

Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região

Dezembro 2008/Janeiro 2009

Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região

Desembargador Federal Hilton Queiroz – Diretor

Coordenação de Edição

Coordenadoria de Jurisprudência e Documentação – COJUD

Júlio César Sousa Gomes – Coordenador

Setor de Apoio ao Gabinete da Revista

Ana Cristina Euripedes de Oliveira – estagiária

Emérita Regina Cossão Oliveira

Fábia Cristina de Barros

Martha Hormann

Rejane Cristina Rodrigues de Araújo

Entrevista

Martha Hormann

Participação

Mariana Silva de Assis Tognolo – DJUR

Distribuição

Joilma de Oliveira Souza – prestadora de serviço

Sandra Aparecida M. Mousinho – prestadora de serviço

Zilda Maria Regina Dutra

Reprodução

Divisão de Serviços Gráficos – DIGRA/CENAG

Trabalho de Degração/Entrevista

Coordenadoria de Taquigrafia – COTAQ

Produção Editorial

Divisão de Produção Editorial – DIEDI

Francielle Marie Bernardes de Assis – Diretora

Editoração Eletrônica

Carmozina Vitorina Martins da Costa

Renata Guimarães Leitão

Capa e Projeto Gráfico

Luciana Fernandes Menezes

Controle de Texto e Padronização

Carmen Lucia Prata da Costa

Evanildes Carvalho Amorim

Robson Taylor de Barros

Confecção de folios

Color Press Bureau & Foliolito Digital

© Tribunal Regional Federal da Primeira Região
Setor de Autarquia Sul, quadra 4, bloco N – Edifício Funasa, 9º andar.
70070-040 – Brasília/DF
Telefones: (61) 3221-6675 – Fax: (61) 3323-2874
E-mail: cojud-revista@trf1.gov.br

As opiniões emitidas nos artigos assinados são de inteira responsabilidade dos autores, não refletindo, necessariamente, o posicionamento desta Revista.

Os acórdãos, em virtude de sua publicação em comunicação oficial, conservam a escritura original, em que esta Revista restringiu-se a realizar os trabalhos de diagramação, conferência com o original e padronização.

Esta Revista é repositório oficial de jurisprudência, conforme o art. 378, III, do RITRF 1ª Região

Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. – Vol. 1, n. 1
(out./dez. 1989) – . — Brasília: TRF-1ª Região, 1989-
v.

Publicada mensalmente a partir de novembro de 2000.

ISSN 0103-703-X

1. Direito – Periódico. 2. Tribunal Regional Federal – Jurisprudência –
Brasil. I. Brasil. Tribunal Regional Federal. Região 1.

CDD 340.05

CDU 34(05)

Ficha catalográfica elaborada pela Divisão de Biblioteca do TRF 1ª Região

Plenário

Presidente:

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*

Vice-Presidente:

Desembargador Federal *Antônio Ezequiel da Silva*

Corregedor-Geral:

Desembargador Federal *Olindo Menezes*

Desembargador Federal *Tourinho Neto*

Desembargador Federal *Catão Alves*

Desembargadora Federal *Assusete Magalhães*

Desembargador Federal *Carlos Fernando Mathias*

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*

Desembargador Federal *Luciano Tolentino Amaral*

Desembargador Federal *Cândido Ribeiro*

Desembargador Federal *Hilton Queiroz*

Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*

Desembargador Federal *I'talo Fioravanti Sabo Mendes*

Desembargador Federal *Carlos Olavo*

Desembargador Federal *José Amilcar Machado*

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*

Desembargador Federal *João Batista Moreira*

Desembargador Federal *Souza Prudente*

Desembargadora Federal *Selene de Almeida*

Desembargador Federal *Fagundes de Deus*

Desembargador Federal *Antônio Sávio de Oliveira Chaves*

Desembargadora Federal *Maria Isabel Gallotti Rodrigues*

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*

Desembargador Federal *Leomar Amorim*

Desembargadora Federal *Neuza Alves*

Desembargador Federal *Francisco de Assis Betti*

Corte Especial

Presidente:

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*

Vice-Presidente:

Desembargador Federal *Antônio Ezequiel da Silva*

Corregedor-Geral:

Desembargador Federal *Olindo Menezes*

Desembargador Federal *Tourinho Neto*

Desembargador Federal *Catão Alves*

Desembargadora Federal *Assusete Magalhães*

Desembargador Federal *Carlos Fernando Mathias*

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*

Desembargador Federal *Luciano Tolentino Amaral*

Desembargador Federal *Cândido Ribeiro*

Desembargador Federal *Hilton Queiroz*

Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*

Desembargador Federal *José Amilcar Machado*

Desembargador Federal *Souza Prudente*

Desembargador Federal *Sebastião Fagundes de Deus*

Desembargadora Federal *Maria Isabel Diniz Gallotti Rodrigues*

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*

Desembargador Federal *Leomar Amorim*

1ª Seção

Desembargador Federal Antônio Ezequiel da Silva – Presidente
Desembargador Federal Carlos Moreira Alves
Desembargador Federal Carlos Olavo
Desembargador Federal José Amilcar Machado
Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves
Desembargadora Federal Neuza Alves
Desembargador Federal Francisco de Assis Betti

2ª Seção

Desembargador Federal Antônio Ezequiel da Silva – Presidente
Desembargador Federal Tourinho Neto
Desembargadora Federal Assusete Magalhães
Desembargador Federal Mário César Ribeiro
Desembargador Federal Cândido Ribeiro
Desembargador Federal Hilton Queiroz
Desembargador Federal I'talo Fioravanti Sabo Mendes

3ª Seção

Desembargador Federal Antônio Ezequiel da Silva – Presidente
Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro
Desembargador Federal João Batista Moreira
Desembargador Federal Souza Prudente
Desembargadora Federal Selene de Almeida
Desembargador Federal Fagundes de Deus
Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues

4ª Seção

Desembargador Federal Antônio Ezequiel da Silva – Presidente
Desembargador Federal Catão Alves
Desembargador Federal Carlos Fernando Mathias
Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral
Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso
Desembargador Federal Leomar Amorim

1ª Turma

Desembargador Federal José Amilcar Machado – Presidente
Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves
Desembargador Federal Carlos Olavo

2ª Turma

Desembargadora Federal Neuza Alves – Presidente
Desembargador Federal Carlos Moreira Alves
Desembargador Federal Francisco de Assis Betti

3ª Turma

Desembargador Federal Cândido Ribeiro – Presidente
Desembargador Federal Tourinho Neto
Desembargadora Federal Assusete Magalhães

4ª Turma

Desembargador Federal Hilton Queiroz – Presidente
Desembargador Federal Mário César Ribeiro
Desembargador Federal I'talo Fioravanti Sabo Mendes

5ª Turma

Desembargador Federal Fagundes de Deus – Presidente
Desembargador Federal João Batista Moreira
Desembargadora Federal Selene de Almeida

6ª Turma

Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro – Presidente
Desembargador Federal Souza Prudente
Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues

7ª Turma

Desembargador Federal Catão Alves – Presidente
Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral

8ª Turma

Desembargador Federal Carlos Fernando Mathias – Presidente
Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso
Desembargador Federal Leomar Amorim

Conselho de Administração

Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian – Presidente
Desembargador Federal Antônio Ezequiel da Silva – Vice-Presidente
Desembargador Federal Olindo Menezes – Corregedor-Geral
Desembargador Federal Tourinho Neto
Desembargador Federal Catão Alves
Desembargador Federal Carlos Fernando Mathias
Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral
Desembargadora Federal Maria Isabel Diniz Gallotti Rodrigues
Desembargador Federal Leomar Amorim

Comissão de Jurisprudência

Desembargador Federal José Amilcar Machado – Presidente
Desembargador Federal Antônio Ezequiel da Silva – Efetivo
Desembargador Federal João Batista Moreira – Efetivo
Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues – Suplente

Comissão de Regimento

Desembargador Federal Hilton Queiroz – Presidente
Desembargador Federal José Amilcar Machado – Efetivo
Desembargador Federal Antônio Souza Prudente – Efetivo
Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues – Suplente

Comissão de Acervo Jurídico

Desembargadora Federal Selene de Almeida – Presidente
Desembargador Federal Fagundes de Deus
Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues
Desembargadora Federal Neuza Alves – Suplente

Comissão de Promoção

Desembargador Federal Olindo Menezes – Presidente
Desembargador Federal Catão Alves
Desembargador Federal Carlos Fernando Mathias
Desembargador Federal Cândido Ribeiro
Desembargador Federal Hilton Queiroz
Desembargador Federal José Amilcar Machado
Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro
Desembargador Federal Fagundes de Deus
Desembargadora Federal Neuza Alves

Revista do Tribunal

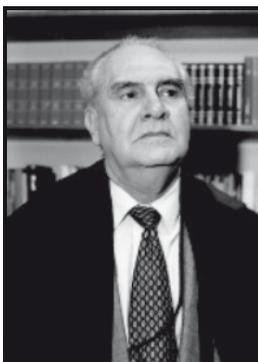
Desembargador Federal Hilton Queiroz – Diretor

Escola da Magistratura Federal da Primeira Região – ESMF

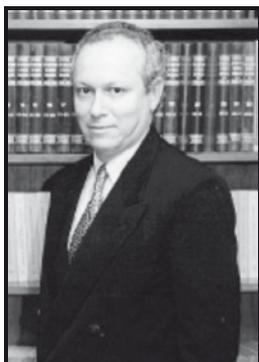
Desembargador Federal Hilton Queiroz – Diretor
Desembargador Federal Carlos Moreira Alves – Vice-Diretor

Seccionais

Seção Judiciária do Estado do Acre
Seção Judiciária do Estado do Amapá
Seção Judiciária do Estado do Amazonas
Seção Judiciária do Estado da Bahia
Seção Judiciária do Distrito Federal
Seção Judiciária do Estado de Goiás
Seção Judiciária do Estado do Maranhão
Seção Judiciária do Estado de Mato Grosso
Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais
Seção Judiciária do Estado do Pará
Seção Judiciária do Estado do Piauí
Seção Judiciária do Estado de Rondônia
Seção Judiciária do Estado de Roraima
Seção Judiciária do Estado de Tocantins



