Corte, *in verbis*:

Administrativo. Mandado de segurança. Servidor público. Processo administrativo disciplinar. Demissão. Prescrição da pretensão punitiva da administração. Não-ocorrência. Agravamento da pena sugerida pela comissão processante. Possibilidade. Necessidade de fundamentação. Art. 168 da Lei n. 8.112/1990. Inobservância. Ato de improbidade administrativa. Imputação genérica. Não-caracterização. Acompanhamento da instrução processual pelo acusado desde o início. Necessidade. Cerceamento de defesa. Nulidade.

[...]

2. No caso em apreço, *a contagem do prazo prescricional foi interrompida com a instauração do Processo Administrativo Disciplinar em 17.10.2000, voltando a correr por inteiro em 06.03.2001, após o transcurso de 140 (cento e quarenta) dias (prazo máximo para a conclusão do processo – art. 152, caput c.c. o art. 169, § 2º, da Lei n. 8.112/1990)*. Assim, tendo sido expedida a Portaria Demissória do Impetrante em 20.01.2004, constata-se, a toda evidência, a não-ocorrência da prescrição da pretensão punitiva da Administração Federal.

[...]

6. Ordem concedida. (MS n. 9.516-DF, Rel. para acórdão Min. Laurita Vaz, DJe de 25.06.2008 - grifos acrescidos.)

Administrativo. Mandado de segurança. Técnica da Receita Federal. Demissão. Infração disciplinar capitulada como crime. Inexistência de ação penal. Prescrição da pretensão punitiva do Estado. Ocorrência. Observância dos prazos da legislação administrativa. Precedentes. Segurança concedida. Agravo regimental prejudicado.

[...]

2. *De acordo com o Supremo Tribunal Federal, havendo a instauração de inquérito administrativo, o prazo começa a correr por inteiro em desfavor da Administração a partir do momento em que se encerra o prazo máximo para sua conclusão, que é de 140 dias, segundo os arts. 152, caput, combinado com o art. 169, § 2º, ambos da Lei n. 8.112/1990.*

[...]

5. Segurança concedida. Agravo regimental prejudicado. (MS n. 12.090-DF, 3ª Seção, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ de 21.05.2007 - grifos acrescidos.)

Recurso ordinário em mandado de segurança. Juiz de Direito. Processo disciplinar. Prescrição e decadência. Inocorrência. Inamovibilidade e vitaliciedade. Magistrado já aposentado compulsoriamente. Inaplicabilidade.

[...]

2. Interpretando os artigos 142, 152 e 167 da Lei n. 8.112/1990, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o prazo prescricional, interrompido com a instauração do processo administrativo, recomeça a correr após cento e quarenta dias da data em que deveria ter sido concluído o processo disciplinar, somando, para tanto, os prazos para a conclusão do processo administrativo disciplinar e para a aplicação da penalidade.

[...]

6. Recurso improvido. (RMS n. 17.775-BA, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 29.11.2004 - grifos acrescidos.)

Mandado de segurança. Prescrição. Pretensão punitiva. Ação disciplinar. Pena de advertência. Arts. 142, III, §§ 1º, 3º e 4º, 152, 167 e 169, §§ 1º e 2º - Lei n. 8.112/1990.

1 - Conquanto o § 3º do art. 142 da Lei n. 8.112/1990 determine que a abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar interrompe a prescrição, até a data da decisão final proferida por autoridade competente, o efeito obstativo do reinício do curso prescricional desaparece a partir do encerramento do prazo legal.

2 - In casu, o processo disciplinar foi instaurado em 11.02.1994 (fls. 30), através da Portaria n. 81 do Ministro da Justiça, tendo a decisão final ocorrido em 14.02.1996 (fls. 57), quando já transcorridos os 180 (cento e oitenta) dias do prazo prescricional, previsto quanto à pena de advertência (art. 142, III), considerado o termo *a quo* em 02.07.1994, ou seja, 141 (cento e quarenta e um) dias após o início do processo, ao cessar o impedimento do curso da prescrição, nos termos dos arts. 152 e 167 da Lei n. 8.112/1990.

3 - Segurança concedida. (MS n. 4.549-DF, 3ª Seção, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 28.02.2000 - grifos acrescidos.)

Em face dos argumentos acima expendidos, não há como deixar de acolher a preliminar de prescrição suscitada na presente impetração, embora por outro fundamento.

Isso porque, no caso em tela, conforme registrado anteriormente, a instauração do procedimento disciplinar contra o servidor, ora Recorrente, deu-se em 16.05.2001, interrompendo o fluxo do prazo prescricional de 5 (cinco) anos.

Nessa data teve início a contagem do prazo de 140 (cento e quarenta) dias para conclusão e decisão do procedimento disciplinar, contagem essa encerrada em 06.10.2001, quando o transcurso do aludido prazo prescricional quinquenal voltou a correr por inteiro, encerrando-se em 06.10.2006 ou, na

pior das hipóteses, em 08.11.2007, considerando-se o ato citatório (ocorrido em 19.06.2002) – levando-se em conta o disposto no art. 272, § 4º, Lei Complementar n. 14/1982 –, outrossim, como marco interruptivo.

É certo, assim, que, com a anulação do julgamento definitivo pelo Conselho da Polícia Civil, ocorrido em 05.08.2003 (fl. 340), resta prescrito o direito de punir do Estado.

No mais, tenho que o recurso não merece conhecimento, porquanto as questões relativas: (i) ao julgamento do recurso administrativo por membro do Conselho da Polícia Civil aposentado, que estava acumulando ilegalmente as funções de Secretário de Segurança Pública e Conselheiro Disciplinar (ii) à ausência de *animus abandonandi*, bem como (iii) à ofensa ao princípio da igualdade, não foram objeto de decisão pela Corte *a quo*, que entendeu pela improriedade da via eleita, dada a necessidade de dilação probatória.

Desse modo, inexistindo qualquer julgamento da matéria pelo Tribunal, resta evidenciada a impossibilidade de conhecimento, no particular, da impetração, sob pena de supressão de instância.

Nesse sentido:

Agravo regimental no recurso ordinário em mandado de segurança. Pena de demissão. Processo administrativo disciplinar. Conjunto probatório deficitariamente instruído. Ausência de prova pré-constituída. Direito líquido e certo não evidenciado. Análise de matéria não discutida no Tribunal de origem, nem sequer suscitada na inicial. Impossibilidade. Supressão de instância. Decisão mantida por seus próprios fundamentos.

1. O mandado de segurança, por se tratar de ação de rito célere, exige a comprovação, de plano e de forma incontestável, do direito vindicado, através de prova pré-constituída, o que não ocorre no caso dos autos, pois não foi juntada cópia integral do procedimento administrativo, imprescindível à aferição das razões que fundamentaram a aplicação da penalidade e de eventuais transgressões às garantias constitucionais aplicáveis.

2. É vedado ao Superior Tribunal de Justiça a análise, em sede de recurso ordinário, de matéria não debatida na origem, por caracterizar supressão de instância.

3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no RMS n. 27.626-RJ, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 02.12.2008, DJe 19.12.2008.)

Recurso ordinário em mandado de segurança. Penal. Impetrante carecedor de ação. Mérito. Matéria não apreciada pelo Tribunal *a quo*. Supressão de instância. Impossibilidade. Recurso a que se nega provimento.

1. A impugnação deve estar adstrita aos limites analisados pelo Tribunal *a quo*, sendo certo que as razões do recurso devem se prender aos limites objetivos do julgado, descabendo a análise de questão não discutida anteriormente.

2. O Tribunal de origem não se pronunciou a respeito da matéria impugnada – mérito da impetração –, motivo pelo qual o enfrentamento da questão pelo Superior Tribunal de Justiça ensejaria supressão de grau de jurisdição.

3. Recurso ordinário a que se nega provimento. (RMS n. 14.078-SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 14.06.2007, DJ 06.08.2007 p. 537.)

Ante o exposto, *conheço parcialmente* do recurso e, nessa parte, *dou-lhe provimento*, para conceder a segurança, declarando a nulidade da decisão confirmatória do ato demissório, proferida em sede de recurso *ex officio* e, conseqüentemente, a prescrição da pretensão punitiva estatal quanto à falta administrativa imputada ao Recorrente no procedimento disciplinar, devendo o servidor ser reintegrado ao cargo anteriormente ocupado.

É como voto.

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 25.690-AC
(2007/0275287-6)**

Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima

Recorrente: Olavo Teles Rodrigues Junior e outros

Advogado: Marcos Vinícius Jardim Rodrigues e outro(s)

Recorrido: Estado do Acre

Procurador: Maria Eliza Schettini Campos Hidalgo e outro(s)

EMENTA

Direito Administrativo. Processual Civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Preliminar de ausência de interesse recursal. Rejeição. Precedentes do STJ. Cabo da Polícia Militar do Estado do Acre. Direito adquirido à participação em curso de formação para sargentos. Existência. Recurso provido.

1. Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o simples fato de já haver sido iniciado o curso de formação não implica perda do objeto da demanda na qual o candidato busca a anulação do ato que o excluiu do certame. Preliminar de falta de interesse recursal rejeitada.

2. O Cabo da Polícia Militar do Estado do Acre que exerceu atividade militar por 10 (dez) anos na vigência da Lei Estadual n. 528/1974 tem direito adquirido de matricular-se no Curso de Formação de Sargentos cuja abertura deu-se na vigência da Lei Complementar Estadual n. 164/2004, que aumentou tal prazo para 15 (quinze) anos.

3. Recurso ordinário provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Laurita Vaz.

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

Ministro Arnaldo Esteves Lima, Relator

DJe 13.10.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por *Olaivo Teles Rodrigues Junior, José Enildo de Souza e Magide Tavares Birimba*, com fundamento no art. 105, inc. II, letra **b**, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Acre assim ementado (fl. 182):

Constitucional. Mandado de segurança. Policial Militar. Participação em Curso de Formação de Sargento PM. Impossibilidade. Não atendimento de requisito

legal. Necessário ao acesso no Curso de Formação de Praças. Alteração regime jurídico. Inexistência de direito líquido e certo. Segurança denegada.

1. O regime jurídico do serviço público pode ser alterado por legislação sem violação ao princípio do direito adquirido, incidindo, imediatamente, o novo regramento. (Precedentes do STF, RE n. 130.213-SP).

2. Sobrevindo norma que estabelece novos critérios para o acesso em Curso de Formação de Praças que se iniciou sob a vigência de regramento legal inovador, não há falar em direito líquido e certo de participação no indigitado curso mas, de mera expectativa de direito. (Precedentes STJ, RMS n. 16.268-GO).

3. Não se configura preterição se antes do acesso de praças hierarquicamente inferiores a Curso de Formação foi oportunizado o ingresso aos oficiais superiores, sem que os obtivessem êxito na matrícula em razão do não preenchimentos dos requisitos legalmente exigidos.

Os recorrentes, Cabos da Polícia Militar do Estado do Acre, que ingressaram na corporação nos anos de 1993 e 1994, alegam, em essência, que têm direito líquido e certo de participarem do Curso de Formação de Sargento aberto em 2006, porquanto exerceram por mais de 10 (dez) anos atividade militar, na vigência da Lei Estadual n. 528/1974, não lhes sendo aplicável, por conseguinte, a exigência de 15 (quinze) anos dessa atividade, preconizada na Lei Complementar Estadual n. 164/2006, sob pena de ofensa a direito adquirido (fls. 209-235).

A parte recorrida argui preliminares de: a) preclusão consumativa, porquanto teriam sido interpostos 2 (dois) recursos, quais sejam, apelação e recurso ordinário, contra o acórdão recorrido, devendo ser julgada tão-somente a apelação, que foi a primeira a ser protocolizada; b) inaplicabilidade do princípio da fungibilidade recursal, à asserção de que é incabível o recebimento de apelação como recurso ordinário; c) falta de interesse recursal, ao argumento de que o curso de formação no qual os recorrentes pretendiam ser matriculados já fora encerrado. Quanto ao mérito, defende não existir direito líquido e certo a ser tutelado, à asserção de que servidor público não tem direito adquirido a regime jurídico (fls. 310-345).

O Ministério Público Federal, pelo Subprocurador-Geral da República *José Flaubert Machado Araújo*, opina pelo não-provimento do recurso (fls. 401-405).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima (Relator): Inicialmente, examino as preliminares, arguidas pelo Estado do Acre, de: a) preclusão consumativa, porquanto teriam sido interpostos 2 (dois) recursos, quais sejam, apelação e recurso ordinário, contra o acórdão recorrido, devendo ser julgada tão-somente a apelação, que foi a primeira a ser protocolizada; b) inaplicabilidade do princípio da fungibilidade recursal, à asserção de que é incabível o recebimento de apelação como recurso ordinário; c) falta de interesse recursal, ao argumento de que o curso de formação no qual os recorrentes pretendiam ser matriculados já fora encerrado.

Verifico dos autos que não há preclusão consumativa. O recurso ordinário em mandado de segurança em apreciação refere-se aos impetrantes *Olavo Teles Rodrigues Junior, José Enildo de Souza e Magide Tavares Birimba*, que constituíram novo causídico (fls. 239-243). Por conseguinte, não figuraram como recorrentes no recurso de apelação interposto pelos demais impetrantes.

Ademais, o preparo foi incompleto e, por conseguinte, o recurso de apelação foi julgado deserto pelo Vice-Presidente do Tribunal de origem (fl. 355). Contra essa decisão foi interposto agravo regimental, que remanesceu não-conhecido (fls. 396-398).

Assim, não há falar em impossibilidade de aplicação do princípio da fungibilidade recursal, na medida em que sequer a apelação foi admitida. Examina-se, aqui, tão-somente o recurso ordinário em mandado de segurança de fls. 209-236, que preenche todos os requisitos legais de admissibilidade.

No tocante à preliminar de falta de interesse recursal, cumpre salientar que o Superior Tribunal de Justiça vem decidindo no sentido de que o simples fato de já haver sido iniciado o curso de formação não implica perda do objeto da demanda na qual o candidato busca a anulação do ato que o excluiu do certame. Nesse sentido:

Administrativo e Processual Civil. Concurso público. Curso de formação. Questionamento. Início do curso. Perda de objeto. Inexistência. Precedentes. Recurso desprovido.

I - Consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, quando a ação busca aferir a suposta ilegalidade de uma das etapas do concurso, o início do curso de formação não conduz à perda de objeto do *mandamus*. Precedentes.

II - Agravo interno desprovido. (AgRg no RMS n. 17.737-AC, Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ 13.06.2005)

Direito Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Concurso público. Polícia Civil do Estado de Santa Catarina. Teste de capacidade física. Ausência de previsão legal. Recurso provido.

1. O início do curso de formação não implica perda do objeto da demanda na qual o candidato busca a anulação do ato que o excluiu do certame.

2. O edital de concurso público não pode limitar o que a lei não restringiu. Ou seja, somente pode haver exigência de teste de capacidade física se houver previsão na lei que criou o cargo. Precedentes do STF e do STJ.

3. Hipótese em que não há previsão na Lei Estadual n. 6.843/1986 (Estatuto da Polícia Civil do Estado de Santa Catarina) para o teste de aptidão física a que foi submetida a recorrente, pelo que descabida sua exigência.

4. Recurso ordinário provido. (RMS n. 23.111-SC, de minha relatoria, Quinta Turma, DJ 19.05.2008)

Com efeito, tenho que o término do curso de formação de sargento não enseja superveniência de ausência de interesse processual, tendo em vista que a demora na prestação da tutela jurisdicional não impede que se reconheça, na hipótese, a existência de ofensa a direito líquido e certo dos recorrentes, assegurando-lhes o direito de participação no próximo curso de formação, com efeitos patrimoniais correspondentes contados da lesão, qual seja, a partir da época em que já deveriam ter sido promovidos ao almejado posto de Sargento.

Desse modo, rejeito as preliminares arguidas pela parte recorrida.

Quanto ao mérito, narram os autos que os recorrentes – Cabos da Polícia Militar do Estado do Acre, que ingressam na corporação nos anos de 1993 e 1994 – insurgem-se contra o ato da autoridade impetrada que os impediram de participar do curso de formação de sargentos, ao argumento de que não teriam cumprido o tempo mínimo de 15 (quinze) anos de patente, conforme exige a Lei Complementar n. 164/2006.

De acordo com o art. 59, § 3º, da Lei Estadual n. 528/1974, com a redação determinada pela Lei Estadual n. 1.208/1996, os Cabos, ao completarem 10 (dez) anos de efetivo exercício de atividade militar, fariam jus à promoção de Sargento, condicionada à aprovação em curso de formação e aperfeiçoamento destinado a tal finalidade e a comportamento qualificado como “bom”, consoante se verifica abaixo:

Art. 59 (...)

§ 3º Em caráter excepcional, o Soldado PM e Cabo PM, que tenha ingressado na Corporação sem ter concluído o 2º grau de escolaridade, ao completar 10 (dez)

anos de efetivo serviço Policial Militar e Corpo de Bombeiros Militar, apresentando comportamento no mínimo “bom”, desde que seja aprovado em Curso de Formação e Aperfeiçoamento e obedecendo o mínimo de vagas existentes na Lei de Fixação da PMAC e CBM, serão promovidos à Cabo PM e Sargento PM.

Sobreveio a Lei Complementar n. 164/2006 – Estatuto dos Policiais Militares do Estado do Acre –, que aumentou o requisito referente ao tempo de efetivo exercício na carreira militar para 15 (quinze) anos, da seguinte forma:

Art. 13 (...)

II – O militar estadual, para fins de promoção à graduação de 3º Sargento PM/BM, ao complementar quinze anos de efetivo serviço prestado exclusivamente à corporação militar do Estado do Acre a qual integra, será matriculado no curso de formação de sargento, com duração mínima de cento e vinte dias.

Em novembro de 2006, na vigência do novo diploma legal, deu-se início a curso de formação de sargento. Os recorrentes, que, em 2004, já haviam cumprido o requisito referente ao lapso temporal de 10 (dez) anos de efetivo exercício na carreira militar, tentaram sua matrícula. No entanto, o pedido foi indeferido sob o fundamento de que o prazo em referência seria de 15 (quinze) anos. Daí a controvérsia.

Discute-se o direito de Cabos da Polícia Militar do Estado do Acre, que já cumpriram integralmente o interstício de 10 (dez) anos de efetivo exercício militar na vigência da legislação pretérita, de se matricularem no Curso de Formação de Sargentos iniciado quando se encontrava em vigor novo diploma legal, que passou a exigir o prazo mínimo de 15 (quinze) anos para tal desiderato.

Em relação ao direito adquirido, peço licença para trazer a lume os seguintes ponderosos e atuais ensinamentos do Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello, extraídos do artigo *Direito Adquirido e Direito Administrativo*, publicado na *Revista Direito & Cidadania* n. 2, Brasília: OAB Editora, 2006, p. 26-29:

16. Segundo Gabba, é adquirido todo direito que:

a) *é consequência de fato idôneo a produzi-lo, em virtude da lei do tempo em que foi cumprido, ainda que a ocasião de fazê-lo valer não se apresente antes da atuação de uma lei nova referente ao mesmo;*

b) *ao termo da lei sob cujo império ocorreu o fato do qual se originou, entrou imediatamente a fazer parte do patrimônio de quem o adquiriu.*

Donde, o ato capaz de investir o indivíduo em dada situação jurídica, confere-lhe *ipso facto*, o gozo de todos os efeitos procedentes daquela situação pessoal,

inobstante devam ser diferidos no tempo. Uma vez que integram o conteúdo da relação formada, incorporam-se ao patrimônio do sujeito. Por isso Gabba averbou: *...adquirido um direito qualquer, todas as faculdades que nascem dele são, também elas, direitos adquiridos, porque e enquanto se possam absorver no conceito geral daquele direito.*

17. Vale dizer: direito adquirido, por definição, não é apenas o direito em sua expressão momentânea, fugaz, mas abrange todos os desdobramentos que nele se contém. Sendo evidente que nas relações jurídicas os direitos se conectam, ora como coexistentes ora como conseqüentes uns dos outros, de maneira a formar uma totalidade, cuja identidade se perfaz em sua globalidade, é de mister concluir, ainda com Gabba, que, em linha de princípio: *As conseqüências de um direito adquirido devem ser havidas também como direitos adquiridos junto com ele e em virtude dele, quando se possa considerá-las como desenvolvimento do conceito do direito em causa ou com sua transformação.*

18. Mas, em rigor, a questão medular é a de reconhecer quando um direito deverá ser considerado *integrado no patrimônio* de alguém e, por isso, intangível. O problema, num primeiro súbito de vista, pode parecer de difícil desate. Entretanto, pelo menos no âmbito do direito administrativo, sua resolução, nos casos concretos, geralmente é muito simples.

IV – O direito adquirido no direito administrativo

Com efeito, dado que os direitos nascem da Constituição, de uma lei (ou de ato na forma dela praticado) *tudo se resume em verificar, a partir da dicção da norma – de seu espírito – se o conteúdo do dispositivo gerador do direito cumpre ou não a função lógica de consolidar uma situação que é, de per si, como soem ser as relações de direito público, basicamente mutável.*

19. Tomem-se alguns exemplos para aclarar.

A hipótese que se revela, já a um primeiro súbito de vista, como a mais evidente expressão de um direito adquirido ocorre quando a lei *prefigura a superveniência de algum evento* para que alguém possa, a partir dele, desfrutar de um certo direito. Paradigmático é o caso da estabilidade. Se a Constituição confere estabilidade a quem preencher dados requisitos, é da mais acacia obvia que o sentido lógico desta norma, uma vez ocorridos ditos requisitos é – e só pode ser – o de estratificar tal situação, posto que estabilizar significa precisamente “garantir continuidade”. Se não fora para elidir o atributo de precariedade, cristalizando um estado, até então mutável, seria um sem-sentido atribuir estabilidade.

Do mesmo modo, evidencia-se esta consolidação quando a lei declara *incorporados* aos vencimentos de alguém dadas vantagens, benefícios etc. Com efeito, não faria sentido algum proceder a esta incorporação se não fora para colocá-los a salvo de mutações futuras. Pois é óbvio que enquanto persistisse

a mesma situação (normativa e fática) em vista da qual o servidor os vinha fruindo, continuaria a fruí-los sem necessidade de lei alguma que os incorporasse. É claríssimo, pois, que a *função lógica* da lei que declara ou reconhece algo como incorporado só pode ser a de prevenir dada situação contra os eventos cambiantes do futuro. Em suma: seu alcance é consolidar uma situação, incorporando-a ao patrimônio de alguém, a fim de que fique a salvo de mutações ulteriores. (grifos do original)

Conforme pacífica orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, servidor público civil ou militar não tem direito adquirido à manutenção de regime jurídico funcional, sobretudo no que tange à remuneração, desde que as alterações não impliquem redução de seu quantitativo final. Essa é a regra que se escuda na doutrina e, sobretudo, na jurisprudência em geral. Nesse sentido: AgRg no REsp n. 735.497-SP, Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ de 18.04.2006; RE-AgR n. 375.936-CE, Rel. Min. Carlos Britto, Primeira Turma, DJ de 25.08.2006; RE-ED n. 468.076-RS, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJ de 31.03.2006; AI-AgR n. 609.997-DF, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, DJ de 10.02.2009. AI-AgR n. 685.866-RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJ de 28.04.2009.

Prevalece o entendimento segundo o qual a relação jurídica na hipótese é de natureza estatutária, e não contratual, razão por que, em regra, as modificações introduzidas no ordenamento por ato legislativo superveniente devem ser observadas, não havendo direito adquirido de servidor público à inalterabilidade do anterior regime jurídico.

Ocorre que, no caso em exame, não se cuida de manutenção de determinado regime jurídico em detrimento de modificação legislativa na relação estatutária.

Os recorrentes, Cabos da Polícia Militar do Estado do Acre, já haviam preenchido o requisito temporal de 10 (dez) anos de efetivo exercício militar, nos precisos termos do art. 59, § 3º, da Lei Estadual n. 528/1974, em 2004. Aguardavam tão-somente a abertura do Curso de Formação de Sargento, ato administrativo de natureza eminentemente discricionária, o que se deu somente após a entrada em vigor da Lei Complementar Estadual n. 164/2006, que aumentou a exigência para 15 (quinze) anos. Quer dizer, na vigência da lei pretérita, ocorreu o fato idôneo ali preconizado capaz de assegurar aos militares o direito de concorrer à promoção pleiteada.

A Lei Complementar Estadual n. 164/2006 não pode gerar efeitos aos recorrentes, na medida em que adquiriram o direito de participarem do curso de formação para ascender na carreira anteriormente, no ano de 2004.

O direito à promoção, quanto ao requisito temporal, já havia sido incorporado ao patrimônio jurídico dos recorrentes quando entrou em vigor a lei inovadora. Não se trata de mera expectativa de direito. Os militares não podem remanescer prejudicados por critérios de conveniência e oportunidade da Administração no tocante à data de abertura do curso de formação.

O ato da autoridade impetrada, que negou direito de matrícula no curso de formação, ofende direito adquirido dos recorrentes, tendo em vista que eles preencheram o requisito legal de tempo, para elevação na carreira, ainda no ano de 2004, encontrando-se, naquela oportunidade, pendente tão-somente a abertura do prazo para a matrícula.

A prevalecer o entendimento adotado pelo Tribunal de origem, nega-se vigência ao disposto no art. 59, § 3º, da Lei Estadual n. 528/1974, que previa o interstício de 10 (dez) anos de efetivo exercício de atividade militar para ter direito à promoção. As disposições inscritas na Lei Complementar Estadual n. 164/2006, no referente ao prazo inovador, devem albergar tão-somente os militares que não haviam, até sua entrada em vigor, cumprido o interstício estabelecido na lei pretérita.

Nesse cenário, o Cabo da Polícia Militar que exerceu atividade militar por 10 (dez) anos na vigência da Lei Estadual n. 528/1974 tem direito adquirido de matricular-se no Curso de Formação de Sargentos cuja abertura deu-se na vigência da Lei Complementar Estadual n. 164/2004, que aumentou tal prazo para 15 (quinze) anos.

Ante o exposto, *dou provimento* ao recurso ordinário. *Concedo a ordem* para assegurar aos recorrentes o direito de se matricularem no próximo Curso de Formação de Sargentos, com efeitos patrimoniais contados da lesão, qual seja, a partir da época em que já deveriam ter sido promovidos ao almejado posto de Sargento, caso nele obtenham, logicamente, aprovação. Custas *ex lege*. Sem condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nos termos da Súmula n. 105-STJ.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.050.908-RS (2008/0087615-2)

Relator: Ministro Jorge Mussi

Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

Procurador: Antonio Carlos de Avelar Bastos e outro(s)

Recorrido: Fabrício Gomes Degliuomeni

Advogado: Jorge André Irion Jobim

EMENTA

Recurso especial. Penal e Processual Criminal. Abatedouro clandestino. Art. 7º, inciso IX, da Lei n. 8.137/1990 e art. 18, § 6º, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor. Necessidade de laudo pericial para a constatação da impropriedade da mercadoria. Recurso improvido.

1. Para a configuração do delito previsto no art. 7º, inciso IX, da Lei n. 8.137/1990, c.c. art. 18, § 6º, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor, necessária a comprovação, mediante perícia, de que a mercadoria esteja inadequada ao consumo, não bastando, *in casu*, a mera presunção de sua impropriedade pelo fato do abate dos bovinos ter sido realizado em abatedouro clandestino. Precedente do Pretório Excelso.

2. Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso, mas negar-lhe provimento. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 21 de maio de 2009 (data do julgamento).

Ministro Jorge Mussi, Relator

DJe 03.08.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Mussi: Trata-se de Recurso Especial interposto com suporte no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, pelo Ministério Público, contra acórdão proferido pela Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que, à unanimidade, negou provimento ao apelo ministerial, restando assim ementado:

Crime contra as relações de consumo. Abatedouro clandestino. Atipicidade.

De acordo com a iterativa jurisprudência desta Câmara Criminal, firmada em sucessivos julgados, o crime em análise exige, para sua configuração, a realização de perícia técnica, não satisfazendo a essa exigência o auto de constatação de qualidade de mercadoria, cujo teor sequer atesta a impropriedade do material. Absolvção mantida. *Recurso improvido* (fls. 119).

O recorrente busca demonstrar que o aresto objurgado negou vigência ao art. 7º, inciso IX, da Lei n. 8.137/1990, ao considerar indispensável a realização do exame pericial para a configuração do delito, bem como deu interpretação divergente desta Corte Superior ao citado dispositivo legal.

Entende que “os fatos descritos na denúncia revelam um caso onde o perigo é abstrato e presumido, não havendo a necessidade de se comprovar se o produto é ou não impróprio para o consumo via exame pericial, pois a lei (art. 7º, inciso IX, da Lei n. 8.137/1990) já presume que todo produto em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação deve ser considerado nocivo à vida e à saúde, perigoso” (fls. 133).

Requeru o provimento do recurso, com a reforma do acórdão recorrido, para que seja o réu condenado às penas do artigo 7º, inciso IX, da Lei n. 8.137/1990 (fls. 127 a 139).

Contra-arrazoado o inconformismo (fls. 141 a 148), o recorrido pugnou, preliminarmente, pelo não conhecimento da irresignação em face à ausência de prequestionamento e, no mérito, pela manutenção do acórdão recorrido.

Admissibilidade positiva na origem (fls. 150 e 151), os autos foram remetidos a este Sodalício, manifestando-se a douta Subprocuradoria-Geral da República pelo provimento do recurso (fls. 156 a 157).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Mussi (Relator): Primeiramente, rechaça-se o pleito de não conhecimento do apelo especial por ausência de prequestionamento, já que a Corte Estadual examinou devidamente a matéria objeto do recurso especial, a ver pelo seguinte excerto:

[...]

A matéria é conhecida desta Câmara Criminal, sendo que, depois de um período de divergências, foi sedimentado o entendimento segundo o qual o crime ora em análise exige, para sua configuração, a realização de perícia. De fato, notadamente após o julgamento dos Embargos Infringentes n. 70010769792, a iterativa jurisprudência deste Colegiado passou a entendê-la como imprescindível para efeito de responsabilização penal.

[...]

Com relação à espécie, devo referir que o auto de constatação de qualidade de mercadoria da fl. 15 não substitui a exigência de exame na carne.

É que o mencionado documento foi confeccionado dias após a apreensão da carne, tendo o médico veterinário que subscreveu o laudo apenas atestado que a matéria-prima não sofreu inspeção sanitária na origem. Não fez alusão, como se vê, à suposta impropriedade da carne ao consumo.

Sendo assim, tendo em consideração a ausência de exame, entendo inquestionável o juízo de absolvição.

Logo, é de ser negado provimento ao recurso do *Parquet* (fls. 121 a 123).

Por tal razão, rejeita-se a preliminar argüida pela defesa.

Passa-se à análise do mérito.

O réu foi denunciado na exordial acusatória como incurso nas sanções do art. 7º, inciso IX, da Lei n. 8.137/1990, que dispõe, *in verbis*:

Art. 7º. Constitui crime contra as relações de consumo:

[...]

IX - vender, ter em depósito para vender ou expor à venda, ou de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo.

Pena - detenção, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa.

O Juízo de Primeiro Grau absolveu o réu, nos termos do art. 386, inciso VI, do Código de Processo Penal, (atual inciso VII, consoante alteração trazida pelo Lei n. 11.690/2008), em face da inexistência de prova técnica sobre a impropriedade das mercadorias para o consumo, *decisum* este que restou mantido pela Corte Estadual pelos fundamentos acima transcritos.

Inconformado, alega o Ministério Público, no apelo especial, que: “o crime previsto no art. 7º, IX, da Lei n. 8.137/1990, é formal e de perigo abstrato, aperfeiçoando-se com a mera transgressão da norma incriminadora, dispensando realização de perícia para a comprovação da imprestabilidade material ou real do produto” (fls. 130 e 131).

Primeiramente, observa-se que o citado dispositivo legal, por se tratar de norma penal em branco, deve ser integralizado pelo disposto no art. 18, § 6º, do Código de Defesa do Consumidor, que dispõe acerca da definição da expressão *impróprio para consumo*:

Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

[...]

§ 6º São impróprios ao uso e consumo:

I - os produtos cujos prazos de validade estejam vencidos;

II - os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação;

III - os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam.

Consoante a norma acima mencionada, são impróprios para o uso e consumo os produtos cujos prazos de validade estejam vencidos, aqueles deteriorados, alterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou em desacordo com normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação, bem como os que, por qualquer motivo, estejam inadequados para a finalidade a que se destinam.

Ora, resta claro que, na hipótese do inciso I, § 6º, art. 18 do CDC, a perícia mostra-se desnecessária, pois para sua constatação basta a identificação, *ictu oculi*, do prazo indicado no produto como limite de sua validade.

Contudo, no tocante aos incisos II e III, imprescindível a realização do exame pericial, tendo em vista que, para a aferição da impropriedade, nocividade ou periculosidade da mercadoria, mister a existência de prova técnica.

Como bem salientado pelo Tribunal *a quo*: “foi sedimentado o entendimento segundo o qual o crime ora em análise exige, para sua configuração, a realização de perícia. [...] Com relação à espécie, devo referir que o auto de constatação de qualidade de mercadoria da fl. 15 não substitui a exigência de exame na carne. É que o mencionado documento foi confeccionado dias após a apreensão da carne, tendo o médico veterinário que subscreveu o laudo apenas atestado que a matéria-prima não sofreu inspeção sanitária na origem. Não fez alusão, como se vê, à suposta impropriedade da carne ao consumo” (fls. 121 e 123).

Acerca do tema, oportuna a lição exposta por GUILHERME DE SOUZA NUCCI, o qual salienta que “ter matéria-prima ou mercadoria em condições impróprias ao consumo é situação que, logicamente, deixa vestígio material, preenchendo o disposto no art. 158 do Código de Processo Penal: ‘Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado’. Por isso, cremos indispensável a realização de exame pericial para atestar que a mercadoria ou a matéria-prima, realmente, pela avaliação especialistas, é imprópria para consumo. Não pode essa questão ficar restrita à avaliação do juiz, que se serviria de testemunhas e outras provas subjetivas para chegar a uma conclusão” (*in Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 649 e 650).

Assim, *in casu*, para a configuração do crime previsto no art. 7º, inciso IX, da Lei n. 8.137/1990, necessária a comprovação, mediante perícia, de que a mercadoria é de fato inadequada ao consumo, não bastando a mera presunção de sua impropriedade pelo abate clandestino.

Nesse vértice, traz-se à colação recente julgado proferido pelo Pretório Excelso em caso semelhante ao dos autos, veja-se:

Habeas corpus. Crime contra as relações de consumo. Fabricação e depósito de produto em condições impróprias para o consumo. Inciso IX do art. 7º da Lei n. 8.137/1990, combinado com o inciso II do § 6º do art. 18 da Lei n. 8.078/1990. Configuração do delito. Crime formal. Prescindibilidade da comprovação da

efetiva nocividade do produto. Reajustamento de voto. Necessidade de demonstração inequívoca da impropriedade do produto para uso. Independência das instâncias penal e administrativa. Ônus da prova do titular da ação penal. Ordem concedida. 1. Agentes que fabricam e mantêm em depósito, para venda, produtos em desconformidade com as normas regulamentares de fabricação e distribuição. *Imputação do crime do inciso IX do art. 7º da Lei n. 8.137/1990. Norma penal em branco, a ter seu conteúdo preenchido pela norma do inciso II do § 6º do art. 18 da Lei n. 8.078/1990.* 2. *São impróprios para consumo os produtos fabricados em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação. A criminalização da conduta, todavia, está a exigir do titular da ação penal a comprovação da impropriedade do produto para uso. Pelo que imprescindível, no caso, a realização de exame pericial para aferir a nocividade dos produtos apreendidos.* 3. Ordem concedida (HC n. 90.779-PR, rel. Min. Carlos Britto, Primeira Turma, j. em 17.06.2008, p. no DJe-202, divulg. em 23.10.2008, grifou-se).

Do aludido aresto, extrai-se trecho do voto proferido pelo Excelentíssimo Senhor Ministro Menezes Direito, restando assim fundamentado:

São três incisos.

[...]

O II e o III, que eu acabei de ler, deles, efetivamente, não há como dispensar a perícia, porque se vai assumir a impropriedade ou a nocividade ou a periculosidade sem nenhuma base empírica. Em certas circunstâncias, a base empírica se impõe, necessariamente.

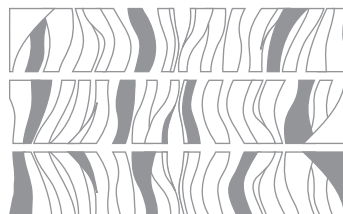
[...]

Mas eu tenho a sensação de que, nestes casos, não se pode fazer uma capitulação genérica de crime abstrato e dispensar a prova pericial. Porque não há como, competentemente, sem uma prova técnica adequada, dizer que o produto está deteriorado, está nocivo ou não serve para o consumo, dentro da capitulação genérica da impropriedade para o consumo.

Então, eu tenho a sensação de que não se trata, sequer, aí, da constatação de matéria de fato, mas, sim, de matéria até mesmo jurídica, no sentido de que, nesses casos, efetivamente, impõe-se a prova pericial.

Ante o exposto, em consonância com a recente orientação adotada pelo Supremo Tribunal Federal, nega-se provimento ao recurso.

É o voto.



Jurisprudência da **Sexta Turma**

**EMBARGOS DECLARATÓRIOS NO HABEAS CORPUS N. 76.686-PR
(2007/0026405-6)**

Relator: Ministro Nilson Naves

Embargante: Ministério Público Federal

Embargado: Isidoro Rozenblum Trosman e outro

Advogado: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e outro(s)

Interes.: Tribunal Regional Federal da 4ª Região

EMENTA

Comunicações telefônicas (interceptação). Embargos de declaração: prova (aproveitamento); decisão (efeitos/restrrição); direito à segurança da sociedade (violação); questões constitucionais (contradição).

1. Já que se reputou ilícita a prova (resultante de tantos e tantos e tantos dias de interceptação), reputada o foi toda a prova (a resultante de tantos...). É a fruta ruim que arruína o cesto (HC n. 59.967, de 2006). Em tal aspecto, não foi, pois, obscuro o acórdão.

2. A restrição de efeitos tem mais a ver com a declaração de inconstitucionalidade, daí a dificuldade, e enorme, de se modular temporalmente os efeitos de decisão tomada em casos como o presente. Em tal aspecto, não foi, pois, omissis o acórdão, já que princípios como o da prospecção, segurança jurídica e instrumentalidade não haveriam mesmo de vir à baila.

3. Se, entre o valor da segurança e o da liberdade, resolve-se o aparente conflito a favor da liberdade (entre outros, HCs n. 44.165, de 2006, e 95.838, de 2008), contraditório a tal propósito não foi o acórdão, porque não lhe foi indiferente o tema.

4. Está no acórdão: “Nem menos nem mais fiz no curso deste voto do que escrever sobre lei ordinária, a saber, determinar o sentido e o alcance de normas infraconstitucionais”. Então, se referência houve, ali e acolá, a princípios de ordem constitucional, tal se verificou de forma indireta, mediata e reflexa, e não de ordem direta, imediata e não reflexa.

5. Caso em que não padece o acórdão nem de obscuridade a ser aclarada, nem de contradição a ser corrigida, nem de omissão a ser suprida.

6. Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, rejeitar os embargos de declaração nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e os Srs. Ministros Og Fernandes, Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP) e Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília (DF), 20 de agosto de 2009 (data do julgamento).

Ministro Nilson Naves, Relator

DJe 19.10.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: Vem-nos aqui, em nome do Ministério Público Federal, longa petição de embargos de declaração, assinada pela ilustre Subprocuradora-Geral Maria das Mercês, e tal porque, lá está escrito, “apesar da habitual diligência de V. Exas., respeitosamente, observam-se alguns pontos obscuros, omissos e contraditórios no acórdão, os quais passam a ser pontuados e buscam ser sanados através dos presentes embargos”.

Inicialmente, porque não remetido o feito à Seção (omissão), quer o embargante, em questão de ordem, que tal aconteça.

Depois, quer o embargante que se aclare o seguinte: “... até que momento a prova produzida pode ser aproveitada.” Eis o que alega quanto aos votos motivados: “Embora os dois votos vencedores (...) tenham declarado a nulidade do monitoramento na medida em que se alongou de modo indevido (...) tais votos não declararam a partir de que momento a medida é inválida.”

Sustenta que há omissão a ser suprida neste ponto: “Assim sendo, tendo em conta os efeitos da decisão, quer por aplicação da doutrina prospectiva, quer por aplicação do princípio da segurança jurídica, da proporcionalidade ou ainda da instrumentalidade das formas, requer-se que sejam declarados os entendimentos assumidos por esta e. 6ª Turma com o objetivo de sua aplicação para fatos futuros, resguardando-se os atos praticados no caso *sub judice* bem como os seus efeitos.” Quanto a isso, quer o embargante, à vista de lições doutrinárias, que se limitem os efeitos da decisão para o futuro, “com o objetivo de reduzir suas consequências negativas”.

Questiona, depois, o item 3 da ementa do acórdão: “3. Inexistindo, na Lei n. 9.296/1996, previsão de renovações sucessivas, não há como admiti-las.”

E, depois e depois, recordando lições de Canotilho e de Luiz Streck, alega o embargante que o acórdão padece de contradição a respeito do seguinte, resumidamente:

Com todo o respeito, no presente caso foi violado o direito fundamental à segurança da sociedade e do Estado. Primeiro, na medida em que se decidiu por impedir a renovação da interceptação telefônica por mais de 30 dias, o que torna inviável qualquer espécie de investigação consistente sobre organizações criminosas complexas.

Segundo, na medida em que os Exmos. Srs. Ministros optaram por tutelar “a forma pela forma”, sem prejuízos ao direito material que lhe serve de substrato, sonegaram proteção ao direito fundamental à segurança: dois auditores responsabilizados até a Segunda Instância por corrupção voltarão ao trabalho; milhões que deveriam reverter aos cofres públicos retornarão aos criminosos; os bens jurídicos mais caros à sociedade tutelados por crimes como de corrupção, lavagem, descaminho, contra o sistema financeiro, falsidades, restarão, por fim, desamparados, desprotegidos e violados, sem qualquer censura ou resgate.

Assim, pondera-se que o acórdão, caso mantida e não suprida essa contradição interna (violação do princípio da proporcionalidade quando nele mesmo se baseia), é inconstitucional.

Por fim, o que aqui argumenta é que há contradição quanto a questões constitucionais: “... requer-se seja sanada a contradição para deixar expresso que o voto se guiou, em toda sua extensão, sobre princípios constitucionais, como, aliás, será frisado no próximo item.”

Da petição dos embargos dei vista aos diversos advogados do paciente, que então trouxeram aos autos suas razões.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): No fundo e no fundo, o que o embargante quer, a pretexto de que padece o acórdão (padeceria, hem?) de contradição e obscuridade, também de omissão, é que a Turma reveja o julgamento por nós concluído na sessão de 09.09.2008. Quer mesmo a revisão geral, de sorte que invertamos a sua conclusão, de concessão para denegação da ordem. Isso, nas circunstâncias do caso, não é admissível, evidentemente, até porque, a meu ver, contradição a ser corrigida não há, nem sofre o acórdão de obscuridade a ser aclarada, menos ainda de omissão a ser suprida, embora de bom gosto intelectual, de ótimo gosto, sim e sim, as questões sabiamente suscitadas pela culta Subprocuradora-Geral em nome do Ministério Público Federal.

Mas maldosa – perdoem-me o incontinente adjetivo – a pretensão de remessa do feito à Seção. Sutil a pretensão, mas maldosa. É de Einstein a famosa frase – sutil é, mas maldoso não é. Porém, aqui, há maldade, venial, é verdade, perdoável e desculpável, portanto, porém que há, há. De mais a mais, a pretensão ministerial já não fora, oportunamente, acolhida, e a sua renovação, já ultimado o julgamento do *habeas*, carece de sustentação.

De tão claro o meu voto em sua conclusão – “concedo a ordem a fim de reputar ilícita a prova resultante de tantos e tantos e tantos dias de interceptação...” –, que, a tal respeito, não há o que ser aclarado. Trata-se, vejam, de plena e total ilicitude, de prova ilícita, da prova resultante..., e não de ilicitude pela metade, ou por dois terços, ou por três quintos, etc. – a fruta ruim arruína o cesto (HC n. 59.967, de 2006). Lá, nesse precedente, escrevi eu, na condição de seu relator, o seguinte:

Consistindo, pois, aquele comportamento em comportamento ilícito, a ilicitude dali decorrente alcançou toda a entrevista, ainda que se admita tratar-se de entrevista voluntariamente gravada. É que a parte ruim contamina, com sua nocividade, todas as outras partes da coisa. Um acontecimento nocivo tem aptidão para contaminar os demais acontecimentos.

Há anos, já faz muito tempo, no início da nossa era, Paulo escreveu: “Não sabeis que um pouco de fermento leveda toda a massa?” Ora, ao juntarmos uma fruta podre a uma boa, não é a podre que fica boa, mas a boa que fica podre. A fruta ruim arruína o cesto. É algo semelhante à teoria dos “frutos da árvore envenenada”, vinda da Suprema Corte norte-americana, segundo a qual o vício da planta se transmite a todos os seus frutos.

Agora, quanto a alguns dos apontados princípios, entre eles, prospecção (doutrina prospectiva), segurança jurídica, instrumentalidade das formas, com os quais quer o embargante que a decisão da 6ª Turma valha “para fatos futuros”, o tema suscitado é interessante, também instigante, todavia não é tema que aqui haveria de vir à baila, como não veio, por exemplo, nos casos oriundos de São Paulo em que temos anulado julgamentos realizados por câmara não composta, em sua maioria, por desembargadores, e venho eu, nesses casos, dizendo o seguinte (entre tantos, o HC n. 98.530, de 2008):

Fiquei cá comigo a pensar diante de tão preocupante descrição que nos fez o ilustre presidente da Seção Criminal, de tão louváveis razões que S. Exa. nos endereçou, saindo eu, então, à cata de solução que atendesse aos apelos que nos foram feitos, mas confesso aos Senhores que solução outra não encontrei. Pensei se seria possível modular temporalmente os efeitos da decisão, de modo a lhe conferir eficácia apenas de agora em diante, isto é, efeitos para o futuro. Isso, porém, não é admissível, e admissível não é porque, como próprio nos é, haveremos de decidir caso a caso e, é claro, com os efeitos daí resultantes.

Aliás, a restrição de efeitos tem mais a ver com a declaração de inconstitucionalidade (Lei n. 9.868/1999, art. 27), se tal na ação direta (“razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social”), por que tal não aconteceria também no sistema difuso? Dizem que tal acontece; fora, porém, dessas hipóteses, não encontrei meios a fim de também modular temporalmente os efeitos de decisões outras. Reparem, então, que podemos, aqui no Superior Tribunal, modular temporalmente os efeitos de decisão por nós tomada, porque também desfrutamos do contencioso constitucional – dele mais desfrutamos quanto às competências originária e ordinária e menos, quanto à competência por meio do recurso especial (sobre o exercício dos contenciosos segundo as diversas competências do Superior Tribunal, confirmam, de minha autoria, AI no REsp n. 215.881, de 2001, e REsp n. 649.608, de 2009). Porém não é, evidentemente, o caso de que ora estamos cuidando.

Relativamente ao item 3 da ementa de acórdão, tal há de ter leitura em conformidade com o texto do acórdão. Ver, a propósito, os itens 8 e 9 do meu voto.

Quanto à contradição à vista de algumas lições, quero crer que o tema suscitado pelo embargante não me foi indiferente (embora tenha eu, ou tenhamos nós, ao fim e ao cabo, determinado o sentido e o alcance de normas infraconstitucionais), como facilmente se vê, no meu voto, das primeiras palavras

– “ultimamente, tive oportunidade de trazer ao conhecimento da Turma algumas de minhas dúvidas...” –, fi-lo recordando os HCs n. 44.165, de 2006, e 95.838 e 96.521, de 2008. Quanto ao HC n. 44.165, aqui vão algumas de minhas palavras:

Atentemos para esta observação: concedi, aqui, liminar valendo-me de decisão por mim proferida no HC n. 42.914. Quando, lá, concedi a liminar a fim de que o defensor constituído tivesse vista, em cartório, dos autos do inquérito policial, fi-lo por me ocorrer que estava diante de ilegalidade flagrante.

(...)

Escreveu Bobbio, versando sobre as chamadas antinomias impróprias – especificamente, antinomia de princípio – (“Teoria do ordenamento jurídico”, p. 90):

Fala-se de antinomia no Direito com referência ao fato de que um ordenamento jurídico pode ser inspirado em valores contrapostos (em opostas ideologias): consideram-se, por exemplo, o valor da liberdade e o da segurança como valores antinômicos, no sentido de que a garantia da liberdade causa dano, comumente, à segurança, e a garantia da segurança tende a restringir a liberdade; em conseqüência, um ordenamento inspirado em ambos os valores se diz que descansa sobre princípios antinômicos. Nesse caso, pode-se falar de antinomias de princípio. As antinomias de princípio não são antinomias jurídicas propriamente ditas, mas podem dar lugar a normas incompatíveis. É lícito supor que uma fonte de normas incompatíveis possa ser o fato de o ordenamento estar minado por antinomias de princípio.

É o que ocorre no caso de que estamos cuidando. Quanto a se real ou se aparente a incompatibilidade, as referências são no sentido de que se trata de normas aparentemente incompatíveis, normas que hão, pois, de ser conservadas no sistema e são, uma vez verificado o conflito – aparente, pelo visto –, de interpretação a favor da liberdade. Foi o que eu disse quando concedi liminar ao paciente.

Por fim, repito: “Nem menos nem mais fiz no curso deste voto do que escrever sobre lei ordinária, a saber, determinar o sentido e o alcance de normas infraconstitucionais.”

Se referência há, em meu voto, a princípios de ordem constitucional, e alusão, de fato, houve ali e acolá, tal se verificou de forma indireta, mediata e reflexa, e não de ordem direta, imediata e não reflexa. Inevitavelmente, tal se verifica em toda e qualquer interpretação/exegese de normas (hermenêutica e

aplicação), porque, em todo e qualquer sistema, as normas estão unidas umas às outras (lembrem-se da análise estrutural do direito, de Kelsen, também de Hart? A propósito Bobbio, “Da estrutura à função”, Manole, 2007), mas isso não significou, no caso presente, uma reflexão direta e imediata de princípios constitucionais. Evidentemente, tal não se verificou! Ver, a propósito, os itens 8 e 9 do meu voto.

É por isso, Srs. Ministros, que, embora encantado com a petição a nós encaminhada, estou, no entanto, votando no sentido de rejeitar os embargos de declaração, seja à míngua de obscuridade a ser aclarada, de contradição a ser corrigida e de omissão a ser suprida, seja ao sabor das palavras constantes deste voto.

Rejeito, pois, os embargos.

VOTO

O Sr. Ministro Og Fernandes: Sr. Presidente, não acompanhei, à época, o julgamento do *habeas corpus* inicial, mas ouvi com atenção o voto de V. Exa.

Embora, com relação à questão da interceptação telefônica, não tenha participado de nenhuma votação expressiva por causa do pouco tempo de Casa, meu entendimento, pelo que observei, acompanha um pouco o do Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Contudo, diante das considerações feitas por V. Exa., isso não quer dizer que eu enxergue, pela leitura e argumentação fundadas no voto de V. Exa., presentes as hipóteses de ausência de clareza, de contradição ou de omissão.

Por essas razões, acompanho o voto de V. Exa. nos termos expostos, rejeitando os embargos de declaração.

VOTO

O Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP): Sr. Presidente, sabemos que o Direito Penal existe para proteger o indivíduo, o ser humano, o homem. A taxatividade, a previsão de que o fato seja considerado crime, é uma garantia para todos, porque, senão o Estado poderia, por exemplo, condenar alguém a uma pena altíssima por pichar um

muro; ou, como nos Estados Unidos, uma senhora foi condenada à pena de 3 (três) anos de prisão por não usar o cinto de segurança. O Direito Penal, portanto, nos protege.

Confesso que, quando abro os autos de um processo criminal, sou muito rigoroso, no tocante a sua regularidade, desde a primeira folha dos autos. Tenho que examiná-los, porque ele é a garantia do indivíduo. Ou o processo está bem feito, bem instruído, ou não se condena. É assim que tem de ser, no meu modo de ver.

Então, processo penal é algo que tem que ser perfeito para a condenação. Não vejo outra saída senão a que V. Exa. propôs tão brilhantemente.

Por tais razões, acompanhando o voto de V. Exa., rejeitando os embargos de declaração.

VOTO

O Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE): Senhor Presidente, dizer que o voto de V. Exa. é brilhante é dizer o óbvio. V. Exa. demonstrou elevado conhecimento jurídico, filosófico, principalmente enfocando a matéria sob o viés da constitucionalidade.

Ademais, como bem explicitou V. Exa., não se enxerga, no caso, nenhuma das hipóteses que justificam o acolhimento dos embargos declaratórios. Não se me afigurou omissão, contradição e obscuridade.

Daí por que acompanho integralmente o voto de V. Exa., rejeitando os embargos de declaração.

HABEAS CORPUS N. 39.592-PI (2004/0162092-7)

Relator: Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE)

Impetrante: Helder Câmara Cruz Lustosa

Impetrado: Tribunal Regional Federal da 1ª Região

Paciente: Edilberto de Carvalho Gomes

EMENTA

Habeas corpus. Fraude a vestibular. “Cola eletrônica”. Estelionato. Falsidade ideológica. Falsificação de documento público. Uso de documento falso. Formação de quadrilha. Trancamento da ação. Atipicidade e princípio da consunção. Ordem parcialmente concedida.

1. Paciente denunciado por estelionato, falsificação de documento público, falsidade ideológica, uso de documento falso e formação de quadrilha, (artigos 171, § 3º, 297, 299, 304 e 288, todos do Código Penal), em concurso material.

2. “Fraudar vestibular, utilizando-se de cola eletrônica (aparelhos transmissor e receptor), malgrado contenha alto grau de reprovação social, ainda não possui em nosso ordenamento penal qualquer norma sancionadora” (INQ n. 1.145-STF).

3. *Writ* concedido para reconhecer a atipicidade da “cola eletrônica” e trancar a ação penal no que diz respeito às condutas tipificadas nos artigos 171, § 3º e 299 do Código Penal, mantida a persecução penal em relação as demais condutas típicas e autônomas.

4. Exordial acusatória que descreve a prática de reiteradas e diversas condutas criminosas, que, em tese, adequam-se perfeitamente aos crimes de falsificação de documento público, uso de documento falso e formação de quadrilha, apontando o paciente como chefe da organização criminosa.

5. Denúncia que preenche todos os requisitos do art. 41 do CPP, descrevendo, com os elementos indispensáveis, a prática, em tese, dos delitos que menciona, com suas circunstâncias, permitindo ao acusado o conhecimento do que lhe é imputado, viabilizada, assim, a ampla defesa, inexistindo qualquer motivo para o trancamento da ação penal.

6. “O princípio da consunção pressupõe a existência de um nexo de dependência das *condutas ilícitas*, para que se verifique a possibilidade de absorção daquela menos grave pela mais danosa.” (REsp n. 890.515-ES, Relator o Ministro Gilson Dipp, DJU de 04.06.2007). Sendo a “cola eletrônica” conduta atípica, não pode ela absorver outras condutas típicas e autônomas, afastado, assim, o princípio da consunção.

7 - *Habeas corpus* parcialmente concedido.

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 parcialmente a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e o Sr. Ministro Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Nilson Naves e Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP).

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília (DF), 19 de novembro de 2009 (data do julgamento).

Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador Convocado do TJ-CE),
Relator

DJe 14.12.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE): Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Edilberto de Carvalho Gomes, apontada como autoridade coatora o Tribunal Federal da 1ª Região que denegou o *writ* ali deduzido.

O paciente foi denunciado por estelionato, falsificação de documento público, falsidade ideológica, uso de documento falso e formação de quadrilha, (artigos 171, § 3º, 297, 299, 304 e 288, todos do Código Penal), em concurso material.

Busca a impetração obter o trancamento da ação penal “em razão da atipicidade do fato e da aplicação do princípio da consunção” (fl. 13). Para tanto, argumenta que a “cola eletrônica” é conduta atípica, pois não se subsume a nenhum tipo penal constante da legislação penal brasileira e se os delitos imputados na denúncia são crimes-meio do estelionato, que é o crime-fim, deve ser reconhecida a atipicidade de todos os delitos.

A liminar foi indeferida (fls. 85-86) pelo Ministro Paulo Gallotti, antigo relator.

