



Jurisprudência da Quinta Turma

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO
N. 654.254-RS (2005/0009796-2)

Relator: Ministro Gilson Dipp

Agravantes: Vera Teresinha Gomes Borges e outros

Advogados: Glênio Luís Ohlweiler Ferreira e outros

Agravada: União

EMENTA

Processual Civil. Honorários advocatícios. Execução contra a Fazenda Pública. Art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil. Medida Provisória n. 2.180-35/2001. Inaplicabilidade aos processos em curso. Requisição de pequeno valor. Tema não discutido na instância ordinária. Inovação. Impossibilidade. Reexame de matéria fático-probatória. Inviabilidade. Incidência da Súmula n. 7-STJ. Recurso desprovido.

I - Após a edição da Medida Provisória n. 2.180-35/2001, que alterou o art. 1º-D da Lei n. 9.494/1997 — o qual dispõe que “não serão devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções não embargadas” — a egrégia Corte Especial deste Tribunal se posicionou no sentido de que a referida medida provisória não seria aplicável aos casos ocorridos antes da sua vigência.

II - Não obstante tenha existido julgamento isolado da Corte Especial entendendo que “Com o advento da EC n. 32/2001, que alterou a redação do art. 62 da CF/1988, ficou explicitamente vedada a edição de medida provisória para tratar de matéria processual. Assim, é impossível adotarem-se os termos da MP n. 2.180-35/2001, que dispõe sobre os honorários advocatícios, tema de índole processual”. (REsp n. 436.312-SC), a própria Corte Especial, em decisões proferidas em sessões posteriores, manteve o entendimento de que a referida medida provisória somente não seria aplicável aos casos ocorridos antes da sua vigência.

III - Tratando-se de título executivo oriundo de ação coletiva interposta por sindicato, e não de ação civil pública, deve incidir a regra de que iniciada a execução após a edição da medida provisória em questão, não são devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções não embargadas.

IV - Inviável a análise em sede de agravo interno de questões novas, estranhas ao acórdão proferido no recurso de apelação, às razões do recurso especial e às contra-razões, não argüidas no curso do processo. Precedentes.

V - Nos termos do Verbete Sumular n. 7-STJ, “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

VI - Agravo interno desprovido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 26 de abril de 2005 (data do julgamento).

Ministro Gilson Dipp, Relator

DJ 23.05.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de agravo interno interposto contra a decisão de fls. 149/152, a seguir transcrita:

“No tocante aos arts. 462, 730 e 731 do Código de Processo Civil, verifica-se que a agravante não prequestionou a matéria a contento, pois a discussão na instância **a quo** não chegou à exaustão. Verifica-se, pois, incidir à espécie a ausência do necessário prequestionamento para abertura da via especial.

Em que pese a oposição de embargos declaratórios, foram os mesmos rejeitados. A mera oposição não supre o requisito do prequestionamento. Compete ao Tribunal de origem se manifestar a respeito do tema.

Desta feita, persistindo a omissão na decisão do recurso integrativo, o recorrente deve interpor recurso especial com base na violação ao art. 535 do Código de Processo Civil, para que este Superior Tribunal determine, ou não, o retorno dos autos à origem, a fim de sanar eventual mácula. O que, na hipótese dos autos, não ocorreu. Aplica-se à espécie a Súmula n. 211 do STJ. No mesmo sentido, transcrevo julgado de minha relatoria, **verbis**:

‘AgRg (Ag) Administrativo. Agravo regimental. Ausência de prequestionamento. Matéria não apreciada na instância **a quo**. Incidência das Súmulas ns. 211-STJ, 282 e 356-STF.

1. Não há que se falar em prequestionamento, quando a matéria objeto da discussão na instância **a quo** tratou de tema diverso do constante no recurso especial. Para tanto, seria necessária a oposição dos embargos de declaração, os quais restaram rejeitados. A esse respeito já se posicionou esta Corte nos termos da Súmula n. 211-STJ, que assim dispõe:

‘Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição dos embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal **a quo**.’

Aplicável à espécie, as Súmulas ns. 282 e 356-STF.

2. Agravo regimental desprovido.’ (AgRg n. 195.922-SP, DJ 09.10.2000).

Quanto aos honorários, o Superior Tribunal de Justiça possuía jurisprudência uniforme no sentido de que seria cabível a condenação em honorários advocatícios na execução fundada em título judicial ou extrajudicial, embargada ou não, nos termos do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, mesmo quando se tratasse de execução contra a Fazenda Pública. Ilustrativamente:

‘Processual Civil e Previdenciário. Fazenda Pública. Execução não embargada. Honorários advocatícios. Cabimento. Decisão monocrática. Lei n. 9.756/1998. Agravo regimental.

1. São devidos honorários advocatícios em processo de execução por título judicial, embargada ou não, ainda que proposta contra a Fazenda Pública. Precedentes da Corte Especial.

2. **Omissis.**

3. Agravo regimental não provido.’ (AgRg no REsp n. 317.848-RS, Relator Ministro Edson Vidigal, DJ 08.10.2001).

‘Processual Civil. Embargos de declaração. Omissão. Rejeição.

A circunstância de se tratar de execução contra Autarquia, equiparada à Fazenda Pública, não a exime de condenação em honorários na execução embargada ou não.

Embargos de declaração rejeitados.’ (EDcl no REsp n. 227.103-RS, de minha relatoria, DJ 25.06.2001).

‘Processual Civil. Execução por título judicial. Honorários advocatícios. Cabimento. Hipótese.

A egrégia Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça, interpretando o § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil, com a nova redação dada pela Lei n. 9.952/1994, tem decidido que são devidos honorários advocatícios na execução por título judicial, mesmo que não tenham sido opostos embargos.

Embargos de divergência rejeitados.’ (REsp n. 141.511-RS, Relator Ministro Vicente Leal, DJ 07.02.2000).

‘Embargos de divergência no recurso especial. Honorários de advogado. Art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil com a redação dada pela Lei n. 9.952/1994.

‘A nova redação do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil deixa indubitado o cabimento de honorários de advogado em execução, mesmo não embargada, não fazendo a lei, para esse fim, distinção entre execução fundada em título judicial e execução fundada em título extrajudicial.’ (Precedente da Corte Especial)

Embargos rejeitados.’ (REsp n. 202.083-RS, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ 30.10.2000).

Após a edição da Medida Provisória n. 2.180-35/2001, que alterou o art. 1º-D da Lei n. 9.494/1997 — o qual dispõe que ‘não serão devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções não embargadas’ — a egrégia Corte Especial deste Tribunal se manifestou no sentido de que a referida medida provisória não seria aplicável aos casos ocorridos antes da sua vigência. Neste sentido:

‘Embargos de divergência em recurso especial. Processual Civil. Ipergs. Fazenda Pública. Execução. Embargos. Desnecessidade. Honorários. Inaplicação da Medida Provisória n. 2.180-35. Afastamento da teoria do ‘fato superveniente’ — art. 462 do CPC.

Não se aplica o disposto na medida provisória quanto aos honorários advocatícios nas execuções não embargadas, até porque atributiva de privilégio à Fazenda Pública, não se autorizando que seja suprimida da parte, no particular da norma processual instrumental material, a eficácia da lei do tempo do início do processo de execução, como é próprio do Estado de Direito.

Embargos rejeitados.’ (REsp n. 440.046-RS, Corte Especial, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, data da decisão: 18.06.2003, DJ 19.12.2003).

Não obstante tenha existido julgamento isolado da Corte Especial entendendo que ‘Com o advento da EC n. 32/2001, que alterou a redação do art. 62 da CF/1988, ficou explicitamente vedada a edição de medida provisória para tratar de matéria processual. Assim, é impossível adotarem-se os termos da MP n. 2.180-35/2001, que dispõe sobre os honorários advocatícios, tema de índole processual.’ (REsp n. 436.312-SC, Relator Ministro Franciulli Netto, *data da decisão*: 23.10.2003, DJ 08.03.2003), faz-se mister destacar que a própria *Corte Especial*, em decisões proferidas em sessões posteriores, manteve o entendimento de que a referida medida provisória somente não seria aplicável aos casos ocorridos antes da sua vigência. Neste sentido:

‘Embargos de divergência. Honorários de perito que elabora cálculo previsto no art. 604 do Código de Processo Civil. Honorários de advogado considerando a Medida Provisória n. 2.180-35/2001. Súmula n. 168 da Corte.

1. Cabe ao exequente responder pelo pagamento do perito que contrata para elaborar a memória de cálculo prevista no art. 604 do Código de Processo Civil.

2. Já decidiu a Corte Especial que não se aplica a Medida Provisória n. 2.180-35/2001 aos processos já instaurados.

3. Primeiros embargos de divergência conhecidos e rejeitados; segundos embargos de divergência não conhecidos nos termos da Súmula n. 168 da Corte.’ (REsp n. 442.151-RS, Corte Especial, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, *data da decisão*: 05.11.2003, DJ 19.12.2003).

‘Processual Civil. Embargos de divergência. Execução. Honorários advocatícios. Medida Provisória n. 2.180-35, de 24.08.2001.

I - São cabíveis honorários advocatícios em execução promovida contra a Fazenda Pública, ainda que não embargada (precedente da Corte Especial). O disposto na Medida Provisória n. 2.180-35/2001 não se aplica às execuções ajuizadas antes de sua vigência (REsp n. 426.486-RS).

II - ‘Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado’ (Súmula n. 168-STJ).

III - Embargos de divergência não conhecidos.’ (REsp n. 441.113-RS, Corte Especial, Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, *data da decisão*: 19.11.2003, DJ 19.12.2003).

Assim, deve prevalecer este último entendimento prescrito pela egrégia Corte Especial, em face da missão constitucional deste Tribunal, quanto à uniformização da matéria infraconstitucional em sede de recurso especial.

Na presente hipótese observa-se que a execução foi proposta em 2003, portanto, em data posterior à edição da referida medida provisória, motivo pelo qual não são devidos os honorários advocatícios.

Ante o exposto, com base no art. 544, § 3º, do Código de Processo Civil, dou provimento ao agravo de instrumento. Em consequência, conheço parcialmente do recurso especial e, nesta extensão, lhe dou provimento para excluir da condenação a verba referente aos honorários advocatícios.

Os agravantes, repisando os argumentos anteriormente apresentados, alegam que a Medida Provisória n. 2.180-35/2001 não incide nas execuções individuais que se tenham originado de ações coletivas. Aduzem, ainda, que em recente decisão o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inaplicabilidade da Medida Provisória n. 2.180-35/2001 em relação aos créditos definidos em lei como de pequeno valor, objeto do § 3º do art. 100 da Constituição Federal.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Não obstante os argumentos expendidos pelos agravantes, estes não têm o condão de infirmar os fundamentos insertos na decisão hostilizada.

Consoante explicitado anteriormente, o Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência uniforme no sentido de que seria cabível a condenação em honorários advocatícios na execução fundada em título judicial ou extrajudicial, embargada ou não, nos termos do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, mesmo quando se tratasse de execução contra a Fazenda Pública. Ilustrativamente:

“Processual Civil e Previdenciário. Fazenda Pública. Execução não embargada. Honorários advocatícios. Cabimento. Decisão monocrática. Lei n. 9.756/1998. Agravo regimental.

1. São devidos honorários advocatícios em processo de execução por título judicial, embargada ou não, ainda que proposta contra a Fazenda Pública. Precedentes da Corte Especial.

2. Omissis.

3. Agravo regimental não provido.” (AgRg no REsp n. 317.848-RS, Relator Ministro Edson Vidigal, DJ 08.10.2001).

“Processual Civil. Embargos de declaração. Omissão. Rejeição.

A circunstância de se tratar de execução contra Autarquia, equiparada à Fazenda Pública, não na exime de condenação em honorários na execução embargada ou não.

Embargos de declaração rejeitados.” (EDcl no REsp n. 227.103-RS, de minha relatoria, DJ 25.06.2001).

“Processual Civil. Execução por título judicial. Honorários advocatícios. Cabimento. Hipótese.

A egrégia Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça, interpretando o § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil, com a nova redação dada pela Lei n. 9.952/1994, tem decidido que são devidos honorários advocatícios na execução por título judicial, mesmo que não tenham sido opostos embargos.

Embargos de divergência rejeitados.” (REsp n. 141.511-RS, Relator Ministro Vicente Leal, DJ 07.02.2000).

“Embargos de divergência no recurso especial. Honorários de advogado. Art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil com a redação dada pela Lei n. 9.952/1994.

‘A nova redação do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil deixa indubitado o cabimento de honorários de advogado em execução, mesmo não embargada, não fazendo a lei, para esse fim, distinção entre execução fundada em título judicial e execução fundada em título extrajudicial.’ (Precedente da Corte Especial)

Embargos rejeitados.” (REsp n. 202.083-RS, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ 30.10.2000).

Após a edição da Medida Provisória n. 2.180-35/2001, que alterou o art. 1º-D da Lei n. 9.494/1997 — o qual dispõe que “não serão devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções não embargadas” — a egrégia Corte Especial deste Tribunal se manifestou no sentido de que a referida medida provisória não seria aplicável aos casos ocorridos antes da sua vigência. Neste sentido:

“Embargos de divergência em recurso especial. Processual Civil. Ipergs. Fazenda Pública. Execução. Embargos. Desnecessidade. Honorários. Inaplicação da Medida Provisória n. 2.180-35. Afastamento da teoria do ‘fato superveniente’ — art. 462 do CPC.

Não se aplica o disposto na medida provisória quanto aos honorários advocatícios nas execuções não embargadas, até porque atributiva de privilégio à

Fazenda Pública, não se autorizando que seja suprimida da parte, no particular da norma processual instrumental material, a eficácia da lei do tempo do início do processo de execução, como é próprio do Estado de Direito.

Embargos rejeitados.” (EREsp n. 440.046-RS, Corte Especial, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, data da decisão: 18.06.2003, DJ 19.12.2003).

Não obstante tenha existido julgamento isolado da Corte Especial entendendo que “Com o advento da EC n. 32/2001, que alterou a redação do art. 62 da CF/1988, ficou explicitamente vedada a edição de medida provisória para tratar de matéria processual. Assim, é impossível adotarem-se os termos da MP n. 2.180-35/2001, que dispõe sobre os honorários advocatícios, tema de índole processual”. (EREsp n. 436.312-SC, Relator Ministro Franciulli Netto, *data da decisão*: 23.10.2003, DJ 08.03.2003), faz-se mister destacar que a própria *Corte Especial*, em decisões proferidas em sessões posteriores, manteve o entendimento de que a referida medida provisória somente não seria aplicável aos casos ocorridos antes da sua vigência. Neste sentido:

“Embargos de divergência. Honorários de perito que elabora cálculo previsto no art. 604 do Código de Processo Civil. Honorários de advogado considerando a Medida Provisória n. 2.180-35/2001. Súmula n. 168 da Corte.

1. Cabe ao exequente responder pelo pagamento do perito que contrata para elaborar a memória de cálculo prevista no art. 604 do Código de Processo Civil.

2. Já decidiu a Corte Especial que não se aplica a Medida Provisória n. 2.180-35/2001 aos processos já instaurados.

3. Primeiros embargos de divergência conhecidos e rejeitados; segundos embargos de divergência não conhecidos nos termos da Súmula n. 168 da Corte.” (EREsp n. 442.151-RS, Corte Especial, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, *data da decisão*: 05.11.2003, DJ 19.12.2003).

“Processual Civil. Embargos de divergência. Execução. Honorários advocatícios. Medida Provisória n. 2.180-35, de 24.08.2001.

I - São cabíveis honorários advocatícios em execução promovida contra a Fazenda Pública, ainda que não embargada (precedente da Corte Especial). O disposto na Medida Provisória n. 2.180-35/2001 não se aplica às execuções ajuizadas antes de sua vigência (EREsp n. 426.486-RS).

II - “Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado” (Súmula n. 168-STJ).

III - Embargos de divergência não conhecidos.” (REsp n. 441.113-RS, Corte Especial, Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, *data da decisão*: 19.11.2003, DJ 19.12.2003).

Assim, deve prevalecer este último entendimento prescrito pela egrégia Corte Especial, em face da missão constitucional deste Tribunal, quanto à uniformização da matéria infraconstitucional em sede de recurso especial.

Na presente hipótese observa-se que a execução foi proposta em 2003, portanto, em data posterior à edição da referida medida provisória, motivo pelo qual não são devidos os honorários advocatícios.

Repisa-se, ainda, que este Superior Tribunal de Justiça tem se manifestado no sentido de afastar a incidência da medida provisória em questão, quando se tratar de execução em sede de ação civil pública, em face das peculiaridades inerentes à referida ação.

Nesta hipótese, o exeqüente, não tendo participado do processo de conhecimento, vê-se obrigado a contratar advogado para executar o julgado, iniciando-se, então, uma relação processual distinta e autônoma da ocorrida na ação civil pública.

Neste sentido:

“Processo Civil. Embargos de divergência em recurso especial. Execução de título judicial não embargada. Ação civil pública. Art. 1^o-D da Lei n. 9.494/1997. Exeqüente que não é parte na ação de conhecimento. Honorários advocatícios. Cabimento.

1. Embora o art. 1^o-D da Lei n. 9.494/1997 determine serem indevidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções não embargadas, em se tratando de ação civil pública e não tendo o exeqüente participado da ação cognitiva, deve ser fixada verba honorária, ante a necessidade de se constituir advogado para que promova a execução do julgado.

2. Conforme precedentes das duas Turmas de Direito Público desta Corte, mostra-se cabível a condenação da Fazenda Pública em honorários advocatícios nas execuções, ainda que não embargadas, promovidas por beneficiários de título judicial oriundo de ação civil pública.

3. Embargos de divergência acolhidos.” (REsp n. 475.923-PR, Relator Ministro Castro Meira, DJ 23.08.2004).

“Agravo regimental. Processual Civil. Honorários advocatícios. Ação civil pública. Execução individual. Peculiaridades. Cabimento. Medida Provisória n. 2.180-35/2001. Não-incidência. Precedentes.

1. São cabíveis honorários advocatícios em sede de execução individual contra a Fazenda Pública, de título judicial oriundo de ação civil pública, afastando a incidência da medida provisória n. 2.180-35/2001 à espécie, em face das peculiaridades inerentes à referida ação. Precedentes do STJ.

2. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no REsp n. 665.724-RS, Relator Ministra Laurita Vaz, DJ 29.11.2004).

No caso dos autos a hipótese é diversa, infere-se não se tratar de execução em sede de ação civil pública, e sim de execução em ação ordinária de natureza coletiva, não havendo motivo para não ser aplicada a medida provisória. Neste sentido:

“Ação coletiva. Execução contra Fazenda Pública. Honorários advocatícios. Art. 1^o-D da Lei n. 9.494/1997, modificado pela MP n. 2.180/2001. Incidência. Art. 20, § 4^o, do CPC.

1. Tratando-se de título executivo proveniente de ação coletiva interposta por sindicato, e não de ação civil pública, deve incidir a regra de que iniciada a execução após a edição da Medida Provisória n. 2.180-35, que modificou a redação do art. 1^o-D da Lei n. 9.494/1997, não são devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções não embargadas.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.” (AgRg no REsp n. 611.667-RS, Relator Ministro Paulo Medina, DJ 29.11.2004).

Ressalta-se, ainda, que a alegação de cuidar-se a presente execução de quantia considerada de pequeno valor é estranha ao acórdão proferido no recurso de apelação, às razões do recurso especial, às contra-razões e à decisão agravada. Desta forma, constata-se que o agravo interno não reúne condições de ser admitido, por inviável o exame do tema posto à debate somente nesta sede processual, por caracterizar inovação de fundamentos. Sobre o tema, seguem os seguintes precedentes:

“Agravo regimental no recurso especial. Fixação de honorários advocatícios. Art. 1^o-D da Lei n. 9.494/1997, inserido pela MP n. 2.180-35/2001. Aplicabilidade. Execução iniciada posteriormente. *Requisição de pequeno valor. tema não discutido na instância ordinária.*

A pretensão da parte-agravante é a fixação de honorários advocatícios em execução não embargada contra a Fazenda Pública iniciada posteriormente à

vigência da MP n. 2.180-35/2001, sob o argumento de que se trata de execução de pequena monta, porém tal tema não foi prequestionado, constituindo-se uma inovação que não pode ser enfrentada no presente recurso.

Agravo desprovido.” (AgRg no REsp n. 657.959-SC, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ 14.03.2005) — grifei.

“Agravo regimental. Recurso especial. Processo Civil. Honorários advocatícios. Execução judicial. MP n. 2.180-35/2001. *Não-incidência em requisições de pequeno valor. Questão nova.*

Verifica-se que o agravante levantou questão nova, e, portanto, incabível de ser suscitada em sede de agravo regimental. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no REsp n. 714.758-SC, Relator Ministro Felix Fischer, DJ 11.04.2005) — grifei.

Ademais, ainda que ultrapassado este óbice, reexaminar o tema argüido, somente nesta sede processual, implica o revolvimento de matéria fática, inviável em sede de recurso especial, conforme orientação da Súmula n. 7, STJ, **verbis**:

“A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.”

Ilustrativamente:

“Recurso especial. Previdenciário. Execução de sentença. Súmula n. 260/TFR. Cálculos homologados que desrespeitaram o comando expresso na sentença. Coisa julgada. Inocorrência.

1. É firme o constructo doutrinário e jurisprudencial no sentido de que, na liquidação, é cabível a retificação dos cálculos homologados e não impugnados, quando constatada a ocorrência de erro material ou desrespeito ao comando expresso na sentença, sendo indevida a incidência de critérios não previstos, sob pena de violação da coisa julgada.

2. Decidindo o Tribunal **a quo** que as diferenças existentes em pro do segurado decorreu de erro material nos cálculos homologados, torna-se inviável, em sede de recurso especial, o exame da violação da coisa julgada, porque a sua verificação implicaria o reexame do acervo fático-probatório dos autos, vedado pelo Enunciado n. 7 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça.

3. Em havendo os cálculos homologados por sentença desrespeitado o comando expresso na decisão exequenda (Súmula n. 260/TFR), é de se afastar a ocorrência de coisa julgada.

4. Recurso não conhecido.” (REsp n. 441.897-SC, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, DJ 19.12.2002).

Assim, resta afastada qualquer pretensão de alteração do julgado, tendo em vista a jurisprudência deste Tribunal, que ao consolidar o seu atual entendimento, opõe-se frontalmente à pretensão dos agravantes.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo interno.

É como voto.

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO
N. 659.221-SP (2005/0025404-0)**

Relator: Ministro Gilson Dipp

Agravante: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

Procuradores: Leandro Zannoni Apolinário de Alencar e outros

Agravado: Lourival Santos

Advogado: Eduardo Machado Silveira

EMENTA

Processual e Previdenciário. Violação ao art. 535 do CPC. Ausência. Conclusão lógico-sistemática do **decisum**. Tempo de serviço. Comprovação. Início de prova material. Sentença trabalhista. Não-violação ao art. 472 do Código de Processo Civil. Incidência do art. 55, § 3º, da Lei n. 8.213/1991. Alínea **c**. Divergência jurisprudencial não comprovada nos termos do art. 255/RISTJ. Agravo desprovido.

I - Descabida a interposição do recurso especial com base no art. 535 do Código de Processo Civil, sob a alegação de pretensa omissão, quando a matéria objeto do recurso restou apreciada à exaustão pela instância **a quo**.

II - Ademais, compete ao magistrado fundamentar todas as suas decisões, de modo a robustecê-las, bem como afastar qualquer dúvida quanto à motivação tomada, tudo em respeito ao disposto no art. 93, IX, da Carta Magna de 1988. Cumpre destacar que deve ser considerada a conclusão lógico-sistemática adotada pelo **decisum**, como ocorre **in casu**. Precedentes.

III - A questão posta em debate restringe-se em saber se a sentença trabalhista constitui ou não início de prova material, pois as anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social — CTPS advieram por força desta sentença.

IV - Neste contexto, mesmo o Instituto não tendo integrado a lide trabalhista, impõe-se considerar o resultado do julgamento proferido em sede de Justiça Trabalhista, já que se trata de uma *verdadeira decisão judicial*. Portanto, não se caracteriza a ofensa ao art. 472 do Código de Processo Civil. Ademais, se no bojo dos autos da reclamação trabalhista, há elementos de comprovação, pode ser reconhecido o tempo de serviço.

V - A jurisprudência desta egrégia Corte vem reiteradamente decidindo no sentido de que a sentença trabalhista pode ser considerada como início de prova material, sendo apta a comprovar-se o tempo de serviço prescrito no art. 55, § 3º, da Lei n. 8.213/1991, desde que fundamentada em elementos que demonstrem o exercício da atividade laborativa na função e períodos alegados, ainda que o Instituto Previdenciário não tenha integrado a respectiva lide.

VI - No tocante à admissão do especial com base na alínea c, não foram colacionados julgados aptos para a comprovação do dissenso pretoriano. Note-se que devem ser juntadas cópias autenticadas dos julgados ou, ainda, deve ser citado repositório oficial de jurisprudência. Desta forma, restou desatendido o disposto no art. 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ.

VII - Agravo interno desprovido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 26 de abril de 2005 (data do julgamento).

Ministro Gilson Dipp, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de agravo interno interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social — INSS, contra decisão que negou provimento ao agravo de instrumento por este aviado. A fundamentação adotada foi a seguinte, **verbis**:

“No tocante à alínea **a**, inicialmente, com relação à violação ao art. 535 do Código de Processo Civil, impõe-se frisar que compete ao magistrado fundamentar todas as suas decisões, de modo a robustecê-las, bem como afastar qualquer dúvida quanto à motivação tomada, tudo em respeito ao disposto no art. 93, IX, da Carta Magna de 1988. Cumpre destacar, que deve ser considerada a conclusão lógico-sistemática, adotada pelo **decisum**, como ocorre **in casu**. Desta feita, escoreito o v. acórdão recorrido.

A jurisprudência desta egrégia Corte está consubstanciada neste sentido, **verbis**:

‘Processo Civil. Embargos de declaração. Alegação de omissão e pedido de prequestionamento. Pretensão de efeitos modificativos.

1. Embargos de declaração opostos contra v. acórdão que negou provimento a agravo regimental interposto de decisão que negou seguimento a agravo de instrumento.