Desembargador Federal
Adhemar Maciel
abril/89 – novembro/92



Desembargador Federal
Catão Alves
novembro/92 – outubro/93



Desembargador Federal
Leite Soares
novembro/93 – junho/94



Desembargador Federal
Tourinho Neto
junho/94 – abril/97



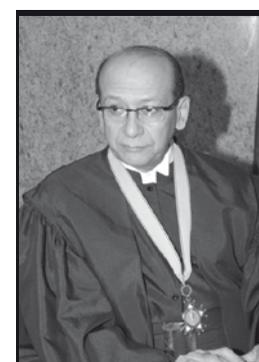
Desembargador Federal
Osmar Tognolo
maio/97 – maio/99



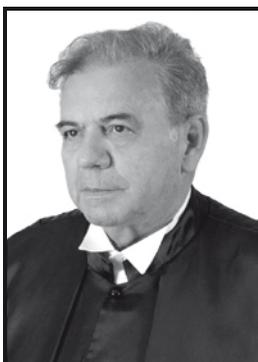
Desembargador Federal
Aloísio Palmeira Lima
maio/99 – julho/2001



Desembargador Federal
Jirair Aram Meguerian
julho/2001 – maio/2003



Desembargador Federal
Olindo Menezes
maio/2003 – maio/2005



Desembargador Federal
Carlos Fernando Mathias
julho/2005 – maio/2006



Desembargador Federal
Luciano Tolentino Amaral
junho/2006 – julho/2007



Desembargador Federal
Hilton Queiroz
a partir de agosto/2007

Editorial, 15

Juramento dos acadêmicos em Direito, 17

Atualidades: ponto de vista, 19

Recursos Repetitivos

Eliana Calmon

Gastando o Latim, 21

Habeas Verbum: Língua do Direito, 23

Figuras de Linguagem

Variedades, 29

Julius Caesar, act III – scene II

William Shakespeare

Artigos Doutrinários

Supremo Tribunal Federal – Tempo de mudança e de fortalecimento, 33

Paulo Fernando Silveira

Reflexões acerca da exigência de imposto de renda sobre rendimentos pagos, acumuladamente e em atraso, em cumprimento de decisão judicial, 62

Flávio da Silva Andrade

O papel da polícia judiciária no Estado Democrático de Direito, 86

Vanessa Pitrez de Aguiar Corrêa

O princípio constitucional da irretroatividade e a correta aplicação da lei de vigência do fato gerador do imposto de renda em face da jurisprudência oscilante do Supremo Tribunal Federal, 93

Rodrigo Araújo Ribeiro

Tópicos Jurídicos

Suspensão condicional do processo: considerações sobre o efetivo direito de audiência do acusado na hipótese em que o ato é realizado por meio de carta precatória, 107

Murilo Mendes

A influência da vergonha no fenômeno da violência, 114

Luiz Carlos Magalhães

Arguição de Inconstitucionalidade

Segunda parte do art. 4º da Lei Complementar 118/2005. Prescrição. Inovação normativa. Irretroatividade. Ofensa aos princípios da autonomia e independência dos poderes e da garantia do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, 119

Rel.: Desembargador Federal Leomar Barros Amorim de Souza

Arguição de Inconstitucionalidade na Apelação em Mandado de Segurança 2006.35.02.001515-0/GO

Corte Especial – Indeferimento do pedido de suspensão de medidas liminares que determinaram a paralisação de atividades de mineração realizadas dentro dos limites de unidade de conservação de proteção integral, 133

Rel.: Desembargador Federal Presidente Jirair Aram Meguerian

Suspensão de Segurança 2007.01.00.054719-0/MG

Corte Especial – Mandado de segurança. Ministério Público Federal. Ilegitimidade ativa, 138

Rel.: Desembargador Federal Antônio Ezequiel da Silva

Mandado de Segurança 2007.01.00.014267-1/MT

Corte Especial – Conflito de competência entre seções do Tribunal. Ação popular. Anulação de ato administrativo, 140

Rel. p/ acórdão: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro

Conflito de Competência 1999.41.00.001252-5/RO

1ª Seção – Analista Judiciário – Área Judiciária. Alegação de desvio de função ao ser lotado em setor administrativo da Seção Judiciária. Busca de solução na esfera judicial. Decisão do Juiz Diretor do Foro que determina suspensão de pagamento de salários sem instauração do devido Processo Administrativo, 145

Rel.: Desembargador Federal Francisco de Assis Betti

Mandado de Segurança 2007.01.00.057448-2/RR

2ª Seção – Instrução criminal. Contraditório e ampla defesa. Alegação de falta de intimação dos despachos e decisões. Pretensão do pronto exame das preliminares argüidas na defesa. Nulidade. Inexistência. Interceptação telefônica. Quebra de sigilo. Peça informativa do inquérito que não causa nulidade da denúncia ou da respectiva instrução processual. Possibilidade de serem utilizados outros meios de prova no curso da ação penal. Interpretação do pedido: pertinência da preservação integral da prova, 148

Rel.: Juiz Federal Reynaldo Fonseca (convocado)

Mandado de Segurança 2008.01.00.023307-9/AP

3ª Seção – Responsabilidade civil. Concurso público. Exame psicotécnico. Ilegalidade reconhecida judicialmente. Indenização pela tardia nomeação calculada com base nos vencimentos do cargo, 155

Rel.: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro

Embargos Infringentes na Apelação Cível 2004.33.00.016326-4/BA

4ª Seção – Cofins. Sociedade civil de prestação de serviços de profissão regulamentada. Isenção. Revogação do art. 6º da Lei Complementar 70/1991 pelo art. 56 da Lei 9.430/1996. constitucionalidade, 159

Rel.: Juíza Federal Anamaria Reys Resende (convocada)

Embargos Infringentes na Apelação Cível 2005.38.00.027414-7/MG

1ª Turma – Matrimônio e união estável concomitante. Concubinato adúltero. Irrelevância da definição para efeito jurídico-previdenciário. Concurso de direitos na titularização ao benefício de pensão por morte. Necessidade do cônjuge supérstite e da companheira. Repartição igual do valor do benefício, 164

Rel.: p/ Acórdão: Desembargador Federal José Amílcar Machado

Apelação Cível 2004.01.99.004394-3/MG

2ª Turma – Auxílio-doença. Aposentadoria por invalidez. Carência. Recolhimento das contribuições dentro do prazo. Inocorrência de perda da qualidade de segurado, 170

Rel.: Desembargadora Federal Neuza Alves

Apelação Cível 2007.38.09.000388-7/MG

3ª Turma – Descaminho. Princípio da insignificância. Denúncia. Rejeição. CPP, art. 43, I. Novo entendimento do STF, 173

Rel.: Juiz Federal Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo (convocado)

Recurso Criminal 2004.38.03.000754-7/MG

3ª Turma – Lei de imprensa. Manchete ofensiva, que não condiz com o corpo da matéria jornalística. Imagem e texto. Direito de resposta reconhecido, 176

Rel.: Juiz Federal Reynaldo Soares da Fonseca (convocado)

Apelação Criminal 2007.34.00.015658-0/DF

4ª Turma – Interceptação telefônica. Autorização judicial. Lei 9.296/1996. Sigilo. Ação penal. “Operação zaqueu”. Prova emprestada. Procedimento administrativo disciplinar, 184

Rel.: Desembargador Federal Mário César Ribeiro

Apelação Criminal 2004.32.00.007832-8/AM

4ª Turma – Prescrição quanto aos crimes previstos nos arts. 132, do Código Penal e 51, da Lei 9.605/1998. Nulidades do processo. Inocorrência. Materialidade e autoria quanto aos crimes previstos no art. 38, da Lei 9.605/1998 e arts. 132, 149, 203, e 297, § 4º c/c 69, do Código Penal plenamente demonstradas nos autos, 189

Rel. p/ acórdão: Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho (convocada)

Apelação Criminal 2003.39.01.001175-3/PA

5ª Turma – Serviço militar. Dispensa por excesso de contingente. Aplicação do art. 4º, § 2º, da Lei 5.292/1967, 223

Rel.: Juiz Federal Ávio Mozar José Ferraz de Novaes (convocado)

Apelação no Mandado de Segurança 2007.37.00.001291-2/MA

6ª Turma – Competência. Procurador da República no Distrito Federal. Expedição de Ofício. Requisição de documentos e informações relacionadas com atividades de fundação educacional, para apuração de irregularidades na concessão de certificado de entidade beneficente de assistência social. Devido processo legal, 226

Rel.: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro

Agravo de Instrumento 2007.01.00.029836-4/DF

6ª Turma – Ibama. Ação possessória. Esbulho. Caracterização. Degradação ambiental de área da Floresta Nacional Do Tapajós. Lei 9.985/2000. Desmatamento e queimada. Ocupação irregular, 230

Rel.: Desembargador Federal Souza Prudente

Apelação Cível 2003.39.02.000065-5/PA

7ª Turma – IPI. Creditamento decorrente da aquisição de bens destinados ao Ativo Permanente e de materiais de uso e consumo da empresa. Ausência de violação ao princípio da não-cumulatividade, 234

Rel.: Desembargador Federal Carlos Olavo Pacheco de Medeiros

Apelação Cível 2001.33.00.008359-2/BA

8ª Turma – Empresa pública. Novacap. Penhora sobre bens patrimoniais. Inaplicabilidade da impenhorabilidade deferida pelo STF à ECT (art. 12, DL. 509/1969, RE 220.906), 238

Rel.: Juiz Federal Osmane Antônio dos Santos (convocado)

Agravo de Instrumento 2007.01.00.003272-6/DF

Decisões Monocráticas

Reintegração de posse. Áreas ocupadas por comunidades indígenas. Cumprimento de decisões liminares, 241

Desembargador Federal Presidente Jirair Aram Meguerian

Suspensão de Liminar 2008.01.00.054977-7/BA

Precatórios. Nomeação para penhora, 247

Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

Agravo de Instrumento 2008.01.00.046742-0/DF

Serviço de telecomunicações. Acesso à internet. Contratação de provedor adicional, 249

Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro

Agravo de Instrumento 2008.01.00.061136-4/PA

JEFs em Revista

Pensão por morte. Benefício Assistencial. Qualidade de segurado quando do óbito. Falta de requerimento dos demais filhos do instituidor. Ausência de interesse de agir, 253

Rel.: Juiz Federal Ademar Aires Pimenta da Silva

Recurso Cível 2006.43.00.907436-6/TO

Benefício Assistencial. Implantação. Cálculo de parcelas vencidas. Astreintes, 256

Rel.: Juiz Federal Marcelo Albernaz

Recurso Cível 2007.43.00.900925-6/TO

Cerceamento de defesa. Ocorrência. Intimação dos cálculos. Necessidade, 258

Rel.: Juíza Federal Maria Divina Vitória

Recurso 2007.35.00.714283-5/GO

Aposentadoria por idade. Urbana. Art. 142 da Lei 8.213/1991. Carência cumprida, 259

Rel.: Juíza Federal Maria Divina Vitória

Recurso 2008.35.00.701341-0/GO

Danos morais. Valor da indenização. Valor justo e proporcional, 262

Rel.: Juíza Federal Maria Divina Vitória

Recurso 2008.35.00.701279-6/GO

Pensão por morte. Dependentes menores. Benefício devido desde a data do óbito. Art. 105 do Decreto 3.048/1999, 263

Rel.: Juíza Federal Maria Divina Vitória

Recurso 2008.35.00.701587-7/GO

Breviário

Confira outros julgamentos do TRF 1ª Região de relevante interesse, cujos inteiros teores poderão ser consultados na internet (www.trf1.gov.br), 265

Ação declaratória. Débito decorrente de contrato. Cédula rural hipotecária cedida à União. Pedido de compensação da dívida com tributos recolhidos indevidamente. Competência da Terceira Seção.