Notificado, o Juiz de primeiro grau prestou as informações às fls. 94-96.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, ao manifestar-se (fls. 128-135), opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE) (Relator): O *habeas corpus* impetrado no Tribunal Federal da 1ª Região (HC n. 2004.01.00.011990-3), denegou a ordem em acórdão de seguinte teor:

Há efetivamente precedentes da 4ª Turma deste Tribunal e do Superior Tribunal de Justiça, esposando o entendimento de que a fraude de vestibular pelo processo de cola eletrônica – vibrações transmitidas em aparelhos de telefones celulares – não constitui conduta penalmente típica, apesar de ser profundamente reprovável social e moralmente.

Afirma-se, nessa linha de entendimento, que o modelo típico do crime de estelionato não alcança as chamadas fraudes em concursos por colas eletrônicas, considerando que o estelionato impescinde de vantagem material, por se tratar de crime material, e de vítima determinada, não podendo configurar-se quando se trata de vítima incerta.

E, da mesma forma, que não se trata de falsidade ideológica, segundo o modelo do art. 299-CP, pois, nos gabaritos transmitidos, não é inserida ou omitida declaração falsa ou diversa da que deveria ser escrita, como elementares do tipo; e que as declarações inseridas pelos candidatos nos cartões de resposta, mesmo obtidas por meios não ortodoxos, são, no entanto, verdadeiras e não mendazes, como exige o tipo.

Por fim, afirmam os precedentes, que tais condutas, apesar de reprováveis social e moralmente, não se subsumem em nenhum tipo penal em vigor, ou eventual fraude, em face do princípio da reserva legal e da vedação da aplicação da analogia para prejudicar o acusado. Nesse sentido, anote-se, sinalizou o STF no julgamento do Inquérito n. 1.145-PB, Relator o Ministro Maurício Correa. (O julgamento foi adiado por pedido de vista.)

Mas, no caso, a questão não deve ser solvida apenas em face da simplicidade conceitual da dimensão estática da relação jurídico-penal, mas também e sobretudo em face da sua contextura dinâmica, isto é, no seu plano de eficácia, que não trabalha apenas com a norma, senão também com os fatos, no chamado de plano de concreção (incidência da norma sobre o fato)

É que a denúncia contém outros fatos, ao afirmar que os acusados, de forma geral, falsificavam documentos de identidade, para que pudessem fazer as provas em nome de candidatos inscritos – não se tratando, portanto, apenas de cola eletrônica –, e compravam e vendiam os gabaritos do concurso, o que não poderia ocorrer sem o envolvimento de servidores públicos infiéis, em detrimento do interesse da Universidade, tudo aconselhando a continuação da persecução penal, a fim de que, ultimado o sumário, dê o juiz aos fatos o verdadeiro enquadramento legal.

Pode-se dizer que aos pacientes não são atribuídas tais condutas, de fazer as provas em nome de candidatos inscritos, ou de apoio logístico na compra dos gabaritos, mas, como a denúncia encaminha a questão em termos de quadrilha, é prematuro que de logo, sem o apoio da prova, se extraia conclusão a respeito da real participação de cada qual, sem esquecer que, nos termos do art. 29 do Estatuto Penal Incriminador, “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida da sua culpabilidade.”

Relembre-se que o acusado não se defende propriamente da classificação do crime que venha a ser adotada na denúncia ou na queixa, e sim dos fatos ali narrados, que podem receber do juiz nova definição jurídica, como expressamente o prevê o Código de Processo Penal. (Cf. arts. 383–384.)

A autoridade policial, ao relatar o inquérito, e mesmo com a emissão da nota de culpa, procede a um esboço de classificação do suposto crime, cabendo ao promotor da ação penal adotá-la (ou não), mas ainda de forma provisória, pois somente o juiz é que, ao preferir sentença condenatória, procede ao enquadramento conclusivo.

Por este motivo, não me inclino sequer a conceder a ordem quanto ao crime de estelionato, como sugere a douta Procuradoria Regional da República, considerando que tal atitude, sobre representar um pronunciamento apressado do Tribunal, em face da narrativa da denúncia, que não fala somente de cola eletrônica, pouco representaria para os pacientes, que, de toda forma, continuariam a ser processados. Tal o contexto – não configuração da falta de justa causa –, denego a ordem de *habeas corpus*.

Alega o impetrante que, na linha dos precedentes do Tribunal Regional Federal da 1ª Região e do Supremo Tribunal Federal (INQ n. 1.145), a transmissão de “cola eletrônica” não se amolda à figura típica de estelionato.

Afirma que “o fato do Ministério Público Federal acrescentar na denúncia outros tipos penais, não valida a ação penal, frente à aplicação do princípio da consunção”.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do INQ n. 1.145-PB, em sua composição plenária, entendeu, por maioria, ser atípica a cola eletrônica em acórdão que ficou assim resumido:

Inquérito. 1. Denúncia originariamente oferecida pela Procuradoria-Regional da República da 5ª Região contra deputado estadual. 2. Remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal (STF) em face da eleição do denunciado como deputado federal. 3. Parlamentar denunciado pela suposta prática do crime de estelionato (CP, art. 171, § 3º). Peça acusatória que descreve a suposta conduta de facilitação do uso de “cola eletrônica” em concurso vestibular (utilização de escuta eletrônica pelo qual alguns candidatos - entre outros, a filha do denunciado - teriam recebido as respostas das questões da prova do vestibular de professores contratados para tal fim). 4. O Ministério Público Federal (MPF) manifestou-se pela configuração da conduta delitiva como falsidade ideológica (CP, art. 299) e não mais como estelionato. 5. A tese vencedora, sistematizada no voto do Min. Gilmar Mendes, apresentou os seguintes elementos: i) impossibilidade de enquadramento da conduta do denunciado no delito de falsidade ideológica, mesmo sob a modalidade de “inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante”; ii) embora seja evidente que a declaração fora obtida por meio reprovável, não há como classificar o ato declaratório como falso; iii) o tipo penal constitui importante mecanismo de garantia do acusado. Não é possível abranger como criminosas condutas que não tenham pertinência em relação à conformação estrita do enunciado penal. Não se pode pretender a aplicação da analogia para abarcar hipótese não mencionada no dispositivo legal (*analogia in malam partem*). Deve-se adotar o fundamento constitucional do princípio da legalidade na esfera penal. Por mais reprovável que seja a lamentável prática da “cola eletrônica”, a persecução penal não pode ser legitimamente instaurada sem o atendimento mínimo dos direitos e garantias constitucionais vigentes em nosso Estado Democrático de Direito. 6. A tese vencida, iniciada pelo Min. Carlos Britto, e acompanhada pelos Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, baseou-se nos seguintes argumentos: i) o acusado se defende de fatos, e não da respectiva capitulação jurídica. É indiferente à defesa do acusado a circunstância de a denúncia haver inicialmente falado de estelionato, enquanto sua ratificação, pelo Procurador-Geral da República, redefiniu a questão para focá-la na perspectiva da falsidade ideológica. Para a tese vencida, os fatos narrados não passaram por nenhuma outra versão, permitindo, assim, o desembaraçado manejo das garantias do contraditório e da ampla defesa; ii) o caso tem potencialidade de acarretar prejuízo patrimonial de dupla face: à Universidade Federal da Paraíba, relativamente ao custeio dos estudos de alunos despreparados para o curso a que se habilitariam por modo desonesto, de parelha com o eventual dever de anular provas já realizadas, e, assim instaurar novo certame público; e àqueles alunos que, no número exato dos “fraudadores”, deixariam de ser aprovados no vestibular; iii) incidência de todos os elementos conceituais do crime de estelionato: obtenção de vantagem ilícita, que, diante do silêncio da legislação penal, pode ser de natureza patrimonial, ou pessoal; infigência de prejuízo alheio, que há de ser de índole patrimonial ou por qualquer forma redutível a pecúnia,

pois o crime de estelionato insere-se no Título do Código Penal destinado à proteção do patrimônio; utilização de meio fraudulento; e induzimento ou manutenção de alguém em erro; iv) seja no delito de estelionato, ou no de falso, a denúncia parece robusta o suficiente para instaurar a ação penal; e, por fim, v) a tramitação de projeto de lei no Congresso Nacional para instituir um tipo criminal específico para a cola eletrônica não se traduz no reconhecimento da atipicidade da conduta do acusado. 7. Denúncia rejeitada, por maioria, por reconhecimento da atipicidade da conduta descrita nos autos como “cola eletrônica”. (Inq n. 1.145-PB, Relator o Ministro *Maurício Corrêa*, Tribunal Pleno, DJe-060 de 03.04.2008)

O Ministro *Maurício Corrêa*, Relator do Inquérito, entendeu pela impossibilidade de configuração do estelionato, diante da inexistência de prejuízo patrimonial e pela ausência de vítima determinada. Acrescentou que “fraudar vestibular, utilizando-se de cola eletrônica (aparelhos transmissor e receptor), malgrado contenha alto grau de reprovação social, ainda não possui em nosso ordenamento penal qualquer norma sancionadora”.

Sobre a possibilidade de adequação da conduta como falsidade ideológica, argumentou que “a menos que se recorra aos métodos de integração legislativa, o que não se admite quando se cuida de enquadramento penal, é de ver-se que é imprópria a qualificação da conduta do acusado como a de crime de falsidade ideológica. Além de inexistir omissão em documento público ou particular de declaração que devia constar, não se pode conceber tenha havido informação falsa ou diversa da que deveria ser escrita, pois não há como precisar se os candidatos efetivamente utilizaram-se do artifício da ‘cola eletrônica’ ou mesmo quais seriam as suas sem o uso do ardid”.

O Ministro *Gilmar Mendes*, acompanhando o posicionamento do voto anterior, asseverou que, “sob pena de afronta ao princípio da reserva legal em matéria penal, não se pode aqui pretender a aplicação da analogia para abarcar hipótese não mencionada no dispositivo legal (analogia em *malam partem*)”. Observou que “ainda que fosse desejável e oportuno, entendo que, mesmo nesses casos, por mais reprovável que seja a lamentável prática da ‘cola eletrônica’, a persecução penal não pode ser legitimamente instaurada sem o atendimento mínimo dos direitos e garantias constitucionais vigentes em nosso Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, *caput*)”.

No mesmo sentido do precedente do Pretório Excelso, temos nesta Corte o RHC n. 22.898-RS, da relatoria do Ministro *Felix Fischer* que, ressaltando seu

entendimento pessoal, deu provimento ao recurso para reconhecer a atipicidade da “cola eletrônica” e trancar a ação penal. Disse o ilustre Ministro em seu voto:

Verifico que o presente caso diz respeito à idêntica situação ao do julgado acima transcrito, pois a recorrente teria, durante a aplicação da prova em concurso vestibular, obtido as respostas das questões através de via eletrônica.

Em razão disto, imperioso o reconhecimento da atipicidade da conduta da recorrente.

Contudo, faz-se a ressalva do entendimento pessoal do relator, no sentido da ocorrência do crime de falsidade ideológica. Nessa esteira, a doutrina de Luiz Vicente Cernicchiaro:

A cola eletrônica é falsidade ideológica. No documento (o texto recebido pelo candidato é autêntico) só é admitida anotação (declaração) do próprio candidato, o que é certo, não se confunde com a mensagem transmitida por outrem, à distância. O candidato, dessa forma, apresenta prova de terceiro como sua. A prova é classificatória, o número de vagas é menos do que postulantes. Logo, se influir na classificação, um dos candidatos será preterido. Aqui está a relevância jurídica. (Cernicchiaro, Luiz Vicente. Questões Penais. Belo Horizonte: Del Rey: 1998, p. 106-107.)

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para determinar o trancamento da ação penal em relação à recorrente.

(RHC n. 22.898-RS, Relator o Ministro *Felix Fischer*, DJe de 04.08.2008)

Divergindo desse entendimento, esta Turma, no julgamento do HC n. 41.590-AC, da Relatoria do Ministro Paulo Gallotti, manifestou-se no sentido de ser inviável o trancamento da ação ao argumento de que o fornecimento de “cola eletrônica” é conduta atípica. O julgado recebeu a seguinte ementa:

Habeas corpus. Fraude a vestibular por meio da chamada “cola eletrônica”. Paciente denunciado por violação dos arts. 158, 171, 288 e 299, todos do Código Penal; arts. 1º, I, e 2º, I, ambos da Lei n. 8.137/1990; art. 1º, V e VII, da Lei n. 9.613/1998; art. 70 da Lei n. 4.117/1962; arts. 12 e 16, ambos da Lei n. 10.826/2003; e art. 125, XIII, da Lei n. 6.815/1980. Pedidos de trancamento da ação e de revogação da custódia cautelar. *Writ* julgado parcialmente prejudicado e denegado.

1. Em razão do advento de sentença que absolve o paciente das acusações da prática dos delitos descritos nos artigos 299 do Código Penal, 70 da Lei n. 4.117/1962, 1º, I, da Lei n. 8.137/1990, e 125, XIII, da Lei n. 6.812/1980, com trânsito em julgado para o Ministério Público, resta prejudicado, relativamente a esses crimes, o pleito de trancamento da ação.

2. Paciente condenado por estelionato e formação de quadrilha por ter liderado gigantesco esquema de fraude ao vestibular de medicina da Universidade Federal do Acre - UFAC, realizado em junho de 2002, em que fornecera a diversos candidatos, mediante pagamento de elevadas quantias em dinheiro, gabaritos das provas por meio de micro-transmissores, fraude conhecida como “cola eletrônica”.

3. Inviável o trancamento da ação em relação a esses delitos, ao argumento de que o fornecimento de “cola eletrônica” é conduta atípica, tendo em conta a complexidade fática do caso, que não versa pura e simplesmente sobre a conduta de quem se utiliza desse tipo de fraude para lograr aprovação em vestibular, tratando-se, na verdade, de organização criminosa, encabeçada pelo paciente, que já atua no ramo da venda de gabaritos, inclusive em âmbito nacional, há mais de 18 anos, tendo já fraudado cerca de 32 instituições de ensino superior nesse período.

4. Nesse sentido, o argumento de que não teria existido vítima certa ou prejuízo determinado não pode subsistir, tendo em conta que ao menos a Universidade Federal do Acre teve um prejuízo, como se vê da sentença condenatória, de aproximadamente R\$ 450.000,00 (quatrocentos e cinquenta mil reais), resultante dos dois anos em que os 28 alunos aprovados ilicitamente ali cursaram, até o advento de decisão, proferida em ação civil pública, que os afastou das cadeiras universitárias, integrando, em seu lugar, os candidatos classificados idoneamente.

5. Correta a competência da Seção Judiciária do Acre para o julgamento dos crimes de extorsão, porte irregular de arma de fogo de uso permitido e posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, lavagem de dinheiro e sonegação fiscal em razão da conexão probatória com o estelionato e a formação de quadrilha.

6. Encontra-se o presente *habeas corpus* prejudicado no tocante ao pleito de revogação da custódia cautelar do paciente, já que o Tribunal de origem, no HC n. 2005.01.00.013876-3-AC, julgado em 03.05.2005, concedeu-lhe o direito de apelar em liberdade.

7. *Habeas corpus* julgado parcialmente prejudicado e denegado.

(HC n. 41.590-AC, Relator o Ministro *Paulo Gallotti*, DJU de 12.06.2006)

Naquela ocasião, o Ministro Paulo Gallotti consignou em seu voto:

O que se verifica, da leitura do acórdão atacado (HC n. 2004.01.00.047509-7), é que a Corte de origem não determinou o trancamento da ação de que se cuida em razão da complexidade fática do caso, que não versa pura e simplesmente sobre a conduta de quem se utiliza de “cola eletrônica” para lograr aprovação em exame vestibular, cuidando-se, na verdade, de organizada quadrilha que vem se locupletando ilicitamente por meio da venda de gabaritos, tudo a indicar a inviabilidade do trancamento.

Com efeito, os precedentes invocados pelo impetrante (HC n. 4.593-PR e HC n. 7.376-SC) não servem de modelo para sustentar sua pretensão, pois enfrentam, na verdade, a questão da tipicidade da conduta de quem se beneficia da “cola eletrônica” para ser aprovado em vestibular, o que não se assemelha à hipótese dos autos, que trata de organização criminosa, encabeçada pelo paciente, que já atua no ramo venda de gabaritos, inclusive em âmbito nacional, há mais de 18 anos, tendo já fraudado cerca de 32 instituições de ensino superior nesse período.

Confiram-se os citados precedentes:

A – Processual Penal. Trancamento da ação. Vestibular. Utilização de aparelhos transmissor e receptor. Estelionato.

I - O estelionato exige que o agente se utilize de fraude ou qualquer artifício, induzindo ou mantendo alguém em erro, visando a obter vantagem patrimonial ilícita em proveito próprio ou de terceiro. Há necessidade de vítima certa, determinada.

II - A utilização de aparelhos transmissor e receptor com o objetivo de, em concurso vestibular, estabelecer contato com terceiros para obter respostas para questões formuladas nas provas não constitui, mesmo em tese, crime. Pode configurar ação imoral.

III - Recurso conhecido e provido para trancar a ação penal por atipicidade da conduta.

(RHC n. 4.593-0-PR, Relator o Ministro *Jesus Costa Lima*, DJU de 28.08.1995)

B – RHC. Recurso ordinário oferecido a destempo. Vestibular. “Cola eletrônica”. Não caracterização de crime.

1. Não obstante oferecido a destempo o recurso ordinário, a teor da letra do art. 30 da Lei n. 8.038/1990, não há impedimento, sendo, inclusive, recomendado pela jurisprudência, que dele se conheça como ordem de *habeas corpus*.

2. O preenchimento, através de “cola eletrônica”, de gabaritos em concurso vestibular não tipifica crime de falsidade ideológica. É que nos gabaritos não foi omitida, inserida ou feita declaração falsa diversa daquela que devia ser escrita. As declarações ou inserções feitas nos cartões de resposta por meio de sinais eram verdadeiras e apenas foram obtidas por meio não convencional.

3. A eventual fraude mostra-se insuficiente para caracterizar o estelionato que não existe *in incertam personam*.

4. Recurso conhecido como *habeas corpus*. Ordem concedida para trancar a ação penal.

(RHC n. 7.376-SC, Relator o Ministro *Fernando Gonçalves*, DJU de 14.09.1998)

De outra parte, as informações prestadas pelo Juízo de primeiro grau, no *Habeas Corpus* n. 43.007-AC, aqui também impetrado em favor do paciente, bem delineiam a peculiaridade da hipótese em exame:

Debaixo da equivocadíssima interpretação de que fraudar vestibulares e concursos públicos não é crime, floresceu um gigantesco mercado formado por quadrilhas que aliciam estudantes e candidatos, oferecendo fraude para aprovação em concursos e vestibulares. A quadrilha investigada pela Polícia Federal do Acre é emblemática: um gigantesco patrimônio adquirido em mais de 18 anos de fraude, equipamentos sofisticados utilizados na fraude, lavagem de dinheiro através da compra de veículos importados, imóveis, apartamentos, chácaras etc. A sentença que condenou pelos delitos de estelionato, lavagem de dinheiro, sonegação fiscal, extorsão, em anexo, pormenoriza os lucros elevadíssimos obtidos com fraude, as ameaças e extorsões a alunos, o fabuloso lucro não declarado ao fisco, os “laranjas”, analfabetos utilizados para ocultar riquezas.

E esta erva daninha floresceu no adubo putrefato criado pelos incontáveis precedentes que afirmaram que fraudar vestibular não é crime.

Jorge Nascimento Dutra, líder da quadrilha, a quem o paciente pagou para ingressar na UFAC, foi processado pela primeira vez em 1988. Nesta ocasião, obteve uma decisão afirmando que fraudar vestibular não é crime. E aí se estimulou, aperfeiçoou a arte da fraude e desenvolveu uma organização especializadíssima em fraude, tudo debaixo da sombra dos precedentes que davam pela atipicidade da fraude. (fl. 175 do HC n. 43.007-AC)

Observe-se que a Corte de origem determinou o trancamento da ação de que aqui se cuida tão-somente em relação a alguns estudantes que foram beneficiados pela fraude, acusados apenas de estelionato e falsidade ideológica (HCs n. 2004.01.00.051859-0-AC, 2004.01.00.0452771-1-AC e 2004.01.00.042528-4-AC), acabando, contudo, por denegar os *writs* formulados em favor do paciente e de outros co-réus que estão envolvidos na quadrilha, em razão de sua peculiar situação.

Na verdade, tenho que, em princípio, as condutas do paciente se amoldam ao delitos de estelionato e formação de quadrilha, como, inclusive, já asseverou o próprio Tribunal Federal da 1ª Região ao decidir o *Habeas Corpus* n. 2004.01.00.030040-0-AC, também impetrado em favor do paciente, em que se pretendia obter, à época, o trancamento do inquérito policial:

Habeas corpus. Prisão temporária. Quadrilha. Fraude a vestibulares no Brasil inteiro. Paciente foragido. Tipicidade da conduta.

1. Estando o paciente sendo investigado por liderar quadrilha que obtém expressiva vantagem patrimonial com a fraude de diversos vestibulares, no Brasil inteiro, lesando não apenas o interesse dos candidatos inocentes (vítimas indeterminadas), mas também a credibilidade e eficiência da instituição que promove o certame (vítima direta e determinada), não se justifica o arquivamento do inquérito policial, sob o argumento de que a conduta que lhe está sendo imputada seria atípica.

(...)

3. Ordem denegada.

Confira-se o que disse a Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, em seu voto condutor:

No caso dos autos, contudo, o paciente está sob suspeita de ser o principal integrante de quadrilha que obtém expressiva vantagem patrimonial com fraude de diversos vestibulares, no Brasil inteiro, em detrimento não apenas dos demais candidatos (vítimas indeterminadas), mas da credibilidade e eficiência da instituição que promove o certame (vítima direta e determinada). Essa conduta que lhe está sendo imputada, dentre muitas outras que também lhe estão sendo atribuídas, não é atípica, não se justificando, portanto o seu pedido de arquivamento do inquérito policial.

De notar que o argumento de que não teria existido vítima certa ou prejuízo determinado não pode subsistir, tendo em conta que ao menos a Universidade Federal do Acre teve um prejuízo, como se vê da sentença condenatória, de aproximadamente R\$ 450.000,00 (quatrocentos e cinquenta mil reais), resultante dos dois anos em que os 28 alunos aprovados ilícitamente ali cursaram, até o advento de decisão, proferida em ação civil pública, que os afastou das cadeiras universitárias, integrando, em seu lugar, os candidatos classificados idoneamente.

Como visto, divergiu esta Turma da tese exposta no voto do Ministro Maurício Corrêa (INQ n. 1.145), asseverando que no *writ* aqui analisado estavam perfeitamente delineada a vantagem indevida, o meio fraudulento, o elevado prejuízo patrimonial, bem como as vítimas que o haviam suportado.

Aqui se entendeu que, estando presentes todas as elementares do tipo penal, não há que se falar em atipicidade da aludida “cola eletrônica” e menos ainda em trancamento da ação penal que envolvia a prática de diversos delitos.

É certo, contudo, que esta decisão foi reformada parcialmente pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC n. 88.967-AC que assim decidiu:

Habeas corpus. “Cola eletrônica”. Atipicidade. Trancamento parcial da ação penal contra o paciente.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Inquérito n. 1.145 (no qual fiquei vencido), reconheceu que a conduta designada “cola eletrônica” é penalmente atípica. O que impõe o trancamento, no ponto, da ação penal contra o paciente. Prosseguimento da ação penal, quanto a acusações de outra natureza. Ordem parcialmente concedida. (HC n. 88.967-AC, Relator o Ministro *Carlos Britto*, DJU de 13.04.2007)

Esclareceu o Ministro Carlos Ayres Brito em seu voto:

Nos termos da sentença condenatória, o ora paciente seria o líder de quadrilha que, por mais de 18 anos, teria fraudado exames de vestibulares de mais de 32 instituições de Ensino Superior. Fraude que se materializava mediante a venda de gabaritos, transmitidos aos alunos por um “aparelho microrreceptor eletrônico” (fls. 140).

Pois bem, em que pese meu pessoal posicionamento quanto à franca tipicidade da conduta designada por cola eletrônica (posicionamento que defendi no voto proferido no julgamento do Inquérito n. 1.145 e que farei anexar a este acórdão), o fato é que o Plenário deste Supremo Tribunal Federal, no mencionado julgamento do Inquérito n. 1.145, deu pela atipicidade de conduta em causa. Pelo que, em atendimento à orientação majoritária desta Casa, devo conceder em parte a presente ordem, de sorte a trancar a ação penal contra o paciente pelo crime de estelionato.

Dessa forma, em que pese o posicionamento já manifestado nesta Turma, entendo ser o caso de acolhimento da tese vencedora no Supremo Tribunal Federal, já acatada também nesta Corte pelo Ministro Felix Fischer tão somente para reconhecer a atipicidade da “cola eletrônica” e trancar a ação penal no que diz respeito às condutas tipificadas nos artigos 171, § 3º e 299 do Código Penal.

De outro lado, entendo que não deve ser trancada a ação penal no que diz respeito aos demais delitos, pois na linha dos precedentes mencionados, somente a conduta denominada como “cola eletrônica” é que está abrangida pela atipicidade, devendo ser mantida a persecução penal em relação às demais condutas típicas e autônomas.

Com efeito, a denúncia imputou ao paciente, além da fraude na obtenção das respostas dos concursos, os crimes de falsificação de documento público, uso de documento falso e formação de quadrilha.

No que interessa, disse a denúncia:

Trata-se de inquérito policial iniciado por Auto de Prisão em Flagrante (fls. 2-3), lavrado no dia 16 de dezembro de 2003, na cidade de Parnaíba-PI, por ocasião do exame vestibular da Universidade Federal do Piauí (PSIU) naquela cidade, onde as pessoas acima qualificadas foram descobertas participando e/ou beneficiando-se de uma organização criminosa especializada em fraudar concursos públicos.

O *modus operandi* da quadrilha consistia em falsificar documentos de identidade para que seus membros pudessem fazer as provas em nome de inscritos em concursos públicos, além de compra e venda de gabaritos e repasse dos mesmos através de códigos de vibrações em aparelhos celulares.

Há fortes indícios nos autos da atuação da quadrilha em diversos vestibulares e concursos públicos, como, por exemplo, o concurso do Banco do Nordeste do Brasil S/A, realizado recentemente (14.12.2003).

Tal organização criminosa cobrava altos valores dos inscritos para levar a efeito o estelionato.

Embora as investigações ainda não tenham sido totalmente concluídas, ou indícios já coletados até o presente momento, bem como a confissão dos envolvidos, já são suficientes para o oferecimento da denúncia, que poderá, inclusive, ser aditada posteriormente, de acordo com a evolução das diligências levadas a efeito pela Polícia Federal.

Relataremos, a seguir, a conduta de cada acusado em particular:

1) *Edilberto de Carvalho Gomes*

O primeiro denunciado, Edilberto de Carvalho Gomes, conforme o depoimento dos outros envolvidos, era o chefe da quadrilha.

(...)

As provas contra o advogado são reforçadas pelo material encontrado em seu poder e no das demais pessoas presas. Foram encontradas em seu apartamento vários recortes de jornais com listas de aprovados no vestibular de medicina e diversas universidades e várias fotos 3 x 4 de jovens ainda não identificados (fls. 216-217). Também foi encontrado, em seu poder, anotações de gabaritos, além de caderno de provas do concurso do Banco do Nordeste - BNB (fls. 42-43).

Em seus interrogatórios, Ferdinan Francisco do Nascimento (fls. 11-12), Osnan Soares Ferreira (fls. 13) e Tassiane Maria dos Santos Lucas Ferreira (fls. 20) afirmaram que, no interior do apartamento residencial do advogado, assinaram identidades falsificadas e realizaram a colheita de impressões digitais.

Ressalte-se que, no citado imóvel, de acordo com informação do APF Visgueira (fls. 215), havia sinais que equipamento de informática foi retirado pouco antes da chegada dos policiais que lá estiveram para cumprir mandado de busca. No entanto, no local foi apreendida uma máquina de escrever da marca Facit com tipo bastante semelhante ao utilizado nas carteiras de identidade falsificadas (fls. 216), aguardando-se laudo pericial para uma conclusão definitiva.

O acusado Edilberto de Carvalho Gomes, por sua vez, confessa o crime, tentando se justificar da seguinte forma: "... que envolveu-se em todo esse problema de fraude em concursos públicos apenas com a intenção de beneficiar sua namorada de nome Eliesse Gonçalves Lopes, que tinha o sonho de ser médica ..." (fls. 16).

(...)

4) *Osnan Soares Ferreira*

O quarto acusado Osnan Soares Ferreira, veio de Fortaleza-CE, juntamente com sua esposa, Tassiane, para, ambos, contratados por Edilberto, realizarem as provas em nome de outras pessoas.

Osnan Soares Ferreira confessou o crime e o seu depoimento impressiona pela riqueza de detalhes, tendo ele afirmado: "(...) que na última quarta-feira, deslucou-se de Fortaleza-CE para Teresina-PI, juntamente com sua esposa, ficando hospedado no apartamento do advogado Edilberto; que lá no apartamento foram apresentadas ao candidato e a sua esposa cédulas de identidade para que os mesmos assinassem e foi realizada a colheita de impressões digitais do conduzido e de sua esposa; que tais identidades eram para ser utilizadas no concurso do BNB e no vestibular da UFPI; que recorda que uma das identidades estava em nome de Samuel Douglas Leite Ferreira e outra estava em nome de Ivo Nunes de Macedo Júnior; que a identidade de Samuel foi utilizada pelo conduzido no concurso vestibular da UFPI, enquanto a de Ivo Nunes de Macedo Júnior foi utilizada no concurso do BNB; que recebeu do advogado cento e cinquenta reais para que o conduzido e sua esposa se deslocassem de Fortaleza-CE até Teresina-PI, ficando o advogado responsável pelas despesas em Parnaíba-PI; (...)". (fls. 13-14)

O acusado foi preso no momento em que fazia a prova do vestibular da UFPI em nome de Samuel Douglas Leite Ferreira, usando documentos falsificados.

(...)

6) *Tassiane Maria dos Santos Lucas Ferreira*

A sexta acusada, Tassiane Maria dos Santos Lucas Ferreira, veio de Fortaleza-CE, juntamente com seu marido, Osnan Soares Ferreira, para, ambos, contratados por Edilberto, realizarem as provas em nome de outras pessoas.

Tassiane confessou seu envolvimento no quadrilha e declarou: "... que conheceu a pessoa do advogado Edilberto Carvalho Gomes através do seu esposo; que há cerca de um ano quando acompanhou seu esposo até o Piauí para que o mesmo a mando de Edilberto realizasse provas em nome de terceiros no concurso vestibular da UFPI, ficou sabendo das fraudes envolvendo concursos públicos comandados pelo citado advogado; que para a realização das provas do concurso do BNB e do vestibular da UFPI no presente ano, Edilberto ofereceu para a conduzida e seu esposo a quantia de cinco mil reais, que não recebeu nenhuma

parte desse dinheiro, aliás o advogado Edilberto só auxiliou, com um quantia que a conduzida não sabe precisar, no deslocamento da mesma e de seu esposo de Fortaleza/Teresina e Teresina/Paranaíba, além de hospedagem durante a realização das provas; que assinou juntamente com seu esposo, no apartamento de Edilberto carteiras de identidade falsificadas e permitiu que fossem colhidas impressões digitais, devendo esse material ser utilizado nos concursos da UFPI e BNB; que se recorda que os documentos que assinou eram em nomes de Cristiane Alves Araújo e Cleidiane, pessoas que não recorda o sobrenome..." (fls. 20)

Ressalte-se que, no apartamento em que a acusada estava hospedada, localizado na Pousada Oba (Praia de Atalaia), foi encontrado um caderno de provas do concurso do BNB com um manuscrito "Cleidiane Francisca de Moura" (fls. 51).

(...)

7) *Ferdinan Francisco do Nascimento*

O sétimo acusado, Ferdinan Francisco do Nascimento, sociólogo, foi preso em sala de aula no momento em que realizada as provas do vestibular da UFPI em nome de Aurismar Francisco Bento, usando documentos falsificados.

Conforme ele mesmo declarou, também realizou provas do concurso do BNB em nome de José Lopes Filho, usando documentos falsificados.

O sociólogo confessou o crime e declarou: "(...) que algumas semanas após, foi chamado pelo advogado Edilberto até o seu apartamento no Edifício Van Gogh onde foi oferecida uma carteira de identidade em branco para que o conduzido assinasse e foi realizada a colheita das impressões digitais; que na mesma ocasião, após o conduzido apresentar fotos, foi oferecida uma outra carteira de identidade falsificada para ser utilizada nas provas do concurso do BNB, que recorda que a identidade falsificada para o concurso do BNB era em nome de José Lopes Filho e a identidade falsificada para o concurso da UFPI era em nome de Aurismar Francisco Bento; que realizou as provas do concurso do BNB, ocasião em que o gabarito seria passado pelo advogado Edilberto pelo celular em forma de mensagem na tela do aparelho (...)" (fls. 11-12).

Com o acusado foram apreendidos um telefone celular, uma carteira de identidade falsificada em nome de "Aurismar Francisco Bento", o caderno de provas, o cartão de inscrição no vestibular e o cartão do gabarito, todos em nome da mesma pessoa.

Ressalte-se que, no apartamento em que o acusado estava hospedado, localizado na Pousada Oba (Praia de Atalaia), foi encontrado um caderno de provas do concurso do BNB (fls. 51).

(...)

9) *Jonasclea Cavalcante do Nascimento*

A nona denunciada, Jonasclea Cavalcante do Nascimento, foi presa em sala de aula no momento em que realizava as provas de vestibular da UFPI em nome de Jamilly Nayara Alencar, usando documentos falsificados.

Conforme ela mesmo declarou, também realizou provas do concurso do BNB em nome de Silvânia Leite Ricardo, usando documentos falsificados

Jonasclea confessou o crime e declarou: "... que para falsificar as identidades acompanhou Edilberto até o Condomínio Santa Mônica próximo a Universidade Federal do Piauí; que lá chegando Edilberto recebeu as fotos, realizou a colheita de suas impressões digitais e pediu para que assinasse em nome de Jamille Mayara Alencar, apresentando também na ocasião para também ser assinada pela conduzida uma carteira de identidade em nome de Silvânia Leite Ricardo, propondo também que a conduzida realizasse o concurso do Banco do Nordeste - BNB em nome de Silvânia Leite Ricardo (...); que nas provas do concurso vestibular da Universidade Federal do Piauí, campus Parnaíba, recebia do advogado Edilberto através de telefone celular, os gabaritos das provas; (...)" (fls. 18-25).

Como visto, a exordial acusatória descreve a prática de reiteradas e diversas condutas criminosas, que, em tese, adequam-se perfeitamente aos crimes de falsificação de documento público, uso de documento falso e formação de quadrilha, inclusive, tendo sido o paciente apontado como chefe da organização criminosa.

Verifica-se que, a peça acusatória preenche todos os requisitos do art. 41 do CPP, descrevendo, com os elementos indispensáveis, a prática, em tese, dos delitos que menciona, com suas circunstâncias, permitindo ao acusado o conhecimento do que lhe é imputado, viabilizada, assim, a ampla defesa, inexistindo, portanto, qualquer motivo para o trancamento da ação penal.

Nesse sentido:

A - Processual Penal. *Habeas corpus*. Crime contra a ordem tributária. Sonegação fiscal. Trancamento da ação penal. Inépcia da denúncia. Não-ocorrência. Denúncia que narra o fato e suas circunstâncias. Falta de justa causa. Atipicidade da conduta. Impossibilidade de análise no âmbito estreito do *writ*. Constrangimento ilegal não-evidenciado. Ordem denegada.

1. O trancamento de ação penal em sede de *habeas corpus* reveste-se sempre de excepcionalidade, somente admitido nos casos de absoluta evidência de que, nem mesmo em tese, o fato imputado constitui crime.

2. O *habeas corpus* não se presta como instrumento processual para exame da procedência ou improcedência da acusação, com incursões em aspectos que demandam dilação probatória e valoração do conjunto de provas produzidas, o

que só poderá ser feito após o encerramento da instrução criminal, sob pena de violação ao princípio do devido processo legal.

3. Havendo estrita observância dos requisitos legais previstos no art. 41 do Código Processo Penal, quais sejam, a exposição do fato criminoso, narrando todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado e a tipificação dos delitos por ele cometidos, não há falar em inépcia da denúncia, bem como falta de justa causa para a ação penal.

4. Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o réu defende-se dos fatos narrados na denúncia, e não da capitulação nela contida.

5. Ordem denegada.

(HC n. 81.982-PB, Relator o Ministro *Arnaldo Esteves Lima*, DJe de 21.09.2009)

B - Habeas corpus. Dispensa indevida de licitação, ordenação de despesa não autorizada por lei, peculato, falsidade ideológica e formação de quadrilha. Falta de justa causa e inépcia da denúncia. Não-ocorrência. Descrição individualizada das condutas atribuídas ao paciente. Trancamento da ação penal. Inviabilidade. Indícios de autoria. Prova da materialidade. Ordem denegada.

1. O trancamento da ação penal, pela via do *habeas corpus*, é medida de exceção, só admissível se emerge dos autos, de forma inequívoca, a ausência de indícios de autoria e prova da materialidade, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade.

2. Não se afigura inepta a denúncia que satisfaz todos os requisitos do art. 41 do CPP, sendo mister a deflagração da persecução penal, decorrendo de seus próprios termos a justa causa para a ação penal.

3. No caso, a peça acusatória, lastreada em inquéritos civil e policial, descreve as condutas atribuídas a cada um dos envolvidos, possibilitando o exercício do direito constitucional à ampla defesa.

4. Ordem denegada.

(HC n. 78.223-RN, Relator o Ministro *Og Fernandes*, DJe de 02.03.2009)

Também não há que se falar em absorção dos delitos anteriores (independentes e autônomos) pelo reconhecimento da atipicidade da “cola eletrônica” com a aplicação do princípio da consunção. “O princípio da consunção pressupõe a existência de um nexo de dependência das *condutas ilícitas*, para que se verifique a possibilidade de absorção daquela menos grave pela mais danosa.” (REsp n. 890.515-ES, Relator o Ministro *Gilson Dipp*, DJU de 04.06.2007). Se a “cola eletrônica” é conduta lícita como pode ela absorver uma conduta ilícita? Se é reconhecida a atipicidade dessa prática, significa que crime ela não é. Se não é crime, não pode absorver outras condutas típicas, ilícitas e autônomas.

Entender o contrário seria aplicar o princípio onde não foi prevista sua hipótese de incidência e criar uma situação em que uma conduta atípica absorveria outras condutas típicas, ilícitas e autônomas.

No mesmo sentido, manifestou-se o Ministro Carlos Ayres Brito quando, reformando a decisão desta Corte, reconheceu a atipicidade da “cola eletrônica” e manteve o curso da ação em relação aos demais crimes (HC n. 88.967-AC). Em seu voto, consignou o ilustre Ministro:

Acresce que o prosseguimento da ação penal quanto aos demais delitos imputados ao paciente também me impede de conceder a ordem no que se refere ao crime de quadrilha.

Explico: muito embora deva ser reconhecida a atipicidade da prática da cola eletrônica, os outros fatos narrados na denúncia justificam, em princípio, o prosseguimento do feito também no que atine à formação de quadrilha ou bando.

Por esse modo de ver as coisas, o reconhecimento da atipicidade da conduta nomeada “cola eletrônica” não tem o efeito buscado na impetração - de gerar o trancamento integral da ação penal a que responde o paciente.

Neste sentido, a segunda manifestação ministerial pública, da lavra do Subprocurador-Geral da República, Dr. Cláudio Fonteles, *in verbis*:

Ora, tais infrações, se processualmente conexas à apuração do crime de cola eletrônica, dele destacam-se em comportamentos autônomos, tanto assim é que a apenação fixada obedeceu ao parâmetro do concurso material de infrações.

Por tudo quanto posto, conheço em parte da *habeas corpus* e, nessa parte, concedo a ordem requestada e determino o trancamento da ação penal contra o paciente, unicamente quanto ao crime de estelionato a ele imputado (Processo n. 2004.30.00.001204-0 - 3ª Vara da Justiça Federal da Seção Judiciária do Estado do Acre).

Diante de todo o exposto, concedo parcialmente a ordem para trancar a ação penal de que aqui se cuida tão-somente no que diz respeito à conduta denominada de “cola eletrônica” (art. 171, § 3º e 299 do Código Penal), mantendo o regular prosseguimento em relação às demais condutas imputadas ao paciente.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 67.415-ES (2006/0215469-2)

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura

Impetrante: José Oswaldo Correa e outros

Impetrado: Desembargadora Federal Relatora do *Habeas Corpus* n. 200602010110596 do Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Paciente: Ronaldy Rezende Vieira

Paciente: Nadir Patrocinio Vieira

Paciente: Sergio Teixeira de Almeida

EMENTA

Processo Penal. *Habeas corpus*. Crimes de falso, descaminho e quadrilha. 1. Inépcia formal. Falta de individualização das condutas. Constrangimento ilegal. Ocorrência. Extensão aos corréus. 2. Descaminho. Pendência de recurso administrativo. *Ubi eadem ratio, ubi idem ius*. Trancamento. Necessidade.

1. Cumpre ao acusador individualizar o comportamento típico, sob pena de enveredar pelos sombrios caminhos da responsabilidade penal objetiva, fazendo-se tábula rasa da garantia constitucional da ampla defesa.

2. Não há razão lógica para se tratar o crime de descaminho de maneira distinta daquela dispensada aos crimes tributários em geral. Com a anulação do processo penal *ab initio*, verifica-se, desta forma, que o pagamento do tributo se insere anteriormente ao recebimento de eventual nova incoativa. Assim, é de se determinar o trancamento da ação penal no tocante ao descaminho.

3. Ordem concedida em parte, acolhido o parecer do Ministério Público Federal, para, apenas no tocante ao processo n. 2006.50.01.007773-8: a) anular o processo, dada a inépcia formal de denúncia; estendendo-se os efeitos aos demais corréus, nos moldes do art. 580 do Código de Processo Penal, e, b) em relação ao crime de descaminho, trancar a ação penal, em razão da falta de justa causa - pagamento do tributo antes do recebimento de eventual nova denúncia.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: “A Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem de habeas corpus, com extensão aos corréus Apolonia Horbelt Tohnes, Carlos Alberto de Abreu Junior, José Boeira, José Elias de Paulo e Mauro Carvalho Pitanga, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.” Os Srs. Ministros Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP), Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE) e Nilson Naves votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília (DF), 15 de setembro de 2009 (data do julgamento).

Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Relatora

DJe 28.09.2009

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de *Ronaldy Rezende Vieira, Nadir Patrocínio Vieira e Sergio Teixeira de Almeida*, contra ato da Desembargadora Federal Liliane Roriz, relatora do *Habeas Corpus* n. 200602010110596 do *Tribunal Regional Federal da 2ª Região* que indeferiu liminar em anterior *writ* para sustar o andamento da ação penal.

Os pacientes estão sendo processados pela suposta prática dos delitos dos arts. 288, 299 e 304 e 334, todos do Código Penal, em concurso material, pelos fatos assim descritos na denúncia:

Consta do Procedimento Administrativo Criminal n. 1.17.000.000587/2006-06 anexo, que a Auditoria Fiscal da Receita Federal, em fiscalização rotineira realizada nas importações das mercadorias registradas pela empresa *O&F Comercial Imp. e Exp. Ltda.*, com sede em Vitória-ES, acobertada pelas DI's 06/0071058-5 e 06/0071070-4, registradas em 18.01.2006 e procedentes do Reino Unido, constatou que esta em conluio com a empresa *Tanalot Comércio Exterior Ltda.*, sediada no Rio de Janeiro-RJ, doravante denominada *Tanalot*, participavam de um esquema em que restou configurada a figura da interposição

fraudulenta, praticado com a finalidade de suprimir o pagamento dos impostos que normalmente seriam devidos, caso o procedimento de nacionalização regular fosse observado.

Inicialmente, passaremos a esclarecer os atos relativos às operações de importação a fim de serem caracterizadas as condutas dos denunciados.

A empresa *O&F Comercial Imp. e Exp. Ltda.*, denominada aqui como O&F, com sede no Espírito Santo é uma *trading* beneficiária do Fundap. As normas aplicáveis para a sistemática do Fundap englobam alguns benefícios, auferidos somente pelas empresas cadastradas junto ao Fundap, cujo objetivo é promover o incremento das exportações e importações através do Porto de Vitória, a teor da Lei n. 2.508 de 22.05.1970.

Nas operações de importação, as empresas fundapianas atuam comprando mercadorias no exterior para revendê-los no mercado nacional. Buscando atingir seus fins sociais, estas sociedades comumente mantêm escritórios no exterior e/ou ajustes comerciais com empresas do mesmo gênero situadas no estrangeiro.

As operações de importação podem ocorrer por conta e risco da *trading* e por conta e ordem de terceiros. Na modalidade por conta e risco próprios, a importadora adquire a mercadoria no exterior, nacionaliza e distribui no mercado nacional. Agindo assim, essa empresa importadora, fica automaticamente equiparada a indústria e recolhe IPI na venda no mercado nacional.

Na importação por conta e ordem de terceiros, o importador adquire mercadoria no mercado exterior e contrata uma prestadora de serviços para que nacionalize as suas mercadorias. Da mesma forma, essa empresa importadora de fato, fica igualmente equiparada a indústria.

No presente caso, a empresa O&F, nas importações que realizou relativa às DI's 06/0071058-5 e 06/00710770-4, ambas procedentes do Reino Unido, declarou que as mesmas eram *por conta e risco próprios*.

As mercadorias acobertadas por tais DI's, foram retidas na Alfândega em função da inclusão da empresa O&F em procedimentos especiais de fiscalização aduaneiras, nos termos da IN SRF228. No desenrolar da ação fiscal, vários indícios, principalmente no que diz respeito à condição financeira da O&F, apontaram para a existência de interposição fraudulenta, envolvendo o importador de fato.

Em diligência, a Receita Federal comprovou (fls. 10-11) que em relação à O&F:

- a integralização do capital não foi comprovada;
- o pagamento dos impostos no registro das DI's, foram suportados por adiantamento dos adquirentes das mercadorias;
- todas as DI's registradas pela O&F foram na sistemática por conta e risco próprios.

Cumpra mencionar que a empresa O&F fora, em tese, constituída em 11.1999, ocasião em que a integralização do capital foi feita diretamente contra a conta caixa, ficando esse saldo, inalterado até março de 2005, quando a sua movimentação teve início. Conforme demonstrado pela Receita Federal às fls. 10 e 117, a movimentação que se seguiu a partir da integralização do capital teve como intuito zerar esse saldo, existente de forma gráfica, aproveitando para isso o registro de valores hipotéticos, não movimentados pela empresa, como por exemplo o pagamento de empréstimo ao Sr. *Sérgio Teixeira de Almeida*, no valor de R\$ 30.000,00, em tese pago em agosto de 2005; contudo, em tal época, o mesmo apresentou um saldo de apenas R\$ 4.354,22, o que demonstra a fraude. Ficto também era o registro do pagamento de impostos no registro das DI's relacionadas, os quais são debitados em conta corrente, motivo pelo qual não poderiam ser pagos em dinheiro.

Ademais, impende mencionar que os agentes de fiscalização, analisando a condição financeira da empresa O&F (fls. 111-117), puderam constatar que a movimentação demonstra que todas as despesas de importação, aí incluídos os débitos referentes aos impostos, assim como as contratações de câmbio, eram arcados por seus clientes, que adiantavam a referida quantia. Isso é facilmente comprovado quando se analisa o fluxo bancário da importadora em questão (fls. 18-19, 112-113).

Da interposição fraudulenta

Em continuidade da ação fiscal, a Receita Federal, verificando os dados cadastrais de todos os envolvidos no procedimento fiscal, verificou a falta de condição financeira da sócia pessoa jurídica, incluída na sociedade em 12.2004.

E em diligência ao estabelecimento da empresa O&F, no cotejo dos documentos existentes nas pastas que serviam de arquivo para os processos das DI's em questão, foram apresentados documentos que comprovam a cobrança contra a empresa *Tanalot Comércio Exterior Ltda.*, feitos em 10.11.2005, para efeito de liquidação de antecipação de parte do câmbio (fls. 164-180), comprovando que o verdadeiro comprador das mercadorias no exterior que promoveu a sua nacionalização em território nacional é a *Tanalot*, que se utilizou da O&F para nacionalizá-las.

Dessa forma, a compradora de fato (real importadora) das mercadorias em questão, é a empresa *Tanalot*, visto estar sendo cobrada pelo fechamento de câmbio, e não pela aquisição de mercadoria nacionalizada (fls. 164 e 180), e ainda deve ser mencionado que os documentos citados, vinculam tal cobrança a uma fatura proforma, que é um documento anterior aos documentos que suportaram as DI's registradas, e não a uma nota fiscal ou documento equivalente.

Assim, todos os custos correspondentes às importações em questão foram suportados pela *Tanalot*, a verdadeira compradora de bens no exterior.

Dessa forma, verifica-se que, no caso, a O&F é mera prestadora de serviços, e poderia ter nacionalizado, ditas mercadorias, identificando de forma correta o adquirente, e declarando a importação na sistemática “por conta e ordem de terceiro”. Entretanto, a empresa *Tanalot*, para constar corretamente conforme esclarecido, precisaria estar credenciada junto à SRF, e justificar condições financeiras lícitas para tanto.

Dos efeitos da interposição fraudulenta

Como já mencionado, a O&F é uma empresa fundapiana. O Fundap é um Fundo para o desenvolvimento da Atividade Portuária, pelo qual o governo estadual concede benefícios fiscais (diferimento do ICMS) e financeiros (empréstimo subsidiado).

Na modalidade de importação por conta e risco próprio, como já dito, a empresa importadora adquire a mercadoria no exterior, nacionaliza e distribui no mercado interno. Agindo, assim, essa empresa importadora, fica automaticamente equiparada à indústria e recolhe IPI na venda no mercado nacional, da mercadoria nacionalizada, por força do que determina o art. 9º, I, do Decreto n. 2.637/1998. Nessa sistemática, o distribuidor, vendedor por atacado ou outra empresa que vá vender essa mercadoria adquirida, já nacionalizada, não fica equiparado a industrial e conseqüentemente não é alcançado pelo IPI sobre a diferença entre a compra e a venda das mercadorias.

No caso em tela, no momento em que a O&F declarou-se como importadora por conta e riscos próprios, permitiria que a *Tanalot* pudesse, ao adquirir as mercadorias da O&F, como nacionalizadas, além de permanecer oculta em todos os procedimentos, vender esses bens em território nacional, sem o pagamento do IPI sobre a diferença entre o preço de compra e de venda.

O IPI é regido pelo princípio da não-cumulatividade e incide sobre produtos industrializados, nacionais e estrangeiros, sendo devido somente sobre o valor acrescido na saída das mercadorias do estabelecimento do importador, já que sua primeira incidência ocorre por ocasião do desembarço.

Os importadores e/ou adquirentes de mercadorias estrangeiras por meio de pessoa jurídica importadora são equiparados a industrial e a saída da mercadoria do estabelecimento equiparado a industrial, mesmo que esse estabelecimento não tenha realizado a importação diretamente, constitui fato gerador do IPI.

De acordo com o art. 23 do Decreto n. 2.637/1998, a *Tanalot* é considerada como contribuinte do IPI a empresa na condição de importadora, em relação ao fato gerador decorrente do desembarço aduaneiro de produto de procedência estrangeira, e na condição de estabelecimento equiparado a industrial, quanto ao fato gerador relativo aos produtos que dele saírem.

Assim, o adquirente, ao comercializar (ou seja, dar saída) os produtos importados por meio de pessoa jurídica importadora, figurará como contribuinte do IPI, sendo devido o valor do imposto calculado a partir da diferença entre o preço de entrada e o preço de saída (não cumulatividade).

Na hipótese do verdadeiro adquirente da mercadoria ocultar-se, não se apresentando à fiscalização nos termos da IN SRF n. 225/2002, e/ou interpor terceira pessoa na operação, estará afastando fraudulentamente sua condição de contribuinte do IPI, pretendendo não cumprir com a obrigação tributária exposta acima, conforme demonstrado às fls. 31-33. Caso tivessem sido nacionalizadas as mercadorias em questão, estando ocultada a *Tanalot*, esta contornaria a equiparação a estabelecimento industrial, para efeito de incidência do IPI, sonegando 27% dos tributos incidentes (fls. 34).

Cumpra mencionar que no caso da correta utilização da sistemática de importação por conta e ordem de terceiros, os níveis de recolhimento de tributos são os mesmos, os reais importadores economizam nas despesas com a nacionalização e aproveitam suposta agilidade de empresas que normalmente operam com o comércio exterior.

Desse modo, sendo a importação declarada pela O&F como *por conta e risco próprio* e sendo esta uma empresa *Fundapeana*, isso possibilitaria à empresa *Tanalot* - importadora de fato - a obtenção das mercadorias estrangeiras, através da interposição da O&F, como nacionalizadas sem que fosse necessário o pagamento do IPI no montante que seria devido caso a real importadora (*Tanalot*) realizasse a nacionalização dos produtos estrangeiros.

Por ter se utilizado de tal interposição fraudulenta a *Tanalot* foi punida com perdimento de todas as mercadorias por ela importadas, conforme registrado à fl. 10, com base no inc. V, c/c parágrafo único, ambos do art. 23 do Decreto-Lei n. 1.455/1976;

Pelo narrado, percebe-se facilmente que as empresas O&F e *Tanalot* realizaram atos simulados, valendo-se de documentos ideologicamente falsos, com os quais conseguiram fazer com que uma empresa *Fundapeana* fosse a verdadeira importadora, registrando as DI's como sendo por conta e risco próprio da O&F, ocultando desta feita o real importador, a fim de que o mesmo deixasse de arcar com parte dos tributos por ele devidos.

As falsificações ocorreram em três momentos distintos: 1) quando declararam como importadora a O&F por conta e risco próprios (fls. 153-156, 169-172); 2) ao registrarem a O&F como importadora - fatura internacional, *Invoice* (fls. 158-160 e 174); 3) na falsidade do AWB (BL), pois da mesma forma, registra a O&F como importadora (fls. 157 e 173).

A autoria restou comprovada vez que a empresa *Tanalot Comércio Ltda.* tem como sócios responsáveis *Carlos Alberto de Abreu Júnior* e *José Boeira*.

A empresa *O&F Comercial Importadora e Exportadora* tem como sócios *Nadir Patrocínio Vieira* e *Ultrassupply Import & Export Ltda.*, tendo esta última *Ronaldy Rezende Vieira* e *Nadir Patrocínio Vieira* como sócios.

E cabe mencionar que conforme informação da Receita Federal às fls. 13, a empresa *Ultrassupply*, em tese, nunca teve o seu capital integralizado, pois foi constatado que até as despesas mais simples são pagas pela O&F.

Ademais, a empresa O&F tem como diretor *Sérgio Teixeira de Almeida* (fls. 115), responsável pelas operações com o comércio exterior.

Para a concretização do esquema descoberto foi também imprescindível a participação de um despachante aduaneiro, no caso a Sr^a *Apolonia Horbelt Tohnes*, responsável pela apresentação dos documentos e declarações falsas à SRF, que o fez representando a importadora ficta, no caso a O&F (fls. 13).

E cumpre destacar a informação de fls. 11-12, referente à ligação entre a O&F e a empresa *Eplo Trading S/A.*, envolvida na época dos fatos, em ação fiscal que apurava exportação ficta e outras ilicitudes no comércio exterior, tendo sido autuada. Como consta às fls. 12, foi apurado pela Receita Federal que em 10.10.2005, a O&F pagou fatura em nome da *Eplo*, referente a despesas com passagens aéreas (fls. 151 e 152).

Desse modo, evidente a interferência dos administradores da *Eplo* na administração da O&F, e conseqüentemente, nos fatos ilícitos acima narrados. E, ainda de acordo com a informação de fls. 12, o administrador no cadastro do CNPJ como dirigente dessa empresa o Sr. *Mauro Carvalho Pitanga*. Estes dois últimos são irmãos respectivamente de *Osvaldo Elias de Paulo* e *Flávio Carvalho Pitanga*, que foram os sócios originários da empresa O&F, conforme informação de fls. 11-12. Ademais, a empresa *Ultrassupply*, foi constituída em 10.2003 pelos sócios *José Elias de Paulo* e *Ademir Bezerra Lemos*. Assim, observa-se as diversas ligações de *José Elias Paulo* e *Mauro Carvalho Pitanga* com a administração da O&F.

Pelo exposto, percebe-se que os denunciados associaram-se com o fim de inserirem declarações falsas em documentos destinados à Secretaria da Receita Federal - Alfândega, buscando, com isso, iludir o pagamento de imposto devido pela entrada de mercadoria no Brasil.