2. *Alegação de omissão no v. julgado. Pretensão de que seja dado efeito modificativo aos embargos.*

3. *A inexistência das pechas que autorizam o efeito modificativo do v. acórdão demonstra o manifesto caráter infringente pretendido pelo embargante de novo julgamento de questão já decidida.*

4. As eivas suscetíveis de reparação, em embargos declaratórios, são aquelas provenientes de defeitos de exteriorização do julgado.

5. Pretendido o prequestionamento dos incisos II, XXXIV, XXXV e LV do art. 5º da Constituição Federal.

6. As alegadas ofensas à Constituição não têm forma nem figura de juízo, pois que a embargante não foi privada do seu direito de recorrer.

7. Embargos de declaração rejeitados. Decisão unânime.’ (*EDcl no AgRg no Ag n. 281.982-SP, Relator Ministro Franciulli Netto, DJ 12.03.2001*).

‘Embargos de declaração. Efeito infringente. Art. 535 do CPC. Impossibilidade. Súmula n. 260 do antigo TFR. Interpretação. Execução. Pretensão de discutir critérios de cálculo na execução. Impossibilidade.

A regra disposta no art. 535 do CPC é absolutamente clara sobre o cabimento de embargos declaratórios, e estes só têm aceitação para emprestar efeito modificativo à decisão, em raríssima excepcionalidade.

Não se prestam a um reexame da matéria de mérito decidida no acórdão embargado.

Embargos rejeitados.’ (EDcl no AgRg n. 320.004-RJ, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ 12.03.2001).

Quanto ao tempo de serviço, a questão posta em debate restringe-se em saber se a sentença trabalhista constitui ou não início de prova material, pois as anotações na Carteira de trabalho e previdência Social — CTPS advieram por força desta sentença.

In casu, o Tribunal **a quo** entendeu que o tempo de serviço reconhecido por decisão judicial, em sede de Reclamação Trabalhista, deve ser admitido para fins previdenciários. Ademais, aduziu-se que o tempo de trabalho anotado na CTPS, através de sentença trabalhista, possui força probante material, não devendo, assim, ser considerado simples prova testemunhal.

Neste contexto, mesmo o Instituto não tendo integrado a lide trabalhista, impõe-se considerar o resultado do julgamento proferido em sede de Justiça Trabalhista, já que se trata de uma *verdadeira decisão judicial*. Portanto, não se caracteriza a ofensa ao art. 472 do Código de Processo Civil. Além disso, se no bojo dos autos da reclamatória trabalhista, há elementos de comprovação, pode ser reconhecido o tempo de serviço. Neste sentido, extrai-se o seguinte trecho do voto condutor do v. acórdão hostilizado, **verbis**:

‘(...)

A certidão de fl. 9 confirma a propositura de reclamação trabalhista pelo autos, em período contemporâneo àquele afirmado na petição inicial e onde houve o reconhecimento, pelo empregador, do alegado tempo de serviço.

Outrossim, as testemunhas ouvidas em juízo corroboraram a prova documental.

Neste diapasão, não havia por que o INSS deixar de considerar o alegado tempo de serviço, ou seja, aquele prestado entre 13 de julho de 1978 e 15 de março de 1982.’ (Fls. 99/100).

Com efeito, a jurisprudência desta egrégia Corte vem reiteradamente decidindo no sentido de que a sentença trabalhista pode ser considerada

como início de prova material, sendo apta a comprovar-se o tempo de serviço prescrito no art. 55, § 3º, da Lei n. 8.213/1991, desde que fundamentada em elementos que demonstrem o exercício da atividade laborativa na função e períodos alegados, ainda que o Instituto Previdenciário não tenha integrado a respectiva lide. Neste sentido, seguem os seguintes precedentes, ilustrativamente:

‘Processual e Previdenciário. Tempo de serviço. Comprovação. Início de prova material. Sentença trabalhista. Não-violação ao art. 472 do Código de Processo Civil. Incidência do art. 55, § 3º, da Lei n. 8.213/1991. Recurso especial desprovido.

I - A questão posta em debate restringe-se em saber se a sentença trabalhista constitui ou não início de prova material, pois as anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social — CTPS advieram por força desta sentença.

II - Neste contexto, mesmo o Instituto não tendo integrado a lide trabalhista, impõe-se considerar o resultado do julgamento proferido em sede de Justiça Trabalhista, já que se trata de uma *verdadeira decisão judicial*, não importando cuidar-se de homologatória de acordo, conforme alegado pelo Instituto. Portanto, não se caracteriza a ofensa ao art. 472 do Código de Processo Civil. Ademais, se no bojo dos autos da reclamatória trabalhista, há elementos de comprovação, pode ser reconhecido o tempo de serviço.

III - A jurisprudência desta egrégia Corte vem reiteradamente decidindo no sentido de que a sentença trabalhista pode ser considerada como início de prova material, sendo apta a comprovar-se o tempo de serviço prescrito no art. 55, § 3º, da Lei n. 8.213/1991, desde que fundamentada em elementos que demonstrem o exercício da atividade laborativa na função e períodos alegados, ainda que o Instituto Previdenciário não tenha integrado a respectiva lide.

IV - Recurso especial conhecido, mas desprovido.’ (REsp n. 497.008-PE, de minha relatoria, DJ 29.09.2003).

‘Previdenciário. Pensão por morte. Filiação à Previdência. Tempo de serviço. Comprovação. Sentença trabalhista. Início de prova material. Possibilidade.

1. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que a sentença trabalhista pode ser considerada como início de prova material, sendo hábil para a determinação do tempo de serviço enunciado no art.

55, § 3º, da Lei n. 8.213/1991, desde que fundada em elementos que evidenciem o exercício da atividade laborativa na função e períodos alegados na ação previdenciária, ainda que o INSS não tenha integrado a respectiva lide.

2. Precedentes.

3. Recurso conhecido e improvido.' (REsp n. 463.570-PR, Relator Ministro Paulo Gallotti, DJ 02.06.2003).

'Agravo regimental. Recurso especial. Divergência jurisprudencial não prequestionada e indemonstrada. Contagem de tempo de serviço. Sentença trabalhista. Início de prova material.

1. Em sendo a questão relativa à valoração da prova estranha ao acórdão recorrido, não há falar em divergência jurisprudencial a ser dirimida, à ausência de semelhança entre os julgados.

2. O conhecimento do recurso especial, fundado na alínea c do permissivo constitucional, requisita não apenas a apresentação dos trechos dos acórdãos que configurem o dissídio alegado, mas também a demonstração das circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, de modo a demonstrar analiticamente a divergência jurisprudencial.

3. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é firme no sentido de que os documentos constantes do processo trabalhista servem como início de prova material apta à comprovação do tempo de serviço, mesmo que a autarquia previdenciária dele não seja parte.

4. Agravo regimental improvido.' (AgRg no REsp n. 286.136-SP, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, DJ 17.02.2003).

'Previdenciário e Processual Civil. Abono de permanência em serviço. Início razoável de prova material. Sentença trabalhista. Presunção de veracidade relativa não afastada. Recurso especial. Reexame de prova. Súmula n. 7-STJ.

A apresentação de início razoável de prova material é suficiente para o reconhecimento de tempo de serviço de trabalhador urbano.

Existindo sentenças trabalhistas referentes ao período de trabalho em questão, gozam estas de presunção relativa de veracidade, só podendo ser afastadas pela produção de provas que atestem sua falsidade ou as contradiga.

É defeso em sede de recurso especial o exame de provas, nos termos da Súmula n. 7-STJ, não se podendo questionar o que afirmou o Tribunal **a quo**, quando indicou a presença de início de prova material.

Recurso especial não conhecido.’ (REsp n. 328.082-RJ, Relator Ministro Vicente Leal, DJ 02.09.2002).

“Processual e Previdenciário. Trabalhador urbano. Tempo de serviço. Comprovação. Reclamatória trabalhista. Art. 472 do CPC.

Embora a sentença trabalhista, por si só, não constitua prova de tempo de serviço quando da reclamatória não participou a Previdência Social, se no bojo dos autos da reclamatória trabalhista há elementos de comprovação, pode ser reconhecido o tempo de serviço.

Recurso conhecido, mas desprovido.’ (REsp n. 319.426-SC, de minha relatoria, DJ 27.08.2001).

Por fim, no que tange à divergência jurisprudencial, não foram colacionados julgados aptos para a comprovação do dissenso pretoriano. Note-se que devem ser juntadas cópias autenticadas dos julgados ou, ainda, deve ser citado repositório oficial de jurisprudência. Desta forma, restou desatendido o disposto no art. 255, §§ 1^a e 2^a, do RISTJ. A esse respeito:

‘AgRg (Ag) agravo regimental. Administrativo. Pressupostos. Prequestionamento. Ausência. Alínea **c**. Cotejo analítico. Art. 255/RISTJ. Não-conhecimento. Súmulas ns. 282 e 356-STF.

1. **Omissis.**

2. *A admissão do especial com base na alínea **c** impõe o confronto analítico entre o acórdão paradigma e a decisão hostilizada, a fim de evidenciar a similitude fática e jurídica posta em debate, conforme disposto no art. 255 e parágrafos, do RISTJ.*

3. Agravo regimental desprovido.’ (AgRg no Ag n. 196.222-SP, de minha relatoria, DJ 08.05.2000).

Ante o exposto, nego provimento ao agravo.’ (Fls. 147/151).

No presente recurso, a Autarquia aduz que não existe prova material a comprovar a efetiva prestação de serviço alegada pela parte-autora. Sustenta, ainda, que a sentença trabalhista somente pode ser aceita como início de prova material se baseada em outros elementos que não sejam apenas testemunhais. Por fim, requer que seja provido o agravo interno.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Não obstante os argumentos expendidos pelo agravante, os mesmos não têm o condão de infirmar os fundamentos insertos na decisão hostilizada, não ensejando, assim, a reforma pretendida.

Inicialmente, quanto à alínea a, da análise dos autos, verifica-se que não houve, no v. acórdão a quo, qualquer omissão, obscuridade ou contradição que ensejasse o cabimento de embargos de declaração. Portanto, acertado o julgamento do Tribunal de origem.

Ainda, impõe-se frisar que compete ao magistrado fundamentar todas as suas decisões, de modo a robustecê-las, bem como afastar qualquer dúvida quanto à motivação tomada, tudo em respeito ao disposto no art. 93, IX, da Carta Magna de 1988. Cumpre destacar que deve ser considerada a conclusão lógico-sistemática adotada pelo **decisum**, como ocorre **in casu**. Desta feita, escorreito o v. acórdão recorrido.

A jurisprudência desta egrégia Corte está consubstanciada neste sentido, **verbis**:

“Processual Civil. Recurso especial. Limites normativos. Apreciação de matéria constitucional. Inadequação da via eleita. Prequestionamento. Ausência. Aplicação das Súmulas ns. 282 e 356-STF. Reexame de matéria fático-probatória. Inviabilidade. Súmula n. 7-STJ. Violação ao art. 535 do CPC. Omissão. Inexistência. Embargos de declaração. Conclusão lógico-sistemática do **decisum**. Aplicação da Súmula n. 182-STJ. Agravo desprovido.

I - **Omissis**.

II - **Omissis**.

III - **Omissis**.

*IV - Descabida a interposição do recurso especial com base no art. 535 do Código de Processo Civil, sob a alegação de pretensa omissão, quando a matéria objeto do recurso restou apreciada à exaustão pela instância a quo. Ademais, compete ao magistrado fundamentar todas as suas decisões, de modo a robustecê-las, bem como afastar qualquer dúvida quanto à motivação tomada, tudo em respeito ao disposto no art. 93, IX, da Carta Magna de 1988. Tal raciocínio não origina contudo, a obrigação de dar respostas a todas as indagações formuladas em juízo, devendo ser considerada a conclusão lógico-sistemática adotada pelo **decisum**. Precedentes.*

V - As razões insertas na fundamentação do agravo interno devem limitar-se a atacar o conteúdo decisório da decisão hostilizada. No presente caso, tal hipótese não ocorreu. Aplicável, à espécie, a Súmula n. 182-STJ.

VI - Agravo desprovido.” (AgRg no REsp n. 463.410-RS, de minha relatoria, DJ 03.02.2003).

“Processual Civil. Embargos de declaração. Juros de mora. Taxa Selic. Lei n. 9.250/1995. Inexistência de irregularidades. Não-indicação de omissão, obscuridade ou contradição na decisão impugnada. Pretensão de rediscussão da matéria. Impossibilidade. Repetição, **litteratim**, das fundamentações de recursos anteriormente interpostos. Desobediência aos ditames do art. 535 do CPC. Intenção procrastinatória. Litigância de má-fé. Multa. Arts. 16, 17, IV e VII, e 18 do CPC. Lei n. 9.668/1998. Multa. Parágrafo único do art. 538 do CPC.

1. *Inocorrência de irregularidades no acórdão quando a matéria que serviu de base à interposição do recurso foi devidamente apreciada no aresto atacado, com fundamentos claros e nítidos, enfrentando as questões suscitadas ao longo da instrução, tudo em perfeita consonância com os ditames da legislação e jurisprudência consolidada.*

2. *Inexistência, na petição dos embargos, de indicação de omissão, obscuridade ou contradição na decisão embargada. Impossível se acolher, na via aclaratória, pretensão de se rediscutir a matéria de mérito, tomando por base orientação jurisprudencial divergente.*

3. **Omissis.**

4. **Omissis.**

5. *Ocorrência de litigância de má-fé, por ‘opor resistência injustificada ao andamento do processo’ (art. 17, IV, do CPC), ao ‘interpor recurso com intuito manifestamente protelatório’ (art. 17, VII, do CPC — Lei n. 9.668/1998).*

6. *Inteligência dos arts. 16, 17, IV e VII, e 18 do CPC. Multa de 1% (um por cento) sobre o valor da causa, corrigida monetariamente até seu efetivo pagamento, caracterizadora da litigância de má-fé da embargante, mais honorários advocatícios no patamar de 20% sobre o valor da condenação, assim como a devolução de todas as despesas efetuadas pela parte contrária, devidamente atualizadas.*

7. **Omissis.**

8. *Embargos rejeitados.” (EDcl nos EDcl no REsp n. 445.040-SP, Relator Ministro José Delgado, DJ 24.02.2003).*

Quanto ao tempo de serviço, a questão posta em debate restringe-se em saber se a sentença trabalhista constitui ou não início de prova material, pois as

anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social — CTPS advieram por força desta sentença.

In casu, o Tribunal **a quo** entendeu que o tempo de serviço reconhecido por decisão judicial, em sede de reclamação trabalhista, deve ser admitido para fins previdenciários. Ademais, aduziu-se que o tempo de trabalho anotado na CTPS, através de sentença trabalhista, possui força probante material, não devendo, assim, ser considerado simples prova testemunhal.

Neste contexto, mesmo o Instituto não tendo integrado a lide trabalhista, impõe-se considerar o resultado do julgamento proferido em sede de Justiça Trabalhista, já que se trata de uma *verdadeira decisão judicial*. Portanto, não se caracteriza a ofensa ao art. 472 do Código de Processo Civil. Além disso, se no bojo dos autos da reclamatória trabalhista, há elementos de comprovação, pode ser reconhecido o tempo de serviço. Neste sentido, extrai-se o seguinte trecho do voto condutor do v. acórdão hostilizado, **verbis**:

“(…)

A certidão de fl. 9 confirma a propositura de reclamação trabalhista pelo autos, em período contemporâneo àquele afirmado na petição inicial e onde houve o reconhecimento, pelo empregador, do alegado tempo de serviço.

Outrossim, as testemunhas ouvidas em juízo corroboraram a prova documental.

Neste diapasão, não havia porque o INSS deixar de considerar o alegado tempo de serviço, ou seja, aquele prestado entre 13 de julho de 1978 e 15 de março de 1982.” (Fls. 99/100).

Com efeito, a jurisprudência desta egrégia Corte vem reiteradamente decidindo no sentido de que a sentença trabalhista pode ser considerada como início de prova material, sendo apta a comprovar o tempo de serviço prescrito no art. 55, § 3º, da Lei n. 8.213/1991, desde que fundamentada em elementos que demonstrem o exercício da atividade laborativa na função e períodos alegados, ainda que o Instituto Previdenciário não tenha integrado a respectiva lide. Neste sentido, seguem os seguintes precedentes, ilustrativamente:

“Processual e Previdenciário. Tempo de serviço. Comprovação. Início de prova material. Sentença trabalhista. Não-violação ao art. 472 do Código de Processo Civil. Incidência do art. 55, § 3º, da Lei n. 8.213/1991. Recurso especial desprovido.

I - A questão posta em debate restringe-se em saber se a sentença trabalhista constitui ou não início de prova material, pois as anotações na

Carteira de Trabalho e Previdência Social — CTPS advieram por força desta sentença.

II - Neste contexto, mesmo o Instituto não tendo integrado a lide trabalhista, impõe-se considerar o resultado do julgamento proferido em sede de Justiça Trabalhista, já que se trata de uma verdadeira decisão judicial, não importando cuidar-se de homologatória de acordo, conforme alegado pelo Instituto. Portanto, não se caracteriza a ofensa ao art. 472 do Código de Processo Civil. Ademais, se no bojo dos autos da reclamatória trabalhista, há elementos de comprovação, pode ser reconhecido o tempo de serviço.

III - *A jurisprudência desta egrégia Corte vem reiteradamente decidindo no sentido de que a sentença trabalhista pode ser considerada como início de prova material, sendo apta a comprovar-se o tempo de serviço prescrito no art. 55, § 3º, da Lei n. 8.213/1991, desde que fundamentada em elementos que demonstrem o exercício da atividade laborativa na função e períodos alegados, ainda que o Instituto Previdenciário não tenha integrado a respectiva lide.*

IV- Recurso especial conhecido, mas desprovido.” (REsp n. 497.008-PE, de minha relatoria, DJ 29.09.2003).

“Previdenciário. Pensão por morte. Filiação à Previdência. Tempo de serviço. Comprovação. Sentença trabalhista. Início de prova material. Possibilidade.

1. *A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que a sentença trabalhista pode ser considerada como início de prova material, sendo hábil para a determinação do tempo de serviço enunciado no art. 55, § 3º, da Lei n. 8.213/1991, desde que fundada em elementos que evidenciem o exercício da atividade laborativa na função e períodos alegados na ação previdenciária, ainda que o INSS não tenha integrado a respectiva lide.*

2. Precedentes.

3. Recurso conhecido e improvido.” (REsp n. 463.570-PR, Relator Ministro Paulo Gallotti, DJ 02.06.2003).

“Agravo regimental. Recurso especial. Divergência jurisprudencial não prequestionada e indemonstrada. Contagem de tempo de serviço. Sentença trabalhista. Início de prova material.

1. Em sendo a questão relativa à valoração da prova estranha ao acórdão recorrido, não há falar em divergência jurisprudencial a ser dirimida, à ausência de semelhança entre os julgados.

2. O conhecimento do recurso especial, fundado na alínea c do permissivo constitucional, requisita não apenas a apresentação dos trechos dos

acórdãos que configurem o dissídio alegado, mas também a demonstração das circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, de modo a demonstrar analiticamente a divergência jurisprudencial.

3. *A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é firme no sentido de que os documentos constantes do processo trabalhista servem como início de prova material apta à comprovação do tempo de serviço, mesmo que a autarquia previdenciária dele não seja parte.*

4. *Agravo regimental improvido.” (AgRg no REsp n. 286.136-SP, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, DJ 17.02.2003).*

“Previdenciário e Processual Civil. Abono de permanência em serviço. Início razoável de prova material. Sentença trabalhista. Presunção de veracidade relativa não afastada. Recurso especial. Reexame de prova. Súmula n. 7-STJ.

A apresentação de início razoável de prova material é suficiente para o reconhecimento de tempo de serviço de trabalhador urbano.

Existindo sentenças trabalhistas referentes ao período de trabalho em questão, gozam estas de presunção relativa de veracidade, só podendo ser afastadas pela produção de provas que atestem sua falsidade ou as contradiga.

É defeso em sede de recurso especial o exame de provas, nos termos da Súmula n. 7-STJ, não se podendo questionar o que afirmou o Tribunal **a quo**, quando indicou a presença de início de prova material.

Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 328.082-RJ, Relator Ministro Vicente Leal, DJ 02.09.2002).

“Processual e Previdenciário. Trabalhador urbano. Tempo de serviço. Comprovação. Reclamatória trabalhista. Art. 472 do CPC.

Embora a sentença trabalhista, por si só, não constitua prova de tempo de serviço quando da reclamatória não participou a Previdência Social, se no bojo dos autos da reclamatória trabalhista há elementos de comprovação, pode ser reconhecido o tempo de serviço.

Recurso conhecido, mas desprovido.” (REsp n. 319.426-SC, de minha relatoria, DJ 27.08.2001).

No que tange à divergência jurisprudencial, não foram colacionados julgados aptos para a comprovação do dissenso pretoriano. Note-se que devem ser juntadas cópias autenticadas dos julgados ou, ainda, deve ser citado repositório oficial de jurisprudência. Desta forma, restou desatendido o disposto no art. 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ. A esse respeito:

“AgRg (Ag) agravo regimental. Administrativo. Pressupostos. Prequestionamento. Ausência. Alínea **c**. Cotejo analítico. Art. 255/RISTJ. Não-conhecimento. Súmulas ns. 282 e 356-STF

1. **Omissis.**

2. *A admissão do especial com base na alínea **c** impõe o confronto analítico entre o acórdão paradigma e a decisão hostilizada, a fim de evidenciar a similitude fática e jurídica posta em debate, conforme disposto no art. 255 e parágrafos, do RISTJ.*

3. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no Ag n. 196.222-SP, de minha relatoria, DJ 08.05.2000).

Desta forma, não havendo razão alguma para a alteração do julgado, a decisão deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 38.230-SP (2004/0129614-8)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca

Impetrantes: Arnaldo Malheiros Filho e outros

Impetrada: Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região

Pacientes: Antônio Bias Bueno Guillon, Américo Fialdini Júnior, Célia

Procópiode Araújo Carvalho, Renata Caruso Fialdini e Iliana Graber de Aquino

EMENTA

Investigação do Ministério Público. Pretensão de nulidade. Incompetência do órgão ministerial. Múnus da atividade policial. Inocorrência. Titularidade plena do **dominus litis**. Art. 129 da CF

A titularidade plena do Ministério Público ao exercício da ação penal, como preceitua o inciso I do art. 129 da Constituição Federal, necessariamente legitima a sua atuação concreta na atividade investigatória, bem como o material probatório produzido.

A promoção investigatória do órgão acusatório, nos termos do comando constitucional, reveste-se de legalidade, sobretudo porque lhe é conferida, a partir dela, a indicação necessária à formação da opinião sobre o delito.

O Ministério Público Federal, quando presente à sessão em 2ª instância para acompanhar os feitos penais em julgamento, nos termos das normas processuais e regimentais, atua como **custos legis**, sendo-lhe facultado falar após a sustentação da defesa.

Ademais, a simples inversão da ordem não autoriza, por si só, supor que houve nulidade se o ato não altera o sentido do contraditório, já que a ampla defesa foi garantida em toda a sua extensão.

Ordem denegada, cassada a liminar concedida na sessão do dia 23/11.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça por unanimidade, denegar o pedido, cassando a liminar anteriormente concedida. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro-Relator. Sustentaram oralmente na sessão de 23.11.2004: Dr. Arnaldo Malheiros Filho (p/ pactes) e Ministério Público Federal.

Brasília (DF), 02 de dezembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator

DJ 1ª.02.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: Cuida-se de ordem de **habeas corpus**, com pedido de liminar, impetrada em favor de Antônio Bias Bueno Guillon, Américo Fialdini Júnior, Célia Procópio de Araújo Carvalho, Iliana Graber de Aquino e Renata Caruso Fialdini, os dois primeiros, diretores da Fundação Armando Álvares Penteado — Faap, a terceira, Presidente do Conselho Curador, a 4ª, advogada constituída, e a última, médica, contra decisão da Quinta Turma do TRF/3ª Região que “... denegou o **Habeas Corpus** n. 2003.03.00.024522-6 (doc. n. 1 anexo), impetrado contra ato de dois Procuradores da República em São Paulo, que contra eles instauraram e vêm conduzindo dois procedimentos investigatórios (Representações Criminais ns. 1.34.001004582/2001-49 e 1.34.001.001319/2002-89), ao arrepio da Constituição da República e do Código de Processo Penal, bem como deu provimento à Apelação Ministerial n. 2003.61.81.2007-7 (doc. n. 2), em julgamento absolutamente nulo, determinando a

quebra do sigilo bancário dos quatro primeiros pacientes...” (fl. 3). Eis as ementas dos acórdãos atacados (fls. 75/76 e 77/78):

“Processo Penal. **Habeas corpus**. Meio adequado para afastar ameaça de coação à liberdade de locomoção. Atividade investigatória realizada pelo Ministério Público Federal. Possibilidade. Ausência de desrespeito a princípios de Direito Processual Penal.

1. A ameaça de coação à liberdade de locomoção está presente, tendo em vista que o procedimento administrativo instaurado pelo Ministério Público Federal pode levar a um processo-crime que, por sua vez, pode acarretar condenação à pena privativa de liberdade. Assim, adequado o meio utilizado pelos recorridos, que se valeram do **habeas corpus**.

2. Cabe à Polícia Federal a função de apurar as infrações penais em detrimento de bens, serviços e interesses da União. No entanto, o Ministério Público Federal, como titular da ação penal, não está impedido de exercer atividade investigatória cautelar, como a aludida nestes autos.

3. Ao dispor a Constituição da República que a Polícia Federal exercerá com exclusividade a função de polícia judiciária da União, deixa explícito que tal função não pode ser exercida pelas polícias civis ou militares, mas não retira o direito de eventual colheita e análise de provas do crime pelo Ministério Público.

4. Não houve desrespeito a princípios do processo penal, pois as representações criminais instauradas pelo Ministério Público Federal não são processos, mas sim procedimentos administrativos, com a finalidade de o Ministério Público Federal averiguar se existem elementos para dar início a uma ação penal, a qual deverá submeter-se aos princípios do processo penal.

6. Não se mostra correto o entendimento de que o Ministério Público Federal não pode investigar, sob o fundamento de atuação tendenciosa. A circunstância de certos elementos de prova serem coligidos por uma das partes não impede seu escrutínio adequado perante o órgão jurisdicional, que tem a função de resolver o conflito com imparcialidade.

