



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 aditirto 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-reestabelecimento 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, aponte 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 consequência, 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 vênia 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, consequentemente, 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 Votorantim 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 debeat* 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 ilíquido. 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 ilíquido. 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 ilíquido. 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.