

HABEAS CORPUS N. 13.620 – PR

(Registro n. 2000.0060094-6)

Relator: Ministro Jorge Scartezzini
Impetrantes: Francisco de Assis do Rêgo Monteiro Rocha e outros
Impetrado: Tribunal Regional Federal da 4ª Região
Paciente: Cristóvam Dionísio de Barros Cavalcanti Júnior
Sustentação oral: José Carlos Cal Garcia Filho (pelo paciente)

EMENTA: Processo Penal – Sonegação fiscal – Formação de quadrilha – Evasão de divisas – Lavagem de dinheiro – Falsidade documental – Ameaça – Desacato – Prisão preventiva – Necessidade.

– Pela leitura da imputação fática que recai sobre o paciente, bem como pela decisão que determinou sua segregação cautelar, observa-se que, além da magnitude da lesão causada – diga-se de passagem que é extremada –, o magistrado local lastreou-se em outras circunstâncias que, a meu sentir, reforçam a necessidade de sua manutenção sob cárcere. Com efeito, a materialidade e indícios de autoria, como ressaltado, encontram-se incontroversos. O acusado responde a diversas ações penais, sendo que três processos e um inquérito foram perpetrados após a revogação de um outro decreto de prisão preventiva que pesava sobre si, o que demonstra a sua inclinação para a prática delituosa. Ressalte-se, ainda, que uma das testemunhas arroladas pela defesa, Sandra Terezinha Mielczarski, cujo depoimento é essencial para o deslinde do processo, simplesmente desapareceu após ter prestado declarações para os Auditores Fiscais de Porto Alegre, afirmando que jamais outorgou procurações ao representado. Segundo depoimento do tabelião do 5º Ofício de Notas desta Capital, a referida testemunha, ao proceder à retratação em cartório, fazia-se acompanhar do acusado, não podendo ser outra a conclusão, como salientado pelo acórdão guerreado, de que o paciente pode estar ocultando o seu paradeiro.

– Afora todas as circunstâncias aqui expostas, acrescente-se que consta, ainda, dos autos que o paciente coagiu e proferiu ameaças a auditores fiscais, atribuindo-lhes também práticas criminosas, além de suscitar suspeições de membros do Ministério Público e da Magistratura. A decisão guerreada ressalta, ainda, que o paciente

possui imóveis e inscrição na previdência social americana, o que poderia levá-lo, se colocado em liberdade, a evadir-se do País.

– A prisão cautelar, no caso, levou em consideração não só a repercussão do crime, mas, também, os pressupostos do art. 312 do Código de Processo Penal. Deste modo, com fundamento no art. 30 da Lei n. 7.492/1986 (magnitude da lesão) e art. 312 do CPP, foi decretada a constrição cautelar do paciente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça em, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, denegar a ordem. Votaram com o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros José Arnaldo da Fonseca e Felix Fischer. Votaram vencidos os Srs. Ministros Edson Vidigal e Gilson Dipp.

Brasília-DF, 5 de junho de 2001 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Jorge Scartezzini, Relator.

Publicado no DJ de 4.2.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini: Cuida-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário impetrado por Francisco de Assis do Rêgo Monteiro Rocha, José Carlos Cal Garcia Filho e Francisco de Assis do Rêgo Monteiro Rocha Júnior, em benefício de Cristóvam Dionísio de Barros Cavalcanti Júnior, contra decisão proferida pela egrégia Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, *que denegou ordem ali impetrada*, nos termos da seguinte ementa (fl. 383), **verbis**:

“**Habeas corpus**. Prisão preventiva. Conveniência da instrução criminal. Magnitude da lesão causada. Abuso do direito constitucional de defesa.

I – É de ser mantido decreto de prisão preventiva devidamente fundamentado, com indicação objetiva da necessidade da medida

constritiva para aplicação da lei penal e conveniência da instrução criminal.

II – A custódia é medida que se impõe porque a garantia da ordem pública visa não só a prevenir que se pratiquem novos delitos, mas também acautelar o meio social e a própria credibilidade da Justiça ante a repercussão dos fatos.

III – O art. 30 da Lei n. 7.492/1986 expressamente autoriza a declaração da prisão preventiva em razão da magnitude da lesão causada.

IV – Os óbices criados pelo paciente para ultimação da instrução criminal, notadamente, indicação de testemunhas com endereços errados, com residências em comarcas de outros Estados, tudo em direção ao marco final da prescrição, relegando a segundo plano o princípio da lealdade processual, caracteriza o abuso, não o uso, do constitucional direito de defesa.”

Consta dos autos que o Paciente responde a 12 (*doze*) ações penais, sendo acusado por crimes de *sonegação fiscal, formação de quadrilha, evasão de divisas, lavagem de dinheiro, falsidade documental, ameaça e desacato*, tendo sido decretada sua prisão preventiva em relação ao Processo n. 98.0014077-8, no qual responde pelo delito de sonegação fiscal e em relação ao Processo n. 99.13518-0, no qual lhe é imputada a prática de crime contra o Sistema Financeiro Nacional e lavagem de dinheiro. O magistrado de 1^a grau, ao determinar a custódia do acusado, lastreou-se na conveniência da instrução criminal e manutenção da ordem pública, além de discorrer sobre a grave repercussão do delito e da grande lesão causada.

A prisão preventiva decretada na primeira das referidas ações (98.0014077-8) foi revogada pelo egrégio Tribunal **a quo**. A outra, entretanto, foi mantida por aquela Corte, sendo esta decisão atacada pelo presente *writ*. Entendeu o Tribunal Regional da 4^a Região, por maioria, que além da magnitude da lesão causada pela conduta do Paciente, o que por si só já autorizaria a custódia do Paciente, no caso, encontram-se presentes os pressupostos da medida excepcional previstos no art. 312 do CPP.

No presente **habeas corpus**, os Impetrantes alegam, em síntese, ausência dos pressupostos necessários para a decretação da prisão do acusado, motivo pelo qual deve ser a mesma revogada. Alega, ainda, que o v. acórdão atacado baseou-se em presunções, e não em fatos concretos, “não

havendo provas de que o Paciente possui depósitos bancários, imóveis, seguro social e outros bens no exterior” e que o simples fundamento inculcado no art. 30 da Lei n. 7.492/1986 (magnitude da lesão causada) não é suficiente para embasar um decreto construtivo.

Requerida medida liminar, esta foi deferida, pelo ilustre Ministro-Presidente, à fl. 378, determinando a suspensão do mandado de prisão até o julgamento do mérito do presente *writ*.

Solicitadas as informações de praxe, as mesmas vieram aos autos à fl. 382.

A douta Subprocuradoria Geral da República, em seu parecer, às fls. 411/420, opina pela denegação da ordem, entendendo que, **in casu**, estão presentes os requisitos da prisão cautelar.

À fl. 423, os Impetrantes juntaram alguns documentos que entendem corroborarem a desnecessidade da constrição do Paciente, dentre os quais consta sentença proferida em um dos processos a que responde o Paciente, absolvendo-o de um dos crimes imputados.

Diante disso, remeti os autos para novo parecer, que veio à fl. 486, ratificando a manifestação anteriormente feita.

Após, vieram-me, conclusos os autos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator): Sr. Presidente, o *writ*, como relatado, volta-se contra a manutenção da prisão preventiva decretada contra o Paciente em relação, tão-somente, ao Processo de n. 99.0013518-0, em que responde pela prática de crimes contra o Sistema Financeiro e lavagem de dinheiro.

A **imputatio facti** descrita na peça vestibular encontra-se assim exteriorizada (fls. 165/169), **verbis**:

“... (omissis).

No comando da associação criminosa denunciada nos autos da Ação Penal n. 97.0006633-9, o denunciado Cristóvam Dionísio de Barros Cavalcanti Júnior, efetuou importação de bens, especialmente veículos, por empresas, período e valores a seguir discriminados, tudo

conforme extrato do *Sistema Lince/Fisco*, fornecido pela Secretaria da Receita Federal ...

O total das importações, devidamente comprovadas e documentadas, levadas a efeito pelo Denunciado através dessas cinco empresas, alcança a cifra de US\$ 17.930.760,00 (dezessete milhões, novecentos e trinta mil, setecentos e sessenta dólares americanos) FOB.

Em contrapartida, segundo informações prestadas pelo *Banco Central do Brasil*, com referência a 'operações de câmbio de qualquer natureza', consta registrado no Sisbacen, o valor de US\$ 1.487.411,63 (um milhão, quatrocentos e oitenta e sete mil, quatrocentos e onze dólares e sessenta e três centavos), relativamente às operações de câmbio de importação, classificadas como 'Importação Tipo 2', pelo Banco Central do Brasil ...

Assim, o denunciado Cristóvam Dionísio de Barros Cavalcanti Júnior, no período de janeiro de 1991 a dezembro de 1997, de forma reiterada e contínua efetuou operações de câmbio sem autorização do Banco Central do Brasil, no valor de US\$ 16.443.348,37 (dezesseis milhões, quatrocentos e quarenta e três mil, trezentos e quarenta e oito dólares e trinta e sete centavos).

Essa quantia, não declarada pelo denunciado Cristóvam Dionísio de Barros Cavalcanti Júnior ao Banco Central do Brasil, foi remetida clandestinamente ao exterior para pagamento da diferença antes apontada, relativa às importações que efetuou.

A partir do mês de maio de 1996 e até a presente data (maio de 1999) de forma habitual e continuada, o denunciado Cristóvam Dionísio de Barros Cavalcanti Júnior, mantém valores depositados e a ele disponibilizados no exterior por instituições financeiras não identificadas, objeto de operação de câmbio não autorizadas pelo Banco Central do Brasil e clandestinamente remetidos para o exterior, por ele utilizados para fazer frente a despesas próprias no território nacional e no exterior.

Exemplo disso são as contas bancárias já identificadas pelo Ministério Público Federal, conforme descrito na denúncia encartada nos autos da Ação Penal n. 98.0024214-7, onde constam movimentações de débitos e créditos em sua conta particular, no valor de US\$ 1.352.952,08 (um milhão, trezentos e cinquenta e dois mil, novecentos e cinquenta e dois dólares e oito centavos)...

As quantias antes mencionadas e também aquelas descritas no primeiro fato, na verdade não são significativas do montante efetivamente remetido clandestinamente para o exterior, em operações de câmbio não autorizadas e clandestinas.

Basta ver, por exemplo, que somente da empresa Libre Importação e Exportação de Veículos Ltda, CGC MF n. 73.600.298/0001-44 foi declarado nas guias de importação, juntadas nos autos do Mandado de Segurança n. 96.0015002-8, o valor correspondente a US\$ 590.000.000,00 (quinhentos e noventa milhões de dólares americanos), a título de importações. De fato, as importações somente não foram levadas a efeito porque interrompidas pela série de medidas decretadas judicialmente (seqüestros, arrestos e prisão preventiva), ainda em maio de 1997.

Assim, o volume de divisas clandestinamente remetido para o exterior é significativamente maior, tanto que, já em novembro de 1996, o denunciado Cristóvam Dionísio de Barros Cavalcanti Júnior pretendia criar ou *instalar* uma *sucursal do Banco Overseas S/A (cuja sede é no Panamá)*, na rua Brazilio Itiberê, n. 4.123, nesta cidade, local onde foram apreendidos, por força de mandado de busca e apreensão expedido pelo Juízo Federal da 2ª Vara Criminal, conforme auto de apreensão anexo. Consta-se ainda, no último documento, a expressão referência a Cristóvam como vice-presidente da empresa Líder Export and Import Co., de Miami-USA.”

Inicialmente, acerca do tema, registro que é consagrado no nosso ordenamento constitucional, o prestígio à liberdade individual, antes do trânsito em julgado. Assim, o direito de ir e vir, na fase processual, somente pode ser coarctado mediante decisão judicial fundamentada, em que se demonstre, concretamente, a necessidade da medida (neste sentido, **Ada Pellegrini Grinover**, in *As Nulidades do Processo Penal*; **Heleno Fragoso**, in *Jurisprudência Criminal*; **Tourinho Filho**, *Processo Penal*; *entre outros*).

Outrossim, segundo lições de **Carrara**, secundado por **Weber M. Batista**, in *Liberdade Provisória, a prisão preventiva, matéria objeto desta impetração*, “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 a *ciertos facinorosos*, que durante o processo continuem os ataques ao direito alheio”.

O magistrado de 1^o grau, ao determinar a segregação preventiva do acusado, expôs em sua decisão (fls. 38/41), **verbis**:

“Não pairando dúvida quanto à prova da materialidade e os indícios da autoria em relação ao representado, passo a analisar os demais fundamentos que autorizam a decretação da prisão preventiva.

O representado, conforme bem cuidou o Ministério Público Federal, responde a nada mais, nada menos do que doze processos por crime contra a ordem tributária, sistema financeiro, formação de quadrilha, falsidade documental, ameaça e desacato a funcionário público federal. Além disso, pesam contra si mais seis inquéritos policiais, os quais apuram crimes de formação de quadrilha, falsidade documental e importação irregular de veículos, cujos indícios o apontam como autor das infrações.

É importante que se frise que os fatos apurados em três processos e num inquérito policial foram perpetrados após o representado ter conseguido junto ao Tribunal Regional Federal da 4^a Região ordem de **habeas corpus** em face de decreto de prisão preventiva, na qual o relator deixou expressa a advertência que a prisão se justificaria caso viesse ele a incidir em novas práticas delituosas ou a agir com deslealdade processual.

Aliás, a admoestação teve o condão apenas de realçar aquilo que se espera de toda a pessoa de bem ou que tem um mínimo de receio de acabar prestando conta de seus atos à Justiça, pois qualquer um que tenha contra si decretada a prisão preventiva procuraria, após a liberdade, agir na legalidade. Não é o caso do representado, porém, que além de dar mostras de que não pretende ver as imputações que pesam contra si apreciadas no mérito, persiste na prática de suas atividades ilícitas.

A constatação dos inúmeros feitos que tramitam contra o representado já consistiria fator suficiente para o decreto de custódia preventiva. Contudo, é preciso não perder de mira a gravidade dos fatos, os quais dão conta dos mais variados expedientes visando à sonegação de milhões de reais. Como bem disse o Dr. Márcio Antônio Rocha, fatos dessa natureza têm potencial lesivo muito maior do que centenas de pequenos delitos contra o patrimônio, pois impedem que o Estado propicie à população carente os mais comecinhos direitos de cidadania. Além do que, reflete no seio da sociedade a imagem de que pessoas como o representado são inatingíveis pela Justiça.

A audácia do representado fica ainda mais escancarada ao noticiar a denúncia ora ofertada que ele tem utilizado-se de veículos importados, inclusive com placas ‘frias’, para dirigir-se até mesmo aos órgãos da Justiça. Some-se a isso o fato de o representado usar de interpostas pessoas como ‘laranjas’ para atingir seus fins e também como forma de esquivar-se de suas responsabilidades.

Mas não é tudo. O representado, além de em nenhum momento se curvar à Justiça, ainda tenta desmoralizar todos aqueles que intervieram diretamente na apuração de suas atividades, passando contra eles a protocolar representações e a imputar-lhes práticas criminosas de abuso de autoridade, que como bem asseverou o Ministério Público caracteriza em tese o crime capitulado no art. 39 do Código Penal. Como se todas essas pessoas tivessem engendrado uma conspiração maquiavélica, sabe-se lá o porquê, visando não só a pô-lo na cadeia como também o perdimento de seus bens. Ou seja, o representado, ao invés de centrar seus esforços na prova de sua inocência, tenta mudar o foco da atenção com o uso de expedientes tendentes a desmoralizar todos aqueles que agem corajosa e contrariamente a seus interesses escusos.

A custódia, portanto, é medida que se impõe não apenas para resguardar o respeito e a credibilidade da Justiça, mas, sobretudo, para deixar claro que ninguém está acima da lei, tenha ou não dinheiro e influência. Isso porque a garantia da ordem pública visa não só a prevenir que se pratique novos delitos, mas também acautelar o meio social e a própria credibilidade da Justiça ante a repercussão dos fatos.

O Requerido, por outro aspecto, não tem ocupação lícita e todas as evidências indicam que faz da sua atividade criminosa o meio de vida. Declara que tem renda aproximada de dois salários mínimos, mas ostenta padrão de vida de pessoa abastada, com inúmeras viagens para o exterior, gastos enormes em cartões de crédito, pagamento de condomínio cujo valor excede em duas ou três vezes o valor de aluguel de imóvel de padrão razoável e veículos. Detém, ainda, valores *depositados* em instituições financeiras no exterior, embora perante o Fisco conste como pessoa que não auferir renda suficiente para ser declarada.

Além do que, o representado é proprietário de imóvel nos Estados Unidos, tendo naquele país conseguido carteira de motorista e inscrição junto à Previdência Social. Sendo assim, não é preciso muito tino para se concluir que, caso seja colocado em liberdade, irá se evadir

do distrito da culpa, frustrando a aplicação da lei penal. Ainda não o fez porque contava com a eficácia de suas manobras processuais, as quais conduzirão inexoravelmente à prescrição caso não haja um rigor maior por parte da Justiça. Com os decretos de prisão preventiva, entretanto, por certo passará a pensar diferentemente.

Foram, inclusive, os artifícios procrastinatórios que levaram este Juízo a decretar a preventiva do representado. A tática da defesa consistia em arrolar testemunhas no exterior e em outras localidades do País, as quais raramente eram localizadas nos endereços indicados. Nas raras oportunidades em que foram encontradas, o Réu nunca esteve presente para fazer reperguntas, o que já evidencia o desinteresse na produção da prova.

Ou seja, o representado abusou do princípio da ampla defesa, relegando a segundo plano o princípio da lealdade processual. Não é, evidentemente, a atitude que se espera de quem se diz inocente e perseguido; ao contrário, deveria ser o maior interessado em desvencilhar-se das imputações o mais rápido possível, sabido que no Direito Penal o ônus da prova recai sobre os ombros da acusação.

Note-se que uma das testemunhas arroladas pela defesa do representado, Sandra Terezinha Mielczarski, cujo depoimento é essencial para o deslinde do processo, simplesmente desapareceu após ter prestado declarações para AFTNs de Porto Alegre, afirmando que jamais outorgou procurações ao representado e nunca constituiu empresa de espécie alguma. Segundo depoimento do tabelião do 5º Ofício de Notas desta Capital, referida testemunha, ao proceder à retratação em cartório fazia-se acompanhar do representado, não podendo ser outra a conclusão senão a de que está o representado a ocultar o seu paradeiro.

Afora todas as circunstâncias aqui expostas, acrescente-se que o representado passou a coagir e a proferir ameaças a auditores fiscais, atribuindo-lhes também práticas criminosas, além de suscitar suspeições de membros do Ministério Público e Magistratura, conforme já consignado” (fls. 24 a 27).

Pela leitura da imputação fática que recai sobre o Paciente, bem como pela decisão que determinou sua segregação cautelar, observa-se que, além da magnitude da lesão causada – diga-se de passagem que é extremada –, o magistrado local lastreou-se em outras circunstâncias que, a meu sentir,

reforçam a necessidade de sua manutenção sob cárcere. Com efeito, a materialidade e indícios de autoria, como ressaltado, encontram-se incontroversos. O acusado responde a diversas ações penais, sendo que três processos e um inquérito foram perpetrados após a revogação de um outro decreto de prisão preventiva que pesava sobre si, o que demonstra a sua inclinação para a prática delituosa. Ressalte-se, ainda, que uma das testemunhas arroladas pela defesa, Sandra Terezinha Mielczarski, cujo depoimento é essencial para o deslinde do processo, simplesmente desapareceu após ter prestado declarações para os Auditores Fiscais de Porto Alegre, afirmando que jamais outorgou procurações ao representado. Segundo depoimento do tabelião do 5º Ofício de Notas desta Capital, a referida testemunha, ao proceder à retratação em cartório fazia-se acompanhar do acusado, não podendo ser outra a conclusão, como salientado pelo acórdão guerreado, de que o Paciente pode estar ocultando o seu paradeiro.

Afora todas as circunstâncias aqui expostas, acrescente-se que consta, ainda, dos autos que o Paciente coagiu e proferiu ameaças a auditores fiscais, atribuindo-lhes também práticas criminosas, além de suscitar suspeições de membros do Ministério Público e da Magistratura. A decisão guerreada ressalta, ainda, que o Paciente possui imóveis e inscrição na previdência social americana, o que poderia levá-lo, se colocado em liberdade, a evadir-se do País.

Como ressaltado pela então Juíza do Tribunal Regional Federal da 4ª Região Ellen Gracie Northfleet, hoje componente do Pretório Excelso, ao divergir do Relator, no caso:

“... a prática delituosa punível com reclusão e noticiada pelo Ministério Público Federal encontra-se suficientemente amparada em evidências e indícios indicativos da autoria pelo Paciente. A ‘fumaça do bom direito’ aponta negativamente em sua direção. *Não há dúvida de que a lesão perpetrada atinge cifras vultosas, em prejuízo dos cofres públicos.* De outra parte, não há como ignorar que o acusado mantém residência e consideráveis recursos em depósito fora do País, sendo viável a sua evasão com prejuízo à aplicação da lei penal e conseqüente gravame à ordem pública. Esta (a ordem pública) encontra sua maior garantia na confiança em relação à atuação eficiente e equânime do Poder Judiciário.

Milita em seu desfavor, ademais, o fato de já anteriormente se haver beneficiado de ordem de **habeas corpus** (n. 97.04.193344-4-PR) que

antevia a possibilidade de reiteração justificada da prisão preventiva na hipótese, *entre outras, de prática de novos delitos*. Essa ordem foi concedida em 18.6.1997. Ora, as cópias das denúncias contra o ora paciente, juntadas às fls. 88/113 informam que o mesmo, *no período compreendido entre janeiro de 1995 e setembro de 1998, reincidiu na prática do delito* previsto pelo artigo 1^o, inciso I, da Lei n. 8.137/1990, de forma continuada, mês a mês (Ação Penal n. 99.0012874-5). Além desses fatos, o Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra o paciente (Ação Penal n. 99.0012875-3), por infração aos artigos 147 (ameaça) e 331 (desacato), c.c. o artigo 69, todos do Código Penal, em razão de fatos praticados contra Auditores Fiscais do Tesouro Nacional e servidores da Receita Federal, nos dias 21.6.1995, 9.10.1998, 29.10.1998 e 3.11.1998. E, ainda, na Ação Penal n. 99.0013518-0, na qual foi exarado o decreto contra o qual se insurge a presente impetração, o Paciente é acusado pela prática dos delitos tipificados no artigo 22 da Lei n. 7.492/1986 e artigo 1^o, § 1^o, incisos I e II, e artigo 1^o, § 4^o, todos da Lei n. 9.613/1998, em razão de vários fatos ocorridos entre janeiro de 1992 e maio de 1999.”

A prisão cautelar, no caso, levou em consideração não só a repercussão do crime, mas, também, os pressupostos do art. 312 do Código de Processo Penal. Deste modo, com fundamento no art. 30 da Lei n. 7.492/1986 (magnitude da lesão) e art. 312 do CPP, foi decretada a constrição cautelar do Paciente. O eminente Ministro Carlos Velloso, em despacho exarado no HCPR (pedido de reconsideração) n. 80.288-RJ – DJ de 2.8.2000 – asseverou:

“... (omissis).

Sob este prisma, a magnitude da lesão é mais um dos elementos que servem à delimitação do conteúdo da ordem pública abalada e que se pretende resguardar, já que ocorreu num cenário sócio-econômico em que se impõe toda sorte de sacrifícios à esmagadora maioria da população brasileira, com todo tipo de privações, carências, perdas, opressões e desalento ...

