

Julgados Selecionados

Conflito de Competência

nº 28.003-RJ

RELATOR: MINISTRO NILSON NAVES

AUTOR: BOTAFOGO DE FUTEBOL E REGATAS

ADVOGADO: ALBERTO ARY V. DE MACEDO

RÉUS: CONFEDERAÇÃO BRASILEIRA DE FUTEBOL - CBF E OUTRO

AUTORES: PARTIDO DA FRENTE LIBERAL DO DF E OUTROS

ADVOGADOS: PAULO ALVES DA SILVA E OUTROS

RÉUS: CONFEDERAÇÃO BRASILEIRA DE FUTEBOL - CBF E OUTROS

SUSCTE: CONFEDERAÇÃO BRASILEIRA DE FUTEBOL - CBF

ADVOGADOS: RENATA SARAIVA DE OLIVEIRA E OUTROS

SUSCDO: JUÍZO DE DIREITO DA 10ª VARA CÍVEL DO RIO DE JANEIRO - RJ

SUSCDO: JUÍZO DE DIREITO DO PLANTÃO CÍVEL E CRIMINAL DO DISTRITO FEDERAL SUST.

ORAL: LUÍS ROBERTO BARROSO (PELA SUSCITANTE, CONFEDERAÇÃO BRASILEIRA DE FUTEBOL), JOSÉ CARLOS DE MELO DIAS (PELO SÃO PAULO FUTEBOL CLUBE), PAULO GOYAZ (PELOS RÉUS PFL/DF E SINDICATO DOS TREINADORES DE BRASÍLIA)

MANIF. ORAL: JOÃO FRANCISCO SOBRINHO (PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL)

EMENTA

Campeonato Brasileiro de Clubes de Futebol Profissional. Ação cautelar e ação civil pública (intentadas nos foros das Capitais do Rio de Janeiro e São Paulo e no Distrito Federal). Dano (âmbito nacional). Entidade autárquica (interesse). Competência.

1. A ação civil pública há de ser proposta no foro do local onde ocorre o dano. É de natureza funcional (Lei nº 7.347/85, art. 2º).

2. Tratando-se de dano de âmbito nacional, caso em que o dano transcende a área geográfica de mais de um Estado, é competente para a causa o foro do Distrito Federal (Cód. de Def. do Consumidor, art. 93, II).

3. Entidade autárquica figurando no pólo passivo de uma das ações.

4. Conflito conhecido e declarada competente a Justiça Federal do Distrito Federal.

* In: Revista LEXSTJ, vol. 154, p. 46.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do conf ito e, por maioria, declarar competente a Justiça Federal de 1º grau do Distrito Federal, declarando-se nulos todos os atos decisórios e determinando a imediata remessa dos autos à Justiça Federal, para que em 24 horas pronuncie-se sobre os requerimentos de liminares, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Barros Monteiro, Ruy Rosado de Aguiar e Ari Pargendler. Vencidos, em parte, os Srs. Ministros César Asfor Rocha, que declarou competente a 9ª Vara Federal de São Paulo, e Carlos Alberto Menezes Direito, que declarou competente a Vara Federal do Rio de Janeiro. Vencido, no todo, o Sr. Ministro Aldir Passarinho Júnior, que declarou competente a 33ª Vara Cível da Justiça Estadual do Rio de Janeiro. Impedido o Sr. Ministro Waldemar Zveiter. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro. Brasília-DF, em 24.11.99 (data do julgamento).

Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira
Presidente

Ministro Nilson Naves
Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES:

Em meu gabinete recebi estes autos na quinta-feira, depois das dezenove (19) horas. Nas primeiras horas da manhã de sexta-feira, incontinenti tomei providências tendentes a instruir o conf ito suscitado pela Confederação Brasileira de Futebol, de modo a tê-lo pronto e acabado para esta sessão de quarta-feira. No referido despacho, também suspendi os efeitos das decisões do Juiz aqui do Distrito Federal. Veja-se o teor do meu despacho de fs. 46/7.

Em 3.11, aconteceu que o Tribunal de Justiça Desportiva, no Processo nº 062/99, negou provimento ao recurso do São Paulo Futebol Clube, que se inconformara, segundo o relatório, "*com a v. decisão da 2ª Comissão Disciplinar do TJD da CBF, que lhe aplicou a multa de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), mais a perda dos pontos e de sua parte na renda da partida disputada com o Botafogo Futebol e Regatas, no dia 04 de agosto de 1999, no estádio Cícero Pompeu de Toledo-Morumbi, pelo Campeonato Brasileiro de Futebol Profissional, da série A, versão 99, em virtude de o atleta Sandro Hiroshi Parreão Oi, não ter a devida condição de jogo para dela participar, recorre da mesma, objetivando reformá-*



la, para desacolhimento da pretensão do Recorrido". Ao que consta, a decisão da 2ª Comissão Disciplinar fora tomada a 19.10 (Processo nº 463/99). Há também informação de que o acórdão do Tribunal transitou em julgado em 9.11. Datada de 12 (de outubro, ou de novembro?), o Botafogo de Futebol e Regatas ingressou, na comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, com medida cautelar inominada, acompanhada de pedido de tutela liminar, contra a Confederação Brasileira de Futebol - CBF e o São Paulo Futebol Clube, alegando, em resumo, que (I) "O julgamento proferido no Tribunal de Justiça Desportiva está calcado em fato inequívoco, com estrita observância ao princípio do devido processo legal desportivo e em consonância com as normas expressamente previstas no Código Brasileiro Disciplinar de Futebol", (II) "Ocorre que o São Paulo Futebol Clube vem propalando aos quatro ventos ter a intenção de buscar medidas judiciais tendentes a desfazer os efeitos do julgamento realizado, cuja inobservância acarretaria irreparável prejuízo à situação do Requerente, assim como ao prosseguimento do certame" e (III) "A não concessão da providência cautelar ora postulada permitiria ao São Paulo Futebol Clube buscar obter, judicial ou extrajudicialmente, inclusive descumprindo a decisão da Corte Desportiva competente, meios de se furtar às sanções aplicadas, com inegável reflexo nos interesses do requerente, que, caso desfalcao dos pontos obtidos via instância desportiva, resultaria rebaixado para a Segunda Divisão do Campeonato Brasileiro, suportando as consequências nefastas decorrentes", ocasião em que pediu "liminar inaudita altera parte para assegurar eficácia plena ao resultado do julgamento realizado em 3 de novembro de 1999, pelo Tribunal de Justiça Desportiva, no que tange a sanções aplicadas e suas consequências, mantendo-a incólume a violações, intimando-se os requeridos para o seu fiel e devido cumprimento", e o Juiz de Direito da 10ª Vara Cível despachou assim:

1- Em face da aparência do bom direito e o perigo da demora da decisão, defiro a liminar, sem oitiva da parte contrária, assegurando a eficácia plena do resultado do julgamento do Tribunal de Justiça Desportiva, do dia 03 de novembro de 1999 (f.s. 151), confirmando o julgado da 2ª comissão disciplinar (f.s. 29/30) no que tange às sanções aplicadas e suas consequências.

2- Cite-se e intime-se os requeridos para o devido cumprimento.

3- À livre distribuição, considerando que os autos me vieram à conclusão, às 17:40, depois de estar encerrado horário da regular distribuição.

Rio de Janeiro-RJ, 12 de novembro de 1999, às 17,56 horas.

S. Exa prestou-me, na sexta-feira, por fac-símile, estas informações:

Em atenção ao telex nº 0496 unidade: 2ª Seção, tenho a honra de informar a Vossa Excelência que nesta Comarca da Capital, Botafogo de Futebol e Regatas ajuizou em face de Confederação Brasileira de Futebol - CBF e São Paulo Futebol Clube, em Medida Cautelar Inominada.

A Confederação Brasileira de Futebol tem sede neste Estado e cidade do Rio de Janeiro, ostentando a qualidade de pessoa jurídica de direito privado,

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

situação que configura a competência do Juiz Estadual da Comarca desta Capital, em razão do domicílio da primeira ré (artigo 94, parágrafo 1º do CPC).

Informo, outrossim, que deixo de remeter fotocópia do pedido da inicial, vez que os autos não se encontram mais neste Juízo, eis que foram encaminhados à livre distribuição, porquanto a decisão foi proferida por este Magistrado em função da urgência, no momento em que a petição lhe foi apresentada, depois de encerrado o expediente forense.

Sendo o exposto o que tenho a informar, aproveito a oportunidade para renovar a Vossa Excelência os protestos de estima e consideração.

Também datada de 12.11, o Partido da Frente Liberal do Distrito Federal, o Sindicato dos Treinadores Profissionais de Futebol de Brasília e Paulo Alves da Silva ingressaram com ação civil pública, acompanhada de pedido de liminar, contra a Confederação Brasileira de Futebol, o Tribunal de Justiça Desportiva, a Sociedade Esportiva do Gama, o Sport Club Internacional, o Botafogo Futebol e Regatas, o São Paulo Futebol Clube e o Distrito Federal, em que se examinaram os seguintes temas: (I) *"Do foro e do direito de ação"*, (II) *"Da legitimidade ativa dos autores pessoas jurídicas na defesa dos cidadãos e seus filiados em ação ligada a defesa do consumidor e do autor pessoa física em seu direito"*, (III) *"Da legitimidade passiva dos réus"*, (IV) *"Da natureza jurídica da relação jurídica entre o cidadão, os clubes de futebol e as associações privadas encarregadas dos desportos no Brasil e da competência para normatizar sobre regras esportivas"*, (V) *"Da nulidade dos julgamentos ocorridos contra o São Paulo em favor do Botafogo do Rio de Janeiro e do Internacional de Porto Alegre"*, (VI) *"Da relação de consumo entre o cidadão e os clubes desportivos em face da aquisição de ingressos para os jogos e da responsabilidade direta do primeiro réu"*, (VII) *"Da propaganda enganosa feita pela Confederação Brasileira de Futebol - CBF e suas conseqüências"*, (VIII) *"Das provas que os autores dispõem no momento"* e (IX) *"Do periculum in mora"*, daí que pleitearam lhes fosse antecipada a tutela, ou que lhes fosse concedida liminar para:

I - ser determinado à Confederação Brasileira de Futebol que suspenda, imediatamente, o Campeonato Brasileiro e o Seletivo Pré-Libertadores até o julgamento final desta lide ou a comprovada regularização da situação por aquela em relação aos julgamentos ocorridos no tocante ao São Paulo, Internacional e Botafogo, a fim de evitar que haja lesões aos consumidores ora representados e até a outros consumidores em todo o País, uma vez que irão aos estádios e poderão as partidas serem declaradas nulas e não haverá como ser restituído os ingressos;

II - por outro lado, seV. Exa entender que não há como atingir aos demais jogos em que não estão incluídos os quatro últimos réus (Gama, Botafogo, Internacional e São Paulo) seja então determinado a Confederação Brasileira de Futebol que inclua o Gama no Seletivo Pré-Libertadores, que se inicia neste sábado no lugar do Botafogo, assegurando a ele todos os direitos de

Ministro Nilson Vital Naves

participação imediata no referido torneio e a sua permanência na série 'a', até o trânsito em julgado da decisão que vier ser proferida nesta ação;

III - E, ainda, se entender que não deve afastar o Botafogo, seja determinado, apenas, a inclusão imediata do Gama no seletivo Pré-Libertadores, assegurando a ele todos os direitos de participação, cabendo neste caso a CBF fazer novo calendário a fim de assegurar a participação determinada, assim como, a manutenção do Gama na série 'a' do Campeonato Brasileiro;

IV - Determinar que a CBF e o Tribunal de Justiça Desportiva encaminhe toda a documentação referente ao campeonato, inclusive, todos os processos em que foram aplicadas penas para análise por este juízo da legitimidade dos atos praticados e a verificação se não houve o dano ao consumidor dos representados e terceiros que vierem a se integrarem na lide.

No dia 13, às dezoito (18) horas, o Juiz Jansen Fialho de Almeida proferiu o seguinte despacho:

A princípio, denota-se que o Campeonato Brasileiro de Futebol, esporte de maior repercussão no país, congrega milhares de pessoas, em verdade consumidores, já que a atividade é lucrativa, pois pagam pelos seus ingressos, gerando grandes lucros aos empresários e aos clubes, hoje em sua grande maioria transformados em empresas. Sob tal aspecto, cabível a postulação em ação civil pública na defesa do interesse coletivo, na interpretação do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor e art. 1º, II da Lei nº 7.347/85. Raciocínio contínuo, cuidando-se de alegação de dano de âmbito nacional, o foro do Distrito Federal é competente para processar e julgar o feito (art. 93, II do CDC).

No que tange à legitimidade ativa em sede de ação civil pública, falece à pessoa física a titularidade para a sua propositura, na exegese do art. 5º da Lei nº 7.347/85, modo pelo qual excludo da relação processual o Dr. Paulo Alves da Silva. No mesmo diapasão, em sendo parte beneficiada com o ajuizamento da ação, reputo que a Sociedade Esportiva do Gama não pode figurar como ré na demanda, pelo que determino a sua exclusão do pólo passivo, devendo ser dadas as baixas de estilo.

Adentrando ao pedido propriamente dito, fato notório que o Campeonato Brasileiro de Futebol deste ano, série 'A', vem sofrendo enormes desgastes, com o chamado ganho de jogo no 'tapetão'. Necessária, portanto, a intervenção do Poder Judiciário a fim de solucionar os conflitos de interesses que se apresentam, por força de disposição constitucional (art. 5º, XXXV e § 1º do art. 217 da CF).

Determina o art. 91 da Lei nº 9.615/98, reguladora do desporto nacional, que *'até a edição dos Códigos da Justiça dos Desportos Profissionais e não Profissionais continuam em vigor os atuais Códigos, com as alterações constantes desta lei'*. No mesmo sentido, compete ao Conselho de Desenvolvimento do Desporto Brasileiro aprovar os Códigos de Justiça Desportiva, conforme preceitua o art. 11 da Medida Provisória nº 1.926/99.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Como até a presente data não foi editada nova norma, prevalecem em vigor as regras do Código Brasileiro Disciplinar de Futebol. Por consequência é óbvio que a CBF jamais poderia, por Resolução de Diretoria nº 04/97, alterar o disposto no art. 301 do CBDF, que prevê a perda de cinco pontos à equipe que incluir atleta sem condições de jogo, criando a nova regra em que a equipe faltante não perde quaisquer pontos, sendo adjudicados à outra. Como citaram os autores, com a edição da chamada 'Lei Pelé', de 24.03.98, foi automaticamente derogada a resolução, por força dos arts. 49 e 91.

Por outro lado, as regras impostas aos clubes que advieram da série 'B' são manifestamente injustas, sendo em verdade mera adesão dos clubes às vontades dos dirigentes, em flagrante prejuízo ao consumidor, máxime a população do Distrito Federal, que se viu frustrada com o recente episódio, objeto da presente ação. Milhares de torcedores, diga-se de passagem consumidores, foram ao estádio na expectativa de seu único representante ser mantido na elite do futebol. Foram ludibriados por interpretação de regras absurdas. Como o Gama não participou no ano anterior, pela regra estabelecida, a fim de proteger os 'grandes clubes', necessário estar classificado entre o 12º e 13º lugar e, e mesmo que terminasse em 18º lugar só evitaria o rebaixamento se coincidentemente os quatro últimos colocados fossem os quatro piores do torneio anterior. Não se vê portanto qualquer lógica nessa regra, demonstrada assim a enganiosidade em relação ao consumidor, já que a ascensão da série 'B' para a série 'A' é de indubitável dificuldade e nesta chegando está previamente destinado ao rebaixamento.

O ato fere a moralidade pública, eis que nem tudo que é aparentemente legal é justo, honesto ou moral. O art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil prescreve que o Juiz ao aplicar a lei deve atender aos fins sociais a que se destina, visando o bem comum. E foi nesse sentido que o legislador constituinte no art. 217 concedeu autonomia às entidades desportivas, ou seja, visando o bem estar social, respeitando-se a igualdade de tratamento, princípio fundamental da República (art. 1º da CF). O regulamento do referido campeonato não corresponde aos fundamentos legais esposados.

Com efeito, deve-se ter redobrada cautela na decisão, haja vista os jogos já terem sido marcados, com venda de ingressos, transmissão, etc, porquanto entendendo que o campeonato não deva paralisar e nenhum clube, a princípio, afastado da competição.

Face ao exposto, forte nas razões, convencido da prova inequívoca e verossimilhança das alegações, assim como a irreparabilidade do dano a ser causado, de foro parcialmente a antecipação dos efeitos da tutela para determinar à Confederação Brasileira de Futebol inclua a Sociedade Esportiva do Gama no seletivo Pré- Libertadores, assegurando-lhe todos os direitos de participação, bem como determino seja mantido na série 'A' do Campeonato

Ministro Nilson Vital Naves

Brasileiro de Futebol, devendo a CBF proceder as alterações no calendário, podendo inclusive acrescer outros clubes na ordem de classificação, a fim de facilitar e dar cumprimento efetivo e imediato a esta ordem judicial.

Publique-se nos termos do art. 94 do CDC. Distribua-se a uma das Varas da Fazenda Pública do Distrito Federal. Face a decisão ser proferida no Plantão Judicial, cópia desta terá força de mandado judicial. Comunique-se desta decisão a todas as Federações de Futebol Estaduais."

No dia 16, em petição em que se emendava a inicial e se juntavam documentos, o Dr. Jansen despachou assim:

J. Defiro a emenda. Tendo em vista a próxima rodada do Torneio para esta semana, determino a decisão de antecipação da tutela seja cumprida em 24 hs, a contar da intimação, pena de multa pecuniária diária no valor de R\$100.000, 00 (cem mil reais), por dia de descumprimento a ser paga solidariamente pela CBF e o Sr. Presidente da entidade, sem prejuízo de prisão em flagrante pelos crimes de desobediência e desacato. I. Cumpra-se.

No dia 17, às dezenove (19) horas, o Dr. Jansen deu outro despacho, nesses termos:

Por conclusão, em face do princípio da dignidade da justiça e da efetividade processual, todas as pessoas físicas e jurídicas, de direito público ou privado devem cumprir efetivamente as decisões judiciais emanadas do poder competente e, em caso de descumprimento, deverão ser presas em flagrante, ressaltando-se que neste tipo de prisão nenhuma autoridade está imune, seja o chefe do Poder Executivo ou do Poder Legislativo, já que prevalece o princípio maior de que todos são iguais perante a lei (art. 5º, *caput* da CF).

Neste raciocínio, determinei ao Sr. Presidente da CBF, incluísse a Sociedade Esportiva do Gama no Seletivo Pré-Libertadores bem como mantê-lo na série 'A' do Campeonato Brasileiro. Não cumpriu e não apresentou qualquer justificativa, modo pelo qual determino se dirijam dois oficiais de justiça – com requisição de policiais para acompanhá-los, ao Sr. Presidente da CBF, ou a qualquer membro da Diretoria, ou à pessoa que possa cumprir a determinação, e promovam, em nome do Juízo, o cumprimento imediato da ordem. Caso não cumprida espontaneamente, em nome do Princípio da Dignidade da Justiça, insculpido no art. 125, inciso III do CPC, prendam-nos em flagrante, pelos crimes de desobediência, e desacato, com fundamento nos arts. 301 a 303 do Código de Processo Penal, e apresentem-no à autoridade policial competente. Aplico a pena pecuniária de R\$100.000, 00 (cem mil reais) à CBF e ao Sr. Ricardo Teixeira, solidariamente, pelo descumprimento da decisão judicial até a presente data. Comino ainda, com fulcro nos arts. 600 e 601 do Código de Processo Civil, a pena pecuniária diária a pessoa física responsável pela prática do ato, nos termos acima expostos, até o efetivo cumprimento da decisão.

Caso não efetivamente cumprida a decisão judicial até o dia 18.1.1999, às 19:00 hs, determino a suspensão do Seletivo Pré-Libertadores, ficando

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

proibidas as realizações dos jogos, venda de ingressos e transmissões, pena de multa pecuniária no valor de R\$500.000, 00 (quinhentos mil reais) pelo descumprimento, sem prejuízo das sanções penais cabíveis.

Intimem-se todas as Federações de Futebol, aos árbitros das partidas, aos Clubes interessados, aos réus e empresas de rádio e televisão, a fim de tomarem ciência e dar cumprimento a esta decisão, caso não cumprida a anterior determinação.

Cópia desta decisão terá força de mandado judicial, face ao adiantado da hora, podendo todas as partes e interessados serem intimados via fax, telex, 'e-mail' ou outro meio hábil de informação.

Das informações prestadas por S. Exa recolho os seguintes tópicos:

Emerge ao meu ver, cristalina a competência da Justiça do Distrito Federal para processar e julgar a presente ação civil pública, pertinente ao Campeonato Brasileiro de Futebol, de âmbito nacional. E decorre de texto expresso de lei federal, mais precisamente a Lei nº 8.078/90, o denominado Código do Consumidor, *verbis*:

Art. 93. Ressalvada a competência da justiça federal, é competente para a causa a justiça local:

I-...

II- no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.

Frisei.

Desse modo, cuidando-se de ação civil pública visando a proteger o consumidor, com danos em tese, de cunho regional ou nacional, o legislador em lei especial, facultou aos autores o seu ajuizamento no foro do Distrito Federal. E porque a Justiça local do Distrito Federal e Territórios e não a Justiça Federal? Porque a natureza jurídica da CBF e do seu respectivo Tribunal de Justiça Desportiva é de direito privado. Visa e obtém lucros vultosos, com venda de ingressos, transmissões, anúncios, etc. Com efeito, decisão de Tribunal Desportivo é ato de particular, no máximo ato administrativo, jamais decisão de cunho judicial, que possa a obstar o cumprimento de decisões jurisdicionais ou ter o condão de criar um absurdo conflito de competência entre o Judiciário e uma entidade privada, isto é, cumpra-se uma ordem judicial ou uma administrativa contrária. Repito os preceitos da decisão anterior: é mero ato, sujeito ao controle judicial, pois determina o inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal que *'a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito'*. Este comando está inserido no Título 'Dos Direitos e Garantias Fundamentais', no Capítulo 'Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos', sendo cláusula pétreia, nos termos do § 4º do art. 60 da novel Carta, ou seja, não pode ser sequer objeto de emenda constitucional tendente a aboli-la. Tal dispositivo é compatível com o previsto nos §§ 1º e 3º do art. 217, que prevê a exigibilidade

de exaurimento das vias recursais administrativas desportivas, como requisito para a apreciação da tutela pelo Poder Judiciário, tendo em vista que mesmo não estivesse exaurida as instâncias desportivas – que têm o prazo de 60 (sessenta) dias para proferir decisão final -, em havendo justo receio neste interregno, de dano irreparável ou de difícil reparação, cabível a Tutela Jurisdicional, por força de princípio maior qual seja, o da segurança jurídica. Entendimento contrário, estaria criando uma casta privilegiada, imune ao controle popular, o qual é representado pelo Poder Judiciário. Ninguém está isento da tutela jurisdicional, nem o Presidente da República; governadores; prefeitos; membros do Poder Legislativo e Judiciário. Porque, com o devido respeito, um Tribunal Administrativo e, por via indireta, a CBF, estariam?

Ressalte-se por oportuno, que o Poder Judiciário do Distrito Federal e Territórios é mantido e organizado pela União (art. 21, XIII da CF). Por isso, nas palavras da em. Ministra Fátima Nancy Andrighi, '*os Juízes do Distrito Federal são Juízes Federais com competência local, enquanto os Juízes Federais o são por competência delineada na própria Constituição*'. Na verdade, tanto a Justiça do DF quanto a Justiça Federal são justiças comuns, sendo especializadas somente a eleitoral, trabalhista e militar talvez por este fato, conjugado com o fator de ser a capital da República, que o legislador conferiu à Justiça comum local do Distrito Federal, competência para processar e julgar caso como o *sub examine*.