Face ao exposto, este *parquet* federal requer seja a presente denúncia recebida, autuada juntamente com o Procedimento Administrativo n. 1.17.000.000587/2006-06 que a instrui, e processada, produzindo-se prova por todos os meios em direito admitidos.

Requer, por fim, sejam os denunciados citados, interrogados e, após os trâmites legais, condenados às penas cominadas nos arts. 288, 299, 304 e 334, na forma do art. 69 e art. 29, todos do Código Penal. (fls. 30-40)

Alega o impetrante que a exordial acusatória baseou-se quase que exclusivamente no auto de infração lavrado pela Receita Federal, e que não expôs de modo claro a conduta do paciente. Em seu entender, “vê-se claramente que a malsinada peça acusatória centra-se na descrição da conduta da empresa O&F Comercial Imp. e Exp. Ltda. Porém, queda-se silente ante à eventual e suspirada conduta do(s) seu(s) sócio(s), *in casu*, ora pacientes, não descrevendo, mercê disso, qualquer liame de vinculação subjetiva deste em relação àquela”

(fls. 5-6). Defende, assim, que a denúncia procurou imputar aos pacientes uma responsabilidade objetiva pelos fatos narrados.

Entende, ainda, que falta justa causa à ação penal porque o procedimento administrativo instaurado para a apuração do delito tributário em questão ainda não teria se encerrado.

Pedi, liminarmente, a sustação do andamento da ação penal. E, no mérito, pleiteia-se o trancamento da ação penal.

Por meio da decisão de fl. 677, o eminente Ministro Nilson Naves, em razão de minha ocasional ausência, nos moldes do art. 52, I do RISTJ, deferiu a liminar para sustar o andamento da ação penal, *ad referendum* desta Ministra. Tal *decisum* restou mantido à fl. 685.

As informações foram prestadas às fls. 692-860 e 891-907.

Diante da circunstância da ausência de julgamento do mérito do prévio *writ*, em 26 de maio de 2009, por meio da decisão de fls. 880-881, suspendi o andamento desta ordem, até que se ultimasse a apreciação daquele *mandamus*.

O Ministério Público Federal apresentou parecer de fls. 862-873, da lavra do Subprocurador-Geral da República Brasilino Pereira dos Santos, opinando no sentido da concessão parcial da ordem, para trancar tão-somente a Ação Penal n. 2006.50.01.007773-8, sem prejuízo do oferecimento de nova denúncia, com a descrição concreta da conduta individualizada dos sócios, acaso envolvidos em conduta configuradora de crime, exceto no caso dos crimes tributários, a depender da conclusão do procedimento administrativo-fiscal.

Em consulta à página eletrônica do Tribunal de origem, obteve-se a informação de que o primeiro *mandamus* foi julgado em 21 de julho de 2009, restando a ordem denegada, nos seguintes termos:

Visa, o impetrante, através do presente *writ*, obter o trancamento das ações penais n. 2006.50.01.007773-8 e 2006.50.01.008019-1 (apenso), por entender ser a denúncia inepta e em virtude da existência de procedimento administrativo-fiscal ainda não encerrado.

Oportuno esclarecer que os presentes autos ficaram acautelados na Subsecretaria da 2ª Turma Especializada de 09 de janeiro de 2008 (fls. 938) até 28.05.2009 (fls. 940), em virtude da ocorrência de erro material no despacho de fls. 935 gerado pelo entendimento de que a decisão que deferiu a liminar no HC n. 67.415-ES prolatada pelo STJ suspendeu o andamento do presente, quando na verdade apenas sobrestou o andamento da ação penal originária.

Desta forma, sanado o equívoco, passo ao julgamento do *writ*, analisando, primeiramente, a alegação relativa à necessidade do encerramento do procedimento administrativo fiscal como condição para o oferecimento da ação penal.

Conforme o Ofício de fls. 957, o auto de infração consubstanciado no processo administrativo n. 12466.000901/2006-15 foi encerrado com o pagamento pela Empresa O&F Comercial Importadora e Exportadora Ltda.

Assim, o débito fiscal da empresa da qual os pacientes são sócios foi quitado.

Entretanto, os pacientes foram denunciados pelos delitos de formação de quadrilha, falsidade ideológica, uso de documento falso e descaminho. Não lhes foi imputada, pelo menos quanto à tipificação penal, conduta relativa a crime contra a ordem tributária (arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137/1990), delitos que, nos termos do art. 9º, § 2º, da Lei n. 10.684/2003, têm sua punibilidade extinta quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais.

Assim, como o acusado deve se defender dos fatos narrados na denúncia e não da capitulação apresentada pela acusação, cabe analisar se as condutas imputadas aos ora pacientes se enquadram nos delitos contra a ordem tributária.

(...)

Assim, as condutas descritas na denúncia narram a fraude por meio da denominada interposição fraudulenta com a finalidade de suprimir o pagamento de impostos.

O membro do *Parquet*, em seu parecer, resumiu de forma clara os acontecimentos que levaram à interposição da ação penal originária:

Segundo consta na denúncia, a O&F é beneficiária do Fundap (Lei n. 2.508/1970), programa de incentivo financeiro às importações, realizado pelo Governo do Espírito Santo, através do qual as empresas cadastradas podem realizar operações de importação de duas formas: i.) por conta e risco da própria empresa, quando a própria beneficiária do Fundap é contribuinte do IPI e a empresa que adquira mercadoria já nacionalizada não é alcançada pela incidência do referido imposto sobre a diferença entre a compra e venda das mercadorias; ii.) por conta e ordem de terceiros, quando a contribuinte do IPI é terceira empresa, prestadora de serviços, responsável pela nacionalização dos produtos importados.

No decorrer do procedimento administrativo-fiscal restou apurado que a empresa O&F realizou importações na sistemática “por conta e risco próprios”, ocorrendo que, na verdade, a real compradora da mercadoria importada era a empresa *Tanalot*, que não estava credenciada no Fundap.

Assim, no momento em que a O&F declarou-se como importadora por conta e risco próprio, permitiu que a *Tanalot*, importadora de fato,

adquirisse a mercadoria já nacionalizada sem o pagamento do IPI sobre a diferença entre o preço de compra e venda.

Nesse passo, concluiu a peça acusatória que a O&F e a *Tanalot* realizaram ato simulado, valendo-se de documentos ideologicamente falsos com a finalidade de ocultar o real importador das mercadorias e sonegar a incidência do imposto devido na transação comercial.

Da narrativa, depreende-se que, o contribuinte do imposto supostamente sonegado é a empresa *Tanalot*. Assim, para os réus relacionados à citada empresa é possível imputar, também, de acordo com os fatos narrados, a prática de crime contra a ordem tributária. Entretanto, há indícios de outros crimes, como formação de quadrilha.

Desta forma, não é possível em sede de *habeas corpus*, considerar, apenas, os fatos relativos à sonegação do IPI a fim de analisar a justa causa para a ação penal ou a extinção da punibilidade.

Importante acrescentar, também, que os pacientes são sócios da empresa O&F, que supostamente burlou as regras do Fundap – fundo para promoção do incremento das importações e exportações no Porto de Vitória – para transferir benefícios específicos das empresas cadastradas para a *Tanalot*.

Não são, assim, representantes da empresa contribuinte nem responsável pelo pagamento do tributo devido, sendo questionável seu enquadramento como sujeito ativo de tal delito.

Em conclusão, é prematuro, tendo em vista a atual fase do processo, entender configurado na denúncia apenas o delito contra a ordem tributária, extinguindo, em consequência, a punibilidade demais delitos imputados aos pacientes, pois há indícios da prática de outros crimes autônomos.

Por haver possibilidade das condutas dos pacientes terem uma amplitude maior do que a burla ao fisco para evitar o pagamento de IPI, os réus da ação penal originária não foram denunciados com base apenas na simples sonegação de imposto, mas nos indícios de formação de quadrilha, falsidade ideológica e uso de documento falso. Estes, repito, supostamente ultrapassam a finalidade de suprimir imposto, não havendo nos autos a demonstração inequívoca da prática de delito tipificado na Lei n. 8.137/1990.

Além disso, há, também, a imputação da prática do crime de descaminho.

Entendo necessária, pois, o prosseguimento da instrução criminal, com a colheita e análise aprofundada de todo o conjunto probatório, para que a capitulação das condutas possa ser corretamente analisada. Tal exame ocorrerá no momento da sentença, pois a dilação probatória é incompatível com a via angusta deste remédio constitucional.

Feitas tais considerações, entendo que não merece acolhida a alegação de inépcia da denúncia pela ausência da devida descrição de conduta típica, ilícita

e culpável, pois a mesma só é assim reconhecida quando a sua narrativa dificulte ou impossibilite a compreensão dos fatos delituosos pelo acusado, o que não ocorreu no presente caso.

Da leitura da exordial acusatória depreende-se que a utilização da empresa O&F para prática dos supostos delitos imputados aos pacientes foi minuciosamente descrita e explicada pela acusação, numa sequência lógica, conforme a suposta participação de cada réu na apontada associação.

Ao contrário do sustentado na inicial do presente, há descrição de condutas típicas supostamente praticadas pelos pacientes e demais co-réus.

A narrativa foi corroborada pela documentação que deu origem ao procedimento administrativo-fiscal, e não só pelo auto de infração como afirma o impetrante. Tal conjunto probatório é suficiente para, num juízo inicial, configurar a materialidade dos delitos.

Outro argumento apresentado pelo impetrante para sustentar a dificuldade imposta pela denúncia para a defesa dos pacientes é relativo à ausência de individualização da conduta de cada acusado, o que também acarretaria a nulidade da denúncia.

Ora, a narração detalhada do apontado esquema criminoso dentro do qual os pacientes supostamente cometiam os crimes imputados por meio da utilização de pessoa jurídica da qual eram sócios é suficiente para individualizar suas condutas.

Ademais, a individualização do *modus operandi* dos pacientes não precisa ser delineada na denúncia, pois a jurisprudência pátria já assentiu que, em se tratando de crime societário ou de autoria coletiva, é desnecessária a descrição individualizada e minuciosa da conduta de cada agente, bastando que a denúncia narre o fato tido como ilícito, mesmo que de modo genérico, o que ocorreu no caso ora em tela.

Por fim, insurge-se o impetrante contra o que entende ser a responsabilização objetiva penal dos pacientes, por entender que não restou demonstrado o nexo de causalidade entre o agir dos pacientes e os fatos narrados.

Aponto que o liame subjetivo entre os pacientes e os delitos praticados em tese por meio da empresa autuada deve ser analisado com o apoio dos contratos sociais e procurações da O&F acostados aos autos.

O MPF assim apontou os indícios de autoria:

A autoria restou comprovada vez que a empresa *Tanalot Comércio Exterior Ltda* tem como sócios responsáveis *Carlos Alberto de Abreu Junior* e *Jose Boeira*.

A empresa *O&F Comercial Importadora e Exportadora* tem como sócios *Nadir Patrocínio Vieira* e *Ultrassuply Import. & Export. Ltda.*, tendo esta última *Ronaldy Rezende Vieira* e *Nadir Patrocínio Vieira* como sócios.

E cabe mencionar que conforme informação da Receita Federal às fls. 13, a empresa *Ultrassupply*, em tese, nunca teve o seu capital integralizado, pois foi constatado que até as despesas mais simples são pagas pela O&F.

Ademais, a empresa O&F tem como diretor *Sérgio Teixeira de Almeida* (fls. 115), responsável pelas operações com o comércio exterior.

Conclui-se, assim, que à imputação da responsabilidade penal aos pacientes foi fundamentada em algumas provas.

A primeira é o contrato social de fls. 179-193, no qual passam a figurar como únicos sócios da O&F o paciente *Nadir* e a empresa *Ultrassupply*, cujos sócios são o mesmo *Nadir* e o paciente *Ronaldy*, este último sócio administrador.

Na cláusula VII do citado documento, que trata da administração da empresa, está explícito que “a sociedade será administrada exclusivamente pelo Sócio o Senhor *Nadir Patrocínio Vieira* e pelo Sr. *Ronaldy Rezende Vieira*”.

Assim, o fato dos pacientes *Nadir* e *Ronaldy* figurarem como administradores da empresa por meio da qual os fatos ilícitos foram praticados são indícios suficientes de autoria, capazes de ensejar o recebimento de denúncia que, ressaltado, requer, tão somente, indícios da materialidade do crime e de sua autoria, pois vige nesse momento o princípio do *in dubio pro societate*, ficando a certeza quanto à procedência ou não da ação penal afeita à sentença, após a apuração da verdade dos fatos pelo Poder Público.

Ademais, quanto ao paciente *Ronaldy*, a procuração de fls. 195 confere-lhe poderes para administrar e gerir a empresa, reforçando os indícios já existentes.

No tocante ao paciente *Sergio*, ainda que não figure como sócio da empresa, possui substabelecimento outorgado pelo paciente *Ronaldy* para administrar e gerir a empresa.

Além disso, ambos figuram responsáveis e representantes da empresa para acompanhar a ação fiscal que deu origem à ação penal ora discutida perante a Receita Federal (fls. 221), assinando diversos documentos de defesa apresentados perante o órgão fiscal acostados aos autos e aos seus apensos.

Não resta comprovado no presente, assim, constrangimento ilegal imposto aos pacientes.

Isto posto, *denego a ordem*.

É o relatório.



VOTO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura (Relatora): O presente *writ* possui envolve duas questões. A primeira refere-se à inépcia formal da denúncia;

e, a segunda diz com a impossibilidade de se promover a persecução penal fiscal diante da pendência de recurso administrativo.

De saída, é importante consignar que, com o julgamento do mérito da anterior impetração, não resta prejudicada a presente ordem, pois, com a denegação, resta mantida a irresignação já adiantada.

1. *Inépcia formal da denúncia*

Penso ser relevante registrar o seguinte trecho do parecer do Ministério Público Federal, em segundo grau, da lavra do Procurador Regional da República Aloísio Firmo Guimarães da Silva:

(...)

De notar-se, inclusive, que, assim como no aspecto processual, no que se refere ao próprio objeto do *writ*, não se vislumbra qualquer interferência ou contribuição da decisão do STJ, eis que totalmente vazia em sua "fundamentação" jurídica e contrária ao prescrito no verbete sumular n. 691 do STF, *mutatis mutandis*. (fls. 818-819).

Diferentemente dessa manifestação, o Subprocurador-Geral da República, Dr. Brasilino Pereira dos Santos, com propriedade, não se olvidou que tanto esta Corte quanto o Pretório Excelso vem superando o teor da Súmula n. 691 do STF, em casos de flagrante ilegalidade:

De início, constata-se que o ato apontado como coator está consubstanciado no indeferimento de medida liminar, requerida no *habeas corpus* impetrado perante o Tribunal *a quo*, ainda pendente de julgamento.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, adotando o entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal no enunciado da Súmula n. 691, orienta-se no sentido do não-conhecimento do pedido, salvo se constatada ilegalidade flagrante.

Pretendem os impetrantes, no presente *habeas corpus*, primeiramente, "o sobrestamento da Ação Penal n. 2006.50.01.007773-8, e (do) processo apenso 2006.50.01.008019-1, em curso na Douta 2ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária de Vitória-ES" e, ao final, "o trancamento da mencionada ação penal", por motivo de inépcia.

A inépcia da denúncia decorre, segundo os impetrantes, do fato de não ter havido a individualização das condutas dos pacientes, faltando-lhe, ainda, a comprovação da materialidade dos crimes, eis que o procedimento administrativo fiscal não foi concluído, estando ainda o crédito fiscal sendo discutido administrativamente.

Primeiramente, temos que não é possível o trancamento da Ação Penal n. 2006.50.01.008019-1, porque, consoante informações à fl. 814, o apensamento das referidas ações penais ocorreu tão-somente por causa da conexão instrumental (CPP, art. 76, III), tratando-se, portanto, de fatos distintos, que não podem ser analisados conjuntamente, posto que não foi acostada a cópia da respectiva denúncia.

Relativamente ao trancamento da Ação Penal n. 2006.50.01.007773-8, decorrente da ausência de indícios de materialidade, face ao não-encerramento do procedimento administrativo-fiscal, a Defesa aponta como meio probatório a impugnação formulada e o andamento do processo administrativo às fls. 44-45.

Também, à fl. 814, o Juízo Monocrático informou que:

A defesa dos pacientes requereu (...) o sobrestamento das ações penais em tela, alegando que o procedimento administrativo objeto das denúncias ainda não foi definitivamente julgado. Em vista de tal alegação, este Juízo determinou (...) a expedição de ofício à Receita Federal solicitando informações acerca da existência de recursos nos processos administrativos que ensejaram estas ações penais. Até a presente data o referido ofício ainda não foi respondido.

De qualquer forma, a prova do encerramento do procedimento administrativo-fiscal, na linha da jurisprudência dominante, incumbe ao Ministério Público Federal que, na espécie, sequer impugnou a tese defensiva, concretamente, tendo apenas sustentado tese jurídica em sentido oposto.

Temos, portanto, como correta a decisão que deferiu o pedido de liminar, para o trancamento da ação penal, até decisão colegiada desta Corte Superior de Justiça, especialmente no que diz respeito aos crimes tributários.

No atinente aos demais crimes, de natureza não tributária, comungamos com o Ministério Público Federal, com atuação em 2º Grau, em sua tese no sentido de ser “irrelevante para o deslinde da questão versada nos autos” no que se “refere aos delitos capitulados nos arts. 288, 299 e 304, todos do Código Penal, tendo em vista que, por se tratarem de crimes autônomos, não configurando crimes tributários, não se vislumbra a necessidade de apurar se o tributo é ou não devido” (fls. 811).

Todavia, quanto a estes crimes de natureza não tributária, igualmente temos que o trancamento da ação penal, na espécie, é inquestionável, por causa do caráter genérico da denúncia na descrição dos fatos, sem imputar concretamente as condutas delituosas aos sócios.

Acaso houvesse sido instaurado inquérito policial, para a oitiva dos sócios e demais responsáveis pela gestão comercial e financeira das pessoas jurídicas, certamente teria o Ministério Público Federal encontrado elementos concretos para descrever com detalhes a conduta e a intensidade da participação de cada

sócio, em vez de incluir o nome de todos sob a acusação, como se fossem uma só pessoa física, respondendo solidariamente apenas pelo fato de serem sócios.

Como se sabe, a responsabilidade solidária, conquanto em sede de direito privado tenha respaldo jurídico, no atinente às acusações de prática de crime já não é passível de aceitação, por decorrência do princípio constitucional que determina a individualização da conduta criminal e que as conseqüências do crime não podem alcançar senão seu autor, segundo as definições inscritas em cada tipo penal pelo legislador.

Para se chegar à conclusão de que se trata de acusação genérica e solidária, somente pelo fato de serem sócios, pedimos vênua por trasladar para aqui o inteiro teor da peça acusatória, a fim de melhor facilitar o acesso a esta peça e, assim, a análise das teses defensivas, por nos parecerem razoáveis (fls. 30-40):

(...)

Feita essa leitura da peça acusatória, infere-se, notadamente dos termos destacados [grifados], que a acusação parece dirigida genericamente contra a pessoa jurídica, eis que sequer individualiza ou identifica a conduta, em concreto, da pessoa física dos sócios.

Nas poucas vezes em que menciona o nome dos sócios, a denúncia limita-se a apontar o seguinte:

como por exemplo o pagamento de empréstimo ao Sr. *Sérgio Teixeira de Almeida*, no valor de R\$ 30.000,00, em tese pago em agosto de 2005; contudo, em tal época, o mesmo apresentou um saldo de apenas R\$ 4.354,22, o que demonstra a fraude. (...)

A autoria restou comprovada vez que a empresa *Tanalot Comércio Exterior Ltda* tem como sócios responsáveis *Carlos Alberto de Abreu Junior* e *Jose Boeira*.

A empresa *O&F Comercial Importadora e Exportadora* tem como sócios *Nadir Patrocínio Vieira* e *Ultrassuply Import. & Export. Ltda*, tendo esta última *Ronaldy Rezende Vieira* e *Nadir Patrocínio Vieira* como sócios.

Ademais, a empresa O&F tem como diretor *Sérgio Teixeira de Almeida* (fls. 115), responsável pelas operações com o comércio exterior.

Para a concretização do esquema descoberto foi também imprescindível a participação de um despachante aduaneiro, no caso a Sra. *Apolonia Horbelt Tohnes*, responsável pela apresentação dos documentos e declarações falsas à SRF, que o fez representando a importadora ficta, no caso a O&F (fls. 13). (...)

Desse modo, evidente a interferência dos administradores da *Eplo* na administração da O&F, e conseqüentemente, nos fatos ilícitos acima narrados. E, ainda de acordo com a informação de fls. 12, o administrador

de fato da *Eplo* é *José Elias de Paulo*, e consta atualmente no cadastro do CNPJ como dirigente dessa empresa o Sr. *Mauro Carvalho Pitanga*. Estes dois últimos são irmãos respectivamente de *Osvaldo Elias de Paulo* e *Flávio Carvalho Pitanga*, que foram os sócios originários da empresa O&F, conforme informação de fls. 11-12. Ademais, a empresa *Ultrasupply* foi constituída em 10/2003 pelos sócios *José Elias de Paulo* e *Ademir Bezerra Lemos*. Assim, observa-se as diversas ligações de *José Elias Paulo* e *Mauro Carvalho Pitanga* com a administração da O&F.

Tais excertos são indicativos de que o elemento norteador das imputações foi tão-somente o fato de os pacientes serem sócios das empresas mencionadas.

O Superior Tribunal de Justiça, embora não exija, em diversos precedentes relativos a crimes societários, a descrição pormenorizada da conduta de cada agente, orienta-se no sentido da necessidade de se estabelecer, ainda que minimamente, a relação de causa e efeito entre a atuação do agente na sociedade e a configuração da conduta delituosa, sob pena de ficar configurada a responsabilidade penal objetiva, fato que conduz à declaração de inépcia da denúncia, porque torna difícil ou talvez inviável o exercício da defesa em sua plenitude.

Nesse sentido podem ser consultados, entre outros, os seguintes precedentes:

(...)

Seguindo a mesma orientação podem ser destacados o HC n. 67.530-SP, Rel.: Min. *Gilson Dipp*, 5ª Turma, julgado em 07.12.2006, publicado no DJ de 05.02.2007, p. 313, e o HC n. 63.753-PA, Rel.: Min. *Felix Fischer*, 5ª Turma, julgado em 17.10.2006, publicado no DJ de 04.12.2006, p. 350.

Sem descer ao profundo exame da prova, entendo prudente analisar os elementos carreados aos autos.

A denúncia foi oferecida não com base em inquérito policial, providência salutar para bem delinear condutas e seu liame com resultados típicos, mas tão apenas em procedimento fiscal.

No meu sentir, o envolvimento dos pacientes apenas decorreu da presença de seus nomes na documentação societária.

Do exame do constante dos autos, é possível notar o constrangimento ilegal ligado à imputação calcada apenas em elementos formais, acostados às fls. 113-125.

Saliente-se, nesta toada, a ausência de individualização de quem geriria o setor de comércio exterior da empresa O&F. A despeito das cláusulas do contrato social, existem nos autos duas procurações. A primeira do sócio, e

paciente, Nadir outorgando poderes ao outro paciente Ronaldy - fls. 123-124. Já a segunda, fl. 125, outorgada por este último para o terceiro paciente Sérgio. Tal quadro poderia ter ganhado mais nitidez com a instauração de procedimento investigatório tendente à divisar a responsabilidade pessoal de cada personagem da administração societária; todavia, tal não se verificou.

Como salientava Carnelutti, em as *Misérias do Processo Penal*, a tão só existência da *persecutio* já configura, em si mesma, uma pena para o réu. Os dissabores da pesada intervenção estatal são deveras estigmatizantes, daí a necessidade de cuidado no seu trato. Desde que se optou por um modelo de Estado de cariz democrático, em que se assinala a dignidade da pessoa humana como seu fundamento, a atuação repressiva deve ser excepcional, somente justificada com o atendimento dos requisitos legais, faticamente demonstrados.

Ao que me é dado apreciar, na estreita via do *writ*, acredito que o Estado precipitou-se, devendo a ação penal ser anulada, em relação aos pacientes, diante da inépcia formal da denúncia. Percebo claro prejuízo para o exercício da defesa, consubstanciando-se tentativa de se irrogar responsabilidade penal objetiva. Acredito que não se demonstrou qual teria sido a contribuição causal de cada um dos supostos envolvidos.

Neste passo, cai à fiveleta a seguinte lição de ALBERTO SILVA FRANCO:

O inc. XLV do art. 5º da Constituição Federal de 1988 consagrou, entre os princípios constitucionais, em matéria penal, o princípio pessoal da responsabilidade penal. O que se busca, na realidade, significar com o caráter pessoal dessa responsabilidade? Antes de tudo, a responsabilidade penal “significa a exigência de um autêntico injusto típico, de realização pessoal, direta ou mediata, ou de colaboração pessoal, num tipo de injusto, com sua parte tanto objetiva como subjetiva: quer dizer, trata-se da exigência de autoria ou de participação. O fundamento é novamente que as sanções penais somente podem ser necessárias, eficazes e idôneas (com todas as conotações político-constitucionais destes princípios) para a prevenção de fatos pessoais ou de descumprimento da responsabilidade pessoal em relação a fatos alheios, mas seriam absolutamente inidôneos e sem sentido para determinar aos cidadãos em relação a fatos alheios ou a acontecimentos naturais em cuja realização ou evitação não influíram nem poderiam influir” (Diego-Manuel Luzón Peña. *Idem*. p. 890). “A responsabilidade penal é sempre pessoal. Não há, no direito penal, responsabilidade coletiva, subsidiária, solidária ou sucessiva” (Nilo Batista. *Introdução crítica ao Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 104). (*Código Penal e sua interpretação*. 8ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2007, p. 44).

Se havia elementos contra os pacientes, a denúncia referiu-se apenas à sua condição, formal e oca, de *representantes* da pessoa jurídica. O prévio conhecimento da imputação dirigida contra o acusado é pressuposto inarredável do exercício da mais ampla, e imprescindível, defesa:

A narração deficiente ou omissa, que impeça ou dificulte o exercício da defesa, é causa de nulidade absoluta, não podendo ser sanada porque infringe os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, *As nulidades no processo penal*, 9ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, p. 109).

Veja-se, também, neste sentido:

Ação Penal. Denúncia. Deficiência. Omissão dos comportamentos típicos que teriam concretizado a participação dos réus nos fatos criminosos descritos. Sacrifício do contraditório e da ampla defesa. Ofensa a garantias constitucionais do devido processo legal (*due process of law*). Nulidade absoluta e insanável. Superveniência da sentença condenatória. Irrelevância. Preclusão temporal incorrente. Conhecimento da arguição em HC. Aplicação do art. 5º, incs. LIV e LV, da CF. Votos vencidos. A denúncia que, eivada de narração deficiente ou insuficiente, dificulte ou impeça o pleno exercício dos poderes da defesa, é causa de nulidade absoluta e insanável do processo e da sentença condenatória e, como tal, não é coberta por preclusão. (STF, Primeira Turma, RHC n. 85.658-ES, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 21.06.2005).

Penal e Processual Penal. *Habeas corpus*. Evasão de divisas (parágrafo único, artigo 22, Lei n. 7.492/1986). Ausência de demonstração do destino dos recursos de origem não determinada. Inépcia da denúncia. Constrangimento configurado. Ordem concedida.

- Depósito, em conta bancária comum no Brasil, de recursos cuja origem ainda não foi demonstrada, não configura, por si só, crime de evasão de divisas pelo só motivo de haver suspeita de utilização de contas intermediárias para transferência dos valores ao exterior.

- Não pode ser presumida a ilicitude de depósitos em conta de não residente (conta CC5).

- Se o Ministério Público não está dotado de elementos suficientes para a propositura da ação penal, tanto que, podendo e devendo fazê-lo, não descreveu, nem mesmo em tese, conduta que se subsuma à moldura legal do crime de evasão de divisas - como está a exigir o tipo penal do parágrafo único, do artigo 22, da Lei n. 7.492/1986 -, configurar-se-á inepta a denúncia.

- Ordem concedida para trancamento da ação penal (STJ, Rel. Min. Paulo Medina, Sexta Turma, HC n. 43.688-PR, j. 06.06.2006, DJ 04.12.2006 p. 379).

Processual Penal. *Habeas corpus*. Tráfico de drogas e associação para o tráfico.
1. Inépcia da denúncia. Ocorrência em relação apenas ao tráfico. Ausência de qualquer imputação fática. Prejuízo à ampla defesa. Ocorrência. (A) nulidade absoluta. Reconhecimento. (...)

1. Diante da ausência de qualquer imputação fática relativa à paciente, é de se reconhecer a inépcia da denúncia, evidenciando-se a violação à garantia da ampla defesa, causa de nulidade absoluta.

(...)

3. Ordem concedida em parte para anular o processo, a partir da denúncia, inclusive, sem prejuízo de que outra seja oferecida, agora com a adequada individualização dos fatos, apenas com relação ao paciente, diante de sua particular situação processual, mantendo-se a condenação, portanto, com relação aos demais co-réus. E, de ofício, concedida para modificar o regime inicial de cumprimento de pena do fechado para o semi-aberto.

(STJ, HC n. 106.137-PB, de minha relatoria, Sexta Turma, julgado em 11.12.2008, DJe 19.12.2008)

Nota-se, assim, que a irresignação merece guarida, todavia, não na extensão pretendida. Isto porque, como salientado pelo parecer do Subprocurador-Geral da República, apesar de se insurgir contra duas ações penais, aos autos apenas foram carreadas cópias de um deles. Ao que é dado perceber, cuidam-se de processos distintos e relativamente autônomos, jungidos, tão apenas, pela conexão instrumental. Demais disso, sequer foram apresentados elementos concernentes à Ação Penal n. 2006.50.01.008019-1, daí a impossibilidade do exame de eventual ilegalidade.

2. Pendência de recurso administrativo e o crime de descaminho

Esta Corte já teve oportunidade de se debruçar a respeito da natureza jurídica do crime de descaminho e sua estreita vinculação com os delitos contra a ordem tributária.

A colenda Sexta Turma, deu um passo além, amparando-se no princípio da isonomia, equiparando os delitos de descaminho e sonegação fiscal:

Processo Penal. *Habeas corpus*. Descaminho. Extinção da punibilidade. Pagamento do tributo antes do oferecimento da denúncia. Aplicação do art. 34 da Lei n. 9.249/1995. *Ubi eadem ratio ibi idem ius*.

1. Não há razão lógica para se tratar o crime de descaminho de maneira distinta daquela dispensada aos crimes tributários em geral.

2. Diante do pagamento do tributo, antes do recebimento da denúncia, de rigor o reconhecimento da extinção da punibilidade.

3. Ordem concedida.

(HC n. 48.805-SP, de minha relatoria, Sexta Turma, julgado em 26.06.2007, DJ 19.11.2007 p. 294)

Estelionato (Cód. Penal, art. 171). Denúncia (defeito/impropriedade formal). Prejuízo (pagamento). Punibilidade (extinção).

1. É defeituosa a denúncia em que se não expõem, às claras, as diversas participações no fato – estelionato.

2. Caso em que, quanto à formalidade, decidiu a Turma unanimemente.

3. O pagamento da denominada vantagem ilícita antes do recebimento da denúncia é causa de extinção da punibilidade. Inteligência e aplicação analógica de textos como os dos arts. 34 da Lei n. 9.249/1995 e 9º da Lei n. 10.684/2003, bem como o da Súmula n. 554-STF.

4. Caso em que, quanto à extinção da punibilidade, o Relator ficou vencido.

5. Recurso ordinário provido em parte – imperfeição formal da denúncia –, com extensão da ordem.

(RHC n. 21.489-RS, Rel. Ministro Nilson Naves, Sexta Turma, julgado em 16.10.2007, DJe 24.03.2008)

Para o deslinde da questão jurídica apresentada no presente remédio heróico é imprescindível o cotejo analítico dos dois tipos penais: sonegação fiscal e descaminho.

De acordo com a Lei n. 8.137/1991:

Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;

IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;

V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V.

Art. 2º Constitui crime da mesma natureza: (*Vide Lei n. 9.964, de 10.04.2000*)

I - fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo;

II - deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;

III - exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal;

IV - deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento;

V - utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública.

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Já o Código Penal, assim estatui:

Contrabando ou descaminho

Art. 334 Importar ou exportar mercadoria proibida ou iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

§ 1º - Incorre na mesma pena quem:

a) pratica navegação de cabotagem, fora dos casos permitidos em lei;

b) pratica fato assimilado, em lei especial, a contrabando ou descaminho;

c) vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira que introduziu clandestinamente no País ou importou fraudulentamente ou que sabe ser produto de introdução clandestina no território nacional ou de importação fraudulenta por parte de outrem;

d) adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira, desacompanhada de documentação legal, ou acompanhada de documentos que sabe serem falsos.

§ 2º - Equipara-se às atividades comerciais, para os efeitos deste artigo, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino de mercadorias estrangeiras, inclusive o exercido em residências.

§ 3º - A pena aplica-se em dobro, se o crime de contrabando ou descaminho é praticado em transporte aéreo.

Da apreciação conjunta de ambos os tipos penais, tenho que tanto a sonegação fiscal quanto o descaminho têm como bem jurídico tutelado a ordem tributária.

Como já sistematizaram os romanos: *ubi eadem ratio, ibi idem ius*. Tendo-se estabelecido, neste colegiado, que a disciplina dos crimes contra a ordem tributária deve ser estendida ao descaminho, penso que a impossibilidade de instauração de persecução penal, antes da constituição definitiva do crédito tributária, deve seguir o mesmo rumo.

Interpretação diversa representaria, creio, uma quebra lógica do sistema, haja vista que a orientação do Supremo Tribunal Federal e desta Corte é-lhe plenamente aplicável.

Lembre-se que a isonomia normativa, no tocante à extinção da punibilidade, foi, por muito tempo, o entendimento do Pretório Excelso que, de tão reiterado, culminou na edição da Súmula n. 560:

A extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo devido estende-se ao crime de contrabando ou descaminho, por força do art. 18, § 2º, do Dec.-Lei n. 157/1967.

Apesar de o Decreto-Lei n. 1.650/1978 ter derogado o congênere de n. 155/1967, o ato revogador foi declarado inconstitucional em 1980. E mesmo com a promulgação da Lei n. 6.910/1981, o Tribunal Federal de Recursos alinhava-se com tal posicionamento. Assim, ainda servindo-se da Súmula n. 560 do Supremo Tribunal Federal:

Contrabando ou descaminho - Extinção da punibilidade pela satisfação do tributo devido (Súmula n. 560 do STF) - Não tem lugar se o pagamento é efetuado após o iniciada a ação penal (TFR - Rec. - Rel. Décio Miranda - DJU 22.03.1988)

Cumpra destacar o entendimento do Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Dr. *André Nabarrete Neto*:

A extinção da punibilidade através do pagamento do tributo ou contribuição social antes do recebimento da denúncia, é possível em todos os crimes fiscais, incluindo-se entre eles os casos do art. 95, letra **d**, da Lei n. 8.212/1991 e o próprio delito de descaminho, que cuida de fraude ocorrida na entrada e saída do país, com o objetivo frustrar o pagamento de direitos alfandegários (Extinção de punibilidade nos crimes contra a ordem tributária, In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 5, n. 17, jan-mar de 1997)

Este também é o entendimento esposado por *Rui Stoco*:

Em excelente monografia Sergio Rosenthal (...) observou que a fraude, como elemento subjetivo do tipo no crime de descaminho, muito embora integre o tipo penal, tem como exclusiva finalidade a supressão ou redução do tributo devido pela entrada, saída ou consumo de mercadoria, acrescentando ser indiscutível que o pagamento do tributo constitui finalidade essencial da repressão estatal aos delitos tributários, de modo que a extinção da punibilidade representa nada mais que o estímulo legal para que esse pagamento venha ser efetuado rapidamente, sem discussão na esfera administrativa (*A Extinção da Punibilidade pelo Pagamento do Tributo no Descaminho*, 1ª ed., São Paulo, 1999, p. 35-37).

Aliás, este autor citado já havia se posicionado nesse sentido em artigo de doutrina, quando entendeu perfeitamente possível e correta a aplicação do art. 34 da Lei n. 9.249/1995 a qualquer crime de natureza fiscal, incluído neste rol, o delito de contrabando ou descaminho (O pagamento do tributo no crime de descaminho, *Bol. IBCCrim* n. 56, jul./1997, p. 11).

Esse, aliás, o nosso posicionamento.

No mesmo sentido posicionam-se Eustáquio Nunes Silveira (A falta de recolhimento de tributos como crime, in *Ciência Jurídica*, ano III, n. 20, mai/1996, p. 10); Roberto Soares Garcia (A extinção da punibilidade nos casos de apropriação indébita de contribuições previdenciárias, in *Boletim do IBCCrim* n. 40, abril/1996, p. 7) Ives Gandra da Silva Martins (*Da Sanção Tributária*, 2ª ed., p. 137), Paulo José da Cosa Júnior (*Infrações Tributárias e Delitos Fiscais*, 2ª parte, p. 154) e Márcio Andrade Torres e Maria Cristina Barongeno Cukierkom (A extinção da punibilidade pelo pagamento antes do oferecimento da denúncia, das contribuições previdenciárias descontadas dos empregados, in *Boletim do IBCCrim* n. 40, abr/1996, p. 5), estes últimos invocando a analogia *in bonam parte* para dar sustentação ao seu entendimento.

Conclua-se que, embora a Lei n. 9.249/1995 tenha restaurado a possibilidade de extinção de punibilidade pelo pagamento do tributo apenas com relação aos crimes contra a ordem tributária, previstos na Lei n. 8.137/1990, nada justifica,

nem se encontra razão lógica ou jurídica, à luz do princípio constitucional da igualdade, que tal benefício não se estenda também ao autor do crime de descaminho, dada a sua natureza de delito contra a ordem tributária em que se objetiva impedir a importação ou exportação de bens e produtos sem o pagamento de impostos e taxas devidos. (In: Franco, Alberto Silva, et al., *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*, São Paulo, RT, 2001, Parte Especial, vol. 2, p. 4.047-4.048)

Pode-se, a meu ver, colher de empréstimo o espírito normativo da Lei n. 10.684/2003, pois dispõe de idêntica raiz exegética. Tal diploma deixou suficientemente clara a existência de outros tipos penais de cariz tributário além daqueles presentes na Lei n. 8.137/1990, destacando pontualmente no Código Penal os crimes previdenciários, prevendo-se também hipótese de extinção de punibilidade em razão do prévio pagamento do débito.

Assim, pode-se concluir que o crime de descaminho é intrinsecamente tributário, ou seja, “tutela-se o direito que o Estado tem de instituir e cobrar impostos e contribuições” (EDMAR OLIVEIRA ANDRADE FILHO, *Direito penal tributário*, São Paulo, Atlas, 3ª ed., p. 80).

Acolhida a sugestão de anulação *ab initio* do processo penal, tem-se, como consequência lógica, terreno propício para a aplicação do entendimento desta colenda Turma. Isto porque, o pagamento do tributo passa a se inserir anteriormente ao recebimento de eventual nova denúncia pelo crime do art. 334 do Código Penal.

Logo, segundo o meu entendimento, é de se determinar o trancamento da ação penal no tocante ao crime de descaminho, diante do pagamento do tributo, ocorrido anteriormente ao recebimento de denúncia válida.

3. Conclusão

Penso que as razões que conduzem à concessão da presente ordem irradiam-se aos corréus, visto que a denúncia não se mostra precisa também em relação à particularização de suas condutas. Daí a necessidade, nos moldes do art. 580 do Código de Processo Penal, de a decretação de ilegalidade ser a eles estendida.

Ante o exposto, acolhendo o parecer do Ministério Público Federal, concedo em parte a ordem para, apenas no tocante ao processo n. 2006.50.01.007773-8: a) anular o processo, dada a inépcia formal de denúncia; estendendo-se os

efeitos aos demais corréus, nos moldes do art. 580 do Código de Processo Penal, e, b) em relação ao crime de descaminho, trancar a ação penal, em razão da falta de justa causa - pagamento do tributo antes do recebimento de eventual nova denúncia.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 106.945-RJ (2008/0110274-3)

Relator: Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE)
Impetrante: Paulo Ricardo - Defensor Público
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Paciente: Franciane Cristina de Souza Guimarães

EMENTA

Habeas corpus. Estelionato. Prisão provisória. Detração. Impossibilidade. Prescrição. Inocorrência. Ordem denegada.

1. Não merece acolhida a tese de que deve ser decotada, para fins de cálculo da prescrição, o período em que a paciente ficou presa provisoriamente, nos termos do art. 42 do Código Penal, pois não cabe a aplicação extensiva ou analógica do art. 113 do Código Penal, que somente pode ser utilizado nas hipóteses expressamente por ele previstas, ou seja, nos casos de revogação do livramento condicional e de evasão do condenado. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

2. É de 4 anos o prazo prescricional para o crime cuja pena ficou definida em 1 ano de reclusão, (art. 109, V, do CP). Não há que se falar em prescrição se não se verifica, entre os marcos interruptivos, o transcurso do lapso temporal necessário ao seu reconhecimento.

3. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

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

Os Srs. Ministros Nilson Naves, Maria Thereza de Assis Moura, Og Fernandes e Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília (DF), 13 de outubro de 2009 (data do julgamento).

Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE),
Relator

DJe 03.11.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE): Cuida-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Franciane Cristina de Souza Guimarães, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo que denegou o *writ* ali formulado.

Colhe-se do processado que a paciente foi condenada, por dois crimes de estelionato, em continuidade delitiva, 1 anos e 2 meses de reclusão, e multa, substituída a pena privativa de liberdade por duas medidas restritivas de direito.

Requer o impetrante que seja reconhecida a prescrição da pretensão executória e julgada extinta a punibilidade da paciente.

Sustenta que no cálculo da prescrição deve ser aplicada a detração referente ao período em que a paciente ficou presa cautelarmente, ou seja, 37 (trinta e sete) dias, nos termos do art. 113 do Código Penal.

Dispensadas as informações, a douta Subprocuradoria-Geral da República, ao manifestar-se (fl. 113-116), opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE) (Relator): Não merece prosperar a tese do impetrante de que deve ser decotada, para fins de cálculo da prescrição, o período em que a paciente ficou presa provisoriamente, nos termos do art. 42 do Código de Penal.

Com efeito, esta Corte já firmou o entendimento de que não cabe a aplicação extensiva ou analógica do art. 113 do Código Penal, que somente pode ser utilizado nas hipóteses expressamente por ele previstas, ou seja, nos casos de revogação do livramento condicional e de evasão do condenado.

Vejam-se:

A - Penal e Processual Penal. *Habeas corpus* atacando revisão criminal. Furto qualificado, estelionato e corrupção de menores. Prisão em flagrante. Fuga antes do início da execução definitiva. Detração para fins de contagem da prescrição da pretensão executória. Impossibilidade. Dosimetria da pena. Absolvição. Ordem parcialmente conhecida e, nesta parte, denegada.

1. Consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça o período em que o réu permanece preso provisoriamente, em razão de flagrante, serve apenas para desconto da reprimenda a ser cumprida, não se empregando a detração para fins prescricionais. Interpretação restritiva do art. 113 do CP.

2. O aumento de pena decorrente da continuidade delitiva não é considerado para fins do cálculo da prescrição da pretensão punitiva. Incidência da Súmula n. 497-STF.

3. Na hipótese dos autos, a pretensão punitiva pelo crime de furto, cuja pena-base restou definida em 2 anos e 6 meses, prescreve em 8 anos (art. 109, IV, do CP).

4. A utilização do *habeas corpus* como substitutivo de revisão criminal se opera em caráter excepcional quando o apontado constrangimento ilegal se mostra flagrante, dispensando, inclusive, o revolvimento de matéria fático-probatória, hipótese diversa do presente caso. Precedentes do STJ.

5. Ordem parcialmente conhecida e, nesta extensão, denegada.

(HC n. 57.926-SC, Relator o Ministro *Arnaldo Esteves Lima*, DJe de 21.09.2009)

B - Criminal. REsp. Porte de arma. Prescrição reconhecida pelo Tribunal *a quo*. Tempo de prisão provisória. Detração para fins de contagem da prescrição da pretensão executória. Impossibilidade. Art. 113 do Código Penal. Interpretação restritiva. Recurso provido.

A aplicação do art. 113 do Código Penal é restrita às situações por ele especificadas, quais sejam, evasão de condenado ou revogação de livramento condicional.

Impossibilidade de aplicação extensiva ou analógica.

O período de prisão provisória do réu é levado em conta apenas para o desconto da pena a ser cumprida, sendo irrelevante para fins de contagem do prazo prescricional, que deve ser analisado a partir da pena concretamente imposta pelo Julgador e, não, do restante da reprimenda a ser executada pelo Estado. Precedentes do STJ e do STF.

Recurso provido, nos termos do voto do relator.

(REsp n. 858.809-SP, Relator o Ministro *Gilson Dipp*, DJU de 06.08.2007)

C - Habeas corpus. Detração para fins de contagem da prescrição. Impossibilidade. Ordem denegada.

1. Inviável se faz a aplicação do instituto da detração, previsto no artigo 42 do Código Penal, para fins de cálculo do prazo prescricional da pretensão executória, analogicamente ao que determina o artigo 113 desse mesmo *codex*.

2. Ordem denegada.

(HC n. 40.270-SP, Relator o Ministro *Hélio Quaglia Barbosa*, DJU de 21.11.2005)

D - Habeas corpus. Direito Penal. Detração. Prescrição da pretensão executória. Artigo 113 do Código Penal. Inaplicabilidade.

1. O artigo 113 do Código Penal disciplina o tempo da prescrição da pretensão executória nos casos de evasão do condenado ou de revogação do livramento condicional, sendo-lhe estranha a detração penal, invocada para redução de prazo extintivo, após o trânsito em julgado da condenação. Precedentes.

2. Ordem denegada.

(HC n. 34.739-SP, Relator o Ministro *Hamilton Carvalhido*, DJU de 06.02.2006)

No mesmo sentido é a orientação do Supremo Tribunal Federal:

A - Ação penal. Detração. Período de prisão preventiva ou cautelar. Contagem ou cálculo para fim de prescrição da pretensão punitiva. Inadmissibilidade. Medida restrita à execução e cumprimento de pena. HC denegado. Inteligência dos arts. 42 e 113 do CP. Precedentes. O tempo de prisão cautelar não pode ser computado para efeito de prescrição.

(HC n. 96.287, Relator o Ministro *Cezar Peluso*, DJe de 21.05.2009)

B - Habeas corpus. Prisão provisória. Contagem para efeito da prescrição. Impossibilidade.

O tempo de prisão provisória não pode ser computado para efeito da prescrição, mas tão-somente para o cálculo de liquidação da Pena. O artigo 113 do Código Penal, por não comportar interpretação extensiva nem analógica, restringe-se aos casos de evasão e de revogação do livramento condicional. Recurso ordinário em HC a que se nega provimento.

(RHC n. 85.217, Relator o Ministro *Eros Grau*, DJU de 19.08.2005)

Assim, afastado a redução pleiteada pelo impetrante, cabe esclarecer que a paciente foi condenada a 1 ano de reclusão e 10 dias-multa para cada um dos estelionatos. Reconhecida a continuidade delitiva, a pena de um crime aumentada de um sexto, totalizando a sanção de 1 ano e 2 meses de reclusão e 11 dias-multa.

Para verificação da prescrição deve ser individualizada a pena aplicada para cada delito, ou seja, de 1 ano, afastado acréscimo decorrente da continuidade.

Considerada a pena imposta de 1 ano, o prazo prescricional é de 4 anos, nos termos dos art. 109, V, c.c. art. 110, § 1º, ambos do Código Penal.

O fato criminoso ocorreu no dia 15 de outubro de 2002, sendo a denúncia recebida no dia 30 do mesmo mês e ano, com a sentença condenatória proferida em 30 de junho de 2006. O trânsito em julgado para ambas as partes foi certificado em 7 de dezembro de 2007.

Observa-se que não houve o transcurso de 4 anos entre nenhum dos marcos interruptivos, não havendo que se falar, portanto, em qualquer das modalidades da prescrição, inexistindo, assim, o alegado constrangimento ilegal.

Diante do exposto, denego o *habeas corpus*.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 138.001-RJ (2009/0106580-2)

Relator: Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP)

Impetrante: Lydio da Hora Santos e outros

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Paciente: Alex Sandro de Paula Roque (preso)

EMENTA

Habeas corpus. Penal. Art. 12 e 14 da Lei n. 6.368/1976. Fuga do réu superveniente à interposição de recurso. Deserção da apelação. Cerceamento de defesa. Súmula n. 347 do STJ. Trânsito em julgado da sentença condenatória. Revisão criminal improvida. Nulidade absoluta. Ausência de preclusão. Prejuízo configurado. Ordem concedida.

1. O conhecimento de recurso de apelação do réu independe de prisão (Súmula n. 347 STJ).

2. Em se tratando de nulidade decorrente violação a princípio constitucional da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, a nulidade absoluta deve ser reconhecida a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, mesmo após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

3. No que diz respeito ao prejuízo, constitui condição diabólica exigir do paciente a demonstração de que o conhecimento de sua apelação lhe traria resultado favorável. Logo o ato cerceador do exercício da ampla defesa, que impede o processamento de recurso tempestivo, causa inexorável prejuízo ao réu.

4. Ordem concedida para cassar o acórdão proferido pelo Tribunal *a quo* em revisão criminal, bem como o *decisum* de primeiro grau que não conheceu do recurso de apelação interposto pelo paciente, para que o apelo seja processado e julgado pela autoridade impetrada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, prosseguindo no julgamento após o voto-vista do Sr. Ministro Haroldo Rodrigues concedendo a ordem de *habeas corpus*, e dos votos dos Srs. Ministros Nilson Naves e Maria Thereza de Assis Moura no mesmo sentido, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE), Nilson Naves e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília (DF), 06 de outubro de 2009 (data do julgamento).

Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP), Relator

DJe 26.10.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP): Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de medida liminar, impetrado em benefício de *Alex Sandro de Paula Roque* contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em tema de revisão criminal, na qual a autoridade impetrada decidiu pela legalidade do *decisum* que julgou deserto o recurso de apelação do paciente, em razão de sua fuga superveniente à interposição do apelo.

Da leitura do autos verifica-se que o ora paciente foi condenado a cumprir pena de 16 (dezesseis) anos de prisão, no regime integral fechado, por violação aos artigos 12 e 14 da Lei n. 6.368/1976, em concurso material.

A sentença condenatória tornou-se pública em 03.09.2002 (fls. 76), o recurso de apelação em favor do ora paciente foi impetrado em 18.10.2002 (fls. 78) e suas razões apresentadas em 29.10.2002 (fls. 81).

No dia 20.01.2003 a serventia informou ao juízo processante que o paciente se evadiu da penitenciária (fls. 111), o que foi confirmado pelo Diretor da Casa de Custódia em 22.04.2003 (fls. 118).

Em razão da notícia da fuga, no dia 30.04.2003 o juízo de direito da 2ª Vara da Comarca de Três Rios-RJ declarou deserta a apelação (fls. 120) do ora paciente. Foi interposto recurso especial que não foi admitido. O subsequente agravo de instrumento interposto contra decisão que inadmitiu o Recurso Especial não teve melhor sorte, de forma que a sentença de primeiro grau transitou em julgado para *Alex Sandro de Paula Roque*, vulgo “*Leleco*”.

Irresignada, a defesa interpôs revisão criminal, julgada no dia 28.09.2005 pelo Tribunal *a quo*, que houve por bem aplicar ao caso concreto a Súmula n. 9 do Superior Tribunal de Justiça e julgar deserta a apelação.

Em 02.06.2009 a defesa impetrou o presente *mandamus* alegando, em síntese, que “o recurso de apelo que não foi conhecido em face de, na época, o paciente encontrar-se revel, deve ser recebido e ter prosseguimento até termo final, pois, segundo entendimento jurisprudencial, o direito ao duplo grau de jurisdição deve ser assegurado, já que é uma garantia do devido processo legal contemplado por princípio expresso na Constituição Interamericana de Direitos Humanos.” (fl. 14)

Requer, assim, em liminar e no mérito, que se conheça do recurso de apelação e se dê prosseguimento ao feito.

A medida liminar foi indeferida a fls 167-168.

Foram dispensada as informações da autoridade impetrada.

O Ministério Público Federal ofereceu parecer, à fls. 177-180, pela denegação da ordem, sob o fundamento de que, tendo-se evadido o réu da carceragem onde estava custodiado, “não há outra providência senão a declaração da deserção do recurso, nos termos do art. 595, do Código de Processo Penal.”

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP) (Relator): A alegação de cerceamento de defesa, em razão do não conhecimento da apelação criminal pela fuga do réu, foi enfrentada pela autoridade apontada como coatora, em revisão criminal, cuja ementa se transcreve, *in verbis*:

Entorpecentes. Associação. Artigos 12, *caput* e 14, ambos da Lei n. 6.368/1976. Desconstituição do *decisum*. Alegação da inconstitucionalidade da norma do artigo 595 do Código de Processo Penal. Nulidade da sentença condenatória. Redução da pena infligida. Impossibilidade. Alteração do regime prisional para o delito tipificado no artigo 14 da Lei n. 6.368/1976. Procedência.

Embora tempestivo o recurso, a fuga do acusado após o recebimento do apelo constitui óbice ao conhecimento do recurso, nos termos expressos do artigo 585, do CPP, devendo pois, ser declarada a deserção e não conhecido o apelo. O artigo 594 do Código de Processo Penal tem sido indigitado de inconstitucionalidade, por

eventualmente afrontar o princípio da não-culpabilidade, e o direito ao duplo grau de jurisdição. A questão hoje encontra-se, contudo, pacificada, frente a Súmula n. 9 do E. STJ, sendo fortíssima a exigência do recolhimento à prisão para recorrer. O Superior Tribunal de Justiça, acompanhando orientação firmada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, entende que o artigo 594 do Código de Processo Penal continua em vigor, uma vez que a Convenção Americana de Direitos Humanos “não assegura, de modo irrestrito, o direito ao réu de recorrer em liberdade”, conforme decidido no RHC n. 9.342, 5ª Turma, DJU 21.02.2000, p. 142. Nulidade da sentença por violação ao princípio do contraditório, não acolhível, sem afronta ao contraditório, com base na prova colhida nas várias fases do processo, inclusive judicial (fls. 592-595). A pena encontra-se devidamente fundamentada, não merecendo qualquer reparo, pois fora aplicada conforme as determinações legais, com integral respeito ao sistema trifásico, e dentro do contexto probatório obedecidos os ditames do artigo 59 do CP no referente à dosimetria. Na aplicação do regime, o crime de tráfico considera-se equiparado aos hediondos e, por conseguinte, sujeito às disposições do § 1º do artigo 2º, da Lei n. 8.072/1990. Não se pode dizer o mesmo do crime de associação para o tráfico, para o qual o regime de cumprimento da pena do mencionado artigo 14 comporta o regime inicial fechado admissível sua ulterior progressão. Por derradeiro, descabe, nesse processo de conhecimento, o reexame da justiça ou não da individualização da pena do autor desta revisão criminal. Prova segura. Procedência parcial do pedido revisional, tão-só para fixar o regime inicial fechado para o cumprimento da pena do artigo 14 da Lei n. 6.368/1976. (fls. 7-8)

Como se vê, o Tribunal *a quo* aplicou a Súmula n. 9 deste Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual “exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência.”

Primeiramente, não posso deixar de registrar que hodiernamente, a questão vem sendo analisada sob outro prisma por esta Casa Julgadora, mormente pós julgamento do HC n. 84.078-MG, de relatoria do Min. Eros Grau, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, que, conforme noticiado no seu Informativo n. 534, decidiu que ofende o princípio da não-culpabilidade a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado do édito condenatório, ressalvada a hipótese de prisão cautelar do réu, desde que presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 312 do Código de Processo Penal.

Ademais, a questão posta a desate não diz respeito a existência de fundamentos para a prisão provisória decorrente da sentença condenatória de primeiro grau. Na realidade, o que se questiona é a possibilidade de conhecimento de recurso interposto por réu que empreendeu fuga do estabelecimento prisional, após a interposição do apelo.

Observo que a matéria, outrora controvertida, atualmente, em atenção ao princípio constitucional da ampla defesa, está pacificada na *Súmula n. 347* deste Superior Tribunal de Justiça, com o seguinte enunciado:

O conhecimento de recurso de apelação do réu, independe de prisão.

Com efeito, o art. 595 do Código de Processo Penal - que declara deserta a apelação por fuga - é próprio de um Diploma Legal que já nasceu obsoleto, praxista, autoritário, bem próprio daquela época, 1941.