Ação previdenciária. Conflito negativo de competência entre Juizados Especiais Federais vinculados a uma mesma Turma Recursal

Inquérito policial. Fraude à licitação. Lei 8.666/1993, art. 90. Prefeito municipal.

Conflito de competência. Conexão. Prevenção. Despacho que ordena a citação. Pronunciamento judicial positivo.

Crimes praticados por meio da internet. Competência. Justiça Federal.

Crimes ambientais. Lei 9.605/1998, artigos 39 e 40. Colônia agrícola Vicente Pires (Taguatinga-DF). Área de proteção ambiental supervisionada pelo Ibama. Competência da Justiça Federal.

Agravo em execução penal. Pena substitutiva. Cumprimento em tempo inferior à metade da pena privativa de liberdade fixada (CP, art. 46, § 4º).

Ação declaratória negativa. Improbidade administrativa. Pedido de nulidade de acórdão do TCU. Ocorrência de coisa julgada.

Contrato particular de consolidação, confissão e renegociação de dívida. Reconhecimento da força executiva do título.

Procurador da República. Expedição de ofício. Requisição de documentos e informações relacionadas com atividades de fundação educacional. Apuração de irregularidades na concessão de certificado de entidade beneficente de assistência social.

Contribuição previdenciária. Servidor público. Terço constitucional de férias. Horas extras. Lei 9.783/1999. Revogação pela Lei 10.887/2004.

Estatística, 269

Repositórios Oficiais de Jurisprudência, 287

Normas de envio de artigos doutrinários e tópicos jurídicos à Revista, 289

O Tribunal Regional Federal da Primeira Região e as Seções Judiciárias que lhe são vinculadas, retomam, hoje, 7 de janeiro, a plenitude de suas atividades no ano de 2009, há poucos dias iniciado.

Os trabalhos que a todos esperam, são grandes. Os desafios a serem vencidos, imensos. Tudo isso, porém, é o combustível que dinamiza a Justiça, para implementar a paz social, que é o seu fim.

Que 2009, quando o Tribunal Regional Federal da Primeira Região completa seus vinte anos de existência, assegure, no seu transcurso, à Justiça Federal, como um todo, cumprir integralmente sua missão!

Desembargador Federal Hilton Queiroz

Diretor da Revista

“Ego promitto me principiis honestatis semper inhaerentem gradus mei muneribus perfuncturum atque laborem meum in jure patrocinando, justitiam exsequendo et bonos mores praecipiendo, humanitatis causa nunquam defecturum.”

Tradução: “Eu prometo exercer as funções de meu grau sempre fiel aos princípios da probidade e, apoiando meu trabalho no Direito, fazendo justiça e promovendo os bons costumes, jamais faltar à causa da humanidade”.

Por Martha Hormann

Promulgada em 8 de maio de 2008, a Lei 11.672 estabelece rito para o processamento de recursos repetitivos. As decisões têm aplicação imediata no STJ, nos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais. A medida, mais uma que contribui para o desafogamento da Justiça, tem também o condão de agilizar o julgamento de milhares de ações em todo o país. Nesta entrevista, a Ministra Eliana Calmon, do STJ, esclarece aspectos referentes à aplicação da nova Lei e ao funcionamento do Recurso Repetitivo.



Revista: Que recursos são considerados repetitivos para fins de aplicação da Lei 11.672/2008?

Eliana Calmon: Os recursos considerados repetitivos são aqueles que versam sobre jurisprudência já sedimentada nas seções. Havendo diferença de entendimento entre as seções, não se considera a matéria repetitiva.

Revista: A iniciativa de classificar um recurso como repetitivo poderá partir de um Ministro do STJ?

Eliana Calmon: Sim. Nesse caso, o relator propõe que o recurso seja considerado repetitivo e remete-o à seção para exame. Mas se o processo ainda está na instância de origem e o Tribunal já declarou aquela tese como de recurso repetitivo, o relator, na origem, suspende o processo e aguarda a decisão do Tribunal. Decidindo o Tribunal em recurso repetitivo, imediatamente comunica-se aos tribunais, e eles começam a aplicar e não se manda mais subir. Mas se os processos já estão no STJ, cabe ao relator do processo argüir essa questão de repetição. Se antes de ele argüir, um outro colega leva a questão para ser apreciada como recurso repetitivo, o relator deixa os seus processos sobrestados, aguardando a manifestação da seção, porque esse processamento demora um pouco. Abre-se

vista ao Ministério Público, abre-se vista a quem quiser se habilitar como *amicus curiae* e abre-se vista à parte contrária. *Amicus curiae* não é parte no processo e não pode se habilitar como terceiro assistente, por exemplo, ou como assistente litisconsorcial. Não há interesse para figurar na demanda, mas *o amicus curiae* tem interesse de ver bem sucedida uma das teses que está sendo discutida. Então, como *o amicus curiae* tem interesse, ele comparece para ajudar a parte cuja tese é a que ele defenderia se parte fosse. São associações, ONGs, pode ser um grande escritório de advocacia, são entidades que têm interesse na tese.

E essas pessoas, que são intimadas, falam nos autos até que chegue a vez do Ministério Público – o último a falar. Do momento em que o relator identifica a tese como passível de ser levada à sistemática do recurso repetitivo até o julgamento pela Seção existe um *iter* procedimental que demora de um a três meses, para, então, se chancelar a tese como uma tese absolutamente tranqüila. A partir daí todos começam a julgar com base naquele precedente monocraticamente.

Revista: Essas entidades que figuram como *amicus curiae* podem vir espontaneamente participar do processo?

Eliana Calmon: Espontaneamente. Elas são chamadas e abre-se o prazo para quem quiser se habilitar como *amicus curiae*.

* Ministra do STJ.

Revista: A partir daí, essas decisões sobre recursos obrigam os juízes de Primeiro grau a julgar nesse sentido?

Eliana Calmon: Perfeitamente.

Revista: Que mecanismo existe para levar o STJ a rever decisões dadas nesses processos, já que o Tribunal, em princípio, perde o contato com esses recursos que não sobem mais?

Eliana Calmon: É possível que os advogados aleguem que a matéria de fato não se encaixa na tese jurídica sedimentada pelo Tribunal e que foi aplicada pelo juiz de Primeiro grau. Nessa hipótese, eles arguem por meio de recurso próprio: a apelação, o agravo de instrumento, se for o caso, não se tratando de matéria jungida àquele entendimento de recurso repetitivo, porque a matéria fática extrapola aquilo que foi examinado pelo STJ.

Revista: Houve necessidade de alguma adaptação do Regimento Interno do STJ para poder ser aplicada essa nova lei?

Eliana Calmon: Até agora não houve uma reforma no regimento, mas não porque não precisou, penso que precisa, porque existe uma resolução e essa resolução tem todo um regramento, e isso não está no regimento interno. Entendo que, quando formos fazer uma reforma geral no regimento, temos de fazê-la em razão de uma grande mudança no Código de Processo Civil e no Código de Processo Penal; aí colocaremos no regimento a questão dos recursos repetitivos. Quero, ainda, enfatizar um ponto fundamental e em relação ao qual há divergência na doutrina. Doutrinariamente, alguns têm entendido que, se o recurso estiver no STJ e for, pelo relator, considerado matéria repetitiva, não há necessidade de o relator fazer a admissibilidade do recurso especial, ou seja, sem a admissibilidade já se manda para o recurso repetitivo. Entretanto, a corrente majoritária da doutrina e a corrente majoritária da 1ª Seção têm entendido diferentemente, ou seja, em relação aos recursos que se encontram no STJ, antes de examinar a tese do repetitivo, temos que fazer a admissibilidade do recurso especial. E Por quê? Porque se julgarmos a tese do recurso repetitivo, teremos a possibilidade de também aceitar, em tese, um recurso extraordinário e aí poderíamos estar aceitando um recurso extraordinário como recurso intempestivo, por exemplo, ou como um recurso no qual não houvesse sido esgotada a matéria recursal, que são todos pressupostos do conhecimen-

to do recurso especial. Daí a necessidade, sempre, de termos a admissibilidade do recurso especial. Primeiro julgamos o conhecimento e, se conhecido, aplicamos a matéria repetitiva.

Revista: Em termos de redução de processos no STJ, o que se espera com essa nova lei?

Eliana Calmon: O que se espera é que para cá venham apenas as teses que ainda estão sendo julgadas com divergências e para que os julgamentos levem a um consenso as matérias inéditas e as teses jurídicas que ainda não foram sedimentadas, evitando que estejamos com um grande número de recursos dos quais já sabemos o resultado e que, muitas vezes, locupleta-se dessa demora aquele que não tem razão.

Revista: Espera-se um grande redução de processos do Tribunal?

Eliana Calmon: Sim, hoje já estamos com uma redução de mais de 60% de processos na distribuição. Estou falando em relação à Seção de direito público, ou seja, em relação à 1ª Seção.