7. Declarada, **ex officio**, a invalidade dos atos decisórios. Preliminar argüida rejeitada. **Habeas corpus** denegado.”

“Constitucional. Processual Penal. Prova. Sigilo bancário. Recurso em sentido estrito recebido como apelação. Investigação. Competência. Ministério Público.

O art. 593, II, do Código de Processo Penal diz que caberá apelação das decisões definitivas, ou com força de definitivas, proferidas por juiz singular nos casos não previstos no capítulo anterior do Código, isto é, aquele que versa sobre o recurso em sentido estrito. Assim, recebo como apelação o recurso em sentido estrito interposto.

Da inexistência de dispositivo que atribua ao Ministério Público a função de instaurar inquérito policial e da existência de dispositivos que determinam à polícia judiciária ou às autoridades policiais a função de apurar crimes não se segue a conseqüência necessária de que os procedimentos de competência daquela Instituição estejam excluídos fatos ilícitos de caráter penal. A falta de uma regulamentação clara sobre a matéria é que suscita dúvidas sobre a legitimidade da ação ministerial no campo investigativo. Como todo exercício de poder, também o do *Parquet* enseja o risco de excesso ou abuso, e a falta de uma disciplina legal clara dificulta o controle jurisdicional adequado. É ressalvado ao particular, notadamente ao sujeito objeto de investigação, algumas garantias naturais contra eventuais excessos e abusos, o que deve ser verificado, casuisticamente.

A exemplo do que sucede com o inquérito policial e com a ação penal, a quebra do sigilo bancário, na medida em que agride um bem juridicamente tutelado, exige justa causa. Esta consiste na formulação de uma hipótese investigativa deduzida com base em elementos mínimos de que o sujeito tenha participado de um delito constatado. Não se exige que haja prova dessa participação, pois os elementos da movimentação financeira podem comprovar tanto a procedência quanto a improcedência da hipótese.

Não pode ser autorizada a quebra do sigilo bancário de apelada contra a qual não há indício de envolvimento na prática do delito.

Pedido de quebra do sigilo bancário deferido no que toca aos demais apelados, uma vez que há indícios de que a Fundação tida como entidade beneficente de assistência social repassava, de forma indireta, valores a seus dirigentes.

Recurso parcialmente provido.”

Objetiva este *writ of mandamus*, liminarmente, a suspensão dos procedimentos apuratórios e da quebra do sigilo bancário e, no mérito, “o trancamento das representações criminais e demais peças de informação existentes no Ministério Público Federal relacionadas aos pacientes e à Fundação Armando Álvares Penteado — Faap, bem como para a declaração de que tudo o quanto nelas se produziu constitui prova ilícita, inadmissível em qualquer processo, especialmente a quebra de sigilo bancário decretada ao arrepio da Constituição Federal”.

A liminar restou indeferida, consoante decisão às fls. 67/68.

Informações prestadas às fls. 74/78.

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 84/89, pelo indeferimento do *writ*.

Levado o feito a julgamento na sessão do dia 23 e após ter sido suscitado, pelo patrono dos pacientes, semelhança com outro que este Relator acabara de proferir voto favorável, atinente à discussão de crime de sonegação fiscal, a Turma decidiu por sobrestar o julgamento, até que solvida a dúvida, e, concomitantemente, deferiu a liminar, suspendendo o curso das investigações na origem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): Não vejo como conferir abrigo à primeira pretensão de nulificar os procedimentos apuratórios, em face de possível ilegitimidade investigatória do **dominus litis**. É que a titularidade plena do Ministério Público ao exercício da ação penal, como preceitua o inciso I do art. 129 da Constituição Federal, necessariamente legitima a sua atuação concreta na atividade investigatória, bem assim, o material probatório dela decorrente.

Lembro, ainda, que o modelo pátrio se vincula ao chamado sistema processual, no qual o inquérito é precedente do contraditório, isto é, representa atividade inquisitorial à parte da ação penal, e não sujeita às nuanças formais da ampla defesa. É por esse sentido que a jurisprudência e a doutrina uníssonas preconizam a natureza meramente informativa do procedimento de inquérito, podendo ser realizado por várias autoridades administrativas. A propósito, é o julgado:

“**Habeas corpus**. Processual Penal. Crime de roubo qualificado. Liberdade provisória indeferida. Vício ocorrido no inquérito policial. Irrelevância. Peça meramente informativa. Negativa de autoria. Impossibilidade de exame. Dilação probatória. Decisão judicial satisfatoriamente fundamentada. Ameaça às testemunhas. Excesso de prazo. Diligência requerida pela defesa. Aplicação das Súmulas n. 52 e 64 do STJ.

1. Eventuais vícios ocorridos durante a realização do inquérito processual não implica nulidade da ação penal, mormente se já recebida a denúncia, como **in casu** ocorreu, em razão de ser aquele peça meramente informativa e não probatória. Precedentes do STJ.

2. A ação de **habeas corpus** ‘constitui-se em meio impróprio para a análise de questões que exijam o exame do conjunto fático-probatório — como

a sustentada tese negativa de autoria — tendo em vista a incabível dilação que se faria necessária’ (RHC n. 9.947-PR, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ 23.10.2000, p. 148).

3. Devidamente fundamentada e demonstrada, com expressa menção aos fatos concretos do processo, a necessidade da manutenção da custódia cautelar do paciente, não há falar em constrangimento ilegal por ausência de motivação na negativa judicial do pedido de liberdade provisória.

4. Demora da instrução criminal corroborada pelos atos processuais praticados pela defesa do acusado, durante a fase do art. 499 do Código de Processo Penal. Aplicação dos Enunciados das Súmulas ns. 52 e 64 do STJ.

5. Ordem denegada.” (HC n. 29.873-MG, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ 17.11.2003)

No contexto, portanto, a promoção investigatória do órgão acusatório, nos termos do comando constitucional e do sistema pátrio, reveste-se de legalidade, sobretudo porque lhe é conferida, a partir deles, a indicação necessária à formação da **opinio delicti**. Noutra banda, a exclusão dessa ou daquela pessoa do rol de investigados, sob o argumento de que nada tem com a entidade, não restringe a atuação ministerial ao mesmo tempo que não permite uma maior discussão em sede heróica.

No tocante ao outro tema, a opinião deste Relator assemelha-se à da Corte **a quo**, no sentido de reconhecer que a presença do *Parquet* Federal na sessão de julgamento se faz na condição de **custos legis**, a teor das disposições regimentais do Colegiado e das normas processuais aplicáveis à espécie, a não ser que fosse o caso de julgamento de ação penal originária perante o Tribunal, na qual o *Parquet* atuaria como parte. Ademais, a simples indicação de nulidade, sem a devida comprovação de prejuízo efetivo à defesa, não condiz com a realidade do processo penal, na linha do festejado princípio *pas de nulité sans grief*.

A propósito, o voto vencido do eminente Ministro Fernando Gonçalves, quando do julgamento do HC n. 18.166-SP, precedente citado na impetração, bem dispôs, a meu ver, acerca da controvérsia, **verbis**:

“Neste contexto, não se visualiza nulidade ou prejuízo apto à sua declaração, pois, como amplamente reconhecido e admitido, o Ministério Público em 2ª instância atua, não como parte, mas como guardião da lei (**custos legis**), sendo-lhe possível, inclusive, confessar a acusação.

Nesta ordem de idéias, incisiva a regra do parágrafo único do art. 610 do Código de Processo Penal que, em detalhamento, ao processo e julgamento do recurso em sentido estrito dispõe que, após os anúncios de

praxe, feita a exposição pelo Relator ‘o presidente concederá a palavra aos advogados ou às partes que o solicitarem e ao Procurador-Geral, quando o requerer.

Do mesmo modo, o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça (art. 159, § 2^o) autoriza o uso da palavra pelo MP, quando na qualidade de fiscal da lei, após o recorrente e o recorrido. A mesma disposição, consoante as informações (fl. 98) consta do Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 3^a Região — art. 143, § 2^o.”

Ora, a despeito dos abalizados entendimentos contrários, outra não pode ser a melhor solução, sob pena de levar os julgamentos nas instâncias superiores a intermináveis discussões e a reiteradas impugnações, lembrando que o momento das arguições muitas vezes permite alusões fáticas por parte tanto da defesa como da acusação, independentemente da ordem de sustentação.

Por fim, dito pelo patrono, da Tribuna, que o caso assemelhava-se à questão da necessidade do exaurimento do procedimento fiscal, para, a partir daí, permitir-se a invasão da discussão penal, tal não se confirma nos autos.

Realmente, a despeito de haver informações instrutórias do Instituto Nacional do Seguro Social, o fato é diverso, a teor da narrativa do pedido ministerial da quebra de sigilo bancário, constante às fls. 103/104 do apenso I, **verbis**:

“A Procuradoria da República em São Paulo instaurou em 21 de março de 2002 procedimento de investigação destinado a apurar eventual sonegação de tributos e contribuições federais pela Fundação Armando Álvares Penteado — Faap.

Segundo restou apurado, a Faap, embora fosse, até 05.10.2002, uma fundação educacional definida como entidade filantrópica pelo Conselho Nacional de Assistência Social — CNAS, não atende aos requisitos mínimos exigidos pela legislação vigente para a concessão do privilégio fiscal, havendo fortes indícios de que essa fundação remunera indiretamente seus diretores, mediante a devolução de parte do dinheiro pago aos prestadores de serviço, e destina apenas uma quantia ínfima de sua receita à gratuidade.

Conforme demonstram os documentos em anexo, a advogada Iliana Graber de Aquino é sócia de Américo Fialdini Júnior, Diretor Tesoureiro da Faap, nas empresas Figra S/C Ltda e FGA Participações S/C Ltda.

Segundo apurou o INSS, Iliana recebeu da Faap, em apenas dois dias de fevereiro de 2002, os valores brutos de R\$ 212.382,07 e R\$ 319.073,68 a título de “honorários advocatícios”. Tal quantia foi depositada em sua conta-poupança no Banco Sudameris (conta n. 018/71811379).

Curioso ressaltar que, de acordo com a nota de honorários referentes aos serviços prestados à Faap (documento em anexo), no mês de janeiro de 2002, Iliana trabalhou 386 (trezentos e oitenta e seis) horas, o que equivale a dizer que trabalhou praticamente dezoito horas por dia útil em pleno mês de férias forenses!

Consta também que Iliana recebeu ajuda de custo para viagem à China no valor de R\$ 21.600,00 (vinte e um mil e seiscentos reais), juntamente com Célia Procópio e Antônio Bias. Célia e Antônio são casados e ocupam, respectivamente, os cargos de Presidente do Conselho de Curadores e Diretor-Presidente da Faap. (Documento em anexo)

Os fatos apurados são gravíssimos e há indícios que Iliana transferia uma parcela dos recursos por ela recebidos para seu sócio Américo Fialdini Júnior e para Célia e Antônio Bias.”

Vê-se, portanto, que as investigações não incidem somente sobre o substrato tributário, mas evoca a presença de outras condutas a serem analisadas oportunamente pelo **dominus litis**. Ademais, sequer existe lançamento de débito tributário a ser discutido, consoante se extrai da informação prestada pela Gerência Executiva do INSS em São Paulo, à fl. 40 do apenso 1, nos seguintes termos:

“Em consulta ao nosso sistema informatizado Dataprev, não constam registros de débitos para a Entidade.”

Ante o exposto, denego a ordem, cassada a liminar concedida na sessão do dia 23/11.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 41.719-RO (2005/0021053-0)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca

Impetrantes: Miguel Pereira Neto e outros

Impetrada: Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região

Paciente: José Bocamino (preso)

EMENTA

Habeas corpus. Prisão preventiva. Réu policial federal suspeito de fazer parte de organização criminosa. Reserva indígena de

Roosevelt-RO. Escuta telefônica. Nulidade. Inviabilidade. Prova justificada. Pretensão de revogação. Requisitos da custódia atendidos. Proteção da ordem pública.

Não se pode admitir que as escutas telefônicas realizadas em procedimento de investigação sejam consideradas ilícitas se toda a condução sobreveio de acompanhamento estreito do magistrado da causa, que determinou as diligências a partir de indícios veementes da existência da organização criminosa.

A prisão se mostra justificada quando o julgador, convencido dos indícios e das provas da autoria, demonstra a necessidade de proteção da ordem pública, tendo em vista a extensão da conduta correspondente à organização criminosa atuante na extração ilegal de diamantes de reserva indígena e promotora de vários outros crimes.

Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar o pedido. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 19 de abril de 2005 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator

DJ 16.05.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: Cuida-se de **habeas corpus**, com pedido de liminar, impetrado em favor de José Bocamino, contra acórdão proferido pela Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que restou assim ementado (fl. 42):

“**Habeas corpus**. Processo Penal. Prisão preventiva. Extração ilegal de diamante na reserva Roosevelt-RO. Pacientes denunciados pelos crimes de receptação qualificada, quadrilha, corrupção ativa, contrabando e descaminho e crime contra o meio ambiente. Prisão fundamentada na garantia da ordem pública. Organização criminosa. Indícios de intensa participação

do paciente. Lei n. 9.034/1995. Inexistência de constrangimento ilegal. Ordem denegada.

1. Pacientes denunciados pelos crimes dos art. 180, § 2º (receptação qualificada), art. 288 (quadrilha), art. 333, parágrafo único (corrupção ativa), art. 334, **caput** (contrabando e descaminho), todos do Código Penal, e art. 55 da Lei n. 9.605/1998 (Leis dos Crimes Ambientais). Incidência da Lei n. 9.034/1995 por requerimento expresso da denúncia.

2. Prisão preventiva decretada, em decisão devidamente fundamentada na garantia da ordem pública, tendo em vista as graves conseqüências dos crimes e fundadas suspeitas de que os pacientes ocupam posições de comando em organização criminosa voltada para a prática de vários crimes na Reserva Indígena Roosevelt em Rondônia.

3. Indícios de intensa participação dos pacientes na organização criminosa. Impossibilidade de concessão de liberdade provisória, a teor do disposto no art. 7º da Lei n. 9.034/1995.

4. Ordem denegada.”

Segundo consta dos autos, o paciente, delegado de polícia federal, foi denunciado por fazer parte de organização criminosa atuante na reserva indígena Roosevelt - RO, na qual são praticados inúmeros delitos, a saber, extração ilegal de diamantes, receptação qualificada, quadrilha, corrupção ativa, contrabando, descaminho e crime ambiental. Ocorre que, em face da participação intensa do acusado nas condutas delituosas, o MM. Juiz da Seção Judiciária local houve por bem receber a peça acusatória e decretar-lhe a prisão preventiva, ao argumento da necessidade de proteção da ordem pública.

Inconformada, a defesa do paciente impetrou ordem de **habeas corpus** no Tribunal Regional, que, ao analisá-lo, manteve a prisão cautelar e denegou a ordem à unanimidade, consoante ementa citada.

Daí este *writ*, no qual se reproduz, em síntese, os mesmos argumentos anteriores, quais sejam, ilegalidade das escutas telefônicas e ausência de requisitos para a prisão, já que não comprovada a participação do paciente no evento delituoso, bem assim não demonstrada a necessidade de proteção da ordem pública.

A liminar restou indeferida (fl. 127).

Ouvida a Subprocuradoria Federal, sobreveio parecer pela denegação.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): A exemplo do que atestou o Tribunal **a quo**, não vejo como anular o procedimento das escutas telefônicas. Realmente, não se pode admitir que as provas colhidas em procedimento de investigação sejam consideradas ilícitas se toda a condução sobreveio de acompanhamento estreito do magistrado da causa, que determinou as diligências a partir de indícios veementes da existência da organização criminosa. É o que bem ressaltou o acórdão vergastado à fl. 44.

No outro sustentáculo da impetração temos o tema da necessidade da prisão processual. Quanto a este aspecto deve-se anotar que, no HC n. 41.706-RO, levado a julgamento em primeiro lugar, considerei legítimo e legal o recolhimento prévio e o fiz baseado, tanto pelos fundamentos da decisão atacada, quanto pelas ponderações do parecer do *Parquet*. O caso aqui não é diverso, motivo pelo qual adiro, na mesma proporção, aos termos da opinião ministerial, **verbis** (fls. 255/259):

“11. Quanto à prisão preventiva do paciente, não vejo nenhuma ilegalidade a ser sanada via remédio heróico. Examinando o r. decreto preventivo, observa-se que o MM. Magistrado, após indicar a prova da existência do crime e os suficientes indícios de autoria, demonstrou a coexistência desses pressupostos com a necessidade de se resguardar a ordem pública e preservar a paz social, ressaltando que:

‘Os elementos de convicção contidos nos autos veiculam indícios suficientes de autoria quanto aos delitos atribuídos aos denunciados, ao menos para formulação de um juízo sobre o pedido de prisão preventiva formulado pelo Ministério Público Federal.

(...)

Com efeito, o conteúdo das extensas conversas telefônicas trazidas aos autos, em especial entre os denunciados José Bocamino e José Roberto Gonzáles Santos, permitem que se infira a participação de ambos numa organização criminosa destinada a extrair e comercializar minério de diamante da Reserva Indígena Roosevelt. Assim, a título de exemplo, à fl. 27 consta conversa em que o denunciado José Bocamino comunica a José Roberto Gonzáles a compra de uma máquina destinada à extração de diamantes, já instalada dentro da Reserva Roosevelt. Às fls. 34/35, consta conversa entre ambos, cujo assunto é a negociação de outras máquinas para tal finalidade. Inúmeras outras conversas fazem referência ao garimpo clandestino de diamantes, e as

providências adotadas por eles e por terceiros para sua implementação. Emblemático é o diálogo contido à fl. 80 dos autos, entre ambos os denunciados, que ora transcrevo: (...)

Outrossim, ambos os denunciados mantiveram, ao longo do tempo, incessante contato com os membros da organização criminosa já denunciada nos Autos n. 2004.41.00.001387-4, em especial com Marcos Glikas e Marcos Aurélio Soares Bonfim, ali apontados como mentores da quadrilha (p. ex. fls. 37, 38, 39, 59, 60, 65, 80 e diversas outras), evidenciando que referida organização criminosa é uma, ainda que conte com diversas membros que sequer se conhecem.

(...)

Do exposto, restam presentes os indícios de autoria. Quanto aos fundamentos para a decretação da prisão preventiva dos denunciados, conforme exige o art. 312 do Código de Processo Penal, esses também se fazem presentes, encontrando respaldo na necessidade de garantia da ordem pública.’

12. Em que pese os argumentos da defesa, a medida, longe de representar uma punição antecipada, é meio hábil e necessário para acautelar o meio social naquela região, já tão afetada pelos conflitos interétnicos, acirrados mais ainda pela ação dessas organizações criminosas, como destacou o ilustre Magistrado:

‘As conseqüências deletérias da atuação dessas organizações criminosas se fazem sentir com facilidade naquela região: devastação do meio ambiente; desestruturação das comunidades indígenas que ali habitam, seja pela corrupção causada pela oferta desmesurada de dinheiro em troca do acesso à jazida, seja pelo recebimento de armas de fogo, também em troca desses favores; violência que volta e meia vitima garimpeiros que se arriscam a adentrar na reserva sem o beneplácito de quadrilhas mais fortes. (...)’

13. De sua parte, os eminentes julgadores da Corte **a quo**, ao examinar a ordem originária, entenderam justificada a segregação, ‘dada a gravidade dos fatos apresentados que demonstram que o funcionamento da organização criminosa tem prejudicado sobremaneira a região da Reserva Roosevelt’ (...) ‘considerando, ainda, a determinação constante do art. 7^a da Lei n. 9.034/1995’.

14. Com razão. A Lei n. 9.034/1995, que trata do crime organizado, veda expressamente a concessão de liberdade provisória ‘aos agentes que

tenham tido intensa e efetiva participação na organização criminosa' e, no caso em exame, isso ficou bem claro no r. decreto preventivo, do qual se destaca:

Assim, também considerei interessar à ordem pública que permaneçam encarcerados apenas os agentes que, pelos indícios apurados na investigação policial, *ocupam posição de comando na organização criminosa*, a autorizar a conclusão de que poderão reativá-la, caso sejam soltos.

Trata-se do caso dos denunciados.

Estes, *Delegado* e Agente da Polícia Federal no Estado de São Paulo (José Bocamino e Luiz Cláudio Santana), e suposto agente do Estado de Rondônia, a serviço de sua empresa de mineração (José Roberto Gonzáles dos Santos), *estariam profundamente envolvidos com a extração de diamantes da Reserva Indígena Roosevelt, envolvimento verificado tanto na fase de preparação (contato com os índios, aquisição de maquinário etc.), como na mais adiantada, de venda para o exterior do minério extraído (como registra nos contatos telefônicos, no mais das vezes intermediado por Marcos Glikas, com pessoas envolvidas com o comércio de diamantes no exterior, em especial Marcos Galish, conforme interessante diálogo entre esses dois últimos, constante às fls. 64/65).*

Além disso, *sobressai das interceptações telefônicas que o denunciado José Bocamino, ao lado dos acusados Marcos Glikas e Marcos Aurélio Soares Bonfim, seriam os principais fomentadores da atividade de garimpagem ilegal sob o aspecto financeiro.*

Tais constatações, **de per si**, bastariam para firmar a necessidade de custódia cautelar dos denunciados, a fim de fazer cessar qualquer atividade da organização criminosa por eles, de acordo com os indícios trazidos ao conhecimento do Juízo, integrada." (Sem grifos no original)

15. Como ensina **Júlio Fabbrini Mirabete**, in "Código de Processo Penal Interpretado", 7ª ed., Atlas, 2000, o conceito de ordem pública também visa acautelar a própria credibilidade da Justiça em face da gravidade do delito e sua repercussão e a conveniência da medida preventiva deve ser regulada pela sensibilidade do juiz à ação do meio ambiente à prática delituosa e às suas conseqüências.

16. Ora, os fatos contidos nos autos são graves, cabendo ao Poder Judiciário cuidar para que se restabeleça, logo, a ordem pública, subvertida pela ação do crime organizado, especialmente, quando, como no caso em tela, o paciente, servidor público federal (Delegado de Polícia Federal), tendo por missão coibir tais ações, entrega-se à sua prática desabusada.

17. A título de argumentação, destaco que, nos termos da Lei Fundamental — art. 231 — cabe ao Poder Público — União — ‘proteger e fazer respeitar’ os direitos originários dos índios ‘sobre as terras que tradicionalmente ocupam’.

18. Outrossim, segundo lições de **Carrara**, secundado por **Weber M. Batista**, in “Liberdade Provisória”, a prisão preventiva ‘responde a três necessidades: de justiça, para impedir a fuga do acusado; de verdade, para impedir que atrapalhe as indagações da autoridade, que destrua a prova do delito e intimide as testemunhas; de *defesa pública*, para impedir que certos facinorosos, que durante o processo continuem os ataques ao direito alheio’ (sem grifo no original).

19. Em conseqüência do exposto, a medida constrictiva não viola o princípio da presunção de inocência que, em verdade, como já decidiu essa Corte Superior, não impede a tutela cautelar, não sendo suficientes, ademais, a primariedade, os bons antecedentes e outras qualidades pessoais, eventualmente apresentadas, para, por si sós, garantir ao acusado o direito à liberdade provisória, quando devidamente fundamentada a segregação.

20. Sobre o tema, o seguinte precedente desse Superior Tribunal de Justiça:

‘Processual Penal. Receptação. Formação de quadrilha. Lavagem de dinheiro. Corrupção ativa e passiva. Crimes ambientais. Excesso de prazo. Matéria não ventilada perante o Tribunal **a quo**. Supressão de instância. Prisão preventiva. Fundamentação suficiente.

É inviável o exame de matéria não ventilada perante o Tribunal **a quo**, sob pena de suprimir-se instância. Assim, a alegação de ocorrência de excesso de prazo não pode ser apreciada por esta Corte.

De outro lado, a prisão preventiva encontra-se devidamente fundamentada nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal. Ressaltou o **decisum** impugnado a necessidade da custódia visando à proteção da ordem pública, que restou ameaçada com a atuação de uma organização criminosa complexa, da qual faz parte o paciente, que se dedica à prática de diversos crimes, dentre eles, corrupção ativa e passiva, lavagem de dinheiro, comércio ilegal de diamantes, além de crimes ambientais.

Ordem conhecida parcialmente e, nessa parte, denegada.’ (HC n. 33.429-RO, DJ 24.05.2004, Relator Ministro Jorge Scartezzini)”

Ante o exposto, denego a ordem.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 45.779-SP (2005/0115674-1)

Relator: Ministro Felix Fischer

Impetrante: Ordem dos Advogados do Brasil

Advogados: Alberto Zacharias Toron e outro

Impetrada: Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região

Paciente: Maria Cláudia de Seixas

Sustentação oral: Alberto Zacharias Toron, pela paciente

EMENTA

Penal. Processual Penal. **Habeas corpus**. Art. 138 c.c. o art. 141, II, do CP. Trancamento da ação penal. Atipicidade.

I - O trancamento da ação penal por falta de justa causa, na via estreita do *writ*, somente é possível se houver comprovação, de plano, da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito.

II - Para que a conduta descrita no art. 138 do Código Penal seja típica, é necessário que as declarações do autor da acusação sejam falsas, ou quanto a ocorrência dos fatos, ou quanto à autoria (*Precedentes*).

III - Evidenciado, **in casu**, não se tratar, objetivamente, de falsas afirmações, as realizadas por advogada, no exercício da função, é de se determinar o trancamento da ação penal, pois o que se tem é o simples **animus narrandi**, talvez, até **criticandi**, mas não **animus caluniandi**.

Writ concedido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 06 de dezembro de 2005 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de **habeas corpus**, com pedido liminar, impetrado em favor de Maria Cláudia de Seixas, denunciada como incurso nas sanções do art. 138 c.c. o art.141, inciso II, ambos do Código Penal, contra v. acórdão prolatado pela colenda Segunda Turma do egrégio Tribunal Regional da 3ª Região, que restou assim ementado:

“Habeas corpus. Delito de calúnia. Tipicidade.

Fatos de petição judicial relatando suposta omissão de magistrado na prática de ato devido no sentido no art. 319 do Código Penal, ainda afirmando expressamente sobre motivos no interesse ou sentimento pessoal.