E porque é competente a 3ª Vara da Fazenda Pública do Distrito Federal? Como já citado, a primeira decisão foi proferida no plantão judicial, em que o Juiz tem competência para decidir medidas liminares ou urgentes nas causas de natureza cível. O DF foi a princípio, indicado como um dos réus da ação. Ainda que assim não o fosse e, em tese, não integrasse a relação processual, devendo o pedido ser apreciado por um Juiz de uma Vara Cível, o Juiz Plantonista tem competência geral.

Como já explicitado, os autos foram distribuídos aleatoriamente a este Juízo, sendo deferido o ingresso do Distrito Federal no pólo ativo da demanda, excluindo-o do pólo passivo, conforme autoriza o § 2º do art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. No mesmo raciocínio, o art. 2º da referida lei determina seja obedecida a competência funcional para o processamento e julgamento da causa. Neste diapasão, prescreve a Lei Federal nº 8.185/91 – Lei de Organização Judiciária do Distrito Federal, *ipsis literis*:

Art. 27. Aos Juízes das Varas da Fazenda Pública compete:

I - processar e julgar:

a) os feitos em que o Distrito Federal ou entidades de sua administração descentralizada forem autores, réus, assistentes ou oponentes, excetuados os de falência e os de acidente de trabalho;

b)... c)... § 1º As ações propostas perante outros Juízes passarão à competência das Varas da Fazenda Pública se o Distrito Federal ou entidades de sua administração descentralizada forem admitidos como litisconsorte, assistentes, oponentes ou intervenientes.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Patente, portanto, que no âmbito de competência interna, este Juízo é o competente para processar e julgar o feito. Pertinente ao suposto conflito de competência deste Juízo com o eg. Juízo da 10ª Vara Cível do Rio de Janeiro, concessa *venia*, reputo não existir. A ação lá anteriormente ajuizada pela equipe do Botafogo/RJ, é de índole de direito individual e não tem como objeto ou causa de pedir a proteção de dano ao consumidor, no caso os torcedores brasileiros, vistos como consumidores, onde nem todas as pessoas de direito têm legitimidade para propor ação civil pública, entre elas o Botafogo/RJ. Então surge a pergunta: qual a prevenção do Juízo da 10ª Vara Cível do RJ em relação a presente ação? Mesmo que o clube tivesse esta legitimidade, a ação cautelar deveria ter por objeto e causa de pedir o dano ao consumidor, fulcrado no Código de Defesa do Consumidor e ser preparatória da ação principal, ou seja, ação civil pública, nos estritos mandamentos do art. 4º da Lei nº 7.347/85. Embora não tenha nos autos cópia da citada ação, resta evidente que não buscou essa finalidade.

Desse modo, em realidade, o Juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública do Distrito Federal é o preventivo para todas as ações com o mesmo objeto ou causa de pedir. Ocorreria a prevenção daquele Juízo se fosse intentada ação civil pública com distribuição anterior a esta ou fosse a ação cautelar preparatória da principal, ação civil pública. Neste tipo de ação, o interesse tutelado é coletivo, de maior abrangência e amplitude, sendo imprescindível inclusive a presença do Ministério Público quando não parte, como fiscal da lei (§ 1º do art. 5º). Neste mesmo sentido, são absolutamente compatíveis o art. 16 da lei, com a nova redação determinada pela Lei nº 9.494/97 e o art. 93 do CDC. Por outro lado, em se tratando de ação cautelar não há apreciação do mérito da lide (art. 810 do CPC), diferentemente da decisão deste Juízo que deferiu a antecipação dos efeitos da tutela, portanto antecipação do mérito.

Tratando-se de conflito de competência entre ações civis públicas propostas em Juízos diferentes, com fundamentos idênticos, aplica-se o critério da prevenção, sendo competente aquele ao qual foi distribuída primeiramente a ação, a fim de se evitar decisões conflitantes. Não é esse, *data venia*, o que aqui se apresenta. Este é o entendimento da eg. 1ª Seção desta Corte no julgamento do Conflito de Competência nº 22693/DF, em 09/12/1998, à unanimidade, tendo como relator o em. Min. José Delgado, cuja ementa do v. acórdão transcrevo:

Processual civil. Ações civis públicas propostas em juízos diferentes, com a pretensão de anular atos relativos ao procedimento de privatização das empresas públicas federais ligadas ao sistema Telebrás. Competência. 1. Em se tratando de ações civis públicas intentadas em juízos diferentes, contendo, porém, fundamentos idênticos ou assemelhados, com causa de pedir e pedido iguais, deve ser fixado como foro competente para processar e julgar todas as ações, pelo fenômeno da prevenção, o juízo a quem foi distribuído a primeira ação. 2. A interpretação das regras sublimadas pelo ordenamento jurídico deve homenagear a forma sistêmica de se compreender as mensagens postas pelo legislador nos dispositivos legais elaborados e impor efetiva segurança quando da aplicação

das referidas regras positivadas. 3. As regras de competência para o processamento e julgamento das ações civis públicas devem fixar princípios que evitem, ao serem decididos, situações conflitantes quando elas expressarem pretensão sobre determinado objeto, com base em fundamentos, causas de pedir e pedidos idênticos. 4. Conflito, no caso, conhecido para determinar-se o Juízo Federal da 8ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, a quem foi distribuída a primeira ação visando a anular atos vinculados aos procedimentos licitatórios para a privatização das empresas públicas vinculadas ao sistema Telebrás, como sendo o competente para processar e julgar as ações civis públicas com o mesmo objeto, intentadas em juízos diferentes.

Esta renomada Corte, aplicando o direito, em sede de ação popular cuja analogia com os preceitos processuais da ação civil pública são evidentes, no CC nº 22.123/MG decidiu que: *'O Juízo da ação popular é universal. A propositura da primeira ação previne a jurisdição do juízo para as subseqüentes intentadas contra as mesmas partes e sob a égide de iguais ou aproximados fundamentos'*. Na interpretação da col. Corte, o que previne o Juízo é a propositura da 1ª ação popular, *in casu* a propositura da 1ª ação civil pública. Por consequência, prevento este Juízo.

Informe por derradeiro, nobre Relator, como se vislumbra das decisões judiciais por mim prolatadas, que em momento algum, em sede de antecipação de tutela, portanto de mérito, determinei a exclusão de qualquer equipe da Série 'A' do Campeonato Brasileiro de Futebol, ao contrário, vedei tal ato e autorizei, a critério da CBF a inclusão de outras equipes. O fato de determinar que a Sociedade Esportiva do Gama retorne à primeira divisão do campeonato a meu ver, não importa necessariamente em exclusão do Botafogo/RJ, pois em tese, sem antecipar qualquer decisão final, as normas em conflito podem adequar-se a uma interpretação lógico-sistemática, social ou até teleológica, como expressamente autoriza o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil: *'Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum'*.

São estas, em. Ministro, as informações que entendi importantes para o julgamento do conflito, seguindo-se cópias de peças indispensáveis a Vossa Excelência.

No sábado, às dezesseis e trinta (16:30) horas, despachei, deferindo-a, petição do Partido da Frente Liberal do Distrito Federal e Sindicato dos Treinadores Profissionais de Brasília, em que se pedia se solicitassem informações das 27ª e 33ª Varas Cíveis da Capital do Estado do Rio de Janeiro, e dos Juízes de Direito recebi as seguintes informações (27ª e 33ª):

Trata-se de ação cautelar movida por Federação de Futebol do Estado do Rio de Janeiro em face de Confederação Brasileira de Futebol - CBF visando compelir a requerida a manter em curso a segunda fase do campeonato brasileiro de futebol, da série A, com prejuízo de qualquer outra ordem contrária, aduzindo estarem presentes o *fumus boni* e o *periculum in mora*, com os clubes para a mesma classificação e na ordem de classificação,

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

alegando, para tanto, defender interesses próprios, porque tem participação nas rendas dos jogos realizados nas praças de esporte deste Estado, bem como de seus filiados envolvidos no campeonato, tendo em vista a possibilidade de ingresso por parte do São Paulo Futebol Clube e da Federação Paulista de Futebol ingressaram em juízo visando assegurar seus direitos, vez que o primeiro, filiado da última, foi apenado com a cassação dos pontos em favor de outros clubes, não estando esgotadas as instâncias administrativas.

A inicial e documentos acostados foram apresentados diretamente ao Juiz da 1ª Vara Cível desta Comarca, no dia 12 de novembro de 1999, antes de ter sido distribuída, que deferiu liminar entendendo estarem presentes as condições autorizativas da tutela cautelar, especificamente a multa de R\$50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) por eventual interrupção do certame desportivo, que implicaria em interesse direto da mesma. Determinou ainda, a livre distribuição do feito, que veio a ser distribuído a este Juízo somente em 17 de novembro de 1999.

Vindo os autos conclusos, em decisão cujas razões de decidir foram transcritas pelos susciantes, revoguei aquela liminar determinando à requerida que cumprisse as determinações judiciais que lhe foram feitas anteriormente, estando em consonância com o entendimento esposado pelo Douto Juízo da 3ª Vara de Fazenda Pública do Distrito Federal, que, equivocadamente, pensei ter sido o da 2ª Vara Cível. Determinei, ainda, que fosse retificado o valor da causa para o do proveito econômico que a requerente pretendesse auferir (cinquenta milhões de reais) e recolhesse em 24 horas a taxa judiciária e as custas administrativas incidentes.

No que se refere às razões de decidir, estas foram transcritas pelos susciantes, não havendo necessidade de repeti-las.

Informo, outrossim, que o valor da causa não foi retificado nem recolhida a taxa judiciária, providências estas que estou determinando no prazo de 48 horas, sob pena de extinção do feito, na forma dos arts. 257 e 267, inciso IV, do CPC.

.....

Em atendimento à determinação contida no telex em referência e ratificando as informações prestadas pelo I. titular da 10ª Vara Cível desta Comarca, tenho a honra de prestar a Vossa Excelência as informações necessárias à instrução do confito suscitado:

Como se observa, a medida cautelar proposta pela entidade desportiva Botafogo de Futebol e Regatas indica dois réus: a Confederação Brasileira de Futebol - CBF e São Paulo Futebol Clube.

O primeiro réu, pessoa jurídica de direito privado, tem sede nesta Comarca e, em se tratando de competência territorial, salvo melhor juízo de Vossa Excelência, a regra a ser aplicada é a do art. 94, caput, e seu § 4º, do Código de Processo Civil.

O Ilustre Magistrado que deferiu a liminar requerida pela entidade desportiva Botafogo de Futebol e Regatas, na medida cautelar em curso

Ministro Nilson Vital Naves

neste Juízo, o fez no dia 12 de novembro passado, em data anterior à decisão proferida pelo Ilustre Magistrado de plantão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Dr. Jansen Fialho de Almeida.

No entendimento deste informante, em razão da anterioridade do despacho do titular da 10ª Vara Cível desta Comarca, a competência é deste Juízo, por prevenção, salvo melhor juízo de Vossa Excelência.

O Ministério Público Federal é *"pelo conhecimento do conflito de competência para que seja reconhecida a competência do Juiz do Distrito Federal que processa a ação civil pública, a fim de que sejam os autos da Medida Cautelar remetidos a esta Comarca, tornando sem efeito os atos ali praticados pelo juiz incompetente"*. Eis a ementa do parecer do Dr. Moacir Guimarães Morais Filho, Subprocurador-Geral da República:

1. Processual civil. Ação civil pública e medida cautelar inominada propostas contra a Confederação Brasileira de Futebol. Campeonato brasileiro de futebol. Seletivo no Pré-Libertadores. Botafogo de Futebol e Regatas e São Paulo Futebol Clube.
2. Conflito positivo de competência entre juízes sem a mesma competência territorial. Competência concorrente para processar e julgar ação civil pública com fundamento do CDC.
3. Prorrogação de competência do Juiz de Direito do Distrito Federal, face à inoponibilidade de declinatória fori na ação civil pública ajuizada no Distrito Federal.
4. Foro estabelecido em lei especial que afasta a regra do artigo 94 do CPC.
5. Aplicação subsidiária do CPC à lei da ação civil pública e ao Código de Defesa do Consumidor.
6. Ação civil pública de pedido mais abrangente. Medida cautelar que aponta apenas ação principal de provimento declaratório.
7. Lesão ou ameaça de lesão de âmbito nacional a direitos e interesses individuais homogêneos, que justificam a competência da Justiça Federal.
8. Parecer do Ministério Público Federal pelo conhecimento do conflito para reconhecer a competência do Juiz de Direito do Distrito Federal.

Cerca de dezenove (19) horas de ontem, recebi e determinei se juntassem aos autos petições do São Paulo Futebol Clube, nos termos seguintes (lê-se).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES (RELATOR):

Na ação cautelar, que caminha no foro carioca, indicaram-se como requeridos a Confederação e o São Paulo, também foram eles assim indicados na ação civil pública, que anda no foro brasiliense, bem como, nesta, indicaram-se o Tribunal de

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Justiça, o Internacional, etc. Entre os dois juizes dessas ações foi que se suscitou o conf lito positivo, entendendo a suscitante Confederação que há de se conhecer competente o *"da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, devendo ser declarada a invalidade de todos os atos praticados pelo MM. Juízo do Distrito Federal"*.

Entretanto, há outras ações tramitando por aí afora: também no foro carioca ingressou a Federação do Estado contra, vejam bem, contra a Confederação, e teve liminar pelo Juiz da 1ª Vara, que depois foi revogada pelo Juiz da 27ª Vara; e no foro federal quem ingressou foi o Sindicato das Associações, com ação cautelar contra o Tribunal de Justiça (da Confederação), já indicado réu na ação civil pública, e contra o Instituto Nacional de Desenvolvimento do Desporto - INDESP (com sede junto ao Ministério de Esporte e Turismo), e se lhe deu liminar, *"para suspender as decisões constantes do processo de impugnação de validade da partida do processo 463 da 2ª Comissão Disciplinar do TJD, desde a sua origem, bem como da decisão a respeito proferida pelo TJD, até julgamento final da ação principal que será tempestivamente proposta com vistas a anular referidas decisões por inconstitucionalidade e ilegalidade"*. E que decisões são essas? São aquelas cuja ef cácia o Juiz da 10ª Vara Cível garantiu ao Botafogo, despachando nos autos daquela ação cautelar. Então, o que um magistrado assegurou, dando-lhe "ef cácia plena", o outro suspendeu. Vejam o imbróglio!

Dúvida não tenho eu quanto à existência do conf lito positivo, de seu alcance é que talvez haja. Em ambas as ações, escreveu o parecerista def s. 49/65, referindo-se aos primeiros acontecimentos, *"a CBF é ré, e os efeitos de sua decisão ultrapassam os limites geográficos da jurisdição estadual do Rio de Janeiro"*, e alegou a Confederação, na inicial do conf lito, que *"A existência de conexão entre as causas é evidente, tendo em vista a identidade de causa de pedir"*. Sem dúvida que o pano de fundo é o mesmo, o Campeonato, a saber, o Campeonato Brasileiro de Clubes de Futebol Profissional, daí que se me a f gura lícito reconhecer que se trata de ações semelhantes. Ora, em um de seus momentos mais signi f cativos, o Superior Tribunal, por sua 1ª Seção, decidiu que *"Para caracterizar a conexão (CPC, arts. 103, 106), na forma em que está definida em lei, não é necessário que se cuide de causas idênticas (quanto aos fundamentos e ao objeto); basta que as ações sejam análogas, semelhantes, visto como o escopo da junção das demandas para um único julgamento é a mera possibilidade da superveniência de julgamentos discrepantes, com prejuízos para o conceito do Judiciário, como Instituição"* (CC-19.686, DJ de 17.11.97, Ministro Demócrito Reinaldo).

Conheço, portanto, do conf lito.

Como se viu, o Juiz da 10ª Vara, segundo as informações prestadas, recebera os autos "depois de encerrado o expediente forense", despachando-os às 17h 56min, a Confederação foi citada às 18h40min e os autos foram à distribuição. Distribuído o feito à 33ª Vara, o Juiz, nas informações a mim prestadas, defendeu a sua competência, de um lado, já como cf zera o Juiz da 10ª Vara, porque a Confederação



tem sede na cidade do Rio de Janeiro (Cód. de PrCivil, art. 94 e seu § 4º), de outro lado, porque *"O ilustre magistrado que deferiu a liminar requerida pela entidade desportiva Botafogo de Futebol e Regatas, na medida cautelar em curso neste Juízo, o fez no dia 12 de novembro passado, em data anterior à decisão proferida pelo ilustre magistrado de plantão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Dr. Jansen Fialho de Almeida. No entendimento deste informante, em razão da anterioridade do despacho do titular da 10ª Vara Cível desta Comarca, a competência é deste Juízo, por prevenção, salvo melhor juízo de Vossa Excelência"*.

Efetivamente, os atos processuais verificados no foro carioca precedem aos acontecidos no foro brasileiro. Não seria então o caso de se aplicar a orientação segundo a qual (I) *"Quando preparatórias, as medidas cautelares devem ser requeridas ao juiz que se apresenta competente para conhecer da causa principal, que, por isso, fica prevento"* (REsp-6.386, DJ de 07.10.91, Ministro Sálvio de Figueiredo) e (II) *"Ações conexas perante juízes que não têm a mesma competência territorial. Prevenção. A citação válida torna prevento o juízo, daí a sua competência para todas as ações. Cód. de Pr. Civil, art. 219. Conflito conhecido e declarado competente o suscitante"* (CC- 13.902, DJ de 16.10.95, Ministro Nilson Naves).

Sucede, no entanto, que se admite, como se sabe, a competência local, desde que não se cogite da competência federal. A competência a que se refere o art. 219 é de foro; portanto, trata-se de competência relativa. Mas a de jurisdição é absoluta. Há aqui jurisdições diversas estatuinto sobre a mesma matéria. Pelo visto, na jurisdição federal desfez-se o que fora feito na jurisdição estadual. Com efeito, o Superior Tribunal, no momento, encontra-se diante de decisões marcadamente contraditórias. Veja-se que, em termos de contradição, a maior delas reside entre as decisões prolatadas por juízes de jurisdições diferentes. Em tal aspecto, a mim me ocorre a atração da competência estadual pela competência federal. Talvez não se trate de orientação tão ortodoxa assim. Sucede, todavia, que, em face de quadro tão heterodoxo e tão singular, tenho em primeira mão solução de idêntico jaez.

Em primeira mão, declaro competente a Justiça Federal, ou a de São Paulo, por onde já tramita uma ação, ou a do Distrito Federal, na compreensão, aqui, de se tratar de danos de âmbito nacional. Acaso se entenda competente a Justiça do Estado, competente será, também para todas as ações, o Juiz de Direito da 33ª Vara da comarca da Capital do Rio de Janeiro (em tal aspecto, há de excluir do pólo passivo o Instituto Nacional de Desenvolvimento do Desporto).

Insisto, porém, na competência federal, votando, então, pela competência da Justiça sediada no Distrito Federal. No caso, trata-se de dano de âmbito nacional (que transcende a área geográfica de mais de um estado, tanto que ajuizadas ações em São Paulo, no Rio de Janeiro e no Distrito Federal), motivo por que é competente para a causa o foro do Distrito Federal, tal a compreensão que tenho do disposto no art. 93, II do Cód. de Def. do Consumidor. Vejam que uma das ações é civil pública, enquanto que noutra figura, no pólo passivo, o Instituto Nacional de Desenvolvimento do Desporto - INDESP.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Em ambos os casos, declaro nulos os atos decisórios. Recebidos todos os autos, marco o prazo de 24 horas para que haja pronunciamento sobre os requerimentos de liminares. Determino ainda que os respectivos feitos tenham preferência sobre todos os outros, salvo mandado de segurança e *habeas corpus*.

Recurso em Mandado de Segurança nº 19.062-RS

RELATOR: MINISTRO NILSON NAVES

RECORRENTE: VALÉRIA EUGÊNIA NEVES WILLHELM

ADVOGADOS: TALAI DJALMA SELISTRE E OUTRO(S)

ALEXANDRE JOSÉ GARCIA DE SOUZA E OUTRO

T. ORIGEM: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO
SUL

IMPETRADO: PRESIDENTE DA COMISSÃO DE CONCURSO PARA O
CARGO DE JUIZ DE DIREITO SUBSTITUTO

RECORRIDO: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PROCURADOR: EVILAZIO CARVALHO DA SILVA E OUTRO(S)

EMENTA

Concurso público (juízes). Banca examinadora (questões /critério). Erro invencível (caso). Ilegalidade (existência). Judiciário (intervenção).

1. Efetivamente – é da jurisprudência –, não cabe ao Judiciário, quanto a critério de banca examinadora (formulação de questões), meter mãos à obra, isto é, a banca é insubstituível.

2. Isso, entretanto, não é absoluto. Se se cuida de questão mal formulada – caso de erro invencível –, é lícita, então, a intervenção judicial. É que, em casos tais, há ilegalidade; corrigível, portanto, por meio de mandado de segurança (Constituição, art. 5º, LXIX).

3. Havendo erro na formulação, daí a ilegalidade, a Turma, para anular a questão, deu provimento ao recurso ordinário afim de conceder a segurança. Maioria de votos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento após o voto do Sr. Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz convocado do TRF 1ª Região), que acompanhou a Relatoria, por maioria, dar provimento ao recurso nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencidos os Srs. Ministros Paulo Gallotti e Maria Thereza de Assis Moura, que lhe negavam provimento. Os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido e Carlos

* In: Diário da Justiça, de 03/12/2007.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Fernando Mathias (Juiz convocado do TRF 1ª Região) votaram com o Sr Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília, 21 de agosto de 2007 (data do julgamento).

Ministro Nilson Naves
Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES:

Estes autos cuidam de mandado de segurança de candidata ao concurso para ingresso na magistratura rio-grandense, e foram eles assim relatados pelo Desembargador João Carlos:

"Narrou que, divulgados os resultados da prova objetiva, faltaram-lhe apenas os pontos de duas questões para continuar no certame. Afirmou existirem falhas na formulação das questões de n.ºs. 16, 51, 56 e 88, circunstanciando-as, pretendendo a anulação das mesmas. Alegou que tal situação representa lesão a direito seu, em razão dos questionamentos mal elaborados. Pediu a concessão de liminar e, ao final, o deferimento do mandamus, anulando-se as questões atacadas.

O pedido de liminar foi por este Relator deferido, prosseguindo a impetrante no certame (f. 45).

O Presidente da Comissão do Concurso prestou informações pugnando pela impossibilidade da revisão judicial das decisões administrativas como a pretendida nomandamus. Alegou que falta liquidez e certeza do direito à agravante, sendo defeso à Magistratura valorar o conteúdo das respostas em concurso público, sobretudo quando respeitada a legalidade no procedimento administrativo. Afastou as alegações da inicial, transcrevendo as razões que motivaram o indeferimento do pleito administrativo da impetrante quanto às questões motivadoras de sua irresignação.

O Ministério Público opinou pela denegação da segurança, uma vez que, declarando-se a nulidade apenas da questão de n.º 56, mesmo assim verse-á impedida a impetrante de prosseguir nas demais fases do Concurso."

Por maioria de votos, o 2º Grupo Cível concedeu, em parte, a ordem "para reconhecer a nulidade tão-somente da questão n.º 56, revogando a liminar medida em que segundo informação da impetrante, faltava-lhe a pontuação de duas questões, para o prosseguimento no certame" (voto do Relator).

Vindo o recurso ordinário, foi ele recebido "no duplo efeito, mantendo a liminar".

Ouvido, o Ministério Público Federal emitiu parecer contrário ao provimento, em resumo:



Ministro Nilson Vital Naves

"5. Não há direito líquido e certo a amparar a pretensão em análise.

6. Apesar de o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul ter determinado a anulação de uma das questões da prova objetiva do certame, esse Colendo Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento no sentido da impossibilidade de o Poder Judiciário substituir a banca examinadora de concurso público, sob pena de incursão no mérito administrativo."

Unipessoalmente, neguei seguimento ao recurso ordinário. Sobreveio agravo, sumariamente com estas alegações:

"A recorrente não tem dúvidas de que a solução estabelecida encontra-se confortada pela jurisprudência dominante.