Logo, fosse recente o *decisum* que não conheceu da apelação, em razão da fuga superveniente do réu, o presente *habeas corpus*, certamente, não traria maiores controvérsias ou reflexões.

A propósito, confirmam-se os seguintes precedentes:

Processo Penal. *Habeas corpus*. 1. Sentença. Dosimetria da pena. Matéria não apreciada pelo Tribunal *a quo*. Supressão de instância. Ocorrência. *Writ* não conhecido. 2. Fuga. Apelação. Deserção. Constrangimento ilegal. Reconhecimento de ofício. Súmula n. 347 do STJ. 3. Ordem concedida de ofício.

1. Inviável se mostra o conhecimento do *writ* por este Sodalício, sob pena de supressão de instância, tendo em vista que em nenhum momento foi a matéria objeto de apreciação por parte do tribunal *a quo*, seja porque a apelação não foi conhecida, em virtude de estar o paciente foragido, seja porque o *writ* originário restou denegado, ao fundamento de que o remédio heróico não se presta à reavaliação da sentença, após o trânsito em julgado.

2. No Estado Democrático de Direito, identificado pelo respeito ao devido processo legal, não tem lugar a aplicação a disposição dos arts. 594 e 595 do CPP, que obstaculiza a ampla defesa e o duplo grau de jurisdição ao réu foragido. Súmula n. 347 desta Corte. Evidente o constrangimento ilegal, impõe-se a concessão da ordem de ofício por esta Corte.

3. *Writ* não conhecido, porém expedida ordem de ofício, para anular o acórdão que, aplicando a disposição do art. 595 do Código de Processo Penal, deixou de conhecer a apelação interposta pelo paciente, a fim de que se julgue o mérito do recurso (Apelação Criminal n. 26/2.001 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro). (HC n. 66.626-RJ, 6ª Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Dje 13.04.2009)

Apelação (interposição). Fuga do réu (deserção). Duplo grau (garantia). Processamento do recurso (não-condicionamento à prisão).

1. Não se pode condicionar o conhecimento e julgamento do recurso de apelação interposto pela defesa ao recolhimento do réu ao cárcere.

2. Agravo regimental improvido. (AgRg HC n. 68.894-SP, 6ª Turma, Rel. Min. Nilson Naves, Dje 26.05.2008)

Processual Penal. *Habeas corpus*. Roubo circunstanciado. Apelação interposta pela defesa. Fuga do réu. Deserção. Não-prevalência do art. 595 do CPP após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Súmula n. 347-STJ. Ordem concedida.

1. Em virtude do rol de garantias processuais destinadas aos acusados em geral, não pode prevalecer a regra prevista no art. 595 do CPP, uma vez que incompatível com a nova ordem jurídico-constitucional inaugurada em 05.10.1988.

2. O conhecimento do recurso de apelação do réu independe de sua prisão (Súmula n. 347-STJ).

3. Ordem concedida para que, presentes os demais requisitos legais, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo julgue o apelo da defesa, independentemente da fuga do paciente. (HC n. 124.015-SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 18.05.2009)

Portanto, a matéria de fundo não sugere maiores discussões. A única questão que pode eventualmente suscitar alguma celeuma, diz respeito ao momento em a apelação foi considerada deserta, pois, conforme relatado, o não conhecimento da apelação se deu em 30.04.2003 e o presente *writ* foi impetrado em 02.06.2009, após indeferida revisão criminal.

Nesse ponto, ressalto que a violação a princípio constitucional da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, estampado no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, tem por consequência a nulidade absoluta.

Não se ignora que, na atualidade, a jurisprudência tem tornado cada vez mais ténue a diferenciação doutrinária clássica entre nulidade absoluta e nulidade relativa, principalmente quanto à exigência de comprovação de prejuízo e quanto ao momento oportuno para alegar o vício.

Entretanto, entendo que, em se tratando de vício decorrente de infringência a direito fundamental consagrado da Lei Maior, a nulidade absoluta deve ser reconhecida a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, mesmo após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Sobre o tema, confira-se o seguinte julgado:

Agravo regimental no *habeas corpus*. Tráfico de drogas. Leis n. 10.409/2002 e 11.343/2006. Rito procedimental. Inobservância. Defesa prévia. Recebimento da denúncia. Nulidade absoluta.

1. Não obstante a existência de precedentes em sentido contrário à orientação expedida no provimento atacado, não se vislumbram razões que justifiquem o acolhimento da pretensão recursal.

2. Com a ressalva do ponto de vista do Relator, a orientação firmada pela Sexta Turma do Superior Tribunal é no sentido de que configura nulidade absoluta a ausência de notificação para defesa preliminar prevista no art. 38 da Lei n. 10.409/2002.

3. De outra parte, com razão o *parquet* federal ao afirmar que o Tribunal de origem não se pronunciou a respeito da alegada nulidade do processo, por descumprimento da referida exigência legal.

4. Entretanto, como dito na decisão agravada, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, tratando-se de *habeas corpus* impetrado contra decisão proferida em sede de apelação, não há falar em supressão de instância, em face da devolutividade integral da causa à instância superior.

5. Ademais, é certo que as nulidades absolutas não se convalidam com o tempo, ou seja, não se sujeitam à preclusão, podendo ser declaradas de ofício e a qualquer tempo, inclusive após o trânsito em julgado da condenação.

6. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no HC n. 83.112-SP, 6ª Turma, Rel. Min. Og Fernandes, DJe 10.03.2008)

No que diz respeito ao prejuízo, em meu ver, constitui condição diabólica exigir do paciente a demonstração de que o conhecimento de sua apelação lhe traria resultado favorável. Logo, o ato cerceador do exercício da ampla defesa, que impede o processamento de recurso tempestivo, causa inexorável prejuízo ao réu.

Posto isso, *concedo a ordem* para cassar o acórdão proferido pelo Tribunal *a quo* em revisão criminal bem como o *decisum* de primeiro grau que não conheceu do recurso de apelação interposto pelo paciente, para que o apelo seja processado e julgado pela autoridade impetrada.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE): Cuidam os autos de *habeas corpus* deduzido em favor de Alex Sandro de Paula Roque, apontada como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Busca a impetração assegurar ao paciente o direito de ver apreciado seu recurso de apelação.

Indeferida a liminar e dispensadas as informações, o parecer da Subprocuradoria-Geral da República é pelo indeferimento do pedido.

O Desembargador Convocado do TJ-SP Celso Limongi, relator, concede a ordem.

Para melhor exame, pedi vista dos autos.

O paciente foi condenado, juntamente com outras pessoas, como incurso nos arts. 12 e 14, ambos da Lei n. 6.368/1976, em concurso material, a 16 anos de reclusão, a serem cumpridos integralmente em regime fechado, negado o direito de apelar em liberdade, anotando o magistrado:

Nego aos acusados o direito de apelarem em liberdade, tendo em vista o disposto no § 2º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990. Recomendem-se os acusados André e Alex na prisão. Expeça-se mandado de prisão em relação ao acusado Rodrigo. Merece registro que os motivos da prisão preventiva se encontram presentes, nos termos do art. 312 do CPP, principalmente no que tange à aplicação da lei penal, já reconhecida nesta sentença condenatória. (fl. 74)

Interposta apelação pela defesa, não foi recebida pelo Juiz de primeiro grau, nestes termos:

O ofício de fls. 753 noticia que o acusado Alex Sandro de Paula Roque se evadiu após ter apelado. Diante disso nos termos do art. 595 do CPP, declaro deserta a apelação. (fl. 119)

Transitado em julgado a referida decisão, a defesa ajuizou revisão criminal, tendo o Tribunal de origem, por unanimidade de votos, julgado parcialmente procedente o pedido apenas para fixar o regime fechado para o início do cumprimento da sanção corporal, com relação ao crime do art. 14 da Lei n. 6.368/1976. No entanto, quanto à deserção, anotou:

Embora tempestivo o recurso, a fuga do acusado após o recebimento do apelo constitui óbice ao conhecimento do recurso, nos termos expressos do artigo 585, do CPP, devendo pois, ser declarada a deserção e não conhecido o apelo. O artigo 594 do Código de Processo Penal tem sido indigitado de inconstitucionalidade, por eventualmente afrontar o princípio da não-culpabilidade, e o direito ao duplo grau de jurisdição. A questão hoje encontra-se, contudo, pacificada, frente a Súmula n. 9 do E. STJ, sendo fortíssima a exigência do recolhimento à prisão para recorrer. O Superior Tribunal de Justiça, acompanhando orientação firmada

pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, entende que o artigo 594 do Código de Processo Penal continua em vigor, uma vez que a Convenção Americana de Direitos Humanos “não assegura, de modo irrestrito, o direito ao réu de recorrer em liberdade”, conforme decidido no RHC n. 9.342, 5ª Turma, DJU 21.02.2000, p. 142. (fl. 155)

Daí o presente *writ*, pretendendo que Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro conheça do apelo interposto pelo paciente, apreciando o mérito da questão.

O acórdão atacado mostra-se em evidente confronto com o atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual não é possível condicionar o conhecimento da apelação ao recolhimento do réu à prisão, sob pena de violação dos princípios da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição.

A propósito:

A - Habeas corpus. Processo Penal. Latrocínio. Admissibilidade da apelação do réu. Desnecessidade de recolhimento à prisão. Decreto prisional sem motivação concreta. Art. 312 do CPP. Ordem concedida.

1. O recebimento da apelação do réu prescinde do seu recolhimento à prisão. Prevalece o princípio constitucional do duplo grau de jurisdição à exigência procedimental prevista no art. 594 do CPP. Precedente do STF (HC n. 88.420-PR, Primeira Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ de 08.06.2007).

2. Sabe-se que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, envolvendo controle incidental de constitucionalidade de ato normativo, têm seus efeitos limitados às partes que figuram na relação processual em exame, não alcançando terceiros. Entretanto, essas decisões, quando, necessariamente, implicam juízo sobre a validade da norma legal aplicada ao caso concreto, acabam por alcançar outras situações jurídicas semelhantes, por força dos princípios da igualdade e da segurança jurídica, com inevitável extensão dos seus efeitos, uma vez que, afastado determinado ato normativo por contrariedade à Constituição, indiscutível é o reconhecimento de sua inaptidão para incidência em qualquer situação, inclusive pretérita.

3. A necessidade de recolhimento do réu à prisão durante o processamento de sua apelação deve estar devidamente motivada, sendo insuficiente a mera consideração acerca do caráter hediondo ou da gravidade do delito.

4. Ordem concedida para afastar a exigência do recolhimento do réu a prisão para o conhecimento de sua apelação e para anular o decreto de prisão cautelar por vício de fundamentação, sem prejuízo de expedição de nova ordem, desde que atendidos, *in concreto*, os pressupostos contidos no art. 312 do CPP.

(HC n. 68.159-SP, Relator o Ministro *Arnaldo Esteves Lima*, DJU de 05.11.2007)

B - Processo Penal. *Habeas corpus*. (1) Fuga. Apelação. Deserção. Constrangimento. Reconhecimento de ofício. (2) Prévia ordem não conhecida. Constrangimento ilegal. Conhecimento nesta instância. Impossibilidade.

1. No Estado Democrático de Direito, identificado pelo respeito ao devido processo legal, não tem lugar a aplicação a disposição do art. 595 do CPP, que obstaculiza a ampla defesa e o duplo grau de jurisdição ao réu foragido.

2. Assegurado o processamento da apelação, garante-se a apreciação da matéria objeto do prévio *writ*.

3. Não tendo sido conhecida a prévia ordem, não é dado a este Tribunal da matéria, sob pena de indevida supressão de instância.

4. *Writ* não conhecido e ordem, de ofício, concedida para anular a decisão que aplicou a disposição do art. 595 do Código de Processo Penal, a fim de que se julgue a apelação do paciente (Apelação Criminal n. 1.757/01, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro).

(HC n. 65.458-RJ, Relatora a Ministra *Maria Thereza de Assis Moura*, DJU de 24.09.2007)

A matéria foi, inclusive, sumulada pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, DJe de 29.04.2008, Enunciado n. 347, *verbis*:

O conhecimento de recurso de apelação do réu independe de sua prisão.

Por outro lado, tratando o caso de ofensa ao princípio constitucional da ampla defesa, a arguição de nulidade pode ser feita a qualquer tempo, ainda que já tenha transitado em julgado a sentença penal condenatória.

Confirmam-se os seguintes precedentes desta Corte:

A - Processual Penal. *Habeas corpus*. Tentativa de homicídio. Defesa apenas formal. Prejuízo evidenciado ao réu. Nulidade absoluta que pode ser conhecida a qualquer tempo. Anulação do processo. Necessidade. Ordem concedida.

1- A defesa meramente formal não satisfaz o princípio da ampla defesa e constitui inarredável nulidade e desde que seja demonstrado prejuízo ao réu pode ser reconhecida a qualquer momento, mesmo após o trânsito em julgado da condenação.

2 - Ordem concedida.

(HC n. 88.934-PB, Relatora a Desembargadora convocada do TJ-MG *Jane Silva*, DJe de 10.03.2008)

B - Habeas corpus. Processo Penal. Dois homicídios duplamente qualificados. Ausência de intimação pessoal do defensor dativo da pauta de julgamento do recurso de apelação. Nulidade absoluta. Trânsito em julgado afastado. Ordem concedida.

1. A teor dos arts. 5º, § 5º da Lei n. 1.060/1950 (acrescido pela Lei n. 7.871/1989), 370, § 4º do CPP e 128 da LC n. 80/1994, é prerrogativa da Defensoria Pública, ou de quem lhe faça às vezes, a intimação pessoal para todos os atos do processo, sob pena de nulidade absoluta por cerceamento de defesa.

2. O trânsito em julgado da condenação e a demora na alegação da nulidade, *in casu*, não convalidam o julgamento nem tornam preclusa a impugnação.

3. O MPF manifesta-se pela concessão da ordem.

4. Ordem concedida, para, afastado o trânsito em julgado, determinar a renovação do julgamento do Recurso de Apelação, observada a prerrogativa processual do Defensor Dativo, de ser intimado pessoalmente.

(HC n. 88.258-SP, Relator o Ministro *Napoleão Nunes Maia Filho*, DJe de 10.03.2008)

E do Supremo Tribunal Federal:

Habeas corpus. Sentença condenatória. Nulidade processual absoluta. Coisa julgada. Irrelevância. Conhecimento e concessão. Prevalência da tutela constitucional do direito individual da liberdade. Precedentes. O *habeas corpus* constitui remédio hábil para arguição e pronúncia de nulidade do processo, ainda que já tenha transitado em julgado a sentença penal condenatória. 2. Recurso criminal. Apelação. Interposição pelo representante do Ministério Público. Impugnação a decisão do Tribunal do Júri. Limitação ao capítulo da sentença que absolveu o réu do delito de porte de arma. Alcance determinado pelo teor das razões tempestivas. Revisão da absolvição por homicídio tentado. Inadmissibilidade. Caso de apelação parcial. Anulação do acórdão. HC concedido para esse fim. Precedentes. Aplicação do princípio *tantum devolutum, quantum appellatum*. O alcance de apelação contra decisão do Tribunal do Júri pode ser determinado pelo teor das suas razões tempestivas.

(HC n. 93.942-2-RS, Relator o Ministro *Cezar Peluzo*, DJe de 1º.08.2008)

Ante o exposto, acompanhando a relator, concedo o *habeas corpus*.

É como voto.

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 13.546-MA
(2001/0097052-2)**

Relator: Ministro Og Fernandes

Recorrente: Afrânio Costa Ribeiro

Advogado: Nonnato Masson Filho e outro(s)

T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão

Impetrado: Comissão Central de Concurso

Impetrado: Gerente de Administração e Modernização do Estado do Maranhão

Impetrado: Procurador Geral do Estado do Maranhão

Impetrado: Gerente de Receita do Estado do Maranhão

Impetrado: Gerente de Justiça Segurança Pública e Cidadania do Estado do Maranhão

Recorrido: Estado do Maranhão

Procurador: Silvia Abreu e outro(s)

EMENTA

Recurso ordinário em mandado de segurança. Administrativo. Concurso público. Exclusão de candidato, em virtude de ação penal contra ele instaurada. Ofensa ao princípio constitucional da presunção de inocência. Art. 5º, inc. LVII, da CF/1988.

1. O Supremo Tribunal Federal formou compreensão segundo a qual: “Viola o princípio constitucional da presunção da inocência, previsto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, a exclusão de candidato de concurso público que responde a inquérito ou ação penal sem trânsito em julgado da sentença condenatória”. (*AgRg no RE n. 559.135-DF, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 12.06.2008*)

2. Seguindo a mesma linha de raciocínio, em acórdão relatado pela em. Ministra Maria Thereza de Assis Moura nos autos do Recurso em Mandado de Segurança n. 11.396-PR (DJe 03.12.2007), asseverou este Superior Tribunal de Justiça que: “Por força do disposto no artigo 5º, inc. LVII, da CR/1988, que não limita a aplicação do

princípio da presunção de inocência ou da não-culpabilidade ao âmbito exclusivamente penal, também na esfera administrativa deve ser referido princípio observado”.

3. Desse modo, incorre em manifesta inconstitucionalidade o ato que, por motivos de inidoneidade moral lastreados na existência de ação penal, afastou o impetrante do concurso de que participava, impedindo-o de prosseguir nas etapas restantes.

4. Registre-se, por necessário, que, no caso específico dos autos, subsiste nos autos a comprovação de que a referida ação penal foi julgada, tendo o juízo criminal proclamado a absolvição do impetrante, sem qualquer insurgência recursal do Ministério Público.

5. Sendo assim, como bem pontuou o em. Ministro Marco Aurélio de Mello, ao relatar o Recurso Extraordinário n. 194.872-8-RS (DJ 02.02.2001), *“Vê-se, portanto, o quanto é sábia a cláusula constitucional que reflete a presunção do ordinário, ou seja, da ausência de culpa”*.

6. Recurso em mandado de segurança a que se dá provimento, para conceder a ordem e, nessa medida, garantir ao impetrante a participação nas restantes etapas do concurso público a que se submeteu, devendo a Administração providenciar os atos necessários a esse propósito.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP), Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE), Nilson Naves e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

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

Ministro Og Fernandes, Relator

DJe 30.11.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Og Fernandes: Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por *Afrânio Costa Ribeiro*, com fundamento no art. 105, inc. II, **b**, da Constituição da República, contra acórdão proferido, por maioria (fl. 102), pelas Câmaras Cíveis Reunidas do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, assim ementado (fl. 95):

Administrativo. Mandado de segurança. Concurso público. Agente de Polícia Civil. Investigação social. Exigência editalícia de conduta irrepreensível e idoneidade moral inatacável. Eliminação de candidato.

Lícita é a exigência, feita em edital de concurso público para o cargo de agente de polícia civil do Estado, que o candidato possua conduta irrepreensível e idoneidade moral inatacável, a serem verificadas mediante investigação social de caráter eliminatório em todas as etapas do certame até a posse do concorrente.

Mandado de segurança denegado.

Os fatos estão assim delineados pelo impetrante (fls. 114-115):

O recorrente, candidato ao cargo de Agente de Polícia Civil do Estado do Maranhão, logrou êxito em diversas etapas do certame, sendo que, quando já freqüentando o Curso de Formação de Agente e Escrivão de Polícia Civil do Estado, fora eliminado do concurso, por determinação da Comissão Central do concurso, formada pela Procuradora-Geral do Estado e pelos Gerentes de Estado (antigos Secretários) de Administração e Modernização, da Receita Estadual e de Justiça, Segurança Pública e Cidadania (...).

Informa o interessado que o ato da referida Comissão: “(...) fundou-se no argumento de que não possuiria procedimento irrepreensível nem idoneidade moral para ocupar o cargo pleiteado, por haver contra si instaurados um inquérito policial e um procedimento administrativo, ambos no ano de 2000, relativos a fatos ocorridos em 1990, no exercício do cargo de agente penitenciário, ainda a atual ocupação do recorrente”.

Do ponto de vista do impetrante, o ato indigitado fere direito líquido e certo de sua titularidade, notadamente porque: “Se não há condenação transitada em julgado, a presunção é de inocência, garantia constitucional aplicável, também, na esfera administrativa” (fl. 115).

Salienta, outrossim, que, conquanto tenha ajuizado mandado de segurança contra o ato em tela, a Corte de origem, decidindo pela improcedência da

impetração, violou o disposto no art. 5º, inc. LVII, da Constituição da República, vindo a ocasionar: “(...) imensurável prejuízo ao direito do recorrente, que, não obstante tenha preenchido todos os requisitos legais para participar do certame, fora injustamente excluído (...)” (fl. 116).

A seu ver, o julgado consubstancia impropriedade, na medida em que os resultados colhidos pela investigação social, desprovidos do grau de certeza, não poderiam prevalecer em relação às mencionadas disposições constitucionais (fl. 118). Neste diapasão, acentua que: “(...) em momento algum, pode ou deve configurar como legal a inaptidão de alguém que a própria norma constitucional trata como inocente, por fato que a própria investigação policial não pode determinar como verdadeira ou não, até pelo caráter inquisitorial e informativo da peça policial (...)”.

Com base nessas considerações, pede o provimento do recurso ordinário, a fim de que lhe seja restabelecido o direito de participar do curso de formação de Agente e Escrivão de Polícia Civil do Estado do Maranhão.

Contrarrazões apresentadas pelo Estado do Maranhão às fls. 125-130. Em seu memorial, argúi o recorrido a preliminar de intempestividade do apelo. No mérito, pugna pela improcedência das razões do impetrante.

Admitido o recurso na origem, os autos ascenderam a este Tribunal.

O parecer do Ministério Público Federal é pelo não provimento do recurso (fls. 137-140).

Em sucessivo, o impetrante requereu a juntada da certidão de trânsito em julgado da sentença criminal absolutória, bem assim de inexistência de procedimento criminal instaurado contra o recorrente (fls. 143-147).

Intimado o recorrido acerca da aludida documentação, este se pronunciou nos seguintes termos (fls. 159-160):

Conquanto tenha os documentos a presunção de legitimidade, por serem autenticados em cartório, eles não servem para infirmar os fundamentos do acórdão recorrido. A sentença absolutória foi dada no âmbito penal, subsistindo a sua exclusão do concurso por decisão no âmbito administrativo.

(...)

Portanto, não faz coisa julgada a sentença criminal, no âmbito administrativo, quando absolver o Réu com base na inexistência de provas, como se infere dos documentos de fl. 145 dos autos.

Diante da preliminar arguida pelo Estado do Maranhão, foi determinada a intimação do recorrente, para que este trouxesse aos autos a comprovação da prorrogação do prazo, na origem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Og Fernandes (Relator): Sr. Presidente, analiso, inicialmente, a preliminar de intempestividade do recurso arguida pelo Estado do Maranhão, ora recorrido.

Segundo as contrarrazões estaduais (fls. 126-127), o acórdão recorrido foi publicado no Diário Oficial do Estado do Maranhão em 30 de maio de 2001 (quarta-feira), de modo que o prazo para o oferecimento do recurso ter-se-ia expirado em 15 de junho seguinte (sexta-feira), em virtude de feriado nacional ocorrido em 14 de junho.

Acrescenta aludida pessoa jurídica de direito público que, não obstante tais circunstâncias, o recurso em tela só foi protocolizado em 18 de junho de 2001, segunda-feira (fl. 113), fora do prazo, portanto.

O recorrente, por sua vez, aduz, em seu memorial, que, apesar de o prazo para a interposição do apelo expirar-se em 14 de junho de 2001, houve, na espécie, prorrogação automática para 18 de junho seguinte, tendo em vista a inexistência de expediente no Tribunal de origem na data do vencimento, não apresentando, todavia, comprovação efetiva dos fatos por ele salientados.

Em razão da mencionada controvérsia, e invocando precedente da relatoria da em. Ministra Maria Thereza de Assis Moura (nos Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 332.471-SP, DJe 17.08.2009), determinei a intimação do recorrente para que este promovesse a comprovação de que não teria havido expediente na Corte de origem na data em que o prazo para a interposição do presente recurso teria encerrado (fls. 162-167).

A diligência foi cumprida e, na forma da certidão coligida à fl. 176, de fato, não houve expediente forense nos dias 14 e 15 de junho de 2001, o que, a teor da legislação processual aplicável, enseja reconhecer a prorrogação automática do prazo para o oferecimento deste apelo, de forma que não é tardia a interposição 18 de junho de 2001 (fl. 113), visto se tratar do primeiro dia útil seguinte ao mencionado recesso.

Com base nessas considerações, rejeito a preliminar de intempestividade arguida pelo Estado do Maranhão, conhecendo do recurso, haja vista que os demais requisitos de admissibilidade se encontram presentes.

Versam os autos, na origem, sobre mandado de segurança impetrado contra ato do Presidente da Comissão Central de Concurso do Estado do Maranhão e seus demais membros, consubstanciado na eliminação do impetrante do concurso público para o cargo de Agente de Polícia, regulamentado pelo Edital n. 001/97.

Aduz o impetrante que, após obter êxito em diversas etapas do referido certame, estando, inclusive, na altura, frequentando o Curso de Formação Profissional promovido pela Academia de Polícia Civil do Estado do Maranhão, foi eliminado do concurso, por ato exarado pelas autoridades acima apontadas, ao argumento de que o mesmo não possuía procedimento irrepreensível nem idoneidade moral para ocupar o cargo pleiteado, porquanto estaria respondendo a inquérito policial e a processo administrativo disciplinar.

O interessado, todavia, contesta a decisão proferida pela Comissão Central, por divisar caracterizada ofensa a direito líquido e certo seu, notadamente o princípio do estado de inocência, consagrado no art. 5º, inc. LVII, da Constituição da República.

Nessa esteira, salienta que não havia, ainda, sentença penal condenatória transitada em julgado, mas, apenas, um inquérito policial e um procedimento administrativo disciplina, ambos em tramitação, à época do ato de exclusão.

Destaca, por fim, que os fatos objeto da apuração policial e administrativa ocorreram em 3 de junho de 1990, no entanto referidos procedimentos só tiveram início no ano de 2000, de forma que estaria configurada, na espécie, a prescrição da pretensão punitiva. No particular, assevera que: “Dadas essas circunstâncias, patente é a conclusão: o Impetrante não pode sofrer os efeitos de um inquérito policial e de um processo administrativo que apuram supostos fatos sobre os quais já se operou a prescrição” (fl. 9).

Por outro lado, de acordo com a peça informativa da lavra dos impetrados, o edital do concurso previa que os candidatos seriam submetidos a uma investigação social, de caráter eliminatório, que seria realizada durante todo o transcurso do certame.

Sendo assim e diante da constatação de que o impetrante respondia a procedimento administrativo disciplinar e a ação penal como incurso no art.

317, § 1º, do CP (corrupção passiva), a referida Comissão decidiu excluí-lo, com base no Capítulo XIV, itens 3 e 6 do Edital, principalmente pela natureza dos fatos a ele imputados e que se encontram assim descritos na peça de denúncia (fls. 43-44):

Consoante apurado pelo Procedimento Investigatório no qual se arrima a presente denúncia, consta que os denunciados receberam vantagem indevida para facilitarem a fuga do preso *Josiel de Sousa Salgado*, vulgarmente conhecido por “Gel”, já falecido, fato esse ocorrido no interior da Delegacia do Sétimo Distrito Policial, atualmente, Delegacia de Homicídios, na madrugada do dia 04 de junho do ano de 1990, por volta da 1h30, aproximadamente.

Convém frisar que o denunciado *Afrânio Costa Ribeiro* recebeu, como recompensa, previamente combinada, um automóvel tipo VW Fusca, de cor clara, cuja entrega foi feita pela Sr.^a Maria Antônia Brandão Salgado, esposa do Gel, à época (...).

Ainda, segundo os impetrados: “No caso dos autos, também não existe incompatibilidade. É que não há uma correlação necessária entre ausência de condenação (penal ou administrativa) e conduta irrepreensível, ou seja, o candidato pode jamais ter sofrido uma condenação e sua conduta ser considerada inadequada para exercer o cargo a ser preenchido” (fls. 33-34).

Acentuam, outrossim, que: “(...) contratar pessoa que se encontra respondendo a ação penal, logo, desprovida de conduta ilibada, configuraria não só um contra-senso, como também, uma irresponsabilidade da Administração Pública”.

Por fim, no que tange à prescrição, afirmam que ela não tem o condão de fazer desaparecer os crimes imputados ao impetrante, muito menos de transformá-lo em pessoa de conduta irrepreensível e idoneidade moral inatacável.

Para a maioria dos Desembargadores que integraram o julgamento, na origem, a prescrição, ao tempo do acórdão, ainda não se achava consumada, de forma que a tese inicial não poderia prevalecer por esse motivo. Na mesma linha, afirmaram os julgadores estaduais que o edital prevê a regra da submissão do candidato a uma investigação social, cujos resultados, se contrários aos interesses da admissão, poderiam levar à exclusão do candidato.

A final, ponderou o Tribunal de Justiça que: “(...) quem está respondendo a uma ação penal não pode ser considerado como pessoa de conduta irrepreensível, isso porque, antecedendo ao ajuizamento da ação, existiu um inquérito policial,

no qual restaram comprovados indícios suficientes da autoria e da materialidade do delito que lhe foi atribuído” (fl. 99).

Divergindo do posicionamento da maioria, o Des. Raymundo Liciano de Carvalho fez constar, em suas razões de decidir, que (fl. 108): “Se não há condenação judicial transitada em julgado, a presunção é de inocência, garantia constitucional aplicável também na esfera administrativa”. Ademais (fl. 110):

Portanto, é com base no princípio constitucional da inocência (art. 5º, LVII, CR), desdobração do devido processo legal, que, divergindo da doura maioria, entendo que a sentença deve ser concedida para garantir ao impetrante a participação no restante das etapas do concurso público a que se submeteu, dele só podendo ser excluído na hipótese da superveniência de sentença penal condenatória que lhe impeça, temporariamente, o exercício do cargo ou da função para o qual concorreu e foi habilitado (art. 47, I, CP).

Posteriormente à interposição do recurso (em abril de 2002), o impetrante/recorrente traz a lume cópia da sentença penal absolutória relativa à ação instaurada contra o impetrante (fls. 143-145), acompanhada da respectiva certidão de trânsito em julgado (fl. 147), bem assim da certidão negativa expedida pelo Cartório de Distribuição da Comarca de São Luís-MA (fl. 146).

A mencionada documentação foi aceita por este Relator, visto enquadrar-se no disposto no art. 517 do CPC, notadamente porque, interposto o recurso em tela em 18 de junho de 2001, os referidos documentos só foram emitidos, inclusive a sentença, no ano de 2002 (fls. 145-147).

De acordo com a parte final da sentença penal, assim se manifestou o Juízo de primeiro grau (fl. 145), *in verbis*:

(...) diante do quadro probatório dos autos, resta uma grande dúvida quanto à participação dos acusados, posto que negam a prática delituosa e a acusação louva-se apenas nas declarações da viúva.

Por isso, *julgo* improcedente a denúncia, para absolver os acusados *Afrânio Costa Ribeiro* e *Geordano Barroso Ramos*, qualificados nos autos, por não existir prova suficiente para a condenação, nos termos do art. 386, inc. VI, do Código de Processo Penal.

Intimado para se manifestar em relação aos documentos trazidos após a interposição do recurso, o Estado do Maranhão afirmou que:

No caso, a instância penal não prevalece sobre a instância administrativa, como parece pretender o Recorrente com a juntada dos documentos. A única

exceção da prevalência do juízo penal sobre o administrativo é quando aquele absolve o Réu, declarando a inexistência da materialidade do delito ou negando a autoria. Na espécie, verifica-se que a sentença criminal não absolve o Recorrente com base em nenhum desses dois fundamentos. Portanto, não faz coisa julgada a sentença criminal, no âmbito administrativo, quando absolver o Réu com base na inexistência de provas, como se infere dos documentos de fl. 145 dos autos.

Com esses esclarecimentos, passo a analisar a questão posta a julgamento.

Tenho que a irresignação merece ser acolhida.

Examinando hipóteses semelhantes à presente, o Superior Tribunal de Justiça assentou a compreensão de que o postulado da presunção de inocência não tem aplicação exclusiva à seara penal, incidindo, também, na esfera administrativa.

Nesse sentido:

Recurso ordinário. Mandado de segurança. Administrativo. Concurso público. Ausência de nomeação de candidato, réu em ação penal, por inidoneidade moral. Ofensa ao princípio constitucional da presunção de inocência. Nomeação de aprovados em classificação inferior à do impetrante. Ausência de litisconsórcio necessário. Desnecessidade de citação dos candidatos. Não-cabimento de anulação de suas nomeações.

1. Por força do disposto no artigo 5º, inc. LVII, da CR/1988, que não limita a aplicação do princípio da presunção de inocência ou da não-culpabilidade ao âmbito exclusivamente penal, também na esfera administrativa deve ser referido princípio observado.

2. Incorre em flagrante inconstitucionalidade a negativa de nomeação, por inidoneidade moral, de aprovado em concurso público com base na apresentação de certidão positiva que indicava sua condição de parte no pólo passivo de ação penal em curso.

(...)

4. Recurso ordinário provido em parte. Nomeação do impetrante no cargo de Auxiliar Judiciário PJ-I ou, em caso de sua transformação, no cargo atualmente correspondente. (RMS n. 11.396-PR, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 03.12.2007)

Administrativo. Servidor público. Concurso público. Investigação social. Exclusão de candidato em razão de processo criminal já extinto pela prescrição retroativa. Impossibilidade. Princípio da presunção de inocência. Recurso especial conhecido e improvido. 1. Em observância ao princípio da presunção de inocência – art. 5º, LVII, da Constituição Federal, não se admite, na fase de investigação

social de concurso público, a exclusão de candidato em virtude de processo criminal extinto pela prescrição retroativa. Tal fato não tem o condão de afetar os requisitos de procedimento irrepreensível e idoneidade moral. 2. Recurso especial conhecido e improvido. (REsp n. 414.933-PR, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJ 1º.08.2006)

Processual Civil e Administrativo. Recurso especial. Limites normativos. Apreciação de matéria constitucional. Inadequação da via eleita. Concurso público. Investigação social. Candidato processado. Prescrição. Presunção de inocência. Precedentes. I - É vedado a esta Corte, em sede de recurso especial, adentrar ao exame de pretensa violação a dispositivos constitucionais, cuja competência encontra-se adstrita ao âmbito do Supremo Tribunal Federal, conforme prevê o art. 102 da Carta Magna, ao designar o Pretório Excelso como seu Guardião. Neste contexto, a pretensão trazida no especial exorbita seus limites normativos, que estão precisamente delineados no art. 105, III da Constituição Federal. II - Consoante já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça, o simples fato de o candidato haver sido investigado em inquérito policial posteriormente arquivado ante a ocorrência da extinção da punibilidade pela prescrição, não pode ser considerado como desabonador de sua conduta, sem maior detalhamento, de forma impedir sua participação no concurso público, sob pena de ofensa ao princípio da presunção de inocência. Precedentes. III - Agravo interno desprovido. (AgRg no Ag n. 463.978-DF, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ 04.08.2003)

Processual Civil e Administrativo. Concurso público. Polícia Civil do Distrito Federal. Agente penitenciário. Investigação social. Candidato processado. Prescrição. Presunção de inocência. Recurso especial. Não conhecimento. Dissídio não caracterizado. Art. 255 do RISTJ. I – O simples fato do candidato ter sido processado, há anos, pela prática de crime de porte ilegal de entorpecentes, sendo que foi extinta sua punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, não pode ser considerado como desabonador de sua conduta, sem maior detalhamento, a ponto de impedir sua participação no concurso público, sob pena de ofensa ao princípio da presunção de inocência. II – Para caracterização do dissídio, indispensável que se faça o cotejo analítico entre a decisão reprochada e os paradigmas invocados. III – A simples transcrição de ementas, sem que se evidencie a similitude das situações, não se presta para demonstração da divergência jurisprudencial. Recurso não conhecido. (REsp n. 327.856-DF, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 04.02.2002)

Ao que se extrai dos autos, quando da exclusão do impetrante, não havia sentença penal condenatória transitada em julgado, mas, apenas, a instauração da ação penal.

Desse modo, como bem pontuou o voto divergente proferido pelo Des. Raymundo Liciano de Carvalho (fl. 108):

Segundo as informações das autoridades impetradas (fls. 32-38) e a defesa apresentada pelo Estado do Maranhão, na qualidade de litisconsorte (fls. 67 a 73), após a investigação social, a que todos os candidatos se submeteram durante todo o transcurso do certame, de acordo com o Edital n. 001/97, capítulos XII, item I e XIV, itens 3 e 6, foi constatado que o impetrante responde à ação penal e a processo administrativo disciplinar, circunstâncias que denotariam conduta inadequada para o exercício do cargo de Agente de Polícia, que exige “conduta irrepreensível e idoneidade moral inabalável”. E concluem que, mesmo na hipótese da prescrição dos ilícitos, tese defendida pelo impetrante, os crimes e seus efeitos não desaparecerão, tampouco tornará o beneficiário pessoa de “conduta irrepreensível e idoneidade moral inatacável”, sendo a prescrição “relevante apenas em relação ao direito de ação”.

Ora, assim colocada a questão, a presunção de inidoneidade do candidato, indiciado em processo criminal e respondendo a processo administrativo disciplinar, ambos em andamento, impõe, antes do trânsito em julgado, por que não dizer, sem o devido processo legal, a pena perpétua de proibição do exercício do cargo, função ou atividade pública (art. 47, I, CP).

Se não há condenação judicial transitada em julgado, a presunção é de inocência, garantia constitucional aplicável também na esfera administrativa.

De fato, impõe reconhecer que, pelo princípio da presunção da inocência, se estabelece, como garantia, a proibição de restrições antecipadas a direitos do acusado, em razão de se encontrar a responder ação judicial, exceto a imposição de restrições e deveres indispensáveis à preservação da integridade da própria ação, ou da ordem pública, que não vem a ser o caso debatido nos autos.

Cumprido, também, mencionar que a afirmação da culpa sem que os procedimentos processuais próprios à investigação se delineiem e se completem significa reconhecer a desnecessidade do processo penal, a considerar a possibilidade de as penas serem aplicadas antecipadamente. Nesse diapasão, não é possível asseverar que as razões expostas pela Administração possam mitigar a presunção de inocência, porquanto estaríamos a violar genuínas liberdades fundamentais e, com isso, comprometendo todo o sentido da ordem constitucional.

Seguindo a mesma esteira de posicionamento, anatem-se os seguintes arestos emanados do Excelso Pretório, *in verbis*:

Constitucional. Administrativo. Concurso público. Polícia Militar. Candidato. Eliminação. Investigação social. Art. 5º, LVII, da CF. Violação. I - Viola o princípio

constitucional da presunção da inocência, previsto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, a exclusão de candidato de concurso público que responde a inquérito ou ação penal sem trânsito em julgado da sentença condenatória. Precedentes. II - Agravo regimental improvido. (AgRg no RE n. 559.135-DF, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 12.06.2008)

Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Recurso que não demonstra o desacerto da decisão agravada. 3. Concurso público. Polícia Militar. Candidato respondendo a ação penal. Exclusão do certame. Violação ao princípio da presunção da inocência. 4. Ausência de prequestionamento quanto aos demais artigos suscitados. Incidência das Súmulas n. 282 e 356 do STF. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no RE n. 487.398-MS, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJ de 30.06.2006)

Ainda em relação aos precedentes da Suprema Corte, oportuno referir o acórdão proferido no Recurso Extraordinário n. 194.872-8-RS (DJ 02.02.2001), de relatoria do em. Ministro Marco Aurélio de Mello, assim ementado:

Concurso público. Capacitação moral. Processo. Crime em andamento. Surge motivado de forma contrária à garantia constitucional que encerra a presunção da não-culpabilidade ato administrativo, conclusivo quanto à ausência de capacitação moral, baseado, unicamente, na acusação e, portanto, no envolvimento do candidato em ação penal.

Do aludido julgado, cabível, ainda, trazer a lume o exame realizado por S. Exa., quanto aos fundamentos da garantia constitucional em tela, *in verbis*:

De duas, uma: ou se confere eficácia, em que pese à garantia constitucional, à simples imputação, caminhando-se para a presunção do excepcional, ou seja, do envolvimento do acusado, ou parte-se para a homenagem à Carta da República, dando-lhe a eficácia que lhe é própria. Conforme ressaltado, a motivação do ato administrativo foi única, muito embora formalizada sob o ângulo da falta de capacitação moral: estaria o Recorrente a responder processo na Justiça Militar do Estado, tendo em conta envolvimento em delito ocorrido à época em que integrava a corporação policial militar como soldado (...). Vale frisar que, julgada a apelação do Estado em 9 de novembro de 1994, em 18 imediato veio a ser o ora Recorrente julgado pelo Conselho Permanente de Justiça, sendo, à unanimidade de votos, absolvido, juntamente com os demais denunciados. Essa absolvição veio a transitar em julgado em 2 de fevereiro de 1995. Vê-se, portanto, o quanto é sábia a cláusula constitucional que reflete a presunção do ordinário, ou seja, da ausência de culpa. - grifos acrescidos

Registre-se, por necessário, que, no caso específico dos autos, o impetrante foi absolvido, por ausência de provas, das imputações assacadas contra ele, não havendo, sequer, a interposição de recursos contra a referida sentença absolutória, por parte do Ministério Público.

Ante o exposto, *dou provimento* ao recurso ordinário para conceder a segurança e, nessa medida, garantir ao impetrante a participação nas restantes etapas do concurso público a que se submeteu, devendo a Administração providenciar os atos necessários a esse propósito.

Assim é como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 578.585-PA (20030140515-5)

Relator: Ministro Og Fernandes

Recorrente: Ministério Público do Estado do Pará

Recorrido: Mário José Onofre dos Santos Toutenge

Advogado: Francisco Brasil Monteiro e outro(s)

EMENTA

Recurso especial. Arts. 121, *caput*, e 125, ambos do Código Penal. Recurso em sentido estrito. Pronúncia. Dúvida se o óbito da vítima seria ou não resultado de um crime ou de um lamentável acidente de carro. Ofensa ao art. 408 do Código de Processo Penal (atual art. 413 do CPP, com a redação dada pela Lei n. 11.689/2008). Existência de duas versões sobre os fatos. Laudo pericial e indícios de autoria. Competência do Tribunal do Júri.

1. De ressaltar que a questão posta no recurso especial é meramente jurídica, visto que “a reavaliação da prova ou de dados explicitamente admitidos e delineados no decisório recorrido não implica no vedado reexame do material de conhecimento.” (REsp n. 878.334-DF, Relator Ministro Felix Fischer, DJ 26.02.2007)

2. No caso, o cotejo entre os votos vencedores e o voto vencido do acórdão recorrido evidencia de pronto que a solução adotada, por maioria, pelo Tribunal de origem, violou o art. 408 do Código de Processo Penal (atual art. 413 do CPP, com a redação dada pela Lei n. 11.689/2008).

3. Ora, se voto vencido e vencedor conseguem detectar versões antagônicas a respeito dos fatos, uma das quais incompatível com a tese de que a morte teria sido acidental, o Tribunal de origem não poderia, simplesmente, adotar a versão mais favorável ao réu, suprimindo a competência do Júri para julgar o feito, notadamente se, para tanto, não houve a necessidade de incursão aprofundada no acervo probatório, incabível na fase de pronúncia.

4. Assim, havendo indícios de que o suposto acidente de carro seja na verdade um crime de homicídio perpetrado pelo ora recorrido contra sua cônjuge, a questão deve ser remetida para o Júri Popular, juízo natural para o julgamento dos delitos dolosos contra a vida.

5. Com é sabido, a pronúncia é um mero juízo de admissibilidade da acusação, não exigindo prova incontroversa da existência do crime, sendo suficiente que o juiz se convença de sua materialidade. Por outro lado, quanto à autoria, não é necessária a certeza exigida para a condenação, bastando que existam indícios suficientes de que o réu seja o autor.

6. Recurso especial provido para, cassando o acórdão recorrido, restabelecer a sentença de primeiro grau, que pronunciou o recorrido pela suposta prática dos crimes de homicídio simples e provocação de aborto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP), Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE), Nilson Naves e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.
Brasília (DF), 06 de outubro de 2009 (data do julgamento).
Ministro Og Fernandes, Relator

DJe 26.10.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Og Fernandes: Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Pará, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça.

Colhe-se dos autos que o recorrido foi pronunciado como incurso no art. 121, *caput*, e 125, ambos do Código Penal. Inconformado, recorreu em sentido estrito, tendo o Tribunal de origem, por maioria de votos, dado provimento ao apelo para impronunciar o réu, por falta de indícios e autoria e materialidade.

Eis a ementa do acórdão hostilizado:

Recurso penal em sentido estrito contra r. decisão que pronunciou o recorrente como incurso no art. 121 c.c. art. 125 do CPB (crime de homicídio e provocação de aborto).

Para um cidadão ser levado a julgamento pelo Tribunal do Júri é indispensável a presença do pressuposto absoluto e constitucional de existência de um crime doloso contra a vida e de indícios convincentes e suficientes de autoria ou mesmo a participação de alguém na prática do ato.

A aplicação apressada e simplista do vetusto brocardo de quem em casos de dúvida acerca da autoria de crimes dolosos contra a vida deve-se sempre resolver em favor da sociedade - *in dubio pro societate* -, além de revelar injusto e precipitado, pode encerrar possível violação ao constitucional princípio da presunção de inocência.

No caso guerreado, não havendo o reconhecimento da materialidade do crime e por conseguinte, não existindo qualquer prova de relevo acerca da autoria, não é justo nem legal que se remeta o agente a julgamento pelo Tribunal do Júri, pois para que ocorra a pronúncia é indispensável a prova da existência e da presença consubstanciada de indícios de autoria. (fls. 780-781)

Daí o especial, no qual se alega, além de dissídio jurisprudencial, ofensa ao art. 408 do Código de Processo Penal (atual art. 413 do CPP, com a redação

dada pela Lei n. 11.689/2008), afirmando que, havendo duas versões diferentes a respeito dos fatos, deve a questão ser remetida a julgamento pelo Júri Popular, em respeito ao princípio *in dubio pro societate*.

Contrarrazoado o recurso, a Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo conhecimento e provimento do recurso para que o acusado nos seja pronunciado nos termos da denúncia.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Og Fernandes (Relator): Inicialmente, para melhor compreensão da controvérsia, destaco o seguinte trecho da sentença de pronúncia:

In casu sub examen, narram os vertentes autos, através da basilar acusatória de fls., que por volta das 17:30 horas do dia 25 de setembro de 1992, o denunciado Mário José Onofre dos Santos Toutenge, saiu de Belém com destino ao Município de Salinópolis, conduzindo o veículo tipo Fiat 147 - Spázio, levando como acompanhantes sua esposa Linda Maria Guedes Toutenge e o filho único do casal, o menor Antoine Guedes Toutenge, à época dos fatos, com 01 ano e 04 meses de idade, oportunidade em que, segundo versão do acusado, ocorreu um acidente automobilístico, que mais tarde iria a ceifar a vida de sua esposa.

Ainda na exordial, o Promotor de Justiça que a subscreve, coloca em dúvida que o evento funesto tenha ocorrido de forma acidental ou na forma descrita pelo réu, sem contudo, na denúncia, descrever de forma clara e inequívoca como se teria dado o evento criminoso, questionando-se: Se não foi de forma acidental, como teria ocorrido?. E forçoso admitir-se, sem qualquer pré julgamento, que em nenhum ponto da instrução a dúvida ficou esclarecida.

Mas, se não ocorreu nenhum esclarecimento sobre a forma inequívoca de como a desafortunada vítima Linda Maria Guedes Toutenge teria morrido, forçoso também entender-se, existirem nos autos, pontos obscuros que mereçam maiores esclarecimentos.

O laudo de exame pericial técnico de reprodução simulada de n. 07496, acostado às fls. 474-484, com desenhos e fotografias, é conclusivo em entender: "do exposto, concluem os peritos que, dos cotejos entre os relatos apresentados pelo acusado Mário José Onofre dos Santos Toutenge com a dinâmica de um possível capotamento de um veículo em que viajavam o mesmo e sua esposa (Linda Maria Guedes Toutenge) e filho, não há coerência, assim como são notáveis as divergências entre os relatos da testemunhas: Evânio da Silva Magalhães e Eustáquio de Almeida Jaques conforme acima explicitados ...", ensejando dúvidas sobre a versão de acidente esposada

pelo réu, muito embora, também entenda este Juízo, que os pontos levantados pela defesa em alegações finais, tenham suas possíveis e fundadas razões.

As demais divergências apontadas pelo *parquet* em finais, fruto de declarações da genitora da vítima fatal, Sra. Raimunda Edna Guedes Pinto Guimarães, de Lilian Lúcia Guedes Pinto, também parente da vítima Linda Maria, tal e qual as não menos parentes Maria de Nazaré de Almeida Guedes e Lourdes de Fátima Almeida Guedes, prestadas com a emoção peculiar daqueles que perdem um ente querido, merecem, pelo menos nesta fase processual, serem consideradas, ainda que com toda a cautela, prestando neste momento, junto com o demais conjunto probatório, para colar dúvidas sobre como se deu o evento morte.

A imprecisão da exordial, que ao afastar a versão de acidente, não apontou claramente, como teria ocorrido a morte de Linda Maria nem tampouco, como teria agido o seu suposto assassino, o esposo Mário José Onofre dos Santos Toutenge, as incongruências levantadas pelo laudo de exame pericial técnico de reprodução simulada em relação a versão apresentada pelo réu, bem como, as levantadas pelos familiares da vítima fatal, dever ser tidos como indícios que o crime possa ter sido perpetrado de forma não acidental e que o denunciado possa vir a ser seu autor, devendo não fugir à apreciação do Egrégio Tribunal do Júri desta Comarca, como medida da mais lúdima Justiça, até mesmo porque, existindo dúvidas nesta fase, por se tratar de pronúncia, deve ser ela dirimida em favor da sociedade (*in dubio pro societate*) e não em favor do réu (*in dubio pro reo*). Existindo o crime e indícios de que o réu seja provável autor, pronuncia-se. (fls. 668-67)

A Corte Estadual, por sua vez, despronunciou o réu, pelos seguintes fundamentos:

Em 09.03.1993, a mãe da Sra. Linda Toutange comunicou à Polícia o acidente automobilístico ocorrido em 25.09.1992, para ser averiguado. Em decorrência do inquérito e da ação criminal, o réu foi pronunciado.

Na sentença de pronúncia o M.M. Juiz *a quo*, bem demonstra que duas seriam as condições à decretação da pronúncia: prova plena da existência de fato criminoso e prova, pelo menos indiciai, de ter sido o acusado, o seu autor.

Ademais assim se pronuncia o M.M. Juiz *a quo*:

“Ainda na exordial, o Promotor de Justiça que a subscreve, coloca dúvidas que o evento funesto tenha ocorrido de forma acidental ou na forma descrita pelo réu, sem contudo, na denúncia, descrever de forma clara e inequívoca como se teria dado o evento criminoso: questionasse: se não foi de forma acidental, como teria ocorrido? E forçoso admitir-se, sem qualquer pré-julgamento, que em nenhum ponto da instrução processual a dúvida ficou esclarecida”. O que se conclui que nem o digno Magistrado sanou sua dúvida quanto à existência de crime.

As investigações levadas a efeito pela autoridade policial servem sobremaneira para a formulação da denúncia, que é ato pelo qual o Estado, por intermédio do Ministério Público, leva ao conhecimento do Juiz um fato que se reveste dos caracteres de infração penal, e pede que se faça justiça.

Uma vez instaurada a ação penal com o recebimento da denúncia, aquelas peças que possibilitaram uma posição inicial de convencimento do Ministério Público, que é o órgão estatal destinado a fazer a defesa da lei e da sociedade, transformam-se em simples peças informativas do processo criminal, e que para terem o poder de possibilitar a final condenação de denunciado, necessitam ser jurisdicionalizadas, sob pena de não servirem para sustentar um decreto condenatório.

Entretanto, durante o curso da instrução processual, o que se viu foi uma acusação sem sistemática de trabalho, perdida em conjecturas, sem a menor perspicácia para desvendar os fatos, deixando de trazer para os autos elementos mínimos de convicção, a fim de que ficasse um divisor entre o impossível e a realidade que só veio a ser posta em dúvida quando decorridos mais de cinco meses do óbito da esposa do acusado.

As voltas com todas essas omissões, que prejudicaram profundamente a busca da verdade, só restava perquerir sobre que motivos poderiam levar um médico a matar a sua esposa. Perda de sentimento necessário para a manutenção da convivência? É difícil de acreditar nesta hipótese, pois para isso bastaria o caminho infinitamente menos traumático da separação judicial. Recebimento de seguro? Poderia ser um, mas quanto a isso nada foi posto em evidência nos autos. Seria ele um louco? Não há laudo nesse sentido.

Assim, para que um cidadão seja levado a julgamento pelo Tribunal do Júri é indispensável a existência do pressuposto absoluto e constitucional de existência de um crime doloso contra a vida e de indícios convincentes e suficientes de autoria ou mesmo a participação de alguém na prática do ato.

A aplicação apressada e simplista do vetusto brocardo de que em casos de dúvida acerca da autoria de crimes dolosos contra a vida deve-se sempre resolver em favor da sociedade - *in dubio pro societate*, além de revelar-se injusto e precipitado, pode encerrar possível violação ao constitucional princípio da presunção de inocência.

No caso em estudo, não havendo o reconhecimento da materialidade do crime e por conseguinte, não existindo qualquer prova de relevo acerca da autoria, não é justo nem legal que se remeta o agente a julgamento pelo Tribunal do Júri, pois para que ocorra a pronúncia é indispensável a prova da existência do crime e da presença de indícios de autoria, daí ter-se que não agiu bem o MM. Juiz *a quo* ao pronunciar o réu.

Tenho que a decisão do MM. Juiz *a quo* deve ser reformada, assim, para impronunciar o réu.

Se amanhã novas provas forem produzidas acerca dos eventos aqui versados poderá o sempre zeloso órgão do Ministério Público abrir novo processo e dar seguimento à ação penal.

De ressaltar que a questão posta no recurso especial é meramente jurídica, visto que “a reavaliação da prova ou de dados explicitamente admitidos e delineados no decisório recorrido não implica no vedado reexame do material de conhecimento.” (REsp n. 878.334-DF, Relator Ministro Felix Fischer, DJ 26.02.2007)

No caso, o cotejo entre os votos vencedores e o voto vencido do acórdão recorrido evidencia de pronto que a solução adotada, por maioria, pelo Tribunal de origem, violou o artigo 408 do Código de Processo Penal (atual art. 413 do CPP, com a redação dada pela Lei n. 11.689/2008).

Com efeito, observa-se, pela simples leitura do acórdão do recurso em sentido estrito, que o conjunto probatório não demonstra, de forma inequívoca, a ocorrência de um lamentável acidente automobilístico, a ensejar a despronúncia do recorrido.

Ao contrário, o próprio acórdão impugnado deixou clara a existência de mais de uma versão acerca dos fatos. Prova disso se extrai do voto vencido proferido pelo Exmo. Sr. Des. Rômulo José Ferreira Nunes, que ressaltou, inclusive, os contraditórios depoimentos prestados pelo réu, *in verbis*:

Analisando detidamente os autos, verifiquei que o recorrente Mário José Onofre dos Santos Toutenge foi denunciado pelo Ministério Público em 19.07.1994, tendo sido imputado ao mesmo o ilícito penal do art. 121 *caput* e 125 do digesto penal pátrio.

Disse o acusado que rumava para o município de Salinópolis em seu automóvel, acompanhado de sua esposa e de seu filho, à época com 01 ano de idade, oportunidade em que foi fechado por uma carreta, tendo perdido o controle do veículo, o qual veio a capotar várias vezes, tendo ficado sem sentidos. Referiu ainda que após recobrar a consciência, estava no banco do passageiro, com a parte superior do tórax sobre o capo do carro.

Ocorre que referida assertiva do réu é no mínimo fruto da imaginação de alguém que quer se escusar das imputações que lhe são formuladas pela Justiça Pública, uma vez que a prova pericial, técnica, científica, produzida nos autos, aponta para caminho diametralmente oposto ao alegado pelo réu, afirmando que, de acordo, com os relatos das testemunhas, bem como a dinâmica de eventual capotamento do veículo em questão que a versão do réu é insustentável, não podendo ser tida como verdadeira, de acordo com questões físicas e fáticas levadas em consideração pelos peritos criminais (fls. 474 a 479).

Ora, contra fatos e provas concretas não há argumentos, notadamente argumentos desprovidos de qualquer ilação lógica com a causa, os quais, de acordo com as circunstâncias, mudam a fim de atingir a defesa melhores condições de esquivar o réu das imputações a si atribuídas.