Questão suscitada que remonta ao sentido subjetivo da conduta, ao plano das representações e vontade da gente, não faltando, no caso, indícios do dolo e devendo as questões suscitadas ser deslindadas no exame das provas produzidas.

Matéria que demanda exame aprofundado de provas e não-absolvição sem o processo devido.

Ordem denegada” (fl. 123).

Sustenta o impetrante ausência de justa causa para a ação penal porquanto o fato que lhe é imputado seria atípico eis que: a) o fato imputado à vítima seria verdadeiro; b) não houve uma afirmação concreta de que o magistrado teria cometido o crime de prevaricação; c) não houve a indicação do sentimento ou interesse que o magistrado procurou satisfazer em sua conduta omissiva, em não cumprir a liminar, anteriormente concedida pelo egrégio Tribunal; e, d) estaria a paciente, advogada, acobertada pela imunidade profissional.

A liminar restou indeferida à fl. 103.

Informações prestadas à fl. 116.

Pedido de reconsideração foi negado (fls. 135/136).

A douta Subprocuradoria Geral da República opina pela concessão da ordem (fls. 139/144).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): Pelo que se depreende dos autos, a ora paciente, atuando como advogada de vários réus no Processo n. 98.030.2229-6, requereu ao magistrado que expedisse carta rogatória a fim de que fosse ouvida

determinada testemunha. Ante a negativa do MM. Juiz, impetrou **habeas corpus**, no qual fora concedida a ordem, determinando a expedição da referida carta.

Não obstante, o magistrado condicionou a expedição ao pagamento de custas, o que determinou a impetração de novo *writ* junto ao egrégio Tribunal que, liminarmente, concedeu a ordem para que fosse expedida a carta sem a necessidade do pagamento de custas naquele momento.

Concedida a liminar, transcorrido mais de um ano, esta não foi cumprida. Assim, a paciente peticionou ao Relator do referido **mandamus**, informando o ocorrido, o que ensejou a representação do magistrado e, por conseguinte, o oferecimento da denúncia por crime de calúnia, da qual se colhe o seguinte trecho:

“Consta do incluso procedimento administrativo que, em 20 de julho de 2004, em petição dirigida ao egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região, nos autos do **Habeas Corpus** n. 2003.03.00.031 740-7-SP a denunciada caluniou o Juiz Federal Nino Oliveira Toldo, titular da 3ª Vara Federal de Ribeirão Preto, imputando-lhe falsamente fato definido como crime, consistente em deixar de cumprir decisão emanada de liminar para satisfazer interesse ou sentimento pessoal.

Conforme se observa pelo teor do **habeas corpus** acostado às fls. 11/14, impetrado por Roger Galino em benefício de Edmundo Rocha Gorini, Carlos Roberto Liboni, Mauro Sponchiado, Paulo Saturnino Lorenzato, Edson Savério Benelli e Gilmar de Matos Caldeira, a denunciada, que naquela ocasião figurava como advogada, argumentou que o não-cumprimento da liminar concedida naquele processo para deferir a expedição da carta rogatória sem o recolhimento de custas ensejou a demora no andamento do processo, culminando na imputação de crime de prevaricação.

Segundo se observa do teor das certidões de fls. 122/124, a denunciada alegou em síntese:

(...) ora, quem está tumultuando o feito nesse caso, é nada mais nada menos do que o digno magistrado a quo (ora apontado como autoridade coatora), que há mais de um ano não cumpre decisão emanada de liminar!! Enquanto isso, o feito está paralisado!! Que garantia se espera ter de um magistrado a quo que não cumpre decisão judicial de autoridade ad quem?

Se fosse o particular, não teríamos a menor dúvida, iria responder pelo crime previsto no art. 330 do Código Penal!

Mas, neste caso, pode em tese, estar o magistrado **a quo** incorrendo na prática do delito de prevaricação — art. 319 do Código Penal.

Pois, o seu silêncio em não cumprir a liminar constitui fato que emerge a seguinte dedução:

Se assim vem procedendo, é para satisfazer interesse ou sentimento pessoal, não há outra explicação para tanto.

Postura judicial dolosa e lamentável, que afronta sobremaneira direitos constitucionais' (fls. 119/120).

Cumpre, portanto, analisar se a conduta da paciente se subsume, ou não, ao tipo inscrito no art. 138 do Código Penal.

Eis sua redação:

“Art. 138. Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime.

Pena — detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos e multa.”

Com efeito, calúnia é a falsa imputação a alguém de *fato definido como crime*. Desta forma, de tal definição destacam-se a *falsidade (elemento normativo)* e *fato tido como crime*, quanto a este, é indispensável que o fato seja crime, é dizer, não configura tal delito o fato de se atribuir à alguém a prática, por exemplo, de uma contravenção penal ou até mesmo de um ilícito civil, não se podendo, nas palavras de **E. Magalhães Noronha**, como é óbvio, ampliar o conceito deste.

No **punctum crucis**, colho os seguintes excertos doutrinários:

“O que é indispensável é que o fato seja definido como crime, não se podendo, como é óbvio, ampliar o conceito deste, lembrando-se que, em outros lugares, o sentido é restrito, como na denúncia caluniosa (art. 339 e § 2º), quando a lei acrescentou um parágrafo ao dispositivo para incluir a contravenção.” (**E. Magalhães Noronha**, in “Direito Penal, 2º Volume — Dos Crimes contra a Pessoa. Dos Crimes contra o Patrimônio”, Editora Saraiva, 11ª ed., p. 112).

“A falsa imputação deve referir a crime. O texto do art. 138 é restritivo. Nem há dizer-se que a palavra crime é compreensiva de contravenção, pois o Código, toda vez que quer aludir também a esta, fá-o expressamente” (**Nelson Hungria e Heleno Cláudio Fragoso**, in “Comentários ao Código Penal, Volume VI — Arts. 137 a 154”, Ed. Forense, 5ª ed., 1980, p. 66).

“Para a configuração do delito é necessário que o sujeito atribua ao ofendido, falsamente, a prática de fato definido como crime. Se há atribuição de prática de contravenção, não existe tipicidade do fato como calúnia, subsistindo o delito de difamação” (**Damásio E. de Jesus**, in “Direito Penal, 2º Volume — Parte Especial”, Ed. Saraiva, 17ª ed., 1995, p. 188).

“A conduta típica é imputar, ou seja, assacar, atribuir a alguém a prática de um ilícito penal, ou seja, é atribuir a alguém o cometimento de um delito determinado. Fato e pessoa determinados.

O tipo objetivo reclama a co-existência de três elementos:

a) imputação da prática de um fato determinado, ou seja, concreto, específico. Faz-se indispensável que o agente, de modo expresso, precise o fato e em que circunstâncias o mesmo se deu, mas não se exige que se as pormenorize, ou seja, que se faça necessária uma descrição pormenorizada; sendo suficiente ‘uma síntese lógica, inteligível ou compreensível por todos’ (**Stoppato**). A atribuição de generalidades ou circunstâncias de fato suscetíveis de interpretações díspares não configura um delito de calúnia, pelo que sequer pode compor e justificar uma queixa-crime. Por igual, também se despreza a atribuição de fatos futuros.

b) ser esse fato tipificado como crime, excluída a contravenção, que pode vir a configurar a difamação; quando houver ofensa à dignidade ou ao decoro, posto que a lei refere-se exclusivamente a crime. Pode este estar previsto no próprio Código Penal ou em leis penais extravagantes. A exclusão atinge também os atos preparatórios não puníveis. Não constituem calúnia as referências genéricas a fatos e qualificativos, como os epítetos de ladrão, estelionatário, rufião etc.

c) falsidade da imputação, que se presume, tanto que se admite ao agente provar a veracidade de sua afirmação com a exceção da verdade (art. 138, § 3º). Haverá, portanto, o delito tanto quando o fato imputado não existiu como quando existiu, mas a vítima não foi o seu autor, ou seja, quando real o acontecimento não foi o indigitado o seu autor.” (**José Henrique Pierangeli**, in “Manual de Direito Penal Brasileiro — Parte Especial — Arts. 121 a 234”, Ed. RT, 2005, p. 199).

“A conduta típica consiste em imputar (atribuir) a alguém falsamente a prática de fato definido como crime. Faz-se mister, em primeiro lugar, a falsidade da imputação. Condiciona-se a calúnia à falsidade da imputação (presumida). Admite-se, regra geral, a prova da veracidade de seu conteúdo (**exceptio veritatis**). A falsidade da imputação se verifica não apenas quando o fato imputado não é verdadeiro, mas também quando, embora verdadeiro, tenha sido praticado por outra pessoa. Em síntese: a falsidade pode recair, alternativamente, sobre o próprio fato ou sobre sua autoria.

Demais disso, exige-se que a imputação verse sobre fato definido como crime. Ou seja, a falsa imputação deve referir-se a crime (ação ou omissão típica, ilícita e culpável). De conseguinte, a falsa imputação de contravenção penal não perfaz a descrição típica da calúnia, mas pode, eventualmente, constituir difamação.

Frise-se, ainda, que o fato imputado deve ser determinado. Tal não implica a necessidade de descrição pormenorizada, isto é, não é preciso que o agente o narre em detalhes, sem omitir suas mais específicas circunstâncias. Basta que da imputação se individualize o delito que se atribui, mesmo que o relato não seja minucioso. Os fatos genericamente enunciados, porém, não configuram calúnia, mas injúria. Assim, dizer, por exemplo, que alguém é 'ladrão' caracteriza injúria; diversamente, dizer que alguém se apoderou do veículo de um amigo constitui calúnia" (**Luiz Régis Prado**, in "Curso de Direito Penal Brasileiro, Volume 2 — Parte Especial — Arts. 121 a 183", Ed. RT, 2ª ed., revista, atualizada e ampliada, 2002, pp. 224/225).

O autor do delito inscrito no art. 138 do Código Penal deve saber, outrossim, da falsidade das afirmações que faz a respeito de outrem. Ausente tal circunstância, não se realiza a figura delituosa, em razão do não-cumprimento de um dos elementos do tipo.

In casu, os fatos trazidos à apreciação neste *writ*, dão conta que ante a longa demora no cumprimento da liminar concedida no **Habeas Corpus** n. 15.142, a paciente então noticiou os fatos à eminente Desembargadora-Relatora de ação mandamental, aduzindo que "nesse caso, pode em tese, estar o magistrado incorrendo na prática do delito de prevaricação — art. 319 do Código Penal" (fl. 80).

De outro lado, o MM. Juiz, ao representar contra a paciente, perante o Procurador da República, em momento algum contesta a veracidade do alegado — ou seja, que a liminar, durante este lapso temporal não havia sido cumprida — apenas informa que esclareceu ao egrégio Tribunal as razões da demora. Dessarte, os fatos *objetivamente como narrados* pela paciente foram corroborados pelo MM. Juiz.

Nesse contexto, não há falar em prática de crime de calúnia, uma vez que ausente o elemento normativo do tipo referente à falsidade. Quanto à ausência deste elemento, esclarece a doutrina mais uma vez:

"A imputação para constituir crime, tem de ser falsa. A falsidade da imputação pode ter duas ordens de razões: pode ocorrer a falsidade porque o fato não existiu, ou porque, embora o fato tenha existido, a imputação da autoria não é verdadeira, ou seja, o fato existe, mas o imputado não é não é seu autor. Logo, a falsidade da imputação pode recair sobre o fato ou sobre a autoria do fato. Na primeira hipótese, o fato é inexistente; na segunda, a existência ou ocorrência do fato é verdadeira, falsa é a imputação da autoria. Qualquer das duas falsidades satisfaz a elementar normativa exigida pelo tipo

penal” (**Cezar Roberto Bitencourt**, in “Tratado de Direito Penal, volume 2 — Parte Especial”, Ed. Saraiva, 4ª ed., 2004, pp. 342/343).

Assim, o entendimento desta Corte:

“Processual Penal. **Habeas corpus**. Recurso ordinário. Ação penal. Injúria e difamação. Advogado. Atuação nos limites da imunidade profissional. Delitos inexistentes. Calúnia. Ciência da falsidade. Elementar do tipo. Ausência. Crime não configurado.

I - Não obstante a advogada, em sede de contestação e exceção de suspeição, tenha deduzido alegações graves acerca da conduta do membro do *Parquet* que propôs a ação civil pública, não praticou os delitos de injúria e difamação, porquanto não desbordou dos limites da atuação profissional insculpidos no art. 7º, § 2º, da Lei n. 8.906/1994.

II - O autor do delito inscrito no art. 138 do Código Penal deve saber da falsidade das afirmações que faz a respeito de outrem. Ausente tal circunstância, não se consuma a figura delituosa, em razão do não-cumprimento de um dos elementos do tipo.

III - Ciência da falsidade, por parte da paciente, afastada por acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, transitado em julgado, que rejeitou a ação penal movida por denúncia caluniosa, em razão dos mesmos fatos.

Recurso provido.” (RHC n. 14.621-SP, Quinta Turma, de minha relatoria, DJ 10.05.2004).

“Penal. Lei de Imprensa. Queixa-crime contra juiz de Tribunal Regional do Trabalho. Imputação dos crimes tipificados nos arts. 20, 21 e 22 da Lei n. 5.250/1967. Ocorrência, em tese, do crime de injúria. Não-configuração do crime de calúnia.

Para a configuração do crime de calúnia faz-se necessário que o agente tenha consciência da falsidade da imputação, situação inócurrenente na espécie.

Configuração, em tese, do crime de injúria.

Queixa recebida em parte.” (Apn n. 148-DE, Corte Especial, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ 09.04.2001).

Ademais, não houve, em análise perfunctória, a imputação concreta de prática de crime de prevaricação pelo magistrado, eis que a paciente, ao relatar os fatos, agindo tão-somente com **animus narrandi**, anotou que “em tese” estaria incidindo o magistrado com aquela conduta, naquele tipo penal.

Além disso, acrescente-se que estava, a paciente, naquele momento, defendendo direitos de seus clientes no exercício da advocacia, o que permite revelar não terem sido tais comentários desferidos ao acaso, com o mero intuito de ofender a honra do magistrado, mas sim, no desempenho da nobre função pública que é a advocacia, ausente, portanto, o **animus caluniandi**.

Finalmente, vale ressaltar que, ainda que não fossem admitidos os argumentos acima expendidos, não poderia, da mesma forma, a conduta da paciente ser entendida como subsumida ao crime de calúnia, eis que, ao ser acusada de atribuir ao magistrado a prática do crime de prevaricação, em nenhum momento declinou, como determina este tipo (art. 319 do CP), quais seriam os interesses ou sentimentos pessoais que buscaria satisfazer o magistrado com sua omissão.

Dessarte, há que se reconhecer a atipicidade da conduta, sendo portanto, medida necessária o trancamento da ação penal.

Ante o exposto, concedo a ordem a fim de determinar o trancamento da Ação Penal n. 2004.61.02.009649-0, em curso na Segunda Vara Federal de Ribeirão Preto-SP.

É o voto.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 18.527-RR (2004/0087589-3)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Recorrentes: Cledson Marques Feitosa e outros

Advogados: Alexander Ladislau Menezes e outro

T. origem: Tribunal de Justiça do Estado de Roraima

Impetrado: Coordenador-Geral do Concurso Público da Polícia Civil do Estado de Roraima

Recorrido: Estado de Roraima

Procuradores: Dircinha Carreira Duarte e outros

EMENTA

Recurso ordinário em mandado de segurança. Concurso público. Exame psicotécnico previsto em lei e pautado em critérios objetivos. Necessidade de dilação probatória. Inadequação da via eleita. Incurção no mérito administrativo. Precedentes desta Corte. Recurso desprovido.

1. Conforme orientação jurisprudencial desta Corte, é lícita a exigência de aprovação em exame psicotécnico para preenchimento de cargo público, desde que claramente previsto em lei e pautado em critérios objetivos, possibilitando ao candidato o conhecimento da fundamentação do resultado, a fim de oportunizar a interposição de eventual recurso.

2. As alegações referentes à invalidade do exame aplicado e pendência de aprovação pelo Conselho Federal de Psicologia demandariam necessária dilação probatória, o que é inadmissível no âmbito do remédio heróico, bem como incursão no próprio mérito administrativo.

3. Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Felix Fischer e Gilson Dipp votaram com a Sr^a. Ministra-Relatora.

Brasília (DF), 16 de fevereiro de 2006 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

DJ 20.03.2006

RELATÓRIO

A Sr^a. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por Cledson Marques Feitosa e outros, com fundamento no art. 105, inciso II, alínea **b**, da Constituição Federal, em face do v. acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Roraima ementado nos seguintes termos, no que diz respeito à hipótese:

“[...]”

É legítima a aplicação, em concurso público, de testes psicológicos em fase de análise pelo Conselho Federal de Psicologia, desde que haja previsão legal, sua aplicação não tenha caráter sigiloso e que possua um grau mínimo de objetividade propiciando ao candidato exercer o direito à ampla defesa e ao contraditório. Esclarecido, ainda, que os testes sob apreciação quando de sua aplicação, já foram devidamente autorizados pelo Conselho Federal de Psicologia.

A falta de objetividade de um exame, como o teste psicológico, é verificada através do critério de sua avaliação, sendo considerado subjetivo aquele em que o examinador puder inserir conclusões pessoais dependentes exclusivamente de seu juízo íntimo, como nos casos de entrevista, o que o torna imprestável para a seleção de candidatos por afrontar à regra constitucional.

Quando as questões apresentadas forem comuns a todos os candidatos e a correção dos quesitos for exclusivamente submetida a programa de informática, não há como se inquirir de subjetivo o teste psicológico, que traçou, uniformemente, o perfil profissiográfico dos candidatos, levando em consideração o exercício do cargo pretendido com as especificações laborais que a lei previamente estabeleceu.

Os critérios de correção de testes psicológicos não podem ser discutidos pelo magistrado, uma vez que envolve conhecimento de pressupostos técnicos, coerência e consistência dos itens que o compõem, por se constituir em técnica especializada de competência exclusiva do corpo de psicólogos formadores da banca examinadora do certame, não cabendo, portanto, ao Poder Judiciário intervir no mérito do resultado de avaliação psicológica aplicada por banca examinadora oficial do concurso público, para modificar o parecer exarado de 'não recomendado' para o de 'recomendado', o que caracterizaria usurpação de atribuição em área científica alheia, portanto inadmissível." (Fls. 331/332)

Aduzem os recorrentes, nas razões do recursais, que são ilegais os testes aplicados sem a chancela do Conselho Federal de Psicologia, por esbarrarem na disposição do art. 10 da Resolução CFP n. 25/2001. "Sendo assim, os testes não traziam segurança científica para sua aplicação, pondo em descrédito o resultado apresentado pela banca avaliadora do concurso acerca do perfil psicológico do candidato" (fl. 341). Sustentam, ainda, a ausência de publicidade do perfil ideal, predefinido para o cargo e dos critérios de avaliação do exame psicotécnico.

Contra-razões ofertadas às fls. 375/381.

O Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso consoante parecer de fls. 346/350, **litteris**:

"Recurso ordinário em mandado de segurança. Concurso público. Polícia Civil do Estado de Roraima. Avaliação psicotécnica. Falta de divulgação dos testes e dos critérios de avaliação no edital. Ofensa ao princípio da publicidade. Possibilidade de reprovação arbitrária e eivada de subjetivismo. Potencial ofensa aos princípios da impessoalidade, da isonomia e da moralidade. Parecer tendente ao provimento do recurso ordinário e à conseqüente concessão da segurança."

É o relatório.

VOTO

A Sr^a. Ministra Laurita Vaz (Relatora): Não obstante os argumentos expendidos nas razões recursais, os recorrentes não conseguiram infirmar os fundamentos esposados pelo Tribunal de origem para denegar a segurança, substanciados, na esteira da reiterada jurisprudência desta Corte de Justiça, na licitude da exigência de aprovação em exame psicotécnico para preenchimento de cargo público, desde que claramente previsto em lei e pautado em critérios objetivos, possibilitando ao candidato o conhecimento da fundamentação do resultado, a fim de oportunizar a interposição de eventual recurso. Por oportuno, do voto condutor do acórdão recorrido colhem-se os seguintes trechos:

“Da admissibilidade, objetividade e publicidade do exame psicotécnico.

A admissibilidade da exigência do exame psicotécnico, para investidura em cargos públicos, recai em dois requisitos essenciais, quais sejam: a previsão legal e a aferição de critérios objetivos dos testes a serem aplicados, a fim de possibilitar ao candidato amplo acesso aos termos de sua avaliação.

No caso em análise, a exigibilidade do exame psicológico se encontra amparado pelo *art. 47 da Lei Complementar n. 55/2001 — Lei Orgânica da Polícia Civil.*

Quanto aos critérios utilizados na aplicação do exame psicológico, estes emergem através de regras claramente definidas, quanto à sua publicidade e objetividade, afastando, portanto, os malsinados caracteres de sigilo e irrecorribilidade havidos em alguns exames desta natureza.

Oportuno asseverar que o procedimento seletivo em questão, a fim de preservar os princípios e garantias constitucionais, adotou critérios transparentes desde o início do certame, através de regras contidas no Edital de Abertura do Concurso n. 1/2003, sendo complementado, no desenrolar do evento, por outras normas cada vez mais esclarecedoras (Editais ns. 9, 12 e 13/2003), impondo, portanto, a adoção de critérios transparentes, fundados em elementos objetivos, submetendo-os, inclusive, *à possibilidade de contraditório pelos interessados, garantindo-se aos candidatos considerados não recomendados no teste psicológico, o direito de recurso, por banca examinadora diversa da originária, com previsão, inclusive, da possibilidade de acompanhamento por psicólogo durante a sessão de conhecimento das razões de inaptidão.*

Quanto aos critérios objetivos do exame psicotécnico, eis o disposto no item 6.24.1 e 6.24.2 do Edital de Abertura do Certame n. 1/2003, o item 5.2, 5.3 e 5.4 do Edital n. 9/2003 e na Lei Complementar n. 55/2001.

Edital n. 1/2003:

‘6.24.1 A avaliação psicológica, *de caráter apenas eliminatório*, valerá dez pontos.’

‘6.24.2 A avaliação psicológica terá por objetivo selecionar candidatos que possuam as *características de inteligência, de aptidão e de personalidade necessárias ao desempenho adequado das atividades inerentes a cada cargo*, inclusive para portar arma de fogo.’ Grifei

Edital n. 9/2003:

A avaliação psicológica consistirá na aplicação de técnicas e instrumentos psicológicos que *avaliam personalidade e aptidões específicas, visando aferir se o candidato possui temperamento adequado ao exercício das atividades inerentes ao cargo*, inclusive para portar arma de fogo.

5.3 Será considerado recomendado o candidato que se *adequar à profissiografia do cargo*.

5.4 Será considerado recomendado o candidato que demonstrar *inadequação à profissiografia do cargo*.’

Lei Complementar n. 55/2001:

Art. 33. Ao Delegado de Polícia Civil, além de outras atribuições, compete:

I - dirigir, coordenar, supervisionar e fiscalizar as atividades administrativas e operacionais do órgão ou unidade policial sob sua direção;

II - cumprir e fazer cumprir, no âmbito de sua competência, as funções institucionais da Polícia Civil;

III - instaurar e presidir inquéritos e lavrar termos circunstanciados, de conformidade com o disposto na Lei Federal n. 9.099, de 26 de setembro de 1995;

IV - expedir intimações e determinar, em caso de não-comparecimento injustificado, a condução coercitiva;

V - planejar e dirigir operações policiais de natureza ostensiva ou reservada, desenvolvidas na área circunscricional de sua competência, com vista à prevenção e à repressão criminal;

VI - assegurar o sigilo necessário à elucidação do fato sob investigação, conforme dispuser a lei processual;

VII - requisitar, exames periciais, inclusive de sanidade mental e complementar, destinados a colher e resguardar indícios ou provas da ocorrência de infrações penais;

VIII - requisitar fundamentadamente, informações e documentos de entidades públicas e privadas; e

IX - requisitar serviços e técnicos especializados de órgãos públicos e de concessionárias de serviços públicos.

Parágrafo único. Considera-se autoridade policial civil o Delegado de Polícia Civil que, investido por lei, tem a seu cargo a direção e mando das atividades de polícia judiciária e administrativa.

(...)

Art. 46. São requisitos básicos para o ingresso na Carreira Policial Civil:

I - ser brasileiro;

II - ter, no mínimo, vinte e um anos de idade;

III - estar quite com as obrigações militares e eleitorais;

IV - não possuir antecedentes criminais;

V - possuir habilitação legal para a condução de veículos automotores, para a carreira de Agente de Polícia Civil;

VI - comprovar, quanto ao grau de escolaridade, a conclusão de:

a) curso de Bacharelado em Direito, em escola oficial ou reconhecida, para o ingresso na carreira de Delegado de Polícia Civil;

(...)

e) Ensino Médio, para as Carreiras de Escrivão de Polícia Civil, Agente de Polícia Civil, Agente Carcerário e Perito papiloscopista;

f) Ensino Fundamental, para as carreiras de Auxiliar de Necropsia e Auxiliar de Perito Criminal;

VII - satisfazer aos demais requisitos previstos em regulamentos ou em edital de concurso.

Art. 47. O concurso público será realizado em duas fases:

I - a primeira fase constará de:

a) provas escritas de conhecimentos gerais e específicos;

b) *exame psicotécnico*;

c) exame médico;

d) prova de capacitação física para todos os candidatos às carreiras de Agente e Delegado da Polícia Civil; e

e) investigação relativa aos aspectos moral e social.'

Datíssima **venia** do entendimento esposado pelo impetrante, os critérios adotados para a realização da avaliação psicotécnica do certame em questão não impuseram ao candidato declarado ‘não recomendado’ a impossibilidade de se insurgir na esfera administrativa contra o resultado que o alijara da seleção.” (Fls. 310/313, grifo no original).

Sobre o tema, confirmam-se, dentre outras, as seguintes decisões monocráticas proferidas em casos idênticos: RMS n. 18.524-RR, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, DJ 14.12.2004; RMS n. 18.523-RR, de minha relatoria, DJ 31.05.2005; RMS n. 18.582-RR, Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa, DJ 16.12.2005; RMS n. 18.520-RR, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJ 21.10.2005.