Todavia, ousa, respeitosamente, tecer algumas ponderações, talvez na última oportunidade processual de defesa de seus interesses.

A negativa de seguimento do recurso ordinário centra-se na tese de que o exame da pretensão recursal, tal como desenvolvida, envolveria o mérito administrativo e isso não teria cabida, no âmbito de um mandado de segurança.

Precedentes foram trazidos à baila pelo eminente relator onde proclamado está que o Poder Judiciário não poderia substituir-se à banca examinadora, para dizer do acerto ou não da correção de uma prova em concurso público.

A recorrente aceita as conclusões dos venerandos arestos apontados, nos precisos termos em que expostos. Contudo, ousa afirmar, com toda vênua, que não está a pedir a modificação de um critério de correção, não quer que o egrégio órgão jurisdicional substitua a banca examinadora, para impor os seus critérios, afastando os desta.

O que pretende, sim, é ver declarada a ilegalidade na elaboração de uma questão objetiva, na qual nenhuma das opções está correta e, mais, a opção tida como tal envolve manifesto erro de direito.

É importante destacar que não está querendo levar o Poder Judiciário a uma situação de perplexidade, a ponto de, se de outro concurso vier a tratar de examinar, por exemplo, uma questão sobre física quântica, como alhures já foi dito. Não, não se trata disso.

.....
... por isso que evidente a ilegalidade no questionamento feito, porque não se está discutindo critério de correção, mas erro manifesto e indesculpável, é que a recorrente, através deste agravo interno, requer a Vossa Excelência, que, como medida de Direito e de Justiça, reforme sua decisão monocrática ou, em assim não sendo feito, o que admite apenas para argumentar, que a pretensão recursal seja levada ao conhecimento da egrégia turma julgadora."

Reconsiderarei, determinando tivesse o recurso prosseguimento.

É o relatório.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES (RELATOR):

Início rememorando que foram quatro as questões impugnadas: as questões 16, 51, 56 e 88. Relembro, também, que, por maioria de votos, o Tribunal rio-grandense anulou a questão 56. Sobre as outras – 16, 51 e 88 –, vão aqui as palavras do Relator:

"... envolvem análise do critério da Banca Examinadora na correção das provas e somente poderiam ser objeto de enfrentamento pelo Poder Judiciário no caso de existência de dissídio eloqüente na jurisprudência sobre o tema, de forma a causar perplexidade no candidato e, por consequência, prejuízo, situação que não se vislumbra no caso concreto.

O parecer ministerial, subscrito pelo ilustre Procurador de Justiça, Ricardo da Silva Valdez, analisa as questões controvertidas, em fundamentação que ora transcrevo..."

Já no recurso ordinário, a impetrante, pondo à margem as questões 16 e 88, tomou, sem descanso, a questão 51, explicando-se assim:

"Com a anulação da questão de nº 56, ficou-lhe faltando a anulação de apenas mais uma questão, para poder prosseguir no certame.

Nada obstante os termos da inicial, apenas uma é a questão de que trata o presente recurso ordinário e com relação a ela é devolvido o conhecimento à Corte Superior. Cuida-se da questão de nº 51, cuja ilegalidade reside no manifesto e inarredável erro técnico em sua formulação, constatável à primeira vista, como se verá.

Está, pois, desistindo da impetração com relação às questões 16 e 88, já porque uma solução favorável dependeria de análise mais complexa e dúvidas poderiam tornar-se insuperáveis, nada obstante entenda que matéria duvidosa também não possa e não deva integrar questionamento em prova objetiva, na qual o candidato não tem oportunidade de se explicar.

O presente recurso, a matéria devolvida ao conhecimento do egrégio Superior Tribunal de Justiça, destarte, está fixado apenas no exame da legalidade da questão nº 51."

2. Faltaria validade e eficácia, enfim, legalidade, à questão 51, formulada nestes termos:

"A e B caçavam marrecas. Em dado momento, A aponta sua espingarda na direção de uma marrecas e dispara um tiro, vindo a atingir B que estava agachado a sua frente e que, apesar de alertado por A, levantou-se no momento do tiro. Concluída a instrução, o Juiz condena A por homicídio culposo, sustentando ter ocorrido:

- (a) *aberratio criminis*
- (b) erro de proibição
- (c) erro de tipo essencial
- (d) crime putativo por erro de tipo
- (e) *aberratio ictus*."

3. Realmente, e boa foi a lembrança do Relator originário, não cabe ao Judiciário, de fato, discutir critérios de banca examinadora. Vou citar, a propósito, dois precedentes do Superior Tribunal, um de 1990, do Ministro Velloso, outro de 2002, do Ministro Carvalhido, ei-los:

"... não cabe ao Judiciário valorar o conteúdo das opções adotadas pela banca examinadora, substituindo-se a esta, mas verificar se ocorreu ilegalidade no procedimento administrativo, porque, se as opções adotadas pela banca examinadora foram exigidas de todos os candidatos, todos foram tratados igualmente." (MS-276, DJ de 11.6.90.)

"Em matéria de concurso público, é próprio da competência do Poder Judiciário o exame da legalidade das normas instituídas no edital e dos atos praticados na realização do certame, sendo-lhe vedado o exame das questões e das notas que lhe foram atribuídas pela banca examinadora, no exercício de suas atribuições." (REsp-338.055, DJ de 25.2.02.)

4. Vejam: a despeito dessa orientação da jurisprudência, admite-se, em caso de erro, a revisão de questões pelo Judiciário? Haveria, em casos tais, ilegalidade a justificar mandado de segurança? É o que a impetrante vem aqui sustentando, ou seja, a existência de erro, de erro e de ilegalidade, vamos conferir:

"... há um erro crasso, sobre elementar tema da esfera do direito penal, em uma prova objetiva, na qual os candidatos não têm o ensejo de se explicar, de justificar o seu entendimento sobre a matéria.

Se nenhuma das opções apresentadas é correta e a questão proposta exige que o candidato aponte aquela que está correta, evidencia-se uma impossibilidade, o que caracteriza manifesta ilegalidade.

.....
A questão nº 51 foi elaborada com questionamento que caracteriza evidente e inadmissível equívoco, intolerável em um concurso público para preenchimento de vagas de cargos de Juiz de Direito Substituto."

Bem, sustenta, então, a impetrante que nenhuma das respostas era verdadeira, isto é, também a da letra a, referente à *aberratio criminis, in verbis*:

"O gabarito oficial apontou como certa a alternativa da letra 'A'. Todavia, nenhuma das alternativas postas à disposição dos candidatos estava correta, pois não há como se reconhecer existente, no caso proposto, qualquer uma das hipóteses previstas na questão. Não se trata de erro de proibição, erro de tipo essencial, crime putativo por erro de tipo, nem de aberratio ictus (alternativas 'B' a 'E'). Porém, não se trata, do mesmo modo, de aberratio criminis (alternativa 'A', tida como correta).

.....

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

É evidente que somente ocorrerá aberratio criminis quando o agente quer cometer um delito, mas acaba cometendo outro, ou os dois (quando então haveria concurso formal). A conduta de A, a de caçar marrecas, não pode ser considerada criminosa, pois caçar marrecas é uma atividade lícita...

.....
Sempre que se fizer necessária uma ressalva e esta não aparecer, de tal sorte que o candidato não fique em situação de perplexidade diante do questionamento, este não pode ser considerado válido, em uma prova objetiva..."

5. Justificou-se a Comissão da seguinte maneira:

"O candidato recorrente deve observar que na questão nº 51 é narrado um fato e afirmado que o juiz condenou o agente por homicídio culposo. O que se pergunta é que raciocínio fez o juiz, isto é, qual o fundamento dessa condenação, apresentando cinco alternativas. O candidato deveria indicar qual a adequada entre as cinco alternativas. Seria a alternativa A? Sim, porque na hipótese trata-se de erro de execução *A RE IN PERSONAM*, isto é, o agente pretende atingir uma coisa e por erro atinge uma pessoa. O equívoco do candidato consiste em pensar que a ação que o agente pretende praticar atingindo a coisa visada deve ser necessariamente criminosa. Não, pode ser ação atípica.

.....
Mesmo que o candidato tenha razão em seu entendimento, que não tem apoio na doutrina, data vênua, matar uma marreca, que era o fim visado por A, é crime, tipificado no art. 29 da Lei nº 9.605, pois uma marreca é um espécime da fauna silvestre."

6. Mas as indicações, ao contrário das da Comissão, são no sentido de que a ação que se pretende praticar há de ser típica, e não também atípica. Confrontamos escritos de vários autores, vem transcrito este tópico da Exposição de Francisco Campos, de 1940: "Tal é o caso, figurado por Maggiore, de quem, querendo quebrar a janela alheia com uma pedrada, fere um transeunte, ou vice-versa." Ora, quebrar janela alheia é crime de dano. Em suas lições, escreveu Fragoso ("Lições de Direito Penal", 17ª ed., atualizadas, pág. 452):

"Assim, se Tício quer quebrar uma vitrina e, realizando a ação, vem também a ferir Caio, que estava nas proximidades, praticará o crime de dano (artigo 163) em concurso formal com o de lesão corporal culposa (art. 129, § 6º). Se pretendia Tício matar Caio e apenas quebrou a vitrina, praticará tentativa de homicídio tão-somente, pois não há crime de dano culposo."

De mais a mais, sobre resultado diverso do pretendido – antes, art. 54, hoje, art. 74 –, entre inúmeros outros, estou registrando Roberto Iyra ("Comentários...", vol. II, 2ª ed., págs. 436/7) e Paulo José ("Comentários...", 7ª ed., pág. 261).

Também, relativamente à ação de caçar, a ação em si não é ilícita, porque as normas a tal respeito pressupõem a inexistência de permissão, de licença, etc.



(registrem, por exemplo, "sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente"). Exatas, por conseguinte, estas alegações da impetrante:

"Estivessem A e B caçando em desacordo com a lei, deveria ter sido esclarecido no enunciado da questão que caçavam ilegalmente. Do contrário, estaria se exigindo do candidato que presumisse criminosa a referida caça, o que corresponderia a uma exigência descabida.

.....
Vale dizer, nem toda caça caracteriza ação típica, antijurídica e culpável. Alguns animais podem ser caçados, dependendo de determinadas peculiaridades. É o que diz a lei vigente."

7. Em assuntos que tais – vejam que se trata do assunto de que ora estamos cuidando –, não é lícito, em princípio, ao Judiciário meter mãos à obra: há de ter-se sim, mãos a medir – impõe-se cautela, que, afinal, não faz mal a ninguém. Mas, se há erro, erro invencível, justificar-se-ia, então, a intervenção do Judiciário? Ou não se justificaria? O que a mim pessoalmente se me figura – a não-intervenção – estranho comportamento. Quero, por isso, entender comigo mesmo que, em certas situações e determinados assuntos, é lícita a intervenção judicial (é lícito ao juiz conhecer da provocação). Aliás, o próprio Relator originário disso percebeu quando, em seu voto, referiu-se a "dissídio eloqüente" e a "causar perplexidade"; seriam e são situações aptas a provocar prejuízo, daí se justificar o mandado de segurança.

8. A mim me ocorre serem exatas as alegações da impetrante, tais como:

"Sempre que se fizer necessária uma ressalva e esta não aparecer, de tal sorte que o candidato fique em situação de perplexidade diante do questionamento, este não pode ser considerado válido, em uma prova objetiva...

.....
... e se assim se evidencia, manifesta é a ilegalidade do questionamento e, di-lo respeitosamente, não examinar o 'mandamus', a esta ótica, é negar a jurisdição.

.....
Para justificar a questão, houve necessidade de sustentá-la sobre uma noção equivocada do que seja a *aberratio criminis*."

9. Realmente, disse alhures e repito agora, nenhuma das respostas era satisfatória, daí o erro na formulação da questão 51 – erro invencível –, donde a ilegalidade a reclamar intervenção do Judiciário. Confrontando, portanto, a liminar de origem, voto pelo provimento do recurso ordinário, de modo que, aqui e agora, proclamo a nulidade da questão 51.



Habeas Corpus nº 76.686-PR*

RELATOR : MINISTRO NILSON NAVES

IMPETRANTE : CEZAR ROBERTO BITENCOURT E OUTROS

IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

PACIENTE : ISIDORO ROZENBLUM TROSMAN

PACIENTE : ROLANDO ROZENBLUM ELPERN

ADVOGADO : JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO E OUTRO(S)

EMENTA

Comunicações telefônicas. Sigilo. Relatividade. Inspirações ideológicas. Conf ito. Lei ordinária. Interpretações. Razoabilidade.

1. É inviolável o sigilo das comunicações telefônicas; admite-se, porém, a interceptação "nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer".

2. Foi por meio da Lei nº 9.296, de 1996, que o legislador regulamentou o texto constitucional; é explícito o texto infraconstitucional – e bem explícito – em dois pontos: primeiro, quanto ao prazo de quinze dias; segundo, quanto à renovação – "renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova".

3. Inexistindo, na Lei nº 9.296/96, previsão de renovações sucessivas, não há como admiti-las.

4. Já que não absoluto o sigilo, a relatividade implica o **conf ito** entre normas de diversas inspirações ideológicas; em caso que tal, o **conf ito** (aparente) resolve-se, semelhantemente a outros, a favor da liberdade, da intimidade, da vida privada, etc. É que estritamente se interpretam as disposições que restringem a liberdade humana (Maximiliano).

5. Se não de trinta dias, embora seja exatamente esse, com efeito, o prazo de lei (Lei nº 9.296/96, art. 5º), que sejam, então, os sessenta dias do estado de defesa (Constituição, art. 136, § 2º), ou razoável prazo, desde que, é claro, na última hipótese, haja decisão exaustivamente fundamentada. Há, neste caso, se não explícita ou implícita violação do art. 5º da Lei nº 9.296/96, evidente violação do princípio da razoabilidade.

6. Ordem concedida a f m de se reputar ilícita a prova resultante de tantos e tantos e tantos dias de interceptação das comunicações telefônicas, devendo os autos retornar às mãos do Juiz originário para determinações de direito.

* In: Diário de Justiça Eletrônico, de 10/11/2008.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento após o voto-vista do Sr. Ministro Paulo Gallotti, que acompanhou a relatoria, seguido pelos votos das Sras. Ministras Maria Thereza de Assis Moura e Jane Silva, por unanimidade, conceder a ordem de *habeas corpus* nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Paulo Gallotti, Maria Thereza de Assis Moura e Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Presidiu o julgamento o Sr. **Ministro Nilson Naves**.

Brasília, 9 de setembro de 2008 (data do julgamento).

Ministro Nilson Naves

Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES:

Em favor dos uruguaios Isidoro Rozenblum Trosman e Rolando Rozenblum Elpern, residentes em Curitiba, os advogados Cezar Bitencourt e Andrei Zenkner vêm ao Superior Tribunal com este *habeas corpus*, a fim de nos pedir decretemos a "nulidade *ab initio* do Processo Penal nº 2006.70.00.019980-5, (...) em tramitação perante o juízo da 2ª Vara Federal Criminal de Curitiba/PR, na medida em que instaurado com base em provas ilícitas".

Provém o constrangimento ilegal, segundo os impetrantes, do acórdão – em *habeas corpus* – da 7ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região de ementa seguinte (24.10.06):

"*Habeas corpus*. Prisão preventiva. Pressupostos. Interceptação telefônica. Prova ilícita. Inocorrência. Constrangimento ilegal inócurrenre. Garantia da ordem pública. Conveniência da instrução criminal. Aplicação da lei penal. Ordem denegada.

1. Não há ilegalidade da decisão que decretou a interceptação telefônica, bem como nas posteriores renovações da medida pois se encontram fulcradas em relevantes indícios das práticas delituosas.

2. Afastado o sigilo telefônico e persistindo os fundamentos que o originaram, mesmo considerando os argumentos dos impetrantes de que foram infrutíferas as interceptações, este resultado não afasta a necessidade da medida, frente à verificação da intrincada rede de atividades ilícitas perpetradas pela organização criminosa, sendo imprescindíveis tal meio de prova.

3. Inexistência de afronta ao princípio da razoabilidade decorrente das sucessivas renovações das interceptações, porquanto demonstrada a efetiva necessidade das medidas para apuração dos ilícitos.
4. Hipótese em que o procedimento de quebra do sigilo telefônico atendeu aos preceitos legais dispostos nos arts. 2º e 5º da Lei nº 9.296/96.
5. As provas da materialidade e indícios de autoria apontados no decreto de prisão preventiva são suficientes para indicar que os pacientes são os responsáveis pelos ilícitos perpetrados.
6. Necessidade de garantia da ordem pública frente à continuidade das atividades desenvolvidas pela organização criminosa constituída pelos pacientes, justificando-se a decretação da prisão preventiva como forma de desestruturar e interromper as atividades ilícitas, impedindo a reiteração delitiva e propiciando a desarticulação da quadrilha.
7. A conveniência da instrução criminal e a garantia de aplicação da lei penal também justificam o *periculum libertatis* na hipótese dos autos.
8. O fato de estarem os pacientes segregados por força de prisão cautelar em nada impede a expedição de nova ordem em processo penal diverso. Isto porque o exame procedido pelo julgador decorre de suporte diferenciado, de modo que o *fumus comissi delicti* impõe o exame dos indícios de autoria e prova da materialidade para as espécies delitivas apuradas em cada um dos processos. O *periculum libertatis*, independentemente de serem os fundamentos similares (por questões óbvias de que o *modus operandi* é o mesmo), também decorre de suporte diferenciado, de cuja análise não há que se descurar o julgador, mormente em se tratando de organização criminosa de grandes proporções.
9. Ordem denegada."

São estas as atuais alegações dos impetrantes: (I) ilegalidade da interceptação telefônica renovada sucessivamente no PCD nº 2004.70.00.019229-2 (ofensa aos arts. 2º e 5º da Lei nº 9.296/96, bem como aos arts. 5º, XII, e 93, IX, da Constituição); (II) nulidade, por derivação, não só do recebimento da denúncia, mas também dos demais atos da Ação nº 2006.70.00.019980-5.

A propósito do item (I) – ilegalidade da interceptação –, os impetrantes apontam ofensa ao art. 2º, I e II, da Lei nº 9.296/96 (falta de fundamentação), também apontam ofensa ao art. 5º (*dies a quo* do prazo para o cumprimento da diligência); alegam, ainda, tratar-se de prorrogação desarrazoada e desproporcional, invocando, no pormenor, violação do apontado art. 5º, igualmente do art. 5º, XII, da Constituição.

Prestou-me informações a Relatora de origem – Freitas Labarrère –, conclusivamente:

"A autoridade impetrada prestou informações (fs. 58/84).

O agente ministerial exarou parecer pela denegação da ordem.

A autoridade impetrada prestou informações complementares dando

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

conta de que a instrução do processo está na fase do artigo 499 do CPP . E consigna que *'só não houve mais celeridade em virtude da demora no cumprimento de precatórios para a oitiva de testemunhas de defesa, especialmente pela indicação, em alguns casos, de endereços, ou nomes errados por parte das defesas'*.

A Sétima Turma, na sessão de 24 de outubro de 2006, por unanimidade, denegou a ordem, nos termos de acórdão assim ementado:

.....
"O referido acórdão transitou em julgado em 06 de fevereiro 2007, tendo os autos sido remetidos à Secretaria de Documentação (Divisão de Arquivo Geral) para fins de arquivamento. Sendo estas as informações a respeito do processo, permaneço a disposição de Vossa Excelência para outras que se fizerem necessárias."

Também informações do Juiz do processo vieram a mim, em suma:

Relativamente ao *habeas corpus* acima citado vimos informar o que segue.

Uma das ações penais nas quais foram utilizadas, dentre outras provas, as interceptações telefônicas, a de nº 2006.7000019980-5, especificamente, envolvendo crimes de corrupção e evasão de divisas, já foi julgada. Na oportunidade, assim me manifestei sobre a preliminar de nulidade de tal prova:

.....
Embora não há que se falar em legitimação apenas pelo resultado, o fato é que o próprio conteúdo dos diálogos interceptados, e que envolvem a prática de variados crimes, indica o acerto e a correção da manutenção da interceptação pelo prazo que foi mantida. A esse respeito e a título ilustrativo, toma-se a liberdade de remeter aos diálogos transcritos nos itens 37-73 da sentença. Dentre eles, diálogos em que os condenados e os auditores utilizavam nomes fictícios e palavras cifradas, combinando a entrega de ripas ou lajetas. Por oportuno, transcrevem-se apenas os diálogos dos itens 37 e 46:

.....
Em anexo, por malote, remetemos, por oportuno, cópia da sentença condenatória prolatada na ação penal 2006.7000019980-5. Deixamos de remeter as peças citadas nos trechos transcritos acima, pois a ação penal, com seus apensos, já se encontra no TRF para julgamento dos apelos. Se V. Exa. entender pertinente, poderá, no entanto, requisitar as cópias naquele tribunal, o que este Juízo não pode fazer.

É da Subprocuradora-Geral Maria das Mercês o parecer do Ministério Público Federal, nestes termos:

Sem dúvida, é a tutela jurídica da intimidade uma das mais significativas expressões dos direitos da personalidade, tratando-se de valor constitucionalmente garantido, cuja proteção normativa busca assegurar ,

em favor do indivíduo, uma esfera de autonomia a salvo do arbítrio do Estado. Todavia, tal direito à inviolabilidade não se reveste de caráter absoluto, cedendo espaço, excepcionalmente, às exigências impostas pela preponderância do interesse público, quando existem fundados elementos de suspeita, apoiados em indícios idôneos e reveladores de prática delituosa.

Assim, apesar da relevância do direito ao sigilo de dados constitucionalmente assegurado, reconheceu o Supremo Tribunal Federal, de há muito, ao apreciar Questão de Ordem na Petição 577 ('Caso Magri', Rel. Min. Carlos Velloso, DJU de 23.04.93), a compatibilidade jurídica de sua quebra, permitida pelo § 1º, do art. 38, da Lei nº 4.595/64, com as normas inscritas nos citados incisos X e XII, do art. 5º, da CF, quando presentes fundadas razões para a disclosure de informações reservadas.

No caso concreto, verifica-se que, anteriormente à instauração da aludida Ação Penal nº 2006.70.00.0019980-7, já tramitavam perante a Segunda Vara Federal Criminal de Curitiba – Seção Judiciária do Paraná – diversos inquéritos que investigavam empresas do Grupo Sundown, pelo cometimento do crime de evasão de divisas, consubstanciado na realização de depósitos em contas de terceiros, que alimentavam contas CC5 mantidas em Foz de Iguaçu.

Em razão de tais diligências apuratórias e à conta de comunicações do COAF sobre as operações de lavagem de dinheiro praticadas por aquele grupo empresarial, o Ministério Público Federal requereu a quebra de sigilo bancário, para o completo esclarecimento daquelas operações e, com base nos fatos e dados revelados, buscou, judicialmente, fosse a Receita Federal incumbida de realizar diligências e ações fiscais voltadas às atividades do mencionado grupo, com o fito de apurar eventual cometimento de crime tributário.

Dentre as pessoas físicas e jurídicas inspecionadas pela Receita Federal, encontravam-se as empresas OZYX – Indústria e Comércio de Artigos Esportivos Ltda., BSD Comercial, Importadora e Exportadora Ltda., bem como Rolando Rozenblum Elpern, ora paciente, sendo que o auditor fiscal José Luiz Altheia recebera a incumbência de fiscalizar as duas empresas referidas, enquanto Adriana Gianello Costa de Oliveira ficava encarregada da auditoria do contribuinte Rolando Rozenblum Elpern.

Somente a partir da suspeita do envolvimento de tais auditores fiscais no processo de fiscalização realizado pela Receita Federal, é que foi deferida, judicialmente, a quebra do sigilo telefônico, assinalada, aqui, como ilícita pelos impetrantes, restando evidenciado, dessa forma, que tal diligência foi, de fato, precedida de diversos outros atos investigatórios.