Inúmeras são as contradições existentes nos depoimentos prestados pelo réu, uma vez em confronto com as demais provas dos autos, o que gera, por conseguinte, a necessidade de ser o feito levado ao juízo constitucionalmente competente para julgá-lo, qual seja o Tribunal do Júri, sendo grave ofensa ao princípio do juiz natural não submeter-se o julgamento da causa à sociedade, preceitua nossa lei maior.

Dentre os pontos de maior contradição, podemos destacar os que foram apontados pelos peritos criminais a quando da elaboração do relatório da perícia de reprodução simulada dos fatos (fls. 474 e ss), realizada no dia 12.06.1996:

Em sua narrativa, Mário Toutenge alega que após a capotagem, não sabendo quantas vezes o veículo capotou, encontrava-se no banco do passageiro, “curvado sobre o painel do carro”. Sob tal declaração, podemos dizer que (sic):

1. Tal posicionamento é totalmente impossível dada a largura do painel do veículo, que é de 23 cm., mesmo se não levamos em consideração a inclinação do vidro do pára-brisa, que diminui muito o espaço para que tal fato ocorra.

*2. Essa versão contradiz as prestadas em depoimento anterior, no qual declarou que ao recobrar os sentidos **encontrava-se sobre o capo do carro, que também ao nosso ver é contestável, uma vez que quando periciado o veículo encontrava-se com o vidro do pára-brisa original.** (Grifo nosso). Perguntado por onde saíra do veículo, disse não recordar-se e que pela porta que tentara esta não abriu. Se tal porta não abriu, como teria a Sra. Linda Maria Guedes Toutenge sido arremessada de dentro do veículo, se no primeiro giro do mesmo estaria voltada para o solo, conforme demonstraremos no item dinâmica evento?*

Alguns dos depoimentos constantes dos autos corroboram a necessidade de ser o réu submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, dos quais podemos destacar os seguintes:

Testemunha Eustáquio Jaques - fls. 348 “Que os pára-brisas do veículo estavam intactos, que os vidros quebrados eram os laterais do lado direito.../... Que não havia barranco no local onde foi encontrado o veículo”

Testemunha Gabriel da Silva - fls. 371-verso - “Que na ocasião que o declarante falou com o acusado este não apresentava nenhum vestígio de acidente nem o filho do casal e o acusado disse que o carro havia capotado diversas vezes, e o fato de não apresentarem escoriações nem o acusado e nem o seu filho, causou curiosidade no declarante”

As fls. 451-452, foi inquirida a testemunha Maria de Nazaré Guedes, a qual afirmou:

Que seu neto menor tinha apenas um ferimento no couro cabeludo e o acusado com ferimento no rosto do lado direito, presumindo que fosse arranhado de unhas (...) Que a informante sabe diferenciar arranhão de unha e de vidro; Que tirou a conclusão que o ferimento, digo, opinião que foi o ferimento no rosto do acusado de unha após, digo, lá no hospital mesmo e também opinião de outras pessoas" (sic)

Às fls. 454, relatou a testemunha Guedes:

Que quando chegou no viaduto do Coqueiro, o carro do acusado emparelhou com o da informante e este pediu que a informante o passasse, mas a informante preferiu ficar atrás do acusado; Que próximo a Santa Isabel, na curva, tinham quatro caminhões, o acusado tentava ultrapassar os carros que estavam a sua frente; Que a informante dava sinal de luz e buzina para que o acusado não passasse, mas na quarta tentativa o acusado passou (...) Que o acusado apresentava ferimentos de unha no rosto, do lado esquerdo - após a morte da vítima - (...) Que a vítima não apresentava ferimento de espécie alguma, apenas o hematoma (...) Que presenciou o acusado gesticular quando dirigia o veículo, segurava a direção com a mão esquerda e gesticulava com a mão direita e sacudia a cabeça como se estivessem discutindo.

Às fls. 514, inquirida em juízo, relatou a Sra. Lilian Pinto:

(...) a sepultura foi comprada antes da vítima falecer. Que o fato chamou a atenção da declarante, pois a vítima faleceu no dia 03 de outubro de 1992, às 09h45, sendo que o atestado de óbito já estava pronto desde às 06h00, o qual foi preparado pelo próprio acusado e não pelo Dr. César Neves, que era o médico que estava à frente da equipe prestando assistência à vítima.

Diversos e fortes são os indícios a incriminar o réu, os quais, de forma alguma, devem ser subtraídos da competência do juiz natural para crimes dessa natureza. Senão vejamos:

- Por que alega o pronunciado que o carro capotou se a prova técnica, pericial, concluiu que isso não poderia ter acontecido?

- Alegou o réu que havia um desnível de cerca de 30 cm na pista da BR-316, o qual teria sido o responsável pelo "acidente". No entanto os peritos da polícia científica nada encontraram nesse sentido. Teria ele, de uma hora para outra, sumido?

- Sustentou o réu que foi lançado para fora do carro, juntamente com sua esposa, vítima, e seu filho de apenas 1 ano. Ora, como é possível, diante das regras de física que alguém seja lançado para fora de um carro e não sofra sequer um arranhão? Será que os estilhaços de vidro e o próprio asfalto não produziram pelo menos um arranhão nos três ocupantes do carro?

- Referiu o acusado que o pára-brisas do carro quebrou, no entanto a perícia concluiu que isso não aconteceu pois o que estava no automóvel era o original. Como então sustentar essa alegação?

- Como pode, diante de um acidente dessas proporções, uma criança de apenas 01 ano, lançada cerca de 05 metros sair incólume e sua mãe, lançada apenas 03, ser atingida de forma fatal?

- Que motivos teria o acusado para mandar familiares de sua esposa seguirem em frente no percurso para Salinópolis? O que o mesmo não queria que fosse presenciado?

- Por que, momentos após o acidente o Patrulheiro da Polícia Rodoviária Federal que soube do acidente, ao se deslocar para o local, não encontrou qualquer vestígio de acidente automobilístico? (denúncia - fls. 06).

Assim, data vênua do entendimento do douta relatora, não é possível afirmar-se que a acusação contra o réu foi procedida sem "sistemática de trabalho, perdida em conjecturas, sem a menor perspicácia para desvendar os fatos, deixando de trazer para os autos elementos mínimos de convicção", uma vez que o fato em si é complexo, havendo, em razão das próprias circunstâncias do evento delituoso, certa dificuldade em se encontrar provas diretas, de simples aferição, uma vez que o fato foi praticado sem testemunhas presenciais, devendo, assim, sua prova se dar através de indícios, os quais, na presente situação, conforme demonstrado acima, são mais do que suficientes.

(...)

Sustentar que a aplicação do princípio *do in dubio pro societate* pode encerrar violação ao princípio de presunção de inocência não encontra guarida nos autos, tampouco no direito processual penal, tendo em vista que o fato de ser levado o réu a júri popular não é sinônimo de condenação, uma vez que será o mesmo julgado por seus pares, de acordo com o que preceitua a CF/1988.

As provas carreadas nos autos, ao contrário do que alega a defesa do pronunciado, levam a conclusão de que o fato ora em apuração não foi um simples acidente automobilístico, mas sim um crime de homicídio, praticado em concurso formal com o de aborto.

(...)

Ora, pelas razões expostas alhures, outra pode ser a postura deste Tribunal que não seja a de manter a correta posição do juízo *a quo*, a qual se encontra em perfeita adequação com as provas contidas nos autos, fundamentando-se adequadamente na lei, doutrina e jurisprudência de nosso país.

Ante o exposto, pelas razões exaustivamente demonstradas acima, data máxima vênua, do voto da eminente Relatora, acato o parecer do Ministério Público, pelo que conheço do recurso, porém nego-lhe provimento, prestigiando o ordenamento jurídico constitucional e a busca da verdade real, esteio do direito processual penal. (fls. 770-778)

Ora, se voto vencido e vencedor conseguem detectar versões antagônicas a respeito dos fatos, uma das quais incompatível com a tese de que a morte teria sido acidental, o Tribunal de origem não poderia, simplesmente, adotar a versão mais favorável ao réu, suprimindo a competência do Júri para julgar o feito, notadamente se, para tanto, não houve a necessidade de incursão aprofundada no acervo probatório, incabível na fase de pronúncia.

Assim, havendo indícios de que o suposto acidente de carro seja, na verdade, um crime de homicídio perpetrado pelo ora recorrido contra sua cônjuge, a questão deve ser remetida para o Júri Popular, juízo natural para o julgamento dos delitos dolosos contra a vida.

Com é sabido, a pronúncia é um mero juízo de admissibilidade da acusação, não exigindo prova incontroversa da existência do crime, sendo suficiente que o juiz se convença de sua materialidade. Quanto à autoria, não é necessária a certeza exigida para a condenação, bastando que existam indícios suficientes de que o réu seja o autor.

A propósito, vejam-se os seguintes precedentes:

Penal e Processo Penal. Recurso especial. Homicídio qualificado. Materialidade comprovada. Indícios de autoria. Elementos aptos a fundamentar a sentença de pronúncia. Existência de crime. Competência do Tribunal do Júri. Recurso especial provido.

1. Verifica-se, nos processos do Júri, a existência de duas fases distintas: o *judicium accusationis* e o *judicium causae*. A primeira inicia-se com a denúncia e finda com a sentença de pronúncia (antigo art. 408 do CPP), começando, a partir de então, a segunda fase, que chega ao final com o trânsito em julgado da sentença proferida pelo Juiz Presidente na sessão de julgamento realizada pelo Tribunal do Júri.

2. A sentença de pronúncia deve, sob pena de nulidade, cingir-se, motivadamente, à materialidade e aos indícios de autoria, visto se tratar de mero juízo de admissibilidade da acusação. De fato, uma incursão mais aprofundada no mérito da causa seria capaz de influenciar a decisão do Conselho de Sentença, de modo a caracterizar usurpação da competência constitucionalmente conferida ao Tribunal do Júri (excesso de linguagem).

3. Não pode o Tribunal estadual, sob pena de usurpar competência do Conselho de Sentença, afastar a imputação dada pela Sentença de Pronúncia, ao

fundamento de que não havia prova da existência de crime, quando, conforme constate dos autos, há prova inequívoca da morte da vítima (materialidade) e indícios de autoria em desfavor do acusado.

4. Recurso especial provido para restaurar a sentença de pronúncia. (REsp n. 676.044-ES, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe 16.03.2009)

Processual Penal. Recurso especial. Art. 121, § 2º, IV do CP. Reexame e reavaliação de provas. Pronúncia. *In dubio pro societate*.

I - A reavaliação da prova ou de dados explicitamente admitidos e delineados no decisório recorrido não implica no vedado reexame do material de conhecimento (Precedentes).

II - Em se tratando de crime afeto à competência do Tribunal do Júri, o julgamento pelo Tribunal Popular só pode deixar de ocorrer, provada a materialidade, caso se verifique ser despropositada a acusação, porquanto aqui vigora o princípio *in dubio pro societate* (Precedentes).

III - Na hipótese vertente, o v. acórdão atacado, ao confirmar a r. decisão que havia impronunciado o recorrido, não evidenciou ser abusiva e despropositada a acusação. Desse modo, configurada a dúvida sobre a participação do recorrido nos fatos em apuração, deve-se levar a solução da causa ao Tribunal Popular, constitucionalmente encarregado desta missão (*ex vi* art. 5º, inciso XXXVIII, da CF). Recurso especial provido. (REsp n. 878.334-DF, Relator Ministro Felix Fischer, DJ 26.02.2007)

Na hipótese, o *decisum* de primeiro grau foi proferido com estrita observância da norma processual, fundamentando-se em elementos suficientes para pronunciar o réu, tais como o interrogatório, os depoimentos das testemunhas, além do laudo pericial oficial.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para, cassando o acórdão recorrido, restabelecer a sentença de primeiro grau, que pronuncio o recorrido pela suposta prática dos crimes de homicídio simples e provocação de aborto.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 714.843-MG (2005/0003303-2)

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura

Recorrente: Estado de Minas Gerais

Procurador: Mauricio Barbosa Gontijo e outro(s)
Recorrido: Alberico Mariano Alves e outros
Advogado: Rodrigo Rabelo de Faria e outro(s)

EMENTA

Recurso especial. Administrativo. Servidores públicos estaduais. Afastamento para concorrer a cargo eletivo. Lei Complementar n. 64/1990. Vencimentos integrais. Não inclusão de gratificações de natureza *propter laborem*. Precedentes.

1. Durante o período de afastamento para concorrer a cargo eletivo, os servidores públicos não têm direito ao recebimento de gratificações de natureza *propter laborem* que, por serem devidas apenas ao servidor que efetivamente presta a atividade pertinente ao cargo ou prevista na lei, não se enquadram no conceito de vencimentos integrais previsto na Lei Complementar n. 64/1990.

2. Recurso especial provido em parte.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: “A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.” Os Srs. Ministros Og Fernandes, Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE) e Nilson Naves votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília (DF), 29 de setembro de 2009 (data do julgamento).

Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Relatora

DJe 19.10.2009

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: Cuida-se de recurso especial, interposto pelo Estado de Minas Gerais, com fundamento na alínea a do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Emerge dos autos que Alberico Mariano Alves e outros, servidores públicos estaduais da área de educação, ajuizaram a presente ação ordinária na qual pleitearam a restituição de valores relativos a vantagens denominadas gratificações de incentivo à docência (biênio e pó-de-giz), descontados de seus contra-cheques durante o período eleitoral do ano de 2000, quando se afastaram de suas atividades para concorrer a vagas para cargos de vereador.

O Juízo de primeiro grau julgou procedentes os pedidos formulados pelos autores Dalva Lúcia Portes, Francisca de Fátima Zóia, Irlei de Araújo Teixeira, João da Silva Barros, José Flávio Ribeiro, José Fortunato Pinto, José Oswaldo de Carvalho e José Soares da Silva e improcedentes os pedidos formulados por Alberico Mariano Alves e Creidimar Duarte Azevedo Barbosa, ao fundamento de que não comprovaram sua candidatura a uma vaga de vereador.

Interposto recurso de apelação pelos dois últimos autores mencionados, a Corte Estadual deu provimento ao apelo em aresto que restou ementado nos seguintes termos:

Servidor público candidato a cargo eletivo. Direito à percepção de vencimentos integrais durante o afastamento correspondente ao período eleitoral. São incabíveis quaisquer espécies de descontos sobre a remuneração dos servidores públicos que se afastarem de suas funções, com o objetivo de se candidatarem a uma vaga no pleito eleitoral.

A título de ilustração, cumpre transcrever trecho do acórdão ora recorrido:

Inconformados, os autores Alberico Mariano Alves e Creidimar Duarte Azevedo Barbosa recorreram da r. sentença singular, alegando, em suma, que têm direito ao recebimento de seus vencimentos integrais e que fizeram a prova do fato constitutivo de seu direito, pois juntaram os docs. de fls. 14, 19, 22, 24, 672 e 2.495, onde comprovaram sua condição de candidatos ao cargo de vereador, pelo que pedem a reforma do julgado.

Por sua vez, o Estado de Minas Gerais recorreu da sentença na parte em que foi favorável aos autores, afirmando, em síntese, que a Lei Complementar n. 64/1990 garante ao servidor público candidato o direito à percepção dos vencimentos

integrais quando se afasta para concorrer ao pleito eleitoral, mas não lhe garante a percepção das vantagens remuneratórias pagas a título precário e provisório, como ocorre com as gratificações de incentivo à docência (“pó-de-giz” e “biênio”), bem como insurgiu-se contra o valor fixado a título de honorários advocatícios sucumbenciais, considerando-os elevados e discriminatórios, eis que diferentes daqueles impostos aos autores sucumbentes, pedindo, assim, a reforma da sentença singular.

Da análise das teses esposadas nos presentes autos, assim como da documentação pertinente, vejo que o apelo dos autores Alberico Mariano Alves e Creidimar Duarte Azevedo Barbosa está a merecer provimento, o que não ocorre com o apelo manejado pelo ente estatal.

Conforme alegaram nas suas razões recursais de fls. 1.937-1.941-TJ, os autores Alberico Mariano Alves e Creidimar Duarte Azevedo Barbosa realmente comprovaram a sua condição de candidatos nas eleições municipais do ano de 2000. Com efeito, o doc. de fl. 19 prova o afastamento de Alberico Mariano Alves de suas funções para se candidatar no referido pleito, sendo tal doc. da lavra da própria Secretaria de Estado da Educação.

Por sua vez, o doc. de fl. 26, que é cópia do Diário do Judiciário da Comarca de Itabira prova a condição de candidata, no mesmo pleito, da recorrente Creidimar Duarte Azevedo Barbosa, sendo idêntica prova feita, também, pelo doc. de fl. 542-TJ

Feitas tais considerações, pelas quais se conclui a condição de candidatos dos dois recorrentes acima mencionados, cumpra-me, agora, decidir sobre o cerne da questão, ou seja, se são cabíveis ou não os descontos nos olerites dos autores, levados a efeito pelo Estado de Minas Gerais.

Impõe-se citar, primeiramente, o conceito de vencimentos integrais, dado pelo insigne Mestre Helly Lopes Meirelles:

Vencimento - *Vencimentos* (no plural) é espécie de remuneração e corresponde à soma do vencimento e das vantagens pecuniárias, constituindo a retribuição pecuniária devida ao servidor pelo exercício do cargo público. Assim, o *vencimento* (no singular) correspondente ao padrão do cargo público fixado em lei, e os *vencimentos* são representados pelo padrão do cargo (vencimento) acrescido dos demais componentes do sistema remuneratório do servidor público da Administração direta, autárquica e fundacional. (*in* “Direito Administrativo Brasileiro”, 27ª edição, Malheiros Editores, São Paulo - 2002, p. 449-450).

Do conceito acima citado, de tão brilhante lavra, já se extrai que o legislador, ao editar a Lei Complementar n. 64/1990, quis garantir ao servidor público candidato o recebimento de sua remuneração durante a campanha. Ou seja, o vencimento mais todas as vantagens, sem qualquer supressão, como se vê do art. 1º, inciso II, alínea I, da cita LC, *in verbis*:

Art. 1º São inelegíveis:

I - para qualquer cargo:

II -

(...)

I) os que, servidores públicos, estatutários ou não, dos órgãos ou entidades da Administração direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos territórios, inclusive das fundações mantidas pelo Poder Público, não se afastarem até 3 (três) meses anteriores ao pleito, garantido o direito à percepção dos seus vencimentos integrais; (grifei).

Se os autores preenchem os critérios necessários ao recebimento das gratificações descontadas pelo Estado, o mesmo não poderia suprimi-las por ocasião de sua candidatura a um cargo eletivo.

Com isso, equivocados e contrários à lei os citados descontos nos vencimentos dos autores, sendo correta a procedência da ação quanto àqueles mencionados na r. sentença fustigada, merecendo provimento o apelo daqueles autores que foram sucumbentes inicialmente, eis que também preenchem os mesmos requisitos daqueles primeiros.

Nas razões do recurso especial, sustenta o Estado de Minas Gerais que o acórdão recorrido malferiu o disposto no artigo 1º, inciso II, alínea I, da Lei Complementar n. 64/1990.

Afirma o recorrente que a Lei Complementar n. 64/1990, ao garantir ao servidor público o direito de continuar a perceber “seus vencimentos integrais” a partir do afastamento do cargo para concorrer ao pleito eleitoral, “assegura o direito à percepção do padrão básico do vencimento, mais os acréscimos pagos em caráter fixo e permanente, mas não garante a percepção das vantagens remuneratórias pagas à título precário, provisório” (fl. 2.013).

Ressalta, ainda, que a vantagem remuneratória sob discussão foi instituída com o firme propósito de estimular o professor e o regente de turmas ou de aulas que comprove estar na regência de turmas ou de aulas em escola estadual” e, portanto, “tem caráter provisório, precário, podendo ser retirada do servidor quando a condição que lhe dá causa desaparecer” (fl. 2.013).

Por fim, conclui que “dada a sua característica de provisoriedade, que se opõe à de permanência, a parcela sob comento não integra o conceito de vencimentos, mas sim o de remuneração, que é mais amplo” (fl. 2.013).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura (Relatora): Cinge-se a controvérsia à possibilidade de pagamento de gratificações de incentivo à docência a servidores públicos estaduais afastados de seus cargos para concorrerem a eleições municipais como vereadores.

Inicialmente, para solucionar a controvérsia, é necessário traçar uma distinção entre os termos remuneração, vencimento e vencimentos integrais.

No que concerne à conceituação de remuneração e de vencimento, leciona José dos Santos Carvalho Filho que:

Remuneração é o montante percebido pelo servidor público a título de vencimentos e de vantagens pecuniárias. É, portanto, o somatório das várias parcelas pecuniárias a que faz jus, em decorrência de sua situação funcional.

Vencimento é a retribuição pecuniária que o servidor percebe pelo exercício de seu cargo, conforme a correta conceituação prevista no estatuto funcional federal (art. 40, Lei n. 8.112/1990). Emprega-se, ainda, no mesmo sentido vencimento-base ou vencimento-padrão. Essa retribuição se relaciona diretamente com o cargo ocupado pelo servidor: todo cargo tem seu vencimento previamente estipulado (*Manual de Direito Administrativo*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 679)

No mesmo sentido, o Estatuto dos Servidores Públicos Federais (Lei n. 8.112/1990), em seus artigos 40 e 41, define vencimento como “a retribuição pecuniária pelo exercício de cargo público, com valor fixado em lei” e remuneração como “o vencimento do cargo efetivo, acrescido das vantagens pecuniárias permanentes estabelecidas em lei.”

No que se refere à expressão “vencimentos integrais”, contudo, deve-se fazer uma distinção com os termos vencimento e remuneração, pois os vencimentos incluem apenas parcelas fixas e permanentes, enquanto a remuneração pode abarcar parcelas variáveis e o vencimento é sempre idêntico.

A esse respeito, segue o escólio de Cármen Lúcia Antunes Rocha:

Vencimentos compreende a soma dos valores correspondentes ao padrão definido legalmente para o cargo, função ou emprego acrescido das parcelas outorgadas como vantagens que são garantidas, em caráter permanente e fixo, para o agente. Para tanto, é ele considerado em sua condição de ocupante do cargo e em sua situação nos quadros do serviço público. Podem, então, ser distintos os valores correspondentes aos vencimentos de dois agentes públicos,

titulares de cargo igual, mas que se encontram em condições diferenciadas na carreira e que o ocupam por períodos de tempo diferentes etc. (*Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 306).

A legislação que rege a matéria objeto dos presentes autos garante expressamente aos servidores públicos que se afastem para concorrer a cargos eletivos o direito à percepção dos seus vencimentos integrais. Nesse sentido, confira-se o que dispõe o artigo 1º, inciso I, alínea I, da Lei Complementar n. 64/1990:

Art. 1º São inelegíveis:

II - (...)

(...)

I) os que, servidores públicos, estatutários ou não, dos órgãos ou entidades da Administração direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos Territórios, inclusive das fundações mantidas pelo Poder Público, não se afastarem até 3 (três) meses anteriores ao pleito, *garantido o direito à percepção dos seus vencimentos integrais*. (grifo não-original)

Desse modo, tendo em vista o conceito de vencimentos integrais acima mencionado, durante o período de afastamento para concorrer a cargo eletivo, os servidores públicos não têm direito ao recebimento de gratificações de natureza *propter laborem* que, por serem devidas apenas ao servidor que efetivamente presta a atividade pertinente ao cargo ou prevista na lei, não se enquadram no conceito de vencimentos integrais previsto na Lei Complementar n. 64/1990.

Nessa linha de raciocínio, cumpre trazer à baila precedentes desta Corte que concluíram pela ausência de direito de servidor público ao recebimento de vantagens *propter laborem* quando do seu afastamento para concorrer a cargo eletivo:

Recurso ordinário. Mandado de segurança. Procurador do Estado. Gratificação de produtividade e de desempenho. Vantagens *propter laborem*. Afastamento para concorrer a cargo eletivo. Manutenção. Vedação. Legislação estadual pertinente.

I - A gratificação *propter laborem* só é devida enquanto o servidor estiver exercendo a atividade que a enseja.

II - Na espécie, a Lei Estadual n. 8.207/2002 assegura aos Procuradores do Estado da Bahia a Gratificação de Produtividade-GPE/P e de Desempenho-GPE/D “de acordo com a produtividade e desempenho” do servidor, vedando

o pagamento, à exceção das hipóteses nele previstas, ao servidor que estiver afastado do cargo.

Recurso ordinário desprovido. (RMS n. 20.682-BA, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 03.04.2007, DJ 10.09.2007 p. 244)

Administrativo. Fiscal de Tributos Estaduais. Gratificação de estímulo à produção. Afastamento para concorrer a cargo político. Ausência de direito à percepção da parcela. Exercício de mandato classista. Possibilidade em face da legislação estadual pertinente.

1. A gratificação de estímulo à produção individual - GEPI - possui caráter *propter laborem*, ou seja, somente é percebida pelo servidor quando em exercício das atribuições pertinentes ao cargo ou em hipótese elencada pela lei.

2. Nos termos da legislação pertinente, o período de afastamento para concorrer à Assembléia Legislativa não é considerado como efetivo exercício das atribuições do cargo de Fiscal de Tributos Estaduais ou outras a elas equiparadas, não havendo direito à percepção da gratificação de estímulo à produção individual.

3. O art. 3º, IX, do Decreto Estadual n. 37.262/1995 considera como desempenho das atribuições do cargo efetivo o exercício de mandato eletivo de presidente de entidade representativa de classe de funcionários enumerados pela Lei Estadual n. 6.762/1975, razão pela qual o recorrente, na qualidade de Presidente da Federação Brasileira de Associações de Fiscais de Tributos Estaduais - Febrafite, preenche os requisitos, previstos na referida legislação, à percepção da GEPI.

4. Recurso parcialmente provido. (RMS n. 11.462-MG, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Sexta Turma, julgado em 06.06.2000, DJ 19.06.2000 p. 213)

No caso, as gratificações de incentivo à docência recebidas pelos autores, tanto a denominada biênio como a “pó-de-giz”, são devidas “a título de incentivo à docência, enquanto no efetivo exercício de regência de turmas ou de aulas” (art. 2º da Lei n. 8.517/1984), não sendo computados, a teor do § 4º daquele dispositivo, “os períodos de licenças e o afastamento de qualquer natureza.”

Ocorre, porém, que somente a gratificação “pó-de-giz” têm natureza *propter laborem*, tendo em vista que os biênios, após o transcurso de dois anos de efetivo exercício das funções de magistério (art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.517/1984), incorporam-se ao patrimônio do servidor, a impossibilitar sua supressão ou seu desconto em decorrência de afastamentos de qualquer natureza. Com efeito, não há confundir a contagem do período de afastamento para fins de aquisição, que, repita-se, é legalmente vedada, com a suspensão de um direito adquirido em virtude de posterior afastamento.

Diante do exposto, *dou parcial provimento ao recurso especial* para reconhecer a legalidade dos descontos efetuados sobre as gratificações “pó-de-giz” e sobre as gratificações de biênios daqueles que não os tenham incorporado ao seu patrimônio.

Ante a ocorrência de sucumbência recíproca, determino sejam compensados os honorários advocatícios, nos termos do artigo 21 do Código de Processo Civil.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 893.477-PR (2006/0227512-4)

Relator: Ministro Nilson Naves

Recorrente: Luiz Renato Krause

Advogado: Rafael de Assis Horn e outro(s)

Recorrido: Construtora Zoller Ltda

Advogado: Carlos Henrique Petrelli e outro(s)

EMENTA

Ação de nulidade (*querella nullitatis*). Coisa julgada material (relativização). Situação extraordinária (não ocorrência).

1. Admite-se a relativização da coisa julgada material em situações extraordinárias, por exemplo, quando se trata de sentença nula ou inexistente, embora haja, no Superior Tribunal, vozes que não admitem a relativização em hipótese alguma.

2. Em se tratando de sentença injusta, ou melhor, de errônea resolução da questão de fato (erro de fato), como na espécie (é o que se alega e é o que se diz), não é lícito o emprego da ação de nulidade.

3. A admissão, em casos que tais, da *querella nullitatis* contribuiria para descaracterizar, mais e mais, a substância da coisa julgada – a sua imutabilidade.

4. Recurso especial do qual se conheceu e ao qual se deu provimento para se restabelecer a sentença que indeferira a inicial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e os Srs. Ministros Og Fernandes, Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP) e Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Sustentaram oralmente o Dr. Alfredo de Assis Gonçalves Neto, pela parte recorrente (Luiz Renato Krause), e o Dr. Antônio Ivanir de Azevedo, pela parte recorrida (Construtora Zoller Ltda.).

Brasília (DF), 22 de setembro de 2009 (data do julgamento).

Ministro Nilson Naves, Relator

DJe 19.10.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: Foi indeferida a petição inicial de ação – fundada nos arts. 471, I, e 486 do Cód. de Pr. Civil – destinada a anular sentença, em suma:

... a sentença de mérito proferida nos autos de declaratória, despejo e consignação em pagamento não pode sujeitar-se à ação anulatória, como pretende a autora. E, ainda que se admitisse, somente poderia ser alvo de anulatória por causa de nulidade absoluta insanável, o que aparenta não ter ocorrido no caso em apreço.

Uma vez transitado em julgado e esgotados os recursos cabíveis, resta, para a desconstituição do julgado, tão somente o ingresso de ação rescisória, observadas as hipóteses legais para sua admissão.

No caso em tela, a ação rescisória, meio adequado para anular a sentença ou o acórdão com trânsito em julgado, já foi devidamente ação, com fulcro no art. 267,

VI do CPC (*sic*). O fato da ação rescisória ter sido extinta por não estar enquadrada em nenhuma das hipóteses de cabimento do art. 485 do CPC não significa que a ação anulatória seja o instrumento processual correto para o fim aqui pretendido – anulação da sentença. O sistema processual vigente prevê recursos e meios para reforma da decisão considerada incorreta, nula ou em desconformidade com o ordenamento jurídico, estipulando-se os prazos e requisitos necessários para propô-los, justamente para impedir a existência de demandas infinitas, prestigiando-se, desta forma, a coisa julgada material, dando às partes uma solução definitiva acerca do litígio.

Portanto, mostrando-se a presente ação inadequada para o objetivo perseguido pela autora, carece-lhe interesse de agir, nos termos do art. 295, inc. III, do CPC.

Ante o exposto, com base nos artigos 295 inciso III e 267 inciso VI, ambos do Código de Processo Civil, indefiro a petição inicial, extinguindo sem julgamento do mérito a presente Ação Anulatória de Sentença movida pela Construtora Zoller Ltda. contra Luis Renato Krause.

Mas o Tribunal de Justiça deu provimento à apelação da autora “para o fim de cassar a sentença que extinguiu o presente feito, dando-se continuidade ao trâmite processual”. Segundo o item II da ementa, “a denominada ‘coisa julgada inconstitucional’ encontra na *actio querella nullitatis* o remédio apropriado à correção do vício existente na sentença, existindo legítimo interesse de agir da parte lesada a impugná-la”. Eis alguns trechos do acórdão:

A autora da presente ação anulatória argumenta que é justamente nessa avaliação dos fatos que se encontra o grave equívoco da sentença, a qual, se mantida, será causa de enorme injustiça. Argumenta que com o julgamento antecipado da lide, não teve oportunidade de produzir provas imprescindíveis à demonstração dos verdadeiros fatos, na forma como realmente se deram e que os documentos ora trazidos aos autos representam exatamente as declarações que deveriam ter sido produzidas na instrução processual, e não o foram, o que cerceou seu direito de defesa.

Alega que antes de locar os imóveis, eles já eram explorados pelo réu como estacionamento, sob a administração daquela mesma empresa Oslu Buena, que tem o Sr. Osny como titular, o qual, inclusive, residia com sua família em prédio localizado dentro do terreno objeto da locação. Relata que o Condomínio notificou o Sr. Osny sobre o fim da locação em 11.09.1997, mesma data em que também notificou o Sr. Luis Renato Krause. Diz ainda que, mesmo após rescindido o contrato de prestação de serviços, o Sr. Osny voltou a explorar o imóvel por conta própria e a receber o pagamento diretamente dos usuários, só deixando o imóvel anos depois, mais precisamente em 28.02.2003.

(...)

Também alega que sua desocupação pode ser comprovada: pelo fato de ter promovido o corte de luz e água e fechamento da passagem entre os imóveis; pelo cancelamento, em setembro de 1997, da apólice de seguro do estacionamento, que era renovada a todo ano; pela comunicação aos lojistas da cessão do contrato de locação do estacionamento e pela própria cessação das atividades do centro comercial antes mesmo da data da desocupação.

Esses são alguns dos muitos argumentos trazidos pela autora para justificar o porquê da necessidade de uma maior produção probatória, para melhor elucidar como realmente se deram os fatos ocorridos.

A possibilidade de revisão, nesse caso, vem a ser corroborada na previsão legal do art. 469, II, do CPC, segundo o qual “não fazem coisa julgada a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença”.

E como dito anteriormente, os relatos são graves e não se mostram frágeis a ponto de não merecerem a atenção do Poder Judiciário, pois não há como se admitir a condenação da ora apelante ao pagamento de dívida que, em 19.08.1997 já perfazia o montante de R\$ 6.979.022,62 (seis milhões, novecentos e setenta e nove mil, vinte e dois reais e sessenta e dois centavos), se ainda pairam sérias dúvidas sobre a real existência desse débito.

O caso, em verdade, comportava melhor instrução processual, maior apuração da veracidade dos fatos, pois há sérios indícios de que alguma das partes distorce gravemente a realidade dos fatos, utilizando-se de fraude, dolo e má-fé.

Saliente-se que o juiz não pode ser meramente expectador das partes, a ele cabendo o poder/dever de decidir sobre a prova, dirigir sua produção e determinar aquelas necessárias à instrução do processo (art. 130, do CPC), a fim de obter maior segurança no julgamento, mormente quando a matéria controvertida envolve situações fáticas, cuja complexidade merecem detalhada apuração.

(...)

Estamos, pois, diante de um daqueles casos que autorizam a impugnação da sentença por meio da ação anulatória, a fim de conferir o exercício da ampla defesa à autora, que terá a possibilidade de provar suas alegações sob o exercício do contraditório, sob pena de correr-se o risco de se eternizar uma grande injustiça sob o manto da coisa julgada material.

Embargos de declaração do réu foram rejeitados (por maioria de votos), sobrevindo em seguida o seu recurso especial, fundado na alínea **a**, sob as alegações, de um lado (cerceamento de defesa), de contrariedade dos arts. 242, § 1º, e 565, de outro (litispêndência), de violação do art. 267, V, e ainda (relativização da coisa julgada) de ofensa aos arts. 485 e 486, todos do Cód. de Pr. Civil.

Em longa decisão, o 1º Vice-Presidente admitiu o recurso, resumidamente:

Assim sendo, fica claro tanto que a parte poderia ter realizado sustentação oral, mesmo sem apresentar razões de recurso, bem como que na relação instaurada nos autos já existia necessidade de se respeitar o princípio do contraditório. Neste sentido, considerando que os dispositivos federais invocados pelo recorrente (arts. 242, § 1º e 565), tratam justamente de tais questões, deve o recurso prosseguir sob este fundamento.

É consabido que a admissão ou inadmissão do recurso especial por um dos fundamentos trazidos nas razões de recurso não obsta sua admissão ou inadmissão, no juízo *ad quem*, pelo restante da fundamentação. Neste sentido, a mera admissão do recurso com espeque nos argumentos acima expendidos seria suficiente para que se desse marcha à causa. Não obstante, dado o ineditismo da causa, cumpre analisar, ainda que de forma alígera, as outras lesões ao direito federal aduzidas nas razões de recurso.

(...)

O que se discute, justamente, é se a ordem jurídica brasileira admite a utilização da ação anulatória como instrumento apto a desconstituir a coisa julgada. E a resposta que parece aflorar é a de que o ordenamento jurídico prevê, para tal desiderato, a ação rescisória, com hipóteses bastante precisas, não sendo lícita a utilização de outros instrumentos para tal. Sobre a possibilidade de se adequar a *querella nullitatis* para tal fim, cabe às instâncias superiores fixar entendimento, razão pela qual, também por tal fundamento, digno de admissão o recurso.

Quanto à tese da relativização da coisa julgada, em si, dada uma possível injustiça, há de se questionar a fluidez própria do conceito. Para que seja possível afirmar que a coisa julgada seja afastada – e não obliterada – ante sentenças injustas, deve ser possível traçar um conceito objetivo de justiça, de modo que este possa indicar qual a interpretação mais correta para uma dada norma.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): O acórdão recorrido, pela palavra do Desembargador Rafael Augusto, revisita recorrentes questões ligadas à denominada *relativização* da coisa julgada material ao admitir, ao cabo de tão autorizado voto, o emprego, no caso, da ação de nulidade; fê-lo, sim, em caso em que a autora alegou ter ficado sem defesa nas ações, lá na origem, antecipadamente julgadas. Eis, pois, o remate do voto, fi-lo já constar do meu relatório:

Estamos, pois, diante de um daqueles casos que autorizam a impugnação da sentença por meio da ação anulatória, a fim de conferir o exercício da ampla defesa à autora, que terá a possibilidade de provar suas alegações sob o exercício do contraditório, sob pena de correr-se o risco de se eternizar uma grande injustiça sob o manto da coisa julgada material.

Isso posto, voto pelo provimento do recurso, para o fim de cassar a sentença que extinguiu o presente feito, dando-se continuidade ao trâmite processual.

A questão que realmente nos vem é, então, a questão a cujo propósito se disse na origem o seguinte (quando ali se admitiu o recurso especial):

O que se discute, justamente, é se a ordem jurídica brasileira admite a utilização da ação anulatória como instrumento apto a desconstituir a coisa julgada. E a resposta que parece aflorar é a de que o ordenamento jurídico prevê, para tal desiderato, a ação rescisória, com hipóteses bastante precisas, não sendo lícita a utilização de outros instrumentos para tal. Sobre a possibilidade de se adequar a *querella nullitatis* para tal fim, cabe às instâncias superiores fixar entendimento, razão pela qual, também por tal fundamento, digno de admissão o recurso.

Quanto à tese da relativização da coisa julgada, em si, dada uma possível injustiça, há de se questionar a fluidez própria do conceito. Para que seja possível afirmar que a coisa julgada seja afastada – e não obliterada – ante sentenças injustas, deve ser possível traçar um conceito objetivo de justiça, de modo que este possa indicar qual a interpretação mais correta para uma dada norma.

Observem ainda, relativamente ao tópico denominado *inconstitucional*, o item II da ementa do acórdão recorrido: “A denominada ‘coisa julgada inconstitucional’ encontra na *actio querella nullitatis* o remédio apropriado à correção do vício existente na sentença, existindo legítimo interesse de agir da parte lesada a impugná-la.”

Em suma, foi em torno da relativização que se admitiu, no caso presente, o emprego da ação destinada a anular a sentença, porque, se não se admitisse, correr-se-ia o risco, segundo as palavras do acórdão,

... de, eventualmente, manter-se uma sentença que pode estar equivocada em sua base fática e contrária aos princípios constitucionais da lealdade, boa-fé, isonomia e legalidade. E que, diante da ausência de maior produção probatória, em busca da verdade real, será causa de verdadeiro e injusto “desmoronamento” do patrimônio da parte que clama por justiça, senão vejamos.

Em caso que tal, a saber, de sentença injusta (porque à míngua de maior produção probatória) – é o que se alega e se diz aqui e ali –, admite-se ação de nulidade?

Sobre a relativização, eis alguns depoimentos (de amplo conhecimento de todos os que meditamos sobre tão relevante tema): (I) “estamos convencidos de que não se compadece com o ordenamento positivo o aumento da dose de ‘relativização’ da coisa julgada material que ele próprio já consagra” (Barbosa Moreira); (II) “a linha proposta não vai ao ponto insensato de minar imprudentemente a *auctoritas rei judicatae* ou transgredir sistematicamente o que a seu respeito assegura a Constituição Federal e dispõe a lei. Propõe-se apenas um trato extraordinário destinado a situações extraordinárias com o objetivo de afastar absurdos, injustiças flagrantes, fraudes e infrações à Constituição” (Cândido Dinamarco); (III) “destarte, não se sustenta a admissibilidade da relativização da coisa julgada como uma panacéia capaz de ser adotada em toda e qualquer hipótese e em razão de simples alegação subjetiva de injustiça” (Humberto Theodoro); (IV) “a quebra da ‘coisa julgada inconstitucional’ deve permanecer reservada a situações excepcionais” (Eduardo Talamini).

Há a tal respeito outras lições, e o próprio acórdão nos lembra a lição do nosso Delgado, de boa e pessoal convicção, mas, entre as lições, tantas e tantas, umas não admitindo a proposta, por exemplo, a de Barbosa Moreira, outras admitindo-a, por exemplo, as de Delgado e Dinamarco, vimos que, mesmo quando se admite a relativização, admite-se em situações extraordinárias. Falamos Humberto Theodoro que se não admite “como uma panacéia”. Atentem para estas palavras de Barbosa Moreira:

No mais, pensamos que a disciplina atual já leva em suficiente conta os motivos capazes de justificar a “relativização” da coisa julgada material – vale dizer, já a relativiza *quantum satis*. Não há lugar, ao nosso ver, para invocar, com o fito de aumentar a dosagem, quaisquer princípios supostamente desprezados pelo legislador. Atende o regime vigente, em especial, às exigências da razoabilidade normativa. Merece, em linhas gerais, apoio e preservação.

Sobre a disciplina atual (ação rescisória, é óbvio) – “já leva em suficiente conta...” (lição acima) –, ainda no Federal de Recursos (era eu recentemente chegado ao Tribunal), em caso de julgamento antecipado da lide, dei por literalmente violado o art. 330, I – “dependendo a solução da questão de exame de prova, oportunamente indicada para demonstrar a verdade dos fatos alegados, não pode o juiz antecipar o julgamento da lide”, conforme Ação Rescisória n. 1.040, de 1987. Mas o que, no caso presente, se pretendeu mesmo foi, di-lo doutrinariamente Barbosa Moreira, “o aumento da dose de *relativização* da coisa julgada material”. Reparem em que, no Superior Tribunal, temos nós

admitido, é verdade, a declaração de nulidade por meio da não tão moça *querella nullitatis*, porém o temos feito em casos de citação defeituosa: por todos, REsp n. 194.029, de 2007, Ministra Maria Thereza (com indicação de precedentes, dos anos noventa, da Turma à qual pertenci, a 3ª). Voltarei ao assunto.

Até que o Superior Tribunal não é infenso a que se relativize a coisa julgada (há vozes num e noutro sentido), de todo particularmente nem eu também. Entre a admissão, sem peia, da nova proposta – e a tão conhecida “Eficácia e autoridade da sentença”, de Liebman, do bom gosto dos nossos processualistas de ontem e de hoje, como ficariam as lições lá expostas pelo mestre italiano? – e a sua simples e total não admissão, há, entre nós, repito, vozes diferentes, e um bom exemplo encontra-se no REsp n. 706.987, de 2008, da Segunda Seção, com cinco votos a favor da coisa julgada (Ministros Gomes de Barros, Cesar, Pargendler, Direito e Aldir) e quatro em sentido oposto (Scartezzini, Nancy, Castro Filho e Massami) – “em hipótese alguma admito que a coisa julgada possa ser desconstituída, a não ser pela ação rescisória”, enfaticamente disse lá Pargendler, acompanhado, no pormenor, pelo grande Menezes Direito.

No precedente da Segunda Seção (REsp n. 706.987), atendem para a Ministra Nancy nestas passagens do seu voto vencido:

Quanto ao art. 467, do CPC, não há dúvida de que a garantia da coisa julgada e a imutabilidade dela decorrente é um direito fundamental (art. 5º, inciso XXXVI). Contudo, o direito fundamental à segurança jurídica decorrente da coisa julgada não é absoluto, porquanto pode ser relativizado quando se chocar com outros direitos ou princípios fundamentais de igual ou superior importância hierárquica.

Com efeito, somente na hipótese de colisão entre direitos ou princípios fundamentais é que se deve admitir, pelo menos em tese, a chamada “relativização da coisa julgada”, fazendo-se uma ponderação dos bens envolvidos, com vistas a resolver o conflito e buscar a prevalência daquele direito que represente a proteção a um bem jurídico maior.

(...)

Uma dessas hipóteses é justamente quando está em jogo o princípio essencial da dignidade da pessoa humana...

De acordo com Nancy, admite-se, com efeito, a relativização “somente na hipótese de colisão entre direitos ou princípios fundamentais”. É admitida, portanto, vimos de ver de algumas vozes, em situações extraordinárias, embora, também vimos de ver, haja vozes, no Superior e fora dele, que não a admitem em hipótese alguma. Entre os casos em que é admitida, há os que dizem respeito ao

direito de família – e emblemático aqui é o caso de investigação de paternidade –, por exemplo, foi o que aconteceu no REsp n. 226.436, de 2001, Ministro Sálvio (“a coisa julgada em se tratando de ações de estado, como no caso de investigação de paternidade, deve ser interpretada *modus in rebus*”), também no REsp n. 427.117, de 2003, Castro Filho, vencido ali Menezes Direito (“não há fundamento para afastar a coisa julgada, na linha do precedente desta Terceira Turma”).

Mesmo em caso de investigação de paternidade, preservou-se a coisa julgada, como se pode constatar do já indicado REsp n. 706.987, aquele em que a Segunda Seção se dividiu; confira-se, a seu respeito, a ementa do Ministro Pargendler: “Processo Civil. Investigação de paternidade. Coisa julgada decorrente de ação anterior, ajuizada mais de trinta anos antes da nova ação, esta reclamando a utilização de meios modernos de prova (exame de DNA) para apurar a paternidade alegada; preservação da coisa julgada. Recurso especial conhecido e provido” (DJ de 10.10.2008). De igual sorte, no REsp n. 107.248, de 1998, quando a 3ª Turma (Costa Leite, Naves, Zveiter e Direito) avocou a coisa julgada numa ação de negativa de paternidade, e ali disse o excelso Menezes Direito, na ementa do acórdão, o seguinte: “Seria terrificante para o exercício da jurisdição que fosse abandonada a regra absoluta da coisa julgada que confere ao processo judicial força para garantir a convivência social, dirimindo os conflitos existentes. Se, fora dos casos nos quais a própria lei retira a força da coisa julgada, pudesse o Magistrado abrir as comportas dos feitos já julgados para rever as decisões não haveria como vencer o caos social que se instalaria” (DJ de 29.06.1998).

Na Primeira Seção, é verdade, tem-se admitido se possa contornar a coisa julgada, e tal vem acontecendo em casos relativos à justa indenização nas desapropriações; eis, a propósito, tópico de ementa do Ministro Fux para o REsp n. 765.566, de 2007: “Consectariamente, erros materiais ou a superestimação intencional do valor da justa indenização escapam do manto da coisa julgada, como cediço na jurisprudência do próprio STJ que admite, sem infringência da imutabilidade da decisão, a atualização do *quantum debeatur* no processo satisfativo” (DJ de 31.05.2007). Semelhantemente, o REsp n. 622.405, Ministra Denise, de 2007. Mas, no REsp n. 445.664, Ministra Eliana, de 2004, por maioria de votos, tratava-se de caso – se bem o entendi – de terceiro prejudicado (em tal ordem, admite-se o emprego da *querella nullitatis*, como vimos de ver).

Aliás, sobre a ação de nulidade – exatamente a destes autos –, distinguiam-se, antes mesmo do direito intermédio (os romanos, por exemplo), sentenças injustas de nulas, e a distinção era tendente a admitir-se, quanto à segunda espécie, a denominada *querella nullitatis*, isso porque, quanto à primeira espécie, transitava em julgado a sentença viciada por erro de julgamento não tempestivamente impugnada. Observou Liebman, conforme estudos de Buzaid, que o “direito canônico (...) e a doutrina medieval exigiram que se alegasse a nulidade por meio de um remédio especial tendente à anulação da sentença, a que denominaram *querella nullitatis*, remédio que não era recurso, nem uma ação, mas uma invocação do *officium iudicis*...” (“Estudos de Direito”, 1972, p. 123). Recente é a expressão “inexistência jurídica”, a cujo propósito escreveu Teresa Arruda (“O dogma da coisa julgada”, 2003, p. 212-3-232): (I) “casos há em que não se forma a coisa julgada, como sustentado acima. Para estes casos é que fica reservada a via da ação declaratória”; (II) “o caso da ausência de citação é o mais rico, como fonte de argumentação”; (III) “predomina na doutrina o entendimento de que a citação é pressuposto de existência do processo, e não de nulidade”. No Superior Tribunal, de 2007, por todos, o já citado REsp n. 194.029, em caso de citação nula (ou inexistente). Se se admite, em caso tal, a *querella* (ação declaratória/ação de nulidade), admite-se também a ação rescisória à vista do princípio da fungibilidade.

Tal o contexto, o que nos cumpre, cumprindo inicialmente a mim, é saber se foi adequado, no caso, o emprego da ação anulatória, aliás, di-lo já que sim, lá na origem, o acórdão recorrido: “Estamos, pois, diante de um daqueles casos que autorizam a impugnação da sentença por meio da ação anulatória, a fim de conferir o exercício da ampla defesa à autora...”

Entretanto não foi e não é lícito, a meu ver, o emprego, na espécie, de tal ação, de sorte que, ao cabo deste voto, estarei restabelecendo a sentença. E mais: já que posso, aqui e agora, decidir o mérito, nem me pronuncio, ao que estou entendendo, sobre o alegado cerceamento de defesa – sobre a alegação do recorrente em torno dos arts. 242, § 1º, e 565 (ver a decisão que, originariamente, admitiu o recurso especial). Ao cabo, repito, estou me pronunciando sobre o mérito, decidindo-o a favor da parte a quem aproveitaria a declaração da nulidade (art. 249, § 2º).

Entre não admitir a relativização da coisa julgada material (em hipótese alguma, conforme algumas ilustres vozes) e admiti-la (em situações extraordinárias, conforme outras não menos ilustres vozes), até que eu, refletindo e refletindo, tenderia a admiti-la, mas em situação excepcional, embora, no ano

1998, não a tenha eu nem admitido quando, no REsp n. 107.248, acompanhei o voto do excelso Menezes Direito (Costa Leite, Naves, Zveiter e Direito) em caso de negativa de paternidade. É emblemático, decerto, o exemplo de quando se pretende utilizar meios modernos de prova (por exemplo, exame de DNA). Vejam, no entanto, que, recentemente, a Suprema Corte americana, em polêmica decisão, decidiu, por cinco votos a quatro, que condenados não têm direito a exames de DNA para provar sua inocência (Folha de S. Paulo, 19.06.2009, A15). Era o caso de um condenado por estupro (no ano 1994) que pretendia provar sua inocência. Disse a Corte: “Apenas a ciência não pode provar que um prisioneiro é inocente.” Polêmica, não? Existe, entretanto, da mesma Corte, decisão admitindo o exame. Durma-se com um barulho desses!

No caso de que estamos cuidando, teria o Juiz errado ao resolver a questão de fato – é o que aqui se alega e é o que aqui se diz –; em suma, tratar-se-ia de sentença injusta (“sob pena de correr-se o risco de se eternizar uma grande injustiça”). Confirmamos, então, o acórdão recorrido nestas passagens do ilustre relator (Rafael Augusto):

Sobre o resultado dessas tratativas é que pairam os pontos controvertidos, os quais giram em torno das seguintes questões: após as conversações mantidas pelas partes, que envolveram principalmente redução ou não do valor dos aluguéis, chegaram elas a um consenso sobre a prorrogação contratual? Se não chegaram, os imóveis foram desocupados pela locatária em tempo oportuno?

(...)

Entendeu o i. magistrado prolator da sentença, ter restado comprovada a prorrogação do contrato de locação, diante do fato de que a locatária, um mês antes da data em que alega ter desocupado o imóvel, firmou o contrato de prestação de serviço com a empresa “Oslu – Buena Assessoria a Estacionamentos S/C Ltda.,” representada pelo sócio Osny Daniel Vieira, locando os serviços operacionais do imóvel utilizado como estacionamento de veículos, pelo prazo de um ano.

(...)

A autora da presente ação anulatória argumenta que é justamente nessa avaliação dos fatos que se encontra o grave equívoco da sentença, a qual, se mantida, será causa de enorme injustiça. Argumenta que com o julgamento antecipado da lide, não teve oportunidade de produzir provas imprescindíveis à demonstração dos verdadeiros fatos, na forma como realmente se deram e que os documentos ora trazidos aos autos representam exatamente as declarações que deveriam ter sido produzidas na instrução processual, e não o foram, o que cerceou seu direito de defesa.

(...)

Esses são alguns dos muitos argumentos trazidos pela autora para justificar o porquê da necessidade de uma maior produção probatória, para melhor elucidar como realmente se deram os fatos ocorridos.

É caso, como se nota, repito, de queixa de errônea resolução da questão de fato (erro de fato), tanto que o acórdão recorrido, já vimos, disse que estava assegurando à autora “ampla defesa” – “que terá a possibilidade de provar suas alegações sob o exercício do contraditório”. Ora, isso já me faz recordar Barbosa Moreira, já citado, ei-lo nesta passagem: “Pergunta-se: que impedirá esse litigante de impugnar em juízo a segunda sentença, e outro juiz de achar possível submetê-la ao crivo de seu próprio entendimento? O óbice concebível seria o da coisa julgada; mas se ele pôde ser afastado com relação à primeira sentença, por que não poderá sê-lo quanto à segunda?”

Observem, pois, aí, o complicador. Porém, e mais relevante, é que, aqui, não se cuida, *soi-disant*, de sentença nula ou, se preferirem, de sentença inexistente, caso em que, lembrem, admite-se a *querella*, mas, consoante se alega e se diz (é o que alega a parte e é o que diz o acórdão), trata-se de sentença injusta, sujeita, por isso, aos pertinentes recursos (e tantos são eles), rescindível até ao ver daquele precedente de 1987 do Federal de Recursos. Há ainda mais relevante aspecto: é que a espécie não se ajusta ao modelo da relativização que, creio eu, tem sido, em alguns momentos, adotado pelo Superior ou por algumas de suas vozes. Recordaria, a propósito, palavras de Nancy, “somente na hipótese de colisão entre direitos ou princípios fundamentais”, embora, vejam bem, repito, no próprio Superior, há vozes, várias, que não aceitam, de maneira alguma, possa ser contornada a coisa julgada, salvo, obviamente, por meio da ação rescisória. No caso, observem também, até a ação rescisória fora intentada, donde a alegação, feita pelo recorrente, de litispendência a teor do art. 267, V, a cujo propósito disse o Desembargador Costa Barros, vencido, no julgamento dos embargos de declaração: “... acolho os embargos de declaração... para manter o entendimento do digno juiz *a quo* que indeferiu a inicial nos termos do artigo 295, III...”

Em suma, o meu entendimento a respeito da espécie de que estamos tratando é o de caso no qual não se subsume a denominada relativização, sem a qual se me afigura sem emprego a ação aqui intentada, porque a queixa, e principal queixa, é a de erro de fato (errônea resolução da questão de fato ou de decisão *contra ius litigatoris*), ainda que se valha o acórdão, como lá se valeu, da expressão, estranha expressão, a meu ver, “coisa julgada inconstitucional”, isso

porque, salvo situação excepcional, vimos linhas atrás, a admissão, em casos que tais, da *querella* contribuiria, como contribui, para descaracterizar, mais e mais, a substância da coisa julgada – a sua imutabilidade.

Ao cabo, conheço do recurso especial; dele conheço porque, levando em conta a admissão da ação lá na origem intentada, tal conclusão violou disposições que somente admitem, em casos que tais (de sentença de mérito transitada em julgado), a ação rescisória, e não outra ação (os indicados arts. 485 e 486), e tal conclusão também acabou violando o indicado art. 267, V. Dou provimento ao recurso, então, para restabelecer a sentença. Em suma, conheço do recurso e lhe dou provimento. Se preferirem, digo apenas que dou provimento ao recurso especial para restabelecer a sentença.

VOTO

O Sr. Ministro Og Fernandes: Sr. Presidente, somos privilegiados em ouvir o voto de V. Exa.

Esse é o voto da permanência e, talvez, da intangibilidade.

De modo que, pelas razões exuberantemente manifestadas e bem exploradas por V. Exa., acompanho o voto de V. Exa., dando provimento ao recurso especial para restabelecer a sentença.

RECURSO ESPECIAL N. 1.113.460-SP (2009/0060428-2)

Relator: Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP)

Recorrente: Julio César Requena Mazzi

Advogado: Ismael Corte Inácio

Recorrido: Ministério Público Federal

EMENTA

Recurso especial. Crime contra a ordem tributária. Configuração do delito do art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 8.137/1990.