Língua morta, porém popular

John Kluempers – Deutsche Welle, 23/04/2006*

Na Alemanha 740 mil jovens aprendem latim. O idioma de Cícero só perde para o inglês e o francês, em termos de interesse. Segundo os especialistas, ele é uma porta para as raízes comuns da cultura européia.

Entre os estudantes alemães de segundo grau, o latim ocupa atualmente o terceiro lugar entre os idiomas estrangeiros mais estudados e continua ganhando terreno.

O *status* da língua falada pelos antigos romanos é bem mais elevado do que o quase todas as neolatinas, incluindo o universal espanhol. O italiano, seu descendente direto, está longe de conquistar o interesse de tantos jovens quanto o “pai latim”.

Em 2003, 654 mil estudantes da Alemanha, entre 14 e 18 anos, se ocupavam em declinar substantivos e conjugar os verbos latinos. Dois anos mais tarde, este número elevou-se em mais de 13%, chegando a 740 mil.

Somente o inglês – com dez vezes mais alunos – e o francês – duas vezes e meia mais popular – vencem o latim na corrida dos idiomas estrangeiros.

De volta às origens européias

A popularidade do idioma na Alemanha coincide com a unificação da Europa. O fenômeno é de certa forma análogo à época em que o império de Augusto César se estendia da Gália, no noroeste, à Ásia Menor, no sudeste do continente.

O latim era a língua franca num tempo em que Roma — juntamente com seu modelo, a Grécia — era o berço da moderna civilização européia. É precisamente a tentativa de entender as próprias raízes e de encontrar uma identidade européia comum que dita o atual renascimento latino, segundo Hartmut Loos, presidente da Associação Alemã de Filologia (DAV).

Estudantes que lêem Ovídio ficam conhecendo a mitologia que deixou sua marca na cultura ocidental. Eles descobrem que o continente deve seu nome à bela Europa, raptada pelo rei dos deuses, Júpiter.

“Nenhuma matéria se presta tão bem quanto o latim para nos auxiliar a entender nossas raízes européias comuns”, confirma Loos. “Ele é um instrumento multifacetado, incluindo tanto idioma quanto aptidões metódicas, culturais e pessoais.”

Melhores métodos de ensino, mais alunos interessados

Quem aprendeu em décadas passadas a tão apreciada língua, geralmente tem associações nada agradáveis: noites insones, memorizando tabelas de verbos e padrões de declinação nominal. Porém as experiências dos estudantes de hoje em dia são bem mais positivas.

De Caio Júlio César (100 – 44 a.C.), imperador romano...Eles são poupados de maçante tarefa de dissecar e traduzir cada palavra. Mais importante do que aprender as formas do dativo e do ablativo, é a habilidade de analisar o conteúdo do *De bello gallico* de Júlio César, ou de compreender a relevância, para a democracia moderna, do *De re publica*, de Cícero.

Segundo um dos principais pedagogos alemães, Friedrich Maier, os alunos de latim possuem hoje maior autonomia. Eles têm a possibilidade de formar grupos e apresentar as próprias descobertas para os colegas, em vez de apenas responder às perguntas do professor.

Na concepção de Maier, a instrução do latim é mais do que um mero treinamento gramatical, visando formar o caráter. Nos últimos tempos, os editores também renovaram radicalmente o conteúdo dos livros didáticos, acrescentando mais informações sobre cultura, política, filosofia e cotidiano romanos.

* Fonte: <http://www.latim.ufsc.br/Morta,%20mas%20popular.html>

Paladino na mídia

... ao apresentador de televisão Günther Jauch, contudo, o latim não é apenas popular entre os adolescentes. Um dos maiores paladinos da Antigüidade e das línguas clássicas na Alemanha é Günther Jauch, o mais famoso apresentador de TV do país.

Ele, que faz as perguntas na versão alemã do Show do Milhão, admite que o latim e o grego antigo são difíceis. Porém compara o aprendizado desses idiomas a uma viagem.

“Latim é como pegar o caminho mais longo. Se quero chegar de A a B da forma mais rápida, tomo a auto-estrada. Porém a beleza está nas paradas pelo meio, em passar pelas cidadezinhas”, comentou Jauch à revista *Der Spiegel*.

Milosevic mortuus

Muitos docentes de latim também apreciam o próprio trabalho, e tentam dar uma vida vibrante a essa língua “morta”.

Sete professores de uma escola de Bremen, por exemplo, compilam e irradiam um boletim mensal de rádio com as principais notícias locais, nacionais e internacionais, tudo em latim.

Em março, o falecimento do antigo líder sérvio foi anunciado com o título: *Milosevic mortuus*. Afinal, *quidquid latine dictum sit, altum videtur*. Traduzindo: “Dito em latim, tudo soa profundo”.

Figuras de Linguagem*

Figuras de linguagem, também chamadas *figuras de estilo*, são recursos especiais de que se vale quem fala ou escreve, para comunicar à expressão mais força e colorido, intensidade e beleza.

Podemos classificá-las em três tipos:

- a) Figuras de palavras (ou tropos)
- b) Figuras de construção (ou de sintaxe)
- c) Figuras de pensamento

O estudo das figuras de linguagem faz parte da *estilística*.

♦ Nesta edição a Revista vai abordar as figuras de construção (ou sintaxe).

Figuras de Construção

Compare as duas maneiras de construir esta frase:

Os homens pararam, o medo no coração.

Os homens pararam, com o medo no coração.

Nota-se que a primeira construção é mais concisa e elegante. Desvia-se da norma estritamente gramatical para atingir um fim expressivo ou estilístico. Foi com esse intuito que assim a redigiu Jorge Amado.

A essas construções que se afastam das estruturas regulares ou comuns e que visam transmitir à frase mais concisão, expressividade ou elegância dá-se o nome de *figuras de construção* ou *de sintaxe*.

São as mais importantes figuras de construção:

Elipse

É a omissão de um termo ou oração que facilmente podemos subentender no contexto. É uma espécie de economia de palavras. Aqui só interessa a elipse como figura de estilo. Exemplos:

As mãos eram pequenas e os dedos finos e delicados. [elipse do verbo *eram*]

“As quaresmas abriam a flor depois do carnaval, os ipês em junho.” (Rachel de Queirós) [Isto é: os ipês *abriam a flor* em junho.]

Nossa professora estava satisfeita, como, aliás todas as suas colegas.

[Isto é: como, aliás, *estavam satisfeitas* todas as suas colegas.]

“Parece que, quando menor, Sereia era bonita.” (Rachel de Queirós)

[Elipse do verbo *era*: quando *era* menor]

“Eles tremiam por si; eu pela sorte da Espanha.” (Alexandre Herculano) [isto é: eu tremia...]

“Por que foi que a criatura se imolou? Um ato de protesto contra o governo?” (Érico Veríssimo) [Isto é: *Teria sido* um ato de protesto contra o governo?]

* Texto retirado do livro *Novíssima Gramática da Língua Portuguesa*, Domingos Paschoal Cegalla, Companhia Editora Nacional, 46ª edição, p. 620 a 624.

Nos exemplos supracitados, omitiram-se termos anteriormente expressos na frase. Essa modalidade de elipse tem o nome de *zeugma*.

- ♦ A elipse das conjunções e preposições assegura à frase concisão, leveza e desenvoltura:

“E espero tenha sido a última”. (Viana Moog) [elipse da conjunção *que*]

Só aí que me inteirei de que ela havia sofrido e era boa.” (Graciliano Ramos)

[Ou seja: e *de que* era boa.]

“A carinha de Neuma podia ser de chinesa, fossem os olhos mais enviesados”

(Rachel Queirós) [Isto é: se os olhos fossem...]

“Veio sem pintura, um vestido leve, sandálias coloridas.” (Rubem Braga)

“Entraram em casa, as armas na mão, os olhos atentos, procurando.” (Jorge Amado)

- ♦ Pode ocorrer a elipse total ou parcial de uma oração:

Perguntei-lhe quando voltava. Ele disse que não sabia.

[Isto é: Ele disse que não sabia *quando voltava*.]

“Os corpos se entendem, mas as almas não.” (Manuel Bandeira)

[Isto é: mas as almas não *se entendem*.]

- ♦ Podem ser consideradas casos de elipse as chamadas *frases nominais*, organizadas sem verbo. Exemplos:

“Bom rapaz, o verdureiro, cheio de atenções para com os fregueses.” (Carlos Drummond de Andrade)

“Céu baixo, ondas mansas, vento leve”. (Adonias Filho)

“Àquela hora, quase deserta a Praia de Botafogo.” (Olavo Bilac)

“Em redor, tudo parado. Estático. No silêncio da madrugada, nem o piar de um pássaro, nem o farfalhar de uma folha.” (Lígia Fagundes Telles)

Observação:

- ♦ As frases nominais, de largo uso na literatura atual, são particularmente adequadas para a descrição de cenas estáticas, de ambientes de quietude, sem vida, sem movimento.

Pleonasm

É o emprego de palavras redundantes, com o fim de reforçar ou enfatizar a expressão. Exemplos:

“Foi o que *vi com meus próprios olhos*.” (Antônio Calado)

“*Sorriu* para Holanda um *sorriso* ainda marcado de pavor.” (Viana Moog)

“Tenha pena de sua filha, perdoe-lhe pelo *divino amor de Deus*.” (Camilo Castelo Branco)

O seu leito era a *pedra fria*, a *pedra dura*.

“*Os impostos* é necessário *pagá-los*.” (Camilo Castelo Branco)

“A *mim* resta-*me* a independência para chorar.” (Camilo Castelo Branco)

“...*secá-las* bem *secas* no jirau.” (Ferreira de Castro)

Observação:

- ◆ O pleonasmos, como figura de linguagem, visa a um efeito expressivo e deve obedecer ao bom gosto. São condenáveis, por viciosos, pleonasmos como: descer para baixo, entrar para dentro, subir para cima, a ilha fluvial do rio Araguaia, a monocultura exclusiva de uma planta, escrever a sua autobiografia, produzir bons produtos, etc.