Não bastasse a gravidade concreta do fato, com repercussão extremamente negativa à ordem pública ..., ainda se apurou outros elementos importantes que mais acentuam a necessidade da medida extrema.

... (omissis)”

Ainda no STF, o ilustre Ministro Moreira Alves, por ocasião do julgamento do HC n. 72.865-SP, justifica, embasado em outros precedentes daquele Pretório, a custódia preventiva nessas circunstâncias. Como ressaltou o ilustre Ministro Fernando Gonçalves no HC n. 14.270-SP, "... a credibilidade do aparelho judiciário, que merece ser velada por toda a magistratura, é também, instrumento da ordem pública e a medida restritiva, nela fundada, deve ser suficientemente substancial, com apoio em fatos concretos e não meras conjecturas ou proposições abstratas." *Essa é a hipótese dos autos.*

Com relação aos documentos novos juntados à fl. 423, dentre os quais, sentença proferida em um dos processos a que responde o Paciente, absolvendo-o, entendo que tal circunstância não elide a necessidade da prisão preventiva, já que ainda pendentes *11 (onze) ações penais* que ratificam os argumentos esposados pelo magistrado de 1^a grau.

Por tais fundamentos, *denego a ordem.*

É como voto.

VOTO-VENCIDO

O Sr. Ministro Edson Vidigal: Em que pese a magnitude da lesão supostamente causada, tendo em vista que a prática dos fatos que deram ensejo à acusação de crime contra o Sistema Financeiro Nacional e lavagem de dinheiro ocorreram há muito tempo – 1991 e 1997 –, tendo o Réu comparecido devidamente aos atos processuais, não consigo vislumbrar qualquer ameaça à ordem pública na sua liberdade.

A alegação do magistrado de que o Réu objetiva procrastinar o andamento da ação penal, pedindo a realização de prova testemunhal em outras localidades do País e até mesmo no exterior, também não justifica a decretação da sua prisão preventiva.

Ora, cabe ao juiz fixar um prazo razoável para o cumprimento de carta precatória ou rogatória, sendo que a sua expedição não suspende a instrução criminal (CPP, art. 222, § 1^o).

Ademais, ao concluir pela má-fé da defesa, ao pugnar pela realização de prova testemunhal com a única finalidade de postergar o feito, cabe ao magistrado indeferir o pedido, mediante decisão devidamente fundamentada, não sendo a decretação de prisão preventiva, medida de caráter excepcional, o remédio adequado para resolver a questão.

O simples protocolo de representações contra autoridade atuante na apuração dos fatos não implica, a princípio, no propósito de não querer se “curvar à Justiça”, não se podendo perder de vista o direito constitucional de petição.

O fato do Réu ser possuidor de imóvel e carteira de motorista nos Estados Unidos não se mostra suficiente à conclusão de intenção de fuga, eis que, conforme destacado pelo advogado-impetrante, o Paciente já realizou viagem para o exterior, sempre munido de autorização judicial. Portanto, tal entendimento não passa de mera presunção, eis que desprovido de qualquer elemento concreto a indicar a efetiva necessidade da cautela.

Por fim, não obstante causar estranheza o desaparecimento da testemunha Sandra Terezinha Mielczarski, o Paciente não pode ser responsabilizado por tal situação sem que seja apresentado qualquer elemento mínimo probatório, conforme se dá no caso. Por conseguinte, não há como se concluir que o mesmo esteja causando efetivo óbice ao regular andamento da instrução criminal.

Assim, por considerar que o decreto construtivo contra Cristovam Dionísio de Barros Cavalcanti Júnior não se encontra devidamente fundamentado, nos termos do Código de Processo Penal, art. 312, com as mais respeitadas vênias ao eminente Ministro-Relator, defiro o pedido de **habeas corpus**, para revogar a prisão preventiva.

É o voto.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Sr. Presidente, com a devida vênias do eminente Ministro-Relator, acompanho o voto do Sr. Ministro Edson Vidigal, porque o Réu está solto, durante todo esse tempo, por força de liminares, ou pela Juíza do Tribunal Regional Federal 4ª Região ou pelo Presidente do Tribunal. As autorizações para viajar foram concedidas pelo juiz da causa, pelo juiz natural e consta que o Paciente já foi várias vezes aos Estados Unidos, por força dos seus negócios, sejam quais forem, mas, foi e voltou, e compareceu aos atos processuais. O pedido é tão-somente para que responda em liberdade, ou seja, de revogação da custódia.

Não vejo que a magnitude da lesão e aqueles fatos delituosos que ocorreram basicamente de 1991 e 1997, não obstante ter-se notícias também de que haja outros, praticados em 1999, possam delimitar os requisitos do art. 312 do CPP, os quais têm que ser observados com a leitura do art. 30 da Lei do Colarinho Branco.

Por essas razões, e o pedido atendo-se tão-somente à manutenção das liminares já concedidas, estando o Réu presente, sem ter se evadido, concedo a ordem.

(*) **HABEAS CORPUS N. 15.155 – RS**

(Registro n. 2000.0131351-7)

Relator: Ministro Gilson Dipp
Impetrantes: Werner Cantalício João Becker e outro
Impetrada: Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
Paciente: Siegfried Ellwanger
Sustentação oral: Werner Cantalício João Becker (pelo paciente)

EMENTA: Criminal – **Habeas corpus** – Prática de racismo – Edição e venda de livros fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias – Pedido de afastamento da imprescritibilidade do delito – Considerações acerca de se tratar de prática de racismo, ou não – Argumento de que os judeus não seriam raça – Sentido do termo e das afirmações feitas no acórdão – Improriedade do *writ* – Legalidade da condenação por crime contra a comunidade judaica – Racismo que não pode ser abstraído – Prática, incitação e induzimento que não devem ser diferenciados para fins de caracterização do delito de racismo – Crime formal – Imprescritibilidade que não pode ser afastada – Ordem denegada.

I – O **habeas corpus** é meio impróprio para o reexame dos termos da condenação do paciente, através da análise do delito – se o mesmo configuraria prática de racismo ou caracterizaria outro tipo de prática discriminatória, com base em argumentos levantados a respeito dos judeus – se os mesmos seriam raça, ou não – tudo visando a alterar a pecha de imprescritibilidade ressaltada pelo acórdão condenatório, pois seria necessária, controvertida e imprópria análise dos significados do vocábulo, além de amplas considerações acerca da eventual intenção do legislador e inconcebível avaliação

do que o julgador da instância ordinária efetivamente “quis dizer” nesta ou naquela afirmação feita no **decisum**.

II – Não há ilegalidade na decisão que ressalta a condenação do paciente por delito contra a comunidade judaica, não se podendo abstrair o racismo de tal comportamento, pois não há que se fazer diferenciação entre as figuras da prática, da incitação ou do induzimento, para fins de configuração do racismo, eis que todo aquele que pratica uma destas condutas discriminatórias ou preconceituosas, é autor do delito de racismo, inserindo-se, em princípio, no âmbito da tipicidade direta.

III – Tais condutas caracterizam crime formal, de mera conduta, não se exigindo a realização do resultado material para a sua configuração.

IV – Inexistindo ilegalidade na individualização da conduta imputada ao paciente, não há porque ser afastada a imprescritibilidade do crime pelo qual foi condenado.

V – Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Retomado o julgamento, a Turma, por maioria, denegou a ordem. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Jorge Scartezzini, José Arnaldo da Fonseca e Felix Fischer. Votou vencido o Sr. Ministro Edson Vidigal.

Brasília-DF, 18 de dezembro de 2001 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Gilson Dipp, Relator.

Publicado no DJ de 18.3.2002.

(*) Indicado pelo Sr. Ministro Jorge Scartezzini.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de **habeas corpus** contra

acórdão do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que, apreciando apelação criminal da assistência da acusação, cassou sentença absolutória, condenando o ora paciente às sanções do art. 20 da Lei n. 7.716/1989 (redação da Lei n. 8.081/1990), à pena de 2 anos de reclusão, concedido o *sursis* pelo prazo de 4 anos.

A ementa do r. julgado tem o seguinte teor:

“Racismo. Edição e venda de livros fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias. Art. 20 da Lei n. 7.716/1989 (redação dada pela Lei n. 8.081/1990). Limites constitucionais da liberdade de expressão. Crime imprescritível. Sentença absolutória reformada.”

No presente *writ*, o Impetrante pugna pela concessão de ordem a fim de que seja excluída, do acórdão condenatório, a afirmativa de que o delito, pelo qual o Paciente foi condenado, é imprescritível.

Em razões, sustenta, em síntese, que o Paciente foi denunciado pela prática do delito tipificado na Lei n. 8.081/1990, tendo havido o recebimento da exordial acusatória em 14.11.1991, sendo que o Paciente foi condenado, pelo egrégio Tribunal **a quo**, em 31.10.1996 – ou seja, 4 anos, 11 meses e 17 dias após a instauração da ação penal.

Alega, entretanto, que o Paciente não teria sido condenado pela prática do racismo, pois a condenação foi por *incitamento contra o judaísmo*, sendo que somente a prática do racismo estaria abrangida na Constituição Federal como imprescritível.

Sustenta que a redação originária da Lei n. 7.716/1989 tipificava somente os crimes resultantes de raça e de cor, sendo que apenas com a inserção posterior do art. 20, pela Lei n. 8.081/1990, a tipificação teria sido estendida à etnia, religião ou procedência nacional – sendo que este novo tipo penal teria silenciado a respeito da imprescritibilidade, a qual teria ficado restrita ao racismo, tão-somente.

Da mesma forma, refere que o fato imputado ao Paciente foi o de delito contra os judeus, que não teria conotação racial, nem seria derivado da prática de racismo, para ser tido como imprescritível, pois a *definição de judeu como raça encontra sempre o veemente repúdio de toda a comunidade judaica, tanto pelos antropólogos judeus, pelos rabinos e pela sua intelectualidade, ainda afirmando que a comunidade judaica sempre contestou incisivamente a doutrina nacional socialista que institucionalizou na Alemanha o judeu como*

tipo racial. Assim, assevera que o delito imputado ao Paciente foi contra os judeus, contra o judaísmo, contra a comunidade judaica, não podendo, à luz da palavra autorizada dos antropólogos, dos rabinos e dos intelectuais judeus, ser inserido entre os decorrentes da prática de racismo.

Aduz, por outro lado, que a norma constitucional que dispõe sobre a imprescritibilidade do crime racismo refere-se, em última instância, ao segregacionismo derivado da cor, característico do racismo brasileiro, ressaltando ser *inegável que o desejo do constituinte foi o de tornar imprescritíveis os crimes decorrentes da prática do racismo, em conformidade com as características do racismo imperante na sociedade brasileira. Segue afirmando que se o constituinte ou o legislador ordinário quisesse averbar a imprescritibilidade de todos os crimes derivados de quaisquer práticas discriminatórias, raciais ou não-raciais, teria colocado na norma a expressão “prática de discriminação” e não “prática de racismo”, conforme se encontra no texto.*

O pedido de liminar para a suspensão da audiência admonitória foi indeferido (fl. 83).

Prestadas as informações de estilo, a Subprocuradoria Geral da República opinou pela concessão da ordem (fls. 637/644).

É o relatório.

Em mesa, para julgamento.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Aponta-se, como constrangimento ilegal, a imprescritibilidade conferida ao delito previsto no art. 20 da Lei n. 7.716/1989 (com a redação da Lei n. 8.081/1990), em cujas sanções foi condenado o Paciente.

Alega-se, em síntese, que deve ser afastada a imprescritibilidade do delito imputado ao Réu, para que o Juízo da Vara de Execuções possa reconhecer a prescrição da pretensão punitiva, eis que, entre a data do recebimento da denúncia e a do julgamento da apelação criminal, quando condenado o Paciente, teria transcorrido mais de 4 anos – prazo prescricional a ser considerado na hipótese, tendo em vista a pena de 2 anos de reclusão então estabelecida.

Sustenta-se, fundamentalmente, que o Paciente não teria sido condenado por prática de racismo – a única abrangida constitucionalmente como

imprescritível – mas, sim, por incitação ao judaísmo – que não teria conotação racial, pois a própria comunidade judaica repudia veementemente a definição de judeu como raça.

Argumenta, por outro lado, que a norma constitucional refere-se ao segregacionismo decorrente da cor, característico do racismo brasileiro, tanto que, se a intenção do legislador fosse a de atingir todos os crimes decorrentes de quaisquer práticas discriminatórias, raciais ou não-raciais, ele teria utilizado a expressão “prática de discriminação” e, não, “prática de racismo”.

Ressalto que, contra despacho que negara trânsito ao recurso especial, anteriormente interposto contra o acórdão ora impugnado – sob a alegação de negativa de vigência aos arts. 53 e 168 do Código de Processo Penal, e ao art. 20 da Lei n. 7.716/1989 – foi ajuizado agravo de instrumento, o qual restou desprovido. No respectivo despacho, foram acatadas as razões do despacho denegatório e do parecer ministerial, unânimes quanto à falta de prequestionamento e à imprópria pretensão de reexame do conjunto fático-probatório.

Interposto agravo regimental, esta Turma, à unanimidade, negou-lhe provimento, tendo sido salientado novamente, naquela oportunidade, a evidente pretensão de reexame de prova, encontrando o óbice da Súmula n. 7 desta Corte.

Agora, na via exígua do *writ*, pretende-se novo reexame da controvérsia, agora sob o enfoque da imprescritibilidade – pois, ao fim e ao cabo, sobressai verdadeira intenção de exame da adequação dos fatos imputados como criminosos ao tipo penal previsto na Lei n. 7.716/1989, ainda que com argumentação paralela à anterior afronta suscitada em sede de recurso especial.

Inicialmente, cabe referir a impropriedade do meio eleito para reexaminar os termos da condenação do Paciente, através da análise do delito – se o mesmo configuraria prática de racismo, ou se caracterizaria outro tipo de prática discriminatória – tudo visando a alterar a pecha de imprescritibilidade ressaltada pelo egrégio Tribunal **a quo**.

Os argumentos levantados a respeito dos judeus – no sentido de que os mesmos não seriam *raça*, com base no repúdio de tal definição pela própria comunidade judaica, ensejariam controvertida e imprópria análise dos significados do vocábulo – como procedido pelo órgão ministerial, que passou, inclusive, a delimitar o *verdadeiro sentido do termo*, em sede de parecer.

Ora, o **habeas corpus** efetivamente não se presta a tais elocubrações.

As amplas considerações sobre eventual *intenção* do legislador, quanto ao *alvo* da norma constitucional que dispõe sobre a imprescritibilidade, também não revelam hipótese hábil ao exame *via writ*.

Outros argumentos a respeito das conclusões do acórdão, no sentido de que *a condenação nos lindes do art. 20, § 1º, da Lei n. 8.081 não significa necessariamente que a condenação seja pela prática do racismo*, revelam verdadeiro propósito de que esta Corte passe a avaliar o que o julgador da instância ordinária efetivamente “quis dizer” nesta ou naquela afirmação constante do julgado impugnado.

Entretanto, penso que deve ser ressaltado que a condenação do Paciente se deu por delito contra a comunidade judaica, não se podendo abstrair o racismo de tal comportamento – o qual restou claramente apontado na parte dispositiva e nos fundamentos da condenação ora impugnada.

O acórdão proferido pelo egrégio Tribunal **a quo** foi suficientemente claro e motivado nesse sentido, sendo descabida a pretendida reavaliação dos seus fundamentos.

Poderia se argumentar que a norma constitucional prevê a imprescritibilidade do crime de racismo, não contemplando as demais condutas preconceituosas e discriminatórias posteriormente trazidas pela legislação infraconstitucional – como a preferência religiosa ou procedência nacional, por exemplo.

Com efeito, a Lei n. 7.716/1989 inicialmente restringiu-se ao preconceito de raça e de cor. Através da Lei n. 8.081/1990, acrescentou-se à Lei n. 7.716/1989 o seu art. 20, que possuía a seguinte redação:

“Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, cor, religião, etnia ou procedência nacional: pena de reclusão de dois a cinco anos.”

O crime de racismo, gizado pela Constituição, é imprescritível, ou seja, a pena é perene, possibilitando que o Estado puna o autor do fato a qualquer tempo – imprescritibilidade esta, que é aplicada no exercício tanto da pretensão punitiva, quanto da pretensão executória.

Nesse sentido, o art. 5º, inc. XLII, da Constituição Federal da República:

“A prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.”

A legislação infraconstitucional não previu a imprescritibilidade como característica do tipo penal do art. 20 da Lei n. 7.716/1989, sendo certo que não se admite a analogia para fins de se aumentar a incriminação penal, ou seja, aplicar-se a analogia visando a estender, a outras condutas, a imprescritibilidade prevista especificamente para a prática do racismo.

Desta forma, se poderia argumentar que apenas a discriminação e o preconceito fundados em motivos raciais se amoldariam à imprescritibilidade constitucional, e que tal imprescritibilidade não atingiria outras motivações (etnia, convicção religiosa, etc.).

Entretanto, a presente hipótese trata, efetivamente, de crime de racismo, tornando-se impróprias maiores digressões a respeito das demais condutas tipificadas no art. 20 da Lei n. 7.716/1989 e se as mesmas seriam, ou não, imprescritíveis.

Da mesma forma, entendo que não há que se fazer diferenciação entre as figuras da prática, da incitação ou do induzimento, para fins de configuração do racismo, eis que todo aquele que pratica uma destas três condutas discriminatórias ou preconceituosas, é autor do delito de racismo, inserindo-se, em princípio, no âmbito da tipicidade direta.

Tais condutas, por sua vez, caracterizam um crime formal, de mera conduta, não se exigindo a realização do resultado material para a sua configuração, bastando, para tanto, a concretização do comportamento típico, como descrito na legislação, com a intenção de sua realização.

Consumam-se, portanto, independentemente do resultado – sendo isso o que restou motivadamente decidido na condenação ora atacada.

Nesse sentido, não vislumbro qualquer ilegalidade na individualização da conduta imputada ao Paciente pelo acórdão condenatório, o qual expressamente consignou que “quem distribui, vendendo-os ao público, livros que defendem idéias (próprias ou alheias, pouco importa) preconceituosas e discriminatórias, com a evidente intenção de gerar discriminação e preconceito, realiza os verbos nucleares do tipo penal do art. 20. E foi isso que o Apelado fez, em plena vigência da Lei n. 8.081” (fl. 44).

Dessarte, não há porque ser afastada a imprescritibilidade do crime pelo qual foi condenado o Paciente.

Diante do exposto, denego a ordem.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini: Sr. Presidente, pedi vista destes autos para melhor apropriar-me da matéria.

Cuida-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário, impetrado por Werner C. J. Becker e outros, sendo paciente Siegfried Ellwanger, contra o v. acórdão do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que, por unanimidade, apreciando apelação criminal interposta pela assistência da acusação, cassou a r. sentença monocrática absolutória e condenou o ora paciente à pena de 2 (dois) anos de reclusão, concedido o *sursis* pelo prazo de 4 (quatro) anos, em decorrência do ilícito previsto no art. 20 da Lei n. 7.716/1989, com a redação dada pela Lei n. 8.081/1990 (*praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional*).

Na presente impetração, requerem os Impetrantes, única e exclusivamente, a concessão da ordem *para que seja excluída da condenação a afirmativa de que o delito é o de racismo, sendo, portanto, nos termos constitucionais, imprescritível* (art. 5º, XLII, CF).

O ilustre Ministro-Relator, Gilson Dipp, denegou a ordem.

Estes são os fatos, em breve relatório.

Passo ao exame do pedido.

Consta dos autos que o ora paciente foi denunciado pela seguinte imputação fática, **verbis** (fls. 14/15):

“Segundo o incluso inquérito policial, o denunciado Siegfried, na qualidade de escritor e sócio-dirigente da Revisão Editora Ltda, situada na rua Voltaire Pires, n. 300, conj. 2/11, nesta cidade, de forma reiterada e sistemática, edita e distribui, vendendo-as ao público, obras de autores brasileiros e estrangeiros, que abordam e sustentam mensagens anti-semitas, racistas e discriminatórias e, com isso, procura incitar e induzir a discriminação racial, semeando em seus leitores sentimentos de ódio, desprezo e preconceito contra o povo de origem judaica.

O denunciado é responsável pela edição e reedição das obras: O Judeu Internacional, autor **Henry Ford**, 2ª reedição, 1989; A História Secreta do Brasil, autor **Gustavo Barroso**, 1ª reedição, 1990; Os Protocolos dos Sábios de Sião, apostilado por Gustavo Barroso, 4ª

reedição, 1989; Brasil Colônia de Banqueiros, **Gustavo Barroso**, 1ª reedição, 1989; Hitler – Culpado ou Inocente?, **Sérgio Oliveira**, 2ª edição, 1990; Os Conquistadores do Mundo – Os Verdadeiros Criminosos de Guerra, Louis Marschalko, 3ª edição; e é autor do livro Holocausto Judeu ou Alemão? – Nos bastidores da Mentira do Século, sob o pseudônimo **S. E. Castan**, cuja edição está acima da 29ª, que tratam exclusivamente de idéias anti-semitas.”

Pretende, agora, que tais fatos não lhe sejam imputados como “*prática de racismo*”, mas somente como “*prática de discriminação*”, já que, no seu entender, *judeu* não é raça, mas, sim, povo, devendo ser afastada a pecha da imprescritibilidade da pena. Logo, o cerne da questão, a meu sentir, está em saber acerca da conceituação da palavra *judeu*, quer **stricto**, quer **lato sensu**, e seus desdobramentos, para averiguar se foi correta ou não a posição adotada pelo v. aresto de origem ao condenar o Paciente pela incitação, indução e prática de racismo.

Inicialmente, verifico que a expressão *racismo* encontra o seguinte significado em nossos dicionários jurídicos:

“Racismo. 1. *Direito Penal.* a) *Teoria defensora da superioridade de uma raça humana sobre as demais;* b) *crime inafiançável e imprescritível consistente em fazer discriminação racial, sujeito à pena de reclusão;* c) *segregacionismo;* tipo de preconceito conducente à segregação de determinadas minorias étnicas; d) ação ou qualidade de pessoa racista; e) discriminação e perseguição contra raças consideradas inferiores (**Matteucci**). 2. *Sociologia Geral,* a) Conjunto de caracteres físicos, morais e intelectuais que distinguem certa raça; b) apego à raça.” (**Diniz, Maria Helena**, in *Dicionário Jurídico*, vol. 4, Editora Saraiva, 1998, p. 29) – grifei.

“Racismo. S. m. (Fr. *racisme*) *Direito Penal.* *Forma extremada de preconceito que leva à segregação certas minorias étnicas. Segregacionismo.* Cognato: racista (adj.), que é adepto do racismo CF, arts. 3ª (IV), 4ª (VIII), 5ª (XLII); Lei n. 7.716, de 5.1.1989. ...” (**Othon Sidou, J. M.**, in *Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, 2ª edição, Ed. Forense Universitária, p. 465).

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ao comentar o art. 5ª do Texto Maior, assim se expressa acerca do tema:

“A forma comum de racismo é a afirmação da superioridade de certas raças em relação às outras, idéia antiga e que não será eliminada pelo sopro da lei. Todavia, correntes políticas se aproveitaram e se aproveitam dessa idéia como bandeira, semeando a discórdia nas comunidades multi-raciais. Mas é também racismo, e condenável, propugnar a separação das etnias, ainda que a pretexto de reparar injustiças antigas ou de favorecer igualdade das condições.

Grave é o perigo social do racismo, particularmente em nações como a brasileira, em que se integram várias raças, cuja convivência pacífica é indispensável.