Impossibilidade. Crime material. Exigência de efetivo prejuízo ao erário.

1. Esta Corte firmou entendimento de que o delito de supressão ou redução de tributo capitulado no art. 1º da Lei n. 8.137/1990 é material, consumando-se apenas no momento da efetiva supressão ou redução de tributo.

2. Na espécie, a conduta praticada pelo recorrente descrita no acórdão recorrido não se amolda à figura descrita no parágrafo único do art. 1º da Lei n. 8.137/1990.

3. O delito previsto no parágrafo único do referido artigo deve ser interpretado em conjunto com o seu *caput*, pois é de natureza material, consumando-se apenas com a supressão ou omissão de tributo.

4. Recurso especial provido, para restabelecer a sentença de primeiro grau.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE), Nilson Naves, Maria Thereza de Assis Moura e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Sustentou oralmente Dr. Ismael Corte Inácio, pelo recorrente: Julio César Requena Mazzi.

Brasília (DF), 24 de novembro de 2009 (data do julgamento).

Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP),
Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP): Trata-se de recurso especial interposto por Julio César Requena Mazzi, com fulcro nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, que foi assim ementado:

Criminal. Crimes contra a ordem tributária. Falata (*sic*) de atendimento de exigência da autoridade. Omissivo formal. Autoria e materialidade comprovadas.

1. Extrai-se dos autos a autoria e materialidade do ilícito, nas condutas imputadas ao acusado, ante a farta documentação comprobatória colacionada. O apelado logrou ludibriar as Autoridades Fazendárias, bem como ao Ministério Público Federal, ocultando ilegalmente, livros fiscais que deveria apresentar.

2. Da análise teleológica do dispositivo, constato tratar-se de delito omissivo formal, cuja consumação independe de resultado naturalístico.

3. Deixar de punir a conduta daquele que deixa de apresentar seus livros fiscais, quando suscitado para tanto, equivale a deixar impune a conduta daquele que sonega o tributo.

4. Recurso provido.

O recorrente foi denunciado como incurso nas sanções do art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 8.137/1990, e absolvido pelo Juiz da Segunda Vara Federal, conforme consta na sentença (fls. 597):

Consta da denúncia que o réu, na qualidade de administrador da empresa “Dolly do Brasil Refrigerante Ltda”, foi intimado em 14 de março de 2000 pela Receita Federal para apresentar, no prazo de 10 dias, uma lista de livros e notas fiscais elencados no termo de intimação fiscal juntado às fl. 20 dos presentes autos, tendo sido reintimado em 30.03.2000 (fls. 22), sendo que, na época, havia se manifestado por escrito (fl. 21) alegando impossibilidade na apresentação dos mesmos, ao argumento de que parte da documentação estaria de posse do Ministério Público Federal por força da requisição veiculada por meio do ofício n. 15/00 expedido por aquele órgão, alegação esta revestida de falsidade ao ver do *Parquet* Federal, pelo que teria restado caracterizada a realização da conduta criminosa prescrita no art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 8.137/1990.

(...)

Em vista de todo o exposto, ausentes tanto a materialidade quanto o dolo necessários à configuração do crime, *julgo improcedente* a denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal em face do réu *Júlio César Requena Mazzi*, qualificado nos autos, *absolvendo-o* das condutas ilícitas a ele imputadas por

não ter constituído o fato infração penal em face do não preenchimento de todos os elementos elencados no tipo penal (art. 1º e parágrafo único, da Lei n. 8.137/1990), tudo nos termos do art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

O Órgão Ministerial apelou e o Tribunal *a quo* deu provimento ao recurso, para reformar a sentença e condenar o réu à pena de 3 (três) anos de reclusão e 15 (quinze) dias-multa, a ser cumprido no regime inicial aberto.

Adveio, então, o presente especial, onde o recorrente alega, além de divergência jurisprudencial, que “o parágrafo único do art. 1º, da Lei n. 8.137/1990, é de ação dupla, ou seja, só existirá em conjunto com o núcleo da cabeça do artigo, e não autonomamente, tratando-se de crime material, que exige resultado danoso ao fisco, e dolo específico do agente, para sua caracterização.” (fls. 725).

Apresentadas as contrarrazões (fls. 737-740) e admitido o recurso, subiram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal opina pelo não conhecimento do recurso.

É o relatório, em síntese.

VOTO

O Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP) (Relator): A irresignação merece prosperar.

De feito, esta Corte Superior já firmou entendimento de que o delito de supressão ou redução de tributo capitulado no art. 1º da Lei n. 8.137/1990 é material, não se consumando no momento da prática das condutas enumeradas nos incisos do referido dispositivo legal, mas no momento da efetiva supressão ou redução de tributo, consubstanciada na vantagem auferida ou prejuízo causado com a evasão tributária.

Nesse sentido, os seguintes julgados:

Conflito de competência. Crime contra a ordem tributária. Supressão ou redução de tributo. Crime material. Consumação. Local onde verificado o efetivo prejuízo decorrente da conduta.

1. *Por tratar-se de crime material, o ilícito de supressão ou redução de tributo, previsto no art. 1º da Lei n. 8.137/1990, consuma-se no local onde verificado o prejuízo decorrente da conduta típica.*

2. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da Vara de Inquéritos Policiais de Curitiba-PR.

(CC n. 75.170-MG, Rel. Mina. Maria Thereza de Assis Moura, DJ 27.09.2007);

Habeas corpus. Crime contra a ordem tributária. Artigo 1º, da Lei n. 8.137/1990. Inquérito policial antes do lançamento definitivo do tributo. Impossibilidade. Ausência de justa. Ordem concedida.

1. É condição objetiva de punibilidade dos crimes definidos no artigo 1º, da Lei n. 8.137/1990, o lançamento definitivo do crédito tributário, não podendo, antes disso, ter início a persecução penal - por manifesta ausência de justa causa.

2. Enquanto o tributo não se torna exigível também não terá curso a prescrição.

3. Ordem concedida.

(HC n. 49.524-RJ, Rel. Min. Paulo Medina, DJ de 09.10.2006);

Recurso especial. Penal e Processual Penal. Crime de sonegação fiscal. Condenação (art. 1º, incisos I, II e IV, da Lei n. 8.137/1990, c.c. os arts. 29 e 71, do CP): nulidade da sentença. Consumação do delito: momento. Incidência da agravante prevista no art. 12, I, da Lei n. 8.137/1990: reexame de provas. Embargos de declaração: inexistência de violação aos arts. 619 e 620 do CPP. Leis n. 4.729/1965 e 8.137/1990: incidência.

(...)

Se as condutas ilícitas ocorreram nos exercícios fiscais de 1988 a 1991, em continuidade delitiva, correta a decisão que aplica à espécie a Lei n. 8.137/1990 em lugar da Lei n. 4.729/1965. *Ademais, a consumação do delito de sonegação fiscal (por ser crime material), não se verifica no momento em que ocorreu a fraude, mas, sim, no momento da efetiva vantagem auferida ou prejuízo causado com a evasão tributária, que no caso se deu sob a égide da nova lei.*

Precedentes.

Recurso conhecido em parte e nessa parte desprovido.

(REsp n. 172.375, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 18.10.1999);

Processual Penal. *Habeas corpus*. Sonegação fiscal. Lei n. 8.137/1990. Incidência. Inocorrência da prescrição.

Tendo em vista que a sonegação fiscal não é infração formal mas material, sua consumação se verifica no momento da efetiva vantagem auferida ou prejuízo causado, nunca no instante em que se positivou a fraude.

Inocorrência da prescrição da pretensão punitiva.

Recurso improvido.

(RHC n. 5.912-PR, Rel. Min. Cid Flaquer Scartezini, DJ 03.02.1997).

Contudo, a controvérsia nestes autos cinge-se em definir se o parágrafo único, do art. 1º, da Lei n. 8.137/1990, é crime de natureza formal, autônoma, não necessitando para sua consumação da comprovação do resultado, consistente no efetivo prejuízo ao erário; ou de natureza material, sendo imprescindível que a conduta do agente, de negar em fornecer os documentos exigidos pela fiscalização, seja permeada de dolo específico de suprir ou reduzir tributo, resultando em dano ao fisco.

A Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da Terceira Região entendeu que o crime em comento é delito omissivo formal, e assim consignou no acórdão recorrido (fls. 676-677):

Em sua fundamentação, aduziu o MM. Juízo de 1º grau que, o parágrafo único do dispositivo deveria ser apreciado em consonância com o *caput*, sendo exigido para a consumação, a efetiva supressão do tributo, tratando-se de delito de natureza material.

No entanto, procedendo-se à uma análise teleológica do tipo penal, constato o contrário, trata-se de crime omissivo formal, em que a consumação ocorre com a simples conduta do agente em deixar de atender exigência da autoridade fiscal.

Nesse sentido, foi o voto do Excelentíssimo Desembargador Federal Nelton dos Santos, colacionado nas fls. 263-281, que peço Vênia para transcrever no seguinte trecho:

Em outras palavras, a simples falta de atendimento da autoridade no prazo de dez dias equivale, para fins penais, a suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social ou qualquer acessório, mediante a conduta de negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

Tem-se, pois, dois delitos penais, autônomos, apesar se (*sic*) equiparados: a) suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante a conduta de negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação; e b) deixar de atender à exigência da autoridade, no prazo de dez dias.

Com efeito, se se considerasse menos grave a conduta de deixar de atender à exigência da autoridade e, por conseguinte, se ela fosse punida mais brandamente, o agente poderia, com manifesta vantagem, valer-se da desobediência para ocultar a supressão ou a redução.

Em suma, pode-se afirmar, sem temor de erro, que o crime previsto no parágrafo único do art. 1º é autônomo, formal e contenta-se com o dolo genérico, consubstanciado na vontade deliberada de não atender à ordem da autoridade, independentemente de qualquer resultado que, eventualmente, o sujeito queira alcançar.

Claro está, em um exercício de lógica, que deixar de punir o infrator que deixa de apresentar seus livros fiscais, quando suscitado para tanto, equivaleria a deixar impune a conduta que tenha, como único escopo, supressão ou redução de tributo ou contribuição social.

Outrossim, ante o conjunto fático-probatório exposto, a condenação do apelado é medida que se impõe.

Contudo, filio-me à corrente doutrinária que entende ser o delito definido no parágrafo único, do art. 1º, da Lei n. 8.137/1990, de natureza material (ou de resultado), necessário, portanto, para sua configuração, que haja a redução ou supressão de tributo, como definido no seu *caput*.

Permito-me, assim, adotar as sábias ponderações feitas a esse respeito pelo MM. Juiz da Segunda Vara Federal de São Bernardo do Campo, em sua lúcida sentença absolutória, a seguir transcrita (fls. 599-603):

Assim dispõe o art. 1º, da Lei n. 8.137/1990, ao tipificar os crimes chamados crimes de “sonegação fiscal”:

*Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária **suprimir ou reduzir tributo**, ou contribuição social e qualquer acessório, **mediante as seguintes condutas**:*

I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;

IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;

V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

*Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, **caracteriza a infração prevista no inciso V.***

Da análise do dispositivo legal, em sua inteireza, verifico tratar-se de uma única figura penal, e não de diversos tipos penais agrupados em um mesmo dispositivo legal.

Isso porque o seu *caput* é cristalino ao se asseverar que “constitui *crime* contra a ordem tributária *suprimir ou reduzir tributo*”, representando os elementos ora destacados a essência do tipo penal em voga, que revela nitidamente sua natureza jurídica de crime material, posto ser imprescindível para sua configuração a realização do resultado naturalístico danoso, qual seja, a supressão ou redução de tributo legalmente devido, em prejuízo ao bem jurídico tutelado, que é a ordem tributária, aliás, expressamente mencionada no corpo do tipo penal.

Contudo, não basta seja atingido o resultado naturalístico danoso para a configuração do crime, posto que, por razões de política criminal, exigiu o legislador penal que tal resultado advenha da prática de uma das seguintes condutas arroladas nos cinco incisos do artigo 1º, e que à evidência compõem o tipo penal como elementos integrantes deste, sem os quais não haverá a configuração do crime.

Correto ou não o fato é que assim se configurou em termos jurídicos o tipo penal prescrito pelo artigo 1º, da Lei n. 8.137/1990, e assim deverá ser aplicado no caso concreto, como autêntico crime material, o que aliás restou pacificado em sede do Pretório Excelso quando do julgamento do *leading case* HC n. 81.611-DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 13.05.2005.

Portanto, no tocante às condutas elencadas nos cinco incisos do artigo 1º, da Lei n. 8.137/1990, não há mais discussão acerca da natureza jurídica material do crime tipificado, devendo-se ler tais condutas em necessário cotejo com o *caput* do dispositivo legal.

Contudo, ainda resta grande celeuma doutrinária acerca da conduta tipificada no parágrafo único, do art. 1º, da Lei n. 8.137/1990, havendo doutrinadores a defender a natureza jurídica de crime autônomo, de natureza formal, para tal hipótese, enquanto outros defendem a necessária coerência do parágrafo com o *caput* do dispositivo legal, a evidenciar a natureza jurídica de crime material para tal figura.

Em que pesem os ilustres doutrinadores defensores da natureza de crime autônomo para o parágrafo único, tenho para mim que o mesmo não pode ser interpretado à revelia do *caput* do art. 1º, que de sua leitura evidencia a imperiosidade de se interpretar as condutas arroladas nos incisos e no próprio

parágrafo à sua luz, como meros elementos integrantes do tipo penal único e maior prescrito por todo o art. 1º, da Lei n. 8.137/1990.

Isso porque, em primeiro lugar, o *caput* é cristalino ao asseverar que crime tipificado no art. 1º somente ocorre quando presentes os resultados naturalístico danosos de “suprimir ou reduzir tributo”, e ainda por cima somente quando tal se der “mediante as seguintes condutas”, arroladas nos cinco incisos do artigo.

Em segundo lugar, o parágrafo único é expresso ao asseverar que a conduta nele prescrita “*caracteriza a infração prevista no inciso V*”, ou seja, é *equivalente em termos jurídicos à conduta prescrita no inciso V, pelo que, por óbvio, reveste-se da mesma natureza jurídica dele, que no caso é de crime material*.

Em terceiro lugar, se é verdade que o parágrafo não necessariamente deve ser interpretado em cotejo com seu *caput*, também é verdade que no presente caso deve tal ocorrer, seja porque o *caput* assim o exige para as condutas prescritas em seus incisos, o que engloba o parágrafo único por força da equiparação ao inciso V nele empreendida, seja porque para a configuração de um tipo penal completo imprescindível se afigura a existência tanto do preceito primário, veiculador das condutas tidas como criminosas, como do preceito secundário, veiculador da respectiva sanção legal, sendo que considerar o parágrafo único do art. 1º, da Lei n. 8.137/1990 como crime autônomo implicaria na necessidade de se apontar o preceito secundário da infração penal.

Como único preceito secundário prescrito no artigo 1º, da referida lei, encontra-se localizado imediatamente abaixo das condutas prescritas nos incisos do *caput*, portanto, referindo-se somente a estas (tipo penal autônomo, destacado do parágrafo único), disso decorre que crime autônomo do parágrafo único do dispositivo legal restaria incompleto, posto que presente somente seu preceito primário, sem qualquer preceito secundário a embasá-lo, restando logicamente vedada a adoção do preceito secundário destinado somente ao tipo penal do *caput* como complemento para si próprio, o que dependeria, no mínimo, de previsão legal expressa contida no próprio parágrafo (primado da legalidade no direito penal, art. 5º, XXXIX, da CF/1988), o que inexistiu, na prática.

E tal ausência de preceito secundário, a meu ver, evidencia a maior fragilidade da tese de que o parágrafo único, do art. 1º, da Lei n. 8.137/1990 se configuraria delito autônomo, destacado do *caput* e incisos, posto que restaria imprestável para fins de apenar a conduta nele prescrita face a inexistência de sanção aplicável ao ilícito prescrito.

Nesse sentido, como reforço de meu entendimento, cito as seguintes palavras dos Ilustres Juristas Roberto Delmanto, Roberto Delmanto Jr. e Fábio de Almeida Delmanto:

Da leitura *isolada* deste parágrafo único, poder-se-ia concluir que ele não exige, para a sua consumação, o resultado naturalístico *supressão ou redução de tributo, contribuição social ou acessório*, despontando como

uma espécie bem mais grave do crime de desobediência, previsto no art. 330 do CP. *Todavia, essa não nos parece a melhor interpretação, posto ser absolutamente atécnico um mesmo artigo de lei prever, na combinação do **caput** com os seus cinco incisos, modalidades de **crime material**, e, no parágrafo único, um **crime formal**, e ainda equiparado ao do inciso V, que, como visto, é **material**. Admitir que o parágrafo único estaria prevendo um crime formal seria absolutamente incongruente, já que a sua punição é igual à prevista para a prática dos comportamentos incriminados nos cinco incisos. Ora, se o objeto jurídico é o mesmo (a arrecadação tributária, que engloba, evidentemente, a sua fiscalização), não seria razoável que um delito formal (de perigo, portanto) fosse apenado da mesma forma que um delito material. Pode-se asseverar, em face da péssima técnica legislativa aqui apontada, portanto, que o delito previsto no parágrafo único do art. 1º é **material**, exigindo, para a sua consumação, a redução ou supressão de tributo. Observe-se, ademais, que o parágrafo único não mandou simplesmente aplicar a pena do **caput** c.c. o inciso V, mas, indo além, dispôs expressamente que a sua infringência “caracteriza a infração prevista no inciso V”. Assim sendo, se o parágrafo único caracteriza (configura) a mesma infração do art. 1º, V, ela haverá de ser igualmente **material**.”*

Como reforço, saliento que o legislador penal, em diversas passagens do Código Penal, parte especial, utilizou-se da técnica de inserir no mesmo artigo duas ou mais figuras penais.

Contudo, quando o fez, deixou expresso e claro tanto o preceito primário quanto o secundário, imediatamente abaixo, do tipo penal, consoante se verifica nos artigos 121, par. 2º; 121, par. 3º; 129, pars. 1º, 2º e 3º; 155, pars. 4º e 5º; 157, par. 3º; 159, pars. 1º, 2º e 3º, dentre outros, *o que incorreu no caso do parágrafo único do art. 1º, da Lei n. 8.137/1990.*

De todo o exposto, concluo que o tipo penal prescrito pelo parágrafo único do art. 1º, da Lei n. 8.137/1990, reveste-se da natureza jurídica de crime material, pelo que imprescindível a comprovação da realização do resultado naturalístico danoso (omissão ou supressão de tributo) para sua configuração, devendo o mesmo ser analisado em conjunto com o seu *caput*.

Não se perca de vista, ainda, a ponderação de Guilherme de Souza Nucci, *in* Leis Penais e Processuais Penais Comentadas, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2009, p. 993-994:

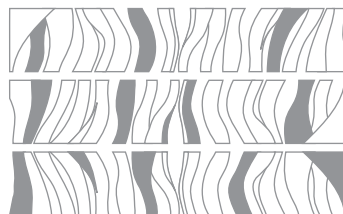
42. *Tipo incriminador potencialmente inconstitucional*: não há nenhuma relação entre o atendimento a alguma exigência formulada pela autoridade fazendária, na sua atividade fiscalizadora, e a conduta típica prevista no inciso V (negar ou não fornecer nota fiscal ou fornecer em desacordo com a legislação), o que, por si só, ofende o princípio da taxatividade. Não se sabe ao certo o que

almeja a lei penal ao equiparar *qualquer* exigência da autoridade a um tipo de redação completamente distinta. Não bastasse, o referido tipo do parágrafo único chega ao cúmulo de estabelecer o prazo de dez dias para atendimento da tal exigência - que não se sabe qual é - mas podendo ser reduzida para horas, em função da *maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade de atendimento*. Quem irá determinar isso? O agente da fiscalização, o delegado de polícia, o juiz, o Ministério Público? Busquemos bom senso na elaboração de leis de conteúdo penal, em homenagem ao princípio básico da *legalidade*, que não abre mão da *taxatividade*. Se o estado entende justificada a criação de um tipo penal equivalente à previsão estapafúrdia feita no parágrafo único, bastaria ter dito, especificamente, qual é a exigência (ou quais são as exigências) da autoridade (qual é a autoridade ou quais são os agentes), estipulando um prazo fixo ou, no mínimo, detalhando qual seria a redução plausível e em que situações. Do modo como está posto, uma fiscal fazendário pode demandar a apresentação de um livro contábil qualquer, no prazo de duas horas, por achar situação simples, configurando o crime, caso o contribuinte não cumprir a *exigência* formulada. Quem irá sanar a injustiça de eventual prisão em flagrante, quando da não apresentação do documento no exíguo prazo de duas horas? O juiz, ao final do processo criminal, quando absolver o réu? Note-se que, de dez dias, permite o legislador que a exigência seja *convertida* em horas (frações de um dia)... Inaplicável o parágrafo único, salvo se a autoridade fazendária conceder, efetivamente, dez dias para a apresentação de qualquer documento indispensável à fiscalização, cientificando o contribuinte de modo expresso (e comprovado), desde que não se trate de dado cuja busca demande prazo flexível, pois complexa a sua elaboração ou exibição. Comentando esse parágrafo, ensina Paulo José da Costa Júnior que "o dispositivo mostra-se por demasia impróprio, contrariando todas as técnicas de redação legislativa. Além do mais, foi redigido de forma bastante obscura, o que impõe uma análise atenta e cautelosa" (*Infrações tributárias e delitos fiscais*, p. 130).

Entendo que a conduta praticada pelo ora recorrente, descrita tanto na sentença quanto no acórdão recorrido, não se amolda ao tipo penal definido no parágrafo único, do art. 1º, da Lei n. 8.137/1990, pois não houve supressão ou omissão de tributo.

Em face do exposto, conheço do recurso e a ele dou provimento, para restabelecer a sentença de primeiro grau.

É como voto.



Súmulas

SÚMULA N. 410

A prévia intimação pessoal do devedor constitui condição necessária para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.

Referência:

CPC, art. 632.

Precedentes:

AgRg no Ag 774.196-RJ (3ª T, 19.09.2006 – DJ 09.10.2006)

AgRg no Ag 1.046.050-RS (4ª T, 06.11.2008 – DJe 24.11.2008)

AgRg no REsp 993.209-SE (3ª T, 18.03.2008 – DJe 12.05.2008)

AgRg nos EDcl no REsp 1.067.903-RS (3ª T, 21.10.2008 – DJe 18.11.2008)

REsp 629.346-DF (3ª T, 28.11.2006 – DJ 19.03.2007)

REsp 1.035.766-MS (4ª T, 23.09.2009 – DJe 02.10.2009)

Segunda Seção, em 25.11.2009

DJe 16.12.2009

Republicado no DJe 03.02.2010

SÚMULA N. 411

É devida a correção monetária ao creditamento do IPI quando há oposição ao seu aproveitamento decorrente de resistência ilegítima do Fisco.

Precedentes:

AgRg no Ag 950.785-RS (2ª T, 22.09.2009 – DJe 30.09.2009)

AgRg no Ag 1.025.578-SP (2ª T, 13.10.2009 – DJe 28.10.2009)

AgRg nos EDcl no REsp 753.770-MG (1ª T, 21.08.2007 – DJ 24.09.2007)

AgRg nos EREsp 546.350-DF (1ª S, 23.09.2009 – DJe 1º.10.2009)

EDcl nos EDcl no REsp 509.648-SC (2ª T, 16.08.2007 – DJ 28.08.2007)

EREsp 465.538-RS (1ª S, 13.12.2006 – DJ 1º.10.2007)

EREsp 490.660-RS (1ª S, 13.04.2005 – DJ 09.05.2005)

REsp 576.857-RS (1ª T, 25.10.2005 – DJ 19.12.2005)

REsp 674.542-MG (1ª T, 27.03.2007 – DJ 30.04.2007)

REsp 860.907-RS (2ª T, 12.12.2006 – DJ 1º.02.2007)

Primeira Seção, em 25.11.2009

DJe 16.12.2009

SÚMULA N. 412

A ação de repetição de indébito de tarifas de água e esgoto sujeita-se ao prazo prescricional estabelecido no Código Civil.

Referências:

CPC, art. 543-C.

CC/1916, art. 177.

CC/2002, art. 205.

Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º.

Precedentes:

EREsp 690.609-RS (1ª S, 26.03.2008 – DJe 07.04.2008)

REsp 149.654-SP (2ª T, 06.09.2005 – DJ 17.10.2005)

REsp 1.113.403-RJ (1ª S, 09.09.2009 – DJe 15.09.2009)

Primeira Seção, em 25.11.2009

DJe 16.12.2009

SÚMULA N. 413

O farmacêutico pode acumular a responsabilidade técnica por uma farmácia e uma drogaria ou por duas drogarias.

Referências:

CPC, art. 543-C.

Lei n. 5.991/1973, art. 20.

Decreto n. 74.170/1974, art. 28.

Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º.

Precedentes:

AgRg no REsp 1.008.960-MG (2ª T, 02.10.2008 – DJe 29.10.2008)

REsp 863.882-SC (1ª T, 07.11.2006 – DJ 14.12.2006)

REsp 943.029-MG (1ª T, 02.06.2009 – DJe 10.06.2009)

REsp 968.778-MG (1ª T, 11.12.2007 – DJ 07.02.2008)

REsp 1.112.884-MG (1ª S, 26.08.2009 – DJe 18.09.2009)

Primeira Seção, em 25.11.2009

DJe 16.12.2009

SÚMULA N. 414

A citação por edital na execução fiscal é cabível quando frustradas as demais modalidades.

Referências:

CPC, art. 543-C.

Lei n. 6.830/1980, art. 8º.

Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º.

Precedentes:

AgRg no REsp 781.933-MG (2ª T, 14.10.2008 – DJe 10.11.2008)

AgRg no REsp 1.054.410-SP (1ª T, 19.08.2008 – DJe 1º.09.2008)

AgRg nos EREsp 417.888-SP (1ª S, 25.08.2004 – DJ 20.09.2004)

AgRg nos EREsp 756.911-SC (1ª S, 14.11.2007 – DJ 03.12.2007)

REsp 357.550-RS (2ª T, 15.12.2005 – DJ 06.03.2006)

REsp 837.050-SP (1ª T, 17.08.2006 – DJ 18.09.2006)

REsp 927.999-PE (2ª T, 04.11.2008 – DJe 25.11.2008)

REsp 1.103.050-BA (1ª S, 25.03.2009 – DJe 06.04.2009)

Primeira Seção, em 25.11.2009

DJe 16.12.2009

SÚMULA N. 415

O período de suspensão do prazo prescricional é regulado pelo máximo da pena cominada.

Referências:

CP, art. 109.

CPP, art. 366.

Precedentes:

AgRg no Ag 514.205-RS (5ª T, 1º.04.2004 – DJ 17.05.2004)

HC 31.801-SP (6ª T, 16.12.2004 – DJ 06.02.2006)

HC 34.345-SP (5ª T, 07.10.2004 – DJ 16.11.2004)

HC 39.125-SP (5ª T, 17.05.2005 – DJ 05.09.2005)

HC 48.728-DF (5ª T, 04.04.2006 – DJ 08.05.2006)

HC 48.732-DF (5ª T, 16.08.2007 – DJ 1º.10.2007)

HC 84.982-SP (5ª T, 21.02.2008 – DJe 10.03.2008)

REsp 220.230-SP (6ª T, 03.12.2001 – DJ 04.02.2002)

Terceira Seção, em 09.12.2009

DJe 16.12.2009

SÚMULA N. 416

É devida a pensão por morte aos dependentes do segurado que, apesar de ter perdido essa qualidade, preencheu os requisitos legais para a obtenção de aposentadoria até a data do seu óbito.

Referências:

CPC, art. 543-C.

Lei n. 8.213/1991, arts. 15, 26, I, 74 e 102, § 2º.

Lei n. 9.528/1997.

Lei n. 9.876/1999, art. 2º.

Lei n. 10.666/2003, art. 3º.

Decreto n. 3.048/1999.

Decreto n. 4.729/2003.

Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º.

Precedentes:

AgRg no Ag 593.398-SP (6ª T, 23.04.2009 – DJe 18.05.2009)

AgRg no REsp 775.352-SP (6ª T, 30.10.2008 – DJe 15.12.2008)

AgRg no REsp 839.312-SP (5ª T, 15.08.2006 – DJ 18.09.2006)

AgRg no REsp 964.594-RS (5ª T, 28.02.2008 – DJe 31.03.2008)

AgRg nos EREsp 314.402-PR (3ª S, 22.11.2006 – DJ 04.12.2006)

AgRg nos EREsp 543.177-SP (3ª S, 13.02.2008 – DJe 03.06.2008)

AgRg nos EREsp 547.202-SP (3ª S, 08.03.2006 – DJ 24.04.2006)

EREsp 263.005-RS (3ª S, 24.10.2007 – DJe 17.03.2008)

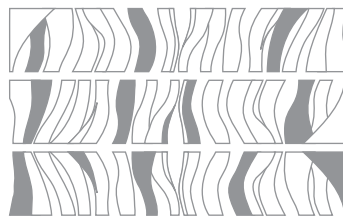
EREsp 524.006-MG (3ª S, 09.03.2005 – DJ 30.03.2005)

REsp 1.110.565-SE (3ª S, 27.05.2009 – DJe 03.08.2009)

Terceira Seção, em 09.12.2009

DJe 16.12.2009





Índice Analítico

A

- Adm Abandono de cargo - CF/1988, art. 229, VII - Conselho da Polícia Civil do Estado do Paraná - Composição - Constituição Estadual (PR), art. 47, § 2º - CPP, art. 252, III - Lei Complementar n. 98/2003(PR) - Ministério Público - Participação - Legalidade - Prescrição - Ocorrência - Processo administrativo disciplinar - Servidor público - Impedimento - **Servidor público estadual**. RMS n. 20.337 - PR. RSTJ 217/1037.
- PrPn **Abolitio criminis temporária** - Arma apreendida - Regularização - Impossibilidade - CPP, art. 580 - Inaplicabilidade - Estatuto do Desarmamento - Lei n. 10.826/2003, art. 16, *caput* e III. HC n. 137.601 - RJ. RSTJ 217/1033.
- PrCv **Ação anulatória** - *Querella nullitatis* - Coisa julgada material - Relativização - Não-cabimento. REsp n. 893.477 - PR. RSTJ 217/1166.
- PrCv **Ação civil pública** - Competência - Justiça Federal - Comunidade indígena - Dano ambiental - Imprescritibilidade - Direito fundamental - Configuração - Pedido genérico - Irrelevância - *Quantum debeat* - Fixação - Possibilidade. REsp n. 1.120.117 - AC. RSTJ 217/730.
- PrCv **Ação civil pública** - Direito à saúde - Direito individual indisponível - Caracterização - Legitimidade ativa *ad causam* - Ministério Público - Pessoa física - Tratamento médico fora do domicílio. REsp n. 830.904 - MG. RSTJ 217/685.
- PrCv **Ação coletiva** - Ações individuais - Sustação - Possibilidade - Caderneta de poupança - Correção de saldo - CC/2002, arts. 122 e 166 - CPC, arts. 2º e

- 6º - Lei n. 8.078/1990, arts. 51, IV e § 1º, 103 e 104. REsp n. 1.110.549 - RS. RSTJ 217/788.
- PrCv Ação de improbidade administrativa - Lei n. 8.429/1992, art. 20, parágrafo único - Lei n. 8.437/1992 - Prefeito Municipal - Afastamento do cargo - **Suspensão de liminar e de sentença**. AgRg na SLS n. 1.047 - MA. RSTJ 217/38.
- PrCv Ação de repetição do indébito - CC/1916, art. 177 - CC/2002, art. 205 - CPC, art. 543-C - Prazo prescricional - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º - **Tarifas de água e esgoto**. Súmula n. 412-STJ. RSTJ 217/1193.
- PrCv **Ação de rescisão contratual** - Autora - Falência posterior - Direito disponível - Caracterização - Ministério Público - Intervenção - Desnecessidade - Nulidade - Não-ocorrência - Princípio da instrumentalidade das formas. REsp n. 419.020 - MG. RSTJ 217/889.
- PrPn **Ação penal** - Instauração - Não-ocorrência - CF/1988, art. 5º, XII - Constrangimento ilegal - Não-ocorrência - Crime de tráfico internacional de entorpecentes - Interceptação telefônica - Ilegalidade - Lei n. 9.296/1996, art. 2º. HC n. 88.825 - GO. RSTJ 217/973.
- PrPn Ação penal - Trancamento - Não-cabimento - CP, art. 347 - Crime conexo - **Crime de fraude processual** - Exclusão da pronúncia - Impossibilidade. HC n. 137.206 - SP. RSTJ 217/1022.
- Adm Ação penal - Trânsito em julgado - Não-ocorrência - Candidato - Exclusão - Impossibilidade - CF/1988, art. 5º, LVII - **Concurso público** - Princípio da presunção de inocência. RMS n. 13.546 - MA. RSTJ 217/1135.
- PrPn **Ação penal originária** - Crime de advocacia administrativa - Crime de corrupção passiva - Crime de exploração de prestígio - Crime de falsidade ideológica - Crime de quadrilha ou bando - Denúncia - Rejeição - Interceptação telefônica - Justa causa - Ausência. Denun na APn n. 549 - SP. RSTJ 217/62.
- Cv Ação possessória - Cabimento - CC/2002, arts. 579 e 581 - Comodato - Descaracterização - Impossibilidade - CPC, art. 926 e seguintes - Esbulho - Ocorrência - **Imóvel** - Súmula n. 5-STJ - Súmula n. 7-STJ. REsp n. 302.137 - RJ. RSTJ 217/881.
- PrCv **Ação rescisória** - Inadmissibilidade - CPC, art. 530 - Observância - Embargos infringentes - Não-cabimento. EAR n. 3.231 - PR. RSTJ 217/778.
- PrCv Acidente em rodovia - Animais na pista - **Denúnciação à lide** - Não-cabimento - Responsabilidade objetiva - Concessionária de serviço público. REsp n. 573.260 - RS. RSTJ 217/906.

- PrCv Ações individuais - Sustação - Possibilidade - **Ação coletiva** - Caderneta de poupança - Correção de saldo - CC/2002, arts. 122 e 166 - CPC, arts. 2º e 6º - Lei n. 8.078/1990, arts. 51, IV e § 1º, 103 e 104. REsp n. 1.110.549 - RS. RSTJ 217/788.
- PrCv Adiamento duradouro - Caracterização - **Apelação** - Feito - Inclusão em pauta - Necessidade - Novo julgamento - Pedido de vista - Ocorrência - Princípio da não surpresa - Observância. REsp n. 1.115.393 - RS. RSTJ 217/716.
- Cv Adultério - CC/1916, art. 1.518 - CC/2002, art. 942, *caput* e parágrafo único - Cúmplice do cônjuge infiel - **Indenização** - Não-cabimento - Solidariedade - Inexistência. REsp n. 1.122.547 - MG. RSTJ 217/949.
- Adm Afastamento para concorrer a cargo eletivo - Gratificação de natureza *propter laborem* - Recebimento - Impossibilidade - Lei Complementar n. 64/1990 - **Servidor público estadual**. REsp n. 714.843 - MG. RSTJ 217/1158.
- PrCv **Agravo de instrumento** - Formação - CF/1988, art. 5º, XXXV - Direito de recorrer - Observância - Recurso especial - Interposição - Momento de verificação - Recurso extraordinário - Inadmissibilidade - Súmula n. 126-STJ. EAg n. 1.093.440 - RJ. RSTJ 217/404.
- PrCv Agravo retido - Não-cabimento - CPC, art. 523, § 4º - Violação - Não-ocorrência - Decisão interlocutória - Execução de título extrajudicial - Matéria constitucional - **Recurso especial** - Via eleita inadequada. REsp n. 418.349 - PR. RSTJ 217/803.
- PrCv **Apelação** - Adiamento duradouro - Caracterização - Feito - Inclusão em pauta - Necessidade - Novo julgamento - Pedido de vista - Ocorrência - Princípio da não surpresa - Observância. REsp n. 1.115.393 - RS. RSTJ 217/716.
- PrPn **Apelação** - Interposição - Deserção - Não-ocorrência - Fuga do réu - Superveniência - Nulidade absoluta - Súmula n. 347-STJ. HC n. 138.001 - RJ. RSTJ 217/1123.
- Pv Aposentadoria - Requisitos - Necessidade - CPC, art. 543-C - Decreto n. 3.048/1999 - Decreto n. 4.729/2003 - Lei n. 8.213/1991, arts. 15; 26, I; 74 e 102, § 2º - Lei n. 9.528/1997 - Lei n. 9.876/1999, art. 2º - Lei n. 10.666/2003, art. 3º - **Pensão por morte** - Cabimento - Perda da qualidade de segurado - Irrelevância - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, §1º. Súmula n. 416-STJ. RSTJ 217/1197.
- PrPn Arma apreendida - Regularização - Impossibilidade - **Abolitio criminis temporária** - CPP, art. 580 - Inaplicabilidade - Estatuto do Desarmamento - Lei n. 10.826/2003, art. 16, *caput* e III. HC n. 137.601 - RJ. RSTJ 217/1033.

- PrCv Arrematação - Débitos fiscais e condominiais - **Execução** - Responsabilidade - Arrematante. REsp n. 1.114.111 - RJ. RSTJ 217/871.
- PrCv Ato ilícito - **Embargos do devedor** - Imóvel - Bem de família - Lei n. 8.009/1990, arts. 3º, III, e 4º - Penhora - Limitação - Pensão mensal - Inadimplência. REsp n. 1.036.376 - MG. RSTJ 217/858.
- PrCv Autora - Falência posterior - **Ação de rescisão contratual** - Direito disponível - Caracterização - Ministério Público - Intervenção - Desnecessidade - Nulidade - Não-ocorrência - Princípio da instrumentalidade das formas. REsp n. 419.020 - MG. RSTJ 217/889.
- PrPn Autoria - Indícios - Ausência - Crédito tributário - Lançamento - Inexistência - **Crime de apropriação indébita previdenciária** - Crime de sonegação fiscal - Sigilo telefônico - Quebra - Ilegalidade. HC n. 128.087 - SP. RSTJ 217/1011.

B

- Pv **Benefício assistencial** - CF/1988, art. 203, *caput* e V - Lei n. 8.742/1993 na redação da Lei n. 9.720/1998 - Miserabilidade - Modo de verificação - Princípio da dignidade da pessoa humana - Princípio do livre convencimento motivado do juiz. REsp n. 1.112.557 - MG. RSTJ 217/963.
- Adm Benfeitorias úteis e necessárias - **Desapropriação** - Reforma agrária - Indenização - Levantamento - Possibilidade - Lei Complementar n. 76/1993, arts. 6º e 16 - Princípio da justa indenização. REsp n. 912.017 - MT. RSTJ 217/708.

C

- PrCv Caderneta de poupança - Correção de saldo - **Ação coletiva** - Ações individuais - Sustação - Possibilidade - CC/2002, arts. 122 e 166 - CPC, arts. 2º e 6º - Lei n. 8.078/1990, arts. 51, IV e § 1º, 103 e 104. REsp n. 1.110.549 - RS. RSTJ 217/788.
- Adm Candidato - Exclusão - Impossibilidade - Ação penal - Trânsito em julgado - Não-ocorrência - CF/1988, art. 5º, LVII - **Concurso público** - Princípio da presunção de inocência. RMS n. 13.546 - MA. RSTJ 217/1135.
- PrPn Carta rogatória - CF/1988, art. 105, I, **i** - Competência - Usurpação - Não-ocorrência - *Exequatur* - **Reclamação** - Superior Tribunal de Justiça (STJ) - Tratados e convenções internacionais - Não-incidência. Rcl n. 2.645 - SP. RSTJ 217/308.

- PrCv CC/1916, art. 177 - Ação de repetição do indébito - CC/2002, art. 205 - CPC, art. 543-C - Prazo prescricional - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º - **Tarifas de água e esgoto**. Súmula n. 412-STJ. RSTJ 217/1193.
- Cv CC/1916, art. 1.518 - Adultério - CC/2002, art. 942, *caput* e parágrafo único - Cúmplice do cônjuge infiel - **Indenização** - Não-cabimento - Solidariedade - Inexistência. REsp n. 1.122.547 - MG. RSTJ 217/949.
- PrCv CC/2002, arts. 122 e 166 - **Ação coletiva** - Ações individuais - Sustação - Possibilidade - Caderneta de poupança - Correção de saldo - CPC, arts. 2º e 6º - Lei n. 8.078/1990, arts. 51, IV e § 1º, 103 e 104. REsp n. 1.110.549 - RS. RSTJ 217/788.
- PrCv CC/2002, art. 205 - Ação de repetição do indébito - CC/1916, art. 177 - CPC, art. 543-C - Prazo prescricional - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º - **Tarifas de água e esgoto**. Súmula n. 412-STJ. RSTJ 217/1193.
- Cv CC/2002, arts. 579 e 581 - Ação possessória - Cabimento - Comodato - Descaracterização - Impossibilidade - CPC, art. 926 e seguintes - Esbulho - Ocorrência - **Imóvel** - Súmula n. 5-STJ - Súmula n. 7-STJ. REsp n. 302.137 - RJ. RSTJ 217/881.
- Cv CC/2002, art. 942, *caput* e parágrafo único - Adultério - CC/1916, art. 1.518 - Cúmplice do cônjuge infiel - **Indenização** - Não-cabimento - Solidariedade - Inexistência. REsp n. 1.122.547 - MG. RSTJ 217/949.
- Cv CC/2002, art. 1.092 - **Contrato de promessa de compra e venda** - Empreendimento imobiliário - Inadimplência contratual - Configuração - Obra - Atraso - Pagamento de parcelas - Suspensão - Possibilidade - Súmula n. 5-STJ - Súmula n. 7-STJ. REsp n. 593.471 - SP. RSTJ 217/910.
- Cv CC/2002, arts. 1.640, 1.687 e 1.829, I - Cônjuge sobrevivente - Herdeiro necessário - Não-configuração - **Inventário** - Partilha - Princípio da boa-fé objetiva - Princípio da exclusividade - Regime de separação convencional de bens. REsp n. 992.749 - MS. RSTJ 217/820.
- Pn CDC, art. 18, § 6º, II - **Crime contra as relações de consumo** - Lei n. 8.137/1990, art. 7º, IX - Mercadoria inadequada ao consumo - Perícia - Necessidade. REsp n. 1.050.908 - RS. RSTJ 217/1060.
- Trbt CF/1988, ADCT, art. 41, § 1º - Crédito-prêmio - Extinção - Termo final - Decisão judicial - Modulação temporal dos efeitos - **Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI)** - Princípio da boa-fé objetiva - Princípio da confiança legítima - Princípio da segurança jurídica. REsp n. 654.446 - AL. RSTJ 217/645.
- Adm CF/1988, arts. 3º e 5º - Decreto n. 65.810/1969 - **Ensino superior** - Lei n. 9.394/1996, art. 53 - Política de cotas - Exceção - Impossibilidade. REsp n. 1.132.476 - PR. RSTJ 217/751.

- PrPn CF/1988, art. 5º, XII - **Ação penal** - Instauração - Não-ocorrência - Constrangimento ilegal - Não-ocorrência - Crime de tráfico internacional de entorpecentes - Interceptação telefônica - Ilegalidade - Lei n. 9.296/1996, art. 2º. HC n. 88.825 - GO. RSTJ 217/973.
- PrCv CF/1988, art. 5º, XXXV - **Agravo de instrumento** - Formação - Direito de recorrer - Observância - Recurso especial - Interposição - Momento de verificação - Recurso extraordinário - Inadmissibilidade - Súmula n. 126-STJ. EAg n. 1.093.440 - RJ. RSTJ 217/404.
- Adm CF/1988, art. 5º, LVII - Ação penal - Trânsito em julgado - Não-ocorrência - Candidato - Exclusão - Impossibilidade - **Concurso público** - Princípio da presunção de inocência. RMS n. 13.546 - MA. RSTJ 217/1135.
- Adm CF/1988, arts. 21, XVI, 220 e 221 - Classificação indicativa - Observância - Necessidade - Horário de verão - Lei n. 8.069/1990, art. 76 - Portaria n. 1.220/2007-MJ, art. 19 - **Veiculação de programa audiovisual**. MS n. 14.041 - DF. RSTJ 217/430.
- Adm CF/1988, arts. 97 e 175 - Competência legislativa privativa - União - CPC, arts. 480 e 481 - Lei n. 8.987/1995 - Lei n. 9.472/1997 - Lei n. 11.699/2001(SC) - Inconstitucionalidade - RISTJ, art. 200 - **Serviço de telecomunicação**. RMS n. 17.112 - SC. RSTJ 217/381.
- PrPn CF/1988, art. 105, I, i - Carta rogatória - Competência - Usurpação - Não-ocorrência - *Exequatur* - **Reclamação** - Superior Tribunal de Justiça (STJ) - Tratados e convenções internacionais - Não-incidência. Rcl n. 2.645 - SP. RSTJ 217/308.
- PrCv CF/1988, art. 105, III - CPC, art. 515, § 3º - **Embargos de divergência em recurso especial** - Teoria da causa madura - Inaplicabilidade. EREsp n. 1.062.962 - SP. RSTJ 217/421.
- Trbt CF/1988, art. 155, IX, a - Destinatário final da mercadoria - Importação indireta - **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)** - Recolhimento. EREsp n. 835.537 - MG. RSTJ 217/414.
- Pv CF/1988, art. 203, *caput* e V - **Benefício assistencial** - Lei n. 8.742/1993 na redação da Lei n. 9.720/1998 - Miserabilidade - Modo de verificação - Princípio da dignidade da pessoa humana - Princípio do livre convencimento motivado do juiz. REsp n. 1.112.557 - MG. RSTJ 217/963.
- Adm CF/1988, art. 229, VII - Abandono de cargo - Conselho da Polícia Civil do Estado do Paraná - Composição - Constituição Estadual (PR), art. 47, § 2º - CPP, art. 252, III - Lei Complementar n. 98/2003(PR) - Ministério Público - Participação - Legalidade - Prescrição - Ocorrência - Processo administrativo disciplinar - Servidor público - Impedimento - **Servidor público estadual**. RMS n. 20.337 - PR. RSTJ 217/1037.

- PrCv **Citação editalícia** - Cabimento - CPC, art. 543-C - Execução fiscal - Lei n. 6.830/1980, art. 8º - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º. Súmula n. 414-STJ. RSTJ 217/1195.
- Adm Classificação indicativa - Observância - Necessidade - CF/1988, arts. 21, XVI, 220 e 221 - Horário de verão - Lei n. 8.069/1990, art. 76 - Portaria n. 1.220/2007-MJ, art. 19 - **Veiculação de programa audiovisual**. MS n. 14.041 - DF. RSTJ 217/430.
- Cv CLT, art. 449, § 1º - Crédito prioritário trabalhista - Decreto-Lei n. 7.661/1945, art. 102 - Falência - **Habilitação de crédito** - Verbas indenizatórias - Inclusão. REsp n. 1.051.590 - GO. RSTJ 217/865.
- PrCv Coisa julgada material - Relativização - Não-cabimento - **Ação anulatória** - *Querella nullitatis*. REsp n. 893.477 - PR. RSTJ 217/1166.
- Cv Comodato - Descaracterização - Impossibilidade - Ação possessória - Cabimento - CC/2002, arts. 579 e 581 - CPC, art. 926 e seguintes - Esbulho - Ocorrência - **Imóvel** - Súmula n. 5-STJ - Súmula n. 7-STJ. REsp n. 302.137 - RJ. RSTJ 217/881.
- PrCv Companhia energética - Construção de bens - Execução - Grave lesão à ordem e à economia públicas - Indenização - **Suspensão de liminar e de sentença**. AgRg na SLS n. 1.073 - RJ. RSTJ 217/45.
- PrCv **Competência** - CPC, art. 219 - Justiça do Estado de Minas Gerais - Nomeação à autoria posterior - Prevenção - Caracterização. CC n. 97.887 - MG. RSTJ 217/773.
- PrCv Competência - Justiça Federal - **Ação civil pública** - Comunidade indígena - Dano ambiental - Imprescritibilidade - Direito fundamental - Configuração - Pedido genérico - Irrelevância - *Quantum debeatur* - Fixação - Possibilidade. REsp n. 1.120.117 - AC. RSTJ 217/730.
- PrCv Competência - Presidente de tribunal - CPC, art. 543-B, art. 1º - Medida cautelar - Pretensão de efeito suspensivo - **Recurso extraordinário** - Sobrestamento. AgRg na MC n. 14.639 - AL. RSTJ 217/17.
- PrPn Competência - Tribunal do Júri - CPP, art. 413 - Crime de aborto provocado por terceiro - **Crime de homicídio** - Dúvida. REsp n. 578.585 - PA. RSTJ 217/1147.
- PrPn Competência - Usurpação - Não-ocorrência - Carta rogatória - CF/1988, art. 105, I, i - *Exequatur* - **Reclamação** - Superior Tribunal de Justiça (STJ) - Tratados e convenções internacionais - Não-incidência. Rcl n. 2.645 - SP. RSTJ 217/308.
- Adm Competência legislativa privativa - União - CF/1988, arts. 97 e 175 - CPC, arts. 480 e 481 - Lei n. 8.987/1995 - Lei n. 9.472/1997 - Lei n.

- 11.699/2001(SC) - Inconstitucionalidade - RISTJ, art. 200 - **Serviço de telecomunicação**. RMS n. 17.112 - SC. RSTJ 217/381.
- PrCv Comunidade indígena - **Ação civil pública** - Competência - Justiça Federal - Dano ambiental - Imprescritibilidade - Direito fundamental - Configuração - Pedido genérico - Irrelevância - *Quantum debeatur* - Fixação - Possibilidade. REsp n. 1.120.117 - AC. RSTJ 217/730.
- PrPn Concurso material - Constrangimento ilegal - CPP, art. 580 - Crime de contrabando ou descaminho - Crime de falsidade ideológica - Crime de quadrilha ou bando - Crime de uso de documento falso - **Denúncia** - Inépcia - Falta de individualização das condutas. HC n. 67.415 - ES. RSTJ 217/1095.
- Adm **Concurso público** - Ação penal - Trânsito em julgado - Não-ocorrência - Candidato - Exclusão - Impossibilidade - CF/1988, art. 5º, LVII - Princípio da presunção de inocência. RMS n. 13.546 - MA. RSTJ 217/1135.
- PrPn Conduta atípica - Caracterização - CPP, art. 41 - Crime de estelionato - Crime de falsidade ideológica - Fraude a vestibular - Cola eletrônica - **Habeas corpus** - Concessão parcial - Princípio da consunção - Inaplicabilidade. HC n. 39.592 - PI. RSTJ 217/1076.
- Cv Cônjuge sobrevivente - CC/2002, arts. 1.640, 1.687 e 1.829, I - Herdeiro necessário - Não-configuração - **Inventário** - Partilha - Princípio da boa-fé objetiva - Princípio da exclusividade - Regime de separação convencional de bens. REsp n. 992.749 - MS. RSTJ 217/820.
- Adm Conselho da Polícia Civil do Estado do Paraná - Composição - Abandono de cargo - CF/1988, art. 229, VII - Constituição Estadual (PR), art. 47, § 2º - CPP, art. 252, III - Lei Complementar n. 98/2003(PR) - Ministério Público - Participação - Legalidade - Prescrição - Ocorrência - Processo administrativo disciplinar - Servidor público - Impedimento - **Servidor público estadual**. RMS n. 20.337 - PR. RSTJ 217/1037.
- Adm Constituição Estadual (PR), art. 47, § 2º - Abandono de cargo - CF/1988, art. 229, VII - Conselho da Polícia Civil do Estado do Paraná - Composição - CPP, art. 252, III - Lei Complementar n. 98/2003(PR) - Ministério Público - Participação - Legalidade - Prescrição - Ocorrência - Processo administrativo disciplinar - Servidor público - Impedimento - **Servidor público estadual**. RMS n. 20.337 - PR. RSTJ 217/1037.
- PrPn Constrangimento ilegal - Concurso material - CPP, art. 580 - Crime de contrabando ou descaminho - Crime de falsidade ideológica - Crime de quadrilha ou bando - Crime de uso de documento falso - **Denúncia** - Inépcia - Falta de individualização das condutas. HC n. 67.415 - ES. RSTJ 217/1095.