Como bem esclarece a sentença condenatória proferida em desfavor dos ora pacientes, a decisão judicial que autorizou as interceptações telefônicas se reportou aos fundamentos expendidos pelo Ministério Público Federal, ao relatório que instruiu a petição inicial e, principalmente, aos diversos inquéritos anteriormente instaurados para apuração de crime de evasão de divisas, bem como ao procedimento investigatório relativo às operações suspeitas. Como havia comunhão de elementos, a sinalizar, de forma contundente, as práticas delituosas que deflagraram o feito criminal

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

questionado, foram autorizadas, motivadamente, a quebra do sigilo telefônico e a interceptação telefônica.

A Defesa aduz que as sucessivas prorrogações das mencionadas escutas, ao longo de mais de 2 (dois) anos, afrontaram o direito individual dos ora pacientes, afirmando-se como medidas violadoras do princípio da razoabilidade. Sustenta, assim, hipótese de clara afronta ao art. 5º, da Lei nº 9.296/96, que estabelece o prazo máximo de 15 dias, renovável por igual período, para aquela espécie de interceptação.

O art. 5º da Lei nº 9.296/96 tem o seguinte teor:

'Art. 5º. A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.'

De fato, existe um limite temporal para a interceptação telefônica. Todavia, a orientação prevalente é a de que o prazo legal de 15 (quinze) dias pode ser renovado por igual período, sem restrição quanto à quantidade de prorrogações que podem se efetivar desde que comprovada a necessidade de tais diligências para as investigações. Isto porque o mencionado dispositivo de lei se manteve silente quanto ao número de renovações, sobressaindo, apenas, a exigência da prolação de nova decisão judicial limitadora do direito à intimidade, a cada novo pedido de quebra do sigilo.

Nesse sentido, vale trazer à baila a doutrina de Vicente Greco Filho, externada em sua obra 'interceptação telefônica', discorrendo o autor, no seguinte trecho, sobre as possíveis prorrogações da quebra do sigilo telefônico:

'A lei não limita o número de prorrogações possíveis, devendo entender-se, então, que serão tantas quantas forem necessárias à investigação, mesmo porque 30 dias pode ser prazo muito exíguo.'

O doutrinador também dilucida que 'a leitura rápida do art. 5º poderia levar à idéia de que a prorrogação somente poderia ser autorizada uma vez. Não é assim; 'uma vez', no texto da lei, não é adjunto adverbial, é preposição. É óbvio que se existisse uma vírgula após a palavra 'tempo', o entendimento seria mais fácil'.

O caso em apreço, como já demonstrado, abrange sérias e complexas investigações levadas a cabo pelo Ministério Público Federal, em parceria com a Autoridade Policial, no intuito de desmontar o nocivo e estruturado Grupo Sundown, responsável por lesões de elevada magnitude ao erário público. Suas atividades, evadas de corrupção e ilegalidade, como apontado pelo Juízo da Segunda Vara Federal Criminal da Seção Judiciária Federal do Paraná, ao proferir sentença condenatória nos autos da Ação Penal nº 2006.70.00.019980-5, chegaram a tragar auditores, como forma de interferir diretamente, nas atividades de fiscalização da Receita Federal.

Na prolação daquele édito condenatório, o julgador monocrático esclareceu que, 'no decorrer da interceptação, foram captados diálogos que sugeriam a prática de diversos crimes, como contrabando e descaminho,

cooptação de servidor do Bacen, possível tráfico de influência junto ao BNDES, operações do mercado negro de câmbio, etc (...), o que justifica a duração da diligência.' (v. f. 2.695 – volume 11).

Em casos desse jaez, de elevada complexidade, a interceptação telefônica deve perdurar pelo tempo necessário ao completo esclarecimento dos fatos, devendo seu prazo de duração ser avaliado pelo Juiz da causa, levando em conta os relatórios apresentados como resultado das atividades de investigatórias.

Sobre o tema, vale trazer à baila decisum proferido por essa colenda Corte Superior, em hipótese análoga à presente:

'*Habeas corpus*. Penal. Processual Penal. Prova emprestada. Princípio do contraditório. Matéria não tratada no acórdão. Supressão de instância. Writ não conhecido nessa parte. Escuta telefônica. Documento: 3213023 – RELATÓRIO E VOTO – Site certificado Página 6 de 24 Superior Tribunal de Justiça Prorrogações. Comprovada necessidade. Possibilidade. Ordem conhecida em parte e nessa parte denegada. 1. A proclamação de nulidade do processo, por prova emprestada, depende da inexistência de outras provas capazes de confirmar a autoria e a materialidade delitiva, caso contrário, deve ser mantido o decreto também fundado em outras provas. 2. Nos termos em que manifestado o inconformismo, o ato impugnado não é mesmo o acórdão do Tribunal, mas a sentença condenatória de primeiro grau, o que impossibilita a análise da irresignação, sob pena de indevida supressão de instância, eis que, o tema não foi objeto de debate e análise por parte da Corte de segundo grau, o mesmo ocorrendo no pertinente às impugnadas apreensões de bens, matéria que depende de análise do conjunto fático probatório, inviável no âmbito restrito do *habeas corpus*, isso levando a que, nesta parte, não se conheça do writ. 3. Não sendo o ato impugnado o acórdão do tribunal, mas a sentença condenatória de primeiro grau, impossível a análise da irresignação, sob pena de indevida supressão de instância. 4. As prorrogações da interceptação telefônica, autorizadas pelo Juízo, de fato não podem exceder 15 dias; porém, podem ser renovadas por igual período, não havendo qualquer restrição legal ao número de vezes, em que possa ocorrer a renovação, desde que comprovada a necessidade. 5. Ordem conhecida em parte e, na parte conhecida, denegada.' (STJ - HC 34.701/SP - Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa – Sexta Turma – DJ de 19.12.2005 – p. 473).

Asseveram os Impetrantes, a respeito do termo inicial do prazo estipulado para o rompimento do sigilo telefônico, que tal direito dos réus ficou indefinidamente afrontado, já que a ordem judicial de monitoramento fora lançada no dia 17 de maio de 2004, em desarmonia com a data em que veio o grampo a se efetivar, no dia 21 de junho daquele ano.

Ora, o termo a quo deve ser compreendido como a data em que, de fato, se deu a execução da diligência e, não, efetivamente, como a data da decisão judicial proferida pelo julgador.

Assim, diferentemente do quanto alegado pela defesa, a garantia dos acusados ao sigilo não ficou indefinidamente violada, já que eventual

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

ilegalidade somente se concretizaria no momento em que se iniciasse a escuta telefônica propriamente dita, marco este a ser tomado para a contagem, inclusive, do prazo de 15 (quinze) dias a que alude o art. 5º, da Lei nº 9.296/96.

Tal entendimento revela-se compatível com os percalços enfrentados para a realização da diligência determinada pela autoridade judicial, valendo salientar que, sem dúvida alguma, dificilmente se obtém a quebra do sigilo telefônico no momento em que autorizada pelo magistrado, porquanto tal providência depende da implantação de terminal, pela companhia telefônica.

Afirma a defesa, por outro lado, que o juízo monocrático deixou de fundamentar, como seria necessário, a indispensabilidade do meio de prova adotado, renovando a quebra de sigilo por meio de decisões abstratas e desprovidas de conteúdo válido.

Como aqui já ficou patenteado, no entanto, a quebra do sigilo ora impugnada encontra-se alicerçada nos diversos inquéritos anteriormente instaurados para apuração de crimes de evasão de divisas, no curso do procedimento investigatório relativo às operações suspeitas, assim como na motivação expendida pelo Ministério Público Federal e no relatório que instruiu a petição inicial.

De salientar-se que a indispensabilidade da medida, apontada pela defesa como desprovida de fundamentos, não pode ser apreciada na via sumária do *habeas corpus*, justamente por demandar o reexame do acervo probatório dos autos. Nesse sentido, inclusive, já decidiu essa Colenda Corte Superior conforme se colhe da ementa adiante transcrita:

'Penal. *Habeas corpus*. Cabimento. Multa. Perdimento de bens. Interceptação telefônica. Lei nº 9.296/96. Pena. Fixação. Quantidade de droga crime de associação. Artigo 14 da Lei nº 6.368/76. Progressão de regime. I – Não se mostra compatível com a via do *habeas corpus* a análise de alegação concernente à pena de multa prevista na parte especial do CP – não mais convertível em detenção – e ao perdimento de bens, pois eventuais vícios nesses títulos do decisum não acarretam qualquer ameaça ao direito de locomoção do paciente. II – Interceptações telefônicas que foram autorizadas judicialmente, nos moldes da Lei nº 9.296/96, não havendo, pois, que se falar em prova ilícita. A tese de que poderia a prova ser produzida por outros meios, o que seria óbice à referida autorização, não pode ser apreciada nesta sede, uma vez que demandaria o exame minucioso do material cognitivo constante nos autos. Por outro lado, não há, no referido diploma legal, a exigência de que a degravação da escuta deva ser submetida a perícia. III – A elevada quantidade e a qualidade da droga apreendida devem ser consideradas na fixação da resposta penal. Nos limites do *writ*, em princípio, é inviável desconstituir a pena fundamentadamente estabelecida. IV – A regra impeditiva da progressão de regime prevista na Lei dos Crimes Hediondos refere-se ao crime de tráfico de entorpecentes e não se aplica ao delito autônomo da associação, capitulado no artigo 14 da Lei de Tóxicos (Precedentes do STF e STJ). V – Quanto ao art. 12 da Lei de Drogas, o regime integralmente fechado, sendo rejeitado o argumento de que a Lei nº 9.455/97 teria revogado o art.

Ministro Nilson Vital Naves

2º § 1º da Lei nº 8.072/90 (Precedentes). Ordem parcialmente conhecida, e, aí, parcialmente concedida.' (STJ – HC 15.820/DF – Relator Ministro Felix Fischer – DJ de 04.02.2002).

Vê-se, destarte, que a interceptação telefônica deferida, motivadamente, pela autoridade judicial, não se acha maculada pela ilegalidade sustentada, a qual, se existente, tampouco teria o condão de contaminar as demais provas produzidas ao longo do feito criminal ou de atingir o decreto condenatório proferido em desfavor dos ora pacientes.

A título de argumentação, ressalte-se que Isidoro Rozenblum Trosman e Rolando Rozenblum Elpern respondem a diversas ações penais, sendo que, na Ação Penal nº 2006.70.00.019980-5, ora sob exame, já foram condenados em primeira instância. Contra os acusados, também, há vários inquéritos penais e investigações em andamento, que, provavelmente, resultarão no oferecimento de diferentes denúncias e, conseqüentemente, na de fagração de outras ações penais.

Tudo isso resulta da pro f ssionalidade e da habitualidade delitiva dos agentes, mescladas às suas atividades empresariais, funcionando, como bem ressaltou o Juiz singular, como elementos igualmente hábeis a atestar a culpabilidade dos réus.

As escutas telefônicas realizadas legalmente foram essenciais para a identificação de diferentes atos de corrupção, bem como dos crimes de contrabando, descaminho e evasão de divisas, achando-se os ora pacientes, como já mencionado, a responderem a diversas outras ações penais. Os interceptados diálogos do ora paciente Rolando Rozenblum Elpern com seu consultor f nanceiro sugerem que as práticas do delito de evasão de divisas se estendem, desde 1996, até períodos recentes.

Ante a relevância dos dados probatórios obtidos com as escutas, sem razão, impugnadas, não há como afastar a necessidade da adoção da questionada providência, que, como já mencionado, encontra respaldo nas normas regentes.

Em face do exposto, demonstrada que se encontra a inexistência de constrangimento ilegal a atingir a liberdade de ir e vir de Isidoro Rozenblum Trosman e Rolando Rozenblum Elpern, opina o Ministério Público Federal pela denegação da presente ordem de *habeas corpus* .

A sentença é de 23.1 1.06, acolhendo em parte o pedido acusatório, da seguinte forma:

148. Ante o exposto, julgo parcialmente procedente a pretensão punitiva.

149. Absolvo todos os acusados do crime de quadrilha e do crime do artigo 347 do CP, no primeiro caso, por não se vislumbrar quadrilha para prática de crimes de corrupção, e, no segundo caso, por falta de adequação típica entre os fatos provados e o tipo penal.

150. Absolvo Karina Rozenblum Elpern e Paulo Oscar Goldenstein dos crimes de corrupção por não existir prova s ficiente para condenação (artigo 386, VI, do CPP).

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

151. Condene Adriana Gianello Costa de Oliveira, por uma vez, às penas do artigo 3º, II, da Lei nº 8.137/90 e, por uma vez, às penas do artigo 22, parágrafo único, parte final, da Lei nº 7.492/86.

152. Condene José Luiz Altheia, por duas vezes, às penas do artigo 3º, II, da Lei nº 8.137/90.

153. Condene Rolando Rozenblum Elpern, Isidoro Rozenblum Grosman e Sergio Voltolini, por três vezes, às penas do artigo 333, parágrafo único, do CP.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES (RELATOR):

Ultimamente, tive oportunidade de trazer ao conhecimento da Turma algumas de minhas dúvidas, também preocupações, entre elas, porque sensível e emblemática, a referente ao conflito, diria eu, aparente, entre normas de diversas inspirações ideológicas, f-lo no HC-44.165, de 2006, e nos HCs 95.838 e 96.521, de 2008. Observem a correlação dos modos e tempos das respectivas ementas, vai aqui um tópico de cada uma: (I) *"havendo normas de opostas inspirações ideológicas – antinomia de princípio –, a solução do conflito (aparente) há de privilegiar a liberdade. Afinal, somente se considera alguém culpado após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória"* (HC-44.165); (II) *"havendo normas de opostas inspirações ideológicas – antinomia de princípio –, a solução do conflito (aparente) há de privilegiar a liberdade, porque a liberdade anda à frente dos outros bens da vida, salvo à frente da própria vida"* (HC-95.838); (III) *"impõe-se, isto sim, se extraiam conseqüências de um bom, se não excelente, princípio/norma, que cumpre ser preservado para o bem do Estado democrático de direito"* (HC-96.521).

Há semelhança entre as questões, porquanto a que ora nos é trazida também se assenta em princípios de inspirações diferentes: se se lê, no capítulo destinado aos direitos e deveres fundamentais, que o sigilo das comunicações é inviolável, vê-se, no mesmo inciso, que há ressalva, e-la: *"por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal"* (Constituição, art. 5º, XII). Alegam, então, os impetrantes que, havendo conflito entre princípios, tal *"não se trava no plano da validade, mas sim no da ponderação, no da razoabilidade, da proporcionalidade"*, daí, a teor da doutrina por eles colacionada, *"há de ser conferida primazia relativa ao direito individual"*.

Tanto o Ministério Público Federal, quando requeria, em 13.5.04, a interceptação ao ver da Lei nº 9.296/96, quanto a autoridade judiciária, quando a deferia em 17.5.04, reconheciam o aparente conflito – o sigilo não é absoluto, disseram ambas as autoridades, e sim relativo, o que me levou, aqui e agora, a recordar a teoria da relatividade de Einstein, que definiu, de modo diverso de



Newton, o tempo e o espaço –; vão aqui, respectivamente, dois tópicos (das duas autoridades deste caso, é claro):

– A jurisprudência é pacífica quanto à relatividade do direito ao sigilo telefônico, que em nenhum momento impôs de forma absoluta na CRFB, não podendo servir para impedir a persecução criminal, na preservação dos interesses penalmente tutelados, principalmente quando fundamentado o afastamento na Lei 9.296/96. Neste particular, traz-se à colação:

– Considerando ainda que o direito de privacidade não é absoluto, decreto a quebra de sigilo de dados sobre os terminais instalados ou cadastrados no referido endereço. Restrinjo, porém, a quebra de dados, por economia processual, ao período posterior a 01/01/2002, sem prejuízo de nova apreciação no futuro.

Um diante do outro, em situações opostas (princípios/normas, normas/princípios de opostas inspirações ideológicas), defrontando-se – o absoluto e o relativo –, e então indagamos a respeito de quando é a vez de um e de quando é a vez do outro, e há limites – ou não há? –, reparem que, no caso, segundo a sentença,

32. No decorrer do feito, foram prolatadas diversas decisões de interceptação telefônica e de prorrogação das diligências. A interceptação, de fato, teve duração considerável. Não há que se falar. Documento: 3213023 – RELATÓRIO E VOTO – Site certificado Página 12 de 24 Superior Tribunal de Justiça porém, em falta de fundamentação das decisões de afastamento do sigilo telefônico e prorrogação das interceptações. Como se infere exemplificadamente das decisões deste julgador de f.s. 30-31, 159-160, 291, 337, 569, 740, 798, 881, 1.210, 1.239, 1.316, 1.334, 1.353-1.354, 1.433-1.434 e 1.508 do apenso XVI, todas elas foram fundamentadas. Evidentemente, em uma decisão de prorrogação, não se faz necessário renovar todos os fundamentos que haviam motivado a investigação, sendo possível remeter aos fundamentos anteriores desde que justificada a necessidade da renovação. As decisões, outrossim, podem ser sucintas, como é próprio da dinâmica de um processo de investigação. Registre-se que no decorrer da interceptação, foram captados diálogos que sugeriam a prática de diversos crimes, como contrabando e descaminho, cooptação de servidor do Bacen, possível tráfico de influência junto ao BNDES, operações do mercado negro de câmbio, etc. (v.g. f. 740, 881, 889 e 1.316, 1.334, 1.508 do apenso XVI), o que justificava a duração da diligência. Cumpre ainda observar que as decisões mais relevantes para a formação de prova no presente processo, e que implicavam na interceptação dos terminais utilizados pelos auditores fiscais, foram cumpridamente fundamentadas, cf. f.s. 1.353-1.354 do apenso XVI em relação a José Luiz Altheia, originando até mesmo procedimento em separado no caso de Adriana, cf. f.s. 27-30 do processo 2005.7000027065-9 consistente no apenso XXI, vol. I. Evidentemente, em um processo de interceptação telefônica de duração considerável, é sempre possível selecionar decisões mais e outras menos fundamentadas. Entretanto, o que é relevante é indagar se a interceptação e sua prorrogação foram arbitrárias. No caso, diante das circunstâncias e complexidade dos crimes investigados, bem como a

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

quantidade de indícios de crimes captados nos diálogos interceptados, é forçoso concluir que a medida foi plenamente justificada. Aliás, o próprio resultado da diligência, com a captação dos diálogos revelando a prática de crimes de corrupção e outros, é indicativo de seu acerto. Diante da reclamação da defesa de Altheia de que se fez interceptação de 'prospecção', cumpre registrar que, como se infere nas decisões citadas, que a diligência tinha por propósito colher provas sobre crimes pretéritos, logrando-se porém no decorrer, não só isso, mas também provas sobre crimes em andamento, não havendo qualquer invalidade na utilização de interceptação também com esse propósito.

33. Registre-se que, para investigação de crimes complexos, como os assim denominados crimes de colarinho branco, faz-se necessária a utilização de métodos especiais de investigação, com a consequente afetação à esfera de privacidade do investigados. É o preço a se pagar caso se pretenda efetividade na investigação desta espécie de criminalidade, tão danosa, senão por vezes mais, quanto os assim denominados crimes de rua. A complexidade ainda deste tipo de crime leva, excepcionalmente, à extensão por tempo considerável da diligência de interceptação telefônica. Não obstante, o Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de decidir que *'a interceptação telefônica deve perdurar pelo tempo necessário à completa investigação dos fatos delituosos'*.

Reparem, ainda, que, no caso, segundo o acórdão – em *habeas corpus* – da 7ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região: "3. *Inexistência de afronta ao princípio da razoabilidade decorrente das sucessivas renovações das interceptações, porquanto demonstrada a efetiva necessidade das medidas para apuração dos ilícitos. 4. Hipótese em que o procedimento de quebra do sigilo telefônico atendeu aos preceitos legais dispostos nos arts. 2º e 5º da Lei nº 9.296/96.*"

2. Que o sigilo das comunicações não é de todo absoluto, vimos, di-lo o próprio texto constitucional, e foi aí que se fez, no ano de 1996, destinada a regulamentar o relativo, isto é, a parte final do inciso constitucional, a Lei nº 9.296/96, conforme a qual, em seus arts. 2º e 5º:

Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;

II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;

III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção. Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.

Art. 5º A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o

prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

A Lei nº 9.296/96 é explícita, e bem explícita, em dois pontos, e tal sucede, primeiro, quanto ao prazo de quinze dias, segundo, quanto à renovação; relativamente ao segundo ponto, observem: "... renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova." Enfim, renovável por outros quinze dias. Confira, entre as lições à cata das quais andei, a de Ada Grinover (in "Revista de Direito Administrativo", vol. 207, pág. 30):

11 - A necessidade de motivação da autorização, sob pena de nulidade – em observância, aliás, ao disposto no art. 93, IX, CF – e o prazo de duração das operações – quinze dias prorrogáveis por igual prazo, desde que comprovada sua indispensabilidade – vêm dispostos no art. 5º.

A lei não esclarece se, após a primeira prorrogação, outra será possível. O Projeto Miro Teixeira era expresso, prevendo tantas prorrogações quantas necessárias, desde que continuassem presentes os pressupostos de admissibilidade da ordem de interceptação. O bom senso deverá conduzir o juiz nesse sentido.

De igual sorte, confira estoutra, do magistrado Geraldo Prado ("Limites às interceptações telefônicas...", Lumen, 2005, págs. 38 e 45/46):

33. Disso é possível extrair os elementos a serem empregados no procedimento de interpretação, integração e aplicação da Lei nº 9.296/96. A referida lei não pode – e seus intérpretes não devem – admitir compressão ao sigilo das comunicações telefônicas em grau de restrição superior ao do estado de defesa (artigo 136, § 1º, I, c e § 2º, da Constituição da República).

41. O resultado da aplicação da tese deste trabalho ao acórdão citado no início consiste em concluir que a solução encontrada pelo tribunal, admitindo sucessivas prorrogações de interceptações telefônicas, no lugar de definir o prazo máximo de trinta dias (quinze dias, prorrogável uma vez por mais quinze), como única interpretação do artigo 5º da Lei nº 9.296/96, conforme a Constituição, equipara a restrição (provisória) do direito à inviolabilidade das comunicações telefônicas à suspensão (temporária) do sigilo das mencionadas comunicações, tratando mais gravemente situação jurídica que por expressa previsão constitucional não é equiparável em gravidade àquelas que estão sujeitas ao estado de defesa (art. 136 da Constituição da República). Fere-se o princípio da razoabilidade e se afasta da interpretação sistemática da Constituição, concedendo primazia à função de segurança pública em detrimento do papel assinalado ao juiz pela Carta de 1988, tal seja, o de garantidor dos direitos fundamentais.

3. Conquanto, no caso de que estamos cuidando, várias tenham sido as interceptações de comunicações telefônicas, prorrogando-se, segundo informações

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

dos impetrantes, por mais de dois anos, a lei ordinária, contudo, refere-se a uma renovação; observemos, a propósito, as lições de linhas atrás nestes tópicos: (I) "a lei não esclarece se, após a primeira prorrogação, outra será possível"; e (II) "fere-se o princípio da razoabilidade e se afasta da interpretação sistemática da Constituição". Aliás, recém comissão criada pela Câmara dos Deputados ensejou editorial do "Jornal do Brasil" (de 29.3.08) de tópicos seguintes:

A chamada CPI do grampo já terá lavrado um tento se vier mesmo a merecer tramitação urgente o anteprojeto de lei que o ministro da Justiça, Tarso Genro, prometeu enviar ao Congresso, a fim de tornar mais rígida e excepcional, em termos de aplicação, a Lei 9.296/96, que regulamenta a interceptação de comunicações telefônicas para prova em investigação criminal e em instrução processual penal.