Por isso, já o constituinte de 1967 lembrara-se de determinar que o legislador punisse o preconceito de raça, com a sua difusão (art. 153, § 8º, *in fine*). O tratamento desigual em razão da raça é, portanto, condenado pelo preceito constitucional, devendo ser caracterizado como crime. ...” (in Comentários à Constituição Brasileira de 1989, vol. 1, 2ª edição, 1997, Ed. Saraiva, p. 57).

No mesmo diapasão, **Celso Ribeiro Bastos** (in Comentários à Constituição do Brasil, vol. 2, 1989, Ed. Saraiva, pp. 216 e 221) e **José Cretella Júnior** (in Comentários à Constituição Brasileira de 1988, vol. 1, 1997, Ed. Forense, p. 481).

Assim, nossos doutrinadores pátrios são categóricos em afirmar, numa linguagem técnico-científico-jurídica que o legislador constituinte teve a intenção de não só punir o preconceito decorrente das diferenças de raças, mas, também, aqueles oriundos das desigualdades relacionadas à etnia ou a grupos nacionais. Certas as palavras do *Parquet* Federal, ao anotar que “... também configura racismo qualquer discriminação ilegal em relação a grupos de pessoas, quer sejam ligadas por uma cultura e religião comuns (católicos, protestantes, muçulmanos, budistas, judeus, etc.), quer sejam unidas pelos liames da mesma nacionalidade (alemães, americanos, argentinos, portugueses, israelitas, chineses, brasileiros, etc.), quer sejam jungidas por laços de uma origem regional semelhante (nordestinos, sulistas, etc.), quer sejam vinculadas por outros traços emocionais ou psicológicos, tais como a aparência da cor da pele (negros, índios, europeus, mestiços, etc.). ...” (fl. 641).

Conforme se depreende da denúncia supratranscrita, o Paciente, não só como autor, mas como editor e distribuidor de livros, pratica, emite e incita terceiros com conceitos pejorativos acerca dos *judeus*. E pode-se afirmar,

com certeza ímpar, que sua acepção do termo está longe daquela descrita pelos Impetrantes em memorial entregue aos pares deste Colegiado, onde transcreve-se cultos pronunciamentos de membros da comunidade judaica em todo o mundo, afirmando que estes (*judeus*) não seriam raça, mas, sim, povo. Ao abarcar a questão, o v. julgado **a quo**, ora atacado, com precisão registra (fls. 29/33):

“Essa insólita autorização precede o índice de Holocausto Judeu ou Alemão? – Nos Bastidores da Mentira do Século, antecipando a intenção proselitista da obra.

Quatro páginas adiante, agradecendo conselhos e sugestões recebidos, o autor lança uma primeira farpa:

‘Para isso, para nos fazer ver, servem também os verdadeiros amigos, dos quais todos nós precisamos e que são uma das maiores riquezas de um homem – e de um povo. Sim, porque há povos que podem ter e de fato *têm* amigos em outros povos’ (grifo meu).

Seguem-se capítulos e mais capítulos, todos de anátema ao judaísmo, cuja síntese tanto pode ser uma frase de efeito atribuída (sem indicação da fonte) a **George Washington**:

‘Eles – os judeus – lutam contra nós mais eficazmente que os exércitos inimigos. São cem vezes mais perigosos para a nossa liberdade e são o grande problema que temos. É de lamentar que todo o Estado, há tempo, não os tenha perseguido como a peste da sociedade e como os maiores inimigos da felicidade da América’ (p. 59);

como uma outra, retirada do ‘testamento político’ de Hitler:

‘Passarão os séculos, mas as ruínas de nossas cidades e nossos monumentos serão testemunhas, e delas brotará para sempre o ódio contra os responsáveis por esses desastres: a judiaria internacional e quem se pôs a seu serviço’ (p. 193).

*Fique claro, desde logo, que não se trata de obra historiográfica. O autor professa o que **Marc Block** denomina ‘superstição da causa única’ (Introdução à História, tradução de **Maria Manuel Miguel e Rui Grácio**, p. 167), e tudo o que pretende é responsabilizar o judaísmo pelas desgraças passadas, presentes e futuras da humanidade.*

Ele seria, por exemplo, a força oculta que teria determinado o prematuro encerramento da carreira do atleta norte-americano Jesse Owens, herói da Olimpíada de 1936:

... **omissis**.

Há passagens de ingenuidade inacreditáveis:

... Outras, de linguagem surpreendente:

‘(...) por ocasião do processo de Auschwitz, quando foram analisados os crimes de guerra lá ocorridos... o Sr. Rassinter se viu impedido de assisti-lo. Foi retirado do trem, na fronteira com a Alemanha, por ser considerado *indesejável*. O homem que estava ajudando a tirar a culpa imputada aos próprios alemães, em vez da estátua que merece, *era um indesejável*. Isto, na verdade, chama-se *subserviência bastante para cachorro safado nenhum botar defeito!!!*’ (p. 125 – grifos originais).

E pelo menos duas do mais grosseiro escárnio. Uma sobre o bombardeio da cidadezinha de Pulawy, descrito por **Stanislaw Szmajzner** no livro *Inferno em Sobibor*:

‘Para mim, o que deve ter acontecido foi o seguinte: a Quinta Coluna, que devia estar infiltrada na pequena e pacata cidade de Pulawy, deve ter avisado à Gestapo, do carniceiro Himmler, sobre as atividades de Stanislaw Szmanjner, um rapaz de apenas 12 anos, mas que se havia oferecido voluntariamente ao Corpo de Prevenção contra Ataques Aéreos, havia-se envolvido na fabricação de máscaras caseiras contra gases, e também na abertura de valas nos jardins de toda a cidade. Himmler deve ter feito o mais amplo relatório a Hitler, coisa típica de alemão ...

Hitler, que adorava massacres de civis, não teve dúvidas: deve ter mandado chamar, imediatamente, aquele que seria o mais condecorado militar da Alemanha, para o qual tiveram de inventar condecorações, pois já possuía todas, o piloto de Stukas Hans U. Rudel, a fim de escolher outros pilotos de sua confiança, para acabar com aquele menino, antes que se tornasse ... um mentiroso! Com precisão matemática, coisa de alemão, os pilotos acertaram quase todas as valas cavadas, achando naturalmente que Stanislaw também

lá se encontrava. Que fracasso! Naquele dia, parece que adivinhou, o Stanislaw ficou em casa, em companhia da mãe e do irmão caçula. *E aí está o homem, criando suas vaquinhas como fazendeiro em Goiás ... e escrevendo ...*' (p. 152).

Outra sobre O Povo Eleito:

'(...) completamente desatualizado quanto a eleições majoritárias (...) *quero saber se a eleição foi precedida de algum regulamento; se havia limitação de inscrições, quantas nações ou povos participaram da mesma; se a eleição foi regional ou abrangeu todo o universo; se os presidentes ou chefes de cada país podiam apresentar as virtudes do seu povo; se houve limitação de gastos; como eram distribuídos os horários de ocupação das praças e dos montes, para a propaganda de cada povo; se era permitido ter cabos eleitorais; onde se realizou a eleição; se houve muita corrupção, alguma tentativa de suborno; quem fiscalizou a apuração; quem testemunhou a diplomação do eleito, que parece também ter recebido uma ampla procuração, e examinar se, eventualmente, não se tratou de uma simples nomeação de candidato biônico*' (p. 301).

Eu poderia citar muitas mais, retirando-as capítulo por capítulo, mas penso que essas bastam para definir o Siegfried Ellwanger, escritor."

Logo, a análise do Paciente sobre o termo judeu está mais próxima dos chamados "Editos de Nuremberg", do teor seguinte, entre eles:

Lei para a proteção do sangue alemão e da honra alemã, de 15 de setembro de 1935

"Art. 1º. Ficam proibidos os casamentos entre judeus e alemães ou pessoas do sangue alemão. Os enlaces já contratados, contrariamente a esta disposição, são nulos, mesmo nos casos em que se devem celebrar no estrangeiro.

Parágrafo único. O Ministério Público é o único qualificado para pedir a anulação dos casamentos.

Art. 2º. As relações sexuais entre judeus e alemães ou pessoas de sangue alemão são proibidas. (...).

Art. 3^o. *Os judeus ficam terminantemente proibidos de terem empregadas domésticas alemãs ou de sangue alemão, com menos de 45 anos de idade.*

Art. 4^o. É proibido aos judeus embandeirar com as cores do Reich os seus estabelecimentos.

Parágrafo único. Em compensação, lhes é permitido ostentar as cores judaicas. A prática dessa ação está subjugada à proteção estatal.

Art. 5^o. Quem infringir a proibição do art. 1^o será punido com reclusão em penitenciária.

§ 1^o. Aquele que infringir a proibição do art. 2^o será punido com cadeia ou penitenciária.

§ 2^o. Quem infringir as determinações dos arts. 3^o e 4^o será castigado com pena de um ano de prisão e multa ou com uma das duas penalidades.

Art. 6^o. O Ministro do Interior decretará os regulamentos administrativos e jurídicos, em acordo com o substituto do Führer e com o Ministro da Justiça, para a efetivação e suplemento da lei necessária.” – grifei.

Ao comentar tal legislação, cientistas alemães (**Stuckart e Globke**), defendendo o segregacionismo anti-semita, dando-lhe um caráter técnico-científico, anotam que:

“O governo nacional-socialista, ao fazer a tentativa de exprimir, na ordem da população nacional do Terceiro Reich, as leis sólidas e eternas da vida e da natureza – que dominam e determinam tanto o destino individual como coletivo –, tem a crença inabalável de estar agindo no sentido do criador onipotente, até o ponto em que isso é possível, considerando os meios imperfeitos que estão à disposição dos homens. A ordem estatal e jurídica do Terceiro Reich deve estar sempre em harmonia com as leis da vida – eternas leis vigentes da natureza para o corpo, o espírito e a alma das pessoas alemãs. *Trata-se, portanto, com relação à nova ordem nacional e étnica dos nossos dias, justamente do reconhecimento e restauração, no sentido mais profundo, da ordem orgânica vital divinamente desejada para a vida do Estado e do povo alemão.*

A lei de proteção sangüínea estabelece a divisão entre sangue judeu

e sangue alemão, no sentido biológico. Esta década de declínio do sentimento de limpeza de sangue e conseqüente dissolução dos valores étnicos clamou por uma premente intervenção jurídica. O perigo agudo que ameaçava o povo alemão por parte do judaísmo obriga, em primeiro lugar, a implantação da lei que impede a mistura sangüínea com judeus. ...” (Schoenberner, Gerhard, in *A Estrela Amarela – A Perseguição aos Judeus na Europa*, Ed. Imago, 1997, pp. 18/19).

Sabe-se que as leis racistas de Nuremberg e seus mais de 20 decretos posteriores arruinaram milhares de famílias e levaram inúmeros inocentes a julgamento. Uma família judaica que empregasse, por exemplo, uma doméstica cristã poderia ser condenada por profanação de raça, da mesma forma que um “ariano” que se casasse, quer em solo alemão, quer no exterior, com uma judia depois da promulgação destas leis. Não se tem o exato número de condenações na Justiça alemã, mas todos conhecem o destino destes condenados: os campos de concentração de *Treblinka*, *Dachau*, *Auschwitz*, *Sobibor*, *Belzec*, *Bergen-Belsen*, entre outros. Foram mais de 6 milhões de mortes, na chamada “Solução Final” do Terceiro Reich.

Ao explicar o racismo contra os *judeus*, **Zygmunt Bauman**, em sua obra *Modernidade e Holocausto*, 1989, pp. 83/84 e 99, assevera:

“Há um aparente paradoxo na história do racismo e do racismo nazista em particular.

No caso de longe mais espetacular e mais conhecido dessa história, o racismo serviu de instrumento para a mobilização de sentimentos e ansiedades antimodernistas e foi aparentemente eficaz basicamente por causa dessa conexão. Adolf Stöcker, Dietrich Eckart, Alfred Rosenberg, Gregor Strasse, Joseph Goebbels e praticamente todos os demais profetas, teóricos e ideólogos do nacional-socialismo usaram o fantasma da raça judaica como grampo para prender os medos das vítimas do passado e das presumíveis vítimas da modernização, que eles preparavam, à *volkisch*, sociedade ideal futura que se propunham a criar para impedir novos avanços da modernidade. *Na sua apelação ao horror profundamente arraigado à rebelião social que a modernidade pressagiava, identificavam a modernidade como o reinado dos valores econômicos e monetários e atribuíam a características raciais dos judeus a responsabilidade por assalto tão implacável ao modo de vida e aos padrões volkisch de valor humano. A eliminação dos judeus foi então apresentada como sinônimo da rejeição à ordem moderna. Isso dá a entender um*

caráter essencialmente pré-moderno do racismo, sua afinidade natural, digamos assim, com emoções antimodernas e sua seletiva adequação como veículo dessas emoções.

Por outro lado, porém, como concepção do mundo e, mais importante, como instrumento efetivo de prática política, o racismo é impensável sem o avanço da ciência moderna, da tecnologia moderna e das formas modernas de poder estatal. Como tal, o racismo é estritamente um produto moderno. *A modernidade tornou possível o racismo. Também criou uma demanda de racismo; uma era que declarava o ganho a única medida do valor humano que precisava de uma teoria da impugnação para redimir as preocupações com o traçado e a guarda de fronteiras nas novas condições em que cruzar fronteiras era mais fácil do que jamais fora. O racismo, em suma, é uma arma inteiramente nova usada na condução de batalhas pré-modernas ou pelo menos não exclusivamente modernas.*

... **omissis.**

A única solução adequada para problemas colocados pela visão racista de mundo é um total e absoluto isolamento da raça patogênica e infecciosa – fonte de doença e contaminação – através de sua completa separação espacial ou destruição física. Por sua natureza, esta é uma tarefa assustadora, impensável, exceto se estiverem disponíveis imensos recursos, meios de mobilização e distribuição planejada, capacidade de dividir a tarefa global em grande número de funções parciais e especializadas e de coordenar sua execução. Em suma, a tarefa é inconcebível sem a burocracia moderna. Para ser eficiente, o moderno anti-semitismo de extermínio tinha de se casar com a moderna burocracia. E foi o que aconteceu na Alemanha.”

No mesmo sentido, **Diane Kuperman**, ao lecionar-nos que “... A primeira classificação racial foi feita por Lineu, no século XVIII, que incluiu todos os seres vivos, inclusive o **homo sapiens**, a espécie humana, que ele subdividiu em quatro raças: europeus, asiáticos, americanos e africanos. *Quase todas as classificações retomadas desde então – algumas multiplicando e complicando o número de raças, outros simplificando-as ao máximo – baseiam-se em características físicas como a cor da pele, a textura dos cabelos, a espessura dos lábios, a pilosidade, o índice cefálico, o tamanho das orelhas, entre outras. Embora pareça fácil à primeira vista, a existência de grande número de classificações raciais comprova que não há, entre os pesquisadores,*

*um consenso quanto ao que deve ser considerado raça. Além disso, as características físicas, que num primeiro momento tão nitidamente identificam as raças, se mostram ineficazes para delimitá-las cientificamente, adverte **Eliane Azevedo**. Alheio a comprovações científicas, o homem médio prefere adotar desculpas biológicas para justificar seu preconceito. Ao invés de dizer ‘não gosto dele porque é judeu’ ou ‘porque é negro’, mostra-se supostamente mais culto ao afirmar que ‘o negro é mais próximo do macaco do que do homem’ ou que ‘o judeu apresenta doenças genéticas degenerativas por força de casamentos endógenos.’ ...” (in *Anti-Semitismo – Novas Facetas de uma Velha Questão*, 1992, Ed. Pontal).*

Desta forma, podemos notar que pretende sim, toda a comunidade, quer cristã, quer judaica, rechaçar a idéia do anti-semitismo como raça, para com isso, sepultar o modelo nazista de racismo, qual seja, que tipos físicos inferiores aos arianos. *Todavia, esta não é posição adotada pelo Paciente, consoante vimos acima em seus escritos e nas idéias que propaga.* Modernamente, vê-se, como lecionado por **Umberto Eco**, um dos maiores pensadores da atualidade, que a intolerância e o racismo populares se colocam acima e antes do que qualquer doutrina, tendo raízes biológicas, como a territorialidade e se fundando em reações emocionais, no preceito de não aceitar e suportar aqueles que são diferentes. Ademais, pode-se afiançar que o constituinte de 1988, ao dispor sobre o tema, pretendeu que tal prática fosse abolida e reprimida em todas as suas formas e não só pela tez da pele.

O art. 20 da Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989, com a redação dada pela Lei n. 8.081/1990, assim dispõe:

“Art. 20. Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, cor, religião, etnia ou procedência nacional.

Pena – reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.”

Ao examinar tal dispositivo legal, quando do julgamento do REsp n. 157.805-DF, DJU de 13.9.1999, de minha relatoria, esta Turma assentou que:

“... O delito previsto no art. 20 da Lei n. 7.716/1989, possui no tipo três núcleos: praticar, induzir ou incitar. Ao acusado é imputada a incitação à discriminação ou preconceito de raça, cor.

Incitar, consoante a melhor doutrina, é instigar, provocar ou estimular e o elemento subjetivo consubstancia-se em ter o agente vontade consciente dirigida a estimular a discriminação ou preconceito. Para a configuração do delito sob esse prisma, basta que o agente saiba que pode vir a causá-lo ou assumir o risco de produzi-lo. Há necessidade, portanto, do dolo (seja direto ou eventual). ...”

Portanto, o legislador ordinário criminalizou a incitação, o induzimento e a prática do racismo, criando três delitos autônomos, embora definidos pela mesma norma penal. E o legislador constituinte puniu um deles, qual seja, o delito de prática. O Paciente, na esteira de todo o exposto e conforme consta do v. aresto de origem e da denúncia, praticou-o, sendo-lhe imputados, assim, os efeitos da imprescritibilidade. Nada há que ser alterado em tal julgado.

Desculpando-me por me alongar, finalizo invocando **Jean-Paul Sartre** para quem o judeu autêntico é o que se reivindica no e pelo desprezo que lhe testemunham, pois estes “... *não possuem a mesma pátria, não possuem qualquer história; o único vínculo que os une é o desprezo hostil que lhes devotam as sociedades que os circundam*”. (in Reflexões sobre o Racismo, 4ª edição, 1965, p. 55).

Mais não há que se perquirir.

Por tais fundamentos, *acompanho o ilustre Ministro-Relator para, também, denegar a ordem.*

É como voto.

VOTO-VISTA VENCIDO

O Sr. Ministro Edson Vidigal: Em face da publicação de vários livros com duros ataques à comunidade judaica, Siegfried Ellwanger foi denunciado por suposta prática do crime previsto na Lei n. 7.716/1989, art. 20 (com a redação dada pela Lei n. 8.081/1990):

“Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, cor, religião, etnia ou procedência nacional, pena de reclusão de dois a cinco anos.”

Entendendo que o caso não passava de mero exercício do direito de liberdade de expressão, onde o acusado nada mais teria feito que manifestar a sua opinião sobre fatos históricos, a Juíza de 1ª grau julgou improcedente a denúncia.

Só que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, concluindo pela efetiva intenção de Siegfried de, através de seus livros, propagar uma ideologia claramente discriminatória contra a comunidade judaica, condenou-o a dois anos de reclusão, com direito a *sursis*.

Neste **habeas corpus**, sustentando-se a inaplicabilidade da Constituição Federal, art. 5ª, XLII, é pedido o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva do Estado.

Diz o Impetrante que a Constituição determina a imprescritibilidade apenas com relação ao crime de racismo, o que não se verifica **in casu**, posto não se tratar o judaísmo de uma raça.

Assim, aplicada a pena de dois anos, como o acórdão condenatório foi proferido após quatro anos, onze meses e dezessete dias após o recebimento da denúncia, pede o Impetrante a declaração da extinção da punibilidade do Paciente.

Após o voto do eminente Ministro-Relator, Gilson Dipp negando a ordem e a manifestação do Ministro Jorge Scartezini, seguindo o mesmo entendimento, pedi vista dos autos.

Meu voto.

Dentro de uma visão teleológica, consigno que o legislador constitucional, ao se utilizar da palavra racismo, quis englobar não só o preconceito direcionado às diferenças de raça propriamente ditas, como também todos os tipos de discriminação ilegal, seja em relação à religião, nacionalidade, regionalidade, aparência física, etc.

Daí não concordar com a tese defendida pelo advogado-impetrante.

Neste caso, o paciente Siegfried Ellwanger, foi o responsável pela publicação de diversos livros, conforme compreendeu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, com a clara intenção de provocar nos leitores uma ideologia efetivamente discriminatória à comunidade judaica.

A Juíza de 1ª grau entendeu que não. Invocando a garantia constitucional da liberdade de expressão, concluiu que o acusado nada mais teria feito que relatar fatos históricos segundo a sua opinião pessoal.

A questão é interessante, todavia, por certo que não estamos aqui para analisar o caso concreto e decidir se houve ou não o crime.

O fato é que o Siegfried foi efetivamente considerado culpado pela instância ordinária, pelo delito previsto na Lei n. 7.716, art. 20, cuja redação volto a destacar:

“Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, cor, religião, etnia ou procedência nacional, pena de reclusão de dois a cinco anos.”

Dentre as três ações possíveis para a caracterização do delito – “praticar, induzir ou incitar” –, o Tribunal de Justiça manifestou-se claramente pelo cometimento da última, face à responsabilidade do Paciente pela “edição e venda de livros, fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias” (fl. 24).

O Paciente não atingiu a nenhuma pessoa diretamente, apenas publicou livros, com manifestações contrárias à comunidade judaica, segundo interpretações pessoais de fatos históricos.

Daí ter consignado o Tribunal Estadual por uma conduta de incitação, de apologia à discriminação do povo judeu.

São três as condutas tipificadas criminalmente, enquanto que a Constituição Federal, ao impor a imprescritibilidade, assim o faz direta e tão-somente quanto à conduta mais agressiva da “prática de racismo” propriamente dita.

Como se sabe, no ordenamento jurídico não há palavras inúteis. Se a norma incriminadora aponta três condutas claras para a caracterização do tipo legal e a Constituição indica a imprescritibilidade apenas com relação àquela mais agressiva, evidentemente, não quis englobar as outras condutas de menor potencial ofensivo.

Tratando-se de norma que limita direito, impõe-se a sua interpretação restritiva, razão pela qual consigno pela impossibilidade da sua incidência sobre as demais condutas típicas previstas no apontado dispositivo incriminatório.

Nesse sentido, a manifestação do ilustre Subprocurador-Geral da República Eitel Santiago de Brito Pereira (fl. 644):

“A condenação do Paciente decorreu, portanto, de uma mera estimulação a um comportamento mais ofensivo, a prática do racismo.

Não há, nos autos, notícias de que se chegou, pelo menos, a tentar efetivamente cometer atos discriminatórios contra a comunidade judaica. E a Constituição somente reputa como imprescritível a prática de ações preconceituosas, não se podendo ampliar a restrição nela contida, como fez o acórdão vergastado.”

Assim, por entender pela inaplicabilidade da CF, art. 5º, XLII, neste caso, com todo o respeito ao posicionamento do eminente Ministro-Relator, defiro a ordem de **habeas corpus**, para declarar extinta a punibilidade do acusado, em face da prescrição da pretensão punitiva do Estado, por não vislumbrar, no exercício do direito de manifestação do pensamento, em um Estado de Direito Democrático, edição de livros que a Constituição assegura ser livre, **data venia** dos doutos votos respeitáveis e bem escritos do eminente Relator e do Sr. Ministro Jorge Scartezzini.