De outra parte, importa ressaltar que o acolhimento das alegações referentes à invalidade do exame aplicado e pendência de aprovação pelo Conselho Federal de Psicologia demandaria necessária dilação probatória, ante a ausência de prova pré-constituída, o que é inadmissível no âmbito do remédio heróico, bem como a incursão no próprio mérito administrativo.

A propósito, colaciono os seguintes julgados proferidos em hipóteses análogas à dos autos:

“Recurso em mandado de segurança. Administrativo. Concurso público. Exame psicotécnico. Não-recomendação de candidato. Debate que envolve dilação probatória. Impossibilidade.

A controvérsia travada nos autos depende de dilação probatória, porque envolve questões relacionadas aos critérios do referido exame.

Necessidade de dilação probatória.

Recurso desprovido.” (RMS n. 18.627-RR, Quinta Turma, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ 20.06.2005)

“Recurso especial. Administrativo. Concurso público. Polícia Civil. Exame psicotécnico. Critérios objetivos. Possibilidade. Dilação probatória. *Writ*. Via inadequada.

I - O entendimento deste Superior Tribunal de Justiça já se firmou no sentido de que seja possível se exigir, como requisito para a investidura em determinados cargos públicos, a aprovação do candidato em exame psicotécnico, no entanto, é necessário, além da previsão em lei, que a avaliação se dê mediante critérios cientificamente objetivos.

II - **In casu**, tendo o exame se pautado em critérios objetivos, com publicidade e recorribilidade, verifica-se a legalidade do exame psicotécnico.

III - O **mandamus** não admite dilação probatória, somente se ajustando ao âmbito de seu cabimento o direito que se mostra líquido e certo, em prova pré-constituída.

Recurso desprovido.” (RMS n. 18.521-RR, Quinta Turma, Relator Ministro Felix Fischer, DJ 1ª.07.2005)

Ante o exposto, *nego provimento* ao recurso.

É como voto.

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA
N. 20.637-SC (2005/0147013-9)**

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Recorrente: Thatiane do Nascimento Machado

Advogado: Alexandre D'Alessandro Filho

T. origem: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

Impetrado: Secretário de Segurança Pública e Defesa do Cidadão do Estado de Santa Catarina

Recorrido: Estado de Santa Catarina

Procuradores: Osmar José Nora e outros

EMENTA

Administrativo e Constitucional. Mandado de segurança. Decadência. Não-ocorrência. Natureza preventiva. Concurso público. Polícia Militar de Santa Catarina. Altura mínima. Exigência editalícia sem amparo legal. Ocorrência. Ilegalidade reconhecida.

1. Tratando-se de mandado de segurança preventivo, é de ser afastada a alegação de decadência, com fulcro no art. 18 da Lei n. 1.533/1951. Precedente.

2. A vedação à existência de critérios discriminatórios de idade, sexo e altura, em sede de concurso público, não é absoluta, em face das peculiaridades inerentes ao cargo em disputa, todavia, é imprescindível que mencionado critério esteja expressamente previsto na lei regulamentadora da carreira. Precedentes do STF e STJ.

3. **In casu**, inexistente previsão legal de altura mínima, para ingresso na Polícia Militar do Estado de Santa Catarina, uma vez que não basta, para viabilizar a adoção do critério discriminatório, a exigência genérica de “capacidade física”, prevista na Lei Estadual n. 6.218/1983.

4. Recurso ordinário conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto da Sr^a. Ministra-Relatora. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Felix Fischer e Gilson Dipp votaram com a Sr^a. Ministra-Relatora.

Brasília (DF), 16 de fevereiro de 2006 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

DJ 20.03.2006

RELATÓRIO

A Sr^a. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por Thatiane do Nascimento Machado, com fulcro no art. 105, inciso II, alínea **b**, da Constituição Federal, em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que restou ementado nos seguintes termos, **in verbis**:

“Mandado de segurança. Concurso público. Sargento da Polícia Militar. Limite de altura previsto no edital. Inexistência de ofensa aos princípios da igualdade e razoabilidade. Ausência de direito líquido e certo.

A exigência constante de edital de concurso para ingresso na carreira de Policial Militar de estatura mínima, para o sexo feminino, de 1,60m (um metro e sessenta centímetros) não configura ofensa ao princípio isonômico previsto na Carta Política em vigor, uma vez que, em determinados casos, o requisito está relacionado com a indispensabilidade de apresentação de qualidades específicas por parte dos concorrentes, as quais possam acarretar o melhor desempenho das funções, em virtude da natureza do cargo.” (Fl. 77)

Informa, inicialmente, a Impetrante que, por força de liminar, “está frequentando normalmente o Curso de Formação de Sargentos no Centro de Ensino

da Polícia Militar de Santa Catarina e já atuando na prática, tudo comprovado documentalmente nestes autos e até mesmo comentado acima, nas considerações preambulares.” (Fl. 101)

No mais, sustenta que a exigência de altura mínima de 1,60m (um metro e sessenta centímetros) para as candidatas ingressarem nos quadros da Polícia Militar do Estado de Santa Catarina, prevista no edital do certame, é inconstitucional, por flagrante ofensa ao princípio da igualdade, trazendo à colação julgados desta Corte Superior de Justiça, bem como do Supremo Tribunal Federal no sentido da tese apresentada.

Em contra-razões, alega o Estado de Santa Catarina, preliminarmente, a ocorrência de decadência do direito de ora recorrente impetrar o mandado de segurança, ao argumento de que, pretendendo a impetrante impugnar exigência contida no edital do concurso, o termo inicial do prazo decadencial se deu no momento da inscrição da candidato no certame, em 10.11.2003. Assim, tendo sido o *writ* ajuizado apenas em 11.05.2004, é de ser reconhecida a decadência, nos termos do art. 18 da Lei n. 1.533/1951.

Quanto ao mérito, afirma que as normas regentes dos concursos públicos para o ingresso na carreira militar são distintas da dos concursos para o serviço público civil, em face das peculiaridades inerentes à própria carreira, conforme estabelece o art. 42 da Carta da República de 1988.

Assim sendo, sustenta que a vedação constitucional de discriminação de idade, sexo, altura, para ingresso no serviço público militar não é absoluta, sendo certo que a exigência de altura mínima para o ingresso no posto de 3º Sargento se mostra razoável, diante da natureza das atribuições inerentes ao cargo.

O Ministério Público Federal, em parecer ofertado às fls. 144/150, opina pelo não-provimento do recurso ordinário, por entender que “o prazo decadencial para o ajuizamento de mandado de segurança contra critérios editalícios tem como termo **a quo** a publicação do edital do certame”. (Fl. 144)

É o relatório.

VOTO

A Sr^a. Ministra Laurita Vaz (Relatora): De início, cumpre esclarecer que a Recorrente, devidamente inscrita e aprovada na 1ª Prova do certame público para preenchimento do cargo de 3º Sargento, objetiva evitar a exclusão do concurso na fase de avaliação física. Nesse contexto, é de ser afastada a alegação de ocorrência de decadência, nos termos do art. 18 da Lei n. 1.533/1951, em face da natureza preventiva do presente *writ*.

A propósito:

“Tributário. Finsocial. Tributo sujeito a lançamento por homologação. Declaração de inconstitucionalidade pelo STF. Compensação. Mandado de segurança preventivo. Decadência. Art. 18 da Lei n. 1.533/1951. Não-ocorrência. Precedentes.

Tratando-se de mandado de segurança preventivo, não se há que falar em decadência, nem tampouco em aplicação do art. 18 da Lei n. 1.533/1951.

Recurso especial conhecido e provido para determinar a remessa dos autos ao Tribunal de origem para que aprecie as questões suscitadas na apelação.” (REsp n. 765.024-SP, Segunda Turma, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, DJ 12.12.2005)

De outra parte, é certo que a vedação à exigência de idade, sexo, altura, em sede de concurso público, não é absoluta, em face das peculiaridades inerentes ao cargo em disputa; todavia, segundo orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal, é imprescindível que o critério discriminatório esteja expressamente previsto em lei.

Nessa esteira, é de ser reconhecida a ilegalidade da exigência de altura mínima para o ingresso na carreira da Polícia Militar do Estado de Santa Catarina, em razão da evidente falta de respaldo legal, uma vez que o art. 11 da Lei Estadual n. 6.218/1983 — Estatuto da Polícia Militar do Estado de Santa Catarina — se refere apenas à exigência genérica de “capacidade física”, o que é insuficiente para viabilizar a adoção do mencionado critério discriminatório.

A propósito, confirmam-se os seguintes precedentes proferidos pela Suprema Corte, em casos análogos:

“Ementa: agravo regimental no agravo de instrumento. Exigência de altura mínima para o ingresso nos quadros da Polícia Militar do Distrito Federal. Inexistência de lei formal restritiva de direito. Fixação em edital. Impossibilidade. Concurso público para o cargo de policial militar do Distrito Federal. Altura mínima. Impossibilidade de sua inserção em edital de concurso. Norma restritiva de direito que somente na lei tem sua via adequada. Agravo regimental a que se nega provimento.” (STF, AgRg no Ag n. 518.863-DF, Primeira Turma, Relator Ministro Eros Grau, DJ 11.11.2005)

“Administrativo e Processual Civil. Concurso público para a Polícia Militar do Distrito Federal. Divergência jurisprudencial. Não-demonstração. Acórdãos paradigma e recorrido. Leis diferentes. Exigência editalícia. Altura mínima. Ausência de previsão legal. Art. 11 da Lei n. 7.289/1984. Lei

editada pelo Congresso Nacional, mas de cunho local. Impossibilidade de ser analisada em sede especial. Incidência da Súmula n. 280-STF

1. Não restou demonstrada a divergência na interpretação de lei federal dada por diferentes tribunais, uma vez que os acórdãos paradigma e recorrido tratam de leis diferentes, implicando ausência de similitude fática. Precedentes.

2. O precedente da Suprema Corte, proferido no RE n. 178.209-DF, não tem o condão de afastar, por si só, o entendimento consolidado desta Corte no sentido de que as leis de aplicação restritas ao Distrito Federal, a despeito de terem sido publicadas pelo Congresso Nacional, não são passíveis de serem examinadas por esta Corte, em face do óbice do Enunciado n. 280 da Súmula da Suprema Corte. Precedentes.

3. Segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, o termo genérico ‘capacidade física’, previsto no art. 11 da Lei n. 7.289/1984 não pode ser traduzido como exigência de altura mínima para o exercício do cargo de policial militar, devendo, portanto, ser considerada inexistente tal exigência na referida lei. Precedente da Suprema Corte.

4. Agravo regimental desprovido.” (STJ, AgRg no Ag n. 603.639-DF, Quinta Turma, da minha relatoria, DJ 1^a.02.2005.)

“Agravo regimental no agravo de instrumento. Administrativo. Concurso público. Polícia Militar do Distrito Federal. Exigência de altura mínima. Lei local. Alegação de ausência de fundamentação não verificada.

Se a decisão que negou provimento ao agravo de instrumento ratificou os fundamentos do despacho **a quo**, não há que se falar em ausência de fundamentação. Ademais, a jurisprudência desta Corte é forte no sentido do acórdão recorrido.

Agravo desprovido.” (STJ, AgRg no Ag n. 554.654-DF, Quinta Turma, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ 03.05.2004.)

Destaco o teor da decisão proferida pelo Ministro Joaquim Barbosa, quando do julgamento do Ag n. 480.510-DF, publicado no DJ 24.06.2004, que bem reflete a uníssona jurisprudência da Suprema Corte, **litteris**:

“Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Distrito Federal de decisão que inadmitiu recurso extraordinário contra acórdão, proferido pela Quarta Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, que manteve sentença que entendera contrariar a Constituição Federal, por não ser previsto em lei, o limite mínimo de 1,65 m de altura para a admissão ao curso de formação de policial militar do Distrito Federal.

2. Alegam os recorrentes violação dos arts. 5º, **caput**, e 37, I e II, da Constituição, uma vez que não poderia o Edital n. 234/1998 fixar altura mínima para ingresso nos quadros da Polícia Militar. É que a legislação ordinária que regularia a matéria (Lei n. 7.289/1984, que dispõe sobre o Estatuto dos Policiais Militares da Polícia Militar do Distrito Federal) não faz qualquer ressalva acerca de altura mínima para admissão no quadro, mas apenas expressamente exige o cumprimento da exigência de possuir capacidade física. A falta de previsão legal explícita caracterizaria descumprimento de preceitos constitucionais, como o princípio da legalidade, ao se criar requisito não previsto em lei, e o princípio da isonomia, ao se estabelecer fator discriminatório ilegítimo no edital.

3. *Após o exame dos autos e da legislação pertinente, chega-se à conclusão de que, com efeito, a Lei n. 7.289/1984, em seu art. 11, não veda a admissão ao curso de formação de policial militar do Distrito Federal aos candidatos de estatura inferior a 1,65m, mas tão-somente, e de forma aberta, preceitua que a matrícula nos estabelecimentos de ensino policial militar respeitará ‘condições relativas à nacionalidade, idade, aptidão intelectual, capacidade física e idoneidade moral’. Nesse sentido, entendo que é inaplicável a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, que autoriza a fixação, em lei, de altura mínima para o ingresso no serviço público, a depender das peculiaridades e especificidades da atividade pública a ser exercida, mesmo para a carreira específica de policial militar (cf. RE n. 148.095, Relator Ministro Marco Aurélio, e RE n. 176.081, Relator Ministro Octávio Gallotti). Não havendo qualquer limitação de estatura prevista em lei ordinária, não pode o edital arbitrar uma altura mínima abaixo da qual se vedaria o ingresso na carreira de policial militar. Isso porque os arts. 37, I, e 143, § 3º, da Constituição estabelecem verdadeira reserva legal, e, por isso, somente a lei pode determinar critérios específicos de admissão a cargos militares (MS n. 20.973, Relator Ministro Paulo Brossard).*

4. Do exposto, nego seguimento ao agravo. Publique-se. Brasília, 27 de maio de 2004.” (Grifei)

Por fim, a título de ilustração, transcrevo os seguintes dispositivos do Estatuto da Polícia Militar de Santa Catarina, Lei Estadual n. 6.218/1983, **in verbis**:

“Capítulo II

Do ingresso na Polícia Militar

Art. 10. O ingresso na Polícia Militar, ressalvado o previsto no art. 5º, é facultado a todos os brasileiros, sem distinção de raça ou de crença religiosa,

mediante inclusão, matrícula ou nomeação, cumpridas as condições previstas em lei, complementadas por regulamentos, normas e instruções.

Art. 11. Para o ingresso na Polícia Militar e matrícula nos estabelecimentos de ensino policial-militar destinados à formação de Oficiais e Graduados, além das condições relativas à nacionalidade, idade, aptidão intelectual e psicológica, *capacidade física* e idoneidade moral, é necessário que o candidato não exerça, e nem tenha exercido atividades prejudiciais ou perigosas à segurança nacional.” (Grifei)

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

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 611.711-PR (2003/0207141-9)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca

Recorrente: Nereu Bufren

Advogados: Nereu Lima e outro

Recorrido: Ministério Público Federal

EMENTA

Penal. Recurso especial. Violação do art. 41 do CPP. Descrição individualizada da conduta de cada agente. Autoria coletiva. Impossibilidade de descrição **ab initio**. Ausência de prequestionamento. Violação do art. 59 do Código Penal. Circunstâncias judiciais. Reexame de prova. Art. 158. Código de Processo Penal. Ausência de laudo pericial. Exame de corpo de delito indireto.

A jurisprudência tem mantido o entendimento de que, dada a homogeneidade na conduta dos sócios ou administradores, resta inviável, **ab initio**, a individualização pormenorizada da conduta de cada um dos envolvidos na direção da empresa, uma vez que só a instrução criminal pode definir quem concorreu, quem participou ou quem ficou alheio à ação ilícita. Nesse passo, é de se permitir, estando os fatos devidamente descritos na peça inicial, e havendo indícios da participação dos sócios na administração da pessoa jurídica, que a individualização da conduta dos sócios se proceda na instrução criminal.

Não se conhece de recurso especial quando a verificação do tópico exige reexame do material cognitivo (Súmula n. 7-STJ).

Conforme disposição do art. 158 do Código de Processo Penal, o exame de corpo de delito pode ser de forma direta ou indireta, com base no conjunto probatório constante dos autos.

Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 07 de abril de 2005 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator

DJ 09.05.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: Trata-se de recurso especial fundamentado na alínea **a** da Constituição Federal, interposto por Nereu Bufren, contra acórdão proferido pelo egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região que, por unanimidade, negou provimento aos embargos de declaração, mantendo o aresto que negou provimento à apelação, restando assim ementado (fl. 318):

“Penal. Apelação criminal. Uso de documento público falso. Certidão negativa de débitos previdenciários. Escritura de compra e venda de imóvel. Comprovação de autoria e materialidade.

1. Conforme o art. 167 do Código de Processo Penal, ausência de perícia técnica não dá causa à nulidade processual se puder ser substituída pela prova testemunhal. Além disso, a falsidade documental é atestada por funcionário público, depoimento este que possui presunção legal de veracidade, devendo o réu desconstituí-la.

2. Para haver o crime de uso de documento falso, há que se comprovar a efetiva falsidade do mesmo. O objeto material deste crime omissivo é o resultado do delito previsto no art. 297 do Código Penal: para que haja o

crime de uso, deve ter havido o prévio crime de falsificação material. Contudo, certamente isso não obriga que a autoria de ambos os crimes deva ser a mesma.”

Sustenta o recorrente violação do art. 41 do Código de Processo Penal, uma vez que não houve a descrição individualizada da conduta do agente do delito, bem como dos arts. 158 e 386 do mesmo diploma processual, ante a ausência do exame de corpo de delito. Alega, ainda, violação do art. 59 do Código Penal, pois houve excesso no limite de aplicação da pena.

O feito foi admitido regularmente.

É o relatório do necessário.

VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): O recurso não merece prosperar. Para tanto, vejamos as razões de tal postura adotada.

No tocante à negativa de vigência do art. 41 do CPP, não merece prosperar a irresignação.

Consoante asseverou o acórdão impugnado, em se tratando dos denominados crimes de autoria coletiva — como no caso —, a jurisprudência tem mantido o entendimento de que, dada a homogeneidade na conduta dos sócios ou administradores, resta inviável, **ab initio**, a individualização pormenorizada da conduta de cada um dos envolvidos na direção da empresa, uma vez que só a instrução criminal pode definir quem concorreu, quem participou ou quem ficou alheio à ação ilícita. Nesse passo, é de se permitir, estando os fatos devidamente descritos na peça inicial, e havendo indícios da participação dos sócios na administração da pessoa jurídica, que a individualização da conduta dos sócios se proceda na instrução criminal. Assim, é de se permitir atenuação aos rigores do art. 41 do CPP, para que haja uma descrição geral, calcada em fatos, da participação dos agentes no evento delituoso. Nesse sentido:

“**Habeas corpus.** Crime de não-recolhimento de contribuições previdenciárias. Trancamento da ação penal por inépcia da denúncia. Não-individualização da conduta dos denunciados, nos crimes societários. Temperamento do art. 41 do CPP

Não é inepta a denúncia que permite o enquadramento típico.

Em tema de crime de sonegação de tributos a responsabilidade, em tese, é dos dirigentes da empresa, certo, ainda, por outro lado, que nos crimes societários, em que não se mostre de logo possível a individualização dos comportamentos, tem a

jurisprudência admitido, em atenuação aos rigores do art. 41 do CPP, que haja uma descrição geral, calcada em fatos, da participação dos pacientes no evento delituoso. Precedentes do STJ e do STF.

Ordem denegada.” (HC n. 10.873-SP, Relator Ministro José Arnaldo, DJ 21.02.2000, grifei)

“Processual Penal. **Habeas corpus**. Roubo. Quadrilha. Inépcia da denúncia. Falta de justa causa. Indícios de autoria. Delito plurissubjetivo de condutas paralelas e delito eventualmente plurissubjetivo. Narrativa genérica. Condutas homogêneas. Prisão preventiva. Fundamentação.

I - O trancamento de ação por falta de justa causa somente é viável se não demandar o profundo exame probatório.

II - Nos delitos plurissubjetivos de condutas paralelas e nos eventualmente plurissubjetivos, quando as ações são homogêneas, não se torna imprescindível a pormenorização da atuação de cada agente.

III - (...) **Omissis**” (HC n. 11.349-MG, Relator Ministro Felix Fischer, DJ 26.06.2000, grifei)

“Penal. Processual. Crime societário. Denúncia. Individualização da conduta. Inépcia. Ação penal. Trancamento. **Habeas corpus**.

1. Nos crimes societários ou de autoria coletiva, não é imprescindível que a denúncia descreva a participação individual de cada acusado.

2. Descrevendo a denúncia crime em tese, havendo, portanto materialidade e autoria, não se fala em inépcia para trancar ação penal por falta de justa causa.

3. **Habeas corpus** conhecido; pedido indeferido.” (HC n. 10.988-AC, Relator Ministro Edson Vidigal, DJ 15.05.2000, grifei)

STJ: “O crime de autoria coletiva não obriga a denúncia a pormenorizar o envolvimento de cada réu, bastando a narração genérica do delito, sem que tolha, evidentemente, o exercício da defesa.” (RSTJ 25/367-8)

Do Supremo Tribunal Federal:

“Inépcia da denúncia. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem se orientando no sentido de que é admitida a narração genérica dos fatos, sem discriminação da conduta específica de cada denunciado (CPP, art. 41), quando se trata de crime multitudinário, eis que só a instrução pode esclarecer quem concorreu, participou ou ficou alheio à ação ilícita ou ao resultado com ela obtido; no caso, a denúncia indica o fato imputado ao

paciente e possibilita o exercício do direito de defesa. Precedente.” (STF, Segunda Turma, Relator Ministro Maurício Corrêa, DJ 07.02.1997, p. 1.337) — **Alfredo de Oliveira Garcindo Filho**, “Jurisprudência Criminal do STF e do STJ”.

“Nos casos de autoria conjunta ou coletiva, e em especial nos delitos praticados em sociedade, não se faz indispensável a individualização da conduta específica de cada agente.” (RT 597/416-7)

No mesmo sentido: STF: RTJ 100/566, 104/1002; RSTJ 42/84, 65/157, 68/91; TACRIMSP: RT 538/352, 583/377, 595/354 e 377 (**apud Júlio Fabbri ni Mirabete**, “Código de Processo Penal Interpretado”, 3ª ed., p. 90).

Ademais, o recorrente não cuidou de fazer o necessário prequestionamento do ponto suscitado encontrando óbice nas Súmulas ns. 282 e 356 do STF.

Quanto à suposta violação do art. 59 do Código Penal, resta inviável sua apreciação, pois, após apreciar as razões trazidas a este Tribunal, vê-se que, para o deslinde da questão, seria imperativo o reexame do conjunto probatório e, como sabido, este Tribunal não é ambiente para tal discussão.

Nesse sentido:

“Processual Penal. Recurso especial. Júri. Suspeição do jurado. Qualificadora.

I - Não se conhece de recurso especial quando a verificação do tópico exige reexame do material cognitivo (Súmula n. 7-STJ). Tal se dá na hipótese de questionamento acerca da suspeição de jurado em **questio facti** não claramente delineada.

II - A decisão dos jurados não pode ser reformada mas, isto sim, cassada. Se ela pressupõe a ocorrência de nebulosa suspeição de jurado, a matéria escapa do âmbito do recurso especial. Recurso não conhecido.” (REsp n. 464.422, minha relatoria, DJ 20.10.2003)

“Recurso especial. Penal. Pretensão de reexame de prova. Impossibilidade em sede de recurso especial. Súmula n. 7 do STJ. Inépcia da denúncia. Matéria preclusa.

Em sede de recurso especial não cabe reexame do conjunto fático-probatório dos autos, pois se trata de matéria constitucional, própria do recurso extraordinário, além de ser vedado pela Súmula n. 7 do STJ. Precedentes.

Após a prolação da sentença condenatória não há que se falar em inépcia da denúncia, eis que operada a preclusão quanto aos supostos vícios da inicial acusatória.

Recurso não conhecido.” (REsp n. 629.180, minha relatoria, DJ 06.09.2004)

No que toca à violação do art. 386, VI, do CPP, melhor sorte não assiste ao recorrente. Para apreciar a questão posta, seria necessário revolver todo o contexto probatório, situação impossível pela via eleita, esbarrando, assim, no óbice da Súmula n. 7.

Nesse sentido:

“Recurso especial. Processo Penal. Alegações inviáveis na seara do apelo extremo. Reexame de provas. Súmula n. 7-STJ. Não-indicação de dispositivos violados. Dissídio pretoriano. Transcrição de ementas. Insuficiência.

O recorrente sustenta inúmeras alegações que, sem sombra de dúvidas, são descabidas na via do recurso especial, por demandarem reexame de provas — Súmula n. 7 do STJ.

Não deve ser conhecido o recurso que não indica, sequer vagamente, qual ou quais dispositivos infraconstitucionais teriam sido violados pelo acórdão recorrido.

Inservível o dissídio jurisprudencial quando há a mera transcrição de ementas, não existindo o necessário confronto analítico entre as decisões paradigmáticas.

Recurso não conhecido.” (REsp n. 612.802, minha relatoria, DJ 02.08.2004, p. 546)

Por fim, quanto à alegada violação do art. 158 do Código de Processo Penal, esta também não merece prosperar, uma vez que, conforme disposição do próprio artigo, o exame de corpo de delito pode ser de forma direta ou indireta, com base no conjunto probatório, o que é a hipótese dos autos.

Ademais, já proferi decisão nesse sentido. Vejamos:

“**Habeas corpus.** Processual Penal. Lesão corporal grave. Ausência do exame de corpo de delito. Existência nos autos de outro elemento de prova (prova testemunhal) capaz de suprir a referida ausência. Nulidade. Inocorrência.

A ausência de laudo pericial assinado por dois peritos não impede que seja reconhecida a materialidade das lesões. Isso porque o art. 158 do CPP prevê, além do exame de corpo de delito direto, o indireto, que pode ser, entre outros, exame da ficha clínica do hospital que atendeu à vítima, fotografias, filmes, atestados.

Nos delitos materiais, a ausência do exame de corpo de delito pode ser suprida por outros meios de prova (confissão, prova testemunhal etc.). Precedentes.