Polissíndeto

É a repetição intencional do conectivo coordenativo (geralmente a conjunção *e*). É particularmente eficaz para sugerir movimentos contínuos ou séries de ações que se sucedem rapidamente:

“Trejeita, e canta, e ri nervosamente” (Antônio Tomás)

“Por que é a beleza vaga e tênue,
falaz e vã e incauta e inquieta?” (Cabral do Nascimento)

“Vão chegando as burguesinhas pobres,
e as criadas das burguesinhas ricas,
e as mulheres do povo, e as lavadeiras da redondeza.” (Manuel Bandeira)

“Mão gentil, *mas* cruel, *mas* traiçoeira” (Alberto de Oliveira)

Nossas matas têm milhares de espécies de árvores, *mas* o cedro, *mas* o mogno, *mas* o ipê quase não se encontram mais.

Inversão

Consiste em alterar a ordem normal dos termos ou orações com o fim de lhes dar destaque:

“*Passarinho*, desisti de ter. (Rubem Braga)

“*Justo* ela diz que é, mas eu não acho não” (Carlos Drummond de Andrade)

“*Por que brigavam no meu interior esses entes de sonho* não sei.” (Graciliano Ramos)

“*Tão leve* estou que já nem *sombra tenho*.” (Mario Quintana)

Observação:

- ◆ O termo que desejamos realçar é colocado, em geral, no início da frase.

Anacoluto

É a quebra ou interrupção do fio da frase, ficando termos sintaticamente desligados do resto do período, sem função. O termo sem nexos sintático coloca-se, em geral, no início da frase para se lhe dar realce. Exemplos:

Pobre, quando come frango, um dos dois está doente. (Dito popular)

“*Eu* não me importa a desonra do mundo.” (Camilo Castelo Branco)

“*Essas criadas de hoje* não se pode confiar nelas.” (Aníbal Machado)

“*Esses colonos* que se viram desalojados do Congo, não digo propriamente nada contra eles, mas não servem para nós.” (Rachel de Queirós)

A *rua* onde moras, nela é que desejo morar.

Urubu, quando é caipora, o de baixo suja o de cima. (Provérbio)

O anacoluto, fato bastante comum na língua oral, deve ser usado, na expressão escrita, com sobriedade e consciência.

Silepse

Ocorre esta figura quando efetuamos a concordância não com os termos expressos, mas com idéia a eles associada em nossa mente.

A silepse, ou concordância ideológica, pode ser:

a) de **gênero**:

Vossa Majestade será *informado* acerca de tudo. [*Vossa Majestade* = o rei]

“Sobre a triste *Ouro Preto* o ouro dos astros chove.” (Olavo Bilac)

“Nuvens baixas e grossas ocultavam *Ilhéus*, *vista* dali em mar grande e livre.” (Adonias Filho)

“A certa altura, *a gente* tem que estar *cansado*.” (Fernando Pessoa)

“Quando *a gente* é *novo* gosta de fazer bonito.” (Guimarães Rosa)

“Se acha *Ana Maria* *comprido*, trate-me pó Naná.” (Ciro dos Anjos)

b) de **número**:

“Corria *gente* de todos os lados, e *gritavam*.” (Mário Barreto)

“O *casal* de patos nada disse, pois a voz das ipecas é só um sopro. Mas *espadanaram*, *ruflaram* e *voaram* embora.” (Guimarães Rosa)

“Está cheio de gente aqui. Tire esse *povaréu* da minha casa. Que é que eles *querem*? (Dalton Trevisan)

“Minha amiga, *flor* tem vida muito curta, logo *murcham*, *secam*, *viram* húmus.” (José J. Veiga)

c) de **pessoa**:

Ele e eu temos a mesma opinião. [*ele e eu* = nós]

“Aliás *todos os sertanejos* somos assim.” (Rachel de Queirós)

“*Os que adoramos* esse ideal, nela vamos buscar a chama incorruptível.” (Rui Barbosa)

“*Os amigos nos revezávamos* à sua cabeceira.” (Amadeu de Queirós)

“Mas haverá para qualquer de nós, *os que lutamos*, alguma alternativa?” (Fernando Namora)

“Os que procuram são inúmeros, pois *todos sofremos* de alguma coisa; esta ‘água insípida’ tem uma vastíssima órbita de ação.” (Cecília Meireles)

“*Ficamos* por aqui, insatisfeitos, *os seus amigos*.” (Carlos Drummond de Andrade)

“Dizem que *os cariocas* *somos* pouco dados aos jardins públicos.” (Machado de Assis) [= Dizem que *nós*, os cariocas, *somos*...]

Onomatopéia

Consiste no aproveitamento de palavras cuja pronúncia imita o som ou a voz natural dos seres. É um recurso fonêmico ou melódico que a língua proporciona ao escritor.

“Pedrinho, sem mais palavras, deu rédea e, lept! lept! arrancou estrada afora.” (Monteiro Lobato)

“O som, mais longe, *retumba*, morre.” (Gonçalves Dias)

“O longo vestido longo da velhíssima senhora *frufriulha* no alto da escada.” (Carlos Drummond de Andrade)

“*Tibios flautins finíssimos gritavam.*” (Olavo Bilac)

“*Troe e retroe a trompa.*” (Raimundo Correia)

“*Vozes veladas, veludas vozes,*

volúpias dos violões, vozes veladas

vagam nos velhos vórtices velozes,

dos ventos, vivas vãs, vulcanizadas” (Cruz e Sousa)

Observação:

- ◆ As onomatopéias, como nos três últimos exemplos, podem resultar da aliteração (repetição de fonemas nas palavras de uma frase ou se um verso).

Repetição

Consiste em reiterar (repetir) palavras ou orações para enfatizar a afirmação ou sugerir insistência, progressão:

“O surdo pede que *repitam*, que repitam a última frase.” (Cecília Meireles)

“*Tudo, tudo* parado: *parado* e morto. (Mário Palmério)

“Ia-se pelos perfumistas, *escolhia, escolhia*, saía toda perfumada.” (José Geraldo Vieira)

“E o ronco das águas *crescia, crescia*, vinha para dentro da casa.” (Bernardo Élis)

“O mar foi ficando *escuro, escuro*, até que a última lâmpada se apagou.” (Inácio de Loyola Brandão)

Julius Caesar, act III – scene II*

William Shakespeare**

Friends, Romans, countrymen, lend me your ears;
I come to bury Caesar, not to praise him.
The evil that men do lives after them;
The good is oft interred with their bones;
So let it be with Caesar. The noble Brutus
Hath told you Caesar was ambitious:
If it were so, it was a grievous fault;
And grievously hath Caesar answer'd it.
Here, under leave of Brutus and the rest, —
For Brutus is an honourable man;
So are they all, all honourable men, —
Come I to speak in Caesar's funeral.
He was my friend, faithful and just to me:
But Brutus says he was ambitious;
And Brutus is an honourable man.
He hath brought many captives home to Rome,
Whose ransoms did the general coffers fill:
Did this in Caesar seem ambitious?
When that the poor have cried, Caesar hath wept:
Ambition should be made of sterner stuff.
Yet Brutus says he was ambitious;
And Brutus is an honourable man.
You all did see that on the Lupercal
I thrice presented him a kingly crown,
Which he did thrice refuse: was this ambition?
Yet Brutus says he was ambitious;
And, sure, he is an honourable man.
I speak not to disprove what Brutus spoke,
But here I am to speak what I do know.
You all did love him once, — not without cause:

*Texto retirado do livro *The Complete Words of William Shakespeare*. Spring Books. 14 th impression, 1971, p. 733/734.

**William Shakespeare, dramaturgo inglês, um dos fundamentos, segundo quer um crítico americano, do chamado cânone ocidental (1564 – 1616).

Júlio César, ato III – cena II*

Amigos, romanos, compatriotas prestai-me atenção.
Vim para sepultar César, não para o louvar.
O mal que os homens fazem vive depois deles.
O bem que puderam fazer permanece quase sempre enterrado com os seus ossos.
Que seja assim para César. O nobre Bruto disse-vos que César era um ambicioso.
A ser isso verdade a culpa era grave, e César dolorosamente a expiou.
Com a autorização de Bruto e dos outros (porque Bruto é um homem honrado, assim como todos os outros são honrados) venho falar nos funerais de César.
Ele era para mim um amigo fiel e justo.
Mas Bruto diz que ele era ambicioso, e Bruto é um homem honrado.
Ele trouxe a Roma numerosos cativos, cujos resgates encheram os cofres públicos.
Era César ambicioso por isso?
Quando o pobre gemeu, César chorou.
A ambição deveria ser dum estofó mais rude.
Mas Bruto diz que ele era um ambicioso, e Bruto é um homem de bem.
Todos vós vistes, nas Lupercais, que três vezes uma coroa real lhe foi apresentada, e que três vezes ele a recusou. Era isso ambição?
Contudo, Bruto diz que ele era ambicioso e não há dúvida de que Bruto é honesto.
Eu não falo para reprovar o que Bruto disse; mas estou aqui para dizer o que sei.
Todos vós o amáveis antigamente, e não era sem motivo.

*Texto retirado do livro *100 Discursos Históricos* (organização de Carlos Figueiredo). Belo Horizonte, editora Leitura, 2002.

O discurso, célebre e considerado por muitos o maior de todos os discursos políticos, foi feito pelo personagem Marco Antônio, na peça Júlio César, escrita em 1599.

What cause withholds you, then, to mourn for him?
 O judgment, thou art fled to brutish beasts,
 And men have lost their reason! — Bear with me;
 My heart is in the coffin there with Caesar,
 And I must pause till it come back to me.
 But yesterday the word of Caesar might
 Have stood against the world: now lies he there,
 And none so poor to do him reverence.
 O masters, if I were dispos'd to stir
 Your hearts and minds to mutiny and rage,
 I should do Brutus wrong, and Cassius wrong,
 Who, you all know, are honourable men:
 I will not do them wrong; I rather choose
 To wrong the dead, to wrong myself and you,
 Than I will wrong such honourable men.
 But here's a parchment with the seal of Caesar, —
 I found it in his closet, — 'tis his will:
 Let but the commons hear this testament,—
 Which, pardon me, I do not mean to read,—
 And they would go and kiss dead Caesar's wounds,
 And dip their napkins in his sacred blood;
 Yea, beg a hair of him for memory,
 And, dying, mention it within their wills,
 Bequeathing it as a rich legacy
 Unto their issue.

Have patience, gentle friends, I must not read it,
 It is not meet you know how Caesar lov'd you.
 You are not wood, you are not stones, but men;
 And, being men, hearing the will of Caesar,
 It will inflame you, — it will make you mad:
 'Tis good you know not that you are his heirs;
 For, if you should, O, what would come of it!