É o voto.

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 11.961 – SP

(Registro n. 2001.0129871-3)

Relator: Ministro Edson Vidigal
Recorrente: Sílvio Rodrigues
Advogado: Sílvio Rodrigues
Recorrido: Tribunal Regional Federal da 3ª Região
Paciente: Fernando Veiga Rodrigues

EMENTA: Penal – Débito previdenciário – Notificação prévia expedida para eventual quitação do débito junto à Previdência antes do recebimento da denúncia – Um dos réus não foi encontrado – Recebimento da denúncia – Lei n. 8.212/1991, art. 95, § 1º, d – Ofensa ao princípio da isonomia – Não-ocorrência.

1. Todos os réus foram notificados segundo os endereços constantes dos autos. Como tal notificação foi procedida por mera liberalidade do Juízo, não estava ele obrigado a determinar a realização de todos os procedimentos possíveis para a localização do paciente.

2. Recurso a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. 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 José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer, Gilson Dipp e Jorge Scartezini votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília-DF, 5 de fevereiro de 2002 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Edson Vidigal, Relator.

Publicado no DJ de 18.3.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Edson Vidigal: Presidente, em virtude da empresa Brobrás Ferramentas Pneumáticas Indústria e Comércio não ter repassado à Previdência as contribuições descontadas dos salários de seus empregados no período de março de 1995 a agosto de 1996, os sócios da Empresa foram denunciados nas penas da Lei n. 8.212/1991, art. 95, **d**.

Antes de receber a denúncia, determinou o Juiz de 1ª grau que os Réus fossem notificados para, querendo, quitarem a dívida junto à Previdência Social, a fim de que fosse declarada a extinção da punibilidade.

Não encontrado no endereço constante dos autos, a denúncia foi recebida com relação a Fernando Veiga Rodrigues.

Em **habeas corpus**, reclamou Fernando ofensa ao princípio constitucional da isonomia, já que não teve a oportunidade de quitar o débito, conforme foi ofertado ao outro sócio; bem como o fato da Empresa ter aderido ao Refis.

A ordem foi negada pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Eis a ementa:

“Processual Penal e Penal. **Habeas corpus**. Omissão no recolhimento de contribuições previdenciárias. Artigo 95, § 1º, **d**, da Lei n. 8.212/1991. Arguição de nulidade. Inocorrência. ‘Refis’. Lei n. 9.964, de 10.4.2000, artigo 15. Inaplicabilidade.

I – A intimação do denunciado, antes do recebimento da denúncia para, querendo, efetuar a quitação do débito junto à Previdência Social, de modo a ensejar eventual decretação da extinção da punibilidade **ex vi** do artigo 34 da Lei n. 9.245/1995, não encontra fundamento no ordenamento jurídico, por falta de previsão legal. Trata-se, pois, de mera liberalidade do Juízo, da qual não decorre nenhum direito subjetivo para o agente.

II – As notificações expedidas ao co-réu e ao Paciente destinaram-se aos endereços constantes dos autos, sendo que, em relação ao paciente expediram-se duas notificações, uma para a sede da Empresa e a outra para o endereço residencial em Campinas-SP, único conhecido do Juízo.

III – Incabível exigir-se do magistrado a realização de diligências suplementares com vistas a lograr obter a efetiva localização do Paciente.

IV – Inaplicável ao caso **sub examen** o disposto no artigo 15 da Lei n. 9.964/2000, pois a denúncia oferecida contra o Paciente foi recebida em data anterior à instituição do Refis.

V – Ordem denegada.”

Nesse recurso ordinário, sustenta-se que “ao se oferecer tal oportunidade ao co-réu na ação penal não o tendo feito ao Paciente, ora agravante, não se agiu em desacordo com uma mera liberalidade, mas, sim, contra algo muito mais abrangente, infringiu-se um princípio do Direito Penal, o da isonomia, cristalizado na Carta Magna”.

Opina o Ministério Público pelo não-provimento do recurso (fls. 126/129).

Relatei.

VOTO

O Sr. Ministro Edson Vidigal (Relator): Sr. Presidente, ao prestar informações perante a Corte **a quo**, assim esclareceu o Juízo de 1^o grau:

“Ao ver deste Juízo, não procedem as alegações alvitradas neste *writ*, porque:

Como já enfatizado anteriormente, a notificação expedida aos co-réus (inclusive ao Paciente), concedendo derradeira oportunidade de

quitação das contribuições sociais não recolhidas tempestivamente, colimando elidir a instauração da ação penal, constitui mera liberalidade do Juízo e não induz espeque para irrogar suposta ofensa ao princípio constitucional da isonomia, ao argumento de que o co-réu recebeu a sua notificação e o Paciente, não.

Ora, tais notificações individuais expedidas ao co-réu e ao Paciente destinaram-se aos endereços constantes dos autos.

As duas notificações do Paciente foram expedidas, a primeira, para o endereço da Brobrás, nesta Capital, e a segunda, para o seu endereço residencial em Campinas-SP, e recebidas (documentos anexos).

Causa espécie que a notificação do Paciente tendo sido recebida na indústria onde foi ele um dos principais gestores, por décadas, não lhe tenha sido encaminhada.”

Como se vê, não há falar-se em ofensa ao princípio da isonomia.

Duas notificações foram expedidas para o Paciente, uma para a Empresa, outra para o seu endereço antigo, só que infelizmente Fernando não foi encontrado.

O mesmo tratamento foi dado ao co-réu Manuel Alonso Luengo, ou seja, foi notificado no endereço que constava dos autos.

Logo, não há qualquer infringência ao princípio da igualdade.

E, como tal notificação foi procedida por mera liberalidade do Juízo, não estava ele obrigado a determinar a realização de todos os procedimentos possíveis para a localização do Paciente.

Assim, ante a inexistência do constrangimento ilegal apontado, nego provimento ao recurso.

É o voto.

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 11.978 – SP

(Registro n. 2001.0133191-0)

Relator: Ministro Edson Vidigal

Recorrente: José Ferreira da Silva

Advogado: Nélson Marchetti
Recorrido: Tribunal Regional Federal da 3ª Região
Paciente: José Ferreira da Silva

EMENTA: Penal – Processual – Moeda falsa – Apreensão – Inquérito policial – Trancamento – **Habeas corpus** – Recurso.

1. Só se a tranca inquérito policial quando evidenciada, desde logo, a atipicidade da conduta praticada, ou se claramente comprovada a inocência do indiciado. Fora estas hipóteses, não se fala em trancamento.

2. O mero indiciamento em inquérito policial não configura, por si só, constrangimento ilegal reparável em **habeas corpus**.

3. Recurso em **habeas corpus** conhecido, mas não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. 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 José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer, Gilson Dipp e Jorge Scartezzini votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília-DF, 5 de fevereiro de 2002 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Edson Vidigal, Relator.

Publicado no DJ de 18.3.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Edson Vidigal: Recurso ordinário interposto por José Ferreira da Silva, contra decisão do TRF-3ª Região, assim ementada:

“**Habeas corpus**. Trancamento de inquérito policial. Ausência de justa causa. Fatos configuradores de crime em tese. Constrangimento ilegal inexistente. Ordem denegada.

1. Demonstrada a existência de crime em tese nos fatos

investigados, configurada está a justa causa para o prosseguimento da apuração realizada no inquérito policial instaurado.

2. Ordem denegada.”

O Recorrente foi surpreendido, durante inspeção de rotina em ônibus que fazia a linha Campo Grande-São Paulo, com US\$ 200.000,00 (duzentos mil dólares) em sua bagagem, “sem a devida documentação comprobatória de sua origem” (fl. 163).

Apreendido e periciado o montante, nele foi detectada a existência de uma cédula falsa, no valor de US\$ 100,00 (cem dólares). Daí a instauração do inquérito policial, tido como legal pela Terceira Turma do TRF-3ª Região, porque presentes, na hipótese, os indícios de autoria e materialidade necessários.

O Recorrente sustenta ausente justa causa para o prosseguimento do inquérito, porque o simples porte de moeda estrangeira não constitui crime. Diz que, quanto ao suposto delito de moeda falsa (CP, art. 289), a conduta seria atípica, na medida em que encontrada apenas uma única cédula falsa, em tamanho montante, sendo que mesmo a autoridade policial teria dificuldade em detectá-la. Assim, inadmissível, quanto a este crime, a modalidade culposa, haveria que ser concedida a ordem.

O Ministério Público, nesta Instância, é pelo não-provimento do recurso.

Relatei.

VOTO

O Sr. Ministro Edson Vidigal (Relator): Sr. Presidente, o Recorrente foi surpreendido, como anotado no relatório, portando quantia, em moeda estrangeira, em muito superior a US\$ 10.000,00 (dez mil dólares), hipótese, portanto, submetida aos ditames da Lei n. 9.069/1995 e à Resolução n. 2.524, do Banco Central. Ouvido, informam os autos, não logrou comprovar a origem do dinheiro, supostamente recebido como pagamento pela venda de uma aeronave.

É iterativo, entre nós, que o trancamento de inquérito policial somente é possível se evidenciada a atipicidade da conduta praticada, ou se claramente comprovada a inocência do indiciado. E, no caso dos autos, a peça destinada à formação da **opinio delicti** evidencia a prática, em tese, de delitos. Inadmissível, pois, por esse argumento, o trancamento pretendido.

Também não assiste razão ao Recorrente quando pretende fazer crer que não existem quaisquer indícios de que tenha ele cometido qualquer infração que justifique o seu indiciamento, ou de que atípica a conduta investigada. A deliberação de indiciamento ou não de pessoas investigadas fica a cargo da autoridade policial, e a análise pretendida é prematura.

O que pretende o Recorrente, em verdade, é desde logo frenar as investigações, pondo fim desde já à eventual responsabilidade penal que porventura tenha, em relação aos fatos que, por enquanto, apenas estão sendo investigados.

Cumpra salientar, pois, que o mero indiciamento em inquérito policial não configura, por si só, constrangimento ilegal reparável pelo **habeas corpus**.

Assim, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

É o voto.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 10.164 – DF

(Registro n. 98.0065083-0)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca
Recorrente: Helena Oliveira da Silva
Advogados: Carlos Alberto de Oliveira e outro
Tribunal de origem: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios
Impetrado: Juízo de Direito da 2ª Vara do Juizado Especial Cível de Taguatinga-DF
Recorridos: Antônio Eduardo Moreira e União

EMENTA: Recurso em mandado de segurança – Processual Civil – *Writ* contra decisão proferida por Juizado Especial – Incompetência do Tribunal de Justiça, mesmo que seja para anulá-la.

Esta Corte já firmou jurisprudência no sentido de que os Tribunais de Justiça não têm competência para rever as decisões dos Juizados Especiais, mesmo que com intuito de anulá-las, muito menos na via mandamental.

Precedentes.

Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. 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. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp, Jorge Scartezzini e Edson Vidigal.

Brasília-DF, 7 de dezembro de 2000 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator.

Publicado no DJ de 5.3.2001.

RELATÓRIO

Helena Oliveira da Silva interpõe, nos termos do art. 105, inciso II, alínea **b**, da Constituição Federal, recurso ordinário em mandado de segurança contra acórdão prolatado pelo egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, resumido conforme a seguinte ementa (fl. 115):

“Jurisdição. Processual Civil. Uma vez proferida a sentença, não pode o juiz apreciar questões deduzidas pelas partes que digam respeito ao processo já decidido (art. 463, CPC).”

Argumenta a Recorrente que o **decisum** violou os arts. 133 e 463, ambos do CPC, bem como o art. 5º, incisos LIII e LIV, da Carta da República, uma vez que, tratando-se de nulidade absoluta, referente à competência do Juizado Especial Cível, perfeitamente cabível o pedido de declaração de nulidade do processo, o que pode ocorrer até por declaração de ofício, sob pena de ofensa aos princípios do juiz natural e devido processo legal.

A União, recorrida, ofereceu, após intimação, contra-razões ao apelo interposto (fls. 131/138).

A douta Subprocuradoria Geral da República opinou pelo desprovi-
mento do recurso ordinário (fls. 144/148).

É o relatório.

VOTO

A impetração visava a "... declarar a nulidade absoluta do processo supra-referido **ab initio**, face à incompetência absoluta do Juizado Especial Cível para conhecê-lo, processá-lo e julgá-lo, ordenando, destarte, sejam os autos remetidos ao juízo competente, vale dizer, a uma das Varas Cíveis da Circunscrição Judiciária de Taguatinga-DF..." (fl. 12).

Tal alegação consistia no fato da "... incompetência absoluta do Juizado Especial Cível para conhecer, processar e julgar ação de despejo c.c. cobrança de aluguéis, uma vez que a hipótese não é prevista na exaustiva relação do art. 275 do CPC, nem na igualmente exaustiva relação do art. 3º da Lei n. 9.099/1995, que prevê, apenas, a hipótese de ação de despejo para uso próprio, e não por falta de pagamento de aluguéis, além do que o requerente teria dado à causa valor inferior ao exigido por lei (CPC, art. 260), apenas para se valer da celeridade do Juizado Especial..." (fl. 3).

Entendendo ausentes os pressupostos que abrem passagem à via mandamental, o ilustre Presidente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, indeferiu a inicial (fl. 103), originando o agravo regimental (fls. 107 e segs.), cuja decisão ora se ataca.

Na verdade, sobre o tema, esta Corte já firmou entendimento:

“Mandado de segurança. Decisão emanada do Juizado Especial. Competência. Órgão recursal do Juizado Especial.

1. A competência para julgar recursos, inclusive mandado de segurança, de decisões emanadas dos Juizados Especiais, é do órgão colegiado do próprio Juizado Especial, previsto no art. 41, § 1º, da Lei n. 9.099/1995.

2. Recurso provido.” (RMS n. 10.334-RJ, DJ de 30.10.2000, Rel. Min. Fernando Gonçalves).

“Processual e Constitucional. Juizados Especiais. Competência. Mandado de segurança.

I – O Tribunal de Justiça não tem competência para rever as

decisões dos Juizados Especiais de Pequenas Causas, ainda que pela via do mandado de segurança.

II – Recurso improvido.” (RMS n. 10.110-RS, DJ de 10.5.1999, Rel. Min. Waldemar Zveiter).

Louvo-me, aqui, da elucidativa conclusão do Ministro-Relator Waldemar Zveiter:

“Assim, da interpretação em comento, extraiu que aquelas normas não cogitam de nenhuma medida judicial perante os Tribunais Estaduais, em face das decisões das Turmas de juízes do Colegiado do *Juizado Especial de Pequenas Causas*.

Correto o lineamento aí esposado pelo MM. Juiz, até porque é também da jurisprudência desta Corte, para a hipótese, a assertiva de que não possui o Tribunal Estadual competência originária, nem recursal, para rever as decisões do Colégio do *Juizado Especial de Pequenas Causas* (RMS n. 2.906-SP).

Tocante ainda ao tema, é de ver-se, o STJ já proclamou que o sistema jurídico processual vigorante impede o ataque direto da decisão judicial pela via da segurança, daí exigir-se, como condição de admissibilidade do **mandamus**, a interposição tempestiva de recurso com efeito suspensivo. O acatamento da segurança como desafio frontal ao decisório convolaria, **ipso facto**, o *writ* em recurso (com prazo dilargante de 120 dias) e para proteger, na maioria dos casos, situações menos relevantes que as comumente impugnadas mediante recurso ordinário (e com efeito suspensivo).

...

Assim, o *writ* não é sucedâneo de recurso próprio e, além do mais, o Tribunal Estadual não é competente para exame de recurso (no caso, nem interposto) contra decisão das Turmas Recursais da Justiça de Pequenas Causas, não tendo, pois, amparo legal, na hipótese, a impetração.

O acórdão recorrido, ao adotar as mesmas razões de decidir, negou provimento ao regimental contra o qual se recorre, via recurso ordinário.

O Impetrante, em suas razões, insiste em afastar os fundamentos

da conclusão do aresto recorrido, mas não logra ilidi-las, já que a solução jurídica remanesce inabalada, em face de reconhecê-la consistente, também a jurisprudência do STJ...”

Adotando integralmente tais fundamentos, até porque as hipóteses são absolutamente análogas, nego provimento ao recurso.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 12.239 – RS

(Registro n. 2000.0067195-9)

Relator: Ministro Jorge Scartezzini
Recorrente: Sindicato dos Auditores de Finanças Públicas do Estado do Rio Grande do Sul – Sindaf
Advogados: Almiro do Couto e Silva e outros
Tribunal de origem: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
Impetrado: Secretário de Fazenda do Estado do Rio Grande do Sul
Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul
Procuradores: Alexandre Mariotti e outros
Sustentação oral: Almiro do Couto e Silva (pelo recorrente)

EMENTA: Processo Civil – Administrativo – Recurso ordinário em mandado de segurança coletivo – Sindicato – Desnecessidade de autorização – Legitimidade ativa **ad causam** mantida – Agente fiscal do Tesouro do Estado do Rio Grande do Sul – Ingresso originário e derivado – Atribuições e competências únicas – Segurança concedida.

1. As normas constitucionais (art. 5º, incisos XXI e LXX, CF/1988) autorizam as entidades associativas, entre elas, os sindicatos, a representarem seus filiados em juízo, nas seguranças coletivas, ocorrendo a chamada substituição processual. Desnecessária, desta forma, autorização expressa (cf. STF, Tribunal Pleno, RE n. 193.382-SP, Rel. Ministro Carlos Velloso, DJU de 20.9.1996). Preliminar de ilegitimidade ativa **ad causam** do Sindicato-recorrente rejeitada.

2. Outrossim, consoante entendimento do Pretório Excelso, esposado na ADIn n. 1.591-RS, relator o ilustre Ministro Octávio Gallotti, pode a Lei Complementar n. 10.933/1997, do Estado do Rio Grande do Sul, unificar em nova carreira (agente fiscal do Tesouro), duas outras preexistentes, quais sejam, auditor de finanças públicas e fiscal de tributos estaduais. Nesta esteira, tanto a forma de ingresso originária (concurso público), como aquela derivada (opção dos auditores e fiscais) têm atribuições e competências plenas, em razão de suas afinidades e da unicidade da carreira. Inteligência do art. 1º da Lei Complementar n. 11.124/1998.

3. Recurso conhecido e provido para, reformando o v. acórdão de origem, conceder a segurança, nos termos em que pleiteada na inicial. Custas **ex lege**. Sem honorários advocatícios, a teor das Súmulas n. 105-STJ e 512-STF.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça em, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso para, reformando o v. acórdão de origem, conceder a segurança, nos termos em que pleiteada na inicial. Votaram com o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros Edson Vidigal, José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer e Gilson Dipp.

Brasília-DF, 6 de novembro de 2001 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Jorge Scartezzini, Relator.

Publicado no DJ de 18.2.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini: Cuida-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto pelo Sindicato dos Auditores de Finanças Públicas do Estado do Rio Grande do Sul – Sindaf, com fundamento no art. 105, II, **b**, da Constituição Federal, contra o v. acórdão de fls. 241/242, prolatado pelo 2º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do

Estado do Rio Grande do Sul que, por maioria, rejeitaram a 1ª preliminar e, à unanimidade, rejeitaram a 2ª preliminar. No mérito, denegaram a segurança, por maioria de votos. A ementa do julgado encontra-se expressa nos seguintes termos, **verbis**:

“Mandado de segurança coletivo. Ausência de autorização ao Sindicato-impetrante. Desnecessidade. Ato atacado revestido de efeito concreto. Inexistência de direito líquido e certo a ser protegido pela estreita via do *writ*.

Preliminar. Ilegitimidade do sindicato, para a impetração de mandado de segurança coletivo em defesa dos interesses de seus filiados, rejeitada por maioria, ainda que não juntada a ata da assembléia pela qual autorizado ao litígio. Desacolhida, ainda, a prefacial de descabimento do *writ* contra lei em tese, tratando-se de ato de efeito concreto.

Mérito. Desconfigura-se violação a direito líquido e certo invocado pelo Sindicato dos Auditores de Finanças Públicas do Estado, ora impetrante, revelando-se a impetração improcedente, porquanto dirigida contra ato do Secretário de Estado da Fazenda, que encontra pleno amparo nas disposições da Lei Complementar n. 10.933/1997, especificamente em seu art. 2º, inc. II, cuja vigência permanece inalterada.

Segurança denegada.”

Alega o Recorrente, nas suas razões, em síntese, que o art. 1º da Lei Complementar n. 11.124/1998 revogou o § 1º do art. 1º da Lei Complementar n. 10.933/1997, bem como o inciso II do art. 2º da Lei Complementar n. 10.933/1997, eliminando o sistema de competências subjetivas, **ratione personae**, e estabelecendo uma única competência objetiva para o cargo de Agente Fiscal do Tesouro do Estado, competência esta resultante da fusão das atribuições dos cargos de fiscal de tributos estaduais e de auditor de finanças públicas. Sustenta, ainda, que o inciso II do art. 2º da Lei Complementar n. 10.933/1997 hostiliza frontalmente os princípios constitucionais da razoabilidade e da igualdade (fls. 279/295).

Contra-razões apresentadas às fls. 300/307, em que o Estado do Rio Grande do Sul, devidamente representado, assentou, preliminarmente, que o Sindicato, como substituto processual, deveria, sob pena de não-conhecimento do recurso, ter acostado aos autos ata de assembléia autorizando o

ajuizamento da ação, bem como a relação nominal de seus filiados, o que inocorreu. Quanto ao mérito, sustenta que não há direito líquido e certo a ser amparado, uma vez que o ato impugnado encontra amparo no disposto no inciso II do art. 2º da Lei Complementar n. 10.933/1997.

Devidamente preparado o recurso (fls. 277/278) e estando este tempestivo, subiu o presente a esta Corte.

A douta Subprocuradoria Geral da República opina pelo não-provimento do recurso (fls. 315/321), vindo-me os autos conclusos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator): Sr. Presidente, o recurso merece ser conhecido, por estar preparado e tempestivo, e provido.

Inicialmente, destaco a preliminar de ilegitimidade ativa **ad causam** suscitada pelo Recorrido em suas contra-razões recursais.

Reza o art. 5º, incisos XXI e LXX, da Constituição Federal, respectivamente:

“Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXI – as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial e extrajudicialmente;

LXX – o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

- a) partido político com representação no Congresso Nacional;
- b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;”

Ao comentar tais dispositivos constitucionais, **Nelson Nery Júnior**, in Código de Processo Civil Comentado, RT, 4ª ed., pp. 89/96, com precisão, assevera que:

“... Para o mandado de segurança coletivo (MSC), a associação não

precisa de autorização e pode impetrá-lo para a defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos (Grinover, RP 57/101...).

... **Omissis.**

... O MSC nada mais é do que a possibilidade de impetrar-se o MS tradicional por meio de tutela jurisdicional coletiva. O adjetivo ‘coletivo’ se refere à forma de exercer-se a pretensão mandamental, e não à pretensão deduzida em si mesma. *O MSC se presta à tutela de direito difuso, coletivo ou individual. O que é coletivo não é o mérito, o objeto, o direito pleiteado por meio do MSC, mas, sim, a ação. Trata-se de instituto processual que confere legitimidade para agir às entidades mencionadas no texto constitucional. ...*” – grifei.

Ora, conforme se depreende das razões supra, as normas constitucionais autorizam as entidades associativas, entre elas, os sindicatos, a representarem seus filiados em juízo. Esta legitimidade processual é, nos dizeres de **Barbosa Moreira**, *autônoma*, porque o sindicato age em nome próprio; *concorrente*, pois não exclui a iniciativa individual do filiado; e *extraordinário*, porquanto este não é titular do direito material submetido à tutela jurisdicional.