Ordem denegada.” (HC n. 37.760, minha relatoria, DJ 16.11.2004)

Ante o exposto, conheço parcialmente do recurso e nesta parte lhe nego provimento.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 738.289-GO (2005/0052281-2)

Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima

Recorrente: Ministério Público Federal

Recorrido: Agnaldo Nogueira

Advogado: Antônio Tavares

EMENTA

Penal. Recurso especial. Crime de descaminho. Suspensão condicional do processo. Necessidade de cumprimento integral dos compromissos assumidos para a extinção da punibilidade. Decurso do período de prova sem revogação expressa. Irrelevância. A revogação deve orientar-se pelos princípios da ampla defesa e do contraditório. Recurso provido.

1. A inobservância das condições legais ou judiciais impostas ao beneficiado pela suspensão condicional do processo constitui fato extintivo do direito à declaração de extinção da punibilidade baseada no término do período de prova.

2. A revogação do benefício independe de declaração expressa no curso do prazo de suspensão, bastando, para que seja implementada, a ocorrência de fato impeditivo da extinção da punibilidade naquele período.

3. A manifestação judicial de revogação do benefício da suspensão condicional do processo deve ser precedida da oportunidade de oitiva do acusado, de forma a propiciar-lhe defesa quanto à efetiva ocorrência da causa impeditiva da extinção da punibilidade, prestigiando-se os princípios da ampla defesa e do contraditório.

4. Recurso provido para reformar a decisão que declarou a extinção da punibilidade do recorrido, devendo o pedido de revogação do benefício da suspensão condicional do processo ser apreciado mediante a prévia concessão de prazo para manifestação do acusado.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 04 de outubro de 2005 (data do julgamento).

Ministro Arnaldo Esteves Lima, Relator

DJ 05.12.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: Trata-se de recurso especial interposto pela Procuradoria Regional da República da 1ª Região, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pela Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que, à unanimidade, negou provimento ao recurso em sentido estrito interposto pela acusação.

O recorrido Agnaldo Nogueira foi denunciado pela prática do crime previsto no art. 334 do Código Penal e, ato contínuo, lhe foi proposta a suspensão condicional do processo — **sursis** processual (fls. 2/4).

Aceita a suspensão, o acusado ficou sujeito a período de prova de 2 (dois) anos, com início em 15.05.2000, mediante os compromissos seguintes: proibição de freqüentar casas de tavolagem, de prostituição e outros locais de má fama; proibição de ausentar-se da comarca onde reside por períodos superiores a 8 (oito) dias sem prévia autorização do Juízo; comparecimento mensal em cartório para informar as suas atividades; e prestação de serviços à comunidade no primeiro ano do prazo, por 8 (oito) horas semanais, substituída por prestação pecuniária (fl. 171).

Findo o período de prova, o Ministério Público verificou o não-cumprimento da totalidade dos compromissos, por ausências injustificadas, pelo que requereu a revogação do benefício (fl. 213).

O Juízo de 1ª grau, entretanto, declarou extinta a punibilidade do acusado (fls. 215/217).

Irresignado, o representante do *Parquet* interpôs recurso em sentido estrito perante o Tribunal **a quo**, que negou-lhe provimento (fl. 246).

Neste recurso especial, é alegada, além de dissídio jurisprudencial, negativa de vigência aos §§ 3ª e 4ª do art. 89 da Lei n. 9.099/1995 (fls. 264/269).

O prazo para a apresentação das contra-razões decorreu **in albis**, conforme consta da certidão à fl. 270v.

O presente recurso foi admitido pelo Presidente do Tribunal supra-referido, nos termos da manifestação à fl. 272.

O Ministério Público Federal, por meio do parecer exarado pela Subprocuradora-Geral da República Cláudia Sampaio Marques, entendendo que a revogação pode ocorrer mesmo após o termo final do período de prova se constatado o não-cumprimento do compromisso, opinou pelo provimento do recurso (fls. 276/279).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima (Relator): A interpretação sistemática do art. 89 da Lei n. 9.099/1995 conduz, inexoravelmente, à conclusão de que a extinção da punibilidade fica afastada quando verificada a ocorrência de fato obstativo elencado na lei.

A inobservância das condições legais ou judiciais impostas ao beneficiado pela suspensão condicional do processo constitui fato extintivo do direito à declaração de extinção da punibilidade baseada no término do período de prova.

Assim, a revogação do benefício independe de declaração expressa no curso do prazo de suspensão, bastando, para que seja implementada, a ocorrência de fato impeditivo da extinção da punibilidade naquele período.

Sobre a matéria, segue a jurisprudência deste Superior Tribunal:

“Recurso especial. Processo Penal. **Sursis** processual. Art. 89, § 3ª, da Lei n. 9.099/1995. Revogação.

A teor do art. 89, § 3ª, da Lei n. 9.099/1995, se o acusado vier a ser processado por outro crime, impõe-se a revogação. O réu deixa de ser merecedor do benefício, que é norma excepcional, para ser normalmente processado com todas as garantias pertinentes. Não há, por igual, inobservância à presunção de não-culpado.

A suspensão condicional do processo pode ser revogada, mesmo após o termo final do seu prazo, se constatado o não-cumprimento de condição imposta durante o curso do benefício desde que não tenha sido proferida a sentença extintiva da punibilidade.

Recurso conhecido e provido.” (REsp n. 708.658-SP, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, DJ 05.09.2005, p. 473)

“Recurso especial. Penal e Processual Penal. Lei n. 9.099/1995. Suspensão condicional do processo. Acusado processado durante o período de prova. Revogação do benefício. Expiração do prazo suspensivo. Irrelevância. Recurso provido.

1. O traço essencial da suspensão condicional do processo, de imposição excepcional, é, precisamente, a sua revogabilidade, o que exclui, a seu respeito, a invocação da coisa julgada, não havendo razão que impeça a sua desconstituição pelo conhecimento subsequente de fato que determina o seu incabimento.

2. O término do período de prova sem revogação do **sursis** processual não induz, necessariamente, à decretação da extinção da punibilidade delitiva, que somente tem lugar após certificado que o acusado não veio a ser processado por outro crime no curso do prazo ou não efetuou, sem motivo justificado, a reparação do dano. .

3. Recurso provido.” (REsp n. 573.964-SP, Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Sexta Turma, DJ 15.08.2005, p. 370)

“Criminal. REsp. Suspensão condicional do processo. Descumprimento das condições. Reparação do dano. Revogação automática do **sursis**. Decisão declaratória. Possibilidade de proferimento após o período de prova. Recurso provido.

I - A suspensão condicional do processo é automaticamente revogada, se o réu vem a descumprir as condições impostas pelo Juízo.

II - Sendo a decisão revogatória do **sursis** meramente declaratória, não importa que a mesma venha a ser proferida somente depois de expirado o prazo de prova.

III - Deve ser revogado o benefício da suspensão condicional do processo, dando-se prosseguimento à ação penal.

IV - Recurso provido, nos termos do voto do Relator.” (REsp n. 704.891-GO, Relator Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ 30.05.2005, p. 411)

E, ainda, do Supremo Tribunal Federal:

“Ementa: Suspensão condicional do processo: a revogação do benefício pode se dar após o termo final do seu prazo, embora haja de fundar-se em fatos ocorridos até o termo final dele: precedente” (HC n. 80.747, Pertence, DJ 19.10.2001) (HC n. 84.890-SP, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 03.12.2004, p. 42)

“Ementa: **Habeas corpus**. Revogação do **sursis** processual após o período de prova, mas por fatos ocorridos até o término daquele período. Pretensão de que seja declarada extinta a punibilidade do paciente, que estaria consumada no momento em que se verifica o término do período de prova. Caso em que a revogação teve como fundamento o descumprimento das condições estipuladas e aceitas na concessão do benefício, relativas ao comparecimento mensal e obrigatório em Juízo e à proibição de se ausentar da Comarca sem prévia autorização (art. 89, § 4º, da Lei n. 9.099/1995). Não se discute, portanto, aqui, a revogação pelo fato de o beneficiário vir a ser processado por outro crime (art. 89, § 3º, primeira parte), cujo exame da constitucionalidade, à luz do princípio da não-culpabilidade, foi afetado ao Plenário (HC n. 84.660). A melhor interpretação do art. 89, § 5º, da Lei n. 9.099/1995 leva à conclusão de que não há óbice a que o juiz decida acerca da revogação do **sursis** ou da extinção da punibilidade após o final do período de prova. Assim, pode haver a revogação mesmo após expirado o referido período, desde que motivada por fatos ocorridos até o seu término. Precedente: HC n. 80.747. **Habeas corpus** indeferido.” (HC n. 84.593-SP, Relator Ministro Carlos Britto, Primeira Turma, DJ 03.12.2004, p. 41)

Outrossim, a manifestação judicial de revogação do benefício da suspensão condicional do processo deve ser precedida da oitiva do acusado, de forma a propiciar-lhe defesa quanto à efetiva ocorrência da causa impeditiva da extinção da punibilidade, prestigiando-se os princípios da ampla defesa e do contraditório, pois, não se olvide, a revogação do benefício causa efetivo gravame ao acusado.

Pelo exposto, *dou provimento* ao recurso especial para reformar a decisão que declarou a extinção da punibilidade do recorrido, devendo o pedido de revogação do benefício da suspensão condicional do processo ser apreciado mediante a prévia concessão de prazo para manifestação do acusado.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 761.950-RS (2005/0102791-8)

Relator: Ministro Felix Fischer

Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

Recorrido: Vitalino Francisco das Neves (preso)

Advogados: Osmar Fritsch e outros

EMENTA

Penal. Recurso especial. Art. 213, c.c. o art. 224, alínea **a**, do Código Penal. Violência real. Crime hediondo. Aumento previsto no art. 9º da Lei n. 8.072/1990.

I - *Se a violência é presumida*, inadequado falar-se de lesão grave ou morte. Contudo, pode haver *violência real* contra vítima que esteja entre as indicadas no art. 224 do Código Penal, como ocorreu **in casu**.

II - Esta Corte tem entendido que o reconhecimento da majorante do art. 9º da Lei n. 8.072/1990, nos casos de presunção de violência, consistiria em afronta ao princípio **ne bis in idem**. Entretanto, tratando-se de hipótese de violência real perpetrada contra criança, tem-se como aplicável a referida causa de aumento. (*Precedentes*)

Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 27 de setembro de 2005 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

DJ 14.11.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, com fundamento nas alíneas

a e c da **Lex Fundamentalis**, em face de v. acórdão prolatado pela colenda Oitava Câmara Criminal do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na Apelação n. 70008925687.

Consta dos autos que o ora recorrido foi denunciado nos seguintes termos:

“No dia 5 de fevereiro de 2003, por volta das 10 horas, no interior do Município de Lagoão, o denunciado Vitalino Francisco das Neves, fazendo uso de um revólver (não apreendido), mediante violência física e grave ameaça, constrangeu a vítima Sandra Adriane Pinto Elias, de 11 anos de idade, (fl. 12), à prática da conjunção carnal, desvirginando-a, conforme se afere do auto de exame de corpo de delito.

Na ocasião, Vitalino Francisco das Neves dirigiu-se até a casa de Loreni Ortiz Pinto e formulou proposta de emprego à menor impúbere para que fosse trabalhar na casa de Brasília Soares dos Santos (mãe adotiva do denunciado). Com efeito, após prévio consentimento da genitora da vítima, ambos partiram de moto rumo à cidade de Barros Cassal. Entrementes, no curso do trajeto, o denunciado, munido de um revólver e mediante ameaças de morte, derrubou a criança ao solo, arrancou-lhe as vestes e introduziu o pênis na vagina, do que resultou o defloramento da vítima e hiperemia nas faces esquerda e direita do vestíbulo vaginal, consoante auto de exame de corpo de delito” (fl. 259).

Pela prática de tais atos, o recorrido restou condenado como incurso no art. 213, **caput**, do Código Penal, c.c. os arts. 1º, V, e 9º da Lei n. 8.072/1990, à pena de nove anos de reclusão, em regime integralmente fechado.

Irresignada, apelou a defesa, tendo o v. acórdão dado parcial provimento ao recurso, para afastar a majorante prevista no art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos. Esta a ementa do julgado:

“Estupro. Violência real. Vítima menor de 14 anos. Palavra da vítima amparada por outros elementos probatórios. Condenação mantida. Causa de aumento prevista no art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos. Inaplicabilidade.

Referida causa de aumento somente incide quando do fato resultar lesões corporais de natureza grave, ou morte.

Apelo parcialmente provido” (fl. 329).

Daí o presente apelo especial, em que o *Parquet* alega, a par de divergência jurisprudencial, violação ao art. 9º da Lei n. 8.072/1990. Para tanto, ressalta que a majorante prevista no referido dispositivo é aplicável aos delitos sexuais praticados com violência presumida.

Admitido o recurso (fls. 394/395v.), subiram os autos a esta Corte.

A douta Subprocuradoria Geral da República se manifestou pelo provimento do recurso, às fls. 450/451.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): Busca-se, no presente recurso, em síntese, o reconhecimento da majorante prevista no art. 9º da Lei n. 8.072/1990.

O reclamo deve ser provido.

O caso é de *violência real*. Estupro praticado contra menor de 11 anos. Não é o caso de *violência ficta* em que *não há dissenso da ofendida*. Aqui, ela foi constrangida. A incidência da majoração não gera, na hipótese, **bis in idem**. Tal ocorreria, quero crer, quando da violência presumida (inexistência, por óbvio, da violência real ou grave ameaça), pois aí a tipificação se dá por equiparação (situação do art. 224 do CP, por si, ensejando o reconhecimento de violência que, na verdade, *não ocorre*) e a majoração seria, de fato, automática e dupla valoração. Todavia, quando há grave ameaça ou violência efetiva contra a ofendida o **bis in idem** deixa de acontecer com a incidência do art. 9º. Carece de fundamento, **v.g.**, falar-se de violência ficta com lesão grave ou morte. Se não há violência real, como pode haver lesão grave ou morte? Isto somente seria possível na inocorrência da ficção ou presunção. Aliás, a majoração, em casos como este, ora sob análise, se justifica — sem exigência adicional — dado o acentuado desvalor da ação (violência real contra criança). É indiscutível que o estupro (ou o atentado violento ao pudor) praticado com violência real ou grave ameaça contra quem se encontra numa das hipóteses do art. 224 do Código Penal merece uma reprovação jurídico-penal mais acentuada do que aquele, **v.g.**, cometido contra pessoa adulta.

Tem-se no *Pretório excelso*:

“**Habeas corpus**. Atentado violento ao pudor. Violência presumida: vítima menor de 14 anos. Acréscimo de metade da pena (art. 9º da Lei n. 8.072/1990). Inocorrência de **bis in idem**.”

1. Paciente condenado à pena mínima de 7 anos e 6 meses de reclusão por atentado violento ao pudor (CP, art. 214) praticado contra menor com nove anos de idade (CP, art. 224, I: violência presumida) e sob o seu pátrio poder (CP, art. 226, II). Pena acrescida de metade, com base no art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/1990): ‘As penas fixadas no art. 6º para os crimes capitulados nos arts. 213 e... 214 e sua combinação com

o art. 223, **caput** e parágrafo único... do Código Penal, são acrescidos de metade... estando a vítima em qualquer das hipóteses referidas no art. 224 também do Código Penal’.

2. A particular situação da vítima, de não ser maior de 14 anos, é utilizada tanto para presumir a violência como para aumentar a pena de metade: no primeiro caso é circunstância elementar do tipo penal codificado (art. 214) e no segundo é causa de aumento da pena prevista na lei extravagante (art. 9^o da LCH).

3. Os crimes de estupro e atentado violento ao pudor independem da idade da vítima, que pode ser menor ou maior de 14 anos, sendo que os tipos penais exigem que tenha ocorrido violência presumida ou real, ao passo que o agravamento previsto no art. 9^o da Lei dos Crimes Hediondos aplica-se ao caso, entre outros, em que a vítima é menor de 14 anos. Não-ocorrência de **bis in idem**. Precedentes.

3. **Habeas corpus** conhecido, mas indeferido.” (HC n. 74.780-RJ, Segunda Turma, Relator Ministro Maurício Corrêa, DJ 06.02.1998).

“**Habeas corpus**. Alegações de cerceamento de defesa que não estão fundamentadas, e, além disso, a segunda demandaria análise aprofundada da prova, não sendo cabível o **habeas corpus**, por seu rito restrito. Inexistência, no caso, do alegado **bis in idem**, no tocante à idade da vítima do estupro. **Habeas corpus** indeferido.” (HC n. 75.849-SP, Primeira Turma, Relator Ministro Moreira Alves, DJ 08.05.1998).

No voto condutor do v. aresto *supra* tem-se:

“De outra parte, a alegação de que houve **bis in idem** por ter servido a idade da vítima como elementar do crime de estupro com violência presumida e também como causa de aumento de pena por aplicação do art. 9^o da Lei n. 8.072/1990, é afastada sem maiores considerações, porque o acórdão atacado salientou: ‘houve violência real e grave ameaça, já que o petionário dominou a vítima com força física, tapou sua boca com a mão mantendo-a, ainda, sob constante ameaça de faca’. Assim independentemente da idade da vítima, houve estupro com violência real e grave ameaça, não se podendo, portanto, sequer pretender-se que a idade dela tenha sido usada com dupla eficácia, para dar ensejo ao exame da ocorrência, ou não, de **bis in idem**”.

E nesta Corte:

“Penal. **Habeas corpus**. Atentado violento ao pudor. Vítima menor de 14 anos. Violência real. Majorante do art. 9^o da Lei n. 8.072/1990.

Ausência de circunstância qualificadora. Irrelevância. Concurso entre violência real suficiente para implementar o tipo penal e circunstância constante do art. 224 do CP. Ordem denegada.

1. Os crimes de estupro e atentado violento ao pudor são considerados hediondos, ainda que na forma simples, conforme prescreve o art. 1º, incisos V e VI, da Lei n. 8.072/1990.

2. As hipóteses de crimes de estupro e atentado violento ao pudor mediante violência presumida não foram excepcionadas pela Lei n. 8.072/1990, restando aplicáveis as regras repressivas especiais também a esses casos.

3. Reconhecer a majoração constante do art. 9º da Lei n. 8.072/1990 nos casos de simples presunção de violência constituiria repudiável **bis in idem**, sendo que essa circunstância já integra o tipo penal nas hipóteses em que não há violência real.

4. Entretanto, tratando-se de hipótese de violência real, seja moral ou física, que por si só ensejaria a condenação pelos crimes sexuais em tela, aliada à verificação de qualquer das circunstâncias objetivas de presunção de violência, tem-se aplicável a causa de aumento de pena retro-referida, independentemente de restarem configuradas as qualificadoras constantes do art. 223 do Código Penal.

5. Efetivamente, nesses casos, não se trata de **bis in idem**, mas da efetiva aplicação da majorante às hipóteses em que concorrem violência real suficiente para a condenação pelos crimes de estupro ou atentado violento ao pudor e qualquer das causas de presunção de violência.

6. Não se pode confundir os conceitos de violência real como forma autônoma para a implementação do tipo penal, independentemente da presunção de violência, com a forma qualificada prevista no art. 223 do Código Penal.

7. O disposto no art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos é expresso ao determinar a incidência da majorante em todos os casos de violência real, revelada tanto pelo **caput** dos arts. 213 e 214, quanto pelas formas qualificadas consubstanciadas pela lesão grave ou morte, desde que incida também alguma das hipóteses previstas no art. 224 do Código Penal.

8. Nos termos expostos, não há falar em **bis in idem**, mas no efetivo respeito ao princípio da proporcionalidade, pelo qual condutas diversas merecem reprimendas diversas, na medida da sua reprovabilidade ou hediondez.

9. Ordem denegada.” (HC n. 38.824-RJ, Quinta Turma, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJ 22.08.2005).

“**Habeas corpus**. Penal. Estupro e atentado violento ao pudor. Acréscimo de pena do art. 9º da Lei n. 8.072/1990. Violência real e grave ameaça. **Bis in idem**. Inocorrência.

Os crimes de estupro e atentado violento ao pudor (forma básica), se praticados com efetiva violência real ou grave ameaça, farão incidir a majorante do art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos, quando a vítima se encontrar nas hipóteses do art. 224 do Código Penal.

Ordem denegada.” (HC n. 32.836-SP, Quinta Turma, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ 27.09.2004).

“Penal. Recurso especial. Atentado violento ao pudor. Forma básica. Majoração do art. 9º da Lei n. 8.072/1990. Violência real ou grave ameaça.

Em se tratando de crime praticado com efetiva violência real ou grave ameaça, o atentado violento ao pudor, em sua forma básica, além de ser considerado hediondo, faz incidir o aumento do art. 9º da Lei n. 8.072/1990, quando a vítima se encontra nas hipóteses do art. 224 do Código Penal (precedentes).

Recurso provido.” (REsp n. 314.143-RJ, Quinta Turma, de minha relatoria, DJ 11.03.2002).

Diante do exposto, dou provimento ao recurso para, fazendo incidir a majorante do art. 9º da Lei n. 8.072/1990, restabelecer a condenação em seus próprios termos.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 766.673-RS (2005/0113973-0)

Relator: Ministro Felix Fischer

Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

Recorridos: Wagner Ruffoni Padilha (preso) e Wagner Fonseca de Lima (preso)

Advogados: Helena Maria Pires Grillo — Defensora Pública, e outro

EMENTA

Penal. Recurso especial. Art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal. Aplicação da majorante do emprego de arma de fogo. Arma não apreendida. Pena aquém do mínimo. Atenuantes.

I - Na dicção da douda maioria, não se afigura imprescindível a apreensão da arma de fogo ou a realização da respectiva perícia para fins de caracterização da causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, se as provas carreadas aos autos efetivamente comprovam a ocorrência da majorante (*precedentes*).

II - A pena privativa de liberdade não pode ser fixada abaixo do mínimo legal com supedâneo em meras atenuantes (*precedentes do Pretório excelso e do STJ/Súmula n. 231-STJ*).

Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 06 de dezembro de 2005 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

DJ 13.03.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de recurso especial interposto, com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da **Lex Fundamentalís**, pelo *Parquet*, contra v. julgado do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no qual argumenta, a par de dissídio jurisprudencial, violação ao art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal.

Depreende-se dos autos que os recorridos restaram condenados como incurso nas sanções do art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, sendo que Wagner Ruffoni Padilha foi apenado em 6 (seis) anos, 4 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, e 15 (quinze) dias-multa, ao passo que Wagner Fonseca de Lima mereceu a reprimenda de 6 (seis) anos de reclusão, e 15 (quinze) dias-multa, ambos no regime semi-aberto.

Irresignada, apelou a defesa. A colenda Quinta Câmara Criminal do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul deu parcial provimento ao recurso para, mantida a condenação, excluir a majorante do emprego de arma de fogo e reduzir a pena de Wagner Ruffoni Padilha para 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão e a de Wagner Fonseca de Lima para 4 (quatro) anos de reclusão.

Tem-se no corpo do voto condutor do v. acórdão increpado:

“O juízo de reprovação emergente do ato singular vai mantido. O recurso defensivo, todavia, vinga no momento da dose da pena-vênia.

A condenação está autorizada pela prova: a) os apelantes confessaram em juízo a autoria do crime, em concurso, inclusive com divisão de tarefa — Padilha rendeu o segurança e Lima desapossou a vítima; e, b) as vítimas reconheceram os apelantes, também em juízo, como autores do crime.

Então, o resultado esperado era único: condenatório!

A defesa levanta preliminares de nulidade dos reconhecimentos policial e judicial. Sem razão.

Um — inexistente nulidade em inquérito porquanto sua utilidade, no momento judicante, é igual a zero, ou seja, serve apenas de instrumento para oferecimento da denúncia;

Dois — em juízo é desnecessária a formalidade do art. 226 do Código de Processo Penal, porque o reconhecimento é celebrado com todas as garantias do devido processo legal.

No entanto, entendo deva ser excluída a majorante do uso de arma: a) os apelantes dizem que aquela utilizada era de brinquedo e apreensão não houve; b) entendo necessária realização de perícia em arma para apuração do potencial ofensivo:

‘1. Roubo. Majorante do emprego de arma. Perícia. Necessidade.
2. Prova. Palavra da vítima. 3. Recepção. Transporte e aquisição.
Vínculo.

1. A revogação da Súmula n. 174 do egrégio STJ, com sua implicação no reconhecimento da exasperante e, agora, recente decisão do STF, no RHC n. 81.057-SP, julgado em 25.05.2004, que decidiu pela atipicidade do delito de porte de arma (art. 10, Lei n. 9.437/1997), à vista dos princípios da disponibilidade e da ofensividade, já que a arma de fogo seria inidônea para a produção de disparo, repercute na majorante do roubo, mormente quando não foi apreendida e periciada

a arma empregada, que, se não a desqualifica como ameaça nem retira o seu potencial de intimidação para realização do tipo, sua incerteza sobre sua eficácia lesiva não é plataforma para a majorante do art. 157, 2ª, 1, do Código Penal. [...]'. (Apelação-Crime n. 70008203820, Relator Desembargador Aramis Nassif, Quinta Câmara Criminal, TJRS, j. em 03.07.2004).

No mesmo sentido:

“Roubo majorado. Materialidade e autoria comprovadas. Afastamento da causa especial do aumento do emprego de arma. Perícia não realizada. Incerteza quanto à potencialidade lesiva. Grave ameaça, no entanto, mesmo assim, configurada. Incidência da majorante do concurso de agentes. Agravante da reincidência desconsiderada. Pena redimensionada. Apelação parcialmente provida’ (Apelação-Crime n. 70008529109, Relator Desembargador Marco Antônio Bandeira Scapini, Sexta Câmara Criminal, TJRS, j. em 13.05.2004)

Penas alteradas.

As bases ficam no mínimo: antecedentes configuram **bis in idem** e personalidade e conduta social não podem vir contra o cidadão por agredir o princípio da inviolabilidade da intimidade.

Atenuantes podem deixar a pena aquém do mínimo — (precedentes: Acórdãos n. 70000592683 e n. 70000767269, Quinta Câmara Criminal, TJRS, e Acórdão n. 296021173, Quarta Câmara Criminal do Extinto Tribunal de Alçada-RS — Julgados n. 100/143). Em favor do apelante Lima há duas (confissão e menoridade diminuição de um ano; em prol do apelante Padilha há apenas a da confissão: redução de seis meses).