Will you be patient? Will you stay awhile?
 I have o'ershot myself to tell you of it:
 I fear I wrong the honourable men
 Whose daggers have stabb'd Caesar; I do fear it.

You will compel me, then, to read the will?
 Then make a ring about the corse of Caesar,
 And let me show you him that made the will.
 Shall I descend? And will you give me leave?

Por que, pois, não o pranteais hoje? O que é que vos
 impede disso? Ó razão, onde estás tu, razão?
 Refugiaste-te nas brutas feras, e os homens ficaram
 sem ti! — Sede indulgentes para comigo.
 O meu coração está ali no esquife de César;
 e vejo-me obrigado a calar-me até recuperar ânimo.
 Ontem ainda, a palavra de César fazia tremer o mundo
 e agora ei-lo por terra e ninguém, por mais humilde que
 seja, lhe paga o seu tributo de respeito.
 Ó meus amigos! Se eu estivesse disposto a excitar os
 vossos corações e os vossos espíritos à rebelião e à
 cólera, teria de ser injusto para com Bruto e para com
 Cássio, que todos sabeis, são homens honrados.
 Não quero; prefiro antes ser injusto para com o morto,
 injusto para comigo mesmo, injusto para com todos
 vós, a sê-lo para com homens tão honrados.
 Mas eis aqui um pergaminho, com o selo de César, que
 encontrei no seu quarto. É o testamento dele.
 Se o povo conhecesse este testamento, que não faço
 tenção de ler, iria beijar as feridas do corpo de César,
 molhar o lenço no seu sangue sagrado, mendigaria um
 dos seus cabelos, para guardá-lo como a essas relíquias
 que à hora da morte se mencionam entre as últimas
 vontades, e que são transmitidas como um legado
 precioso à posteridade!

Tende paciência, nobres amigos; não devo lê-lo.
 Não convém que fiquéis sabendo quanto ele vos amava.
 Vós não sois de pau, vós não sois de pedra, vós sois
 homens; e sendo homens, se ouvísseis ler o testamento
 de César, isso inflamar-vos-ia e tornar-vos-íeis furiosos.
 Não convém que fiquéis sabendo que sois seus
 herdeiros, porque se o soubésseis, o que viria a suceder?

Sossegai! Quereis esperar um momento?
 Fui mais longe do que queria, ao falar-vos.
 Fui injusto — e disso tenho medo — para com os
 homens honrados que, com seus punhais, assassinaram
 César. Sim, tenho medo disso.

Quereis, pois, obrigar-me a ler o testamento?
 Fazei um círculo em redor do cadáver de César,
 para que eu possa mostrar-vos aquele que fez este
 testamento. Devo descer? Quereis dar-me licença?

Nay, press not so upon me; stand far off.

If you have tears, prepare to shed them now.
You all do know this mantle: I remember
The first time ever Caesar put it on;
Twas on a summer's evening, in his tent,
That day he overcame the Nervii: —
Look! In this place ran Cassius' dagger through:
See what a rent the envious Casca made:
Through this the well-beloved Brutus stabb'd;
And, as he pluck'd his cursed steel away,
Mark how the blood of Caesar follow'd it,
As rushing out of doors, to be resolv'd
If Brutus so unkindly knock'd or no;
For Brutus, as you know, was Caesar's angel:
Judge, O you gods, how dearly Caesar loved him!
This was the most unkindest cut of all;
For when the noble Caesar saw him stab,
Ingratitude, more strong than traitors' arms,
Quite vanquish'd him: then burst his mighty heart;
And, in his mantle muffling up his face,
Even at the base of Pompey's statua,
Which all the while ran blood, great Caesar fell.
O, what a fall was there, my countrymen!
Then I, and you, and all of us fell down,
Whilst bloody treason flourish'd over us.
O, now you weep; and I perceive you feel
The dint of pity: these are gracious drops.
Kind souls, what, weep you when you but behold
Our Caesar's vesture wounded? Look you here,
Here is himself, marr'd, as you see, with traitors.

Stay, countrymen.

Good friends, sweet friends, let me not stir you up
To such a sudden flood of mutiny.
They that have done this deed are honourable; —
What private griefs they have, alas, I know not,
That made them do it, — they are wise and
honourable,
And will, no doubt, with reasons answer you.
I come not, friends, to steal away your hearts:

Não me aperteis tanto! Recuai um pouco.

Se tendes lágrimas, preparai-vos para derramá-las.
Todos vós conheceis este manto. Lembro-me do dia em
que pela primeira vez César o envergou;
foi por uma tarde de verão, na sua tenda, quando
venceu os Nérvios.
Olhai! Neste ponto foi atravessado pelo punhal de
Cássio. Vede que rasgão lhe fez neste ponto o invejoso
Casca. Foi aqui que Bruto, o bem-amado, o feriu, e
quando arrancou o maldito ferro, vede com que rapidez
o sangue de César espadanou, golfando pelas veias
a fora para se certificar se era ou não Bruto que tão
impiedosamente o feria. Porque Bruto, bem o sabeis era
gênio familiar de César!
Só vós, ó deuses, sabeis com que ternura César o amava!
Esta punhalada foi de todas a mais cruel.
Quando o nobre César o viu feri-lo, a ingratidão, mais
poderosa do que o ferro dos traidores, aniquilou-o
completamente! Então, o seu magnânimo coração
despedaçou-se, e, encobrimdo o rosto com este manto,
o grande César caiu ao pé da estátua de Pompeu, toda
banhada de sangue. Que queda, meus compatriotas!
Eu, vós, nós, todos, caímos com ele, enquanto a
sanguinolenta traição cantou vitória sobre nós!
Agora chorais! Bem vejo; sentis o poder da compaixão;
são lágrimas generosas, essas. Ó almas cheias de
bondade, chorais somente por que vedes o manto
despedaçado do nosso César? Olhai! Olhai todos para
aqui! Vede-o! É ele desfigurado; foi neste estado que os
traidores o puseram!

Esperai, concidadãos!

Meus bons amigos, meus ternos amigos! Não seja eu
quem vos excite a uma tão repentina revolta!
Aqueles que praticaram este ato são pessoas dignas, se
bem que eu não possa adivinhar as razões particulares
que os incitaram a proceder assim!
São homens ponderados, dignos, que, sem dúvida
alguma, vos hão-de-dar explicações.
Eu não vim aqui, meus amigos, para captar os vossos
corações.

I am no orator, as Brutus is:
But, as you know me all, a plain blunt man,
That love my friend, and that they know full well
That gave me public leave to speak of him;
For I have neither wit, nor words, nor worth,
Action, nor utterance, nor the power of speech,
To stir men's blood: I only speak right on;
I tell you that which you yourselves do know;
Show you sweet Caesar's wounds, poor poor dumb
mouths,
And bid them speak for me: but were I Brutus,
And Brutus Antony, there were an Antony
Would ruffle up your spirits, and put a tongue
In every wound of Caesar, that should move
The stones of Rome to rise and mutiny.

Eu não sou um orador como Bruto, mas todos o
sabeis, um homem simples, franco, que é amigo
dos seus amigos; eles próprios não o ignoram, esses
que publicamente me deram licença para falar dele.
Não tenho inteligência, nem palavras, nem nobreza,
nem gesto, nem expressão, nem valor oratório para
estimular o sangue dos homens.
Contento-me em falar com toda a franqueza; não vos
dei novidades; mostro as feridas do generoso César,
pobres, muito pobres bocas mudas, e peço-lhes que
falem por mim.
Mas se eu fosse Bruto e Bruto fosse Antônio, teríeis
aqui um Antônio que desencadearia a vossa cólera,
que daria a cada ferida de César uma voz capaz de
comover as pedras de Roma e de fazer com que se
erguessem para a revolta!

Supremo Tribunal Federal

Tempo de mudança e de fortalecimento

Paulo Fernando Silveira*

1. Introdução

Passar a ser, efetivamente, um corpo político independente, da mesma importância dos demais ramos governamentais, de sorte a exercer, como poder não eleito, de característica antimajoritária, a defesa dos direitos individuais, eminentemente minoritários, em face das leis e emendas constitucionais elaboradas pelos poderes eleitos, de feição majoritária, constitui o maior desafio a ser enfrentado pelo Judiciário brasileiro, mormente pelo Supremo Tribunal Federal.

2. Um passado honrado, porém constitucionalmente nada enaltecendor, do Judiciário brasileiro

A constituição republicana de 1891 foi, sabidamente, copiada por Rui Barbosa da constituição americana de 1787. Lá, o Poder Judiciário constitui um poder político, já que por força interpretativa da *Supreme Court* foi instituído o *judicial review*, pelo qual o juiz pode anular as leis aprovadas pelos poderes eleitos (Legislativo e Executivo). Desprezou-se o modelo francês de repartição dos poderes, então em voga, pelo qual o Judiciário é escravo da literalidade da lei, sem força política para anulá-la. Ao adotar o paradigma constitucional americano, visou-se libertar o Poder Judiciário brasileiro do jugo do Executivo, vez que até então o imperador, no exercício acumulado do Poder Executivo e do Poder Moderador, podia nomear e demitir juizes, de acordo com sua exclusiva conveniência. Pela primeira vez na história brasileira o Judiciário foi equiparado politicamente aos demais ramos governamentais, ao lhe conferir o poder de ser a última palavra na interpretação da constituição e das leis a ela subordinadas. Esse assunto será mais bem explicado no item 6.1 abaixo.

Contudo, tal equiparação até agora não ocorreu, de fato, plenamente. Se, formalmente, a teor das diversas constituições que permearam o período republicano, recheado de atos arbitrários do Executivo, exercido, quase sempre, por governo ditatorial, o Judiciário sempre foi considerado um poder político, na prática ele nunca desempenhou, com a amplitude autorizada pela Carta Política e requerida por uma sociedade escravizada pelas leis, a sua missão constitucional, notadamente a de defender os direitos individuais contra os ataques do Estado.