Apesar de ter aderido às ponderações do ilustre Ministro Fernando Gonçalves quando do julgamento do MS n. 6.318-DF, em 25.8.1999, rejeito meu posicionamento para acompanhar os eminentes processualistas mencionados e a culta jurisprudência do *Pleno* do colendo Supremo Tribunal Federal, assim ementada:

“Constitucional. Processual Civil. Mandado de segurança coletivo. Substituição processual. Autorização expressa. Objeto a ser protegido pela segurança coletiva. CF, art. 5^º, LXX, b.

I – A legitimação das organizações sindicais, entidades de classe ou associações, para a segurança coletiva, é extraordinária, ocorrendo, em tal caso, substituição processual. CF, art. 5^º, LXX.

II – Não se exige, tratando-se de segurança coletiva, a autorização expressa aludida no inciso XXI do artigo 5^º da Constituição, que contempla hipótese de representação.

III – O objeto do mandado de segurança coletivo será um direito dos associados, independentemente de guardar vínculo com os fins próprios da entidade impetrante do *writ*, exigindo-se, entretanto, que o direito esteja compreendido na titularidade dos associados e que

exista ele em razão das atividades exercidas pelos associados, mas não se exigindo que o direito seja peculiar, próprio da classe.

IV – RE conhecido e provido.” (RE n. 193.382-SP, Rel. Ministro Carlos Velloso, DJU de 20.9.1995) – grifei.

Por tais razões, *reconheço a legitimidade ativa ad causam do Sindicato-impetrante, rejeitando a preliminar suscitada.*

No mérito, sorte assiste ao Recorrente.

Aduz este, nas suas razões, em síntese, que as atribuições do cargo de agente fiscal, criado por lei, devem ser únicas, não se podendo fazer diferença entre aqueles que ingressarem nela por concurso público (forma originária) ou através da opção (forma derivada) permitida pela Lei Complementar n. 10.933/1997, ou seja, aqueles oriundos das carreiras de auditor de finanças públicas e de fiscal de tributos estaduais. Ataca, desta forma, a Portaria n. 82, do Sr. Secretário de Estado da Fazenda que, encampando parecer técnico, entendeu pela impossibilidade de equiparação de funções, devendo os servidores optantes (auditores e fiscais) permanecerem exclusivamente no exercício das atribuições para as quais prestaram concurso público. Sustenta, ainda, que tal diferença viola direitos subjetivos públicos dos agentes fiscais oriundos da carreira de auditor, segundo a inicial (item 14, fl. 10), por dois motivos: primeiro, porque o art. 2º, II, da Lei Complementar n. 10.933/1997 encontra-se revogado pela Lei Complementar n. 11.124/1998; e, depois, a Constituição não permite que múltiplas e diversas competências sejam atribuídas a um mesmo e único cargo (agente fiscal).

Assim, o cerne todo da questão está em saber se pode o ato administrativo acoimado de ilegal determinar que integrantes de uma mesma carreira tenham funções diversas, ou seja, aqueles que ingressarem de forma originária (concurso público) submeter-se-ão a determinadas tarefas e os outros, oriundos da opção prevista na legislação vigente (auditores fiscais), e atribuições distintas.

A meu sentir, isto é impossível. Ademais, a revogação desta distinção houve, com a edição da Lei Complementar n. 11.124/1998. Desta forma, adoto, como razões de decidir, as expandidas pelo eminente Desembargador Araken de Assis que, com precisão, abordou o tema:

“E, com efeito, o art. 2º, II, da Lei Complementar n. 10.933/1997 se revela incompatível com a disposição geral posterior, defluente do art. 1º da Lei Complementar n. 11.124/1998, que reza:

‘Ficam mantidas e consolidadas com os dos cargos de agente fiscal do Tesouro do Estado, as atribuições dos cargos de fiscal de tributos estaduais e de auditor de finanças públicas, definidas nas Leis n. 8.118, de 30 de dezembro de 1985, e 8.533, de 21 de janeiro de 1988, e alterações posteriores.’

Por conseguinte, nenhuma ressalva se realizando quanto à forma de provimento no cargo de agente fiscal, e, conseqüentemente, das respectivas atribuições, todas ficaram consolidadas no novel cargo.

Embora sendo possível identificar o móvel do legislador na supressão da lacuna então vigente, haja vista a suspensão da eficácia dos dispositivos da Lei Complementar n. 10.933/1997, suas intenções se afiguram escassamente relevantes no terreno da hermenêutica. Mereceu o assunto páginas brilhantes de **Carlos Maximiliano** (Hermenêutica e Aplicação do Direito, n. 26, p. 23, 10^a ed., Rio de Janeiro, 1988), no qual localizo pertinente advertência:

‘Se descerem a exumar o ‘pensamento’ do legislador, perder-se-ão em um bátrato de dúvidas maiores ainda e mais inextrincáveis que os resultantes do contexto.’

O campo das cogitações quanto à **mens legislatoris**, na espécie, é vasto. E me parece mais razoável, em lugar de pressupor a intenção de confirmar, através do art. 1^o da Lei Complementar n. 11.124/1998, as disposições da lei suspensa, outra hipótese real e convincente: reaceando o juízo de procedência da ação direta de inconstitucionalidade, tanto que suspensas as disposições relativas às atribuições do cargo de agente fiscal, resultante da regra anômala do art. 1^o, § 1^o, da Lei Complementar n. 10.933/1997 (fl. 103), o legislador buscou racionalizar o assunto, livrando-se do complexo e heterogêneo sistema que criara.

Deixando de lado, porque insuficiente, a interpretação histórica, ocorreu revogação da norma anterior, por força do art. 2^o, § 1^o, da Lei de Introdução, pois o art. 1^o da Lei Complementar n. 11.124/1998 não reproduziu a exceção prevista no art. 2^o, II, da Lei Complementar n. 10.933/1997.

É pertinente, neste particular, a lição de **Wilson de Souza Campos Batalha** (Lei de Introdução ao Código Civil, p. 124, Rio de Janeiro, 1957):

‘Afigura-se-nos que, se a lei nova reproduz regra geral constante de lei anterior, sem se referir às exceções desta constantes, entendeu regular todo o assunto, suprimindo as exceções não expressamente ressaltadas.’”

Nesta esteira, para que dúvida alguma paire acerca da questão, o *Ple- no do Pretório Excelso* já se manifestou sobre a afinidade entre as carreiras de auditor de finanças públicas do Estado do Rio Grande do Sul e de fiscal de tributos estaduais. Naquela ocasião, em decisão majoritária, firmou-se o posicionamento do culto Ministro-Relator Octávio Gallotti, no seguinte sentido (ADIn n. 1.591-RS, DJU de 30.6.2000):

“Das duas carreiras afluentes, tem, no caso, a de auditor de finanças públicas, como atividade básica originária, a concernente às áreas orçamentária, contábil e de auditoria, ao passo que parte, a de fiscal de tributos, do desempenho da ação fiscal e da administração tributária.

Não é, porém, menos verdadeiro, como já tive ocasião de salientar no julgamento da medida cautelar desta mesma ação, que, desde a edição da Lei n. 8.553, de 20 de janeiro de 1988, passaram a compreender-se, entre as atribuições dos auditores, não menos de vinte e seis itens vinculados à área tributária, arrolados no inciso II do anexo único do citado diploma legal:

... **Omissis.**

À atuação dos fiscais de tributo foram acrescentadas, por sua vez, mercê da edição da mesma Lei n. 8.553, atribuições cuja lista abaixo transcrevo, repetindo, lado a lado, para facilitar a comparação, os sete primeiros itens das atividades dos auditores:

Auditores

1 – planejamento, controle e execução da arrecadação das receitas estaduais;

2 – programação, acompanhamento e controle de arrecadação das receitas oriundas de transferências, convênios e repasses da União;

3 – administração da cobrança dos créditos tributários,

inclusive inscrições e cobrança da dívida ativa, na fase administrativa;

4 – administração do cadastro dos agentes arrecadadores, dos devedores do Estado, na área e sua competência;

5 – avaliação de bens, inclusive a contraditória, para fins de recolhimento do imposto sobre a transmissão de bens imóveis e direitos a eles relativos;

6 – controlar, avaliar e auditar os agentes arrecadadores;

7 – pronunciar-se em processos de inventários e arrolamentos, sobre o valor dos bens imóveis e direitos a eles relativos;’ (fl. 46).

Fiscais

‘5 – planejar e controlar a arrecadação das receitas estaduais;

6 – administrar a cobrança dos créditos tributários lançados, inclusive inscrição e cobrança da dívida ativa, na fase administrativa;

7 – administrar o cadastro dos agentes arrecadadores e dos devedores do Estado;

8 – proceder a estimativa fiscal de bens, inclusive quando contraditória, para fins de recolhimento de impostos;

9 – controlar, avaliar e auditar os agentes arrecadadores;

10 – pronunciar-se em processos de inventários e arrolamentos, sobre o valor dos bens imóveis e direitos a eles relativos.’ (fl. 43).

Como se vê, é patente a afinidade de atribuições existente entre uma e outra carreiras (ambas de nível superior), todas cometidas antes da Constituição, não se vislumbrando, de minha parte, impedimento a que, mesmo depois desta, venha a lei a consolidá-las em categoria funcional unificada sob a nova denominação (agente fiscal do Tesouro do Estado).

Julgo que não se deva levar ao paroxismo o princípio do concurso para acesso aos cargos públicos, a ponto de que uma reestruturação convergente de carreiras similares venha a cobrar (em custos e descontinuidade) o preço da extinção de todos os antigos cargos, com a disponibilidade de cada um dos ocupantes seguida da abertura de

processo seletivo, ou, então, do aproveitamento dos disponíveis, hipótese esta última que redundaria, na prática, justamente na situação que a propositura da ação visa a conjurar.

Anoto, finalmente, que, não resultando da lei impugnada acréscimo de remuneração para nenhuma das duas carreiras envolvidas no reenquadramento, se desvanece a suspeita de que, no favorecimento de servidores de uma ou outra, resida a finalidade da lei atacada, e não da conveniência do serviço público, apontada pelas informações de ambos os Poderes competentes do Estado do Rio Grande do Sul (o Legislativo e o Executivo), que acenam, ao inverso, como móvel do ajuizamento da ação, para velha rivalidade lavrada no campo da Pública Administração Estadual gaúcha.”

Finalizando, tenho que, feita a opção pelos auditores e fiscais, à luz da Lei Complementar n. 10.933/1997 (art. 2º, incisos I e II), passaram estes ao cargo de agente fiscal. Se a Lei Complementar n. 11.124/1998 revogou a especificidade anteriormente prevista e os optantes já pertenciam aos quadros da nova carreira, porquanto aderiram a este 1 (um) ano antes – 1997 –, não há que se falar em atribuições e competências distintas, posto que são plenas, em razão de suas afinidades e da unicidade da carreira. Mais não há que se perquirir.

Por tais fundamentos, *tendo rejeitado a preliminar e reconhecendo que as competências e atribuições dos filiados do Impetrante são plenas, conheço do recurso e dou-lhe provimento para, reformando o v. acórdão de origem, conceder a segurança, nos termos em que pleiteada na inicial.*

Custas **ex lege**. Sem honorários advocatícios, nos termos das Súmulas n. 105-STJ e 512-STF.

É como voto.

**RECURSO EM MANDADO DE
SEGURANÇA N. 12.674 – DF**
(Registro n. 2000.0129573-0)

Relator: Ministro Edson Vidigal
Recorrente: Petrônio Augusto
Advogado: Rodrigo Monteiro Augusto

Tribunal de origem: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios
Impetrado: Presidente da Câmara Legislativa do Distrito Federal
Recorrida: Câmara Legislativa do Distrito Federal

EMENTA: Processual Civil e Administrativo – Mandado de segurança – Ação de cobrança – Efeitos patrimoniais pretéritos – Súmulas n. 269 e 271-STF – Recurso.

1. O mandado de segurança não é sucedâneo de ação de cobrança, nem produz efeitos patrimoniais pretéritos, que devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria.

2. Recurso em mandado de segurança conhecido, mas não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. 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 José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer, Gilson Dipp e Jorge Scartezini votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília-DF, 7 de fevereiro de 2002 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Edson Vidigal, Relator.

Publicado no DJ de 18.3.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Edson Vidigal: Assessor Técnico da Câmara Legislativa do Distrito Federal, Petrônio Augusto reclama de decisão do TJDF, assim ementada:

“Administrativo. Constitucional. Servidores da Câmara Legislativa do DF. Reposição salarial. 11,98%. Conversão para URV. Resolução n. 82. Inconstitucionalidade. Concessão da segurança.

Considerando que a Resolução n. 82, bem como os Atos da Mesa Diretora da Câmara Legislativa nela baseados se utilizaram dos mesmos critérios contidos na Medida Provisória n. 434/1994 e suas

sucessivas reedições, determinando que os valores das tabelas de remuneração dos servidores da CLDF fossem convertidos em URV no último dia do mês de competência, quando deveriam ser no dia 20, data em que o pagamento dos servidores do Legislativo passa a ser devido por interpretação do dispositivo constitucional (art. 168), evidenciada está a ilegalidade do decréscimo de vencimentos que vem sendo suportado pelos Impetrantes no percentual de 11,98%. Ordem concedida, com efeitos financeiros a partir da impetração. Decisão nessa parte por maioria.”

O Recorrente sustenta que, prevalecendo o entendimento atacado, “haveria de se submeter desnecessariamente a rito reconhecidamente moroso, para postular direito de natureza nitidamente alimentar” (fl. 121). Pede seja parcialmente reformada tal decisão, garantindo-se-lhe a percepção de referidos valores a partir não da impetração, mas da data em que ocorrida a lesão ao seu direito, qual seja, 1.3.1994.

Admitidos, vieram os autos a esta Corte, sem contra-razões.

O Ministério Público, nesta Instância, é pelo não-provimento.

Relatei.

VOTO

O Sr. Ministro Edson Vidigal (Relator): Sr. Presidente, sem razão o Recorrente. O mandado de segurança não é sucedâneo de ação de cobrança, nem produz efeitos patrimoniais pretéritos, que devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria. Nesse sentido, as Súmulas n. 269 e 271-STF, e a iterativa jurisprudência deste STJ.

Destaco, por oportuno:

“RMS. Administrativo. Servidora pública estadual. Processo administrativo-disciplinar. Suspensão preventiva. Legalidade do ato. Controle do Judiciário. Lei n. 10.261/1968. Violação vislumbrada. Nulidade. Mandado de segurança. Efeitos patrimoniais pretéritos. Impossibilidade.

I – O ato administrativo deve reger-se pelo princípio da legalidade, segundo o qual o administrador público encontra-se vinculado aos comandos normativos, devendo atuar à luz da legislação. Ausente ou maculado o dispositivo legal, deverá o Poder Judiciário exercer o controle da legalidade do ato administrativo, desde que provocado.

II – O art. 265 da Lei n. 10.261/1968 – Estatuto dos Funcionários Civis do Estado de São Paulo – dispõe expressamente que o servidor submetido a processo administrativo-disciplinar poderá ser suspenso preventivamente pelo prazo de 30 (trinta) dias, com o escopo de averiguar as supostas faltas cometidas.

III – **In casu**, ficou provado que no momento da aplicação da medida preventiva à servidora, o processo administrativo já havia ultrapassado a fase instrutória. Neste diapasão, descabida a suspensão para averiguação de faltas, devendo ser invalidada a medida preventiva imposta, por total ausência legal.

IV – Os Verbetes Sumulares n. 269 e 271, ambos do Supremo Tribunal Federal, são claros ao vedar a concessão de efeitos patrimoniais pretéritos em sede mandamental, pois esta ação não se confunde com a de cobrança.

V – Recurso conhecido e parcialmente provido.” (RMS n. 10.743-SP, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 15.10.2001).

“Processual Civil. Agravo regimental. Agravo de instrumento. Mandado de segurança. Efeitos patrimoniais pretéritos. Impossibilidade. Súmulas n. 269 e 271 do STF.

I – O mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança, tampouco pode gerar efeitos patrimoniais em relação a período pretérito.

II – Aplicação das Súmulas n. 269 e 271 do STF (precedentes).

Agravo regimental a que se nega provimento.” (AgRg no Ag n. 338.307-DF, Rel. Min. Felix Fischer, DJ em 25.6.2001).

Assim, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

É o voto.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 13.693 – DF

(Registro n. 2001.0111377-9)

Relator: Ministro Jorge Scartezzini

Recorrentes: Josmaria Madalena Lopes e outros
Advogado: Flávio Lemos de Oliveira
Tribunal de origem: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios
Impetrado: Governador do Distrito Federal
Recorrido: Distrito Federal
Procuradores: Clarissa Reis Lannini e outros
Sustentação oral: Bruno Albano Vizzoto (pelos recorrentes) e Rene Rocha Filho (pelo recorrido)

EMENTA: Processo Civil – Recurso ordinário em mandado de segurança – Servidor público distrital – IPCR – Medida Provisória n. 1.053/1995 – 10,87% – Preliminares preclusas – Decadência rejeitada – Possibilidade jurídica do pedido reconhecida – Carência da ação afastada – Exame do mérito pelo Tribunal **a quo**.

1. As preliminares de falta de interesse processual para agir e ilegitimidade passiva **ad causam**, aventadas em sede de contra-razões de recurso ordinário, encontram-se preclusas, porquanto examinadas na instância ordinária e repelidas, não restaram recorridas. Ademais, correta a posição da Corte de origem ao afastar a decadência, posto que a doutrina e a jurisprudência têm se posicionado no sentido de que, existindo um ato omissivo por parte da Administração, poderá este tornar-se contínuo, não podendo se falar, nestes casos, em decadência da ação mandamental. Cabimento da impetração mantido.

2. A Medida Provisória n. 1.053/1995, bem como suas sucessivas reedições, consubstancia-se em instrumento legal de ordem pública, tendo eficácia plena e imediata, porquanto ao realinhar a economia nacional, acarretou reflexos nas relações trabalhistas estatutárias. Logo, o pedido é juridicamente possível, já que o ordenamento não o proíbe. Se aplicável aos servidores distritais, é outra questão, de certo meritória, devendo ser dirimida pelo Colegiado **a quo**, quando da análise da liquidez e certeza do direito invocado. Carência da ação afastada.

3. Recurso conhecido e provido para, reformando o v. acórdão de origem, afastar a carência, por impossibilidade jurídica do pedido, e determinar o exame do mérito pelo Tribunal **a quo**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça em, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso para, reformando o v. acórdão de origem, afastar a carência decretada, por impossibilidade jurídica do pedido, e determinar o exame do mérito pelo Tribunal **a quo**. Votaram com o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros Edson Vidigal, José Arnaldo da Fonseca e Felix Fischer. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília-DF, 27 de novembro de 2001 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Jorge Scartezzini, Relator.

Publicado no DJ de 18.2.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini: Cuida-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por Josmaria Madalena Lopes e outros, com fundamento no art. 105, II, **b**, da Constituição Federal, contra o v. acórdão de fl. 117, proferido pelo Conselho Especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios que, por maioria, julgou os Autores carecedores do direito de ação, extinguindo o processo sem julgamento do mérito. A ementa do julgado encontra-se expressa nos seguintes termos, **verbis**:

“Mandado de segurança. Direito Constitucional e Administrativo. Recomposição salarial. Reajuste de 10,87%. Medida Provisória n. 1.053/1995. Inaplicabilidade aos servidores públicos do Distrito Federal. Impossibilidade jurídica do pedido. Ausência de lei local. Autonomia constitucional do Distrito Federal.

1. As disposições concernentes à remuneração dos servidores federais não têm, no plano distrital, aplicação automática, já que a autonomia reconhecida na Constituição Federal, por seu art. 32, ao Distrito Federal, atribui-lhe a prerrogativa de dispor, em sede normativa própria, sobre o regime jurídico dos seus servidores. Isso obsta que se estendam, de plano, no âmbito local os efeitos pertinentes à política de remuneração estabelecida pela União em favor dos servidores federais.

2. O reajuste deferido a servidores federais não tem, com fulcro no art. 37, inc. X, da Constituição Federal, extensão automática no plano distrital, uma vez que tais vencimentos e reajustes dos servidores públicos civis dependem de lei votada pela Câmara Distrital, nos termos do art. 15, inc. XIII, da Lei Orgânica do Distrito Federal.”

Alegam os Recorrentes, nas suas razões, em síntese, preliminarmente, descabida a alegação de impossibilidade jurídica do pedido, tendo em vista tratar-se de pleito baseado em normas jurídicas vigentes e eficazes. No mérito, repisam os argumentos da inicial, sustentando terem direito ao reajuste de 10,87% sobre seus vencimentos, a partir de janeiro de 1996, nos termos do art. 9ª da Medida Provisória n 1.053/1995 e suas reedições, em razão de seus enquadramentos como “trabalhadores”, exercentes de um cargo público. Trazem à colação julgados desta Corte (REsps n. 280.370-DF e 273.856-DF) no mesmo sentido. Requerem, ao final, rejeitada a preliminar suscitada, o retorno dos autos ao Tribunal de origem para apreciação do mérito ou, alternativamente, que esta Corte reconheça a procedência do pedido e determine à autoridade-impetrada o pagamento do reajuste pleiteado (fls. 127/146).

Contra-razões apresentadas às fls. 150/160, em que o Distrito Federal, devidamente representado, assentou que a decisão ora atacada não merece qualquer reparo. Ademais, sustenta que houve decadência, falta de interesse processual para agir e ilegitimidade passiva **ad causam**.

Devidamente preparado o recurso (fl. 147) e estando tempestivo, subiu o presente a esta Corte.

A douta Subprocuradoria Geral da República opina pelo provimento do recurso para que o Tribunal **a quo** analise o mérito da impetração (fls. 167/171), vindo-me os autos conclusos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Scartezini (Relator): Sr. Presidente, sendo o presente recurso tempestivo e estando preparado, passo ao exame.

Inicialmente, registro que as supostas preliminares aventadas pelo Recorrido (Distrito Federal), *em sede de contra-razões de recurso ordinário*, quais sejam, *falta de interesse processual para agir e ilegitimidade passiva ad causam*, não podem ser conhecidas por esta Corte Superior, porquanto

examinadas na instância ordinária e repelidas, não restaram recorridas, *razão pela qual entendendo-as preclusas. Melhor sorte não lhe assiste no tocante à decadência da impetração, uma vez que, consoante decidido pelo Tribunal de origem, trata-se de ato omissivo contínuo, oriundo de relações de trato sucessivo.* Tenho asseverado, inúmeras vezes, que a doutrina e a jurisprudência têm se posicionado no sentido de que, existindo um ato omissivo por parte da Administração, poderá este tornar-se contínuo, não se podendo falar, nestes casos, em decadência da ação mandamental. **Carlos Alberto Menezes Direito**, in *Manual do Mandado de Segurança*, Ed. Renovar, RJ, 1998, 3ª ed., p. 77, neste diapasão se coloca, em consonância com julgados deste Tribunal (cf. MS n. 4.255-DF, Rel. Ministro Peçanha Martins, e MS n. 6.212-DF, Rel. Ministro Fernando Gonçalves), ao lecionar, **verbis**:

“Se o ato impugnado for omissivo, em princípio, o termo inicial não tem como ser computado, inexistindo a decadência, porque não flui o prazo. Há, no caso, omissão contínua.”