Não se está aqui a falar dos 'grampos' clandestinos – questão também seríssima, a exigir da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) e das operadoras um monitoramento compatível com a cláusula pétrea constitucional que declara inviolável o sigilo das comunicações telefônicas, salvo por ordem judicial, 'nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer'. O que se constata, a partir dos depoimentos prestados na CPI nesta semana pelo ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal Sepúlveda Pertence e pelo presidente da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (Conamp), José Carlos Cosenzo, é que a quebra legal dos sigilos telefônicos em investigações policiais passou a ser mais regra do que exceção.

A propósito do indicado depoimento de Sepúlveda Pertence à Comissão: *"Existem dois pontos dramáticos. De um lado há certa banalização da própria autorização judicial, que tem se tornado cada vez mais início de investigação e não como o último recurso de uma investigação. De outro lado está o vazamento dessas informações, que a lei tenta proteger, mas que se tornou o dia-a-dia da imprensa, em publicar trechos, passagens e interpretações desta ou daquela interceptação."* Há mais. O Senador José Sarney em artigo publicado nas edições do dia 25.4.08 da Folha de S. Paulo e do Jornal do Brasil, escreveu: *"Foi uma sedutora e intrigante controvérsia nos temas tratados a subjacente questão de até onde e quando os direitos individuais foram atingidos pelas novas conquistas tecnológicas da informação, o que tem como exemplo os 400 mil telefones gravados por ordem judicial e a invasão da privacidade que decorre de abusos a que nem os advogados escapam."* Há mais. Da entrevista do Ministro Gilmar Mendes publicada na edição do dia 23.4.08 da revista "Veja", eis este tópico:

Veja – A CPI dos Grampos descobriu que existem atualmente quase 500.000 escutas telefônicas autorizadas pela Justiça no país. Não está havendo uma banalização dessa ferramenta de investigação?

Mendes – Os juízes devem ter mais cuidado em relação a isso. A lei prevê que o prazo para uma interceptação telefônica é de quinze dias. Mas o entendimento dos juízes é que esses quinze dias podem ser renovados de maneira ilimitada. O resultado é que hoje existem escutas instaladas há dois

ou três anos em um mesmo telefone. Esses procedimentos precisam ser revistos. Outra questão delicada é a divulgação desse conteúdo por agentes policiais antes mesmo de o juiz ser informado sobre ele. Não temos hoje mecanismos para coibir isso. É notória a participação dos agentes policiais na divulgação, às vezes até em consórcio com órgãos de imprensa. Acostumamos a isso de maneira equivocada. O Judiciário, que autoriza as escutas, tem responsabilidade por isso.

4. Permitam-me, respeitosamente, crer que andam por aí escrevendo e andam também falando exatamente acerca de normas de opostas inspirações ideológicas, também de princípios, aos quais, a uns e a outros, me reportei no início deste voto, sinalizando, lá nos precedentes, pois que lá se me figurava e, da mesma forma, aqui se me afugura estarmos em presença de conflito (aparente), sinalizando, disse, solução a favor da liberdade (idêntica a razão, se não até maior, tratando-se, como aqui se trata, da intimidade): reparemos que a inviolabilidade é que é a regra, porquanto inviolável é o direito à vida, à liberdade, à intimidade, à vida privada, etc. Escreveu Bobbio, versando sobre as chamadas antinomias impróprias – especificamente, antinomia de princípio – ("Teoria do ordenamento jurídico", pág. 90):

Fala-se de antinomia no Direito com referência ao fato de que um ordenamento jurídico pode ser inspirado em valores contrapostos (em opostas ideologias): consideram-se, por exemplo, o valor da liberdade e o da segurança como valores antinômicos, no sentido de que a garantia da liberdade causa dano, comumente, à segurança, e a garantia da segurança tende a restringir a liberdade; em consequência, um ordenamento inspirado em ambos os valores se diz que descansa sobre princípios antinômicos. Nesse caso, pode-se falar de antinomias de princípio. As antinomias de princípio não são antinomias jurídicas propriamente ditas, mas podem dar lugar a normas incompatíveis. É lícito supor que uma fonte de normas incompatíveis possa ser o fato de o ordenamento estar minado por antinomias de princípio.

Se o ordenamento descansa sobre princípios antinômicos, impõe-se como solução a já apontada. Vejam o seguinte: visto estarmos já habituados a nos encontrar diante de questões relativas a regra e exceção, por exemplo, nos casos de prisão e de liberdade provisória, ou também nos casos de prisão por mais tempo do que determina a lei, o procedimento que, nesses casos, creio eu, temos adotado é o de examinar a exceção com olho de lince, tanto que, se a prisão não estiver fortemente fundamentada, não a temos admitido (da mesma forma, temos desfeito prisões provisórias de excessiva duração). Em suma, se os nossos acórdãos privilegiam a regra (a liberdade) e apertam a exceção (a prisão), haverei eu, por conseguinte, de, neste caso, ter por estrita a interpretação da exceção – *"salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal"* –; aliás, escreveu o inexcusável Maximiliano: *"Estritamente se interpretam as disposições que restringem a liberdade humana..."* ("Hermenêutica...", 9ª ed., pág. 322). Ou seja: haverei eu de privilegiar a intimidade; afinal, inviolável é a intimidade, inviolável é o sigilo...

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

5. Vimos, em linhas atrás, a preocupação, também sensível e emblemática, com o excesso – a excessiva utilização do poder/competência conferido à autoridade judiciária, o abuso, a dosagem além das normais recomendações, enfim e até, sua banalização (a vulgarização da medida) –, mas vimos igualmente, e é o que mais nos interessa no momento atual, que não se duvida, até porque aqui se trata de letras da própria lei, de que o prazo de lei é o de quinze dias, renovável por igual tempo. Há, é verdade, de permeio, apelo ao bom senso do juiz, há, também é verdade, apelo ao princípio da razoabilidade, há ainda a lembrança do tempo de duração do estado de defesa – trinta dias, prorrogáveis por outros trinta –, porquanto, no estado de defesa, também se restringe o direito de sigilo de comunicações telegráficas e telefônica (Constituição, art. 136, § 1º, I, c).

Entre nós aqui no Superior Tribunal, temos admitido, é verdade, tantas prorrogações quantas necessárias, e, vejamos, foi assim que ementei eu mesmo o HC-50.193, de 2006, adotando, é claro, a orientação assentada na 6ª Turma, exemplificativamente, RHC-15.121, de 2004, e HC-40.637, de 2005. Mas estou, ao que me parece, retornando sobre os meus próprios passos (dizem que são de Voltaire as seguintes palavras: *"quem não muda de camisas, nem de idéias, é porque não tem umas nem outras"*), à procura aqui de solução que melhor me ajuste a reflexões que tenho apanhado ali e acolá, quando diante de conflitos entre normas de opostas inspirações ideológicas – no presente caso, então, entre o absoluto e o relativo, a saber, entre o que é inviolável e o que pode ser quebrado. Afinal, repetindo Maximiliano, interpretam-se estritamente as normas que restringem a liberdade humana.

6. Segundo os impetrantes, a autoridade judiciária, neste caso, descumpriu as exigências dos referidos arts. 2º e 5º, pois que

- (a) não justificou validamente a existência de indícios razoáveis da autoria e a indispensabilidade da medida,
- (b) não houve fundamentação juridicamente válida apontando os dados concretos que evidenciavam a indispensabilidade da renovação do monitoramento, e
- (c) o monitoramento telefônico, mantido ao longo de mais de 2 anos (!), extrapola o limite da razoabilidade.

Dou-lhes razão, entendendo eu que a interceptação de que estamos cuidando, deferida, vimos, a 17.5.04, renovada e renovada e renovada, tantas vezes renovada, e o foi por mais de dois anos, de exceção, revestiu-se de regra, de medida excepcional, tornou-se medida normal, tornando-se, dessa forma, a interceptação de que estamos cuidando, repito, em medida que, primeiro, ultrapassou o prazo e o tempo do art. 5º da Lei nº 9.296, segundo, o do art. 136, § 2º, da Constituição, ultrapassou também o limite da razoabilidade – vejamos, Srs. Ministros, que recente projeto enviado ao Congresso prevê o seguinte: *"O prazo de duração da quebra do sigilo das comunicações não poderá exceder a sessenta dias, permitida sua prorrogação por iguais e sucessivos períodos, desde que continuem presentes os pressupostos autorizadores da medida, até o máximo de trezentos e sessenta dias ininterruptos, salvo quando se tratar de crime permanente, enquanto não cessar a permanência"* (art. 5º, § 1º). Observem a exposição de motivos nestas passagens:



... controles sobre a autorização judicial e a forma de seu encaminhamento, controles mais rigorosos sobre os prazos e, mais ainda, controles sobre as operações técnicas, hoje deixadas exclusivamente a critério da autoridade policial, sem qualquer parâmetro fixado.

.....
Sempre sob sigilo de justiça, o incidente processual será autorizado pelo juiz no prazo máximo de vinte e quatro horas, devendo o mandado judicial indicar, na forma dos incisos do art. 5º, os elementos da quebra. Importante avanço, contudo, é a norma do § 1º ao determinar que o prazo de duração da quebra do sigilo das comunicações não poderá exceder a sessenta dias, prorrogável por períodos iguais, até o máximo de trezentos e sessenta dias ininterruptos, salvo quando se tratar de crime permanente.

7. O ordenamento jurídico não é apenas um conjunto de normas, precisamente, de normas com eficácia reforçada, diriam, entre outros, Ihering e Kelsen (teoria geral de orientação positivista), é, também, um conjunto de princípios, diriam, entre outros, Thomasius e Kant (teoria geral de orientação jusnaturalista), e ambos, normas e princípios (vejam o § 2º do art. 5º da Constituição: "*Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*"), às vezes se confundem, às vezes não; quando não, haveremos, creio eu, respeitosamente, de privilegiar já disse, o bom princípio, aquele, por exemplo, que diz respeito à liberdade, à intimidade, à vida privada, mas aqui, sabemos todos, existe norma, razão maior para, então, assegurarmos a sua eficácia, o que, aliás, seria de bom proveito a todos nós, porque, com isso, estamos, quero crer, respeitosamente, repito, fazendo opção entre dois tipos de Estado – ou eminentemente de direito, ou de orientação policialesca. Relembremos: (I) *a quebra legal dos sigilos telefônicos em investigações policiais passou a ser mais regra do que exceção*"; (II) *"há certa banalização da própria autorização judicial"*; (III) *"a lei prevê que o prazo para uma interceptação telefônica é de quinze dias"*.

8. Vão aqui algumas palavras sobre exegese puramente gramatical, pois a parecerista nos recorda doutrina a tal propósito. Digo o seguinte. Aqui em cima, quando somos, porque falamos por último, finais, tenho dificuldades, e sérias, de distinguir, digamos, onde a lei não distingue (*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*). E, quando a lei não distingue, quero cremui respeitosamente, haveremos de achar a perfeita correspondência entre as palavras e o pensamento da lei, entre o seu texto e as intenções do legislador, tudo, é claro, a fim de corrigir-lhe, se existentes, as imperfeições. Afinal, somos ou não somos nós que à lei damos espírito? Sou daqueles, e todos já sabem, que defendem, com unhas e dentes, a independência do julgador, independência, porém, que não consigo dissociar de interpretação equilibrada, sem paixão, arrojada, se for o caso, mas sempre respeitadora dos direitos individuais.

Permitam-me, com isso, retornar ao texto do art. 5º, porque diafaquei comigo mesmo pensando qual teria sido ali a intenção do legislador ao escrever *"não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova"*. Pelo menos três coisas me saltam aos olhos:

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

(I) o prazo estabelecido tem limite (“*não poderá exceder*”, “*quinze dias*”); (II) o prazo pode ser renovado por igual período (isto é, por mais quinze dias); e (III) tal prorrogação só será possível se indispensável o meio de prova (aí, vejam, existe uma condição clara: “*uma vez comprovada*”, ou seja, desde que comprovada, se comprovada...). É isso, e só, o que diz a lei. Não é razoável, pois, ir além. Ora, se intenção tivesse o legislador de que tal prazo fosse passível de renovações sucessivas, ele se teria utilizado de outros termos, quem sabe, por exemplo, “*renovável por iguais períodos*” ou de algo que se assemelhasse à redação do projeto que está no Congresso. Lá o texto, quando se refere às prorrogações, é preciso: o prazo não poderá exceder a sessenta dias, permitida a prorrogação por iguais e sucessivos períodos (...), até o máximo de trezentos e sessenta dias ininterruptos.

Há quem diga que, no caso da Lei nº 9.296, o legislador, embora não tenha sido claro na hipótese de ilimitadas prorrogações, deixou latente tal possibilidade, cabendo ao juiz interpretá-la. A mim não me ocorre, dada a natureza da norma de que estamos tratando – porquanto alude à restrição da liberdade –, possa o legislador haver dito menos quando queria dizer mais. Mal ou bem, bem ou mal, o que está ali disposto, e isso é inquestionável, é uma exceção à regra. Se o texto, para alguns, está indeterminado, dúbio, seja lá o que for que a mim não me parece, cabe a nós, porque somos f niais, repito, dar à norma, limitadora que é do direito à intimidade, interpretação estrita, atendendo, assim, cuidado eu, ao verdadeiro espírito da lei.

9. Se não de trinta dias, embora seja exatamente esse, com efeito, o prazo de lei (Lei nº 9.296/96, art. 5º), por que não os sessenta dias do estado de defesa (Constituição, art. 136, § 2º)? Ou por que não razoável prazo? Desde que, é claro, neste, tenhamos decisão exaustivamente fundamentada, e não, e aí não mesmo, prazo fora dos conceitos razoáveis. Relembremos que o recente projeto estabelece o prazo máximo de trezentos e sessenta dias ininterruptos, que eu, confesso-lhes, entendo ser uma demasia. Ora, não se interpretam, segundo o excelso Maximiliano (também ocupou ele uma das cadeiras do Supremo Tribunal, entre 1936 e 1941), estritamente as disposições que restringem a liberdade humana; de igual maneira, as que restringem a intimidade, a vida privada, etc.? Concluindo, Srs. Ministros, o meu entendimento, ao contrário do do acórdão da 7ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, é o de que há, no caso, se não explícita ou implícita violação do art. 5º da Lei nº 9.296/96, há, sim, violação do princípio da razoabilidade (entre normas/ princípios ou princípios/normas de opostas inspirações ideológicas, a solução do conflito, repito, há de privilegiar a liberdade, a intimidade, a vida privada, etc.). Daí que, Srs. Ministros, concedo a ordem a fim de reputar ilícita a prova resultante de tantos e tantos e tantos dias de interceptação das indicadas comunicações telefônicas; conseqüentemente, nulos torno – e declarados assim f cam – os pertinentes atos processuais da Ação nº 2006.70.00.019980-5; que os autos, então, retornem às mãos do Juiz originário para determinações de direito.

10. Nem menos nem mais f z no curso deste voto do que escrever sobre lei ordinária, a saber, determinar o sentido e o alcance de normas infraconstitucionais.



Recurso em Mandado de Segurança nº 26.667-DF*

RELATOR: MINISTRO NILSON NAVES

RECORRENTE: JOANA CRISTINA BRASIL BARBOSA FERREIRA

ADVOGADO : ANTÔNIO CARLOS GONÇALVES E OUTRO(S)

RECORRIDO : UNIÃO

EMENTA

Concurso público para ingresso na carreira da magistratura. Atividade jurídica de três anos. Exigência constitucional. Contagem e comprovação.

1. A comprovação dos três anos de atividade jurídica, exigida daqueles que pretendem ingressar na carreira da magistratura, deve ser feita no momento da inscrição definitiva, daí ser recomendável se faça constar nos editais de abertura desses concursos a data provável em que se realizará tal inscrição. Caso ocorra a antecipação do cronograma inicial, dessa alteração nenhum prejuízo poderá resultar para aqueles interessados que se inscreveram considerando que, respeitada a data inicialmente prevista para a inscrição definitiva, teriam como atender à exigência constitucional.

2. A data a ser considerada para a aferição dos três anos de conclusão do curso de Direito é aquela em que o estudante conclui com êxito todas as disciplinas do curso de graduação. Em consequência, as atividades jurídicas desenvolvidas a partir dessa data, assim consideradas aquelas previstas no edital, devem ser aproveitadas na comprovação da exigência constitucional.

3. No caso, a antecipação da data prevista no edital de abertura para a inscrição definitiva não pode acarretar a exclusão da candidata: as atividades por ela realizadas – suficientes ao atendimento da exigência constitucional – entre a data em que concluiu as matérias do curso de graduação e aquela em que ocorreu a colação de grau devem ser aproveitadas para comprovação dos três anos de experiência jurídica.

4. Recurso ordinário provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento após o voto-vista do Sr. Ministro Og Fernandes, que acompanhou a Relatoria, seguido pelo voto da Sra. Ministra Jane Silva, por maioria, dar provimento ao recurso ordinário nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencida a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Os Srs. Ministros Paulo Gallotti, Og Fernandes e Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília, 11 de novembro de 2008 (data do julgamento).

Ministro Nilson Naves

Relator

* In: Diário de Justiça Eletrônico, de 02/03/2009.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES:

Foi o pedido de segurança assim relatado, no Conselho Especial do Tribunal de Justiça, pelo Desembargador Natanael Caetano, resumidamente:

"Joana Cristina Brasil Barbosa Ferreira impetrou mandado de segurança, com postulação de provimento liminar, contra ato que reputa ilegal e abusivo a seu direito líquido e certo, praticado pela Comissão do Concurso para Provimento de Cargos de Juiz de Direito Substituto da Justiça do Distrito Federal e Territórios, consistente no indeferimento de sua inscrição definitiva no concurso público para provimento de cargo de Juiz de Direito Substituto da Justiça do Distrito Federal e Territórios, em razão de não haver completado, na data da inscrição definitiva, três anos de graduação no Curso de Direito – o que segundo a Comissão somente se comprovaria com a apresentação do respectivo diploma – nem comprovado o exercício de atividade jurídica por igual período.

Sustentou a impetrante, em apertada síntese, que à data prevista para a inscrição definitiva (entre os dias 4 a 13/7/07) já preenchia os requisitos do edital, notadamente em razão de haver concluído o curso de bacharel em Direito, o que se deu em 07/07/04, e também de já haver implementado a exigência de três anos de atividade jurídica, computando, para esse fim, os cursos de pós-graduação na área jurídica e os períodos de efetivo exercício da advocacia forense.

Alegou, ainda, que a Comissão do Concurso abreviou para o dia 29/06/07 a data da inscrição definitiva, afetando sobremaneira o seu direito e inviabilizando a expectativa de concretizar os requisitos na primitiva data prevista no edital.

Ressaltou a presença dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, fundando o primeiro na plausibilidade do direito invocado, e o segundo na iminência das provas orais, previstas para os dias 16 e 17 do mês corrente, pedindo, ao final, a concessão de medida liminar a fim de que pudesse participar das provas orais do concurso.

Pela decisão de f. 75/77, indeferi a liminar, por entender ausente na espécie o requisito do *fumus boni iuris*.

.....
A impetrante recorreu ao Superior Tribunal de Justiça e obteve provimento liminar, deferido pelo Min. Nilson Naves, que lhe garantiu o direito de participar das provas orais do concurso (f. 85).

Solicitadas as informações, prestou-as o Presidente da Comissão do Concurso para o cargo de Juiz Substituto do Distrito Federal, informando que a impetrante não preencheria o requisito de três anos de graduação em Direito, quando do encerramento da inscrição definitiva, nem o requisito da prática forense, pois apresentou como comprovação o exercício de cargo de auxiliar, antes do período da colação de grau, e curso de preparação para a Magistratura, iniciado antes do período da colação de grau. Informou também que a alteração da data da inscrição definitiva estava prevista no art. 2º do edital do concurso (f. 90/178).

Instada a se manifestar, a d. Procuradoria de Justiça ofertou o parecer de f. s. 180/193, opinando pelo conhecimento do writ e pela concessão da segurança. Argumentou que os três anos do bacharelado e da prática forense devem ser comprovados por ocasião do ingresso na carreira, que ocorre no momento da posse. Sustentou que a eliminação da impetrante, que logrou êxito em todas as etapas do concurso público, infringe os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade."

Ministro Nilson Vital Naves

Por maioria de votos, o Conselho Especial denegou a segurança, trazendo o acórdão esta ementa (30.10.07):

"Concurso público para ingresso na carreira de Juiz de Direito Substituto da Justiça do Distrito Federal e Territórios. Requisitos exigidos pelo edital para inscrição definitiva. Comprovação no ato da inscrição definitiva.

A partir da Resolução 11 do Conselho Nacional de Justiça, que entrou em vigor em 31 de janeiro de 2006, o prazo para a comprovação dos requisitos exigidos pelo edital para ingresso na carreira de Juiz de Direito Substituto da Justiça do Distrito Federal e Territórios passou a ser o da inscrição definitiva do certame."

É de 14.1.08 o recurso ordinário, conclusivamente:

"104. Pelas razões acima expostas, demonstrado está que a Recorrente cumpriu com todas as determinações do Edital, notadamente a demonstração, na data prevista para a inscrição definitiva, de já ter completado três anos da data da conclusão de seu curso de Direito; como, também, completado os três anos de prática forense exigidos.

105. Afora isso e além de devidamente aprovada nas provas objetiva e subjetiva, concernentes à primeira e segunda fases do concurso, a Recorrente, por força de r. decisão liminar proferida na medida cautelar nº 13.175/DF, submeteu-se às provas orais, e, tendo sido devidamente aprovada, uma vez mais demonstrou estar plenamente apta para o exercício da judicatura.

106. Isto posto, espera a Recorrente, respeitosamente, que se digne Vossa Excelência de dar integral provimento ao presente recurso ordinário e, como consequência, concluir pela reforma da r. decisão recorrida, para conceder a segurança, assim considerando a Recorrente definitivamente inscrita no certame e determinando a sua posse no cargo de Juíza de Direito Substituta do Distrito Federal e dos Territórios, cuja vaga restou reservada nos autos da medida cautelar nº 13.593/DF."

Ouvido, o Ministério Público Federal é pelo desprovimento do recurso ordinário, conforme esta ementa:

"I. Não há como vislumbrar violação ao direito líquido e certo da recorrente, pois não foi preenchido o requisito relativo aos três anos de efetiva prática forense, necessários para o ingresso na magistratura. II. Independentemente da alteração no termo final da inscrição definitiva para o referido concurso, a impetrante não teria cumprido o requisito temporal exigido no certame. III. A ausência de direito líquido e certo é corroborada com o fato de que a Comissão do Concurso obedeceu à nova redação do artigo 93, inciso I, da Constituição Federal, bem como às normas da Resolução nº 11 do Conselho Nacional de Justiça ao elaborar o edital nº 01/2007. IV. Tendo em vista que todas as normas do concurso encontravam-se de forma expressa no supracitado edital, presume-se que a impetrante estava ciente das regras editalícias antes de participar das fases do certame, o que não dá ensejo à alegação de ofensa a direito líquido e certo. Parecer pelo não provimento do recurso ordinário em mandado de segurança."

Liminarmente, concedi duas cautelares, uma em 15.8.07, a outra em 6.12.07, conclusivamente uma e outra:

"À vista do exposto, deixo a liminar – não deferida originariamente – para que possa a requerente participar das provas orais do concurso. A liminar

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

terá eficácia durante o processamento do recurso que vier a ser interposto para o Superior Tribunal."

"Defiro a liminar afim de assegurar à requerente, até o final do julgamento do recurso ordinário que será interposto, a reserva de vaga para o cargo de Juiz de Direito Substituto da Justiça do Distrito Federal e dos Territórios."

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES (RELATOR):

Sabemos que um dos princípios relativos à magistratura (e estamos cuidando do ingresso na carreira) é o dos três anos, tal o inciso I – "exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica" (Constituição, art. 93) –, e a candidata, aqui recorrente, não teria completado, quando da inscrição definitiva, e foi o que originariamente se estatuiu, os três anos, eis palavras do Relator: (I) "a impetrante somente completaria o requisito dos três anos do bacharelado em 07.07.2007, ao passo que a inscrição definitiva ocorreu antes, em 29.06.2007"; e (II) "ao requisito da prática forense, a impetrante também não o preencheu, e nem teria preenchido se a data primitiva da inscrição definitiva tivesse sido mantida".