Fracô e cambaleante, o Judiciário brasileiro sempre optou pelo formalismo, priorizando o positivismo da lei, aceitando-a tal como expressa, salvo pequenas interpretações vernaculares, sem lhe agregar, em face dos princípios constitucionais, algum valor social adicional, ou restringir-lhe, por força desses mesmos princípios, os privilégios e desigualdades nela contidos. Daí por que, no Brasil, pouca diferença faz a raça, o sexo e a religião do juiz, ou se tem visão conservadora ou progressista do mundo, se é culto ou bisonho (desde que passe no concurso), já que ele — preso à literalidade da lei, conforme a história comprova — não vai interferir na valorização da norma jurídica, cujo conteúdo e abrangência sempre foram delineados, de modo inalterável, pelos poderes eleitos (Legislativo e Executivo).

Passar a ser um poder político, de modo a ajudar a construir uma nação, tão carente de diretivas sábias e desinteressadas, de modo a, sentido as reais necessidades do povo, em cada momento histórico, exercer o seu papel constitucional, confrontando-se, necessariamente, com o Poder Executivo na interpretação da constituição e balizando as leis dentro dos princípios ali expressos (já que o Legislativo historicamente sempre se comportou como mero apêndice do Executivo, vergando-se aos interesses do governo que está, momentaneamente, no poder), revela-se uma necessidade premente de nosso Judiciário, capitaneado, é

* Juiz federal aposentado. Jurista. Escritor. Membro da Academia de Letras do Triângulo Mineiro – ALTM.

lógico, pelo Supremo Tribunal Federal, que deve ser o primeiro a dar o exemplo e não aquele que, costumeira e decepcionantemente, tem anulado as iniciativas das esferas inferiores.

Ultimamente, após de mais de um século de pseudo-república democrática — os períodos ditatoriais dos governos de Artur Bernardes (1922/1926), de Getúlio Vargas (1930/1945) e dos militares (1964/1985) contribuíram para a fragilidade do Judiciário, pois nesses períodos sua jurisdição foi diminuída, ora por emendas constitucionais, ora por atos institucionais —, o Judiciário, principalmente suas cortes inferiores, tem, devagarzinho, procurado se firmar como poder político. Não obstante, falta mudar muito a cultura legalista/positivista que está entranhada na mente dos juizes. Longo é o caminho e muitas lutas ainda terão de ser travadas até que o Judiciário adquira, de fato, o seu *status* constitucional de poder político.

3. Alguns aspectos a considerar

Para se tornar um poder político independente, o Judiciário, representado pelo Supremo Tribunal Federal, necessita, *data venia*, alterar sua mentalidade judicial (*judicial mind*), tais como as abaixo elencadas, a fim de ajudar a realizar o bem-estar social por meio de interpretação construtiva da constituição — sem esperar por leis que regulem as normas constitucionais — ao regerar os casos que lhe forem submetidos, ainda que deflagre o inevitável confronto com o poderoso Poder Executivo. Numa democracia, o ocasional embate entre os poderes políticos é essencial, necessário e salutar.

4. Em defesa de sua independência

4.1 Provimentos definitivos

Tem-se como evidente por si que, como regra, toda vez que o Estado brasileiro legisla, por meio de seus poderes eleitos, majoritários, por qualquer meio (emenda constitucional, lei e medida provisória), o indivíduo perde, imediatamente, dinheiro (em casos de tributação e multas administrativas) ou parte de sua liberdade (restrições administrativas e/ou tipificação de antiga conduta, antes lícita, agora como tida delituosa). Mesmo

os direitos assegurados na constituição raramente são plenamente contemplados na legislação que, às vezes, ignora-os ou não lhes dá eficácia. Dificilmente aparece uma lei concessiva de direitos outros que não os já mencionados na lei fundamental.

Daí surge a necessidade, numa república democrática, da existência do Poder Judiciário independente, como poder não eleito, por isso mesmo de feição antimajoritária, para controlar os ramos eleitos, a fim de que só atuem dentro dos precisos termos em que autorizados pela constituição, considerados, principalmente, os princípios fundamentais, os valores sociais e os direitos individuais nela inseridos, superiores que são às regras constitucionais e às leis, estas de inferior hierarquia.

Justamente pela magnitude de sua missão constitucional, o Judiciário não pode ser usado pelos ramos majoritários a fim de escoimar da lei suas impurezas, mediante pronunciamento feito somente com base na análise em tese, antes de se saber os seus múltiplos e incertos efeitos sobre o povo, ou antes de se ter, com base nela, um caso concreto submetido a exame por uma instância inferior. Há de se modificar, pois, o atual modelo de controle constitucional concentrado.

Com efeito, por conta dele, figura na Constituição a competência originária do Supremo Tribunal Federal para julgar a ação declaratória de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual – ADI e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal – ADC (CF, art. 102, I, a).

A ação declaratória de constitucionalidade (ADC) se distingue da ação declaratória de inconstitucionalidade (ADI), já que esta opera em favor do povo, contra a ação legislativa governamental, que restringe direitos ou impõe tributos, sanções ou obrigações ao indivíduo, enquanto que pela primeira o governo tenta obter, antecipadamente, já prevenido que a lei será atacada por inconstitucionalidade perante o Judiciário de primeiro grau, uma bênção saneadora do Supremo Tribunal, de modo a fazer calar aqueles que contra ela, fatalmente, se insurgiram.

Não obstante sua nobre finalidade, a ação declaratória de inconstitucionalidade (ADI) resente-se de dois vícios perigosos: a supressão da instância e a solitária decisão de cúpula. A cláusula do devido processo legal (*due process of law*), contida nos itens LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal, abomina, como incons-

titucionais, decisões das quais não caibam recursos. Por isso, o dispositivo ressalta o direito à ampla defesa, com os meios e os recursos a ela inerentes.

Como o Supremo Tribunal Federal é a maior e última instância, das decisões por ele proferidas não cabem recursos para nenhum outro tribunal. Aí, reside o perigo para o regime democrático. Bem apropriado ao caso se apresenta a advertência do *Chief Justice* Warren E. Burger, da Suprema Corte Americana, quando diz:

Um tribunal que é final e irrecorrível precisa de escrutínio mais cuidadoso do que qualquer outro. Poder irrecorrível é o mais apto para auto-satisfazer-se e o menos apto para engajar-se em imparciais auto-análises (...). Em um país como o nosso, nenhuma instituição pública, ou pessoal que a opera, pode estar acima do debate público.¹

Para se vencerem esses dois obstáculos, o melhor será, em se mantendo o controle concentrado de inconstitucionalidade, impor o duplo grau de jurisdição, com os recursos inerentes, como quer a constituição, em face do princípio do devido processo legal, por ela adotado, que prevalece sobre a norma constitucional. Assim, numa interpretação construtiva, admitir-se-á a ação declaratória de inconstitucionalidade, desde que seja ajuizada, pelas pessoas elencadas na carta política, perante os Tribunais Regionais Federais.

Já no que concerne à ação direta de constitucionalidade (ADC), ela é, *permissa venia*, intolerável em face dos princípios que informam e dão fundamento à nossa Constituição Federal. O dispositivo que a autoriza é, a meu ver, inconstitucional, pois fere o princípio da separação dos poderes, eis que em razão deste o Supremo Tribunal Federal, como poder político independente, não pode funcionar como mero parecerista, para dizer a pedido do governo, *a priori*, na ausência de um caso concreto, envolvendo uma disputa litigiosa, já apreciada pelas cortes inferiores, que uma lei ou ato normativo federal é constitucional.

Ao se sujeitar à literalidade desse preceito, o Supremo Tribunal Federal — com o devido respeito —, despe-se de sua dignidade constitucional, ficando subordinado aos outros ramos governamentais, que o utilizam como emissor de parecer teórico sobre a virtual constitucionalidade de uma lei, ou ato normativo

federal, já que ninguém, de bom senso, pode prever os inúmeros ângulos de inconstitucionalidade que um ou outro pode, de fato, suscitar no mundo real. Mesmo as palavras, constantes das próprias normas constitucionais, não podem, antecipadamente, ter o seu sentido fixado de modo perene, nem antevistas como tendo um só significado, nem pelo mais dotado dos seres humanos, ou o mais renomado de seus intérpretes, quando esses vocábulos forem confrontados com os fatos, cambiantes, multiformes e variados no tempo, da vida real.

Vale lembrar que também nos Estados Unidos o Poder Executivo tentou despojar a *Supreme Court* de sua independência, transformando-a em Corte de consulta (*advisory opinion*), o que foi rejeitado por ela, como exposto em meu livro “Devido Processo Legal – *Due Process of Law*”²:

A experiência demonstrou a sabedoria das ponderações de Hamilton. Mesmo na América, o Judiciário demorou a conquistar um lugar de honra como poder político equivalente aos demais. O primeiro teste aconteceu logo no início da república. Bernard Schwartz relata que em 1793, o presidente Washington, através de uma correspondência encaminhada aos Justices por Jefferson, então Secretário de Estado, procurou aconselhamento da Suprema Corte numa série de problemáticas questões abstratas sob a égide do direito internacional, que já haviam ocorrido ou poderiam ocorrer brevemente. O Chief-Justice John Jay e seus associados primeiro adiaram a resposta até a reunião da Corte e, então, três semanas depois, responderam polidamente, mas firmemente, declinando dar a solicitada resposta.³

Laurence Tribe ensina que as Cortes Federais são barradas pelo requisito do caso concreto controverso de decidirem questões abstratas, hipotéticas ou contingenciais. A proibição remonta à celebrada recusa da Suprema Corte, na gestão do Chief-Justice John Jay, de

¹ Woodward, Bob; Armstrong, Scott. *Por Detrás da Suprema Corte*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 7.

² Silveira, Paulo Fernando. *Devido Processo Legal – Due Process of Law*. Belo Horizonte: Del Rey, 3ª ed., 2001, p. 104/106.