Aumento pelo concurso é de um terço.

Final: Lima, 4 anos de reclusão, e Padilha 4 anos e 8 meses de reclusão, mantidos regime carcerário e pecuniária — muita não pode ser excluída porque pena o é!

Diante do exposto, repelida preliminar, dá-se parcial provimento ao apelo para, ao se excluir a majorante do uso de arma, fixar a condenação do apelante Wagner Fonseca de Lima em 4 anos de reclusão, e do apelante Wagner Ruffoni Padilha em 4 anos e 8 meses de reclusão, mantidos demais comandos sentenciários” (fls. 191/193).

Daí o presente recurso especial em que o *Parquet* argumenta, a par de dissídio jurisprudencial, violação ao art. 157, § 2ª, inciso I, do Código Penal, sustentando: a) que a causa de aumento do emprego de arma de fogo, no crime

de roubo, deve ser aplicada ainda que não tenha sido apreendida e periciada a arma, se outras provas nos autos apontam para a sua utilização; e *b*) que a pena não poderia ter sido fixada abaixo do mínimo legal em razão da incidência de atenuantes, **in casu**, a confissão espontânea dos réus e ser o recorrido Wagner Ruffoni Padilha menor de 21 anos na data do fato.

Contra-razões às fls. 224/241.

Admitido o recurso, ascenderam os autos a esta Corte (fls. 243/244).

A douta Subprocuradoria Geral da República, às fls. 250/255, se manifestou pelo provimento do apelo excepcional em parecer assim ementado:

“Recurso especial. Penal. Roubo majorado. Emprego de arma. Perícia. Desnecessidade. Impossibilidade. Súmula n. 231 do STJ. Pelo provimento.

Para a caracterização da causa especial de aumento de pena prevista no art. 157, § 2º, I, do CP é dispensável a apreensão da arma de fogo, bem como a realização de perícia para a comprovação da sua potencialidade lesiva. Precedentes.

As atenuantes não podem conduzir a pena-base aquém do mínimo legal previsto para o crime. Incidência da Súmula n. 231 do Superior Tribunal de Justiça.

Parecer pelo provimento do recurso” (fl. 250).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): Sustenta o recorrente, em síntese: *a*) que a causa de aumento do emprego de arma de fogo, no crime de roubo, deve ser aplicada ainda que não tenha sido apreendida e periciada a arma, se outras provas nos autos apontam para a sua utilização; e *b*) que a pena não poderia ter sido fixada abaixo do mínimo legal em razão da incidência de atenuante, **in casu**, a confissão espontânea dos réus e ser o recorrido Wagner Ruffoni Padilha menor de 21 anos na data do fato.

No que respeita ao *primeiro tópico*, a pretensão recursal merece ser acolhida.

Depreende-se dos autos que, não obstante a arma de fogo não tenha sido apreendida, as demais provas colhidas no feito foram suficientes para o reconhecimento da majorante. Confira-se, oportunamente, o seguinte trecho da r. sentença condenatória:

“A materialidade resultou demonstrada através da prova oral, faltando, pois, perquirir a autoria e a conseqüente culpabilidade.

Wagner Fonseca de Lima e Wagner Ruffoni Padilha, quando interrogados, admitindo a autoria, alegaram terem realizado o assalto se valendo de uma arma de brimquedo, entretanto, considerando a aparência, parecia verdadeira e hábil a intimidar, acrescentando que idealizaram a subtração ao verem o dinheiro no caixa retirando o que lá havia.

Rita de Cássia Fraga Matos, ao tempo do fato fiscal de caixa, ao sair da sala onde o dinheiro era depositado se deparou com Wagner Fonseca Lima, e no momento em que, acreditando se dirigisse ao banheiro, explicou onde se localizava, levantando a camisa mostrou que trazia uma arma de fogo junto ao corpo, fazendo com que ela retomasse.

Ao ver a arma se sentiu intimidada e, sem refletir, chamou André Luciano, seu colega, oportunizando ao assaltante que subtraísse o dinheiro que guardavam no interior das pochetes, sofrendo o Supermercado Nacional prejuízo em tomo de R\$ 3.000,00 (três mil reais).

Após ter-se apossado do dinheiro fechou a porta da sala e se retirou, tomando ciência, posteriormente, que a ação foi praticada por dois indivíduos, sendo que o outro, também fazendo uso de um revólver, intimidando o segurança, inviabilizou qualquer reação.

Elizete da Silva Vasconcelos, caixa do estabelecimento comercial ofendido, teve sua atenção voltada para Wagner Ruffoni Padilha quando o viu junto ao segurança, parecendo que o estava empurrando, encaminhando-o em direção à sala do cofre.

Ao retomar e ao passar pelo caixa onde atendia mostrou a coronha de um revólver que carregava junto à cintura, aproximando-se e subtraindo o dinheiro que lá se encontrava, bem como do caixa ao lado, afastando-se em seguida” (fls. 149/150).

Com efeito, a apreensão da arma objeto do crime e a realização da respectiva perícia não se afiguram imprescindíveis para fins de caracterização da causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do CP, se as provas carreadas aos autos efetivamente comprovam a ocorrência da majorante. Nesse sentido, aliás, é a orientação jurisprudencial desta Corte Superior. Confira-se:

“Recurso especial. Penal. Roubo circunstanciado. Arma de fogo. Apreensão. Prescindibilidade. Reincidência. Afastamento. Impossibilidade.

Não é imprescindível a apreensão da arma de fogo, mesmo com o exame pericial, para fins de caracterização da causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2º, I, do CP, se as provas levantadas nos autos efetivamente atestam a ocorrência da majorante.

Não deve ser mantida a decisão que afasta a aplicação da agravante de reincidência, por entender que o aludido instituto perdeu a sua função teleológica, de acordo com o art. 61, I, do Código Penal.

Recurso provido.” (REsp n. 744.761-RS, Quinta Turma, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ 12.09.2005).

“Processual Penal. Recurso especial. Art. 157, § 2º, incisos I, II e V, e art. 158, § 1º, do CP. Arma não apreendida. Aplicação da majorante do emprego de arma.

Conforme o entendimento firmado nesta Corte, é aplicável a majorante prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do CP, ainda que a arma de fogo não tenha sido apreendida, se o v. acórdão guerreado aponta outros elementos probatórios que confirmam a sua efetiva utilização no crime (precedentes).

Recurso desprovido.” (REsp n. 604.472-SP, Quinta Turma, de minha relatoria, DJ 05.09.2005).

“Criminal. REsp. Roubo qualificado. Uso de arma de fogo. Qualificadora excluída em 2º grau. Ausência de perícia. Desnecessidade. Existência de outros elementos para caracterizar o emprego da arma. Persistência da majorante. Dissídio jurisprudencial. Atenuante da menoridade. Fixação da pena-base abaixo do mínimo legal. Impossibilidade. Pena de multa. Isenção. Impossibilidade. Violação ao princípio da legalidade. Recurso provido.

I - A ausência do laudo pericial não afasta a majorante prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do CP, se existem outros elementos nos autos a comprovar a efetiva utilização da arma de fogo pelos agentes.

II - Não se admite a redução da pena-base abaixo do mínimo legal, ainda que a título provisório, em razão da incidência de atenuante relativa à menoridade do agente. Precedentes.

III - Incidência da Súmula n. 231-STJ.

IV - A multa é uma sanção de caráter penal e a possibilidade de sua conversão ou de sua isenção viola o princípio constitucional da legalidade.

V - Na ausência de previsão legal, restando comprovada a pobreza do condenado, a pena de multa deve ser fixada em seu patamar mínimo, mas nunca excluída.

VI - Recurso provido.

VII - Remessa dos autos ao Tribunal **a quo** para redimensionamento das penas.” (REsp n. 740.029-RS, Quinta Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ 29.08.2005).

“**Habeas corpus.** Direito Penal. Roubo. Regime prisional inicial. Critérios informadores. §§ 2º e 3º do art. 33 do Código Penal. Roubo qualificado pelo emprego de arma de fogo. Apreensão. Prescindibilidade.

São critérios informadores da fixação do regime prisional inicial a quantidade da pena, a existência de reincidência (CP art. 33, § 3º).

É inadmissível a fixação do regime prisional inicial com fundamento tão-somente na gravidade do delito, desprezando-se os critérios dos §§ 2º e 3º do art. 33 do Código Penal.

No crime de roubo, aplicada pena superior a 4 (quatro) e não excedente a 8 (oito) anos, havendo primariedade e em sendo favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, o que se consubstancia na fixação da pena-base no mínimo legal, é imperiosa a fixação do regime prisional inicial semi-aberto, sob pena de violação aos §§ 2º e 3º do art. 33 do Estatuto Criminal.

A jurisprudência desta Corte é sólida quanto à prescindibilidade da apreensão da arma para a caracterização da causa de aumento de pena no crime de roubo (art. 157, § 2º, I, Código Penal), caso tenha sido comprovada a sua utilização por outros meios probatórios.

Writ parcialmente concedido, para fixar o regime inicial semi-aberto de cumprimento da pena.” (HC n. 30.000-SP, Sexta Turma, Relator Ministro Paulo Medina, DJ 16.02.2004).

“Recurso especial. Penal. Roubo em concurso de pessoas e com o emprego de arma de fogo. Apreensão. Desnecessidade.

1. Não demonstrado nas instâncias ordinárias não ter havido concurso de pessoas na prática delituosa, não se há de pretender fazê-lo em sede de recurso especial, mesmo porque, como cediço, não se admite, já agora, ter-se por verdadeiro fato até então não evidenciado.

2. É dispensável a apreensão da arma de fogo para a incidência do disposto no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, se elementos outros existem nos autos, tais como a confissão do réu em sede policial e o depoimento de testemunhas, a comprovar a efetiva utilização do instrumento.

3. A apreensão da arma do crime é matéria que se insula no universo fático-probatório, cabendo à parte que alega o ônus da prova da falta de sua potencialidade ofensiva.

4. Recurso não conhecido.” (REsp n. 265.026-PB, Sexta Turma, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, DJ 1º.07.2002).

Quanto ao *segundo tópico*, mais uma vez, a irrisignação merece ser acolhida.

A *individualização da pena*, evidentemente, não existe para deleite do magistrado. Ela é uma *obrigação funcional*, a ser exercida com critério jurídico pelo juiz e, simultaneamente, uma *garantia* do réu (v.g., art. 5º, inciso XLVI, da Carta Magna, e arts. 381 e 387 do CPP) e da *sociedade* (v.g., arts. 381 e 387 do CPP). Está, outrossim, vinculada ao princípio da reserva legal (art. 5º, inciso XXXIX, da **Lex Maxima**). A nossa legislação fornece o *critério* mencionado na **Lex Fundamentalis** (“a lei regulará a individualização...”) que deve ser respeitado e aplicado com a indispensável fundamentação *concreta* (cf. princípio da persuasão racional ou princípio do livre convencimento fundamentado, **ex vi** do art. 93, inciso IX, 2ª parte, da Lei Maior, e arts. 157, 381, 387 e 617 do CPP). Ninguém, em nenhum grau de jurisdição, pode, mormente através de paralogismos ou de silogismos destituídos de conteúdo jurídico, realizar a aplicação da pena privativa de liberdade de forma diversa daquela prevista na sistemática legal. O argumento crítico, de carga exclusivamente subjetiva, pessoal, ou, então, o pretensão exercício de “dikeologia” só acarretam, no fundo, neste tópico, imprevisibilidade, incerteza e injustiça.

Em assim sendo, desde a elaboração do Código Penal de 1940, passando pelas diversas alterações, até se atingir a modificação ampla realizada pela Lei n. 7.209/1984, nunca predominou — nem sequer mereceu destaque — o entendimento de que as *agravantes* e *atenuantes* (ao contrário das *majorantes* e *minorantes*) pudessem levar a pena privativa de liberdade para fora dos limites previstos em lei. E isto, quer seja no sistema bifásico (de **Roberto Lyra**), quer seja no trifásico (de **Nelson Hungria**), agora imposto legalmente (v.g., as ensinanças de **Hungria**, **A. Bruno** e **M. Noronha**, por demais conhecidas).

Como se vê, repetindo, dos arts. 59, 67 e 68 do Código Penal, a Lei n. 7.209/1984 impôs um critério de fixação da pena privativa de liberdade. Ele não pode, de forma alguma, ser negado, sob pena de se tornarem, os referidos dispositivos, mero ornato do Código Penal. Trata-se de uma regulamentação genérica que não fere qualquer princípio ou norma superior e, portanto, inadmite o **circumvenire legem**. Pela sistemática enfocada, a fixação da pena definitiva pode desdobrar-se em três etapas cuja seqüência está evidenciada. A *pena-base* (e não ponto de partida) é obtida com as *circunstâncias judiciais* (art. 59 do CP). A seguir, em segunda operação, devem incidir as *agravantes* e as *atenuantes* (**ex vi** dos arts. 61 a 67 do CP), surgindo, daí, a *pena provisória*. Esta só se torna *definitiva* ou *final* se não houver a aplicação das denominadas causas legais, genéricas ou específicas, de aumento ou diminuição da pena (*majorantes* ou *minorantes*, **ex vi** do art. 68 do CP). Como se vê, **primo ictu oculi**, até “à vol d’oiseau”, o

critério é claro, a sua seqüência evidente e os limites, nas duas primeiras operações, decorrem não só dos textos, mas até por uma questão de lógica. Se assim não fosse, inexistindo os parâmetros apontados, teríamos um sistema de *ampla indeterminação* que é incompatível com o princípio da reserva legal e possibilita constantes tratamentos infundadamente diferenciados. Mas o CP é de se grifar, em seu art. 59, II, diz: “dos limites previstos”. E, no art. 67, assevera: “do limite indicado”. É, destaque, o *sistema da indeterminação relativa* (v.g.: **Jair Leonardo Lopes**, in “Curso de Direito Penal”, PG, 2ª ed., RT, pp. 231 e ss.; **Damásio E. de Jesus**, in “Direito Penal”, vol. 1, PG, p. 579, 20ª ed., Saraiva; **Heleno C. Fragoso**, in “Lições de Direito Penal”, PG, Forense, 1995, 15ª ed., p. 339; **Álvaro Mayrink da Costa**, in “Direito Penal”, PG, vol. I, Tomo II, p. 539, Ed. Forense, 1991; **L. Régis Prado & Cezar Roberto Bitencurt**, in “Código Penal Anotado”, RT, 1997, pp. 327 e 334; **Juarez Cirino dos Santos**, in “Direito Penal. A nova Parte Geral”, p. 250, Ed. Forense, 1985; **Maurício Kuehne**, in “Teoria e Prática da Aplicação da Pena”, Juruá, p. 99, 1995 e **Fernando Galvão**, in “Aplicação da Pena”, p. 124, Ed. Del Rey, 1995).

A **quaestio** não pode merecer solução diversa daquela tradicionalmente adotada. *Primeiro*, qual seria a razão de ser do disposto nos arts. 59, 67 e 68 do CP, mormente se o estatuto repressivo indica, ainda, um mínimo e um máximo de pena privativa de liberdade para cada delito? *Segundo*, admitindo-se, **ad argumentandum**, a redução almejada no recurso especial, qual seria o *limite*? A pena “zero”? Vale lembrar que não foi adotada, entre nós, a discutível concepção *unilateral* na relação culpabilidade/pena (v., comparativamente, **Nilo Batista**, in “Introdução Crítica ao Direito Penal”, e **H. H. Jescheck**, in “Tratado de Derecho”, 4ª ed., Granada, 1993, pp. 384/386, apresentando a polêmica na doutrina alienígena, em particular, envolvendo **Roxin, Jakobs, A. Kaufmann** e **Achenbach**). *Terceiro*, a alegação de manifesta injustiça, ou de absurdo jurídico, na hipótese de um concurso de agentes em que dois réus, com circunstâncias judiciais favoráveis, são condenados à mesma pena, apesar de um deles ainda ter, a seu favor, mais de uma atenuante, também, **data venia**, não é argumento decisivo. A aplicação da pena não pode ser produto de “competição” entre réus ou delinqüentes. Caso contrário, *na participação de somenos* (art. 29, § 1º, do CP), aí sim, absurdamente, teríamos, constantemente que aplicar a minorante, “premiando” o co-réu que tivesse *menor participação* (o texto, todavia, só diz com a *participação ínfima*, cf. ensinanças de **René A. Dotti**, in “Reforma Penal Brasileira”, Ed. Forense, 1988, pp. 98/99, e de **Jair Leonardo Lopes**, **op. cit.**, p. 183). *Por último*, a expressão “*sempre atenuam*” não pode ser levada a extremos, substituindo-se a interpretação teleológica por uma meramente literal. Sempre atenuam, desde que a pena-base não esteja no mínimo, diga-se, até aí, reprovação

mínima do tipo. Se assim não fosse, teríamos que aceitar, também, a hipótese de que as *agravantes* (“que sempre agravam a pena”) pudessem levar a pena acima do *limite máximo* (o outro lado da *ampla indeterminação*). E isso, como preleciona **A. Silva Franco**, é incompatível com o *princípio da legalidade formal*:

“O entendimento de que o legislador de 1984 permitiu ao juiz superar tais limites encerra um sério perigo ao direito de liberdade do cidadão, pois, se, de um lado, autoriza que apenas, em virtude de atenuantes, possa ser estabelecida abaixo do mínimo, não exclui, de outro, a possibilidade de que, em razão de agravantes, seja determinada acima do máximo. Nessa situação, o princípio da legalidade da pena sofreria golpe mortal, e a liberdade do cidadão ficaria à mercê dos humores, dos preconceitos, das ideologias e dos ‘segundos códigos’ do magistrado. Além disso, atribui-se às agravantes e às atenuantes, que são circunstância acidentais, relevância punitiva maior do que a dos elementos da própria estrutura típica, porque, em relação a estes, o juiz está preso às balizas quantitativas determinadas em cada figura típica. Ademais, estabelece-se linha divisória inaceitável entre as circunstâncias legais, sem limites punitivos, e as causas de aumento e de diminuição, com limites determinados, emprestando-se àquelas uma importância maior do que a estas, o que não parece ser correto, nem ter sido a intenção do legislador. Por fim, a margem de deliberação demasiadamente ampla, deixada ao juiz, perturbaria o processo de individualização da pena que se pretendeu tornar, através do art. 68 do CP, o mais transparente possível e o mais livre de intercorrências subjetivas.” (**A. Silva Franco in** “Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial”, 6ª ed., 1997, RT, p. 1072).

Nesse sentido, colaciono os seguintes precedentes:

“Penal. Recurso especial. Roubo majorado. Consumação. Atenuante. Fixação da pena. Súmula n. 231-STJ.

As atenuantes não podem conduzir a pena-base a quem do mínimo legal previsto para o crime.

Para que o agente se torne possuidor, é prescindível que a **res furtiva** saia da esfera de vigilância da vítima, bastando que cesse a clandestinidade ou a violência (precedente do colendo Supremo Tribunal Federal — RTJ 135/161-192, Sessão Plenária).

Incidência da Súmula n. 231 do STJ.

Recurso conhecido e provido.” (REsp n. 744.120-RS, Quinta Turma, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ 05.09.2005).

“Criminal. REsp. Furto tentado. Consideração de processos em andamento como maus antecedentes. Impossibilidade. Atenuantes da menoridade e da confissão espontânea. Fixação da pena abaixo do mínimo legal. Impossibilidade. Súmula n. 231-STJ. Pena de multa. Isenção. Violação ao princípio da legalidade. Recurso conhecido e parcialmente provido.

I - O envolvimento em inquéritos diversos e em vários processos ainda em curso não se presta como indicativo de maus antecedentes, no momento da fixação da pena. Precedentes.

II - Não se admite a redução da pena abaixo do mínimo legal, ainda que havendo incidência de atenuantes relativas à menoridade do agente e à confissão espontânea. Incidência da Súmula n. 231-STJ.

III - A multa é uma sanção de caráter penal e a possibilidade de sua conversão ou de sua isenção viola o princípio constitucional da legalidade.

IV - Na ausência de previsão legal, restando comprovada a pobreza do condenado, a pena de multa deve ser fixada em seu patamar mínimo, mas nunca excluída.

V - Recurso conhecido e parcialmente provido, nos termos do voto do Relator.

VI - Remessa dos autos ao Tribunal **a quo** para redimensionamento da pena” (REsp n. 722.751-RS, Quinta Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ 29.08.2005).

“Penal. Recurso especial. Art. 157, § 2º, I, II e V, e art. 61, I, do Código Penal. Agravante. Reincidência. Pena aquém do mínimo. Atenuantes. Processos em curso. Maus antecedentes.

I - Em respeito ao princípio da presunção da inocência, inquéritos e processos em andamento não podem ser considerados como maus antecedentes, para exacerbação da pena-base. (Precedentes do Pretório excelso e do STJ).

II - Dentro dos limites legais, uma vez caracterizada a reincidência, a agravante deve ser aplicada. (precedentes).

III - A pena privativa de liberdade não pode ser fixada abaixo do mínimo legal com supedâneo em meras atenuantes (precedentes do Pretório excelso e do STJ/Súmula n. 231-STJ).

Recurso parcialmente provido” (REsp n. 730.109-RS, Quinta Turma, de minha relatoria, DJ 1º.08.2005).

“Recurso especial. Penal. Roubo. Momento consumativo. Prescindibilidade da posse tranqüila da **res**. Pena-base abaixo do mínimo legal. Impossibilidade. Enunciado n. 231 da Súmula desta Corte. Recurso provido.

1. O Direito Penal brasileiro, ao perfilhar a expressão ‘subtrair’ adotou a teoria da **aprehensio** ou **amotio**, em que o delito de roubo se consuma quando a coisa subtraída passa para o poder do agente, mesmo que num curto espaço de tempo, independente de a **res** permanecer sobre a posse tranqüila do agente.

2. A incidência da atenuantes da menoridade não pode conduzir a pena-base aquém do mínimo legal. Enunciado n. 231 da Súmula desta Corte.

3. Recurso especial provido para reconhecer a forma consumada e fixar a pena em seu patamar mínimo legal” (REsp n. 735.440-RS, Sexta Turma, Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa, DJ 27.06.2005).

Ademais, a **quaestio** está sumulada: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal” (*Súmula n. 231-STJ*).

Diante do exposto, dou provimento ao recurso para o fim de reconhecer a incidência da majorante do emprego de arma de fogo e afastar a fixação da pena-base abaixo do mínimo legal em razão da incidência das atenuantes.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 774.126-RS (2005/0136142-4)

Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima

Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

Procuradores: Luiz Cláudio Portinho Dias e outros

Recorrido: Vitalino Port

Advogados: Ademir José Frohlich e outro

EMENTA

Previdenciário. Aposentadoria. Recolhimento extemporâneo das contribuições. Incidência de juros moratórios e multa. Art. 45, § 4º, da Lei n. 8.212/1991.

1. Para a contagem recíproca de tempo de contribuição, mediante a junção do período prestado na Administração Pública com a atividade rural ou urbana, faz-se necessária a indenização do período rural exercido anteriormente à Lei n. 8.213/1991.

2. Reconhecida a exigibilidade do pagamento da indenização, é imperioso averiguar qual a legislação que deve ser aplicada ao caso concreto, visto que somente com o advento da Lei n. 9.032, de 28.04.1995 é que surgiu a obrigatoriedade do seu recolhimento para a contagem recíproca do tempo de serviço rural e estatutário.

3. Constatase, todavia, que somente a partir da edição da MP n. 1.523, de 11.10.1996, que acrescentou o § 4º ao art. 45 da Lei n. 8.212/1991, é que se tornou exigível a incidência de juros moratórios e multa nas contribuições pagas em atraso. Isto porque, antes desta alteração legislativa, não havia sequer previsão legal dessa incidência nas contribuições apuradas a título de indenização, para fins de contagem recíproca.

4. Inexistindo previsão de juros e multa em período anterior à edição da MP n. 1.523/1996, ou seja, 11.10.1996, não pode haver retroatividade da lei previdenciária para prejudicar os segurados, razão pela qual devem ser afastados os juros e a multa do cálculo da indenização no referido período.

5. Recurso especial parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, a Turma, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro-Relator. Sustentou oralmente na sessão de 27.09.2005: Dr. Eduardo de Freitas Torres (p/ recte).

Brasília (DF), 11 de outubro de 2005 (data do julgamento).

Ministro Arnaldo Esteves Lima, Relator

DJ 05.12.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: Trata-se de recurso especial interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social — INSS, forte nas alíneas **a** e **c** do

permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que, levando-se em conta a remuneração do autor percebida por ocasião do requerimento administrativo, afastou a incidência de multa e juros de mora no cálculo da indenização das contribuições previdenciárias relativas à contagem recíproca em regimes previdenciários diversos, para fins de aposentadoria.

Em seu recurso (fls. 214/218), além de divergência jurisprudencial, alega a autarquia-recorrente que o reconhecimento da exigibilidade da indenização prevista no art. 96, IV, da Lei n. 8.213/1991, sem o acréscimo de juros moratórios e multa, contraria o art. 45, § 4º, da Lei n. 8.212/1991.

Oferecidas contra-razões (fls. 226/231) e admitido o recurso na origem (fl. 233), foram os autos encaminhados a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima (Relator): A controvérsia dos autos refere-se, em síntese, à necessidade, ou não, da incidência de juros moratórios e multa — previstos no art. 45, § 4º, da Lei n. 8.212/1991 — sobre o recolhimento da indenização das contribuições previdenciárias referentes ao tempo de serviço rural, para fins de validade da contagem do tempo de serviço para aposentadoria de servidor público.

O Tribunal **a quo**, quando do julgamento da apelação, assim decidiu (fl. 209):

“Tributário. Certidão de tempo de serviço. Tempo rural. Contagem recíproca. Inativação no serviço público. Contribuições impagas. Indenização. Juros e multa.