- PrPn Constrangimento ilegal - Não-ocorrência - **Ação penal** - Instauração - Não-ocorrência - CF/1988, art. 5º, XII - Crime de tráfico internacional de entorpecentes - Interceptação telefônica - Ilegalidade - Lei n. 9.296/1996, art. 2º. HC n. 88.825 - GO. RSTJ 217/973.
- PrCv Constrição de bens - Companhia energética - Execução - Grave lesão à ordem e à economia públicas - Indenização - **Suspensão de liminar e de sentença**. AgRg na SLS n. 1.073 - RJ. RSTJ 217/45.
- Adm Consulta pública - Documentos - Disponibilização eletrônica - **Mandado de segurança** - Portador de deficiência visual - Acesso - Portaria n. 661/2008-Ministério das Comunicações. AgRg no MS n. 14.449 - DF. RSTJ 217/401.
- Adm **Contrato administrativo** - Revisão - Não-cabimento - Encargos tributários e trabalhistas - Aumento - Irrelevância - Equilíbrio econômico-financeiro - Quebra - Não-caracterização - Lei n. 8.666/1993, art. 65, II, **d** e § 5º - Teoria da imprevisão - Inaplicabilidade. REsp n. 776.790 - AC. RSTJ 217/679.
- Cv Contrato de licença em documento fiscal - Desnecessidade - Decreto n. 75.699/1975 - **Direito autoral** - *Software* - Lei n. 9.609/1998, art. 9º - Meio de prova - Cabimento - Pirataria - Não-caracterização. REsp n. 913.008 - RJ. RSTJ 217/917.
- Cv **Contrato de promessa de compra e venda** - CC/2002, art. 1.092 - Empreendimento imobiliário - Inadimplência contratual - Configuração - Obra - Atraso - Pagamento de parcelas - Suspensão - Possibilidade - Súmula n. 5-STJ - Súmula n. 7-STJ. REsp n. 593.471 - SP. RSTJ 217/910.
- Trbt **Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins)** - Lei Complementar n. 118/2005 - Prescrição - Termo inicial - Princípio da irretroatividade da lei tributária - Repetição do indébito. REsp n. 1.002.932 - SP. RSTJ 217/450.
- Trbt Conversão dos créditos em ações - Correção monetária integral - Aplicabilidade - Decreto-Lei n. 1.512/1976 - **Empréstimo compulsório sobre energia elétrica** - Juros moratórios - Não-cabimento - Juros remuneratórios - Lei n. 4.357/1964, arts. 3º e 7º, § 1º - Prescrição quinquenal - Termo inicial - Taxa Selic - Não-cumulatividade. REsp n. 1.003.955 - RS. RSTJ 217/461.
- Trbt Correção monetária - Cabimento - Fisco - Resistência ilegítima - **Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI)** - Creditamento. Súmula n. 411-STJ. RSTJ 217/1192.
- Trbt Correção monetária integral - Aplicabilidade - Conversão dos créditos em ações - Decreto-Lei n. 1.512/1976 - **Empréstimo compulsório sobre energia elétrica** - Juros moratórios - Não-cabimento - Juros remuneratórios

- Lei n. 4.357/1964, arts. 3º e 7º, § 1º - Prescrição quinquenal - Termo inicial - Taxa Selic - Não-cumulatividade. REsp n. 1.003.955 - RS. RSTJ 217/461.
- Pn CP, arts. 42; 109, V, e 113 - **Crime de estelionato** - Prescrição - Cálculo - Prisão provisória - Detração - Impossibilidade. HC n. 106.945 - RJ. RSTJ 217/1119.
- PrPn CP, art. 109 - CPP, art. 366 - Período - Máximo da pena cominada - **Prazo prescricional** - Suspensão. Súmula n. 415-STJ. RSTJ 217/1196.
- PrPn CP, art. 347 - Ação penal - Trancamento - Não-cabimento - Crime conexo - **Crime de fraude processual** - Exclusão da pronúncia - Impossibilidade. HC n. 137.206 - SP. RSTJ 217/1022.
- PrCv CPC, arts. 2º e 6º - **Ação coletiva** - Ações individuais - Sustação - Possibilidade - Caderneta de poupança - Correção de saldo - CC/2002, arts. 122 e 166 - Lei n. 8.078/1990, arts. 51, IV e § 1º, 103 e 104. REsp n. 1.110.549 - RS. RSTJ 217/788.
- PrCv CPC, arts. 77 e 275 - **Empréstimo compulsório sobre energia elétrica** - Lei n. 4.156/1962, art. 4º, § 3º - Responsabilidade solidária - União. REsp n. 1.145.146 - RS. RSTJ 217/608.
- PrCv CPC, art. 219 - **Competência** - Justiça do Estado de Minas Gerais - Nomeação à autoria posterior - Prevenção - Caracterização. CC n. 97.887 - MG. RSTJ 217/773.
- PrCv CPC, art. 265, III - Exceção de incompetência - Execução de título extrajudicial - *Fumus boni iuris* - *Periculum in mora* - Caracterização - **Medida cautelar** - Manutenção - Necessidade. AgRg na MC n. 12.913 - MS. RSTJ 217/879.
- PrCv CPC, art. 475 - Ente público - Parte - Reexame necessário - Obrigatoriedade - **Sentença ilíquida**. EREsp n. 934.642 - PR. RSTJ 217/303.
- PrCv CPC, art. 475 - Ente público - Parte - Reexame necessário - Obrigatoriedade - **Sentença ilíquida**. REsp n. 1.101.727 - PR. RSTJ 217/368.
- Adm CPC, arts. 480 e 481 - CF/1988, arts. 97 e 175 - Competência legislativa privativa - União - Lei n. 8.987/1995 - Lei n. 9.472/1997 - Lei n. 11.699/2001(SC) - Inconstitucionalidade - RISTJ, art. 200 - **Serviço de telecomunicação**. RMS n. 17.112 - SC. RSTJ 217/381.
- PrCv CPC, art. 515, § 3º - CF/1988, art. 105, III - **Embargos de divergência em recurso especial** - Teoria da causa madura - Inaplicabilidade. EREsp n. 1.062.962 - SP. RSTJ 217/421.
- PrCv CPC, art. 515, § 4º - Inaplicabilidade - Custas judiciais - Cobrança - Legitimidade - **Embargos de divergência em recurso especial** -

- Inadmissibilidade - Lei n. 11.636/2007 - Resolução n. 1/2008-STJ. AgRg nos EREsp n. 932.702 - AL. RSTJ 217/58.
- PrCv CPC, art. 523, § 4º - Violação - Não-ocorrência - Agravo retido - Não-cabimento - Decisão interlocutória - Execução de título extrajudicial - Matéria constitucional - **Recurso especial** - Via eleita inadequada. REsp n. 418.349 - PR. RSTJ 217/803.
- PrCv CPC, art. 530 - Observância - **Ação rescisória** - Inadmissibilidade - Embargos infringentes - Não-cabimento. EAR n. 3.231 - PR. RSTJ 217/778.
- PrCv CPC, art. 530 - Violação - Divergência - Aferição - **Embargos infringentes** - Cabimento. REsp n. 466.632 - MS. RSTJ 217/808.
- Adm CPC, art. 534-C - Decreto n. 74.170/1974, art. 28 - **Farmacêutico** - Lei n. 5.991/1973, art. 20 - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º - Responsabilidade técnica - Acúmulo - Possibilidade. Súmula n. 413-STJ. RSTJ 217/1194.
- PrCv CPC, art. 543-B, art. 1º - Competência - Presidente de tribunal - Medida cautelar - Pretensão de efeito suspensivo - **Recurso extraordinário** - Sobrestamento. AgRg na MC n. 14.639 - AL. RSTJ 217/17.
- PrCv CPC, art. 543-C - Ação de repetição do indébito - CC/1916, art. 177 - CC/2002, art. 205 - Prazo prescricional - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º - **Tarifas de água e esgoto**. Súmula n. 412-STJ. RSTJ 217/1193.
- Pv CPC, art. 543-C - Aposentadoria - Requisitos - Necessidade - Decreto n. 3.048/1999 - Decreto n. 4.729/2003 - Lei n. 8.213/1991, arts. 15; 26, I; 74 e 102, § 2º - Lei n. 9.528/1997 - Lei n. 9.876/1999, art. 2º - Lei n. 10.666/2003, art. 3º - **Pensão por morte** - Cabimento - Perda da qualidade de segurado - Irrelevância - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, §1º. Súmula n. 416-STJ. RSTJ 217/1197.
- PrCv CPC, art. 543-C - **Citação editalícia** - Cabimento - Execução fiscal - Lei n. 6.830/1980, art. 8º - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º. Súmula n. 414-STJ. RSTJ 217/1195.
- PrCv CPC, art. 632 - **Intimação pessoal prévia do devedor** - Necessidade - Multa - Cobrança - Obrigação de fazer ou não fazer - Descumprimento. Súmula n. 410-STJ. RSTJ 217/1191.
- Cv CPC, art. 926 e seguintes - Ação possessória - Cabimento - CC/2002, arts. 579 e 581 - Comodato - Descaracterização - Impossibilidade - Esbulho - Ocorrência - **Imóvel** - Súmula n. 5-STJ - Súmula n. 7-STJ. REsp n. 302.137 - RJ. RSTJ 217/881.
- PrPn CPP, art. 41 - Conduta atípica - Caracterização - Crime de estelionato - Crime de falsidade ideológica - Fraude a vestibular - Cola eletrônica

- **Habeas corpus** - Concessão parcial - Princípio da consunção - Inaplicabilidade. HC n. 39.592 - PI. RSTJ 217/1076.
- Adm CPP, art. 252, III - Abandono de cargo - CF/1988, art. 229, VII - Conselho da Polícia Civil do Estado do Paraná - Composição - Constituição Estadual (PR), art. 47, § 2º - Lei Complementar n. 98/2003(PR) - Ministério Público - Participação - Legalidade - Prescrição - Ocorrência - Processo administrativo disciplinar - Servidor público - Impedimento - **Servidor público estadual**. RMS n. 20.337 - PR. RSTJ 217/1037.
- PrPn CPP, art. 366 - CP, art. 109 - Período - Máximo da pena cominada - **Prazo prescricional** - Suspensão. Súmula n. 415-STJ. RSTJ 217/1196.
- PrPn CPP, art. 413 - Competência - Tribunal do Júri - Crime de aborto provocado por terceiro - **Crime de homicídio** - Dúvida. REsp n. 578.585 - PA. RSTJ 217/1147.
- PrPn CPP, art. 580 - Concurso material - Constrangimento ilegal - Crime de contrabando ou descaminho - Crime de falsidade ideológica - Crime de quadrilha ou bando - Crime de uso de documento falso - **Denúncia** - Inépcia - Falta de individualização das condutas. HC n. 67.415 - ES. RSTJ 217/1095.
- PrPn CPP, art. 580 - Inaplicabilidade - **Abolitio criminis temporária** - Arma apreendida - Regularização - Impossibilidade - Estatuto do Desarmamento - Lei n. 10.826/2003, art. 16, *caput* e III. HC n. 137.601 - RJ. RSTJ 217/1033.
- Cv Crédito prioritário trabalhista - CLT, art. 449, § 1º - Decreto-Lei n. 7.661/1945, art. 102 - Falência - **Habilitação de crédito** - Verbas indenizatórias - Inclusão. REsp n. 1.051.590 - GO. RSTJ 217/865.
- PrPn Crédito tributário - Lançamento - Inexistência - Autoria - Índícios - Ausência - **Crime de apropriação indébita previdenciária** - Crime de sonegação fiscal - Sigilo telefônico - Quebra - Ilegalidade. HC n. 128.087 - SP. RSTJ 217/1011.
- Trbt Crédito-prêmio - Extinção - Termo final - CF/1988, ADCT, art. 41, § 1º - Decisão judicial - Modulação temporal dos efeitos - **Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI)** - Princípio da boa-fé objetiva - Princípio da confiança legítima - Princípio da segurança jurídica. REsp n. 654.446 - AL. RSTJ 217/645.
- PrPn Crime conexo - Ação penal - Trancamento - Não-cabimento - CP, art. 347 - **Crime de fraude processual** - Exclusão da pronúncia - Impossibilidade. HC n. 137.206 - SP. RSTJ 217/1022.
- Pn **Crime contra a ordem tributária** - Crime material - Configuração - Erário - Efetivo prejuízo - Necessidade - Lei n. 8.137/1990, art. 1º, parágrafo único. REsp n. 1.113.460 - SP. RSTJ 217/1178.

- Pn **Crime contra as relações de consumo** - CDC, art. 18, § 6º, II - Lei n. 8.137/1990, art. 7º, IX - Mercadoria inadequada ao consumo - Perícia - Necessidade. REsp n. 1.050.908 - RS. RSTJ 217/1060.
- PrPn Crime de aborto provocado por terceiro - Competência - Tribunal do Júri - CPP, art. 413 - **Crime de homicídio** - Dúvida. REsp n. 578.585 - PA. RSTJ 217/1147.
- PrPn Crime de advocacia administrativa - **Ação penal originária** - Crime de corrupção passiva - Crime de exploração de prestígio - Crime de falsidade ideológica - Crime de quadrilha ou bando - Denúncia - Rejeição - Interceptação telefônica - Justa causa - Ausência. Denun na APn n. 549 - SP. RSTJ 217/62.
- PrPn **Crime de apropriação indébita previdenciária** - Autoria - Indícios - Ausência - Crédito tributário - Lançamento - Inexistência - Crime de sonegação fiscal - Sigilo telefônico - Quebra - Ilegalidade. HC n. 128.087 - SP. RSTJ 217/1011.
- PrPn Crime de contrabando ou descaminho - Concurso material - Constrangimento ilegal - CPP, art. 580 - Crime de falsidade ideológica - Crime de quadrilha ou bando - Crime de uso de documento falso - **Denúncia** - Inépcia - Falta de individualização das condutas. HC n. 67.415 - ES. RSTJ 217/1095.
- PrPn Crime de corrupção passiva - **Ação penal originária** - Crime de advocacia administrativa - Crime de exploração de prestígio - Crime de falsidade ideológica - Crime de quadrilha ou bando - Denúncia - Rejeição - Interceptação telefônica - Justa causa - Ausência. Denun na APn n. 549 - SP. RSTJ 217/62.
- PrPn Crime de estelionato - Conduta atípica - Caracterização - CPP, art. 41 - Crime de falsidade ideológica - Fraude a vestibular - Cola eletrônica - **Habeas corpus** - Concessão parcial - Princípio da consunção - Inaplicabilidade. HC n. 39.592 - PI. RSTJ 217/1076.
- Pn **Crime de estelionato** - CP, arts. 42; 109, V, e 113 - Prescrição - Cálculo - Prisão provisória - Detração - Impossibilidade. HC n. 106.945 - RJ. RSTJ 217/1119.
- PrPn Crime de exploração de prestígio - **Ação penal originária** - Crime de advocacia administrativa - Crime de corrupção passiva - Crime de falsidade ideológica - Crime de quadrilha ou bando - Denúncia - Rejeição - Interceptação telefônica - Justa causa - Ausência. Denun na APn n. 549 - SP. RSTJ 217/62.
- PrPn Crime de falsidade ideológica - **Ação penal originária** - Crime de advocacia administrativa - Crime de corrupção passiva - Crime de exploração

- de prestígio - Crime de quadrilha ou bando - Denúncia - Rejeição - Interceptação telefônica - Justa causa - Ausência. Denun na APn n. 549 - SP. RSTJ 217/62.
- PrPn Crime de falsidade ideológica - Concurso material - Constrangimento ilegal - CPP, art. 580 - Crime de contrabando ou descaminho - Crime de quadrilha ou bando - Crime de uso de documento falso - **Denúncia** - Inépcia - Falta de individualização das condutas. HC n. 67.415 - ES. RSTJ 217/1095.
- PrPn Crime de falsidade ideológica - Conduta atípica - Caracterização - CPP, art. 41 - Crime de estelionato - Fraude a vestibular - Cola eletrônica - **Habeas corpus** - Concessão parcial - Princípio da consunção - Inaplicabilidade. HC n. 39.592 - PI. RSTJ 217/1076.
- PrPn **Crime de fraude processual** - Exclusão da pronúncia - Impossibilidade - Ação penal - Trancamento - Não-cabimento - CP, art. 347 - Crime conexo. HC n. 137.206 - SP. RSTJ 217/1022.
- PrPn **Crime de homicídio** - Dúvida - Competência - Tribunal do Júri - CPP, art. 413 - Crime de aborto provocado por terceiro. REsp n. 578.585 - PA. RSTJ 217/1147.
- PrPn Crime de quadrilha ou bando - **Ação penal originária** - Crime de advocacia administrativa - Crime de corrupção passiva - Crime de exploração de prestígio - Crime de falsidade ideológica - Denúncia - Rejeição - Interceptação telefônica - Justa causa - Ausência. Denun na APn n. 549 - SP. RSTJ 217/62.
- PrPn Crime de quadrilha ou bando - Concurso material - Constrangimento ilegal - CPP, art. 580 - Crime de contrabando ou descaminho - Crime de falsidade ideológica - Crime de uso de documento falso - **Denúncia** - Inépcia - Falta de individualização das condutas. HC n. 67.415 - ES. RSTJ 217/1095.
- PrPn Crime de sonegação fiscal - Autoria - Indícios - Ausência - Crédito tributário - Lançamento - Inexistência - **Crime de apropriação indébita previdenciária** - Sigilo telefônico - Quebra - Ilegalidade. HC n. 128.087 - SP. RSTJ 217/1011.
- PrPn Crime de tráfico internacional de entorpecentes - **Ação penal** - Instauração - Não-ocorrência - CF/1988, art. 5º, XII - Constrangimento ilegal - Não-ocorrência - Interceptação telefônica - Ilegalidade - Lei n. 9.296/1996, art. 2º. HC n. 88.825 - GO. RSTJ 217/973.
- PrPn Crime de uso de documento falso - Concurso material - Constrangimento ilegal - CPP, art. 580 - Crime de contrabando ou descaminho - Crime de falsidade ideológica - Crime de quadrilha ou bando - **Denúncia** - Inépcia - Falta de individualização das condutas. HC n. 67.415 - ES. RSTJ 217/1095.

- Pn Crime material - Configuração - **Crime contra a ordem tributária** - Erário - Efetivo prejuízo - Necessidade - Lei n. 8.137/1990, art. 1º, parágrafo único. REsp n. 1.113.460 - SP. RSTJ 217/1178.
- Cv Cúmplice do cônjuge infiel - Adultério - CC/1916, art. 1.518 - CC/2002, art. 942, *caput* e parágrafo único - **Indenização** - Não-cabimento - Solidariedade - Inexistência. REsp n. 1.122.547 - MG. RSTJ 217/949.
- Adm Curso de Formação de Sargentos - Participação - Direito adquirido - Lei Complementar n. 164/2004(AC) - Lei n. 528/1974(AC) - **Mandado de segurança** - Perda de objeto - Não-ocorrência - Policial militar. RMS n. 25.690 - AC. RSTJ 217/1051.
- PrCv Custas judiciais - Cobrança - Legitimidade - CPC, art. 515, § 4º - Inaplicabilidade - **Embargos de divergência em recurso especial** - Inadmissibilidade - Lei n. 11.636/2007 - Resolução n. 1/2008-STJ. AgRg nos EREsp n. 932.702 - AL. RSTJ 217/58.

D

- PrCv Dano ambiental - Imprescritibilidade - **Ação civil pública** - Competência - Justiça Federal - Comunidade indígena - Direito fundamental - Configuração - Pedido genérico - Irrelevância - *Quantum debeatur* - Fixação - Possibilidade. REsp n. 1.120.117 - AC. RSTJ 217/730.
- PrCv Débitos fiscais e condominiais - Arrematação - **Execução** - Responsabilidade - Arrematante. REsp n. 1.114.111 - RJ. RSTJ 217/871.
- Cv Décimo terceiro salário - Incidência - **Pensão alimentícia** - Terço constitucional de férias - Incidência. REsp n. 1.106.654 - RJ. RSTJ 217/782.
- PrCv Decisão interlocutória - Agravo retido - Não-cabimento - CPC, art. 523, § 4º - Violação - Não-ocorrência - Execução de título extrajudicial - Matéria constitucional - **Recurso especial** - Via eleita inadequada. REsp n. 418.349 - PR. RSTJ 217/803.
- Trbt Decisão judicial - Modulação temporal dos efeitos - CF/1988, ADCT, art. 41, § 1º - Crédito-prêmio - Extinção - Termo final - **Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI)** - Princípio da boa-fé objetiva - Princípio da confiança legítima - Princípio da segurança jurídica. REsp n. 654.446 - AL. RSTJ 217/645.
- Pv Decreto n. 3.048/1999 - Aposentadoria - Requisitos - Necessidade - CPC, art. 543-C - Decreto n. 4.729/2003 - Lei n. 8.213/1991, arts. 15; 26, I; 74 e 102, § 2º - Lei n. 9.528/1997 - Lei n. 9.876/1999, art. 2º - Lei n. 10.666/2003, art. 3º - **Pensão por morte** - Cabimento - Perda da qualidade de segurado - Irrelevância - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, §1º. Súmula n. 416-STJ. RSTJ 217/1197.

- Pv Decreto n. 4.729/2003 - Aposentadoria - Requisitos - Necessidade - CPC, art. 543-C - Decreto n. 3.048/1999 - Lei n. 8.213/1991, arts. 15; 26, I; 74 e 102, § 2º - Lei n. 9.528/1997 - Lei n. 9.876/1999, art. 2º - Lei n. 10.666/2003, art. 3º - **Pensão por morte** - Cabimento - Perda da qualidade de segurado - Irrelevância - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, §1º. Súmula n. 416-STJ. RSTJ 217/1197.
- Adm Decreto n. 65.810/1969 - CF/1988, arts. 3º e 5º - **Ensino superior** - Lei n. 9.394/1996, art. 53 - Política de cotas - Exceção - Impossibilidade. REsp n. 1.132.476 - PR. RSTJ 217/751.
- Adm Decreto n. 74.170/1974, art. 28 - CPC, art. 534-C - **Farmacêutico** - Lei n. 5.991/1973, art. 20 - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º - Responsabilidade técnica - Acúmulo - Possibilidade. Súmula n. 413-STJ. RSTJ 217/1194.
- Cv Decreto n. 75.699/1975 - Contrato de licença em documento fiscal - Desnecessidade - **Direito autoral** - *Software* - Lei n. 9.609/1998, art. 9º - Meio de prova - Cabimento - Pirataria - Não-caracterização. REsp n. 913.008 - RJ. RSTJ 217/917.
- Trbt Decreto-Lei n. 1.512/1976 - Conversão dos créditos em ações - Correção monetária integral - Aplicabilidade - **Empréstimo compulsório sobre energia elétrica** - Juros moratórios - Não-cabimento - Juros remuneratórios - Lei n. 4.357/1964, arts. 3º e 7º, § 1º - Prescrição quinquenal - Termo inicial - Taxa Selic - Não-cumulatividade. REsp n. 1.003.955 - RS. RSTJ 217/461.
- Cv Decreto-Lei n. 7.661/1945, art. 102 - CLT, art. 449, § 1º - Crédito prioritário trabalhista - Falência - **Habilitação de crédito** - Verbas indenizatórias - Inclusão. REsp n. 1.051.590 - GO. RSTJ 217/865.
- PrPn **Denúncia** - Inépcia - Concurso material - Constrangimento ilegal - CPP, art. 580 - Crime de contrabando ou descaminho - Crime de falsidade ideológica - Crime de quadrilha ou bando - Crime de uso de documento falso - Falta de individualização das condutas. HC n. 67.415 - ES. RSTJ 217/1095.
- PrPn Denúncia - Rejeição - **Ação penal originária** - Crime de advocacia administrativa - Crime de corrupção passiva - Crime de exploração de prestígio - Crime de falsidade ideológica - Crime de quadrilha ou bando - Interceptação telefônica - Justa causa - Ausência. Denun na APn n. 549 - SP. RSTJ 217/62.
- PrCv **Denúnciação à lide** - Não-cabimento - Acidente em rodovia - Animais na pista - Responsabilidade objetiva - Concessionária de serviço público. REsp n. 573.260 - RS. RSTJ 217/906.

- Adm **Desapropriação** - Reforma agrária - Benfeitorias úteis e necessárias - Indenização - Levantamento - Possibilidade - Lei Complementar n. 76/1993, arts. 6º e 16 - Princípio da justa indenização. REsp n. 912.017 - MT. RSTJ 217/708.
- PrPn Deserção - Não-ocorrência - **Apelação** - Interposição - Fuga do réu - Superveniência - Nulidade absoluta - Súmula n. 347-STJ. HC n. 138.001 - RJ. RSTJ 217/1123.
- Trbt Destinatário final da mercadoria - CF/1988, art. 155, IX, a - Importação indireta - **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)** - Recolhimento. EREsp n. 835.537 - MG. RSTJ 217/414.
- PrCv Direito à saúde - **Ação civil pública** - Direito individual indisponível - Caracterização - Legitimidade ativa *ad causam* - Ministério Público - Pessoa física - Tratamento médico fora do domicílio. REsp n. 830.904 - MG. RSTJ 217/685.
- Cv **Direito autoral** - Lei n. 5.988/1973, art. 15 - Lei n. 6.533/1978, art. 13 - Obra artística coletiva - Titularidade - Empresa produtora de evento. REsp n. 438.138 - DF. RSTJ 217/892.
- Cv **Direito autoral** - *Software* - Contrato de licença em documento fiscal - Desnecessidade - Decreto n. 75.699/1975 - Lei n. 9.609/1998, art. 9º - Meio de prova - Cabimento - Pirataria - Não-caracterização. REsp n. 913.008 - RJ. RSTJ 217/917.
- PrCv Direito de recorrer - Observância - **Agravo de instrumento** - Formação - CF/1988, art. 5º, XXXV - Recurso especial - Interposição - Momento de verificação - Recurso extraordinário - Inadmissibilidade - Súmula n. 126-STJ. EAg n. 1.093.440 - RJ. RSTJ 217/404.
- PrCv Direito disponível - Caracterização - **Ação de rescisão contratual** - Autora - Falência posterior - Ministério Público - Intervenção - Desnecessidade - Nulidade - Não-ocorrência - Princípio da instrumentalidade das formas. REsp n. 419.020 - MG. RSTJ 217/889.
- PrCv Direito fundamental - Configuração - **Ação civil pública** - Competência - Justiça Federal - Comunidade indígena - Dano ambiental - Imprescritibilidade - Pedido genérico - Irrelevância - *Quantum debeat* - Fixação - Possibilidade. REsp n. 1.120.117 - AC. RSTJ 217/730.
- PrCv Direito individual indisponível - Caracterização - **Ação civil pública** - Direito à saúde - Legitimidade ativa *ad causam* - Ministério Público - Pessoa física - Tratamento médico fora do domicílio. REsp n. 830.904 - MG. RSTJ 217/685.
- PrCv Divergência - Aferição - CPC, art. 530 - Violação - **Embargos infringentes** - Cabimento. REsp n. 466.632 - MS. RSTJ 217/808.

- Adm Documentos - Disponibilização eletrônica - Consulta pública - **Mandado de segurança** - Portador de deficiência visual - Acesso - Portaria n. 661/2008-Ministério das Comunicações. AgRg no MS n. 14.449 - DF. RSTJ 217/401.
- Cv Doença preexistente - Má-fé - Inexistência - Omissão de informações - Irrelevância - **Seguro de vida**. REsp n. 543.089 - MG. RSTJ 217/896.

E

- PrCv **Embargos de divergência em recurso especial** - CF/1988, art. 105, III - CPC, art. 515, § 3º - Teoria da causa madura - Inaplicabilidade. EREsp n. 1.062.962 - SP. RSTJ 217/421.
- PrCv **Embargos de divergência em recurso especial** - Inadmissibilidade - CPC, art. 515, § 4º - Inaplicabilidade - Custas judiciais - Cobrança - Legitimidade - Lei n. 11.636/2007 - Resolução n. 1/2008-STJ. AgRg nos EREsp n. 932.702 - AL. RSTJ 217/58.
- PrCv Embargos declaratórios - Julgamento - Não-ocorrência - **Recurso especial** - Interposição extemporânea - Reiteração posterior - Ausência. AgRg nos EAg n. 1.091.280 - ES. RSTJ 217/52.
- PrPn **Embargos declaratórios** - Rejeição - Prova - Interceptação telefônica. EDcl no HC n. 76.686 - PR. RSTJ 217/1069.
- PrCv **Embargos do devedor** - Ato ilícito - Imóvel - Bem de família - Lei n. 8.009/1990, arts. 3º, III, e 4º - Penhora - Limitação - Pensão mensal - Inadimplência. REsp n. 1.036.376 - MG. RSTJ 217/858.
- PrCv **Embargos infringentes** - Cabimento - CPC, art. 530 - Violação - Divergência - Aferição. REsp n. 466.632 - MS. RSTJ 217/808.
- PrCv Embargos infringentes - Não-cabimento - **Ação rescisória** - Inadmissibilidade - CPC, art. 530 - Observância. EAR n. 3.231 - PR. RSTJ 217/778.
- Cv Empreendimento imobiliário - CC/2002, art. 1.092 - **Contrato de promessa de compra e venda** - Inadimplência contratual - Configuração - Obra - Atraso - Pagamento de parcelas - Suspensão - Possibilidade - Súmula n. 5-STJ - Súmula n. 7-STJ. REsp n. 593.471 - SP. RSTJ 217/910.
- Trbt **Empréstimo compulsório sobre energia elétrica** - Conversão dos créditos em ações - Correção monetária integral - Aplicabilidade - Decreto-Lei n. 1.512/1976 - Juros moratórios - Não-cabimento - Juros remuneratórios - Lei n. 4.357/1964, arts. 3º e 7º, § 1º - Prescrição quinquenal - Termo inicial - Taxa Selic - Não-cumulatividade. REsp n. 1.003.955 - RS. RSTJ 217/461.

- PrCv **Empréstimo compulsório sobre energia elétrica** - CPC, arts. 77 e 275 - Lei n. 4.156/1962, art. 4º, § 3º - Responsabilidade solidária - União. REsp n. 1.145.146 - RS. RSTJ 217/608.
- Adm Encargos tributários e trabalhistas - Aumento - Irrelevância - **Contrato administrativo** - Revisão - Não-cabimento - Equilíbrio econômico-financeiro - Quebra - Não-caracterização - Lei n. 8.666/1993, art. 65, II, **d** e § 5º - Teoria da imprevisão - Inaplicabilidade. REsp n. 776.790 - AC. RSTJ 217/679.
- Adm **Ensino superior** - CF/1988, arts. 3º e 5º - Decreto n. 65.810/1969 - Lei n. 9.394/1996, art. 53 - Política de cotas - Exceção - Impossibilidade. REsp n. 1.132.476 - PR. RSTJ 217/751.
- PrCv Ente público - Parte - CPC, art. 475 - Reexame necessário - Obrigatoriedade - **Sentença ilíquida**. EREsp n. 934.642 - PR. RSTJ 217/303.
- PrCv Ente público - Parte - CPC, art. 475 - Reexame necessário - Obrigatoriedade - **Sentença ilíquida**. REsp n. 1.101.727 - PR. RSTJ 217/368.
- Adm Equilíbrio econômico-financeiro - Quebra - Não-caracterização - **Contrato administrativo** - Revisão - Não-cabimento - Encargos tributários e trabalhistas - Aumento - Irrelevância - Lei n. 8.666/1993, art. 65, II, **d** e § 5º - Teoria da imprevisão - Inaplicabilidade. REsp n. 776.790 - AC. RSTJ 217/679.
- Pn Erário - Efetivo prejuízo - Necessidade - **Crime contra a ordem tributária** - Crime material - Configuração - Lei n. 8.137/1990, art. 1º, parágrafo único. REsp n. 1.113.460 - SP. RSTJ 217/1178.
- Cv Esbulho - Ocorrência - Ação possessória - Cabimento - CC/2002, arts. 579 e 581 - Comodato - Descaracterização - Impossibilidade - CPC, art. 926 e seguintes - **Imóvel** - Súmula n. 5-STJ - Súmula n. 7-STJ. REsp n. 302.137 - RJ. RSTJ 217/881.
- PrPn Estatuto do Desarmamento - **Abolitio criminis temporária** - Arma apreendida - Regularização - Impossibilidade - CPP, art. 580 - Inaplicabilidade - Lei n. 10.826/2003, art. 16, *caput* e III. HC n. 137.601 - RJ. RSTJ 217/1033.
- PrCv Exceção de incompetência - CPC, art. 265, III - Execução de título extrajudicial - *Fumus boni iuris* - *Periculum in mora* - Caracterização - **Medida cautelar** - Manutenção - Necessidade. AgRg na MC n. 12.913 - MS. RSTJ 217/879.
- PrCv **Execução** - Arrematação - Débitos fiscais e condominiais - Responsabilidade - Arrematante. REsp n. 1.114.111 - RJ. RSTJ 217/871.
- PrCv Execução - Companhia energética - Construção de bens - Grave lesão à ordem e à economia públicas - Indenização - **Suspensão de liminar e de sentença**. AgRg na SLS n. 1.073 - RJ. RSTJ 217/45.

- PrCv Execução de título extrajudicial - Agravo retido - Não-cabimento - CPC, art. 523, § 4º - Violação - Não-ocorrência - Decisão interlocutória - Matéria constitucional - **Recurso especial** - Via eleita inadequada. REsp n. 418.349 - PR. RSTJ 217/803.
- PrCv Execução de título extrajudicial - CPC, art. 265, III - Exceção de incompetência - *Fumus boni iuris* - *Periculum in mora* - Caracterização - **Medida cautelar** - Manutenção - Necessidade. AgRg na MC n. 12.913 - MS. RSTJ 217/879.
- PrCv Execução fiscal - **Citação editalícia** - Cabimento - CPC, art. 543-C - Lei n. 6.830/1980, art. 8º - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º. Súmula n. 414-STJ. RSTJ 217/1195.
- PrPn *Exequatur* - Carta rogatória - CF/1988, art. 105, I, i - Competência - Usurpação - Não-ocorrência - **Reclamação** - Superior Tribunal de Justiça (STJ) - Tratados e convenções internacionais - Não-incidência. Rcl n. 2.645 - SP. RSTJ 217/308.

F

- Cv Falência - CLT, art. 449, § 1º - Crédito prioritário trabalhista - Decreto-Lei n. 7.661/1945, art. 102 - **Habilitação de crédito** - Verbas indenizatórias - Inclusão. REsp n. 1.051.590 - GO. RSTJ 217/865.
- PrPn Falta de individualização das condutas - Concurso material - Constrangimento ilegal - CPP, art. 580 - Crime de contrabando ou descaminho - Crime de falsidade ideológica - Crime de quadrilha ou bando - Crime de uso de documento falso - **Denúncia** - Inépcia. HC n. 67.415 - ES. RSTJ 217/1095.
- Adm **Farmacêutico** - CPC, art. 534-C - Decreto n. 74.170/1974, art. 28 - Lei n. 5.991/1973, art. 20 - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º - Responsabilidade técnica - Acúmulo - Possibilidade. Súmula n. 413-STJ. RSTJ 217/1194.
- PrCv Feito - Inclusão em pauta - Necessidade - Adiamento duradouro - Caracterização - **Apelação** - Novo julgamento - Pedido de vista - Ocorrência - Princípio da não surpresa - Observância. REsp n. 1.115.393 - RS. RSTJ 217/716.
- Trbt Fisco - Resistência ilegítima - Correção monetária - Cabimento - **Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI)** - Creditamento. Súmula n. 411-STJ. RSTJ 217/1192.
- PrPn Fraude a vestibular - Cola eletrônica - Conduta atípica - Caracterização - CPP, art. 41 - Crime de estelionato - Crime de falsidade ideológica - **Habeas**

- corpus** - Concessão parcial - Princípio da consunção - Inaplicabilidade. HC n. 39.592 - PI. RSTJ 217/1076.
- PrPn Fuga do réu - Superveniência - **Apelação** - Interposição - Deserção - Não-ocorrência - Nulidade absoluta - Súmula n. 347-STJ. HC n. 138.001 - RJ. RSTJ 217/1123.
- PrCv *Fumus boni iuris* - *Periculum in mora* - Caracterização - CPC, art. 265, III - Exceção de incompetência - Execução de título extrajudicial - **Medida cautelar** - Manutenção - Necessidade. AgRg na MC n. 12.913 - MS. RSTJ 217/879.

G

- Adm Gratificação de natureza *propter laborem* - Recebimento - Impossibilidade - Afastamento para concorrer a cargo eletivo - Lei Complementar n. 64/1990 - **Servidor público estadual**. REsp n. 714.843 - MG. RSTJ 217/1158.
- PrCv Grave lesão à ordem e à economia públicas - Companhia energética - Construção de bens - Execução - Indenização - **Suspensão de liminar e de sentença**. AgRg na SLS n. 1.073 - RJ. RSTJ 217/45.

H

- PrPn **Habeas corpus** - Concessão parcial - Conduta atípica - Caracterização - CPP, art. 41 - Crime de estelionato - Crime de falsidade ideológica - Fraude a vestibular - Cola eletrônica - Princípio da consunção - Inaplicabilidade. HC n. 39.592 - PI. RSTJ 217/1076.
- Cv **Habilitação de crédito** - CLT, art. 449, § 1º - Crédito prioritário trabalhista - Decreto-Lei n. 7.661/1945, art. 102 - Falência - Verbas indenizatórias - Inclusão. REsp n. 1.051.590 - GO. RSTJ 217/865.
- Cv Herdeiro necessário - Não-configuração - CC/2002, arts. 1.640, 1.687 e 1.829, I - Cônjuge sobrevivente - **Inventário** - Partilha - Princípio da boa-fé objetiva - Princípio da exclusividade - Regime de separação convencional de bens. REsp n. 992.749 - MS. RSTJ 217/820.
- Adm Horário de verão - CF/1988, arts. 21, XVI, 220 e 221 - Classificação indicativa - Observância - Necessidade - Lei n. 8.069/1990, art. 76 - Portaria n. 1.220/2007-MJ, art. 19 - **Veiculação de programa audiovisual**. MS n. 14.041 - DF. RSTJ 217/430.

I

- Cv **Imóvel** - Ação possessória - Cabimento - CC/2002, arts. 579 e 581 - Comodato - Descaracterização - Impossibilidade - CPC, art. 926 e

- seguintes - Esbulho - Ocorrência - Súmula n. 5-STJ - Súmula n. 7-STJ. REsp n. 302.137 - RJ. RSTJ 217/881.
- PrCv Imóvel - Bem de família - Ato ilícito - **Embargos do devedor** - Lei n. 8.009/1990, arts. 3º, III, e 4º - Penhora - Limitação - Pensão mensal - Inadimplência. REsp n. 1.036.376 - MG. RSTJ 217/858.
- Trbt Importação indireta - CF/1988, art. 155, IX, **a** - Destinatário final da mercadoria - **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)** - Recolhimento. EREsp n. 835.537 - MG. RSTJ 217/414.
- Trbt **Imposto de Renda (IR)** - Isenção - Termo inicial - Lei n. 7.713/1988, art. 6º, XIV - Militar - Reserva remunerada. REsp n. 981.593 - PR. RSTJ 217/637.
- Trbt **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)** - Recolhimento - CF/1988, art. 155, IX, **a** - Destinatário final da mercadoria - Importação indireta. EREsp n. 835.537 - MG. RSTJ 217/414.
- Trbt **Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI)** - CF/1988, ADCT, art. 41, § 1º - Crédito-prêmio - Extinção - Termo final - Decisão judicial - Modulação temporal dos efeitos - Princípio da boa-fé objetiva - Princípio da confiança legítima - Princípio da segurança jurídica. REsp n. 654.446 - AL. RSTJ 217/645.
- Trbt **Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI)** - Creditamento - Correção monetária - Cabimento - Fisco - Resistência ilegítima. Súmula n. 411-STJ. RSTJ 217/1192.
- Cv Inadimplência contratual - Configuração - CC/2002, art. 1.092 - **Contrato de promessa de compra e venda** - Empreendimento imobiliário - Obra - Atraso - Pagamento de parcelas - Suspensão - Possibilidade - Súmula n. 5-STJ - Súmula n. 7-STJ. REsp n. 593.471 - SP. RSTJ 217/910.
- PrCv Indenização - Companhia energética - Construção de bens - Execução - Grave lesão à ordem e à economia públicas - **Suspensão de liminar e de sentença**. AgRg na SLS n. 1.073 - RJ. RSTJ 217/45.
- Adm Indenização - Levantamento - Possibilidade - Benfeitorias úteis e necessárias - **Desapropriação** - Reforma agrária - Lei Complementar n. 76/1993, arts. 6º e 16 - Princípio da justa indenização. REsp n. 912.017 - MT. RSTJ 217/708.
- Cv **Indenização** - Não-cabimento - Adultério - CC/1916, art. 1.518 - CC/2002, art. 942, *caput* e parágrafo único - Cúmplice do cônjuge infiel - Solidariedade - Inexistência. REsp n. 1.122.547 - MG. RSTJ 217/949.
- Cm Insolvência parcial - **Instituição financeira** - Lei n. 6.024/1974, art. 15, I, **a** e **b** - Liquidação extrajudicial - Cabimento. REsp n. 1.116.845 - RJ. RSTJ 217/722.

- Cm **Instituição financeira** - Insolvência parcial - Lei n. 6.024/1974, art. 15, I, **a** e **b** - Liquidação extrajudicial - Cabimento. REsp n. 1.116.845 - RJ. RSTJ 217/722.
- PrPn Intercepção telefônica - **Ação penal originária** - Crime de advocacia administrativa - Crime de corrupção passiva - Crime de exploração de prestígio - Crime de falsidade ideológica - Crime de quadrilha ou bando - Denúncia - Rejeição - Justa causa - Ausência. Denun na APn n. 549 - SP. RSTJ 217/62.
- PrPn Intercepção telefônica - Ilegalidade - **Ação penal** - Instauração - Não-ocorrência - CF/1988, art. 5º, XII - Constrangimento ilegal - Não-ocorrência - Crime de tráfico internacional de entorpecentes - Lei n. 9.296/1996, art. 2º. HC n. 88.825 - GO. RSTJ 217/973.
- PrCv **Intimação pessoal prévia do devedor** - Necessidade - CPC, art. 632 - Multa - Cobrança - Obrigação de fazer ou não fazer - Descumprimento. Súmula n. 410-STJ. RSTJ 217/1191.
- Cv **Inventário** - Partilha - CC/2002, arts. 1.640, 1.687 e 1.829, I - Cônjuge sobrevivente - Herdeiro necessário - Não-configuração - Princípio da boa-fé objetiva - Princípio da exclusividade - Regime de separação convencional de bens. REsp n. 992.749 - MS. RSTJ 217/820.

J

- Trbt Juros moratórios - Não-cabimento - Conversão dos créditos em ações - Correção monetária integral - Aplicabilidade - Decreto-Lei n. 1.512/1976 - **Empréstimo compulsório sobre energia elétrica** - Juros remuneratórios - Lei n. 4.357/1964, arts. 3º e 7º, § 1º - Prescrição quinquenal - Termo inicial - Taxa Selic - Não-cumulatividade. REsp n. 1.003.955 - RS. RSTJ 217/461.
- Trbt Juros remuneratórios - Conversão dos créditos em ações - Correção monetária integral - Aplicabilidade - Decreto-Lei n. 1.512/1976 - **Empréstimo compulsório sobre energia elétrica** - Juros moratórios - Não-cabimento - Lei n. 4.357/1964, arts. 3º e 7º, § 1º - Prescrição quinquenal - Termo inicial - Taxa Selic - Não-cumulatividade. REsp n. 1.003.955 - RS. RSTJ 217/461.
- PrPn Justa causa - Ausência - **Ação penal originária** - Crime de advocacia administrativa - Crime de corrupção passiva - Crime de exploração de prestígio - Crime de falsidade ideológica - Crime de quadrilha ou bando - Denúncia - Rejeição - Intercepção telefônica. Denun na APn n. 549 - SP. RSTJ 217/62.
- PrCv Justiça do Estado de Minas Gerais - **Competência** - CPC, art. 219 - Nomeação à autoria posterior - Prevenção - Caracterização. CC n. 97.887 - MG. RSTJ 217/773.

L

- PrCv Legitimidade ativa *ad causam* - Ministério Público - **Ação civil pública** - Direito à saúde - Direito individual indisponível - Caracterização - Pessoa física - Tratamento médico fora do domicílio. REsp n. 830.904 - MG. RSTJ 217/685.
- Adm Lei Complementar n. 64/1990 - Afastamento para concorrer a cargo eletivo - Gratificação de natureza *propter laborem* - Recebimento - Impossibilidade - **Servidor público estadual**. REsp n. 714.843 - MG. RSTJ 217/1158.
- Adm Lei Complementar n. 76/1993, arts. 6º e 16 - Benfeitorias úteis e necessárias - **Desapropriação** - Reforma agrária - Indenização - Levantamento - Possibilidade - Princípio da justa indenização. REsp n. 912.017 - MT. RSTJ 217/708.
- Adm Lei Complementar n. 98/2003(PR) - Abandono de cargo - CF/1988, art. 229, VII - Conselho da Polícia Civil do Estado do Paraná - Composição - Constituição Estadual (PR), art. 47, § 2º - CPP, art. 252, III - Ministério Público - Participação - Legalidade - Prescrição - Ocorrência - Processo administrativo disciplinar - Servidor público - Impedimento - **Servidor público estadual**. RMS n. 20.337 - PR. RSTJ 217/1037.
- Trbt Lei Complementar n. 118/2005 - **Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins)** - Prescrição - Termo inicial - Princípio da irretroatividade da lei tributária - Repetição do indébito. REsp n. 1.002.932 - SP. RSTJ 217/450.
- Adm Lei Complementar n. 164/2004(AC) - Curso de Formação de Sargentos - Participação - Direito adquirido - Lei n. 528/1974(AC) - **Mandado de segurança** - Perda de objeto - Não-ocorrência - Policial militar. RMS n. 25.690 - AC. RSTJ 217/1051.
- Adm Lei n. 528/1974(AC) - Curso de Formação de Sargentos - Participação - Direito adquirido - Lei Complementar n. 164/2004(AC) - **Mandado de segurança** - Perda de objeto - Não-ocorrência - Policial militar. RMS n. 25.690 - AC. RSTJ 217/1051.
- PrCv Lei n. 4.156/1962, art. 4º, § 3º - CPC, arts. 77 e 275 - **Empréstimo compulsório sobre energia elétrica** - Responsabilidade solidária - União. REsp n. 1.145.146 - RS. RSTJ 217/608.
- Trbt Lei n. 4.357/1964, arts. 3º e 7º, § 1º - Conversão dos créditos em ações - Correção monetária integral - Aplicabilidade - Decreto-Lei n. 1.512/1976 - **Empréstimo compulsório sobre energia elétrica** - Juros moratórios - Não-cabimento - Juros remuneratórios - Prescrição quinquenal - Termo inicial - Taxa Selic - Não-cumulatividade. REsp n. 1.003.955 - RS. RSTJ 217/461.

- Cv Lei n. 5.988/1973, art. 15 - **Direito autoral** - Lei n. 6.533/1978, art. 13 - Obra artística coletiva - Titularidade - Empresa produtora de evento. REsp n. 438.138 - DF. RSTJ 217/892.
- Adm Lei n. 5.991/1973, art. 20 - CPC, art. 534-C - Decreto n. 74.170/1974, art. 28 - **Farmacêutico** - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º - Responsabilidade técnica - Acúmulo - Possibilidade. Súmula n. 413-STJ. RSTJ 217/1194.
- Cm Lei n. 6.024/1974, art. 15, I, **a e b** - Insolvência parcial - **Instituição financeira** - Liquidação extrajudicial - Cabimento. REsp n. 1.116.845 - RJ. RSTJ 217/722.
- Cv Lei n. 6.533/1978, art. 13 - **Direito autoral** - Lei n. 5.988/1973, art. 15 - Obra artística coletiva - Titularidade - Empresa produtora de evento. REsp n. 438.138 - DF. RSTJ 217/892.
- PrCv Lei n. 6.830/1980, art. 8º - **Citação editalícia** - Cabimento - CPC, art. 543-C - Execução fiscal - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º. Súmula n. 414-STJ. RSTJ 217/1195.
- Trbt Lei n. 7.713/1988, art. 6º, XIV - **Imposto de Renda (IR)** - Isenção - Termo inicial - Militar - Reserva remunerada. REsp n. 981.593 - PR. RSTJ 217/637.
- PrCv Lei n. 8.009/1990, arts. 3º, III, e 4º - Ato ilícito - **Embargos do devedor** - Imóvel - Bem de família - Penhora - Limitação - Pensão mensal - Inadimplência. REsp n. 1.036.376 - MG. RSTJ 217/858.
- Adm Lei n. 8.069/1990, art. 76 - CF/1988, arts. 21, XVI, 220 e 221 - Classificação indicativa - Observância - Necessidade - Horário de verão - Portaria n. 1.220/2007-MJ, art. 19 - **Veiculação de programa audiovisual**. MS n. 14.041 - DF. RSTJ 217/430.
- PrCv Lei n. 8.078/1990, arts. 51, IV e § 1º, 103 e 104 - **Ação coletiva** - Ações individuais - Sustação - Possibilidade - Caderneta de poupança - Correção de saldo - CC/2002, arts. 122 e 166 - CPC, arts. 2º e 6º. REsp n. 1.110.549 - RS. RSTJ 217/788.
- Pn Lei n. 8.137/1990, art. 1º, parágrafo único - **Crime contra a ordem tributária** - Crime material - Configuração - Erário - Efetivo prejuízo - Necessidade. REsp n. 1.113.460 - SP. RSTJ 217/1178.
- Pn Lei n. 8.137/1990, art. 7º, IX - CDC, art. 18, § 6º, II - **Crime contra as relações de consumo** - Mercadoria inadequada ao consumo - Perícia - Necessidade. REsp n. 1.050.908 - RS. RSTJ 217/1060.
- Pv Lei n. 8.213/1991, arts. 15; 26, I; 74 e 102, § 2º - Aposentadoria - Requisitos - Necessidade - CPC, art. 543-C - Decreto n. 3.048/1999 - Decreto n. 4.729/2003 - Lei n. 9.528/1997 - Lei n. 9.876/1999, art. 2º - Lei n.

- 10.666/2003, art. 3º - **Pensão por morte** - Cabimento - Perda da qualidade de segurado - Irrelevância - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, §1º. Súmula n. 416-STJ. RSTJ 217/1197.
- PrCv Lei n. 8.429/1992, art. 20, parágrafo único - Ação de improbidade administrativa - Lei n. 8.437/1992 - Prefeito Municipal - Afastamento do cargo - **Suspensão de liminar e de sentença**. AgRg na SLS n. 1.047 - MA. RSTJ 217/38.
- PrCv Lei n. 8.437/1992 - Ação de improbidade administrativa - Lei n. 8.429/1992, art. 20, parágrafo único - Prefeito Municipal - Afastamento do cargo - **Suspensão de liminar e de sentença**. AgRg na SLS n. 1.047 - MA. RSTJ 217/38.
- Adm Lei n. 8.666/1993, art. 65, II, d e § 5º - **Contrato administrativo** - Revisão - Não-cabimento - Encargos tributários e trabalhistas - Aumento - Irrelevância - Equilíbrio econômico-financeiro - Quebra - Não-caracterização - Teoria da imprevisão - Inaplicabilidade. REsp n. 776.790 - AC. RSTJ 217/679.
- Pv Lei n. 8.742/1993 na redação da Lei n. 9.720/1998 - **Benefício assistencial** - CF/1988, art. 203, *caput* e V - Miserabilidade - Modo de verificação - Princípio da dignidade da pessoa humana - Princípio do livre convencimento motivado do juiz. REsp n. 1.112.557 - MG. RSTJ 217/963.
- Adm Lei n. 8.987/1995 - CF/1988, arts. 97 e 175 - Competência legislativa privativa - União - CPC, arts. 480 e 481 - Lei n. 9.472/1997 - Lei n. 11.699/2001(SC) - Inconstitucionalidade - RISTJ, art. 200 - **Serviço de telecomunicação**. RMS n. 17.112 - SC. RSTJ 217/381.
- PrPn Lei n. 9.296/1996, art. 2º - **Ação penal** - Instauração - Não-ocorrência - CF/1988, art. 5º, XII - Constrangimento ilegal - Não-ocorrência - Crime de tráfico internacional de entorpecentes - Interceptação telefônica - Ilegalidade. HC n. 88.825 - GO. RSTJ 217/973.
- Adm Lei n. 9.394/1996, art. 53 - CF/1988, arts. 3º e 5º - Decreto n. 65.810/1969 - **Ensino superior** - Política de cotas - Exceção - Impossibilidade. REsp n. 1.132.476 - PR. RSTJ 217/751.
- Adm Lei n. 9.472/1997 - CF/1988, arts. 97 e 175 - Competência legislativa privativa - União - CPC, arts. 480 e 481 - Lei n. 8.987/1995 - Lei n. 11.699/2001(SC) - Inconstitucionalidade - RISTJ, art. 200 - **Serviço de telecomunicação**. RMS n. 17.112 - SC. RSTJ 217/381.
- Pv Lei n. 9.528/1997 - Aposentadoria - Requisitos - Necessidade - CPC, art. 543-C - Decreto n. 3.048/1999 - Decreto n. 4.729/2003 - Lei n. 8.213/1991, arts. 15; 26, I; 74 e 102, § 2º - Lei n. 9.876/1999, art. 2º - Lei n. 10.666/2003, art. 3º - **Pensão por morte** - Cabimento - Perda da qualidade

- de segurado - Irrelevância - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, §1º. Súmula n. 416-STJ. RSTJ 217/1197.
- Cv Lei n. 9.609/1998, art. 9º - Contrato de licença em documento fiscal - Desnecessidade - Decreto n. 75.699/1975 - **Direito autoral** - *Software* - Meio de prova - Cabimento - Pirataria - Não-caracterização. REsp n. 913.008 - RJ. RSTJ 217/917.
- Pv Lei n. 9.876/1999, art. 2º - Aposentadoria - Requisitos - Necessidade - CPC, art. 543-C - Decreto n. 3.048/1999 - Decreto n. 4.729/2003 - Lei n. 8.213/1991, arts. 15; 26, I; 74 e 102, § 2º - Lei n. 9.528/1997 - Lei n. 10.666/2003, art. 3º - **Pensão por morte** - Cabimento - Perda da qualidade de segurado - Irrelevância - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, §1º. Súmula n. 416-STJ. RSTJ 217/1197.
- Pv Lei n. 10.666/2003, art. 3º - Aposentadoria - Requisitos - Necessidade - CPC, art. 543-C - Decreto n. 3.048/1999 - Decreto n. 4.729/2003 - Lei n. 8.213/1991, arts. 15; 26, I; 74 e 102, § 2º - Lei n. 9.528/1997 - Lei n. 9.876/1999, art. 2º - **Pensão por morte** - Cabimento - Perda da qualidade de segurado - Irrelevância - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, §1º. Súmula n. 416-STJ. RSTJ 217/1197.
- PrPn Lei n. 10.826/2003, art. 16, *caput* e III - **Abolitio criminis temporária** - Arma apreendida - Regularização - Impossibilidade - CPP, art. 580 - Inaplicabilidade - Estatuto do Desarmamento. HC n. 137.601 - RJ. RSTJ 217/1033.
- PrCv Lei n. 11.636/2007 - CPC, art. 515, § 4º - Inaplicabilidade - Custas judiciais - Cobrança - Legitimidade - **Embargos de divergência em recurso especial** - Inadmissibilidade - Resolução n. 1/2008-STJ. AgRg nos EREsp n. 932.702 - AL. RSTJ 217/58.
- Adm Lei n. 11.699/2001(SC) - Inconstitucionalidade - CF/1988, arts. 97 e 175 - Competência legislativa privativa - União - CPC, arts. 480 e 481 - Lei n. 8.987/1995 - Lei n. 9.472/1997 - RISTJ, art. 200 - **Serviço de telecomunicação**. RMS n. 17.112 - SC. RSTJ 217/381.
- Cm Liquidação extrajudicial - Cabimento - Insolvência parcial - **Instituição financeira** - Lei n. 6.024/1974, art. 15, I, **a** e **b**. REsp n. 1.116.845 - RJ. RSTJ 217/722.

M

- Cv Má-fé - Inexistência - Doença preexistente - Omissão de informações - Irrelevância - **Seguro de vida**. REsp n. 543.089 - MG. RSTJ 217/896.
- Adm **Mandado de segurança** - Consulta pública - Documentos - Disponibilização eletrônica - Portador de deficiência visual - Acesso -

- Portaria n. 661/2008-Ministério das Comunicações. AgRg no MS n. 14.449 - DF. RSTJ 217/401.
- Adm **Mandado de segurança** - Curso de Formação de Sargentos - Participação - Direito adquirido - Lei Complementar n. 164/2004(AC) - Lei n. 528/1974(AC) - Perda de objeto - Não-ocorrência - Policial militar. RMS n. 25.690 - AC. RSTJ 217/1051.
- PrCv Matéria constitucional - Agravo retido - Não-cabimento - CPC, art. 523, § 4º - Violação - Não-ocorrência - Decisão interlocutória - Execução de título extrajudicial - **Recurso especial** - Via eleita inadequada. REsp n. 418.349 - PR. RSTJ 217/803.
- PrCv **Medida cautelar** - Manutenção - Necessidade - CPC, art. 265, III - Exceção de incompetência - Execução de título extrajudicial - *Fumus boni iuris* - *Periculum in mora* - Caracterização. AgRg na MC n. 12.913 - MS. RSTJ 217/879.
- PrCv Medida cautelar - Pretensão de efeito suspensivo - Competência - Presidente de tribunal - CPC, art. 543-B, art. 1º - **Recurso extraordinário** - Sobrestamento. AgRg na MC n. 14.639 - AL. RSTJ 217/17.
- Cv Meio de prova - Cabimento - Contrato de licença em documento fiscal - Desnecessidade - Decreto n. 75.699/1975 - **Direito autoral** - *Software* - Lei n. 9.609/1998, art. 9º - Pirataria - Não-caracterização. REsp n. 913.008 - RJ. RSTJ 217/917.
- Pn Mercadoria inadequada ao consumo - CDC, art. 18, § 6º, II - **Crime contra as relações de consumo** - Lei n. 8.137/1990, art. 7º, IX - Perícia - Necessidade. REsp n. 1.050.908 - RS. RSTJ 217/1060.
- Trbt Militar - **Imposto de Renda (IR)** - Isenção - Termo inicial - Lei n. 7.713/1988, art. 6º, XIV - Reserva remunerada. REsp n. 981.593 - PR. RSTJ 217/637.
- PrCv Ministério Público - Intervenção - Desnecessidade - **Ação de rescisão contratual** - Autora - Falência posterior - Direito disponível - Caracterização - Nulidade - Não-ocorrência - Princípio da instrumentalidade das formas. REsp n. 419.020 - MG. RSTJ 217/889.
- Adm Ministério Público - Participação - Legalidade - Abandono de cargo - CF/1988, art. 229, VII - Conselho da Polícia Civil do Estado do Paraná - Composição - Constituição Estadual (PR), art. 47, § 2º - CPP, art. 252, III - Lei Complementar n. 98/2003(PR) - Prescrição - Ocorrência - Processo administrativo disciplinar - Servidor público - Impedimento - **Servidor público estadual**. RMS n. 20.337 - PR. RSTJ 217/1037.
- Pv Miserabilidade - Modo de verificação - **Benefício assistencial** - CF/1988, art. 203, *caput* e V - Lei n. 8.742/1993 na redação da Lei n. 9.720/1998 -

Princípio da dignidade da pessoa humana - Princípio do livre convencimento motivado do juiz. REsp n. 1.112.557 - MG. RSTJ 217/963.

PrCv Multa - Cobrança - CPC, art. 632 - **Intimação pessoal prévia do devedor** - Necessidade - Obrigação de fazer ou não fazer - Descumprimento. Súmula n. 410-STJ. RSTJ 217/1191.

N

PrCv Nomeação à autoria posterior - **Competência** - CPC, art. 219 - Justiça do Estado de Minas Gerais - Prevenção - Caracterização. CC n. 97.887 - MG. RSTJ 217/773.

PrCv Novo julgamento - Adiamento duradouro - Caracterização - **Apelação** - Feito - Inclusão em pauta - Necessidade - Pedido de vista - Ocorrência - Princípio da não surpresa - Observância. REsp n. 1.115.393 - RS. RSTJ 217/716.

PrCv Nulidade - Não-ocorrência - **Ação de rescisão contratual** - Autora - Falência posterior - Direito disponível - Caracterização - Ministério Público - Intervenção - Desnecessidade - Princípio da instrumentalidade das formas. REsp n. 419.020 - MG. RSTJ 217/889.

PrPn Nulidade absoluta - **Apelação** - Interposição - Deserção - Não-ocorrência - Fuga do réu - Superveniência - Súmula n. 347-STJ. HC n. 138.001 - RJ. RSTJ 217/1123.