Logo, infere-se por ato omissivo todo aquele que a autoridade administrativa competente para praticá-lo deixa de fazê-lo, quer por sua própria inércia, quer por deixar de atender a requerimento do interessado. No caso **sub judice**, a autoridade coatora simplesmente deixou de pagar aos Recorrentes o que lhes era, a princípio e apenas em termos de exame do cabimento da ação mandamental, devido, renovando-se mês a mês a abusividade do ato, omitindo-se, desta forma, continuamente acerca de seus eventuais direitos.

No tocante ao pedido recursal dos Impetrantes, ora recorrentes, qual seja, acerca da carência da ação, por impossibilidade jurídica do pedido, observo que o v. aresto ora atacado, ao discorrer acerca do tema, entendeu que *“... resulta indubitado que a remuneração ou reajuste dos servidores locais depende de lei formal aprovada pela Câmara Legislativa e sancionada pelo Governador (LODF, art. 100, VII), não se lhes aplicando a legislação federal, que tem por destinatários os servidores da União”.* Reconheceu, em consequência, a mencionada carência.

Ora, **tempus regit actum** é a regra geral para disciplinar as relações jurídicas, inclusive as trabalhistas. No entanto, o Plano Real e seus desdobramentos, entre eles, a suposta reposição do IPCr apurado pelo IBGE no período compreendido entre janeiro e junho de 1995, contém normas orgânicas da política econômico-financeira do País. Tais regras são de ordem pública e visam a realinhar a economia nacional, acarretando, evidentemente,

reflexos nas relações trabalhistas, quer celetistas, quer estatutárias. Assim, a Medida Provisória n. 1.053/1995, e suas sucessivas reedições, consubstancia-se em instrumento legal de ordem pública, tendo eficácia plena e imediata. O interesse público se sobrepõe ao individual, porquanto é o primeiro que ditará os vínculos entre empregador (Estado) e empregado (servidor). Se aplicáveis tais normas de ordem pública aos servidores distritais, ora recorrentes, é outra questão, essa, sim, meritória, afeita à liquidez e certeza do direito tido por violado. *Com estas ponderações e deixando ressaltado que em hipótese alguma está se prejudgando o mérito, porquanto isto é inoportuno nesta seara recursal ordinária, sob pena de afronta ao duplo grau de jurisdição, não há como aceitar a tese, esposada pelo Colegiado Distrital, de que o pedido é juridicamente impossível.*

Afirmo isto, pois, consoante lições de **Nelson Nery Júnior** “...o pedido é juridicamente possível quando o ordenamento não o proíbe expressamente. Deve entender-se o termo pedido não em seu sentido estrito de mérito, pretensão, mas conjugado com a causa de pedir” (in Código de Processo Civil Comentado, RT, 4ª ed., p. 730).

No mesmo diapasão, parecer do ilustre representante do *Parquet* Federal, o qual, também, adoto como razões de decidir. Com propriedade, S. Ex.^a assevera:

“... Parece-nos assistir razão ao Recorrente.

Cumpre registrar que, tendo sido extinto o *writ*, sem julgamento de mérito, cabe a este egrégio Superior Tribunal de Justiça, tão-somente, analisar as razões da extinção, sem adentrar no mérito da causa, caso contrário, estaria procedendo à inaceitável supressão de instância.

Verifica-se, ademais, que a decisão vergastada lastreia-se na impossibilidade jurídica do pedido, para declarar o não-conhecimento do **mandamus**: ‘*dada a autonomia político-administrativa conferida constitucionalmente ao Distrito Federal (CF/1988, arts. 18, caput, e 32, § 1º), é juridicamente impossível o pedido que vise à aplicação automática de legislação federal, relativo à disciplina remuneratória, aos servidores públicos integrantes dos seus quadros de pessoal e de sua Administração Direta, Autárquica e Fundacional*’.

Como subsídio a uma mais clara compreensão do tema, pertinente trazer à colação o ensinamento de **Luiz Rodrigues Wambier**, extraído de Curso Avançado de Processo Civil:

‘Há, na doutrina, duas opiniões predominantes a respeito dessa condição da ação. Uma delas sustenta que se estará, sempre, diante de pedido juridicamente possível, quando o ordenamento jurídico contiver, ao menos em tese, em abstrato, portanto, previsão a respeito da providência requerida. Outra sustenta que haverá pedido juridicamente possível sempre que inexistir vedação expressa quanto àquilo que concretamente se está pedindo em juízo.

Com fundamento em autorizada doutrina, entendemos que é preciso mesclar essas duas posições para se concluir que, em matéria de direitos contidos na esfera do Direito Privado, é suficiente a inexistência de vedação expressa quanto à pretensão trazida a juízo pelo Autor.

Assim, ainda que inexista previsão expressa na lei (norma material) quanto ao tipo de providência requerida, se proibição não houver, estar-se-á diante de pedido juridicamente possível.

Em sede de Direito Público, todavia, a questão assume contornos diferenciados, pois é o princípio básico desse ramo do Direito (exs.: Direito Administrativo e Direito Tributário) que só se tem por permitido aquilo que a lei expressamente autorizar, sendo vedado aquilo a respeito de que a lei deixe de fazer qualquer referência.

Assim, diante dessa inegável diferença de tratamento do sistema jurídico para as questões de Direito Privado e de Direito Público, a avaliação da presença, ou não, da possibilidade jurídica do pedido deve ser feita à luz dos princípios que informam um e outro ramo do Direito.’

Com efeito, ainda que se adote a prudente argumentação acima, que revela entendimento restritivo quanto ao tema **sub examen**, cumpre observar que a pretensão dos Impetrantes, ora recorrentes, tem por lastro normas jurídicas vigentes e eficazes, sendo, portanto, perfeitamente possível, em tese, o almejado reajuste. Presente, pois, a condição mínima indispensável, para uma aferição preliminar quanto à possibilidade jurídica do pedido. Prosseguir nessa seara não é compatível com o instrumento processual escolhido, pois iria significar o ingresso em análise mais profunda, quanto à efetiva aplicabilidade da aludida legislação aos Impetrantes, configurando-se concreta invasão do mérito da causa.

Demais disso, *'a impossibilidade jurídica do pedido somente implica o indeferimento da petição inicial quando for manifesta'*, sendo certo que *'a melhor técnica sempre foi a de dar maior crédito à versão do autor, deixando para a sentença o exame do seu mérito'*.

Assim, o fato de haver decisões do Tribunal de origem, e da Suprema Corte, admitindo a autonomia político-administrativa do Distrito Federal para instituir a disciplina remuneratória de seus servidores, e que *'não há que se falar em aplicação direta dos diplomas legislativos federais aos servidores do DF, eis que não tem carga normativa para vincular nenhum outro ente federativo, mas apenas incidentes na esfera da União Federal'* (fl. 126), não indica que a pretensão contida no writ possa ser qualificada como juridicamente impossível.

Destarte, **ultima ratio**, a possibilidade jurídica do pedido, a que se refere o artigo 267, VI, do Código de Processo Civil, é a inexistência, no Direito Positivo, de vedação explícita ao pleito contido na demanda.

Nessa esteira de entendimento, convicta que a decisão vergastada é suscetível de reparo, no âmbito do presente apelo constitucional."

Mais não há que se perquirir.

Por tais fundamentos, *conheço do recurso e dou-lhe provimento para, reformando o v. acórdão de origem, afastar a carência decretada, por impossibilidade jurídica do pedido, determinando o exame do mérito do pedido pelo Tribunal a quo.*

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 256.181 – SP

(Registro n. 2000.0039475-0)

Relator: Ministro Felix Fischer
Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo
Recorrido: Edvaldo Terto da Silva
Advogado: José Carlos Pacifico

EMENTA: Penal – Uso de documento falsificado – Carteira nacional de habilitação – Tipicidade – Posse.

I – A simples posse de documento falso não basta à caracterização do delito previsto no art. 304 do Código Penal, sendo necessária sua utilização visando a atingir efeitos jurídicos. O fato de ter consigo documento falso não é o mesmo que fazer uso deste.

II – Se o acusado em nenhum momento usou ou exibiu a documentação falsificada, tendo a autoridade policial tomado conhecimento de tal documento após despojá-lo de seus pertences, não se configura o crime descrito no art. 304 do Código Penal.

Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso, mas negar-lhe provimento. Os Srs. Ministros Gilson Dipp e José Arnaldo da Fonseca votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Jorge Scartezzini e Edson Vidigal.

Brasília-DF, 19 de fevereiro de 2002 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 1.4.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Versam os autos a respeito de recurso especial interposto pelo Ministério Público de São Paulo, com fundamento no art. 105, III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, contra o v. acórdão prolatado pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nestes termos fundamentado, **in verbis**:

“É que o Apelante não chegou a usar o documento falso.

Como se observa dos depoimentos de fls. 100 e 101, o Apelante foi conduzido, pelos investigadores, à delegacia de polícia não por estar dirigindo veículo automotor pela via pública, mas, sim, porque contra

ele existia um mandado de prisão. Por isso, os policiais pediram que ele apresentasse apenas a cédula de identidade, no que foram atendidos. A carteira de habilitação não foi pedida, nem exibida no momento e no local da prisão.

Na delegacia, o Réu igualmente não chegou a usar ou exibir a falsa carteira nacional de habilitação. Ali também ninguém lha pediu. Aconteceu, então, que, após ser o acusado despojado das coisas que trazia consigo, passou a autoridade policial a examiná-las. No meio dessas coisas encontrou o documento mencionado na denúncia e constatou ser falso. Por isso, lavrou o flagrante.

A verdade, porém, é que ‘não foi pedida a carteira de habilitação’ ao Réu (fl. 100). Por isso, ele não chegou a exibi-la ou a usá-la, até porque ninguém se preocupou com o fato de estar ele dirigindo, pouco antes, uma camioneta.

Desse modo, o crime previsto no art. 304 do Código Penal não se aperfeiçoou na espécie.” (fls. 173/174).

O *Parquet* alega violação ao art. 304 do Código Penal, e aduz dissídio jurisprudencial. Sustenta, em suma, que “cuidando-se de crime formal, a conduta típica não específica que para a configuração do crime seja necessário que o documento tenha sido solicitado ou exigido pela autoridade. Pede o provimento do recurso, a fim de que seja reformado o acórdão impugnado, mantendo-se a sentença de 1ª grau”. (fl. 201).

Sem as contra-razões, o recurso foi admitido.

A douta Subprocuradoria Geral da República se manifestou pelo provimento do recurso (fls. 199/207).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): A **questio** trazida à baila no presente recurso especial diz respeito à caracterização do delito descrito no art. 304 do Código Penal, **in verbis**:

“Fazer uso de qualquer dos papéis falsificados ou alterados, a que se referem os arts. 297 a 302:

Pena – a cominada à falsificação ou à alteração.”

O Ministério Público do Estado de São Paulo sustenta, em suma, que por ser crime formal, não se exige que o documento em questão tenha sido solicitado ou exigido pela autoridade.

O recurso não merece prosperar.

De fato, a conduta descrita no art. 304 do Código Penal diz respeito ao uso do documento falsificado para a finalidade definida em lei, não se confundindo a conduta supracitada com a posse ou a simples detenção do papel falsificado, conforme ensinamento de **Nelson Hungria**, in Comentários ao Código Penal (2ª ed., Forense, v. IX, 1959, pp. 297/298), **ex vi**:

“Fazer uso de um documento falso é fazê-lo ou tentar fazê-lo passar como autêntico ou verídico. Por outras palavras: é o emprego ou tentativa de emprego de tal documento como atestado ou meio probatório (aparentemente informado de coação jurídica) do fato juridicamente relevante a que se refere. É preciso que o documento saia da esfera pessoal do agente, iniciando-se uma relação qualquer com outra pessoa, de modo a determinar efeitos jurídicos (**Manzini**).

(...).

(...) O crime consuma-se com o primeiro ato de utilização do documento, ainda que o agente não obtenha a vantagem colimada, ou não ocorra o detrimento de outrem. Não é juridicamente admissível a tentativa: qualquer começo de uso já é o uso.”

A simples posse do documento falsificado não basta à caracterização do delito previsto no art. 304 do Código Penal, sendo necessária sua *utilização visando a atingir efeitos jurídicos*. Ou seja, ter consigo documento falso não é o mesmo que fazer uso deste. No mesmo entendimento, colho a lição de **Heleno Cláudio Fragoso**, in Lições de Direito Penal (6ª ed., Forense, v. II, 1988, p. 382):

“Nesse sentido é a perfeita lição de **Kohlrausch-Lange** (Strafgesetzbuch, Berlim, 1950, 338): ‘Basta que o documento seja apresentado como meio de prova, e que seja levado à esfera de domínio da pessoa a ser iludida, de modo a que se torne certa para esta a possibilidade de tomar conhecimento, por si só, do conteúdo do mesmo’. Deve tratar-se, assim, de uso efetivo e não apenas de simples ameaça ou exibição **ad pompam**, não havendo crime na simples referência oral ao documento falso.

Pode o uso ser de qualquer natureza (judicial ou extrajudicial) e deve consistir em ação, ou seja, num **agere**, sendo incabível o uso por omissão. *Não haverá crime sem a existência de conduta positiva por parte do agente, na utilização do escrito.*”

Ademais, **in casu**, por análise dos autos, verifica-se que o Recorrido não chegou a fazer uso da carteira nacional de habilitação falsificada, como salientou o v. acórdão vergastado:

“É que o Apelante não chegou a usar o documento falso.

Como se observa dos depoimentos de fls. 100 e 101, o Apelante foi conduzido, pelos investigadores, à delegacia de polícia não por estar dirigindo veículo automotor pela via pública, mas, sim, porque contra ele existia um mandado de prisão. Por isso, os policiais pediram que ele apresentasse apenas a cédula de identidade, no que foram atendidos. A carteira de habilitação não foi pedida, nem exibida no momento e no local da prisão.

Na delegacia, o Réu igualmente não chegou a usar ou exibir a falsa carteira nacional de habilitação. Ali também ninguém lhe pediu. Aconteceu, então, que, após ser o acusado despojado das coisas que trazia consigo, passou a autoridade policial a examiná-las. No meio dessas coisas encontrou o documento mencionado na denúncia e constatou ser falso. Por isso, lavrou o flagrante.

A verdade, porém, é que ‘não foi pedida a carteira de habilitação’ ao Réu (fl. 100). Por isso, ele não chegou a exibi-la ou a usá-la, até porque ninguém se preocupou com o fato de estar ele dirigindo, pouco antes, uma camioneta.” (fls. 173/174).

Note-se que o v. acórdão combatido, com a possibilidade de esmiuçar as provas, concluiu que em nenhum momento o Recorrido usou ou exibiu a documentação falsificada, tendo a autoridade policial tomado conhecimento de tal documento após *despojar* o acusado de seus pertences, circunstância esta que afasta a caracterização do crime descrito no art. 304 do Código Penal. Destarte, no mesmo sentido, cito ensinamento *específico* de **Luiz Regis Prado**, **in** Curso de Direito Penal Brasileiro (RT, v. 4, 2001, p. 265), **in verbis**:

“A consumação do delito, que é formal e instantâneo, se dá com

o primeiro ato de utilização do documento falso, independentemente da obtenção de qualquer proveito ou inflição de prejuízo. Mas essa utilização tem que ser aquela relacionada ao emprego do documento para a finalidade à qual é destinado (...). É preciso que o documento saia da esfera individual do agente, iniciando uma relação qualquer com terceiro ou com a autoridade pública, de modo a poder implicar efeitos jurídicos. Assim, por exemplo, se o agente, portando carteira de habilitação falsa, é abordado pela fiscalização de trânsito, consuma-se o delito no momento da entrega ou exibição da falsa CNH ao policial, pouco importando se por espontânea iniciativa do agente ou se em razão de pedido do policial. *Diversa será a situação se, mesmo portando o documento falso, o agente deixar de exibi-lo ao policial confessando que não é habilitado ou mentindo sobre ter se esquecido de trazer a CNH. Ai não haverá o uso, ainda que, eventualmente, o documento seja apreendido em busca pessoal realizada no seu portador.*” (grifei).

Conquanto existam vv. julgados desta Corte em sentido contrário ao entendimento ora esposado, cito por precedentes os vv. acórdãos:

“Recurso em **habeas corpus**. Delito. Tipicidade.

I – A conduta contemplada pelo art. 304 do CP, a se consumar, prescinde do fazer uso de documento. *O só seu porte não tipifica o ilícito.*

II – Recurso provido.” (RHC n. 1.827-MG, Rel. Min. Pedro Acioli, DJU de 17.8.1992).

“Falsidade documental. Uso de documento falso. Configuração duvidosa. Simples porte do documento, sem que o acusado o tenha exibido. Comprometimento do **fumus boni iuris**. **Habeas corpus** concedido. Inteligência do art. 304 do CP.

Não se configura o crime de uso de documento falso *quando o acusado não exhibe a identidade funcional adulterada.*” (RT 686/338).

E, nesta linha:

“Uso de documento falso. Delito não configurado. Indivíduo acusado de ter consigo carteira de habilitação de outro motorista, na qual pusera a sua fotografia, ao ser preso. Absolvição mantida. Voto-vencido. Inteligência do art. 304 do CP.

Trazer consigo documento a outrem pertencente e no qual inseriu

o portador a sua fotografia, não caracteriza o delito do art. 304 do CP. *Ter consigo não é o mesmo que fazer uso de documento falso.*” (RT 536/310).

“Uso de documento falso. Delito não configurado. Denúncia inepta que não especifica como, quando e onde o acusado teria feito uso dos documentos tidos como falsos. Absolvição decretada. Inteligência do art. 304 do Código Penal.

O simples fato de uma pessoa portar, ter consigo, documento falso é comportamento penalmente irrelevante, uma vez que não equivale isso a fazer uso dele. Para configuração do delito do art. 304 do Código Penal é mister que o agente o tenha exibido para qualquer fim e não simplesmente **ad pompam**.” (RT 521/363).

“Uso de documento falso. Delito sequer em tese configurado. Acusado que apenas tinha a posse do documento, não chegando a utilizá-lo. Ausência, pois, de justa causa para a sua inclusão na denúncia. Concessão de **habeas corpus**. Inteligência do art. 304 do Código Penal.

A simples posse de documento falso não constitui o crime do art. 304 do Código Penal. Para a sua configuração, é preciso que o documento saia da esfera pessoal do agente, iniciando-se uma relação qualquer com outra pessoa, de modo a determinar efeitos jurídicos.” (RT 510/439).

“Uso de documento falso. Delito não configurado. Acusado que apenas trazia consigo o documento falsificado, porém não chegou a utilizá-lo porque apreendido. Absolvição decretada. Inteligência do art. 304 do Código Penal.

Trazer consigo documento falso não equivale a usá-lo, uma vez que, até então, não saíra o mesmo da esfera pessoal do seu portador.” (RT 504/341).

“Uso de documento falso. Carteira de habilitação para dirigir veículo falsa. Documento que, entretanto, não foi exibido pelo acusado, mas retirado do seu bolso em momento em que não estava dirigindo. Absolvição restaurada. Embargos recebidos. Inteligência do art. 304 do Código Penal.

Se o documento falso não foi exibido a ninguém, para a sua destinação específica, mas retirado do bolso do acusado, não se configura o delito do art. 304 do Código Penal.” (RT 470/326).

Sendo assim, nego provimento ao recurso.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 259.504 – RN

(Registro n. 2000.0049066-0)

Relator: Ministro Felix Fischer
Recorrente: Ministério Público Federal
Recorrido: Alcimar Pedro da Silva
Advogada: Natércia Nunes Protásio

EMENTA: Penal – Recurso especial – Descaminho – Configuração – Tipo subjetivo – **Onus probandi**.

I – O delito de descaminho, no tipo subjetivo, exige o dolo de *iludir* o pagamento do tributo devido, não podendo tal situação ser desprezada, confundindo-a com matéria de interesse extrapenal ou, o que seria pior, aceitando eventual responsabilidade objetiva (*precedentes*).

II – Ainda que, na maioria das vezes, conforme dicção da doutrina, o dolo venha a ser demonstrado com o auxílio do raciocínio, tal não se confunde com mera presunção que possa excepcionar o disposto no art. 156 do CPP.

Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso, mas negar-lhe provimento. Os Srs. Ministros Gilson Dipp e José Arnaldo da Fonseca votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Jorge Scartezzini e Edson Vidigal.

Brasília-DF, 19 de fevereiro de 2002 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 18.3.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de recurso especial interposto,

pelo *Parquet*, com fulcro no art. 119, inciso III, alínea **c**, da Carta Magna, contra v. julgado do egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região que confirmou a absolvição do Réu-recorrido pela prática do delito de descaminho.

Diz a ementa do v. acórdão reprochado:

“Penal. Descaminho. Art. 334, **caput**, do CP. Inexistência de artifícios para iludir o Fisco. Dolo não comprovado. Atipicidade da conduta.

1. A intenção de iludir o Fisco constitui elemento essencial à caracterização do crime de descaminho.

2. Para uma condenação às penas do crime de descaminho, há que se ter por comprovada, sendo ônus da acusação, a conduta dolosa do agente.

3. Inexistindo da parte do agente qualquer ato objetivando iludir o Fisco, a conduta do agente apresenta-se atípica.

4. Apelação improvida.” (fl. 172).

No corpo do v. **decisum** tem-se:

“O juiz-sentenciante, reconhecendo, **in casu**, a inexistência do dolo, qual seja, a intenção de iludir o Fisco, como elemento essencial à caracterização do crime de descaminho, restou por absolver o denunciado.

Sustenta o Ministério Público Federal estar provada a materialidade do delito, pelo laudo pericial constante nos autos, bem como pela confissão do Réu, e que o mesmo agiu conscientemente, com dolo genérico, ao não efetuar o recolhimento do imposto devido. Aduz, ainda, que a comprovação do destino comercial das mercadorias torna-se dispensável para a tipificação da conduta, sendo bastante o não-pagamento do tributo devido.

Em que pese o fato de constar dos autos confissão do próprio acusado, conforme se verifica das suas declarações perante juízo (fl. 90), em haver introduzido no território nacional mercadorias descaminhadas, impõe-se analisar a matéria, tendo-se em vista outros aspectos.

Para uma condenação nas penas do crime de descaminho, no tipo descrito na peça acusatória, há que se ter por comprovada, sendo ônus

da acusação, a conduta dolosa do agente, que consiste na vontade livre e consciente dirigida à fraude no pagamento do imposto devido. O dolo, como é de inteira sabença, não se presume, antes, porém, impõe-se seja comprovado.

De uma análise dos elementos probantes carreados aos autos, observo que não restou comprovado, de forma inequívoca, que o agente tenha se utilizado de artifício para iludir a Fazenda com propósito de deixar de pagar o tributo.

Uma vez que as mercadorias foram apreendidas numa rodovia pública, após o veículo condutor das referidas mercadorias ter passado por diversos postos de fiscalização da Polícia Federal, bem como por barreiras alfandegárias, conclui-se que as mesmas não ingressaram no País de modo clandestino.

Em face dos próprios fundamentos da sentença, apresenta-se evidente a ausência de prova do dolo na conduta do acusado, na prática dos atos a ele imputados na exordial acusatória.” (fls. 168/169).

No recurso alega-se que o denominado dolo específico é desnecessário e que o crime estaria configurado, tal como em precedentes indicados.

Ao reclamo foi dado seguimento.