Entretanto tenho cá comigo três razões em benefício da recorrente, afirmando-se-me judiciosamente uma quarta, lá vencida, a saber, "se entre a data do bacharelado e a data da posse transcorreram mais de três anos, tem a candidata direito líquido e certo à nomeação", a cujo propósito há, entre nós, precedentes (REsp-131.340, de 1998, Flaquer Scartezzini; REsp-532.497, de 2003, Fischer; AgRg no REsp-722.837, de 2005, Gallotti; REsp-730.475, de 2007, Arnaldo).

São minhas três proposições:

(I) a antecipação da data prevista no edital de abertura para a inscrição definitiva não pode acarretar a exclusão da candidata;

(II) também as atividades realizadas pela candidata no período que medeia entre a data em que concluiu as matérias do curso de graduação e a data em que colou grau devem ser aproveitadas para comprovação dos três anos de experiência jurídica; e

(III) as atividades jurídicas comprovadas pela candidata a partir da participação no curso de pós-graduação, iniciado em 15.7.04, são suficientes ao atendimento da exigência constitucional.

Tendo a Constituição exigido que os candidatos comprovem ao menos três anos de atividade jurídica e havendo o entendimento de que o preenchimento dessa condição deve ser comprovado no momento da inscrição definitiva, somente com a indicação da data provável em que tal etapa será realizada é que aos candidatos será possível verificar se satisfazem esse requisito, ficando, assim, franqueado a tantos quantos se interessarem o acesso à carreira.

Daí que, com a nova redação dada ao art. 93, I, da Constituição, faz-se necessário que, em todos os editais de abertura de concursos para ingresso na magistratura, seja indicada a data em que ocorrerá a inscrição definitiva dos candidatos. E mais: uma vez feita tal previsão, nenhuma alteração subsequente

do cronograma poderá prejudicar aqueles candidatos que decidiram participar do certame considerando que teriam como comprovar, no período previamente informado, os ditos três anos. Estariam ou não estariam de boa-fé? Creio que sim.

Ainda que à administração seja dado, por motivo superveniente, antecipar a data da inscrição definitiva nos concursos da magistratura, mais prudente será que não o faça; se, por qualquer razão, houver de fazê-lo, deverá resguardar o direito daqueles inscritos que somente poderiam atender às exigências caso mantida a data inicialmente fixada (substitua-se, hipoteticamente, a exigência de três anos de atividade jurídica por outra concernente a, por exemplo, idade mínima, e os potenciais prejuízos decorrentes da antecipação da inscrição definitiva serão ainda mais evidentes).

No caso aqui examinado, o Edital nº 1/2007 trouxe, em seu Anexo I, cronograma das datas previstas para a realização das diversas etapas do concurso. Para a inscrição definitiva, foi indicado o período de 4 a 13.7.07, datas não-definitivas, como deixa claro o art. 2º:

“O concurso será realizado segundo o cronograma anexo, que indica as datas previstas de realização das diversas etapas do processo seletivo, admitidas eventuais modificações (antecipação ou adiamento), divulgadas, se necessário, com a adequada antecedência.”

O fato relevante, e que gerou a principal controvérsia, foi a antecipação da inscrição definitiva para o dia 29.6.07. O meu convencimento é o de que tal antecipação resultou em evidente prejuízo para a recorrente. Ora, considerando que concluiu a recorrente o curso em 7.7.04 e que somente em 7.7.07 é que completaria três anos de formada, dentro, portanto, do período de inscrição definitiva informado no edital, a mim se me figura inequívoco que a antecipação da inscrição definitiva para 29.6.07 feriu o seu direito líquido e certo à participação no concurso.

Entendendo eu que a antecipação da data da inscrição definitiva não pode prejudicar a recorrente, que cumpriria satisfatoriamente a exigência constitucional se fossem levadas em conta as datas inicialmente divulgadas, cumpre, então, verificar se, em hipótese tal, atendeu às exigências de contar três anos de formada e três anos de atividade jurídica.

A meu sentir, não foi exata a conclusão do acórdão recorrido segundo a qual, para o fim de se aferir se o candidato é formado há mais de três anos, deve-se considerar a data da colação de grau.

A experiência revela que, entre o término das atividades curriculares e a emissão do documento declaratório da conclusão do curso de graduação, costuma suceder razoável lapso temporal – cuja causa, normalmente, é imputável à instituição de ensino –, circunstância que, muitas vezes, conduz a que sejam feitos pedidos de colação de grau em separado, antes da tradicional cerimônia, como forma de possibilitar ao requerente o preenchimento de requisitos para investidura em cargo público.

Mas o fato é que, desde o momento em que o estudante conclui com êxito todas as disciplinas do curso de graduação, já está ele habilitado à obtenção do grau.

No caso aqui examinado, a documentação acostada pela recorrente demonstra que, em 7.7.04, integralizou todos os créditos exigidos para a conclusão do curso; a colação, todavia, só ocorreu em 14.8.04.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Tal o contexto, não parece haver dúvida de que a data a ser considerada para a aferição dos três anos de conclusão do curso de Direito é 7.7.04, daí estar plenamente satisfeita a exigência.

Essa tese conduz a outra, não menos relevante: todas as atividades jurídicas desenvolvidas pela recorrente a partir da data de conclusão do curso, assim consideradas aquelas previstas no edital, são aptas à comprovação da experiência exigida constitucionalmente.

É que, desde aquele momento, a recorrente já estava habilitada à aquisição da experiência profissional; noutras palavras, a experiência que lhe foi proporcionada mediante atividades jurídicas iniciadas logo após a conclusão do curso em nada difere daquela obtida em atividades desenvolvidas após a colação de grau, daí que inexistente justo motivo para excluir da contagem dos três anos as atividades jurídicas desenvolvidas antes da colação de grau.

Mas o central fundamento do acórdão recorrido é o de que não teria a candidata comprovado os três anos de atividade jurídica.

De início, a mim só se me afigura possível adentrar o exame desse fundamento se se admitir que a recorrente concluiu o curso em 7.7.04 e que não lhe seria exigível o atendimento dos requisitos antecipadamente, isto é, em 29.6.07.

Partindo desses pressupostos, verifico que a Comissão aceitou, para fins de comprovação, o curso de pós-graduação (especialização) em Direito Processual Civil realizado pela candidata na Universidade Mackenzie, iniciado em **15.7.04**. Seria essa a primeira atividade jurídica realizada pela candidata após a data em que concluiu o curso de Direito.

Quanto aos anos 2005, 2006 e 2007, houve comprovação suficiente.

Decidiu a Comissão que, como a inscrição definitiva ocorreu em 29.6.07, não teria a candidata comprovado atividade jurídica no período de 29.6.04 a 14.8.04 (data da colação de grau). Ainda que fosse considerada graduada na data de 7.7.04, não teria comprovado a prática no período de **8 a 14.7.04 – faltariam 7 dias**.

Não me parece razoável a interpretação segundo a qual se exige da candidata o desempenho, no período de três anos (365 dias vezes 3, ou seja, 1.095 dias) imediatamente após a conclusão do curso, de atividade jurídica ininterrupta.

Considerando o último dia do período inicialmente previsto para a inscrição definitiva (13.7.07) e tendo a candidata iniciado o curso de pós-graduação em 15.7.04, seriam apenas dois os dias em que não teria desenvolvido atividade jurídica. Numa ou outra contagem, afigura-se-me excessivo o rigor a que submetida a candidata, porquanto numa lhe faltariam dois dias de experiência, noutra, sete dias.

À vista dessas circunstâncias, a solução mais justa é aquela que considera satisfatoriamente atendida a exigência constitucional, ainda mais diante da aptidão demonstrada pela candidata, que soube vencer, uma a uma, todas as exaustivas etapas do concurso de ingresso na magistratura.

Pelo meu voto, dou provimento ao recurso ordinário com o intuito de deferir a inscrição definitiva da candidata e, conseqüentemente, dado que foi aprovada em todas as fases do concurso, reconhecer o seu direito à nomeação e posse no cargo de Juiz de Direito Substituto da Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

Recurso Especial nº 649.608-RS

RELATOR: MINISTRO NILSON NAVES
R.P/ACÓRDÃO: MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA
RECORRENTE: UNIÃO
RECORRIDO: JOSÉ LUIZ BORGES GERMANO DA SILVA
ADVOGADO: LIANE BESTETTI E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. ACÓRDÃO EM AÇÃO RESCISÓRIA. FUNDAMENTO EXCLUSIVAMENTE CONSTITUCIONAL. RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO.

– Não cabe recurso especial contra acórdão que, sob fundamento única e exclusivamente constitucional, julga ação rescisória sem tangenciar minimamente os requisitos legais de seu cabimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro João Otávio de Noronha, que não conheceu do recurso especial, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, não conhecer do recurso. Vencidos o Sr. Ministro Relator e as Sras. Ministras Eliana Calmon e Nancy Andrighi. Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha.

Os Srs. Ministros Fernando Gonçalves, Felix Fischer, Aldir Passarinho Junior, Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti, Laurita Vaz, Luiz Fux e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha.

Ausentes, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão e, ocasionalmente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Ari Pargendler.

Brasília, 18 de novembro de 2009 (data do julgamento).

MINISTRO ARI PARGENDLER, Presidente

MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA, Relator

* In: Diário da Justiça Eletrônico, de 18/12/2009.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES:

Foi por maioria de votos que o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no ano 2000, concedeu a segurança impetrada contra ato de seu Presidente. Eis a ementa, de redação do Relator para o acórdão:

"Aposentadoria – Magistrado – Requisitos – Critério para o cálculo dos proventos – Quinto constitucional – Ministério Público – Emenda Constitucional nº 20 – Contribuição Previdenciária – Isenção.

O Juiz que ingressa na magistratura pelo chamado 'quinto' vem cumprir uma missão constitucional, preenchendo vaga reservada para a sua instituição de origem, tendo o direito de contar o tempo de serviço público anteriormente prestado. E, havendo completado trinta anos de serviço público, pode aposentar-se, voluntariamente, mesmo antes de reunir cinco anos de efetivo exercício da magistratura, pois esse prazo não é requisito para a inatividade, mas simples critério para o cálculo dos proventos. Em consequência, optando por permanecer em atividade, faz jus à isenção da contribuição previdenciária nos termos do art. 3º, § 1º, da EC nº 20/98."

A União ingressou com recurso extraordinário, ao qual, no Supremo, negou-se-lhe seguimento à conta de intempestividade. Sobreveio, então, no ano 2003, ação rescisória fundada em violação de literais disposições constitucionais, em resumo:

"Ao assim decidir, tendo em vista que a Constituição, anteriormente à Emenda Constitucional nº 20/98, consignava expressamente o requisito do exercício efetivo de cinco (5) anos da judicatura, para a aposentadoria, o acórdão incidiu em violação direta a dispositivos constitucionais...

.....
A decisão rescindenda concedeu a isenção da contribuição à Previdência Social, pelo entendimento de que o impetrante havia reunido até a edição da EC 20/98, os requisitos ensejadores da aposentadoria integral conforme disposto no artigo 3º, § 1º.

O acórdão não obedeceu ao disposto no artigo 93VI, da CF, com redação anterior à EC 20/98, que exigia o exercício efetivo de cinco anos na judicatura.

Tal exigência existia tanto anteriormente à EC 20/98, como após sua edição. A partir da EC 20/98 tal exigência tornou-se geral, aplicável a todos servidores, uma vez consignada no art. 40, 1º, da CF. Antes da modificação, era uma regra excepcional, que devia ser interpretada restritivamente.

.....
Nesse contexto, conclui-se, também pela vulneração frontal ao princípio da igualdade, estampado no caput do art. 5º, CF, na medida em que promove discriminação entre juízes, não autorizada pela Constituição.

.....
Por outro lado, é despicienda a menção a Portaria MP AS nº 4.882, de 16.12.98 – inserida no âmbito das atividades normativas de caráter secundário do Executivo – que regulamenta o art. 40, CF, com a alteração trazida pela EC 20/98. Por óbvio, ditas disposições regulamentares não se

aplicam ao impetrante, porquanto ele próprio tenha sustentado a aplicação de legislação anterior à vigência da Emenda referida.

Ademais, não se enquadra na modalidade de interpretação autêntica, posto que editada por órgão do Poder Executivo, enquanto que a EC é norma de hierarquia constitucional originária do Legislativo. Com efeito, somente outra emenda constitucional poderia proceder à interpretação autêntica do art. 40, CF."

2. O Tribunal Regional, e foi ainda por maioria de votos, rejeitou preliminar e julgou improcedente a ação rescisória, fê-lo mediante acórdão de ementa seguinte:

"Ação rescisória. Constitucional. Magistrado oriundo do quinto constitucional na classe do Ministério Público. Reconhecimento de direito adquirido à aposentadoria antes do advento da EC nº 20/98 para fins de isenção de contribuição previdenciária. Interpretação da exigência de cinco anos de exercício efetivo da judicatura do art. 93, VI, da CF/88, na sua redação original.

O princípio de se conceder a aposentadoria ao magistrado após cinco anos de exercício efetivo na judicatura foi inscrito no texto constitucional certamente visando a evitar a concessão de aposentadorias precoces, com proventos integrais a juízes recém empossados, cujo tempo de serviço tenha sido quase integralmente prestado em outro regime previdenciário, e as contribuições sejam desproporcionais aos proventos do juiz.

Portanto, a disposição constitucional que exige cinco anos de judicatura não pode ter uma interpretação literal. É preciso dar ao dispositivo uma interpretação condizente com a sua finalidade, que é a de evitar aposentadorias precoces e prejudiciais aos cofres do Tesouro Nacional.

Da análise das normas pertinentes, depreende-se que a permanência no cargo por cinco anos é requisito do cálculo dos proventos da aposentadoria e não da sua concessão.

Se as contribuições vertidas pelos Procuradores da República são no mínimo iguais às recolhidas pelos Desembargadores, o fato de ainda não contar com cinco anos no cargo de desembargador quando do advento da EC 20/98, não é empecilho ao reconhecimento de que implementou os requisitos para a aposentadoria, já que contava com mais de 30 anos de serviço e mais de 13 anos em cargo equiparado à magistratura para todos os efeitos.

Admitir-se que o demandado não tivesse adquirido o direito à aposentadoria, a sua nomeação para Juiz do Tribunal teria sido uma manifesta 'capitis diminutio', com perdas graves e consideráveis, irreversíveis e irrecuperáveis, que crescem e avultam a cada reforma da Previdência Social.

Isso equivaleria a atribuir ao magistrado do 'quinto constitucional' um tratamento bem mais rigoroso e desigual do que aos juízes originários da carreira da magistratura, com clara ofensa ao princípio da isonomia.

Assim, não cabe dar uma interpretação literal à norma constitucional. Não se trata de abrir exceção não prevista na lei, mas sim de interpretá-la coerente e sistematicamente, de forma a não resultar gritante injustiça e manifesta lesão ao princípio da isonomia jurídica, em detrimento de quem é equiparado para todos os efeitos com os magistrados de carreira do Tribunal.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Com efeito, na interpretação da lei, deve-se ter preocupação com o resultado. Não é possível interpretá-la de forma que produza uma consequência infamante, iníqua, inaceitável, absurda, injusta, prejudicial.

Sem dúvida, nas circunstâncias peculiares do caso, apegar-se à literalidade da lei caracterizaria a situação expressa no brocado 'summum jus summa injuria'.

Violação incorrente do art. 93, VI, da CF/88, na redação anterior à EC 20/98, prejudicadas as alegações pertinentes aos demais artigos que teriam sido violados (arts. 93, VI e 40, § 1º, III, do texto constitucional atual, e art. 3º, § 1º, da Emenda 20/98).

Ação rescisória julgada improcedente."

3. Com apoio na alínea a, a União, na petição de interposição do especial, sustenta ter o acórdão do Tribunal Regional ofendido o art. 485, V, do Cód. de Pr. Civil "por negar a violação aos dispositivos do art. 93, VI, da CF/88 na redação anterior à EC 20/98, arts. 93, VI e 40, § 1º, III, 'a', do texto atual da CF/88, art. 3º, § 1º, da EC 20/98 e art. 5º da CF/88..." E foi o recurso admitido pela Vice-Presidentência nestes termos:

"Convencida de que o Tribunal Regional Federal da 4ª Região deu ao caso a melhor solução, aplicando o postulado normativo da razoabilidade, cabe articular o denominado 'princípio da razoabilidade', não no dimensionamento da 'lógica razoável', mas na dimensão do 'devido processo' que busca o 'devido processo proporcional' (Oliveira, Carlos Alberto Álvaro de. Do Formalismo no Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 1997), centrado na concepção antiformalista, preocupado em centrar o processo nos valores da justiça, paz social, segurança, efetividade e transparência democrática. O Tribunal, por maioria, reconheceu um direito a um de seus integrantes –, não há precedente no Supremo Tribunal Federal – o devido processo na rescisória, em atenção ao princípio democrático, em atenção às peculiaridades da rescisória em apreço, concluiu que o recurso merece seguimento pela alínea 'a', porquanto a matéria relacionada com o dispositivo havido como malferido encontra-se prequestionada e estão preenchidos os demais requisitos de sua admissibilidade."

4. Há, também, recurso extraordinário, também admitido pela Vice-Presidentência.

5. Com vista dos autos, o Ministério Público Federal, pela palavra da Subprocuradora-Geral Dulcinéa Moreira, ofereceu parecer pelo provimento do recurso especial, conclusivamente:

"... pode-se situar o ponto central da discussão dos autos partindo da seguinte questão: o magistrado, ora recorrido, que ingressou no Tribunal pelo quinto constitucional, em 07/02/1996, implementou todos os requisitos exigidos pela Constituição na data da publicação da EC 20, em 16/12/1998?"

A resposta é negativa, considerando que um dos requisitos, 5 anos no exercício do cargo, não foi preenchido.

O período compreendido entre o ingresso na magistratura e o advento

da regra constitucional é de, aproximadamente, 2 anos e 10 meses, restando incontestado que a exigência dos cinco anos no exercício da judicatura não foi atendida.

Os dados estão objetivamente expostos de modo que não é permitido ao intérprete da lei constitucional simplesmente afastar ou desconsiderar a incidência do texto expresso, sob a justificativa de que a interpretação é sistemática e teleológica.

De Plácido e Silva ensina que a interpretação da lei 'é compreendida como a determinação ou a revelação do verdadeiro sentido de uma lei obscura, por dúvida ou defeitos de redação, ou ainda por omissão, em relação aos fatos ocorrentes.'

Ademais, entre as regras interpretativas do texto constitucional, destaca-se o princípio da máxima eficácia, assim descrito por Celso Ribeiro Bastos:

'De outra parte figura o postulado o qual, sempre que possível, deverá o dispositivo constitucional ser interpretado num sentido que lhe atribua maior eficácia. O que efetivamente significa esse axioma é o banimento da idéia de que um artigo ou parte dele possa ser considerado sem efeito algum, o que equivaleria a desconsiderá-lo mesmo. Na verdade, esse postulado acaba por reforço de outro, o da unidade da Constituição. Não se pode esvaziar por completo o conteúdo de um artigo, qualquer que seja, pois isso representaria uma forma de violação da Constituição.'

A Constituição é uma só e nela se arrima todo ordenamento jurídico, de sorte que os seus preceitos devem alcançar a todos com a máxima eficácia, não comportando exceções às suas regras, senão as que estão previstas no próprio texto constitucional.

Daí se conclui que a decisão rescindenda violou o texto constitucional ao não observar o requisito de no mínimo cinco anos no exercício da judicatura, o que enseja a procedência da rescisória.

A despeito disso, vale ressaltar que, recentemente, o interesse do recorrido de não pagar contribuição previdenciária foi satisfeito com a edição da Emenda Constitucional nº 41/2003, a qual reconhece ao servidor público que tenha completado todas as exigências para a aposentadoria voluntária e que permaneça no serviço público, o direito ao recebimento de um abono de permanência, equivalente ao valor da contribuição, nos termos do art. 3º, § 1º, *in verbis*:

'O servidor de que trata este artigo que opte por permanecer em atividade tendo completado as exigências para aposentadoria voluntária e que conte com, no mínimo, vinte e cinco anos de contribuição, se mulher, ou trinta anos de contribuição, se homem, fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no art. 40, § 1º, II, da Constituição Federal.'

Com estas considerações, constatando-se violação à literalidade da norma constitucional, opina o MPF pelo provimento do recurso especial."

É o relatório.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES (RELATOR):

Frente a frente, encontram-se, neste caso, o Superior Tribunal e o acórdão proveniente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, fundado, exclusivamente, em matéria constitucional. Veio-nos o recurso especial pela alínea a, fundado, entretanto, no art. 485, V, do Cód. de Pr. Civil. Decerto o que se quer é que se rescinda aquele acórdão porque a sentença de mérito violou literalmente disposições de ordem constitucional. Ocorre-me, porém, a existência de questões importantes, de imediato, por exemplo, a relativa a qual ato judicial deve dirigir-se o recurso que leva a causa ao conhecimento da denominada instância de superposição – aos pressupostos da ação rescisória ou aos fundamentos da sentença rescindenda?

2. Quem definiu, provavelmente de uma vez por todas, a jurisprudência do Supremo Tribunal talvez tenha sido Orozimbo Nonato no distante ano de 1950, há muito tempo, portanto – **55 anos atrás** –, quando do julgamento do RE-11.701. A notícia desse acontecimento é-nos contada por Evandro Lins no julgamento do Ag-34.322, datado de 1965, vejam que 23 anos antes da criação do Superior Tribunal de Justiça. Ao acórdão de Orozimbo não tive acesso (a cópia dele existente nos anais do Supremo está ilegível), mas ao de Evandro, sim, pois, para a leitura de todos nós, está ele publicado na RTJ-35/212, com esta transcrição, **é claro**, do voto de Orozimbo: “... a vulneração da lei ar gúível é só a que incide nos extremos da ação de que se trata, não sendo curial, *data venia*, volver à matéria de ofensa da letra da lei não reconhecida na rescisória que exatamente a esta conta se teve por improcedente. Impertinente, pois, já agora, a alegação de ofensa aos arts. ..., tema que podia o Autor debater, neste Supremo Tribunal, em recurso extraordinário, que não interpôs, do acórdão rescindendo.”

Em seguida à transcrição, continuou Evandro nestes termos: “O princípio deve ser aplicado à espécie, para desprover o agravo, uma vez que, no recurso extraordinário a que se negou seguimento, nada se trouxe com respeito aos pressupostos da própria rescisória, reduzindo-se o agravante a repisar os argumentos de vulneração de lei que nela se solveram.” E Evandro escreveu para o Ag-34.322 (26.10.65) esta precisa ementa: “Recurso extraordinário. Interposto de julgado em ação rescisória, há de se conter nos pressupostos desta e não no seu próprio mérito, não sendo cabível reexaminar a decisão rescindenda. Agravo não provido.”

Nos anos setenta, quando cheguei a Brasília, recém-concursado em São Paulo, para prestar assessoria a Bilac Pinto, essa orientação era tida e havida pelo Supremo como jurisprudência já assentada há algum tempo (entre outros, os acórdãos das RTJs-44/133, Barros Monteiro, 57/554, Djaci Falcão, 87/502, Thompson Flores, 93/643, Soares Muñoz, 93/721, Décio Miranda), e Bilac, em julgado de dezembro de 1973 publicado na RTJ-70/495, valendo-se desses precedentes, disse que eles estavam fundados “em que a apreciação das questões suscitadas na rescisória levaria o Tribunal a julgar a própria ação e, indiretamente, a sentença rescindenda”. Ora, concluiu Bilac, o recorrente “reabre, no presente recurso, a discussão acerca da matéria julgada na decisão rescindenda, o que desborda dos estreitos limites do recurso extraordinário”.