O

Cv Obra - Atraso - CC/2002, art. 1.092 - **Contrato de promessa de compra e venda** - Empreendimento imobiliário - Inadimplência contratual - Configuração - Pagamento de parcelas - Suspensão - Possibilidade - Súmula n. 5-STJ - Súmula n. 7-STJ. REsp n. 593.471 - SP. RSTJ 217/910.

Cv Obra artística coletiva - **Direito autoral** - Lei n. 5.988/1973, art. 15 - Lei n. 6.533/1978, art. 13 - Titularidade - Empresa produtora de evento. REsp n. 438.138 - DF. RSTJ 217/892.

PrCv Obrigação de fazer ou não fazer - Descumprimento - CPC, art. 632 - **Intimação pessoal prévia do devedor** - Necessidade - Multa - Cobrança. Súmula n. 410-STJ. RSTJ 217/1191.

Cv Omissão de informações - Irrelevância - Doença preexistente - Má-fé - Inexistência - **Seguro de vida**. REsp n. 543.089 - MG. RSTJ 217/896.

P

- Cv Pagamento de parcelas - Suspensão - Possibilidade - CC/2002, art. 1.092 - **Contrato de promessa de compra e venda** - Empreendimento imobiliário - Inadimplência contratual - Configuração - Obra - Atraso - Súmula n. 5-STJ - Súmula n. 7-STJ. REsp n. 593.471 - SP. RSTJ 217/910.
- PrCv Pedido de vista - Ocorrência - Adiamento duradouro - Caracterização - **Apelação** - Feito - Inclusão em pauta - Necessidade - Novo julgamento - Princípio da não surpresa - Observância. REsp n. 1.115.393 - RS. RSTJ 217/716.
- PrCv Pedido genérico - Irrelevância - **Ação civil pública** - Competência - Justiça Federal - Comunidade indígena - Dano ambiental - Imprescritibilidade - Direito fundamental - Configuração - *Quantum debeatur* - Fixação - Possibilidade. REsp n. 1.120.117 - AC. RSTJ 217/730.
- PrCv Penhora - Limitação - Ato ilícito - **Embargos do devedor** - Imóvel - Bem de família - Lei n. 8.009/1990, arts. 3º, III, e 4º - Pensão mensal - Inadimplência. REsp n. 1.036.376 - MG. RSTJ 217/858.
- Cv **Pensão alimentícia** - Décimo terceiro salário - Incidência - Terço constitucional de férias - Incidência. REsp n. 1.106.654 - RJ. RSTJ 217/782.
- PrCv Pensão mensal - Inadimplência - Ato ilícito - **Embargos do devedor** - Imóvel - Bem de família - Lei n. 8.009/1990, arts. 3º, III, e 4º - Penhora - Limitação. REsp n. 1.036.376 - MG. RSTJ 217/858.
- Pv **Pensão por morte** - Cabimento - Aposentadoria - Requisitos - Necessidade - CPC, art. 543-C - Decreto n. 3.048/1999 - Decreto n. 4.729/2003 - Lei n. 8.213/1991, arts. 15; 26, I; 74 e 102, § 2º - Lei n. 9.528/1997 - Lei n. 9.876/1999, art. 2º - Lei n. 10.666/2003, art. 3º - Perda da qualidade de segurado - Irrelevância - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, §1º. Súmula n. 416-STJ. RSTJ 217/1197.
- Pv Perda da qualidade de segurado - Irrelevância - Aposentadoria - Requisitos - Necessidade - CPC, art. 543-C - Decreto n. 3.048/1999 - Decreto n. 4.729/2003 - Lei n. 8.213/1991, arts. 15; 26, I; 74 e 102, § 2º - Lei n. 9.528/1997 - Lei n. 9.876/1999, art. 2º - Lei n. 10.666/2003, art. 3º - **Pensão por morte** - Cabimento - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, §1º. Súmula n. 416-STJ. RSTJ 217/1197.
- Adm Perda de objeto - Não-ocorrência - Curso de Formação de Sargentos - Participação - Direito adquirido - Lei Complementar n. 164/2004(AC) - Lei n. 528/1974(AC) - **Mandado de segurança** - Policial militar. RMS n. 25.690 - AC. RSTJ 217/1051.

- Pn Perícia - Necessidade - CDC, art. 18, § 6º, II - **Crime contra as relações de consumo** - Lei n. 8.137/1990, art. 7º, IX - Mercadoria inadequada ao consumo. REsp n. 1.050.908 - RS. RSTJ 217/1060.
- PrPn Período - Máximo da pena cominada - CP, art. 109 - CPP, art. 366 - **Prazo prescricional** - Suspensão. Súmula n. 415-STJ. RSTJ 217/1196.
- PrCv Pessoa física - **Ação civil pública** - Direito à saúde - Direito individual indisponível - Caracterização - Legitimidade ativa *ad causam* - Ministério Público - Tratamento médico fora do domicílio. REsp n. 830.904 - MG. RSTJ 217/685.
- Cv Pirataria - Não-caracterização - Contrato de licença em documento fiscal - Desnecessidade - Decreto n. 75.699/1975 - **Direito autoral** - *Software* - Lei n. 9.609/1998, art. 9º - Meio de prova - Cabimento. REsp n. 913.008 - RJ. RSTJ 217/917.
- Adm Policial militar - Curso de Formação de Sargentos - Participação - Direito adquirido - Lei Complementar n. 164/2004(AC) - Lei n. 528/1974(AC) - **Mandado de segurança** - Perda de objeto - Não-ocorrência. RMS n. 25.690 - AC. RSTJ 217/1051.
- Adm Política de cotas - Exceção - Impossibilidade - CF/1988, arts. 3º e 5º - Decreto n. 65.810/1969 - **Ensino superior** - Lei n. 9.394/1996, art. 53. REsp n. 1.132.476 - PR. RSTJ 217/751.
- Adm Portador de deficiência visual - Acesso - Consulta pública - Documentos - Disponibilização eletrônica - **Mandado de segurança** - Portaria n. 661/2008-Ministério das Comunicações. AgRg no MS n. 14.449 - DF. RSTJ 217/401.
- Adm Portaria n. 661/2008-Ministério das Comunicações - Consulta pública - Documentos - Disponibilização eletrônica - **Mandado de segurança** - Portador de deficiência visual - Acesso. AgRg no MS n. 14.449 - DF. RSTJ 217/401.
- Adm Portaria n. 1.220/2007-MJ, art. 19 - CF/1988, arts. 21, XVI, 220 e 221 - Classificação indicativa - Observância - Necessidade - Horário de verão - Lei n. 8.069/1990, art. 76 - **Veiculação de programa audiovisual**. MS n. 14.041 - DF. RSTJ 217/430.
- PrCv Prazo prescricional - Ação de repetição do indébito - CC/1916, art. 177 - CC/2002, art. 205 - CPC, art. 543-C - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º - **Tarifas de água e esgoto**. Súmula n. 412-STJ. RSTJ 217/1193.
- PrPn **Prazo prescricional** - Suspensão - CP, art. 109 - CPP, art. 366 - Período - Máximo da pena cominada. Súmula n. 415-STJ. RSTJ 217/1196.
- PrCv Prefeito Municipal - Afastamento do cargo - Ação de improbidade administrativa - Lei n. 8.429/1992, art. 20, parágrafo único - Lei n.

- 8.437/1992 - **Suspensão de liminar e de sentença**. AgRg na SLS n. 1.047 - MA. RSTJ 217/38.
- Cv **Prenome e designativo de sexo** - Alteração - Possibilidade - Princípio da dignidade da pessoa humana - Transexual - Cirurgia de redesignação sexual. REsp n. 1.008.398 - SP. RSTJ 217/840.
- Pn Prescrição - Cálculo - CP, arts. 42; 109, V, e 113 - **Crime de estelionato** - Prisão provisória - Detração - Impossibilidade. HC n. 106.945 - RJ. RSTJ 217/1119.
- Adm Prescrição - Ocorrência - Abandono de cargo - CF/1988, art. 229, VII - Conselho da Polícia Civil do Estado do Paraná - Composição - Constituição Estadual (PR), art. 47, § 2º - CPP, art. 252, III - Lei Complementar n. 98/2003(PR) - Ministério Público - Participação - Legalidade - Processo administrativo disciplinar - Servidor público - Impedimento - **Servidor público estadual**. RMS n. 20.337 - PR. RSTJ 217/1037.
- Trbt Prescrição - Termo inicial - **Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins)** - Lei Complementar n. 118/2005 - Princípio da irretroatividade da lei tributária - Repetição do indébito. REsp n. 1.002.932 - SP. RSTJ 217/450.
- Trbt Prescrição quinquenal - Termo inicial - Conversão dos créditos em ações - Correção monetária integral - Aplicabilidade - Decreto-Lei n. 1.512/1976 - **Empréstimo compulsório sobre energia elétrica** - Juros moratórios - Não-cabimento - Juros remuneratórios - Lei n. 4.357/1964, arts. 3º e 7º, § 1º - Taxa Selic - Não-cumulatividade. REsp n. 1.003.955 - RS. RSTJ 217/461.
- PrCv Prevenção - Caracterização - **Competência** - CPC, art. 219 - Justiça do Estado de Minas Gerais - Nomeação à autoria posterior. CC n. 97.887 - MG. RSTJ 217/773.
- Cv Princípio da boa-fé objetiva - CC/2002, arts. 1.640, 1.687 e 1.829, I - Cônjuge sobrevivente - Herdeiro necessário - Não-configuração - **Inventário** - Partilha - Princípio da exclusividade - Regime de separação convencional de bens. REsp n. 992.749 - MS. RSTJ 217/820.
- Trbt Princípio da boa-fé objetiva - CF/1988, ADCT, art. 41, § 1º - Crédito-prêmio - Extinção - Termo final - Decisão judicial - Modulação temporal dos efeitos - **Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI)** - Princípio da confiança legítima - Princípio da segurança jurídica. REsp n. 654.446 - AL. RSTJ 217/645.
- Trbt Princípio da confiança legítima - CF/1988, ADCT, art. 41, § 1º - Crédito-prêmio - Extinção - Termo final - Decisão judicial - Modulação temporal dos efeitos - **Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI)** - Princípio da boa-fé objetiva - Princípio da segurança jurídica. REsp n. 654.446 - AL. RSTJ 217/645.

- PrPn Princípio da consunção - Inaplicabilidade - Conduta atípica - Caracterização - CPP, art. 41 - Crime de estelionato - Crime de falsidade ideológica - Fraude a vestibular - Cola eletrônica - **Habeas corpus** - Concessão parcial. HC n. 39.592 - PI. RSTJ 217/1076.
- Pv Princípio da dignidade da pessoa humana - **Benefício assistencial** - CF/1988, art. 203, *caput* e V - Lei n. 8.742/1993 na redação da Lei n. 9.720/1998 - Miserabilidade - Modo de verificação - Princípio do livre convencimento motivado do juiz. REsp n. 1.112.557 - MG. RSTJ 217/963.
- Cv Princípio da dignidade da pessoa humana - **Prenome e designativo de sexo** - Alteração - Possibilidade - Transexual - Cirurgia de redesignação sexual. REsp n. 1.008.398 - SP. RSTJ 217/840.
- Cv Princípio da exclusividade - CC/2002, arts. 1.640, 1.687 e 1.829, I - Cônjuge sobrevivente - Herdeiro necessário - Não-configuração - **Inventário** - Partilha - Princípio da boa-fé objetiva - Regime de separação convencional de bens. REsp n. 992.749 - MS. RSTJ 217/820.
- PrCv Princípio da instrumentalidade das formas - **Ação de rescisão contratual** - Autora - Falência posterior - Direito disponível - Caracterização - Ministério Público - Intervenção - Desnecessidade - Nulidade - Não-ocorrência. REsp n. 419.020 - MG. RSTJ 217/889.
- Trbt Princípio da irretroatividade da lei tributária - **Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins)** - Lei Complementar n. 118/2005 - Prescrição - Termo inicial - Repetição do indébito. REsp n. 1.002.932 - SP. RSTJ 217/450.
- Adm Princípio da justa indenização - Benfeitorias úteis e necessárias - **Desapropriação** - Reforma agrária - Indenização - Levantamento - Possibilidade - Lei Complementar n. 76/1993, arts. 6º e 16. REsp n. 912.017 - MT. RSTJ 217/708.
- PrCv Princípio da não surpresa - Observância - Adiamento duradouro - Caracterização - **Apelação** - Feito - Inclusão em pauta - Necessidade - Novo julgamento - Pedido de vista - Ocorrência. REsp n. 1.115.393 - RS. RSTJ 217/716.
- Adm Princípio da presunção de inocência - Ação penal - Trânsito em julgado - Não-ocorrência - Candidato - Exclusão - Impossibilidade - CF/1988, art. 5º, LVII - **Concurso público**. RMS n. 13.546 - MA. RSTJ 217/1135.
- Trbt Princípio da segurança jurídica - CF/1988, ADCT, art. 41, § 1º - Crédito-prêmio - Extinção - Termo final - Decisão judicial - Modulação temporal dos efeitos - **Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI)** - Princípio da boa-fé objetiva - Princípio da confiança legítima. REsp n. 654.446 - AL. RSTJ 217/645.

- Pv Princípio do livre convencimento motivado do juiz - **Benefício assistencial** - CF/1988, art. 203, *caput* e V - Lei n. 8.742/1993 na redação da Lei n. 9.720/1998 - Miserabilidade - Modo de verificação - Princípio da dignidade da pessoa humana. REsp n. 1.112.557 - MG. RSTJ 217/963.
- Pn Prisão provisória - Detração - Impossibilidade - CP, arts. 42; 109, V, e 113 - **Crime de estelionato** - Prescrição - Cálculo. HC n. 106.945 - RJ. RSTJ 217/1119.
- Adm Processo administrativo disciplinar - Abandono de cargo - CF/1988, art. 229, VII - Conselho da Polícia Civil do Estado do Paraná - Composição - Constituição Estadual (PR), art. 47, § 2º - CPP, art. 252, III - Lei Complementar n. 98/2003(PR) - Ministério Público - Participação - Legalidade - Prescrição - Ocorrência - Servidor público - Impedimento - **Servidor público estadual**. RMS n. 20.337 - PR. RSTJ 217/1037.
- PrPn Prova - Interceptação telefônica - **Embargos declaratórios** - Rejeição. EDcl no HC n. 76.686 - PR. RSTJ 217/1069.

Q

- PrCv *Quantum debeat* - Fixação - Possibilidade - **Ação civil pública** - Competência - Justiça Federal - Comunidade indígena - Dano ambiental - Imprescritibilidade - Direito fundamental - Configuração - Pedido genérico - Irrelevância. REsp n. 1.120.117 - AC. RSTJ 217/730.

R

- PrPn **Reclamação** - Carta rogatória - CF/1988, art. 105, I, **i** - Competência - Usurpação - Não-ocorrência - *Exequatur* - Superior Tribunal de Justiça (STJ) - Tratados e convenções internacionais - Não-incidência. Rcl n. 2.645 - SP. RSTJ 217/308.
- PrCv Recurso especial - Interposição - Momento de verificação - **Agravo de instrumento** - Formação - CF/1988, art. 5º, XXXV - Direito de recorrer - Observância - Recurso extraordinário - Inadmissibilidade - Súmula n. 126-STJ. EAg n. 1.093.440 - RJ. RSTJ 217/404.
- PrCv **Recurso especial** - Interposição extemporânea - Embargos declaratórios - Julgamento - Não-ocorrência - Reiteração posterior - Ausência. AgRg nos EAg n. 1.091.280 - ES. RSTJ 217/52.
- PrCv **Recurso especial** - Via eleita inadequada - Agravo retido - Não-cabimento - CPC, art. 523, § 4º - Violação - Não-ocorrência - Decisão interlocutória - Execução de título extrajudicial - Matéria constitucional. REsp n. 418.349 - PR. RSTJ 217/803.

- PrCv Recurso extraordinário - Inadmissibilidade - **Agravo de instrumento** - Formação - CF/1988, art. 5º, XXXV - Direito de recorrer - Observância - Recurso especial - Interposição - Momento de verificação - Súmula n. 126-STJ. EAg n. 1.093.440 - RJ. RSTJ 217/404.
- PrCv **Recurso extraordinário** - Sobrestamento - Competência - Presidente de tribunal - CPC, art. 543-B, art. 1º - Medida cautelar - Pretensão de efeito suspensivo. AgRg na MC n. 14.639 - AL. RSTJ 217/17.
- PrCv Reexame necessário - Obrigatoriedade - CPC, art. 475 - Ente público - Parte - **Sentença ilíquida**. EREsp n. 934.642 - PR. RSTJ 217/303.
- PrCv Reexame necessário - Obrigatoriedade - CPC, art. 475 - Ente público - Parte - **Sentença ilíquida**. REsp n. 1.101.727 - PR. RSTJ 217/368.
- Cv Regime de separação convencional de bens - CC/2002, arts. 1.640, 1.687 e 1.829, I - Cônjuge sobrevivente - Herdeiro necessário - Não-configuração - **Inventário** - Partilha - Princípio da boa-fé objetiva - Princípio da exclusividade. REsp n. 992.749 - MS. RSTJ 217/820.
- PrCv Reiteração posterior - Ausência - Embargos declaratórios - Julgamento - Não-ocorrência - **Recurso especial** - Interposição extemporânea. AgRg nos EAg n. 1.091.280 - ES. RSTJ 217/52.
- Trbt Repetição do indébito - **Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins)** - Lei Complementar n. 118/2005 - Prescrição - Termo inicial - Princípio da irretroatividade da lei tributária. REsp n. 1.002.932 - SP. RSTJ 217/450.
- Trbt Reserva remunerada - **Imposto de Renda (IR)** - Isenção - Termo inicial - Lei n. 7.713/1988, art. 6º, XIV - Militar. REsp n. 981.593 - PR. RSTJ 217/637.
- PrCv Resolução n. 1/2008-STJ - CPC, art. 515, § 4º - Inaplicabilidade - Custas judiciais - Cobrança - Legitimidade - **Embargos de divergência em recurso especial** - Inadmissibilidade - Lei n. 11.636/2007. AgRg nos EREsp n. 932.702 - AL. RSTJ 217/58.
- PrCv Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º - Ação de repetição do indébito - CC/1916, art. 177 - CC/2002, art. 205 - CPC, art. 543-C - Prazo prescricional - **Tarifas de água e esgoto**. Súmula n. 412-STJ. RSTJ 217/1193.
- Pv Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, §1º - Aposentadoria - Requisitos - Necessidade - CPC, art. 543-C - Decreto n. 3.048/1999 - Decreto n. 4.729/2003 - Lei n. 8.213/1991, arts. 15; 26, I; 74 e 102, § 2º - Lei n. 9.528/1997 - Lei n. 9.876/1999, art. 2º - Lei n. 10.666/2003, art. 3º - **Pensão por morte** - Cabimento - Perda da qualidade de segurado - Irrelevância. Súmula n. 416-STJ. RSTJ 217/1197.

- PrCv Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º - **Citação editalícia** - Cabimento - CPC, art. 543-C - Execução fiscal - Lei n. 6.830/1980, art. 8º. Súmula n. 414-STJ. RSTJ 217/1195.
- Adm Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º - CPC, art. 534-C - Decreto n. 74.170/1974, art. 28 - **Farmacêutico** - Lei n. 5.991/1973, art. 20 - Responsabilidade técnica - Acúmulo - Possibilidade. Súmula n. 413-STJ. RSTJ 217/1194.
- PrCv Responsabilidade - Arrematante - Arrematação - Débitos fiscais e condominiais - **Execução**. REsp n. 1.114.111 - RJ. RSTJ 217/871.
- PrCv Responsabilidade objetiva - Concessionária de serviço público - Acidente em rodovia - Animais na pista - **Denúnciação à lide** - Não-cabimento. REsp n. 573.260 - RS. RSTJ 217/906.
- PrCv Responsabilidade solidária - União - CPC, arts. 77 e 275 - **Empréstimo compulsório sobre energia elétrica** - Lei n. 4.156/1962, art. 4º, § 3º. REsp n. 1.145.146 - RS. RSTJ 217/608.
- Adm Responsabilidade técnica - Acúmulo - Possibilidade - CPC, art. 534-C - Decreto n. 74.170/1974, art. 28 - **Farmacêutico** - Lei n. 5.991/1973, art. 20 - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º. Súmula n. 413-STJ. RSTJ 217/1194.
- Adm RISTJ, art. 200 - CF/1988, arts. 97 e 175 - Competência legislativa privativa - União - CPC, arts. 480 e 481 - Lei n. 8.987/1995 - Lei n. 9.472/1997 - Lei n. 11.699/2001(SC) - Inconstitucionalidade - **Serviço de telecomunicação**. RMS n. 17.112 - SC. RSTJ 217/381.

S

- Cv **Seguro de vida** - Doença preexistente - Má-fé - Inexistência - Omissão de informações - Irrelevância. REsp n. 543.089 - MG. RSTJ 217/896.
- PrCv **Sentença ilíquida** - CPC, art. 475 - Ente público - Parte - Reexame necessário - Obrigatoriedade. EREsp n. 934.642 - PR. RSTJ 217/303.
- PrCv **Sentença ilíquida** - CPC, art. 475 - Ente público - Parte - Reexame necessário - Obrigatoriedade. REsp n. 1.101.727 - PR. RSTJ 217/368.
- Adm **Serviço de telecomunicação** - CF/1988, arts. 97 e 175 - Competência legislativa privativa - União - CPC, arts. 480 e 481 - Lei n. 8.987/1995 - Lei n. 9.472/1997 - Lei n. 11.699/2001(SC) - Inconstitucionalidade - RISTJ, art. 200. RMS n. 17.112 - SC. RSTJ 217/381.
- Adm Servidor público - Impedimento - Abandono de cargo - CF/1988, art. 229, VII - Conselho da Polícia Civil do Estado do Paraná - Composição

- Constituição Estadual (PR), art. 47, § 2º - CPP, art. 252, III - Lei Complementar n. 98/2003(PR) - Ministério Público - Participação - Legalidade - Prescrição - Ocorrência - Processo administrativo disciplinar - **Servidor público estadual**. RMS n. 20.337 - PR. RSTJ 217/1037.
- Adm **Servidor público estadual** - Abandono de cargo - CF/1988, art. 229, VII - Conselho da Polícia Civil do Estado do Paraná - Composição - Constituição Estadual (PR), art. 47, § 2º - CPP, art. 252, III - Lei Complementar n. 98/2003(PR) - Ministério Público - Participação - Legalidade - Prescrição - Ocorrência - Processo administrativo disciplinar - Servidor público - Impedimento. RMS n. 20.337 - PR. RSTJ 217/1037.
- Adm **Servidor público estadual** - Afastamento para concorrer a cargo eletivo - Gratificação de natureza *propter laborem* - Recebimento - Impossibilidade - Lei Complementar n. 64/1990. REsp n. 714.843 - MG. RSTJ 217/1158.
- PrPn Sigilo telefônico - Quebra - Ilegalidade - Autoria - Indícios - Ausência - Crédito tributário - Lançamento - Inexistência - **Crime de apropriação indébita previdenciária** - Crime de sonegação fiscal. HC n. 128.087 - SP. RSTJ 217/1011.
- Cv Solidariedade - Inexistência - Adulterio - CC/1916, art. 1.518 - CC/2002, art. 942, *caput* e parágrafo único - Cúmplice do cônjuge infiel - **Indenização** - Não-cabimento. REsp n. 1.122.547 - MG. RSTJ 217/949.
- Cv Súmula n. 5-STJ - Ação possessória - Cabimento - CC/2002, arts. 579 e 581 - Comodato - Descaracterização - Impossibilidade - CPC, art. 926 e seguintes - Ebulho - Ocorrência - **Imóvel** - Súmula n. 7-STJ. REsp n. 302.137 - RJ. RSTJ 217/881.
- Cv Súmula n. 5-STJ - CC/2002, art. 1.092 - **Contrato de promessa de compra e venda** - Empreendimento imobiliário - Inadimplência contratual - Configuração - Obra - Atraso - Pagamento de parcelas - Suspensão - Possibilidade - Súmula n. 7-STJ. REsp n. 593.471 - SP. RSTJ 217/910.
- Cv Súmula n. 7-STJ - Ação possessória - Cabimento - CC/2002, arts. 579 e 581 - Comodato - Descaracterização - Impossibilidade - CPC, art. 926 e seguintes - Ebulho - Ocorrência - **Imóvel** - Súmula n. 5-STJ. REsp n. 302.137 - RJ. RSTJ 217/881.
- Cv Súmula n. 7-STJ - CC/2002, art. 1.092 - **Contrato de promessa de compra e venda** - Empreendimento imobiliário - Inadimplência contratual - Configuração - Obra - Atraso - Pagamento de parcelas - Suspensão - Possibilidade - Súmula n. 5-STJ. REsp n. 593.471 - SP. RSTJ 217/910.
- PrCv Súmula n. 126-STJ - **Agravo de instrumento** - Formação - CF/1988, art. 5º, XXXV - Direito de recorrer - Observância - Recurso especial - Interposição - Momento de verificação - Recurso extraordinário - Inadmissibilidade. EAgr n. 1.093.440 - RJ. RSTJ 217/404.

- PrPn Súmula n. 347-STJ - **Apelação** - Interposição - Deserção - Não-ocorrência - Fuga do réu - Superveniência - Nulidade absoluta. HC n. 138.001 - RJ. RSTJ 217/1123.
- PrCv Súmula n. 410-STJ - CPC, art. 632 - **Intimação pessoal prévia do devedor** - Necessidade - Multa - Cobrança - Obrigação de fazer ou não fazer - Descumprimento. RSTJ 217/1191.
- Trbt Súmula n. 411-STJ - Correção monetária - Cabimento - Fisco - Resistência ilegítima - **Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI)** - Creditamento. RSTJ 217/1192.
- PrCv Súmula n. 412-STJ - Ação de repetição do indébito - CC/1916, art. 177 - CC/2002, art. 205 - CPC, art. 543-C - Prazo prescricional - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º - **Tarifas de água e esgoto**. RSTJ 217/1193.
- Adm Súmula n. 413-STJ - CPC, art. 534-C - Decreto n. 74.170/1974, art. 28 - **Farmacêutico** - Lei n. 5.991/1973, art. 20 - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º - Responsabilidade técnica - Acúmulo - Possibilidade. RSTJ 217/1194.
- PrCv Súmula n. 414-STJ - **Citação editalícia** - Cabimento - CPC, art. 543-C - Execução fiscal - Lei n. 6.830/1980, art. 8º - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º. RSTJ 217/1195.
- PrPn Súmula n. 415-STJ - CP, art. 109 - CPP, art. 366 - Período - Máximo da pena cominada - **Prazo prescricional** - Suspensão. RSTJ 217/1196.
- Pv Súmula n. 416-STJ - Aposentadoria - Requisitos - Necessidade - CPC, art. 543-C - Decreto n. 3.048/1999 - Decreto n. 4.729/2003 - Lei n. 8.213/1991, arts. 15; 26, I; 74 e 102, § 2º - Lei n. 9.528/1997 - Lei n. 9.876/1999, art. 2º - Lei n. 10.666/2003, art. 3º - **Pensão por morte** - Cabimento - Perda da qualidade de segurado - Irrelevância - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, §1º. RSTJ 217/1197.
- PrPn Superior Tribunal de Justiça (STJ) - Carta rogatória - CF/1988, art. 105, I, **i** - Competência - Usurpação - Não-ocorrência - *Exequatur* - **Reclamação** - Tratados e convenções internacionais - Não-incidência. Rcl n. 2.645 - SP. RSTJ 217/308.
- PrCv **Suspensão de liminar e de sentença** - Ação de improbidade administrativa - Lei n. 8.429/1992, art. 20, parágrafo único - Lei n. 8.437/1992 - Prefeito Municipal - Afastamento do cargo. AgRg na SLS n. 1.047 - MA. RSTJ 217/38.
- PrCv **Suspensão de liminar e de sentença** - Companhia energética - Construção de bens - Execução - Grave lesão à ordem e à economia públicas - Indenização. AgRg na SLS n. 1.073 - RJ. RSTJ 217/45.

T

- PrCv **Tarifas de água e esgoto** - Ação de repetição do indébito - CC/1916, art. 177 - CC/2002, art. 205 - CPC, art. 543-C - Prazo prescricional - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º. Súmula n. 412-STJ. RSTJ 217/1193.
- Trbt Taxa Selic - Não-cumulatividade - Conversão dos créditos em ações - Correção monetária integral - Aplicabilidade - Decreto-Lei n. 1.512/1976 - **Empréstimo compulsório sobre energia elétrica** - Juros moratórios - Não-cabimento - Juros remuneratórios - Lei n. 4.357/1964, arts. 3º e 7º, § 1º - Prescrição quinquenal - Termo inicial. REsp n. 1.003.955 - RS. RSTJ 217/461.
- PrCv Teoria da causa madura - Inaplicabilidade - CF/1988, art. 105, III - CPC, art. 515, § 3º - **Embargos de divergência em recurso especial**. EREsp n. 1.062.962 - SP. RSTJ 217/421.
- Adm Teoria da imprevisão - Inaplicabilidade - **Contrato administrativo** - Revisão - Não-cabimento - Encargos tributários e trabalhistas - Aumento - Irrelevância - Equilíbrio econômico-financeiro - Quebra - Não-caracterização - Lei n. 8.666/1993, art. 65, II, d e § 5º. REsp n. 776.790 - AC. RSTJ 217/679.
- Cv Terço constitucional de férias - Incidência - Décimo terceiro salário - Incidência - **Pensão alimentícia**. REsp n. 1.106.654 - RJ. RSTJ 217/782.
- Cv Titularidade - Empresa produtora de evento - **Direito autoral** - Lei n. 5.988/1973, art. 15 - Lei n. 6.533/1978, art. 13 - Obra artística coletiva. REsp n. 438.138 - DF. RSTJ 217/892.
- Cv Transexual - Cirurgia de redesignação sexual - **Prenome e designativo de sexo** - Alteração - Possibilidade - Princípio da dignidade da pessoa humana. REsp n. 1.008.398 - SP. RSTJ 217/840.
- PrPn Tratados e convenções internacionais - Não-incidência - Carta rogatória - CF/1988, art. 105, I, i - Competência - Usurpação - Não-ocorrência - *Exequatur* - **Reclamação** - Superior Tribunal de Justiça (STJ). Rcl n. 2.645 - SP. RSTJ 217/308.
- PrCv Tratamento médico fora do domicílio - **Ação civil pública** - Direito à saúde - Direito individual indisponível - Caracterização - Legitimidade ativa *ad causam* - Ministério Público - Pessoa física. REsp n. 830.904 - MG. RSTJ 217/685.

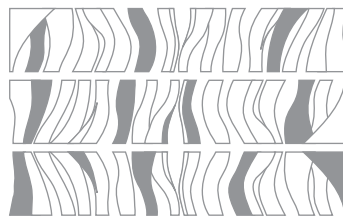
V

- Adm **Veiculação de programa audiovisual** - CF/1988, arts. 21, XVI, 220 e 221 - Classificação indicativa - Observância - Necessidade - Horário de verão

ÍNDICE ANALÍTICO

- Lei n. 8.069/1990, art. 76 - Portaria n. 1.220/2007-MJ, art. 19. MS n. 14.041 - DF. RSTJ 217/430.

Cv Verbas indenizatórias - Inclusão - CLT, art. 449, § 1º - Crédito prioritário trabalhista - Decreto-Lei n. 7.661/1945, art. 102 - Falência - **Habilitação de crédito**. REsp n. 1.051.590 - GO. RSTJ 217/865.



Índice Sistemático

AGRAVO REGIMENTAL NA MEDIDA CAUTELAR - AgRg na MC

12.913-MS Rel. Min. João Otávio de Noronha RSTJ 217/879.
14.639-AL..... Rel. Min. Ari Pargendler..... RSTJ 217/17.

**AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA -
AgRg na SLS**

1.047-MA Rel. Min. Presidente do STJ RSTJ 217/38.
1.073-RJ Rel. Min. Presidente do STJ RSTJ 217/45.

AGRAVO REGIMENTAL NO MANDADO DE SEGURANÇA - AgRg no MS

14.449-DF..... Rel. Min. Hamilton Carvalhido RSTJ 217/401.

**AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO -
AgRg nos EAg**

1.091.280-ES Rel. Min. Francisco Falcão RSTJ 217/52.

**AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP -
AgRg nos EREsp**

932.702-AL..... Rel. Min. Francisco Falcão RSTJ 217/58.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA - CC

97.887-MG Rel. Min. Fernando Gonçalves..... RSTJ 217/773.

DENÚNCIA NA AÇÃO PENAL - Denun na APn

549-SP Rel. Min. Felix Fischer RSTJ 217/62.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS - EDcl no HC

76.686-PR Rel. Min. Nilson Naves RSTJ 217/1069.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO - EA_g

1.093.440-RJ Rel. Min. Humberto Martins RSTJ 217/404.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP - EREsp

835.537-MG Rel. Min. Benedito Gonçalves RSTJ 217/414.

934.642-PR Rel. Min. Ari Pargendler RSTJ 217/303.

1.062.962-SP Rel. Min. Benedito Gonçalves RSTJ 217/421.

EMBARGOS INFRINGENTES EM AR - EAR

3.231-PR Rel. Min. Vasco Della Giustina¹ RSTJ 217/778.

HABEAS CORPUS - HC

39.592-PI Rel. Min. Haroldo Rodrigues² RSTJ 217/1076.

67.415-ES Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura RSTJ 217/1095.

88.825-GO Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima RSTJ 217/973.

106.945-RJ Rel. Min. Haroldo Rodrigues² RSTJ 217/1119.

128.087-SP Rel. Min. Jorge Mussi RSTJ 217/1011.

137.206-SP Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho RSTJ 217/1022.

137.601-RJ Rel. Min. Laurita Vaz RSTJ 217/1033.

138.001-RJ Rel. Min. Celso Limongi³ RSTJ 217/1123.

MANDADO DE SEGURANÇA - MS

14.041-DF Rel. Min. Teori Albino Zavascki RSTJ 217/430.

RECLAMAÇÃO - Rcl

2.645-SP Rel. Min. Teori Albino Zavascki RSTJ 217/308.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA - RMS

13.546-MA Rel. Min. Og Fernandes RSTJ 217/1135.

17.112-SC Rel. Min. Denise Arruda RSTJ 217/381.



¹ Desembargador convocado do TJ-RS

² Desembargador convocado do TJ-CE

³ Desembargador convocado do TJ-SP

20.337-PR..... Rel. Min. Laurita Vaz..... RSTJ 217/1037.
 25.690-AC Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima..... RSTJ 217/1051.

RECURSO ESPECIAL - REsp

302.137-RJ Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro⁴..... RSTJ 217/881.
 418.349-PR..... Rel. Min. Paulo Furtado⁵ RSTJ 217/803.
 419.020-MG Rel. Min. Fernando Gonçalves..... RSTJ 217/889.
 438.138-DF..... Rel. Min. João Otávio de Noronha RSTJ 217/892.
 466.632-MS Rel. Min. Vasco Della Giustina⁶ RSTJ 217/808.
 543.089-MG Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro⁴..... RSTJ 217/896.
 573.260-RS Rel. Min. Aldir Passarinho Junior RSTJ 217/906.
 578.585-PA Rel. Min. Og Fernandes..... RSTJ 217/1147.
 593.471-SP..... Rel. Min. Aldir Passarinho Junior RSTJ 217/910.
 654.446-AL..... Rel. Min. Herman Benjamin RSTJ 217/645.
 714.843-MG Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura..... RSTJ 217/1158.
 776.790-AC Rel. Min. Mauro Campbell Marques RSTJ 217/679.
 830.904-MG Rel. Min. Herman Benjamin RSTJ 217/685.
 893.477-PR..... Rel. Min. Nilson Naves RSTJ 217/1166.
 912.017-MT..... Rel. Min. Mauro Campbell Marques RSTJ 217/708.
 913.008-RJ Rel. Min. Luis Felipe Salomão..... RSTJ 217/917.
 981.593-PR..... Rel. Min. Denise Arruda..... RSTJ 217/637.
 992.749-MS Rel. Min. Nancy Andrichi RSTJ 217/820.
 1.002.932-SP..... Rel. Min. Luiz Fux..... RSTJ 217/450.
 1.003.955-RS Rel. Min. Eliana Calmon RSTJ 217/461.
 1.008.398-SP..... Rel. Min. Nancy Andrichi RSTJ 217/840.
 1.036.376-MG Rel. Min. Massami Uyeda RSTJ 217/858.
 1.050.908-RS Rel. Min. Jorge Mussi RSTJ 217/1060.
 1.051.590-GO..... Rel. Min. Sidnei Beneti..... RSTJ 217/865.
 1.101.727-PR..... Rel. Min. Hamilton Carvalhido RSTJ 217/368.
 1.106.654-RJ Rel. Min. Paulo Furtado⁵ RSTJ 217/782.
 1.110.549-RS Rel. Min. Sidnei Beneti..... RSTJ 217/788.
 1.112.557-MG Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho RSTJ 217/963.
 1.113.460-SP..... Rel. Min. Celso Limongi⁷..... RSTJ 217/1178.
 1.114.111-RJ Rel. Min. Massami Uyeda RSTJ 217/871.
 1.115.393-RS Rel. Min. Castro Meira RSTJ 217/716.
 1.116.845-RJ..... Rel. Min. Castro Meira..... RSTJ 217/722.
 1.120.117-AC Rel. Min. Eliana Calmon RSTJ 217/730.

⁴ Desembargador convocado do TJ-AP

⁵ Desembargador convocado do TJ-BA

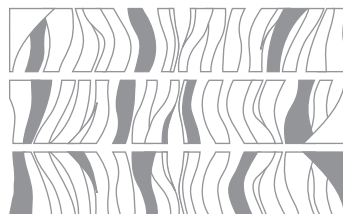
⁶ Desembargador convocado do TJ-RS

⁷ Desembargador convocado do TJ-SP

1.122.547-MG..... Rel. Min. Luis Felipe Salomão..... RSTJ 217/949.
1.132.476-PR..... Rel. Min. Humberto Martins..... RSTJ 217/751.
1.145.146-RS..... Rel. Min. Luiz Fux..... RSTJ 217/608.

SÚMULAS

410..... RSTJ 217/1191.
411..... RSTJ 217/1192.
412..... RSTJ 217/1193.
413..... RSTJ 217/1194.
414..... RSTJ 217/1195.
415..... RSTJ 217/1196.
416..... RSTJ 217/1197.



Siglas e Abreviaturas

AC	Apelação Cível
Adm	Administrativo
Ag	Agravo de Instrumento
AgRg	Agravo Regimental
AI	Argüição de Inconstitucionalidade
Ana	Agência Nacional de Águas
Anatel	Agência Nacional de Telecomunicações
Aneel	Agência Nacional de Energia Elétrica
APn	Ação Penal
AR	Ação Rescisória
CAt	Conflito de Atribuições
CC	Código Civil
CC	Conflito de Competência
CCm	Código Comercial
Cm	Comercial
CNE	Conselho Nacional de Educação
Com	Comunicação
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CDC	Código de Proteção e Defesa do Consumidor
CPP	Código de Processo Penal
CR	Carta Rogatória
CRI	Carta Rogatória Impugnada
Ct	Constitucional
CTB	Código de Trânsito Brasileiro
CTN	Código Tributário Nacional
Cv	Civil
D	Decreto
DL	Decreto-Lei

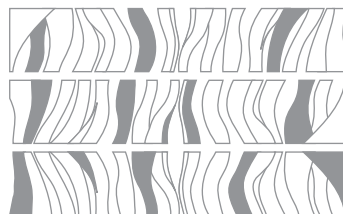
DNAEE	Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica
E	Ementário da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça
EAC	Embargos Infringentes em Apelação Cível
EAR	Embargos Infringentes em Ação Rescisória
EAg	Embargos de Divergência no Agravo
EC	Emenda Constitucional
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
EDcl	Embargos de Declaração
EJSTJ	Ementário da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça
EI	Eleitoral
EREsp	Embargos de Divergência em Recurso Especial
ERMS	Embargos Infringentes no Recurso em Mandado de Segurança
ExImp	Exceção de Impedimento
ExSusp	Exceção de Suspeição
ExVerd	Exceção da Verdade
ExecAR	Execução em Ação Rescisória
ExecMC	Execução em Medida Cautelar
ExecMS	Execução em Mandado de Segurança
HC	<i>Habeas Corpus</i>
HD	<i>Habeas Data</i>
HSE	Homologação de Sentença Estrangeira
IDC	Incidente de Deslocamento de Competência
IExec	Incidente de Execução
IF	Intervenção Federal
IJ	Interpelação Judicial
Inq	Inquérito
IPVA	Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores
IUJ	Incidente de Uniformização de Jurisprudência
LC	Lei Complementar

SIGLAS E ABREVIATURAS

LCP	Lei das Contravenções Penais
Loman	Lei Orgânica da Magistratura
LONMP	Lei Orgânica Nacional do Ministério Público
MC	Medida Cautelar
MC	Ministério das Comunicações
MI	Mandado de Injunção
MS	Mandado de Segurança
NC	Notícia-Crime
PA	Processo Administrativo
Pet	Petição
PEExt	Pedido de Extensão
Pn	Penal
Prc	Precatório
PrCv	Processual Civil
PrPn	Processual Penal
Pv	Previdenciário
QO	Questão de Ordem
R	Revista do Superior Tribunal de Justiça
Rcl	Reclamação
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
RHC	Recurso em <i>Habeas Corpus</i>
RHD	Recurso em <i>Habeas Data</i>
RMI	Recurso em Mandado de Injunção
RMS	Recurso em Mandado de Segurança
RO	Recurso Ordinário
Rp	Representação
RSTJ	Revista do Superior Tribunal de Justiça
RvCr	Revisão Criminal
S	Súmula

SIGLAS E ABREVIATURAS

SAF	Secretaria de Administração Federal
Sd	Sindicância
SEC	Sentença Estrangeira Contestada
SF	Senado Federal
SL	Suspensão de Liminar
SLS	Suspensão de Liminar e de Sentença
SS	Suspensão de Segurança
STA	Suspensão de Tutela Antecipada
Tr	Trabalho
Trbt	Tributário



**Repositórios Autorizados e Credenciados pelo
Superior Tribunal de Justiça**

REPOSITÓRIOS AUTORIZADOS E CREDENCIADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

01. Lex – Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – editada pela Lex Editora S.A. – Portaria n. 1, de 19.08.1985 – DJ 21.08.1985 – **Registro revalidado** – Edital de 20.10.1989 – DJ 24.10.1989.
02. Revista de Direito Administrativo – editada pela Editora Renovar Ltda. – Portaria n. 2, de 19.08.1985 – DJ 21.08.1985 – **Registro cancelado** – Portaria n. 1, de 05.09.2007 – DJ 19.09.2007.
03. Revista LTr – Legislação do Trabalho e Previdência Social – editada pela LTr Editora Ltda. – Portaria n. 5, de 26.08.1985 – DJ 28.08.1985 – **Registro revalidado** – Edital de 20.10.1989 – DJ 24.10.1989.
04. Jurisprudência Brasileira Cível e Comércio – editada pela Juruá Editora Ltda. – Portaria n. 6, de 09.09.1985 – DJ 12.09.1985 – **Registro cancelado** – Portaria n. 1, de 09.02.2006 – DJ 15.02.2006.
05. Julgados dos Tribunais Superiores – editada pela Editora Jurid Vellenich Ltda. – Portaria n. 7, de 06.11.1987 – DJ 10.11.1987 – **Registro cancelado** – Portaria n. 2, de 06.03.2001 – DJ 09.03.2001.
06. Revista de Doutrina e Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – Portaria n. 1, de 29.11.1989 – DJ 1º.12.1989 – **Registro alterado/retificado** – Portaria n. 3, de 19.06.2002 – DJ de 25.06.2002.
07. Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – Portaria n. 1, de 08.02.1990 – DJ 12.02.1990.
08. Revista Jurídica Mineira – Portaria n. 3, de 02.04.1990 – DJ 04.04.1990 – **Registro cancelado** – Portaria n. 4, de 13.05.1999 – DJ 04.06.1999.
09. Revista Jurídica – editada por Notadez Informação Ltda. – Portaria n. 4, de 02.04.1990 – DJ 04.04.1990.
10. Julgados do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul – Portaria n. 5, de 02.05.1990 – DJ 09.05.1990 – **Registro cancelado** – Portaria n. 8, de 16.11.2000 – DJ 24.11.2000.
11. Revista de Processo – editada pela Editora Revista dos Tribunais Ltda. – Portaria n. 6, de 31.05.1990 – DJ 06.06.1990.
12. Revista de Direito Civil – editada pela Editora Revista dos Tribunais Ltda. – Portaria n. 7, de 31.05.1990 – DJ 06.06.1990 – **Registro cancelado** – Portaria n. 4, de 06.06.2000 – DJ 09.06.2000.
13. Revista dos Tribunais – editada pela Editora Revista dos Tribunais Ltda. – Portaria n. 8, de 31.05.1990 – DJ 06.06.1990.

14. Revista de Direito Público – editada pela Editora Revista dos Tribunais Ltda. – Portaria n. 9, de 31.05.1990 – DJ 06.06.1990 – **Registro cancelado** – Portaria n. 5, de 11.06.2001 – DJ 19.06.2001.
15. Revista Ciência Jurídica – editada pela Editora Nova Alvorada Edições Ltda. – Portaria n. 10, de 21.08.1990 – DJ 24.08.1990 – **Registro cancelado** – Portaria n. 2, de 04.07.2003 – DJ 14.07.2003.
16. Revista Jurisprudência Mineira – editada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – Portaria n. 12, de 10.09.1990 – DJ 12.09.1990.
17. Revista de Julgados do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais – Portaria n. 13, de 17.12.1990 – DJ 19.12.1990 – **Registro cancelado** – Portaria n. 10, de 08.10.2007 – DJ 18.10.2007.
18. Jurisprudência Catarinense – editada pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina – Portaria n. 1, de 22.05.1991 – DJ 27.05.1991.
19. Revista IOB Trabalhista e Previdenciária – editada pela IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. – Portaria n. 3, de 16.09.1991 – DJ 20.09.1991 – **Registro retificado** – Portaria n. 9, de 22.11.2006 – DJ 11.12.2006.
20. Lex – Jurisprudência dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo – editada pela Lex Editora S.A. – Portaria n. 1, de 10.03.1992 – DJ 13.03.1992 – **Registro cancelado** – Portaria n. 6, de 08.10.2007 – DJ 18.10.2007.
21. Jurisprudência do Tribunal de Justiça – editada pela Lex Editora S.A. – Portaria n. 2, de 10.03.1992 – DJ 13.03.1992 – **Registro retificado** – Portaria n. 9, de 16.11.2000 – DJ 24.11.2000.
22. Lex – Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – editada pela Lex Editora S.A. – Portaria n. 2, de 10.03.1992 – DJ 13.03.1992.
23. Revista de Previdência Social – editada pela LTr Editora Ltda. – Portaria n. 4, de 20.04.1992 – DJ 24.04.1992.
24. Revista Forense – editada pela Editora Forense – Portaria n. 5, de 22.06.1992 – DJ 06.07.1992.
25. Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados – editada pela Editora Jurid Vellenich Ltda. – Portaria n. 6, de 06.11.1992 – DJ 10.11.1992 – **Registro cancelado** – Portaria n. 3, de 04.07.2003 – DJ 14.07.2003.
26. Série – Jurisprudência ADCOAS – editada pela Editora Esplanada Ltda. – Portaria n. 1, de 18.02.1993 – DJ 25.02.1993 – **Registro cancelado** – Portaria n. 2, de 23.08.2004 – DJ 26.08.2004.
27. Revista Ata – Arquivos dos Tribunais de Alçada do Estado do Rio de Janeiro – Portaria n. 2, de 11.02.1994 – DJ 18.02.1994 – **Registro cancelado** – Portaria n. 3, de 04.05.1999 – DJ 18.05.1999.

28. Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região – editada pela Livraria do Advogado Ltda. – Portaria n. 3, de 02.03.1994 – DJ 07.03.1994.
29. Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – Portaria n. 4, de 15.06.1994 – DJ 17.06.1994.
30. Genesis – Revista de Direito do Trabalho – editada pela Genesis Editora – Portaria n. 5, de 14.09.1994 – DJ 16.09.1994 – **Registro cancelado** – Portaria n. 4, de 08.10.2007 – DJ 18.10.2007.
31. Decisório Trabalhista – editada pela Editora Decisório Trabalhista Ltda. – Portaria n. 6, de 02.12.1994 – DJ 06.12.1994.
32. Revista de Julgados e Doutrina do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo – Portaria n. 1, de 18.12.1995 – DJ 20.12.1995 – **Registro cancelado** – Portaria n. 5, de 08.10.2007 – DJ 18.10.2007.
33. Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região – editada pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região – Portaria n. 1, de 11.04.1996 – DJ 22.04.1996.
34. Lex – Jurisprudência do Tribunal Federal de Recursos – editada pela Lex Editora S.A. – Portaria n. 2, de 29.04.1996 – DJ 02.05.1996 – **Registro cancelado** – Portaria n. 11, de 08.10.2007 – DJ 18.10.2007.
35. Revista de Direito Renovar – editada pela Editora Renovar Ltda. – Portaria n. 3, de 12.08.1996 – DJ 15.08.1996.
36. Revista Dialética de Direito Tributário – editada pela Editora Oliveira Rocha Comércio e Serviços Ltda. – Portaria n. 1, de 16.06.1997 – DJ 23.06.1997.
37. Revista do Ministério Público – Portaria n. 1, de 26.10.1998 – DJ 05.11.1998 – **Registro retificado** – Portaria n. 9, de 14.06.1999 – DJ 22.06.1999.
38. Revista Jurídica Consulex – editada pela Editora Consulex Ltda. – Portaria n. 1, de 04.02.1999 – DJ 23.02.1999 – Republicada em 25.02.1999 – **Registro cancelado** – Portaria n. 1, de 06.03.2001 – DJ 09.03.2001.
39. Genesis – Revista de Direito Processual Civil – editada pela Genesis Editora – Portaria n. 2, de 12.04.1999 – DJ 15.04.1999 – **Registro cancelado** – Portaria n. 3, de 08.10.2007 – DJ 18.10.2007.
40. Jurisprudência Brasileira Criminal – editada pela Juruá Editora Ltda. – Portaria n. 6, de 14.06.1999 – DJ 22.06.1999 – **Registro cancelado** – Portaria n. 2, de 09.02.2006 – DJ 15.02.2006.
41. Jurisprudência Brasileira Trabalhista – editada pela Juruá Editora Ltda. – Portaria n. 7, de 14.06.1999 – DJ 22.06.1999 – **Registro cancelado** – Portaria n. 3, de 09.02.2006 – DJ 15.02.2006.
42. Revista de Estudos Tributários – editada pela IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. – Portaria n. 8, de 14.06.1999 – DJ 22.06.1999.

43. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – editada pela Editora Brasília Jurídica Ltda. – Portaria n. 10, de 29.06.1999 – DJ 05.07.1999 – **Registro cancelado** – Portaria n. 1, de 23.08.2004 – DJ 26.08.2004.
44. Revista Interesse Público – editada pela Editora Fórum Ltda. – Portaria n. 1, de 14.03.2000 – DJ 21.03.2000.
45. Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil – editada pela IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. – Portaria n. 2, de 14.03.2000 – DJ 21.03.2000 – **Registro retificado** – Portaria n. 9, de 22.11.2006 – DJ 11.12.2006.
46. Revista IOB de Direito de Família – editada pela IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. – Portaria n. 3, de 29.03.2000 – DJ 03.04.2000 – **Registro retificado** – Portaria n. 2, de 14.09.2009 – DJe 15.09.2009
47. Revista ADCOAS Previdenciária – editada pela Editora Esplanada Ltda. – ADCOAS – Portaria n. 5, de 21.06.2000 – DJ 27.06.2000 – **Registro cancelado** – Portaria n. 8, de 08.10.2007 – DJ 18.10.2007.
48. Revista ADCOAS Trabalhista – editada pela Editora Esplanada Ltda. – ADCOAS – Portaria n. 6, de 21.06.2000 – DJ 27.06.2000 – **Registro cancelado** – Portaria n. 7, de 08.10.2007 – DJ 18.10.2007.
49. Revista de Jurisprudência ADCOAS – editada pela Editora Esplanada Ltda. – ADCOAS – Portaria n. 7, de 21.06.2000 – DJ 27.06.2000 – **Registro cancelado** – Portaria n. 9, de 08.10.2007 – DJ 18.10.2007.
50. Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal – editada pela IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. – Portaria n. 4, de 06.03.2001 – DJ 09.03.2001 – **Registro retificado** – Portaria n. 9, de 22.11.2006 – DJ 11.12.2006.
51. Revista Tributária e de Finanças Públicas – editada pela Editora Revista dos Tribunais – Portaria n. 6, de 11.06.2001 – DJ 19.06.2001.
52. Revista Nacional de Direito e Jurisprudência – editada pela Nacional de Direito Livraria Editora Ltda. – Portaria n. 1, de 08.04.2002 – DJ 02.05.2002 – Republicada em 19.04.2002 – **Registro cancelado** – Portaria n. 1, de 31.07.2009 – DJe 05.08.2009.
53. Revista do Tribunal Regional Federal da 5ª Região – editada pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região – Portaria n. 2, de 23.04.2002 – DJ 02.05.2002.
54. Revista Dialética de Direito Processual – editada pela Editora Oliveira Rocha Comércio e Serviços Ltda. – Portaria n. 1, de 30.06.2003 – DJ 07.07.2003.
55. Revista Juris Plenum – editada pela Editora Plenum Ltda. – Portaria n. 1, de 23.05.2005 – DJ 30.05.2005.
56. Revista Bonijuris – co-editada pelo Instituto de Pesquisas Jurídicas Bonijuris, Associação dos Magistrados do Paraná (Amapar), Associação dos Magistrados Catarinense (AMC) e Associação dos Magistrados do Trabalho IX e XII (Amatra) – Portaria n. 2, de 18.10.2005 – DJ 27.10.2005.

57. Revista Juris Plenum Trabalhista e Previdenciária – editada pela Editora Plenum Ltda. – Portaria n. 3, de 16.12.2005 – DJ 08.02.2006.
58. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal – editada pela Editora Magister Ltda. – Portaria n. 4, de 02.08.2006 – DJ 09.08.2006.
59. CD-ROM – Jur Magister – editado pela Editora Magister Ltda. – Portaria n. 5, de 09.08.2006 – DJ 15.08.2006.
60. DVD – Magister – editado pela Editora Magister Ltda. – Portaria n. 6, de 09.08.2006 – DJ 15.08.2006.
61. Revista Previdenciária e Trabalhista Gazetajuris – editada pela Editora Portal Jurídico Ltda. – Portaria n. 7, de 09.08.2006 – DJ 15.08.2006 – **Registro cancelado** – Portaria n. 2, de 08.10.2007 – DJ 18.10.2007.
62. CD-ROM – Gazetajuris – editado pela Editora Portal Jurídico Ltda. – Portaria n. 8, de 02.10.2006 – DJ 04.10.2006 – **Registro cancelado** – Portaria n. 6, de 12.11.2008 – DJe 17.11.2008.
63. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil – editada pela Editora Magister Ltda. – Portaria n. 1, de 1º.02.2008 – DJ 11.02.2008.
64. Revista Brasileira de Direito Tributário e Finanças Públicas – editada pela Editora Magister Ltda. – Portaria n. 2, de 1º.02.2008 – DJ 11.02.2008.
65. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões – editada pela Editora Magister Ltda. – Portaria n. 4, de 10.10.2008 – DJe 15.10.2008.
66. Revista de Direito Tributário da Associação Paulista de Estudos Tributários – editada pela MP Editora Ltda. – Portaria n. 5, de 30.10.2008 – DJe 07.11.2008.
67. Portal na Rede Mundial de Computadores “editoramagister.com” – editado pela Editora Magister Ltda. – Portaria n. 7, de 15.12.2008 – DJe 17.12.2008.
68. Portal da Rede Mundial de Computadores “www.tjrs.jus.br – Jurisprudência – Revista de Jurisprudência” – editado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Portaria n. 1, de 19.02.2010 – DJe 24.02.2010.
69. Portal da Rede Mundial de Computadores “www.aasp.org.br” – “Jurisprudência online” – editado pela Associação dos Advogados de São Paulo – Portaria n. 2, de 19.02.2010 – DJe 24.02.2010.

Projeto gráfico

Coordenadoria de Programação Visual - STJ

Editoração

Gabinete do Ministro Diretor da Revista - STJ

Impressão

Capa: Gráfica do Conselho da Justiça Federal - CJF

Miolo: Seção de Reprografia e Encadernação - STJ