A douta Subprocuradoria Geral da República se pronunciou pelo provimento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): Tanto na exordial acusatória como no v. acórdão recorrido, em nenhum momento, há referência de que a conduta do acusado foi a de “iludir”. E, o tipo exige que haja a conduta dolosa de iludir. Ainda que se queira reduzir a importância do referido núcleo, a sua ocorrência é inafastável. É regra basilar de interpretação que, *em princípio, nenhuma palavra do texto legal é supérflua*. Iludir, vale lembrar, é sim, também, deixar de cumprir ou de executar, mas *utilizando truques ou engabelamentos. É, enfim, enganar*. Pois, este elemento deve ser realizado *de forma, é óbvio, dolosa*. Não há que se falar, **data venia**, de dolo específico ou de elemento subjetivo adicional (especial fim de agir). É só o *dolo de iludir* (no todo, ou em parte, ...) que, por sua vez, se apresenta indispensável (art. 18, parágrafo único, do CP, c.c. o art. 5º, inciso II, da Carta Magna).

Nos limites do recurso especial, em que é vedado o reexame do material cognitivo (*Súmula n. 7-STJ*, tal *Pretório Excelso*, a *Súmula n. 279*), suponhamos, **ad argumentandum**, que o Réu tivesse sido liberado, (por erro ou não) na alfândega. Isto não está claro nem na denúncia e nem no v. acórdão increpado. Haveria, aí, o ato de *iludir* dolosamente o pagamento do devido?

Enfim, no delito enfocado, o tipo subjetivo exige o dolo (que não se presume, salvo se ressalta de pronto do material cognitivo **ex vi art. 156 do CPP**) que não pode ser dispensado ou presumido, sob pena de se confundir a situação com matéria extrapenal ou, o que seria pior, aceitando-se a responsabilidade objetiva.

Sobre a **quaestio do onus probandi** (art. 156 do CPP) acerca do dolo, diz **Afranio Silva Jardim** (in *Direito Processual Penal, Forense*, 7^a ed., p. 217, 1999): “Certo que o dolo é algo que pertence ao conteúdo da vontade do sujeito ativo de uma infração penal. Entretanto, nem por isso, há falar-se em presunção de dolo no moderno Direito Processual, pois a sua demonstração será feita através do próprio fato principal e de suas circunstâncias, que devem estar afirmadas na acusação. De há muito já esclarecia o clássico Mittermayer que ‘não se pode negar que o dolo, o mais das vezes, se demonstra com o auxílio do raciocínio; mas isto é mui diverso de dizer-se que é ele objeto de uma presunção’”.

Dando os contornos do tipo tem-se:

“REsp. Penal. Descaminho. A conduta típica do crime de descaminho é iludir. Traduz idéia de enganar, mascarar a realidade, simular, dissimular; o agente vale-se de expediente para dar impressão de não praticar conduta tributável. Há, pois, fraude, por ação, ou omissão. No primeiro caso, ilustrativamente, procura evidenciar a mercadoria ‘a’, como ‘b’; no segundo, se a pessoa indagada pelo agente fazendário se porta objeto tributável, figurando não compreender, deixa de responder, ou não toma a iniciativa de evidenciar o fato.” (REsp n. 100.681-MG, Sexta Turma, Relator Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJU de 30.6.1997).

O *Pretório Excelso*, reformando v. decisório do *egrégio Tribunal Federal de Recursos* (da relatoria do saudoso Ministro Assis Toledo) asseverou:

“Recurso em **habeas corpus**. Acusação de descaminho. Apreensão de bagagem depois de normalmente liberada pela fiscalização

fazendária. Fraude alegada que não se configura, pois em nenhum momento se caracterizou o dolo. Flagrante preparado, sem qualquer indício de que tenha sido iludido o pagamento de impostos acaso incidentes na liberação da mercadoria de ingresso não proibido no País. Recurso provido para trancar a ação penal.” (RHC n. 66.980-8-RJ, Segunda Turma, STF, Relator Min. Carlos Madeira, RT 642/366-372).

Dessarte, entendo não configurado o delito.

Voto pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

RECURSO ESPECIAL N. 262.262 – PR

(Registro n. 2000.0056434-6)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca
Recorrente: Ministério Público Federal
Recorrido: Telmo Marquardt
Advogados: Clínio Leandro Lino Lyra e outro

EMENTA: Recurso especial – Penal e Processo Penal – Contribuição previdenciária descontada dos empregados e não repassada aos cofres públicos – Suspensão da aplicabilidade do art. 95, d, da Lei n. 8.212/1991 pela Medida Provisória n. 1.571 (6ª e 7ª edições) – Convalidação – Lei n. 9.639/1998.

Em virtude do princípio da legalidade estrita, vigente no Direito Penal, a medida provisória não é instrumento normativo idôneo para criar ou excluir tipo penal.

A Medida Provisória n. 1.571/1997 não suspendeu validamente a aplicabilidade da norma penal incriminadora do art. 95, alínea d, da Lei n. 8.212/1991.

Ao extinguir a punibilidade do recorrido, por entender aplicáveis as disposições da mencionada medida provisória, indevidamente convalidadas pelo art. 12 da Lei de conversão n. 9.639/1998, o Tribunal a quo negou vigência ao art. 95, d, da Lei n. 8.212/1991.

Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp, Jorge Scartezzini e Edson Vidigal.

Brasília-DF, 7 de dezembro de 2000 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator.

Publicado no DJ de 5.3.2001.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público Federal, com fundamento na alínea **a** do permissivo constitucional, contra acórdão de fls. 184/189, prolatado pelo egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que, em sede de apelação, declarou a extinção da punibilidade do ora recorrido, condenado em 1ª grau de jurisdição à pena de dois anos e quatro meses de reclusão, em regime aberto, e quatorze dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 95, **d**, da Lei n. 8.212/1991 – não-recolhimento de contribuições previdenciárias – (cf. sentença de fls. 146/149).

A Corte **a quo**, em sede de apelação interposta pela defesa, declarou extinta a punibilidade do Recorrido, aplicando as disposições da Medida Provisória n. 1.571, e reedições n. 6 e 7, convalidadas pelo art. 12 da Lei de conversão n. 9.639/1998. Eis a ementa do aresto (fl. 189):

“Penal. CP, art. 107, inc. II. Processo Penal. CPP, art. 61. Omissão no recolhimento de contribuições previdenciárias. Extinção da punibilidade. Lei n. 9.639, de 25.9.1998.

Permitindo a Lei n. 9.639/1998, que convalidou os efeitos das Medidas Provisórias n. 1.571-6 e 1.571-7, de 1997, o parcelamento dos débitos resultantes da omissão no recolhimento de contribuições previdenciárias, com a conseqüente suspensão do disposto no art. 95, **d**, da Lei n. 8.212/1991, julga-se extinta a punibilidade se o denunciado, valendo-se do benefício legal, teve deferido o parcelamento até o mês de outubro de 1997.”

Opostos e reiterados embargos declaratórios, ambos restaram rejeitados (fls. 199/202 e 210/214), ao fundamento de que, mesmo reconhecido o erro de julgamento, “A contradição que justifica a revisão do julgado, via embargos de declaração é a interna e não a que se estabelece entre o próprio acórdão e a prova produzida” (fl. 214).

Daí o presente recurso especial, em que o Ministério Público Federal sustenta, em síntese, “que o acórdão extinguiu a punibilidade do Réu, ao basear-se no fato de existir prova do pagamento da dívida previdenciária, incorreu em erro grave, já que a suposta quitação não diz respeito ao débito objeto dos autos (fl. 223)”, sendo que, em sede de embargos declaratórios, apesar de se reconhecer que a apontada contradição “parece mesmo existir” (fl. 200), se entendeu não seria aquela a via hábil para enfrentar a questão, porquanto envolve “o exame da matéria relativa aos fundamentos do voto e a prova produzida” (fl. 212).

Por fim, assevera que o aresto hostilizado – ao entender aplicável a mencionada medida provisória ao caso – negou vigência ao art. 95, d, da Lei n. 8.212/1991.

Requer, portanto, o conhecimento e provimento do recurso para, reformada a decisão recorrida, seja restabelecida a sentença de 1ª grau.

Contra-razões de fl. 246.

O recurso foi admitido por despacho de fl. 248.

Recurso extraordinário inadmitido por despacho de fl. 250.

Neste grau de jurisdição, opina o Ministério Público Federal, preliminarmente, pelo não-conhecimento do recurso, mas, no mérito, pelo seu provimento.

É o relatório.

VOTO

De início, cumpre salientar que o presente inconformismo merece ser conhecido, porquanto se cuida de discussão em torno da interpretação de normas de Direito Federal infraconstitucional, que se encontram devidamente prequestionadas na decisão recorrida, estando presentes os demais requisitos de admissibilidade.

Conheço, pois, do recurso.

No mérito, a **quaestio juris** aqui debatida reside em saber se procedeu com acerto a Corte **a quo** quando declarou extinta a punibilidade do

Recorrido, com base na Medida Provisória n. 1.571, a qual, até a sua sétima edição, suspendera a aplicabilidade da norma penal incriminadora do art. 95, alínea **d**, da Lei n. 8.212/1991.

Noutras palavras, cabe perquirir se, ao extinguir a punibilidade do Recorrido, por entender aplicáveis as disposições da Medida Provisória n. 1.571, e reedições n. 6 e 7, convalidadas pelo art. 12 da Lei de conversão n. 9.639/1998, o Tribunal **a quo** teria negado vigência ao art. 95, **d**, da Lei n. 8.212/1991. E mais: teria a Medida Provisória n. 1.571/1997 suspenso validamente a vigência e eficácia do tipo penal descrito no art. 95, alínea **d**, da Lei n. 8.212/1991?

Ao apreciar o tema aqui agitado, esta Corte manifestou-se, em diversas oportunidades, no sentido de ser a medida provisória instrumento normativo inidôneo para criar ou excluir tipo penal, em virtude do princípio da legalidade estrita que vige no Direito Penal. Daí ser inviável declarar-se a extinção da punibilidade invocando-se o texto da Medida Provisória n. 1.571/1997.

A propósito, no julgamento do Recurso Especial n. 230.512-SC, interposto pelo Ministério Público Federal contra acórdão do mesmo Tribunal prolator do julgado ora recorrido (TRF da 4ª Região), e versando hipótese em tudo semelhante à presente, esta Quinta Turma, conduzida pelo eminente Ministro Felix Fischer, concluiu pela ofensa ao art. 95, **d**, da Lei n. 8.212/1991 e deu provimento ao recurso do *Parquet*, em acórdão assim ementado:

“Penal e Processual Penal. Recurso especial. Delito previsto no art. 95, alínea **d**, da Lei n. 8.212/1991. Medida Provisória n. 1.571-7, de 23.10.1997. Pagamento após o recebimento da denúncia.

A Medida Provisória n. 1.571-7, de 23.10.1997, posteriormente alterada, em seu art. 7º, § 6º, indicando a suspensão da aplicação, sob condições da alínea **d** do art. 95 da Lei n. 8.212/1991, de forma alguma, criou uma anistia ou, mais ainda, uma **sui generis abolitio criminis** condicionada a qualquer hora, ao pagamento parcelado do tributo.

Recurso provido, declarando-se a extinção da punibilidade por ocorrente a prescrição da pretensão punitiva (art. 107, IV, CP).” (REsp n. 230.512-SC, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 26.6.2000).

Desse julgado, peço vênha para transcrever os judiciosos fundamentos

do voto-condutor, com remissão a precedentes da Terceira Seção e da Sexta Turma, **verbis**:

“O recorrente, Ministério Público Federal, alega que o v. acórdão vergastado negou vigência ao artigo 95, alínea **d**, da Lei n. 8.212/1991.

De fato, o egrégio Tribunal **a quo**, considerando o pagamento de débito fiscal dentro do prazo de validade da Medida Provisória n. 1.571-7, declarou extinta a punibilidade, conforme a ementa a seguir:

‘Criminal. Contribuições previdenciárias. Lei n. 9.639/1998. Medida Provisória n. 1.571. Direito superveniente. Art. 462 do CPC. Extinção da punibilidade pelo pagamento da dívida.

O art. 12 da Lei n. 9.639/1998 convalidou os atos praticados sob a vigência das medidas provisórias editadas sob o número 1.571.

Havendo prova de que o débito foi pago dentro do prazo de validade dos efeitos da Medida Provisória n. 1.571-7, ou seja, até o advento da Medida Provisória n. 1.571-8, de 20 de novembro de 1997 (que não reeditou o favor), deve ser aplicada a lei superveniente e, por corolário, extinta a punibilidade – art. 462 do CPC c.c. art. 61 do CPP c.c. art. 2º do CP.

Apelação improvida.” (fl. 243).

Entretanto, o pagamento do débito fiscal ocorreu somente após o recebimento da exordial acusatória (fl. 108).

A Medida Provisória n. 1.571-7, de 23.10.1997, posteriormente alterada, em seu art. 7º, § 6º, indicando a suspensão da aplicação, sob condições da alínea **d** do art. 95 da Lei n. 8.212/1991, de forma alguma, criou uma anistia ou, mais ainda, uma **sui generis abolitio criminis** condicionada *a qualquer hora*, ao pagamento parcelado do tributo. E, isto restou claro no pronunciamento da culta Subprocuradora-Geral da República, Dra. Márcia Dometila Lima de Carvalho, na Medida Cautelar n. 1.190-SC (DJU de 11.5.1998), **in verbis**:

‘... a referida medida provisória, seguindo o entendimento maciço da jurisprudência pátria e o disposto no art. 34 da Lei n. 9.249/1995, veio apenas positivizar, legalmente, o fato de que

parcelamento do débito previdenciário e seu adimplemento pontual, antes do recebimento da denúncia, suspendem a aplicação da alínea **d** do artigo 95 da Lei n. 8.212/1991 e gerarão, a tempo, a extinção da punibilidade. Em momento algum, e nunca a jurisprudência o fez, se buscou firmar tese no sentido da extinção da punibilidade após o recebimento da denúncia, quiçá após decisão condenatória, como pretendem os Requerentes.º

A combinação do **caput** do art. 7º com o § 6º evidencia que a regra não abrange os casos em que já existia **persecutio criminis in iudicio** (v.g. ‘incluídas ou não em notificação ...’).

Neste sentido, vale destacar os seguintes precedentes desta Corte:

‘Processual. Omissão no acórdão recorrido. Inocorrência. Violação ao art. 619 do CPP. Inexistência. Recurso especial. Reexame de provas. Súmula n. 7-STJ. Prequestionamento. Falta. Súmulas n. 282 e 356 do STF. Omissão. Recolhimento de contribuição social. Pagamento. Inexistência. Art. 34 da Lei n. 9.249/1995. Pacto de São José da Costa Rica. Medida Provisória n. 1.571/1997. Inaplicabilidade. Dissídio pretoriano. Falta de demonstração analítica. Súmula n. 284-STF.

1. Se o Tribunal de origem, ao solucionar a controvérsia, longe de ser omissivo, bem delineou as questões a ele submetidas, não há se falar em violação ao art. 619 do CPP. Mesmo porque o órgão judicial, para expressar sua convicção, não precisa tecer considerações acerca de todos os argumentos expendidos, apresentando-se escorreito quando se pronuncia sobre as questões de fato e de direito, exprimindo o sentido geral do julgamento.

2. Estando a questão federal, nos moldes em que delineada, demandando incursão na seara fático-probatória, incide o óbice da Súmula n. 7-STJ.

3. Ressente-se o recurso especial do necessário prequestionamento quando as matérias a ele submetidas não foram objeto de decisão por parte do acórdão combatido. Aplicação das Súmulas n. 282 e 356 do STF.

4. Inexistindo pagamento ou parcelamento do débito antes do recebimento da denúncia, não há possibilidade de aplicação do

art. 34 da Lei n. 9.249/1995, com vistas à extinção da punibilidade do crime de omissão no recolhimento de contribuições previdenciárias.

5. O crime decorrente da omissão no recolhimento de contribuições previdenciárias não se equivale à prisão por dívida, daí porque afigura-se inaplicável o Pacto de São José da Costa Rica.

6. Em virtude do princípio da legalidade estrita, vigente no Direito Penal, é inviável a criação ou exclusão de tipo penal por medida provisória, o que afasta, **in casu**, a incidência da Medida Provisória n. 1.571/1997.

7. Não realizado o cotejo analítico entre as teses confrontadas, apresenta-se deficiente a fundamentação recursal, no que tange ao dissídio pretoriano, atraindo, por isso mesmo, o veto da Súmula n. 284-STF.

8. Recurso especial não conhecido.' (REsp n. 200.280-SC, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 10.4.2000).

'Penal e Processual Penal. Medida cautelar criminal. Condenação pelo delito previsto no art. 95, **d**, da Lei n. 8.212/1991. Medida Provisória n. 1.571-7, de 23.10.1997. Parcelamento após o recebimento da denúncia.

Não há qualquer indicativo, no ordenamento jurídico, de que o parcelamento após o início da **persecutio criminis in iudicio** seja causa de extinção da punibilidade. Ausente, portanto, o indispensável **fumus boni iuris**, que pudesse ensejar o excepcional efeito suspensivo ao recurso especial interposto.

Medida cautelar indeferida.' (MC n. 1.190-SC, Terceira Seção, DJ de 11.5.1998).

Voto, pois, pelo provimento do recurso, para condenar o Recorrido como incurso no artigo 95, alínea **d**, da Lei n. 8.212/1991."

Nesse mesmo sentido, recente julgado desta Quinta Turma, de que fui relator:

"Recurso especial. Penal e Processo Penal. Contribuição previdenciária descontada dos empregados e não repassada aos cofres

públicos. Suspensão da aplicabilidade do art. 95, **d**, da Lei n. 8.212/1991 pela Medida Provisória n. 1.571 (6ª e 7ª edições). Convalidação. Lei n. 9.639/1998.

Em virtude do princípio da legalidade estrita, vigente no Direito Penal, a medida provisória não é instrumento normativo idôneo para criar ou excluir tipo penal.

A Medida Provisória n. 1.571/1997 não suspendeu validamente a aplicabilidade da norma penal incriminadora do art. 95, alínea **d**, da Lei n. 8.212/1991.

Ao extinguir a punibilidade do recorrido, por entender aplicáveis as disposições da mencionada medida provisória, indevidamente convalidadas pelo art. 12 da Lei de conversão n. 9.639/1998, o Tribunal **a quo** negou vigência ao art. 95, **d**, da Lei n. 8.212/1991.

Recurso especial conhecido e provido.” (REsp n. 243.914-SC, DJ de 18.9.2000).

Em igual linha, o pronunciamento do ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Miguel Guskow, em percuciente parecer lavrado nestes autos, **verbis** (fl. 261):

“A par da imprestabilidade da medida provisória para suspender a aplicação de dispositivo penal, criando uma causa de extinção da punibilidade, **in casu** verifica-se que a Lei n. 9.639/1998 não poderia ter convalidado qualquer ato praticado com base na Medida Provisória n. 1.571, dado que o instrumento normativo para tal fim é o decreto legislativo, conforme se extrai do art. 62, parágrafo único, da Constituição Federal e da Resolução n. 1/1989 do Congresso Nacional.

Além disso, paradoxalmente a Lei n. 9.639/1998 convalida atos extintivos da punibilidade inexistentes para o ordenamento jurídico brasileiro, visto que criados por ato normativo inidôneo, como já salientado alhures.

Desta forma, na espécie constata-se a alegada negativa de vigência argüida pelo Recorrente, posto que o Tribunal **a quo**, acolhendo norma de todo inexistente no ordenamento positivo pátrio, extinguiu a punibilidade do agente e furtou da proteção penal o bem jurídico tutelado pelo art. 95, alínea **d**, da Lei n. 8.212/1991.”

Com esses fundamentos, conheço do recurso e dou-lhe provimento para cassar o acórdão recorrido e restabelecer a sentença de 1º grau.

RECURSO ESPECIAL N. 295.510 – PI

(Registro n. 2000.0139726-5)

Relator: Ministro Gilson Dipp
Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Procuradores: André Gustavo B. Mota e outros
Recorridos: Arlindo Salustiano da Silva e outros
Advogados: Joarez Maia Sobrinho e outro

EMENTA: Previdenciário e Processual Civil – Art. 535 do CPC – Omissão e contradição – Embargos de declaração – Diferença de IPC e INPC – Matéria nova – Correção monetária das diferenças pagas administrativamente – Portaria n. 714/1993 – Expurgos inflacionários.

I – Inocorreu omissão a ser suprida, pois o Tribunal a quo não cuidou do tema relativo à diferença de INPC e IPC, tendo em vista tratar-se de matéria nova, somente suscitada nos embargos de declaração. Ausência de contradição quanto à aplicação da Súmula n. 41-TRF/1ª Região.

II – Descabe incidência de “expurgos inflacionários” expressos em IPC, no período de 1/1989 a 12/1992, na atualização de parcelas pagas por atraso, em vista de o art. 41, § 6º, da Lei n. 8.213/1991 ter previsto o INPC.

III – Recurso conhecido em parte e, nessa, provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. A Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente do recurso e, nessa parte, deu-lhe provimento, nos termos do voto do Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Jorge Scartezzini, José Arnaldo da Fonseca e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Edson Vidigal.

Brasília-DF, 4 de dezembro de 2001 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Gilson Dipp, Relator.

Publicado no DJ de 4.2.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Cuida-se de recurso especial interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, com fulcro na alínea a do permissivo constitucional, contra v. acórdãos proferidos pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, nos termos das seguintes ementas:

“Processual Civil. Homologação de cálculos. Expurgos inflacionários. Incidente de uniformização de jurisprudência (AC n. 95.01.22291-8-DF).

I – A correção monetária não constitui acréscimo ou penalidade, posto que seu objetivo é tão-somente manter o real poder aquisitivo da moeda;

II – O direito pretoriano firmou o entendimento de que a correção pode ser incluída na fase de liquidação ou de execução, ainda que a sentença liquidanda ou exequenda a ela não se tenha referido;

III – A Primeira Seção, no julgamento do incidente de uniformização de jurisprudência (AC n. 95.01.22291-8-DF), assentou que os chamados expurgos inflacionários devem ser incluídos e fixou expressamente quais os índices a serem considerados;

IV – Negado provimento à apelação e à remessa.” (fl. 104).

“Embargos de declaração. Art. 535 do CPC. Descabimento de embargos de declaração para suscitar questões novas anteriormente não ventiladas. Súmulas n. 19 e 41 do TRF/1ª Região.

I – Inexiste contradição no julgado bem como entre os enunciados da Súmula n. 19 do TRF/1ª Região (que manda aplicar a correção monetária aos débitos reconhecidos administrativamente) e a Súmula n. 41 também do TRF/1ª Região que reconhece a inclusão dos chamados expurgos inflacionários nas correções de débitos.

II – A questão referente à aplicação das diferenças entre o INPC e o IPC é questão nova não ventilada anteriormente.

III – A jurisprudência tem assentado que ‘descabem embargos de declaração para suscitar questões novas, anteriormente não ventiladas’ (q. v. STJ, Quarta Turma, REsp n. 1.757-SP, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira).

IV – Embargos rejeitados.” (fl. 112).

Alega o Recorrente ofensa aos artigos 535, I e II, do CPC, e 41, § 7^o, da Lei n. 8.213/1991.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Preliminarmente, quanto à alegação de ofensa ao artigo 535 do CPC, o recurso não merece acolhida.

O Tribunal **a quo** rejeitou os embargos declaratórios, sob o fundamento de que o acórdão não incorreu em omissão ou contradição.

Quanto à diferença de INPC e IPC, o Embargante sustentou tese nova e contrária à do acórdão embargado, evidenciando que o seu objetivo era o de obter reforma do julgado e não o de suprir qualquer omissão. O acórdão não cuidou do tema relativo à diferença de INPC e IPC, pois o mesmo não foi suscitado anteriormente. É evidente, portanto, o caráter infringente dos embargos declaratórios que suscitavam matéria nova.