Ministro Nilson Vital Naves

Eis mais um precedente, datado de 1979 (1 anos antes da criação do Superior Tribunal), da relatoria de Rafael Mayer em sessão plenária do Supremo, com estes tópicos do voto (RTJ-93/910):

“Com o equacionamento que oferece em seu recurso, pretende, na realidade, a Recorrente suscitar uma terceira instância, para julgar, em grau de recurso ordinário trabalhista, a ação rescisória, reexaminando a sentença que se visa rescindir, como se fosse ela que viesse à instância extraordinária.

Entretanto, o intento não alcança correspondência na concepção do recurso extraordinário, que tem por objeto a decisão de única ou última instância, nem na jurisprudência pacífica desta Corte.

Tem-se entendido que o recurso extraordinário apenas se dirige aos pressupostos da decisão na ação rescisória e não aos fundamentos da decisão rescindenda, limitado o apelo extremo, por essa forma, à indagação de haver sido, com razão ou sem ela, acolhida a rescisória em caso de absoluta impertinência' (RTJ – 44/133).

Com pertinência, à espécie, a exata colocação do eminente Ministro Djaci Falcão no julgamento do RE 63.036, ao dizer que ...”

Falamos, como se viu, a propósito da jurisprudência do Supremo quanto à ordem constitucional precedente. O ordenamento novo, proveniente da Constituição de 1988, instalou-nos em 1989. Há acórdãos do Superior Tribunal referentes a recurso especial que adotam, é verdade, as reflexões do Supremo. Em 1995, eu mesmo, na Segunda Seção, escrevi para o REsp-9.837 esta ementa: “Ação rescisória fundada no art. 485-V do Cód. de Pr Civil. Improcedência. Interposição do recurso especial. Cabimento deste. Em caso de rescisória, o recurso especial deve limitar-se aos pressupostos dessa ação, e não se dirigir ao acórdão rescindendo. Caso em que no fundo o recorrente ataca não o acórdão proferido no julgamento da rescisória mas, sim, o ato judicial cuja desconstituição está postulando. Falta de cabimento do especial, daí não ter sido o recurso conhecido” (DJ de 15.5.95). A pesquisa que encomendei forneceu-me, nessa mesma linha, por exemplo, de Sálvio de Figueiredo, o REsp-250.865, de 2003, de José Delgado, o REsp-448.688, de 2002, de Fernando Gonçalves, o REsp-447.235, de 2002, de Gilson Dipp, e o AgRg no REsp-611.273, de 2004, este com a seguinte ementa: “I - Esta Eg. Corte já firmou entendimento no sentido de que o recurso especial interposto em sede de ação rescisória deve cingir-se ao exame de eventual afronta aos seus pressupostos (art. 485 do Código de Processo Civil) e, não, aos fundamentos do julgado rescindendo. II - *In casu*, consoante se depreende das próprias razões recursais, a insurgência especial está a investir não contra os vícios ocorridos no acórdão da própria rescisória, que julgou improcedente o pedido, mas contra o mérito do aresto rescindendo, o que, por si só, constitui óbice ao provimento do presente recurso. III Agravo interno desprovido.”

Em 1998, estando presentes à sessão da 3ª Turma Eduardo Ribeiro, Waldemar Zveiter, Menezes Direito e Costa Leite, julgamos, ali, o REsp-84.236, quando, na condição de seu Relator, lancei, na ementa do acórdão, este tópico: “Em caso de rescisória, recomenda-se que o recurso especial limite-se aos pressupostos desta ação, e não se dirija à sentença rescindenda” (DJ de 31.8.98).

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Ora, sob o aspecto formal-técnico-lógico, sobretudo processual, tal jurisprudência, vigente na denominada instância extraordinária desde 1950, se não datada até de tempos mais remotos, apresenta-se-me, sempre se me apresentou, de modo irrepreensível.

Certamente, existem outros e mais outros pronunciamentos. É possível até que haja julgados noutra sentença. Ao que melhor se cuida, há sim, à vista da extensão do nosso banco de dados e da variação, vez por outra, da nossa jurisprudência.

Entre os anos de 1953 e 1956, pensou-se, mais de uma vez, em estabelecer para a interposição do recurso extraordinário fundado em violação (da Constituição, de tratado ou de lei federal), **que a parte intentasse, antes, ação rescisória ou revisão criminal**. A proposta foi do Supremo Tribunal, apresentada pela voz e pela palavra de Hahnemann Guimarães em mais um daqueles vários momentos em que se discutia o abuso do recurso extraordinário. Aliás, historicamente, é tema que sempre se discutiu; nos dias correntes, o que já se discute é o abuso do recurso especial. E a atual reforma, hem? Irá meter os pés pelas mãos? Ora, 27 anos após a promulgação da Constituição de 1891, 28 anos após a edição do Decreto nº 848, que instituiu o recurso depois regimentalmente denominado de extraordinário, e 70 anos antes da promulgação da Constituição de 1988, Maximiliano, em 1918, já dizia que não dava mais, daquele jeito as coisas não iam e não iriam bem, que o Supremo não daria conta dos processos e que era necessário aliviar o Tribunal do excesso de trabalho. De quantos processos não se dava conta? – pergunto eu, perguntamos todos nós. Ao todo, **eram menos de 300 anuais**, conforme as estatísticas daquela época (em 1918, o Supremo havia recebido 87 recursos extraordinários). Ora, decorrentemente dessas e de outras preocupações com o funcionamento do Supremo, a Emenda Constitucional de 1926 reduziu o recurso extraordinário, estreitando o seu cabimento, tornando-o admissível de modo restrito, ao ver do art. 60, § 1º, a, isto é, quando se questionasse sobre a vigência ou a validade das leis federais em face da Constituição. Todavia a Constituição de 1934 introduziu no ordenamento jurídico pátrio, entre as hipóteses de cabimento do extraordinário, uma hipótese que se confundia com a da ação rescisória, vejamos: “quando a decisão for contra literal disposição de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado” (art. 76, III, a). A Constituição de 1937 e a de 1946 não ficaram atrás, dispondo, a propósito do tema, de igual maneira, apenas com variações de ordem redacional.

Nos idos de 1934 a 1946 e daí em diante, sem dúvida que, em vários momentos e em inúmeros escritos, ilustres e notáveis juristas de então esbravejaram. Uns criticando tecnicamente a fórmula oriunda de 1934, Pontes, por exemplo, nos seus comentários à Constituição de 1937; outros, como Filadelfo e Levi, chamando ambos a atenção de todos principalmente para a crise do Supremo. De Filadelfo, foram-se estas passagens: (I) “surgiu, em 1934, a lamentável idéia de autorizar o mesmo recurso, sempre que a decisão local atacasse literalmente o texto de lei uniforme”; (II) “atirou-se aos chicanistas a melhor das oportunidades de eternizar as demandas, mantendo, por mais algum tempo, a insegurança de relações jurídicas e diferindo a formação do caso julgado” (Arquivos, 1943). Da pena de Levi, estas passagens: (I) “está declarada nova crise do Supremo Tribunal Federal”; (II) “a mim sempre me pareceu – e sempre manifestei essa convicção – que o Supremo

Tribunal deveria restringir a sua tarefa a um número relativamente pequeno de casos, da maior importância, que pudesse estudar aprofundadamente e decidir com inteiro acerto” (Arquivos, 1943).

Acho eu, quiçá achamos nós, que dúvida não haveria de haver quanto à tarefa principal do Supremo, dúvida igualmente não haveria de haver quanto à tarefa principal do Superior (um e outro, ambos os Tribunais, nesse particular e relevante aspecto, em posição assemelhada, distinguindo-se um do outro a propósito do contencioso: a um, o contencioso constitucional, ao outro, o contencioso infraconstitucional). Também não duvidamos se impunham, mais hoje que ontem, soluções, logo e logo, para processos que, lá e cá, chegam às braçadas. O que não sei é se todos demos conta de que, quando das preocupações de Filadelfo Azevedo e Levi Carneiro e, de igual forma, das de outros tão ilustrados juristas dos anos trinta e quarenta, os processos que anualmente chegavam às prateleiras do Supremo não ultrapassavam, nos primeiros anos, três centenas e, nos demais anos, não excediam a mil. Observem, contudo, que, nos dias correntes, já há algum tempo que ultrapassamos os cem mil. No ano passado, o Supremo recebeu 87.276, o Superior recebeu 213.968. Será que fomos constitucionalmente instituídos e instalados para tão ingente trabalho? Ainda que a ele nos dediquemos de corpo e alma, não lhe daremos cobro, não, porque se trata de trabalho invencível, faltando-lhe inclusive glamour em vários momentos. Até parece que também nos foi imposto pelo mitológico senhor dos deuses o mesmo castigo imposto a Sísifo: o de rolar eternamente uma enorme pedra na subida de uma vertente, mal alcançado o cimo – se é, no nosso caso, que lá conseguimos chegar –, a pedra rola vertente abaixo, e o trabalho, que jamais cessa, recomeça com todo o fôlego.

Mas há esperança, a esperança de que um dia as coisas terão um jeito. Será que há mesmo? Notem que tentativas foram feitas desde os primeiros anos do século XX, tentativas no sentido de ajeitar aqui e arrumar ali, em fim, de consertar não só a denominada instância de superposição, mas, de igual maneira, todo o Judiciário brasileiro. As tentativas, entretanto, têm sido em vão, quase todas. Mas há esperança! As tempestades, e é do nosso imortal Machado o dito profético, “só aterram os fracos; os fortes enrijam-se contra elas e tam o trovão”. Pena que a atual proposta de reforma tenha feito pouco caso de boa parte das sugestões apresentadas pelo Superior Tribunal. Pena que, no essencial, tenha-se concentrado na forma de um estranho e exótico conselho (que, para dizer o mínimo, é atentatório contra a ordem natural das coisas), valendo-se precipuamente dele e de uma quarentena que, para atender espírito eminentemente corporativista, cheira a hipocrisia, valendo-se ainda de uma súmula que, de tão mal redigida e de tão mal endereçada, tem tudo para, em termos tais e tais, jogar brevemente sobre o Superior a última pá de cal. Ontem, hoje e amanhã, jamais deixamos de convocar a atenção, respeitosa, para a falta de harmonia e de coerência do atual sistema quanto à distribuição das competências (isto é, quanto ao âmbito de atuação dos tribunais), sistema ao qual faltam validade e coerência, lembra-nos Bobbio, e cácia e validade, ou seja, sistema ao qual falta a razão de ser, fadado, portanto, ao total insucesso.

Foi Hahnemann, em nome do Supremo, como se viu, quem sugeriu, mais de uma vez, nos idos de 1953 a 1956, que se intentasse, como preliminar necessária

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

à interposição do extraordinário, a ação rescisória ou a revisão criminal; daí, onde se lia “quando a decisão for contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal” (Constituição de 1946, art. 101, III, *a*), dever-se-ia ler “quando a decisão houver sido dada em ação rescisória ou revisão criminal de sentença argüida de contrária a dispositivo desta Constituição ou a letra de tratado ou lei federal”.

Em 1956, a Comissão Especial de Juristas, instituída por Nereu Ramos e integrada por Carlos Medeiros (Relator), San Tiago Dantas, Gonçalves de Oliveira, Brochado da Rocha e Hermes Lima (que time, hem!), acolhia a ideia de Hahnemann, dando-lhe, porém, esta redação: “quando for contrária a dispositivo desta Constituição ou a letra de tratado ou lei federal, a decisão proferida em ação rescisória, mandado de segurança, *habeas corpus*, ressalvado o disposto no item II, *a*, bem como em revisão, ou, se esta não couber em outro processo penal”. O item II, *a*, cuidava do *habeas corpus* quando denegatória fosse a decisão. A proposta chegou a ir ao Congresso, inutilmente.

A proposta Hahnemann não é do meu agrado. Pretendo não esmiuçá-la mais. Trouxe o assunto a debate porque pessoalmente creio que as coisas que fui alinhavando aqui e agora reforçavam a reflexão de que, em caso de rescisória – expediente de impugnação que há de receber exegese estrita –, o recurso especial há de se limitar aos pressupostos dessa ação.

Decerto há controvérsia. Sim, há, e várias. Andei eu mesmo ultimamente pensando os prós e os contras. Uma das minhas preocupações é de ordem institucional, tem a ver com o papel do Superior no cenário nacional, Tribunal a que foram cometidos pelos constituintes poderes e competências de tal modo que, no plano infraconstitucional, pudesse de tudo, sem maiores entraves de ordem processual, a fim de que prevaleça, sempre e sempre, o melhor direito. Sei lá se não estaria eu, com a minha posição, digamos, limitativa, fechando algumas das janelas do Superior, então fiquei a matutar um pouco mais sobre o que Pontes escrevera no ano de 1934 e repetiu nas edições seguintes do seu “Tratado da Ação Rescisória”: “... o Homem é o que é, porque sabe, mais do que os outros animais, corrigir-se.” Será que não estaríamos impedindo, por exemplo, o Superior de efetuar correções se e quando necessárias? Afastei a preocupação ao entendimento de que, em casos assim, quem vacila é a parte, deixando de recorrer adequadamente no momento próprio, quando dispõe de prazos e de recursos. Pergunto mais: não se estaria aqui quebrando a igualdade das partes no processo (porque se estaria abrindo prazos e permitindo recursos após feita a coisa julgada)? Igualdade que cumpre ser preservada à vista da composição dialética do próprio processo. Ainda pergunto: não se estaria também velando pela rápida solução dos litígios? Observem que, tratando-se de meio de impugnação excepcional, e tal é a rescisória, recomenda-se exegese estrita.

Notem o seguinte imbróglio. Suponhamos uma sentença fundada exclusivamente em normas constitucionais cuja ação rescisória, obviamente fundada em idênticas normas, é julgada improcedente, donde a interposição dos recursos especial e extraordinário. Entre nós, o recurso especial, indago, teria cabimento, ainda que nele se invocasse a violação do art. 485, V, do Cód. de Pr. Civil? Vejam que, no julgamento do especial, o Superior, se cabível o recurso,



isto é, desde que ultrapassada a preliminar de conhecimento, terá que examinar a matéria constitucional; então, poderá fazê-lo se, em princípio, não lhe assiste, no julgamento do especial, o contencioso constitucional? E o Supremo poderá julgar o extraordinário. Vejam que, para julgá-lo, o Supremo terá, preliminarmente, que verificar se ofendido o art. 485, V, mas ele não tem o contencioso infraconstitucional. Digamos que o Superior julgue o recurso especial. Com isso, estará abrindo campo ao recurso extraordinário. Sucede que o recurso extraordinário irá cuidar dos fundamentos da sentença rescindenda – fundamentos de ordem constitucional –, mas deles o Supremo não poderá cuidar de acordo com a sua antiga jurisprudência...

3. Escreveu Teori Zavascki ("Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional", RT, pág. 139):

"Se tal entendimento não produzia maior consequência no regime constitucional anterior, quando o Supremo era a instância extraordinária competente também para recursos por ofensa à lei – o que lhe permitia, ainda que por via transversa ou indireta, exercer o controle da matéria constitucional – ele, atualmente, tem resultado desastroso e inconstitucional: impede o Supremo Tribunal Federal de manifestar-se sobre a matéria constitucional debatida como tema central nas ações rescisórias. O atendimento ou não dos pressupostos da rescisória, previstos no ordenamento infraconstitucional (art. 485 do CPC), ensejaria, assim, recurso especial fundado no art. 105, III, *a*, da Constituição. Mesmo em matéria constitucional, seria o STJ o tribunal que, a pretexto de fazer juízo sobre a aplicação do inc. V do art. 485 do CPC, decidiria sobre a configuração ou não, na hipótese de violação literal de preceito constitucional. Em suma, afirmada a tese de que o recurso deve dirigir seu foco aos pressupostos da ação, e jamais aos fundamentos adotados no julgado rescindendo, a consequência necessária é a de que, havendo ação rescisória, será do Superior Tribunal de Justiça, e não do Supremo Tribunal Federal, a palavra definitiva sobre a existência ou não de violação da Constituição. A única e rara exceção seria a de rescisória de competência originária do próprio STF. Nesse contexto, seriam imunes ao controle da Corte Suprema até mesmo as decisões do STJ e de qualquer outro tribunal que, em rescisória, negassem ter havido violação da Carta Magna por parte da sentença manifestamente contrária à jurisprudência do Tribunal guardião da Constituição."

São estas as conclusões do excelso processualista:

"Para obviar consequências assim tão desajustadas do sistema, é indispensável que se revise a orientação hoje predominante, passando-se a admitir recurso extraordinário sobre a matéria constitucional tratada no julgado rescindendo...

.....
... será admissível ação rescisória em matéria constitucional, sem os empecilhos da Súmula 343; porém, o acórdão que lhe julgar o mérito, afirmando a existência ou inexistência de violação à Constituição, estará sujeito a controle pela Suprema Corte, mediante recurso extraordinário (CF art. 102, III)."

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

4. Com a vênia do hoje Ministro Teori, não creio estejamos diante de consequências desajustadas do sistema. A compreensão que tenho dos acontecimentos de que estamos cuidando é a de que a causa haveria mesmo de vir ter ao Superior Tribunal, e por duas ordens de ideias: primeiro, porque o recurso que se encontra diante de nós foi interposto sob a alegação de ofensa a texto infraconstitucional – art. 485, V, do Cód. de Pr Civil; segundo, porque, nesse caso, o Superior Tribunal, evidentemente, tem o contencioso constitucional, tem-no quer para rescindir a sentença – *iudicium rescindens*, quer para julgar novamente a causa – *iudicium rescissorium*.

5. A questão que novamente nos é imposta gira em torno do papel que o Superior Tribunal desempenha diante de questões constitucionais. Em 2001, escrevi, porque dele me tornara Relator, para o REsp-215.881, a seguinte ementa (em incidente de declaração de inconstitucionalidade):

"Recurso especial (julgamento). Inconstitucionalidade (prejudicial). Arguição/procedimento (Regimento, art. 200 e Cód. de Pr Civil, arts. 480 a 482). Competências constitucionais (distribuição). Incidente (caso em que lhe falta cabimento).

1. No julgamento do recurso especial, uma vez acolhida a arguição, a Turma remeterá o feito à Corte Especial.
2. Compete à Corte Especial julgar a prejudicial de inconstitucionalidade.
3. Do julgamento, porém, não poderá tirar proveito o autor do recurso especial (recorrente). Caso a declaração venha a beneficiar o recorrente, ao incidente faltará cabimento.
4. É que, no exercício da competência prevista no inciso III do art. 105 da Constituição, em princípio o Superior não dispõe do contencioso constitucional. Tê-lo-á em restritas hipóteses.
5. Em tal competência, o que é do Superior é toda a jurisdição infraconstitucional (o direito comum).
6. Já no exercício das competências previstas nos incisos I e II do art. 105, livremente o Superior também desfruta do contencioso constitucional.
7. No exercício da competência do inciso III, é lícito ao Superior previamente declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo, desde que a declaração não seja a favor do recorrente; a favor do recorrido, sim.
8. Caso em que a inconstitucionalidade, se declarada, não aproveitaria ao recorrido. Por sinal, nem ao recorrente, que interesse algum tinha na declaração, tanto que se defendera com outros fatos e outros fundamentos. Daí, em caso que tal, tratarse-ia, também, de declaração de inconstitucionalidade em tese.
9. Preliminar de não-cabimento, acolhida por maioria de votos."

A mim se me af gurou e vem se me af gurando:

(I) que é do Superior toda a jurisdição infraconstitucional (direito ordinário), salvo hipóteses que dizem respeito a determinados membros de Poder , como o Presidente da República (Constituição, art. 102, I, b e d);

(II) que, no exercício das competências previstas nos incisos I e II do art. 105, livremente o Superior também dispõe do contencioso constitucional. Por certo, é-lhe

lícito o modelo difuso-incidental de controle de constitucionalidade. Sua palavra não é final; em tese, sempre haverá o recurso extraordinário;

(III) que, no exercício da competência prevista no inciso III do art. 105, amplamente o Superior dispõe do contencioso infraconstitucional. Em princípio, não tem o contencioso constitucional. Te-Lo-á em uma ou duas hipóteses, podendo fazer, incidente e previamente, declaração de inconstitucionalidade. Não, se em benefício da parte recorrente;

(IV) que é do Supremo a jurisdição constitucional. É o Tribunal da Constituição, órgão mais de natureza política – Corte de Justiça política. Do Supremo esperar-se-ia, como alhures se esperou, se substituísse ao poder moderador. Melhor ficaria se transformado em Corte Constitucional, exclusivamente;

(V) que, para zelar pela guarda da Constituição, todos os instrumentos são úteis, necessários e legítimos ao Supremo. Ao lado do modelo difuso-incidental, compete-lhe, e somente a ele, o modelo concentrado-abstrato de controle de constitucionalidade;

(VI) que não é útil, conveniente e nem é legítimo ao Supremo entrar na matéria infraconstitucional, cuja jurisdição pertence ao Superior. Significa que é vedado o conhecimento do extraordinário a pretexto de ofensa à Constituição e, em seguida, o desfecho da causa fundado no direito infraconstitucional (provimento). De acordo com o sistema vigente, apenas o Superior tem autorização constitucional, mediante o recurso especial, para decidir as causas aplicando-lhes o direito ordinário;

(VII) que as decisões do Superior, tratando-se de matéria infraconstitucional, não de ser finais, irrecorríveis, com autoridade de coisa julgada, tanto como já o são as oriundas de recurso especial e quanto haverá de sê-Lo as provenientes do exercício das competências originária e ordinária.

6. Este é um a mais dos poucos casos em que o Superior Tribunal também desfruta do contencioso constitucional quando exercita a competência que lhe é concedida pelo inciso III do art. 105 da Constituição. Está, por conseguinte, autorizado a se pronunciar sobre o especial, motivo pelo qual, dada a admissibilidade do recurso interposto, estou indo em frente.

7. Ao iniciar o seu voto no Tribunal Regional, disse o Relator desta ação rescisória:

"No mandado de segurança, o autor postulou o reconhecimento da isenção do recolhimento da contribuição previdenciária com fundamento no parágrafo 1º do art. 3º da EC 20/98.

Deixou claro que não está requerendo a sua inativação mas apenas a dispensa da contribuição previdenciária; e que nunca pretendeu aposentarse antes de completado o período de cinco anos no cargo.

A CF/88, no art. 93, VI, na sua redação original determinava o seguinte: ..."

Segundo o referido inciso (redação original): "a aposentadoria com provimentos integrais é compulsória por invalidez ou aos setenta anos de idade, e facultativa aos trinta anos de serviço, após cinco anos de exercício efetivo na

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

judicatura." Confiramos, desde logo, as atuais redações, provenientes da Emenda nº 20, de 1998:

– "sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher" (letra a, inciso III, § 1º, art. 40);

– "a aposentadoria dos magistrados e a pensão de seus dependentes observarão o disposto no art. 40" (inciso VI, art. 93);

– "É assegurada a concessão de aposentadoria e pensão, a qualquer tempo, aos servidores públicos e aos segurados do regime geral de previdência social, bem como aos seus dependentes, que, até a data da publicação desta Emenda, tenham cumprido os requisitos para a obtenção destes benefícios, com base nos critérios da legislação então vigente.

§ 1º - O servidor de que trata este artigo, que tenha completado as exigências para aposentadoria integral e que opte por permanecer em atividade fará jus à isenção da contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria contidas no art. 40, § 1º, III, 'a', da Constituição Federal" (art. 3º e § 1º da Emenda nº 20.)

Disse, após, o Relator desta ação, nestes tópicos de seus fundamentos, o seguinte:

"Portanto, a disposição constitucional que exige cinco anos de judicatura não pode ter uma interpretação literal. É preciso dar ao dispositivo uma interpretação condizente com a sua finalidade, que é a de evitar aposentadorias precoces e prejudiciais aos cofres do Tesouro Nacional.

Da análise das normas pertinentes, depreende-se que a permanência no cargo por cinco anos é requisito do cálculo dos proventos da aposentadoria e não da sua concessão.