1. A Constituição Federal (art. 202, § 9º) exige para a admissão da contagem recíproca em regimes previdenciários distintos o recolhimento das contribuições correspondentes ao tempo trabalhado. No caso em tela, não tendo sido recolhidas as contribuições a tempo e modo, se faz necessária a indenização do período rural exercido anteriormente à Lei n. 8.213/1991 para o cômputo na postulada certidão de tempo de serviço. 2. Nos termos do § 3º do art. 45 da Lei n. 8.212/1991 “No caso de indenização para fins de contagem recíproca de que tratam os arts. 94 a 99 da Lei n. 8.213/1991, a base de incidência será a remuneração sobre a qual incidem as contribuições para o regime específico de previdência social a que estiver filiado o interessado, conforme dispuser o regulamento, observado o limite máximo previsto no art. 28 desta lei”. 3. Sendo o valor da contribuição

apurado com base na remuneração percebida por ocasião do requerimento administrativo, não se configura a situação moratória do devedor, razão pela qual não falar em multa e juros.”

A princípio, a matéria ora em exame não comporta maiores discussões no âmbito deste Superior Tribunal, que já firmou entendimento no sentido de que, para a contagem recíproca de tempo de contribuição, mediante a junção do período prestado na Administração Pública com a atividade rural ou urbana, faz-se necessária a indenização do período rural exercido anteriormente à Lei n. 8.213/1991, acrescida de juros moratórios e multa, a teor do previsto no art. 45, § 4º, da Lei n. 8.212/1991, que assim dispõe:

“Art. 45. O direito da Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extingue-se após 10 (dez) anos contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, a constituição de crédito anteriormente efetuada.

§ 1º Para comprovar o exercício de atividade remunerada, com vistas à concessão de benefícios, será exigido do contribuinte individual, a qualquer tempo, o recolhimento das correspondentes contribuições.

§ 2º Para apuração e constituição dos créditos a que se refere o parágrafo anterior, a Seguridade Social utilizará como base de incidência o valor da média aritmética simples dos 36 (trinta e seis) últimos salários-de-contribuição do segurado.

§ 3º No caso de indenização para fins da contagem recíproca de que tratam os arts. 94 a 99 da Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, a base de incidência será a remuneração sobre a qual incidem as contribuições para o regime específico de previdência social a que estiver filiado o interessado, conforme dispuser o regulamento, observado o limite máximo previsto no art. 28 desta Lei.

§ 4º Sobre os valores apurados na forma dos §§ 2º e 3º incidirão juros moratórios de zero vírgula cinco por cento ao mês, capitalizados anualmente, e multa de dez por cento.”

Infere-se do supracitado dispositivo que a expedição de certidão de tempo de serviço rural, para fins de aposentadoria no serviço público, está condicionada ao recolhimento da respectiva contribuição previdenciária.

Assim, reconhecida a exigibilidade do pagamento da indenização, é imperioso averiguar qual a legislação que deve ser aplicada ao caso concreto, visto

que somente com o advento da Lei n. 9.032, de 28.04.1995 é que surgiu a obrigatoriedade do seu recolhimento para a contagem recíproca do tempo de serviço rural e estatutário.

In casu, o pedido de averbação da atividade rural prestada em regime de economia familiar foi homologado pela autarquia previdenciária, que reconheceu o período compreendido entre janeiro de 1966 e junho de 1976. No entanto, a expedição da certidão do tempo de serviço ficou condicionada ao pagamento da contribuição no período correspondente, acrescida de juros moratórios e multa, conforme estabelecido no art. 45, § 4º, da Lei n. 8.212/1991.

Verifica-se dos autos que o aresto recorrido afastou a aplicação da multa e juros por entender não configurada a mora do devedor, porquanto o valor da contribuição foi apurado com base na remuneração percebida à época do requerimento administrativo.

Discordo do posicionamento adotado pelo Tribunal **a quo**, tendo em vista que o acréscimo dos juros de mora e multa, no pagamento de contribuições previdenciárias devidas e não pagas na época de sua exigibilidade, está previsto na legislação previdenciária, razão pela qual não se pode olvidar essa obrigatoriedade.

Constata-se, todavia, que somente a partir da edição da MP n. 1.523, de 11.10.1996, que acrescentou o § 4º ao art. 45 da Lei n. 8.212/1991, é que se tornou exigível a incidência de juros moratórios e multa nas contribuições pagas em atraso. Isto porque, antes desta alteração legislativa, não havia sequer previsão legal dessa incidência nas contribuições apuradas a título de indenização, para fins de contagem recíproca.

Nesse sentido, é o pensamento do Ministro José Delgado, apreciando caso análogo:

“Recurso especial. Tributário. Previdenciário. Pedido de aposentadoria. Contribuições previdenciárias em atraso. Exigência com fundamento em lei posterior. Impossibilidade. Descabimento de multa e juros. Inaplicabilidade do § 4º do art. 45 da Lei n. 8.212/1991. **Reformatio in pejus**. Vedação.

1. Ao condicionar o deferimento de benefício de aposentadoria de profissional autônomo a recolhimento de parcelas previdenciárias não pagas (período de 02/1993 a 06/1995) e ao aplicar lei posterior a esse interregno para exigí-las (Lei n. 8.212/1991, com as alterações conferidas pelas Leis ns. 9.032/1995, 9.528/1997 e 9.876/1999), a Autarquia Previdenciária caracterizou retroação legal em prejuízo do segurado.

2. Devem ser afastados os juros e a multa das contribuições concernentes ao lapso de 02/1993 a 06/1995, na medida em que, nesse interregno, inexistia previsão legal para que fossem exigidos esses consectários. Essa autorização somente veio a se dar com a edição da MP n. 1.523, de 11.10.1996 (convertida na Lei n. 9.528/1997), que, conferindo nova redação à Lei n. 8.212/1991 (acrescentou o seu § 4º), passou a admitir a aplicação de juros e multa nas contribuições vertidas a título indenizatório.

3. Em homenagem ao princípio da vedação à **reformatio in pejus**, no caso concreto, mantém-se, nos termos do acórdão recorrido, a incidência de juros e manter multa nos meses de maio e junho de 1995.

4. Recurso especial conhecido e desprovido.” (REsp n. 541.917-PR, Relator Ministro José Delgado, Primeira Turma, DJ 27.09.2004)

Desse modo, entendo que, para se apurar os valores da indenização, devem ser considerados os critérios legais existentes ao momento sobre o qual se refere a contribuição. Assim, inexistindo previsão de juros e multa em período anterior à edição da MP n. 1.523/1996, ou seja, 11.10.1996, não pode haver retroatividade da lei previdenciária para prejudicar os segurados, razão pela qual devem ser afastados os juros e a multa do cálculo da indenização no referido período. Após essa data, devem incidir juros de 0,5% (meio por cento) e multa de 10% (dez por cento) na apuração do valor da contribuição previdenciária paga em atraso, nos termos do art. 45, § 4º, da Lei n. 8.212/1991, com a nova redação conferida pela Lei n. 9.876/1999.

Ante o exposto, *dou parcial provimento* ao recurso especial para determinar a incidência de juros moratórios e multa sobre o cálculo das contribuições previdenciárias devidas, a teor do disposto no art. 45, § 4º, da Lei n. 8.212/1991, somente a partir da edição da MP n. 1.523, de 11.10.1996.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de pedido de vista formulado em processo da relatoria do eminente Ministro Arnaldo Esteves Lima, onde Ex^a. deu parcial provimento ao recurso especial do INSS, para determinar a incidência de juros moratórios e multa sobre o cálculo das contribuições previdenciárias devidas, a teor do disposto no art. 45, § 4º da Lei n. 8.212/1991, somente a partir da edição da MP n. 1.523, de 11.10.1996.

No seu laborioso voto, o Relator dirigiu a **quaestio** aos exatos termos, **verbis**:

“A controvérsia dos autos refere-se, em síntese, à necessidade, ou não, da incidência de juros moratórios e multa — previstos no art. 45, § 4º, da Lei n. 8.212/1991 — sobre o recolhimento da indenização das contribuições previdenciárias referentes ao tempo de serviço rural, para fins de validade da contagem do tempo de serviço para aposentadoria de servidor público.

(...).

A princípio, a matéria ora em exame não comporta maiores discussões no âmbito deste Superior Tribunal, que já firmou entendimento no sentido de que, para a contagem recíproca de tempo de contribuição, mediante a junção do período prestado na Administração Pública com a atividade rural ou urbana, faz-se necessária a indenização do período rural exercido anteriormente à Lei n. 8.213/1991, acrescida de juros moratórios e multa, a teor do previsto no art. 45, § 4º, da Lei n. 8.212/1991, que assim dispõe:

‘Art. 45. O direito da Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extingue-se após 10 (dez) anos contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, a constituição de crédito anteriormente efetuada.

§ 1º Para comprovar o exercício de atividade remunerada, com vistas à concessão de benefícios, será exigido do contribuinte individual, a qualquer tempo, o recolhimento das correspondentes contribuições.

§ 2º Para apuração e constituição dos créditos a que se refere o parágrafo anterior, a Seguridade Social utilizará como base de incidência o valor da média aritmética simples dos 36 (trinta e seis) últimos salários-de-contribuição do segurado.

§ 3º No caso de indenização para fins de contagem recíproca de que tratam os arts. 94 a 99 da Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, a base de incidência será a remuneração sobre a qual incidem as contribuições para o regime específico de previdência social a que estiver filiado o interessado, conforme dispuser o regulamento, observado o limite máximo previsto no art. 28 desta Lei.

§ 4º Sobre os valores apurados na forma dos §§ 2º e 3º incidirão juros moratórios de zero vírgula cinco por cento ao mês, capitalizados anualmente, e multa de dez por cento.’

Infere-se do supracitado dispositivo que a expedição de tempo de serviço rural, para fins de aposentadoria no serviço público, está condicionada ao recolhimento da respectiva contribuição previdenciária.

Assim, reconhecida a exigibilidade do pagamento da indenização, é imperioso averiguar qual a legislação que deve ser aplicada ao caso concreto, visto que somente com o advento da Lei n. 9.032, de 28.04.1995 é que surgiu a obrigatoriedade do seu recolhimento para a contagem recíproca do tempo de serviço rural e estatutário.

In casu, o pedido de averbação da atividade rural prestada em regime de economia familiar foi homologado pela autarquia previdenciária, que reconheceu o período compreendido entre janeiro de 1966 e junho de 1976. No entanto, a expedição da certidão do tempo de serviço ficou condicionada ao pagamento da contribuição no período correspondente, acrescida de juros moratórios e multa, conforme estabelecido no art. 45, § 4º, da Lei n. 8.212/1991.

Verifica-se dos autos que o aresto recorrido afastou a aplicação da multa e juros por entender não configurada a mora do devedor, porquanto o valor da contribuição foi apurado com base na remuneração percebida à época do requerimento administrativo.

Discordo do posicionamento adotado pelo Tribunal **a quo**, tendo em vista que o acréscimo dos juros de mora e multa, no pagamento de contribuições previdenciárias devidas e não pagas na época de sua exigibilidade, está previsto na legislação previdenciária, razão pela qual não se pode olvidar essa obrigatoriedade.

Constata-se, todavia, que somente a partir da edição da MP n. 1.523, de 11.10.1996, que acrescentou o § 4º ao art. 45 da Lei n. 8.212/1991, é que se tornou exigível a incidência de juros moratórios e multa nas contribuições pagas em atraso. Isto porque, antes desta alteração legislativa, não havia sequer previsão legal dessa incidência nas contribuições apuradas a título de indenização, para fins de contagem recíproca.

Nesse sentido, é o pensamento do Ministro José Delgado, apreciando caso análogo:

‘Recurso especial. Tributário. Previdenciário. Pedido de aposentadoria. Contribuições previdenciárias em atraso. Exigência com fundamento em lei posterior. Impossibilidade. Descabimento de multa e juros. Inaplicabilidade do § 4º do art. 45 da Lei n. 8.212/1991. **Reformatio in pejus**. Vedação.

1. Ao condicionar o deferimento de benefício de aposentadoria de profissional autônomo a recolhimento de parcelas previdenciárias não pagas (período de 02/1993 a 06/1995) e ao aplicar lei posterior a esse interregno para exigí-las (Lei n. 8.212/1991, com as alterações conferidas pelas Leis ns. 9.032/1995, 9.528/1997 e 9.876/1999), a Autarquia Previdenciária caracterizou retroação legal em prejuízo do segurado.

2. Devem ser afastados os juros e a multa das contribuições concernentes ao lapso de 02/1993 a 06/1995, na medida em que, nesse interregno, inexistia previsão legal para que fossem exigidos esses consecutórios. Essa autorização somente veio a se dar com a edição da MP n. 1.523, de 11.10.1996 (convertida na Lei n. 9.528/1997), que, conferindo nova redação à Lei n. 8.212/1991 (acrescentou o seu § 4º), passou a admitir a aplicação de juros e multa nas contribuições vertidas a título indenizatório.

3. Em homenagem ao princípio da vedação à **reformatio in pejus**, no caso concreto, mantém-se, nos termos do acórdão recorrido, a incidência de juros e manter multa nos meses de maio e junho de 1995.

4. Recurso especial conhecido e desprovido.' (REsp n. 541.917-PR, Relator Ministro José Delgado, Primeira Turma, DJ 27.09.2004)

Desse modo, entendo que, para se apurar os valores da indenização, devem ser considerados os critérios legais existentes ao momento sobre o qual se refere a contribuição. Assim, inexistindo previsão de juros e multa em período anterior à edição da MP n. 1.523 ou seja, 11.10.1996, não pode haver retroatividade da lei previdenciária para prejudicar os segurados, razão pela qual devem ser afastados os juros e a multa do cálculo da indenização no referido período. Após essa data, devem incidir de 0,5% (meio por cento) e multa de 10% (dez por cento) na apuração do valor da contribuição previdenciária paga em atraso, nos termos do art. 45, § 4º, da Lei n. 8.212/1991, com a nova redação conferida pela Lei n. 9.876/1999.

Ante o exposto, *dou parcial provimento* ao recurso especial para determinar a incidência de juros moratórios e multa sobre o cálculo das contribuições previdenciárias devidas, a teor do disposto no art. 45, § 4º, da Lei n. 8.212/1991, somente a partir da edição da MP n. 1.523, de 11.10.1996.

É o voto.”

Diante da relevância do tema, resolvi pedir vista para tecer algumas considerações.

Inicialmente, cumpre ressaltar que o reconhecimento do tempo de serviço laborado antes da vigência da Lei n. 8.213/1991, concernente à atividade privada, urbana ou rural, para fins de aposentadoria no serviço público, *depende do recolhimento das contribuições previdenciárias correspondentes, consoante assevera a jurisprudência desta Corte*. Ilustrativamente, em casos análogos:

“Embargos de declaração em recurso especial. Omissão. Existência. *Contagem recíproca de tempo de serviço. Averbação de tempo de serviço prestado em atividade rural para fins de aposentadoria no serviço público. Contribuição. Necessidade.*

1. 1. ‘Para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na Administração Pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos sistemas de previdência social se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei.’ (Art. 202, § 2º, da Constituição da República).

2. ‘(...) para a contagem recíproca corretamente dita, isto é, aquela que soma o tempo de serviço público ao de atividade privada, não pode ser dispensada a prova de contribuição, pouco importando — diante desse explícito requisito constitucional — que de, contribuir, houvesse sido, no passado, dispensada determinada categoria profissional, assim limitada, bem ou mal, quanto ao benefício de reciprocidade pela ressalva estatuída na própria Constituição.’ (ADIn n. 1.664/UF, Relator Ministro Octavio Gallotti, **in** DJ 19.12.1997).

3. *A contagem do tempo de serviço prestado na atividade privada, seja ela urbana ou rural, só pode ser aproveitada para fins de aposentadoria no serviço público, quando houver prova de contribuição naquele regime previdenciário, inócurre, na espécie.*’ (RMS n. 11.188-SC, da minha relatoria, **in** DJ 25.03.2002).

2. Embargos de declaração acolhidos.” (EDcl no REsp n. 509.176-DF, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, DJ 1ª.07.2005).

“1. Previdenciário. Servidor público estatutário. Ação rescisória. Violação a literal disposição de lei. Regime geral de caráter contributivo e filiação obrigatória.

2. *Aposentadoria em cargo público. Tempo de serviço. Atividade rural. Contagem recíproca. Recolhimento de contribuição previdenciária. Comprovação. Necessidade. Precedentes do STF e STJ.*

3. Parecer do MPF pela procedência da ação rescisória, visto ter ocorrido violação a literal disposição de lei (art. 485, V, do CPC), pois a contagem do tempo de serviço rural para fins de *aposentadoria estatutária, nos termos do art. 201, § 9º, da Constituição Federal de 1988, somente é possível mediante a comprovação do recolhimento das contribuições previdenciárias devidas.*

Ação julgada procedente.” (AR n. 1.760-SC, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ 28.06.2004).

“Agravo regimental em recurso ordinário. Previdenciário. Contagem recíproca de tempo de serviço. Averbação de tempo de serviço prestado em atividade rural para fins de *aposentadoria no serviço público*. Contribuição. Necessidade.

1. ‘1. ‘Para efeito de aposentadoria, é assegurada a *contagem recíproca do tempo de contribuição* na Administração Pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos sistemas de previdência social se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei.’ (art. 202, § 2º, da Constituição da República).

2. ‘(...) para a contagem recíproca corretamente dita, isto é, aquela que soma o tempo de serviço público ao de atividade privada, não pode ser dispensada a prova de contribuição, pouco importando — diante desse explícito requisito constitucional — que de, contribuir, houvesse sido, no passado, dispensada determinada categoria profissional, assim limitada, bem ou mal, quanto ao benefício de reciprocidade pela ressalva estatuída na própria Constituição.’ (ADIn n. 1.664-DE, Relator Ministro Octavio Gallotti, in DJ 19.12.1997).

3. *A contagem do tempo de serviço prestado na atividade privada, seja ela urbana ou rural, só pode ser aproveitada para fins de aposentadoria no serviço público, quando houver prova de contribuição naquele regime previdenciário, inócurrenente, na espécie.*’ (RMS n. 11.188-SC, da minha relatoria, in DJ 25.03.2002).

2. Agravo regimental improvido.” (AgRg no RMS n. 15.481-SC, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, DJ 06.10.2003).

“Recurso especial. Administrativo. Mandado de segurança. Previdenciário e Constitucional. *Servidor público estadual*. Contagem recíproca. Atividade rural. Lei n. 8.213/1991, Art. 55. Necessidade de comprovação do recolhimento das contribuições (art. 202, § 2º, constituição federal). Precedentes.

Nos termos de farta jurisprudência desta Corte, em respeito ao disposto no art. 202, § 2º, da Constituição Federal, com vistas à aposentadoria, para que se proceda à contagem recíproca do tempo de contribuição na Administração Pública e na atividade privada, rural ou urbana, é necessária a prova da contribuição naquele regime previdenciário.

Recurso provido, com a conseqüente denegação da ordem.” (REsp n. 327.465-SC, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ 07.04.2003).

“Recurso em mandado de segurança. Previdenciário e Constitucional. Servidor público estadual. Contagem recíproca. Atividade rural. Lei n. 8.213/1991, art. 55. Necessidade de comprovação do recolhimento das contribuições (art. 202, § 2º, Constituição Federal). Precedentes.

Nos termos de farta jurisprudência desta Corte, em respeito ao disposto no art. 202, § 2º, da Constituição Federal, com vistas à aposentadoria, para que se proceda à contagem recíproca do tempo de contribuição na Administração Pública e na atividade privada, rural ou urbana, é necessária a prova da contribuição naquele regime previdenciário.

Recurso desprovido.” (RMS n. 14.371-SC, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ 1ª.07.2002).

Este entendimento decorreu da literalidade do art. 202, § 2º, da Constituição Federal, em sua redação original, que determinava ser necessária a prova da contribuição previdenciária, em casos de contagem recíproca do tempo de contribuição na Administração Pública e na atividade privada, rural ou urbana. Atualmente, a contagem recíproca, mediante indenização, está prevista no art. 201, § 9º, da Carta Magna. Ademais, o art. 96 da Lei n. 8.213/1991, encartado na Seção que cuida da *Contagem Recíproca de Tempo de Serviço* assentava, em sua redação original, no inciso IV, a contagem do tempo de serviço anterior ou posterior à obrigatoriedade de filiação à Previdência Social, com a indenização da contribuição correspondente ao período respectivo e acréscimos legais.

Neste contexto, o primeiro decreto regulamentador da Lei dos Planos de Benefícios da Previdência Social, o Decreto n. 611, de 21 de julho de 1992, ao cuidar da Contagem Recíproca de Tempo de Serviço, assim preconizou, **verbis**:

“Art. 200. O tempo de contribuição ou de serviço de que trata este Capítulo será contado de acordo com a legislação pertinente, observadas as seguintes normas:

Omissis.

IV - o tempo de serviço anterior ou posterior à obrigatoriedade de filiação à Previdência Social só será contado mediante indenização da

contribuição correspondente ao período respectivo, na forma do disposto nos arts. 189 a 191;

Omissis.”

O art. 189 do Decreto n. 612/1992 estabeleceu o valor devido ao INSS, a título de indenização pelas contribuições não pagas. Já o art. 191 era explícito ao estipular que “não incidirão juros de mora e multa sobre o valor apurado no art. 189”.

Assim, consoante esclareceu o eminente Ministro-Relator somente a partir da edição da Medida Provisória n. 1.523, de 11.10.1996, convertida na Lei n. 9.528/1997, acrescentou-se o § 4º ao art. 45 da Lei da Organização da Seguridade Social e Plano de Custeio — Lei n. 8.212/1991 — que passou a exigir a incidência de juros moratórios e multa nas contribuições pagas em atraso. Em igual sentido, o art. 96, IV, da Lei n. 8.213/1991, com a redação conferida pela Lei n. 9.528/1997, passou a prever a incidência de juros moratórios e multa. Destaque-se que a Lei n. 9.876/1999, ao ditar nova redação ao § 4º fixou juros de 0,5% (meio por cento) e multa de 10% (dez por cento). Ainda, o inciso IV do art. 96 da Lei n. 8.213/1991 que preceituava juros moratórios de 1% (um por cento) foi alterado pela Medida Provisória n. 2.022-17/2000, a fim de se adequar à redação do art. 45, § 4º, da Lei n. 8.212/1991, com a nova redação da mencionada Lei n. 9.876/1999.

Desta forma, conforme evidenciou o voto do eminente Ministro Arnaldo Esteves, para se apurar os valores da indenização, *deve-se, de fato, levar em consideração os critérios legais vigentes no momento sobre o qual se refere a contribuição.*

In casu, o autor, funcionário público municipal, requereu, em 09.03.1999, a averbação de tempo de serviço em atividade rural, exercida em regime de economia familiar no período compreendido entre janeiro de 1966 a junho de 1976. O acórdão recorrido assinala que tal período foi reconhecido pela Autarquia Previdenciária, condicionando, contudo, a expedição da certidão de tempo de serviço ao pagamento da contribuição no período correspondente, acrescida de juros moratórios e multa, conforme o prescrito no art. 45, § 4º, da Lei n. 8.213/1991.

Neste sentido, não existindo a previsão de juros e multa no período reconhecido pela Autarquia Previdenciária, entre janeiro de 1966 a junho de 1976, porquanto esta previsão somente passou a vigorar com a edição da Medida Provisória n. 1.523, de 11.10.1996, incabível a retroatividade da lei previdenciária para prejudicar os segurados. Sobre o tema, confira-se o seguinte precedente:

“Recurso especial. Tributário. Previdenciário. Pedido de aposentadoria. Contribuições previdenciárias em atraso. Exigência com fundamento em lei posterior. Impossibilidade. Descabimento de multa e juros. Inaplicabilidade do § 4º do art. 45 da Lei n. 8.212/1991. **Reformatio in pejus**. Vedação.

1. Ao condicionar o deferimento de benefício de aposentadoria de profissional autônomo a recolhimento de parcelas previdenciárias não pagas

(período de 02/1993 a 06/1995) e ao aplicar lei posterior a esse interregno para exigi-las (Lei n. 8.212/1991, com as alterações conferidas pelas Leis ns. 9.032/1995, 9.528/1997 e 9.876/1999), a Autarquia Previdenciária caracterizou retroação legal em prejuízo do segurado.

2. *Devem ser afastados os juros e a multa das contribuições concernentes ao lapso de 02/1993 a 06/1995, na medida em que, nesse interregno, inexistia previsão legal para que fossem exigidos esses consectários. Essa autorização somente veio a se dar com a edição da MP n. 1.523, de 11.10.1996 (convertida na Lei n. 9.528/1997), que, conferindo nova redação à Lei n. 8.212/1991 (acrescentou o seu § 4º), passou a admitir a aplicação de juros e multa nas contribuições vertidas a título indenizatório.*

3. Em homenagem ao princípio da vedação à **reformatio in pejus**, no caso concreto, mantém-se, nos termos do acórdão recorrido, a incidência de juros e manter multa nos meses de maio e junho de 1995.

4. Recurso especial conhecido e desprovido.” (REsp n. 541.917-PR, Relator Ministro José Delgado, DJ 27.09.2004).

Portanto, acompanho o eminente Relator no entendimento de que os juros moratórios de multa devam ser afastados em período anterior à edição da MP n. 1.523/1996. Após essa data, incidirão juros de 0,5% (meio por cento) e multa de 10% (dez por cento) na apuração do valor da contribuição previdenciária paga em atraso, nos termos do art. 45, § 4º, da Lei n. 8.212/1991, com a nova redação dada pela Lei n. 9.879/1999. Ademais, como o INSS, no especial, aduz que, se o entendimento do acórdão **a quo** for mantido, restará definitivamente ajustado que, em nem um caso, é aplicável o § 4º do art. 45 da Lei n. 8.212/1991, acarretando violação ao princípio da igualdade com relação aos segurados que efetuaram o pagamento das contribuições em atraso com a incidência de juros moratórios e multa. Igualmente, também devo acompanhar o Relator para dar parcial provimento ao especial, no sentido de que somente após o advento da Medida Provisória n. 1.523/1996, será cabível a incidência de juros moratórios e multa, com fulcro no multicitado § 4º do art. 45 da Lei da Organização da Seguridade Social e Plano de Custeio.

Ante o exposto, acompanho o Relator, para dar parcial provimento ao recurso especial, determinando a incidência de juros moratórios e multa sobre o cálculo das contribuições previdenciárias devidas, a teor do disposto no art. 45, § 4º, da Lei n. 8.212/1991, somente a partir da edição da MP n. 1.523, de 11.10.1996, convertida posteriormente na Lei n. 9.528/1998.

É como voto.