Por outro lado, quanto à alegação de contradição no julgado na aplicação das Súmulas n. 19 e 41-TRF/1^a Região, é manifesto o escopo do Embargante, que não pretendia ver suprida a contradição, mas emprestar caráter infringente ao julgado, tendo em vista que o acórdão recorrido foi claro, na medida em que acompanhava a orientação jurisprudencial daquela Corte, considerando devidos os “expurgos inflacionários” no cômputo da correção monetária.

Se não havia omissão ou contradição a suprir, incabível considerar a hipótese de violação ao artigo 535 do CPC.

No mérito, quanto à alegação de violação ao art. 41, § 7^o, da Lei n. 8.213/1991, de respeito aos chamados “expurgos inflacionários”, o índice a aplicar na atualização das parcelas pagas com atraso é inicialmente o INPC até 12/1992 (art. 41, § 6^o, da Lei n. 8.213/1991) e, em seguida, o IRSM, de 1/1993 a 2/1994 (Lei n. 8.542/1992 e 8.700/1993), exatamente como determinado pela Portaria n. 714/1993.

Com efeito, reza a Lei n. 8.213/1991, na sua redação original:

“Art. 41. Omissis.

§ 7^o. O pagamento de parcelas relativas a benefícios, efetuado com atraso por responsabilidade da Previdência Social, será atualizado de acordo com a variação do Índice de Preços ao Consumidor –

INPC, verificado no período compreendido entre o mês em que deveria ter sido pago e o mês do efetivo pagamento.”

Daí que, estando os chamados “índices expurgados” (1/1989, 3, 4 e 5/1990 e 2/1991) dentro do período em que vigorava o INPC, como o índice legal aplicável, não há que se falar em incidência do IPC.

Note-se que a questão não deve ser confundida com a atualização monetária da Lei n. 6.899/1981 que se refere à correção monetária de dívida resultante de decisão judicial e que a jurisprudência, à míngua da continuidade dos índices ORTN/OTN, fixou para o período do 1/1989 a 1/1991 o IPC e, após, o INPC, como se pode conferir pelos acórdãos no EREsp n. 24/168, DJ de 6.3.1995, Rel. Min. Torreão Braz, e REsp n. 191.031, DJ de 11.10.1999, Rel. Min. Gilson Dipp, com estas ementas:

“Correção monetária relativa ao mês de janeiro de 1989.

– De acordo com a orientação da Corte Especial, é de 42,72% o índice da correção monetária a ser adotado para o mês de janeiro de 1989.

– Embargos conhecidos e recebidos em parte.”

“Processual e Previdenciário. Benefício. Reajustes da Súmula n. 260-TFR. Correção monetária. Índices aplicáveis.

Consoante a jurisprudência do STJ, os índices aplicáveis na correção monetária, segundo a Lei n. 6.899/1981, são os da variação das ORTN/OTNs até 12/1988, o IPC de 1/1989 (42,72%) a 1/1991, e de 2/1991 em diante o INPC (IBGE).

Recurso conhecido em parte e, nessa, provido.”

Ante o exposto, conheço em parte do recurso e, nesta extensão, dou-lhe provimento.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 295.824 – RN

(Registro n. 2000.0140319-2)

Relator: Ministro Gilson Dipp

Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Procuradores: Fernando Antônio Correia e outros
Recorrido: Antônio José de Freitas

EMENTA: Processual Civil – Justiça gratuita – Condenação – Sucumbência – Custas e honorários – Correção monetária – Índices – IPC.

I – Ao beneficiário da Justiça gratuita vencido na causa, impõe-se a condenação em custas e honorários, ficando, porém, sobrestada a exigência de pagamento por até 5 (cinco) anos, enquanto perdurar situação de não poder satisfazê-lo sem prejuízo do próprio sustento ou da família. Precedentes do STF e do STJ.

II – Não se tem como ofendido o princípio da coisa julgada quando mandado incluir referidos índices na liquidação.

III – Recurso conhecido em parte e, nessa, provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. A Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente do recurso e, nessa parte, deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Jorge Scartezzini, José Arnaldo da Fonseca e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Edson Vidigal.

Brasília-DF, 4 de dezembro de 2001 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Gilson Dipp, Relator.

Publicado no DJ de 4.2.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Cuida-se de recurso especial com espeque nas alíneas **a** e **c** do art. 105, inciso III, da CF/1988, interposto contra acórdão do TRF/5ª Região, com esta ementa:

“Processual Civil. Embargos à execução. Liquidação de sentença. Correção monetária. IPC/INPC. Aplicabilidade. Honorários advocatícios. Calculados sobre o total do débito. Isenção para os beneficiários da Justiça gratuita.

1. O Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento no sentido de incluir os índices inflacionários expressos pelo IPC/INPC, para fins de atualização de cálculos em liquidação.

2. Mesmo havendo sido quitada administrativamente parte do débito, são devidos os honorários advocatícios em favor dos autores sobre o total da condenação, como fixado na sentença exequênda.

3. Se o benefício da justiça gratuita não foi impugnado ou revogado, nos autos, é isento o beneficiário do pagamento de honorários advocatícios, custas e despesas processuais.

4. Apelação improvida.” (fl. 38).

Alega a Autarquia contrariedade ao art. 20 do CPC e arts. 11, § 2º, e 12, da Lei n. 1.060/1950, vez que é devida a condenação do assistido judicial a honorários advocatícios, ainda que reste suspensa sua cobrança por até 5 (cinco) anos, enquanto perdurar o estado de miserabilidade. Aduz ofensa ao art. 610 do CPC, na medida em que o acórdão recorrido, ao mandar incorporar os índices expurgados, modificou a sentença de mérito. Afinal, indica arestos a confronto.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): A primeira questão não é tranqüila nesta egrégia Corte. Contudo, a orientação majoritária, com o apoio do colendo Supremo Tribunal Federal, é no sentido contrário do acórdão recorrido, isto é, que o assistido judicial não goza de isenção de custas e honorários quando vencido na causa, mas que impõe-se sua condenação, condicionando-se, porém, ao pagamento, dentro de até 5 (cinco) anos, à sua situação financeira “sem prejuízo do sustento próprio ou da família” (art. 12, Lei n. 1.060/1950). Nesse sentido os julgados:

“Custas: condenação do beneficiário da Justiça gratuita. O beneficiário da Justiça gratuita que sucumbe, é condenado ao pagamento das custas, que, entretanto, só lhe serão exigidas, se até cinco

anos contados da decisão final, puder satisfazê-las sem prejuízo do sustento próprio ou da família. Incidência do art. 12 da Lei n. 1.060/1950, que não é incompatível com o art. 5º, LXXIV, da Constituição.” (RE n. 184.841, DJ de 8.9.1995, Rel. Min. Sepúlveda Pertence).

“Processo Civil. Gratuidade. Sucumbência. Parte-vencida. Condenação. Sobrestamento. Prescrição. Art. 12 da Lei n. 1.060/1950.

– A parte beneficiária da Justiça gratuita, quando vencida, sujeita-se ao princípio da sucumbência, não se furtando ao pagamento dos consectários dela decorrentes.

A condenação respectiva deve constar da sentença, ficando, contudo, sobrestada até e se, dentro de cinco anos, a parte-vencedora comprovar não mais subsistir o estado de miserabilidade da parte-vencida.” (REsp n. 8.751-SP, DJ de 11.5.1992, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

“Processual Civil. Beneficiário da Justiça gratuita. Sucumbência. Isenção de honorários. Lei n. 1.060/1950, art. 3º, V.

1. A parte amparada pela Justiça gratuita, quando sucumbente, tem isenção plena no pagamento de honorários advocatícios, ressalvada a sua exigência em havendo futura modificação patrimonial.

2. Recurso conhecido e não provido.” (REsp n. 38.609-RJ, DJ de 19.10.1998, Rel. Min. Edson Vidigal).

“Previdenciário. Beneficiário da Justiça gratuita. Sucumbência. Isenção de honorários. Lei n. 1.060/1950, art. 3º, V.

– O beneficiário da Justiça gratuita, quando sucumbente, tem isenção plena de honorários advocatícios, consoante o disposto no art. 3º, V, da Lei n. 1.060/1950, ressalvando-se a sua exigência em havendo futura modificação patrimonial.

– Recurso conhecido, mas desprovido.” (REsp n. 177.848-RN, DJ de 27.3.2000, Rel. Min. Jorge Scartezini).

Daí que é devida a condenação do assistido judicial a honorários advocatícios.

Por outro lado, de respeito à exclusão dos índices inflacionários expurgados, desassiste razão à Autarquia. É que, tendo a sentença exequenda

definido a correção monetária segundo os critérios da Lei n. 6.899/1991, nada impede a definição dos índices na execução. Nesse sentido:

“Processual e Previdenciário. Execução. Liquidação. Correção monetária. Índices. IPC. Incidência.

Não se tem por ofendido o princípio da coisa julgada quando incluídos referidos índices na liquidação, a título de correção monetária.

Recurso não conhecido.” (REsp n. 230.121, DJ de 26.3.2001, de minha relatoria).

Ante o exposto, conheço em parte do recurso e, nessa extensão, dou-lhe provimento, para condenar o Embargado a honorários que fixo em 5% do valor do excesso embargado, ficando sobrestada a sua execução, nos termos do art. 12 da Lei n. 1.060/1950.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 314.143 – RJ

(Registro n. 2001.0035917-5)

Relator: Ministro Felix Fischer
Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro
Recorrido: José Aldair da Silva
Advogada: Thaís Moya de Souza (Defensora Pública)

EMENTA: 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.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Gilson Dipp e José Arnaldo da Fonseca votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Jorge Scartezzini e Edson Vidigal.

Brasília-DF, 19 de fevereiro de 2002 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 11.3.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de recurso especial interposto pelo *Parquet*, com fulcro no art. 105, inciso III, alínea c, da **Lex Fundamental**is contra v. julgado do egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, assim ementado:

“Atentado violento ao pudor. Inteligência do art. 9º da Lei n. 8.072/1990. Aumento de pena que depende de lesão corporal grave ou morte.

A incidência do aumento de metade da pena, determinada pelo art. 9º da Lei n. 8.072/1990, para os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor (arts. 213 e 214 do CP), só é possível se, do fato, resultar lesão corporal grave ou morte, e se a vítima não for maior de quatorze anos, sofrer de alienação ou debilidade mental, ou não puder, por qualquer outra forma, oferecer resistência, pois é nesse sentido aquela norma legal, que manda aumentar as penas para aqueles crimes, *se combinados eles com os pressupostos do art. 223*, e desde que *esteja a vítima em qualquer das hipóteses referidas no art. 224*, ambos do CP. Assim, a violência presumida, como é o caso da praticada contra vítima não-maior de quatorze anos (art. 224, a), não obriga, por si só, o referido aumento de pena, senão se a essa violência se conecte, também, a lesão grave ou a morte (art. 223 e seu parágrafo único).” (fl. 159).

O Recorrente almeja a incidência da majoração prevista no art. 9º da

Lei n. 8.072/1990 à hipótese do crime previsto no art. 214, **caput**, do CP por ser a vítima, no caso, menor de 14 anos (art. 224, alínea **a**, do CP).

Oferecidas contra-razões, ao apelo excepcional foi dado seguimento.

A douta Subprocuradoria Geral da República se manifestou pelo desprovimento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): O reclamo merece ser conhecido, dada a demonstração do dissídio.

O caso é de violência real. Atentado violento ao pudor praticado contra menor de 11 anos. Não é 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, de violência real ou grave ameaça), pois aí a tipificação se dá por equiparação (situação do art. 224, 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 só 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 por demais acentuado *desvalor da ação (violência real contra uma criança)*. É indiscutível que o atentado violento ao pudor (ou o estupro) praticado com violência real ou grave ameaça contra quem se encontra numa das hipóteses do art. 224 do CP merece uma reprovação jurídico-penal mais acentuada do que aquele, **v.g.**, cometido contra pessoa adulta.

Por outro lado, em recente *v. aresto*, *Plenário da Augusta Corte* concluiu que a forma básica dos delitos de atentado violento ao pudor e estupro devem ser considerados *hediondos* (vale destacar que o art. 1º da Lei n. 8.072/1990, quando pretende excluir o tipo fundamental, ela o faz claramente, o que nos delitos indicados não ocorre) cf. *HC n. 81.288-SC, Plenário*, relator p/ o *v. acórdão* Ministro Carlos Velloso (Informativo n. 255, 17/19 de dez./2001).

Nesta Corte, tem-se:

“**Habeas corpus.** Lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997. Lei dos Crimes Hediondos. Revogação parcial. Estupro e atentado violento ao pudor.

1. O artigo 9º da Lei n. 8.072/1990, ao fazer das hipóteses referidas no artigo 224 do Código Penal causas de aumento não apenas das formas qualificadas do estupro e do atentado violento ao pudor, como também das suas formas simples, confirma a exclusão, tão-só, do estupro e do atentado violento ao pudor, praticado com violência presumida, do elenco dos crimes hediondos.

2. O inciso XLIII do artigo 5º da Constituição da República apenas estabeleceu ‘um teor de punitividade mínimo’ dos ilícitos a que alude, ‘aquém do qual o legislador não poderá descer’, não se prestando para fundar alegação de incompatibilidade entre as leis dos crimes hediondos e de tortura. A revogação havida é apenas parcial e referente, exclusivamente, ao crime de tortura, para admitir a progressividade de regime no cumprimento da pena prisional.

3. Ordem denegada.” (HC n. 12.066-RJ, Sexta Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJU de 5.6.2000).

Pela incidência geral e irrestrita do art. 9º, tem-se no *Pretório Excelso*:

“Penal. Processual Penal. **Habeas corpus.** Atentado violento ao pudor. Violência presumida. Vítima menor de quatorze anos. Aumento de pena previsto no art. 9º da Lei n. 8.072/1990. **Bis in idem**: incoerência.

I – Não constitui **bis in idem** o aumento de pena previsto no art. 9º da Lei n. 8.072/1990, por ser a vítima do atentado violento ao pudor menor de 14 (quatorze) anos. Precedentes do STF: HC n. 74.780-RJ, M. Corrêa, DJ de 6.2.1998; HC n. 76.004-RJ, Galvão, DJ de 21.8.1998; HC n. 71.011-RJ, Sanches, DJ de 26.5.1995; HC n. 72.528-MG, O. Gallotti, DJ de 2.2.1996; HC n. 74.074-SP, Galvão, DJ de 20.9.1996 e HC n. 74.478-SP, Galvão, DJ de 14.11.1996.

II – HC indeferido.” (HC n. 78.229-6-RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU de 7.5.1999, RT 767/714).

“**Habeas corpus.**

– O rito sumário do **habeas corpus** não permite o exame

aprofundado das provas para se saber se foi justa, ou não, a condenação do ora paciente.

– De outra parte, ambas as Turmas desta Corte têm entendido que não há **bis in idem** na aplicação simultânea do artigo 224, **a**, do Código Penal e do artigo 9^a da Lei n. 8.072/1990 (assim, entre outros, nos HCs n. 71.011, 72.528, 74.074, 74.487 e 76.004, todos da Primeira Turma, e 74.250 e 74.780, ambos da Segunda Turma), razão porque a pena imposta ao ora paciente foi corretamente fixada.

– **Habeas corpus** indeferido.” (HC n. 76.709-1-SP, Primeira Turma, Rel. Min. Moreira Alves, DJU de 7.8.1998).

“**Habeas corpus**. Atentado violento ao pudor. Violência presumida. Vítima menor de quatorze anos. Acréscimo da pena em face da incidência do art. 9^a da Lei n. 8.072/1990. Alegada ocorrência de **bis in idem**. Redução concernente à semi-imputabilidade do paciente. Falta de fundamentação.

Ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal consideram a não-ocorrência de **bis in idem** no reconhecimento da causa de aumento do art. 9^a da Lei n. 8.072/1990, em face de ser a vítima menor de quatorze anos, nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor tipificado pela violência presumida (art. 224, alínea **a**, do Código Penal).

Ausência de fundamentação na sentença condenatória quanto ao fator de redução da pena resultante do art. 26 do Código Penal, em face da semi-imputabilidade do paciente.

Habeas corpus deferido em parte.” (HCn. 76.004-7-RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU de 28.8.1998, RT 759/529).

E, por derradeiro, caso similar tem-se no HC n. 75.849-3-SP (relator Min. Moreira Alves), Primeira Turma-STF, cujo voto-condutor diz:

“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 da pena por aplicação do artigo 9^a 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 peticionário dominou a vítima com força física, tapou a 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.**”

Voto pelo provimento do recurso para, fazendo incidir a majoração do art. 9º da Lei n. 8.072/1990, restabelecer a pena estabelecida no julgamento da apelação (fls. 132/136).

RECURSO ESPECIAL N. 328.736 – SC

(Registro n. 2001.0085039-2)

Relator: Ministro Gilson Dipp
Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Procuradores: Milton Drumond Carvalho e outros
Recorrido: Valmir Galiza
Advogados: Sérgio Herculano Correia e outros

EMENTA: Previdenciário – Benefício – Salários-de-contribuição – Atualização – Incidência do IRSM de fevereiro de 1994 (39,67%) – Honorários advocatícios – Condenação – Prestações vencidas – Súmula n. 111-STJ.

I – Na atualização dos salários-de-contribuição informadores dos salários-de-benefício que servem de base de cálculo de benefícios concedidos a partir de 1º de março de 1994, deve incidir, antes da conversão em URV, o IRSM de fevereiro de 1994 (39,67%), consoante preconizado pelo art. 21, § 1º, da Lei n. 8.880/1994. Precedentes do STJ.

II – Nas ações previdenciárias, os honorários advocatícios devem incidir sobre as prestações vencidas, entendidas estas como as ocorridas até a prolação da sentença.

III – Recurso conhecido em parte e, nessa, provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. A Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente do recurso e, nessa parte, deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Jorge Scartezzini e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Edson Vidigal e José Arnaldo da Fonseca.

Brasília-DF, 13 de novembro de 2001 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Gilson Dipp, Relator.

Publicado no DJ de 4.2.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Relato o feito pelas linhas da parte expositiva da decisão que admitiu o recurso, da lavra do Juiz Volkmer de Castilho, Vice-Presidente do Tribunal Regional Federal da 4^a Região, **litteris**:

“Trata-se de recurso especial interposto com base no artigo 105, III, **a** e **c**, da Constituição, contra acórdão segundo o qual: a) o salário-de-contribuição da competência de fevereiro de 1994 deve ser corrigido pelo IRSM, a teor do art. 21, § 1^o, da Lei n. 8.880/1994; b) a verba honorária incide sobre as parcelas vencidas até a execução do julgado.

Sustenta o recorrente que o acórdão contrariou o artigo 21, §§ 1^o e 2^o, da Lei n. 8.880/1994, e o artigo 6^o da LICC, além de divergir de tese adotada por outro tribunal. Alega não existir base legal para a utilização do IRSM, índice à época já revogado pela Medida Provisória n. 434/1994, posteriormente convertida na Lei n. 8.880/1994. Aponta, também, divergência jurisprudencial no tocante à condenação a honorários, sustentando que o limite da incidência sobre as prestações é a sentença.” (fl. 114).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Na atualização dos salários-de-contribuição formadores do salário-de-benefício, no mês de fevereiro de 1994, antes da conversão em URV, deve ser incluído o índice de 39,67% correspondente ao IRSM daquele mês, consoante determinado pelo art. 21, § 1º, da Lei n. 8.880/1994, deste teor:

“Art. 21. Nos benefícios concedidos com base na Lei n. 8.213/1991, com data de início a partir de 1º de março de 1994, o salário-de-benefício será calculado nos termos do art. 29 da referida lei, tomando-se os salários-de-contribuição expressos em URV.

§ 1º. Para os fins do disposto neste artigo, os salários-de-contribuição referentes às competências anteriores a março de 1994 serão corrigidos monetariamente até o mês de fevereiro de 1994 pelos índices previstos no art. 31 da Lei n. 8.213/1991, com as alterações da Lei n. 8.542/1992, e convertidos em URV, pelo valor em cruzeiros reais do equivalente em URV no dia 28 de fevereiro de 1994.”

Esta questão já mereceu a apreciação desta egrégia Quinta Turma e da egrégia Sexta Turma, não havendo discrepância, consoante os seguintes acórdãos:

“Previdenciário. Benefício concedido após março de 1994. Salários-de-contribuição. Atualização. Inclusão do IRSM de fevereiro de 1994 (39,67%). Legalidade.

1. Na atualização dos salários-de-contribuição de benefício concedido após março de 1994, deve ser incluído o IRSM de fevereiro do mesmo ano, no percentual de 39,67%, antes da conversão em URV, nos termos da Lei n. 8.880/1994, art. 21, § 1º. Precedentes.

2. Recurso não conhecido.” (REsp n. 241.239, DJ de 22.5.2000, Rel. Min. Edson Vidigal).

“Previdenciário. Benefício. Salários-de-contribuição. Atualização. Incidência do IRSM de fevereiro de 1994 (39,67%). Reajuste.

1. Na atualização dos salários-de-contribuição informadores do salário-de-benefício, deve incidir, antes da conversão em URV, o IRSM de fevereiro de 1994 (39,67%), consoante preconizado pelo art. 21, § 1º, da Lei n. 8.880/1994.

2. Aos benefícios concedidos após a CF/1988 descabe aplicar-se o índice integral no primeiro reajuste, a título de preservar seu valor real.

3. Recurso conhecido em parte e, nessa, provido.” (REsp n. 212.820, DJ de 5.6.2000, de minha relatoria).

“Previdenciário. Atualização. Salário-de-contribuição. Variação do IRSM de janeiro e fevereiro de 1994, 39,67%. Possibilidade.

1. Na atualização dos salários-de-contribuição dos benefícios em manutenção é aplicável a variação integral do IRSM nos meses de janeiro e fevereiro de 1994, no percentual de 39,67% (artigo 21, § 1^o, da Lei n. 8.880/1994).

2. Recurso não conhecido.” (REsp n. 245.157, DJ de 5.6.2000, Rel. Min. Hamilton Carvalhido).

Quanto aos honorários de advogado, com razão o Recorrente. É que a jurisprudência reiterada e uniformizada pela Terceira Seção desta egrégia Corte, é no sentido de que incabíveis os honorários advocatícios sobre as prestações vincendas, devendo incidir somente sobre as vencidas, assim consideradas aquelas devidas até a prolação da sentença. É conferir:

“Processual e Previdenciário. Honorários advocatícios. Condenação. Prestações vencidas. Súmula n. 111-STJ.

Nas ações previdenciárias, os honorários advocatícios devem incidir sobre as prestações vencidas, entendidas estas como as ocorridas até a prolação da decisão exequenda.

Embargos acolhidos.” (EREsp n. 198.260-SP, DJ de 16.11.1999, de minha relatoria).

“Embargos de divergência. Previdenciário. Verba honorária. Prestações vencidas. Termo final. Sentença.

1. O enunciado da Súmula n. 111 deste Superior Tribunal de Justiça exclui, do valor da condenação, as prestações vincendas, para fins de cálculo dos honorários advocatícios nas ações previdenciárias.

2. As prestações vincendas excluídas não devem ser outras que não as que venham a se vencer após o tempo da prolação da sentença.

3. Embargos de divergência rejeitados.” (EREsp n. 202.291-SP, DJ de 11.9.2000, Rel. Min. Hamilton Carvalhido).

Ante o exposto, conheço em parte do recurso e, nesta extensão, dou-lhe provimento, para que os honorários de advogado recaiam somente sobre as parcelas vencidas, entendidas estas como as ocorridas até a prolação da sentença.

É como voto.