No caso dos autos, antes de ingressar no Tribunal pelo quinto constitucional, o réu exerceu durante mais de 13 anos a atividade de Procurador da República, vertendo as respectivas contribuições previdenciárias quicã superiores a muitos juizes de carreira que se aposentam.

.....
Por tais fundamentos, entendo que o acórdão rescindendo não violou art. 93, VI, na redação anterior à EC 20/98, quando reconheceu que o demandado adquiriu o direito à aposentadoria antes do advento da EC 20/98, fazendo jus à isenção das contribuições previdenciárias.

E concluindo pelo implemento das condições para aposentadoria antes do advento da EC 20/98, restam prejudicadas as alegações pertinentes aos demais artigos que teriam sido violados (arts. 93, VI e 40, § 1º, III, do texto constitucional atual, e art. 3º, § 1º, da Emenda 20/98), posto que todos eles disciplinam situações de quem não preencheu os requisitos para aposentação antes da Emenda."

8. O meu entendimento é diferente. Tanto numa como noutra situação, isto é, antes ou depois da Emenda nº 20, era de rigor a exigência dos cinco anos de exercício efetivo – a judicatura. Estou, pois, adotando a posição da corrente

Ministro Nilson Vital Naves

vencida quando o Tribunal Regional julgou o mandado de segurança no ano 2000, eis tópicos do voto da Relatora:

"O impetrante foi nomeado para exercer suas funções como Juiz deste Tribunal em 08 de dezembro de 1995, tendo tomado posse em 07 de fevereiro de 1996. Desta forma, apesar de ter tempo de serviço suficiente e devidamente averbado, conforme decisão proferida no A nº 96.04.00405-7, não implementou o período de cinco anos na judicatura, requisito necessário à concessão da aposentadoria.

O impetrante ressalta, ainda, que a Portaria MPAS nº 4882/98, adotou o entendimento de que o prazo de cinco anos de efetivo exercício não é requisito para a aposentadoria e sim para cálculo de proventos, o que reforça sua tese de que também não é requisito para aposentação na vigência do art. 93, VI, da CF anteriormente à EC 20/98. Ocorre, que tal portaria regulamentou a Emenda Constitucional nº 20/98, devendo ser aplicada à aposentadoria de servidores públicos que tomarem posse a partir de 16 de dezembro de 1998, data da publicação da referida emenda, conforme seus termos:

De igual forma, não há como ser favorável a tese do impetrante, uma vez que a Constituição Federal não faz distinção alguma entre os que ingressam no Tribunal pelo quinto constitucional, ou seja, se são ou não egressos do Ministério Público. Não havendo parágrafo excepcionando a regra geral do mínimo de cinco anos.

No que se refere a consignação efetivada em seus assentamentos – de que a aposentadoria do Magistrado deverá obedecer a legislação vigente à época da sua concessão –, esta se torna desnecessária, uma vez que consabido que as aposentadorias sempre deverão obedecer à legislação vigente à época das suas concessões, respeitando-se os direitos adquiridos.

Gostaria, antes de finalizar, de expressar a certeza de que o Exmo. Juiz José Germano ingressou nesta Corte por ideal, onde sua atuação como Magistrado revela apurado senso de zelo e dedicação pela justiça, o que se reflete em lúcidas e bem lançadas decisões, sem outros objetivos imediatos as finalidades esposadas.

Concedo parcialmente a ordem, tão-somente para cancelar a consignação acima descrita dos assentamentos funcionais do impetrante."

Foi também vencido o Desembargador Federal Vladimir Passos, seu voto é de seguintes termos:

"Inconformado com a decisão do Conselho de Administração que houve por bem indeferir seu pedido de isenção do pagamento de contribuição previdenciária, não conhecendo da segunda parte do pedido atinente ao direito de aposentar-se segundo a legislação vigente antes da Emenda 20/98, interpõe o ilustre Requerente o presente Mandado de Segurança, pedindo seja reconhecido o seu direito de aposentar-se na forma das regras do sistema antigo, ou seja, a legislação vigente à época de sua concessão.

O '*mandamus*', com a devida vênia, não pode ser concedido. A matéria foi analisada à exaustão quando formulado o pedido na esfera administrativa. Neste sentido faço juntar cópia do voto proferido no processo n. 00.29.00107-2 e que fica fazendo parte integrante deste voto.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

De resto, acrescento que as duas pretensões são interligadas e não podem ser dissociadas para que uma seja concedida e a outra seja rejeitada. É dizer ou tem o Impte. direito a aposentarse e conseqüentemente a verse dispensado do pagamento da contribuição previdenciária ou não tem direito a jubiliase e, conseqüentemente, deve permanecer arcando com a contribuição. Como não tem direito ao benefício da aposentadoria, outra solução não há senão continuar pagando as contribuições previdenciárias. Por tal razão a ordem deve ser denegada."

Eis excertos do voto de S. Exa. no Processo Administrativo nº 00.29.00107-2:

"Pois bem, em uma ou em outra situação os 5 anos como Juiz são exigidos pela carta Magna. Certamente esse pedido é pioneiro e, por isso, solicitei informação da DAM sobre precedentes. Resultou negativa (f . 61). Com a devida vênia, não vejo como interpretar a Lei Maior abrindo exceção para o caso do Requerente. É inquestionável que ele percebia vencimentos maiores e que não ingressou na magistratura visando o benefício da aposentadoria (f . 3, item 5º). Todos sabem que o ingresso na magistratura através do quinto constitucional já não desperta o interesse de outrora e a remuneração é um dos motivos. As carreiras jurídicas, regra geral, recebem mais do que a magistratura. Quanto aos oriundos da advocacia, poucos profissionais de sucesso se animam a receber vencimentos pouco sedutores, principalmente na esfera federal, a troco de uma caga de trabalho descomunal. Quem compara as indicações para compor o quinto constitucional há 10 ou 15 anos com as que se fazem agora, sabe bem que o interesse diminuiu bastante.

De qualquer forma, não vejo como concluir a favor da tese do Requerente, porque a Constituição não faz distinção casuística entre os que ingressam nos Tribunais pelo quinto constitucional, ou seja, se são ou não oriundos do Ministério Público. Não há parágrafo excepcionando a regra geral do mínimo de 5 anos. A adotar-se o raciocínio exposto no requerimento (vide item 10 da inicial, f . 4), no futuro a decisão terá que ser caso a caso. Por exemplo, o quinto da advocacia poderá ter tempo de serviço público, como um antigo Procurador de órgão público com gratificações incluídas nos vencimentos. Ou o quinto oriundo do MPF receber menos que Juiz do TRF, seja porque conta com menos tempo de serviço ou por uma medida excepcional (vg. liminar) e daí ter que cumprir os 5 anos. E mais. Não se olvide a primeira instância. Imagine-se que nela venha a ingressar antigo servidor (v . g. Delegado de Polícia Federal, recebendo mais que um Juiz Federal) e pleitear aposentadoria com poucos meses de serviço. Como se decidirá?"

9. Convencido que estou de que melhor era e é a orientação lá esposada pela corrente vencida é que, conhecendo do especial pela indicada ofensa ao art. 485, V, do Cód. de Pr. Civil – violar literal disposição de lei (no caso, as apontadas normas constitucionais), ao recurso dou provimento af m de, primeiro, desconstituir o ato impugnado (o acórdão) – juízo rescindente –, segundo, adotar a conclusão da Relatora originária do Mandado de Segurança nº 2000.04.01.064373-4 – juízo rescisório.

Habeas Corpus nº 142.513-RS

RELATOR : MINISTRO NILSON NAVES

IMPETRANTE : DURVAL ALBERT BARBOSA LIMA E OUTRO

ADVOGADO : MIGUEL ÂNGELO BARROS DA SILVA

IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

PACIENTE : ANTÔNIO ROLDI FILHO (PRESO)

EMENTA

Prisão (preventiva). Cumprimento (em contêiner). Ilegalidade (manifesta). Princípios e normas (constitucionais e infraconstitucionais).

1. Se se usa contêiner como cela, trata-se de uso inadequado, inadequado e ilegítimo, inadequado e ilegal. Caso de manifesta ilegalidade.
2. Não se admitem, entre outras penas, penas cruéis – a prisão cautelar mais não é do que a execução antecipada de pena (Cód. Penal, art. 42).
3. Entre as normas e os princípios do ordenamento jurídico brasileiro, estão: dignidade da pessoa humana, prisão somente com previsão legal, respeito à integridade física e moral dos presos, presunção de inocência, relaxamento de prisão ilegal, execução visando à harmônica integração social do condenado e do internado.
4. Caso, pois, de prisão inadequada e desonrante; desumana também.
5. Não se combate a violência do crime com a violência da prisão.
6. *Habeas corpus* deferido, substituindo-se a prisão em contêiner por prisão domiciliar, com extensão a tantos quantos – homens e mulheres – estejam presos nas mesmas condições.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem de *habeas corpus* com extensão a todos quantos estejam nas mesmas condições, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, todavia o Sr. Ministro Haroldo Rodrigues a concedeu em menor extensão. A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e os Srs. Ministros Og Fernandes, Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) e Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJCE) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília, 23 de março de 2010 (data do julgamento).

Ministro Nilson Naves

Relator

* In: Diário da Justiça Eletrônico, de 10/05/2010.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES:

Em caso de prisão preventiva, sequencialmente a temporária, trazem os impetrantes, neste *habeas corpus* em favor de Antônio Roldi Filho, um dos quatro denunciados, as seguintes alegações, resumidamente:

"Foi sustentado pelos impetrantes quanto a ilegalidade da prisão a total ausência de fundamentação da autoridade judicial para manutenção da custódia cautelar, posto que se vislumbra nos autos de origem (3ª Vara Criminal da Serra -ES), que a ilustrada Juíza de piso, ao decidir pela prisão preventiva do ora paciente, não fundamentou a sua decisão, como determina e exige o artigo 93, IX da CFRB, o que a macula de nulidade, tornando ilegal a prisão preventiva. (Despacho -sic - de f.s. 131 - verso.)

.....
Na decisão do juízo de origem da ação penal, atacada por meio de *habeas corpus*, não se pode cogitar que a manifestação judicial sobre a decretação e manutenção da prisão cautelar esteja fundamentada de forma objetiva, ou nos moldes do mesmo entendimento do Ministério Público. O Despacho de cunho decisório (como sustenta a 1ª Câmara Criminal do TJES) vem aos autos destituído de fundamentação legal capaz de limitar o direito à liberdade do ora paciente, porque se limitou apenas a decretar a prisão nas idênticas palavras do órgão acusador... Isso é inadmissível!!!"

Foram estas as informações prestadas (1ª Câmara Criminal):

"Encaminho a Vossa Excelência para os devidos fins, Telegrama do STJ, protocolizado sob o nº 2009.00.726.123, referente aos autos em referência, cujo paciente é Antonio Roldi Filho, denunciado pela suposta prática, dos delitos previstos nos arts. 121, § 2º, incisos I, III e V, art. 121, § 2º, I, III IV e V c/c 29 e 69, ambos do Código Penal.

Em 16/03/2009 foi indeferido o pedido de liminar.

Em 20/03/2009 foram prestadas as informações dando conta sobre necessidade da decretação da prisão preventiva do paciente.

Os autos foram julgados na sessão de julgamento do dia 06/05/2009, tendo como resultado: '... à unanimidade, denegar a ordem.'

Em 13/07/2009 ocorreu o trânsito em julgado para o paciente e em 17/07/2009 para o Ministério Público.

Sendo estas as informações que entendemos necessárias Anexamos cópia das principais peças do *habeas corpus* citado no telegrama em referência.

Renovamos na oportunidade nossos protestos de elevada estima e consideração."

O Subprocurador -Geral Vieira Bracks é de parecer pela denegação da ordem, nestes termos:

"5. A ordem não merece ser concedida.

6. Inexiste, na hipótese submetida à análise, ilegalidade a ser sanada. A prisão cautelar foi devidamente decretada, estando presentes os requisitos do 312 do CPP.

7. A decisão recorrida, que manteve as decisões do juízo de origem, nada tem de genérica, estando amparada na moldura do art. 312 do CPP já que os

Ministro Nilson Vital Naves

pressupostos – prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria – e fundamentos da custódia cautelar – garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal – foram explicitamente declinados em seu corpo.

8. Com efeito, no tocante à prova da existência do crime e indícios de autoria (pressupostos da custódia cautelar), a vítima sobrevivente narrou com riqueza de detalhes toda a dinâmica dos crimes. Saliente-se, ainda, que a análise dos indícios de autoria, em sede de habeas corpus, dá-se de forma perfunctória, haja vista que essa via não comporta dilação probatória.

9. Quanto aos fundamentos da prisão preventiva, primeiro foi declinado que o crime foi cometido por motivação torpe, praticado de maneira extremamente violenta e brutal, com requintes de crueldade, sem possibilidade de defesa para as vítimas, a demonstrar a periculosidade do agente.

10. A hipótese aqui analisada se trata de um homicídio e uma tentativa de homicídio de dois adolescentes que adentraram a propriedade do acusado para pegar passarinhos. Segundo narram os autos, os adolescentes tiveram suas gargantas cortadas, sendo que um deles, milagrosamente, conseguiu sobreviver.

11. Os seguintes trechos destacados da denúncia demonstram a crueldade do crime e a personalidade dos agentes:

.....
12. Da narrativa acima transcrita, é possível dar -se conta da tamanha crueldade com que foram praticados os delitos. As circunstâncias apresentadas revelam, de forma indubitosa, ser o acusado indivíduo perigoso, que, uma vez solto, pode abalar a ordem pública ou ameaçar a vítima sobrevivente.

13. Diante dos fatos narrados, é de rigor reconhecer a legalidade da prisão cautelar. Note-se que, na hipótese aqui analisada, a preventiva não foi decretada pela simples gravidade dos fatos, mas sim em razão da periculosidade do agente, demonstrada com lastro em fatos concretos, notadamente o modus operandi da empreitada criminosa.

14. Em consonância com o exposto, esse Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento no sentido de que a periculosidade do agente revelada pelo modus operandi é fundamento idôneo à decretação da prisão preventiva, como fazem ver os seguintes julgados:"

Outras informações dão conta de que já foi proferida a sentença de pronúncia, e lá se manteve a prisão.

É de 10.2.10 a seguinte petição, resumidamente:

"Durval Albert Barbosa Lima e outro, nos autos do Habeas Corpus nº 142.513/ES, impetrado em favor de Antonio Roldi Filho, em curso perante Vossa Excelência, vem em caráter de urgência, relatar a situação do paciente, que se encontra preso em um contêiner!

.....
a) doente como se encontra (gastroenterite com desidratação), não tem condições de saúde de permanecer submetido a um encarceramento em contêiner de metal (!!!);

.....
d) não vigoram as alegadas circunstâncias peculiares aguidas e invocadas para decretação de sua prisão em um contêiner de metal!"

Determinei se requisitassem informações a tal respeito, e elas imediatamente me vieram nestes termos:

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

"1. Segundo informações da Superintendência de Polícia Prisional do Estado do Espírito Santo, prestadas a este juízo por telefone, o paciente Antonio Roldi Filho está preso no Centro de Detenção Provisória de Cariacica, onde é usado 'contêiner' com adaptações como cela, situação que é do conhecimento do Conselho Nacional de Justiça - CNJ e já resultou em reclamação contra o estado do Espírito Santo na ONU.

2. Como não tive acesso às demais alegações do paciente, encaminho a V. Exa. íntegra da decisão que o pronunciou por homicídio qualificado de um adolescente e homicídio qualificado tentado contra outro menor. Há fortíssimos indícios de que o acusado, com auxílio de seus empregados, deteve e manteve as vítimas em cárcere privado para agredí-las fisicamente e psicologicamente e, então, mandou que seus empregados as matassem. A vítima fatal morreu por esgorjamento e a sobrevivente, depois de gravemente ferida à faca no pescoço, se fngiu de morta, o que permitiu que fugisse do local do crime e conseguisse relatar para as autoridades policiais os atos de extrema violência praticados por Antonio Roldi Filho e seus comparsas.

6. São as informações que reputo indispensáveis e, nos colocando a disposição de V. Exa. para complementá-las se necessário..."

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES (RELATOR):

É caso de extrema ilegitimidade; é caso de manifesta ilegalidade. Sobretudo de manifesta ilegalidade.

Como nos descreveu o relatório, estou aqui lhes falando, Srs. Ministros, da prisão à qual, são palavras dos impetrantes, falta efetiva fundamentação, e da prisão, são também palavras das últimas informações a nós prestadas, que está sendo cumprida num contêiner. Observem, Senhores, num contêiner Num contêiner! Isso é impróprio e odioso, ou não é caso de extrema ilegalidade? É cruel, disso dúvida não tenho eu: entre nós, entre nós e entre tantos e tantos povos cultos, não se admitem, entre outras penas, penas cruéis (Constituição, art. 5º, XLVII, e). E a prisão cautelar nada mais é do que a execução antecipada de pena, tanto que um dos pressupostos da preventiva é a probabilidade de condenação (*fumus boni iuris*) – da condenação advém a aplicação de pena, da aplicação, a execução, etc. E, a propósito, computa-se, "na pena privativa de liberdade (...), o tempo de prisão provisória..." (Cód. Penal, art. 42).

Limito-me, pois, neste momento, ao aspecto da prisão cumprida num contêiner e repito, a esse respeito, as informações da ilustre Juíza da comarca de Serra:

"1. Segundo informações da Superintendência de Polícia Prisional do Estado do Espírito Santo, prestadas a este juízo por telefone, o paciente Antonio Roldi Filho está preso no Centro de Detenção Provisória de Cariacica, onde é usado 'contêiner' com adaptações como cela, situação que é do conhecimento do Conselho Nacional de Justiça - CNJ e já resultou em reclamação contra o estado do Espírito Santo na ONU."

Isso é humilhante e intolerável!

Pois se tal já resultou em reclamação, reclamo eu também. Reclamo e protesto veementemente, porquanto em contêiner se condiciona carga, se condicionam mercadorias, etc.; lá certamente não se devem acondicionar homens e mulheres. Eis o significado de contêiner segundo os dicionaristas: "recipiente de metal ou madeira, ger. de grandes dimensões, destinado ao acondicionamento e transporte de carga em navios, trens etc."; "cofre de carga"; "grande caixa (...) para acondicionamento da carga geral a transportar".

Decerto somos todos iguais perante a lei, e a nossa lei maior já se inicia, e bem se inicia, arrolando entre os seus fundamentos, isto é, entre os fundamentos da nossa República, o da dignidade da pessoa humana. E depois? Depois, lá estão, entre os direitos e garantias fundamentais, entre os princípios e as normas, entre as normas e os princípios: (I) não há pena sem prévia cominação legal (então também não há de haver prisão sem previsão legal), por exemplo, prisão em contêiner; (II) não haverá, entre outras, penas cruéis; (III) assegura-se aos presos o respeito à integridade física e moral; (IV) assegura-se a todos o devido processo legal; (V) ninguém é culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; (VI) a prisão ilegal há de ser imediatamente relaxada; e (VII) ninguém será levado à prisão quando a lei admitir a liberdade provisória. Podendo aqui me valer de tantos e tantos outros textos (normas nacionais e normas internacionais), quero ainda me valer de um, um da Lei de Execução Penal, o do art. 1º: "A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado."

Se assim é – e, de fato, é assim mesmo –, então a prisão em causa é inadequada e desonrante. Não só a prisão que, aqui e agora, está sob nossos olhos, as demais em condições assemelhadas também são obviamente reprováveis. Trata-se, em suma, de prisão desumana, que abertamente se opõe a textos constitucionais, igualmente a textos infraconstitucionais, sem falar dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos (Constituição, art. 5º, § 3º). Basta o seguinte (mais um texto): "é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral" (Constituição, art. 5º, XLIX).

É despreziva e chocante! Não é que a prisão ou as prisões desse tipo sejam ilegais, são manifestamente ilegais. Ilegais e ilegítimas.

Ultrapassamos o momento da fundamentação dos direitos humanos; é tempo de protegê-los, mas, "para protegê-los, não basta proclamá-los". Numa sociedade igualitária, livre e fraterna, não se pode combater a violência do crime com a violência da prisão. Quem a isso deixaria de dar ouvidos? Ouvindo-o a quem? A Dante? "Renunciai as esperanças, vós que entrais".

Quanto à prisão cautelar, aqui adentramos um aspecto grave do problema: a violência no cumprimento desse tipo de medida contribui, evidentemente, para o robustecimento da violência ao legitimar a violência institucionalizada.

Trago comigo, então, duas propostas. Uma, no sentido de, pura e simplesmente, revogar a prisão preventiva recaída sobre o paciente; a outra, no sentido de substituir a prisão num contêiner por prisão domiciliar. Num e noutro sentido, estendo a proposta a tantos quantos – homens e mulheres – estejam

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

cauteladamente (repito, cautelarmente) presos nas mesmas condições. As prisões não são ilegais, são, isto sim, manifestamente ilegais. Ilegais e ilegítimas.

Já se escreveu que "a lei garante o cidadão e o magistrado garante a lei". Antes de sermos pessoas de ideias, somos pessoas de princípios, pessoas que cultivam princípios, entre os quais, e é para isso que aqui nos encontramos, o de promover o bem de todos sem preconceitos. Por sinal, tal é o que reza um dos objetivos fundamentais da nossa República: sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Somos, também, historicamente comprometidos: é que o Judiciário tem históricos compromissos com a ideia de justiça, pois não é que andamos, é verdade, diariamente, desde que o mundo é mundo, procurando dar resposta à eterna pergunta "o que é a justiça?!" Fazemos diariamente a justiça da melhor maneira possível, conquanto, ao fazê-la, acabemos por agradar a uns e por desagradar a outros. Quanto é difícil agradar a todos!

Porém somos uns sonhadores, sonhamos o sonho do poeta, sentimos a dor do poeta, do poeta que fingia tão completamente que chegava a fingir ser dor a dor que deveras sentia. Talvez por isso é que já se disse que a justiça é o sonho humano – sonho que pouco importa aos pássaros, aos peixes ou ao Deus eterno.

Num momento de intimidação do Judiciário nos anos cinquenta, o Instituto dos Advogados prestou calorosa homenagem ao Juiz Aguiar Dias, oportunidade em que o orador daquela tarde, Dario de Almeida Magalhães, concluiu assim seu magnífico pronunciamento:

"Dos que se investem da missão de distribuir justiça, o que se exige, antes de tudo, é rigorosa independência. Para resguardá-la cerca a Constituição os juizes de garantias cabais. A tibieza e a demissão da parte deles equivalem, por isso, à traição ao dever elementar. E quando esta desgraça acontece, não há salvação nonafrágio em que se perde o regime.

Marcais com o vosso exemplo de intrepidez e energia moral a compreensão que tendes das vossas responsabilidades; e para honra da nossa magistratura, anima-nos a certeza de que no seio dela não representais uma posição solitária, nem sois uma sentinela perdida. Sois, sem dúvida, porém, um expoente e uma segurança, numa quadra de perigos em que é preciso relembrar o aforismo de BACON: 'A lei garante o cidadão e o magistrado garante a lei'."

Sim, é a lei que garante o cidadão, e é o magistrado quem garante a lei. O caso, Srs. Ministros, é de extrema ilegalidade.

Pelo que disse linhas atrás, voto pela concessão da ordem no sentido de revogar a prisão preventiva recaída sobre o paciente, impondo-lhe, no entanto, o compromisso de comparecer a todos os atos do processo. Caso preferam V. Exas., voto no sentido de substituir a prisão num contêiner por prisão domiciliar. Num e noutro sentido, estendo a ordem a tantos quantos – homens e mulheres – estejam cautelarmente (repito, cautelarmente) presos nas mesmas condições. Quanto à extensão dos efeitos da ordem ora concedida, fica nas mãos do Juiz do processo o exame de cada caso, cabendo de sua decisão reclamação ao Superior Tribunal. As prisões não são ilegais, são, isto sim, manifestamente ilegais. Ilegais e ilegítimas.