³ Schwartz, Bernard. *A history of the Supreme Court*. USA: Oxford University Press, 1993, p. 25: *In 1793 President Washington, through a letter sent to the Justices by Secretary of State Jefferson, sought the advice of the Supreme Court on a series of troublesome “abstract questions” in the realm of international law “which have already occurred, or may soon occur”. Chief-Justice Jay and his associates first postponed their answer until the sitting of the Court and then, three weeks later, replied politely but firmly, declining to give the requested answer.*

aconselhar informalmente o Presidente Washington sobre questões relacionadas com a neutralidade dos Estados Unidos na guerra europeia de 1793 e por uma anterior recusa, por um membro daquela mesma Corte, em dar aconselhamentos extrajudiciais ao Congresso e ao Secretário da Guerra sobre requerimentos de pensões.⁴

Desde então, considerou-se inconstitucional a apreciação de casos abstratos ou hipotéticos. A adjudicação judicial só poderá ocorrer em face de um caso concreto. Esclareceu-se que um caso ou controvérsia no sentido de um litígio maduro e certo para adjudicação constitucional pela Corte implica uma real contenda. (*A case or controversy in the sense of a litigation ripe and right for constitutional adjudication by this Court implies a real contest*). Um ano antes, no caso *Hayburn* (1792), os *Justices* haviam decidido que não poderiam, como juízes, emitir decisões que seriam sujeitas à revisão por outro corpo ou autoridade do governo. (*As judges, render decision that were subject to revision by some other body of officer*).⁵

Daí por que se me afigura inconstitucional o art. 28 do Código de Processo Penal, que determina ao juiz, se não concordar com o pedido de arquivamento do inquérito policial, que o remeta, com as suas razões, ao procurador-geral para este decidir se oferece a denúncia ou insiste no pedido de arquivamento, quando então o juiz é obrigado a atendê-lo. O correto — já que o pronunciamento judicial (cuja força não pode ser ignorada por nenhuma autoridade) só pode ser cassado ou reformado dentro da própria esfera do Poder Judiciário, por meio dos recursos postos à disposição do prejudicado, no caso o ministério público — é que o promotor de justiça colha antes, administrativamente, o assentimento do procurador-geral, ou do órgão especial encarregado desses casos, permitindo o seu encerramento e já venha a juízo munido desse consentimento, quando, então, o magistrado acatará o pedido em respeito à posição do ministério público

⁴ Tribe, Laurence H. *American Constitutional Law*. USA: Foundation Press, 1988, 2nd ed., p. 73: *The ban on advisory opinions traces from de Supreme Court's celebrated refusal under Chief-Justice Jay to advise President Washington informally on questions relating to the neutral status of the United States in de European war of 1793, and from de earlier refusal by members of that same Court to give extrajudicial advice to Congress and the Secretary of War on pension applications.*

⁵ Schwartz, Bernard. *Op. Ig. cit.*

como senhor da ação penal (defensor dos interesses da sociedade).

4.2 Limitação da competência jurisdicional

Decorre do princípio da separação dos poderes que nem o Legislativo (através de emendas constitucionais e leis) nem o Executivo (no Brasil, por Medidas Provisórias) pode, constitucionalmente, impor atribuições outras ao Judiciário, que não sejam próprias desse poder, ou retirar de sua competência privativa o que for inerente ao seu poder, ou determinar que o exercício deste seja executado de outra forma, que não a jurisdicional, isto é, de maneira judicial, mediante decisões e julgamentos proferidos dentro de um processo, com efeito de provimentos cautelares ou sentenças definitivas, não sujeitos à revisão pelos outros departamentos do governo, salvo quando superados por emendas constitucionais.

A verdade dessa proposição, que tem origem no princípio acima, é manifesta, uma vez que a constituição, pelo princípio da separação dos poderes, atribui ao Judiciário a jurisdição e especifica sua competência. O poder de dizer o direito, mediante julgamentos, não pode ser restringido ou anulado, sob pena de inconstitucionalidade. A função do juiz de primeiro grau de julgar os casos que lhe são apresentados e dos tribunais de julgar apelações decorre diretamente dos princípios democráticos adotados pelo regime de governo e tem como fonte direta a própria carta política. Além do mais, o poder concedido ao Legislativo para modificar, por meio de emendas, a competência dos órgãos jurisdicionais só se admite quando não abole, destrói ou diminui a jurisdição destes. Por meio de lei, ele não pode alterar as competências constitucionalmente atribuídas.

Convém lembrar, neste momento, a opinião do *Justice* Curtis, da Suprema Corte dos Estados Unidos, lançada há mais de um século e, ainda, considerada como estrela polar das limitações do Congresso em termos de abordagem, pelo Legislativo, do exercício do poder jurisdicional (*Murray's Lessee v. Hoboken-Land and Improvement Co.—1855*). Para ele — o que se tornou doutrina pacífica na América do Norte —, o Congresso não pode retirar do conhecimento Judiciário qualquer assunto que, pela sua natureza, é objeto de uma ação pelos costumes ou pela equidade, ou pelo almirantado, nem, na outra mão, trazer para apreciação

do Poder Judiciário uma matéria, que, pela sua natureza, não é sujeita à determinação judicial.⁶

Em razão disso, no Brasil, a jurisdição faz parte do núcleo pétreo, contida no princípio da separação dos poderes e nas garantias dos direitos e garantias individuais, ambos não modificáveis por emenda à constituição (CF, art. 60, § 4º). Portanto, há limitações que recaem sobre a maioria, ainda que sua vontade seja instrumentalizada mediante emendas constitucionais ou por leis, oriundas dos poderes eleitos, majoritários. A respeito, adverte *Robert H. Bork*:

Há coisas que a maioria não pode fazer, por mais democraticamente que tenha sido a decisão. São áreas deixadas para a liberdade individual, sendo a coerção da maioria nesses aspectos da vida uma tirania [...] A tirania da maioria ocorre se a legislação invade as áreas próprias deixadas para a liberdade individual...⁷

E, ao Poder Judiciário, compete, obrigatoriamente, proteger-se das intrusões dos outros poderes e, precipuamente, assegurar os direitos fundamentais.

Alexander Hamilton, no *Federalista 78*, salientou, de forma lapidar, essa função magna atribuída ao Judiciário, *verbis*:

É muito mais racional supor que as Cortes foram desenhadas para ser um corpo intermediário entre o povo e o Legislativo, de modo, entre outras coisas, manter o último dentro dos limites designados para sua autoridade. A interpretação das leis é a província própria e peculiar das Cortes. A constituição é, de fato, e deve ser considerada pelos juizes, como uma lei fundamental. Por consequência, pertence a eles declarar seus significados, como também o sentido de qualquer ato particular proveniente do corpo Legislativo. Se acontecer de haver uma variação entre elas, aquela que tem obrigação e validade superior deve, certamente, ser preferida; ou, em ou-

tras palavras, a constituição deve ser preferida à lei, a intenção do povo à intenção de seus agentes.⁸

Note-se que as nossas constituições republicanas, desde a primeira de 1891, sempre adotaram o modelo americano, do qual são cópias quase fiéis no que se refere à estrutura do governo e à repartição das competências políticas constitucionais e à independência dos ramos Legislativo, Executivo e Judiciário.

4.2.1 Relaxamento de prisão de deputado e senador pela respectiva Casa

Em face do acima exposto, é inconstitucional, por desafiar o princípio da separação dos poderes, a regra constitucional que autoriza o relaxamento de prisão de deputados e senadores por voto da maioria dos membros das respectivas Casas (CF, art.53, § 2º).

Essa regra é inconsistente com o princípio da separação dos poderes, pelo qual se atribui ao Judiciário, com exclusividade, dizer a última palavra sobre *o que a lei é*, sendo que, no caso, há uma usurpação de funções, pois o Legislativo não tem a função nem o poder de julgar criminalmente (tarefa afeta constitucionalmente ao Poder Judiciário), só podendo proferir julgamentos nos processos administrativos de seus servidores (sujeitos à revisão pelo Judiciário), ou politicamente, nos casos previstos de *impeachment*.

Não se argumente que o caso está previsto na própria lei fundamental. Repudia esse raciocínio o fato de que as regras constitucionais hão de guardar sintonia com os princípios constitucionais (no caso, o da separação dos poderes e o da igualdade de todos perante a lei), que estão acima das regras e, por isso, são prevalentes. Atente-se que há na carta política diversas

⁶ Tribe, Laurence H. *Op. cit.*, p. 51: *We do not consider Congress can either withdraw from judicial organization any matter which, from its nature, is the subject of a suit at common law, or in equity, or admiralty; nor on the other hand, can it bring under the judicial power a matter which, from its nature, is not a subject for judicial determination.*

⁷ Garvey, John H. and Aleinikof, T. Alexander. *Modern Constitutional Theory: A Reader*. USA: West Publishing Co., Second Edition, 41: *There are some things a majority should not do to us no matter how democratically it decides to do them. These are areas properly left to individual freedom...*

⁸ Hamilton, Alexander. *The Federalist*. USA: The Easton Press, 1979, p. 522/523: *It is far more rational to suppose, that the courts were designed to be an intermediate body between the people and the legislature, in order, among other things, to keep the latter within the limits assigned to their authority. The interpretation of the laws is the proper and peculiar province of the courts. A Constitution is, in fact, and must be regarded by the judges, as a fundamental law. It therefore belongs to them to ascertain its meaning, as well as the meaning of any particular act proceeding from the legislative body. If there should happen to be an irreconcilable variance between the two, that which has the superior obligation and validity ought, of course, to be preferred; or, in other words, the Constitution ought to be preferred to the statute, the intention of the people to the intention of their agents.*

normas, nela inseridas inconstitucionalmente. Esse só fato não as torna intocáveis.

Tome-se por exemplo a inconstitucionalidade da emenda constitucional 20/1998, que inseriu o inciso VIII no art. 114 da Constituição Federal (repetido pela Emenda 45/2004), determinando que a Justiça do Trabalho proceda, de ofício, à execução das contribuições sociais a favor da seguridade social, decorrentes das sentenças por ela proferidas, como demonstrei largamente em outro lugar⁹, cujos argumentos são aqui resumidos. São três as inconstitucionalidades do dispositivo constitucional, a ver: 1. Torna a Justiça do Trabalho em parte exequente, como substituta processual do INSS, o que é uma evidente aberração constitucional, pois um poder político (o Judiciário) passa a funcionar como representante do outro ramo governamental (Executivo), do qual é e tem que se manter independente, e não em posição dúplice, isto é, de credor exequente e julgador da execução, o que não é tolerável; 2. A Justiça do Trabalho atua usurpando a competência, absoluta e improrrogável, da Justiça Federal, única competente para o julgamento das execuções dos créditos da União e de suas autarquias federais (CF, art. 109, I). A delegação à justiça estadual, nas comarcas do interior, também é inconstitucional. 3. A constituição do crédito tributário — no caso, a própria sentença trabalhista — não é sustentável ante o princípio do devido processo legal, albergado na lei fundamental (CF, art. 5º, incisos LIV e LV), eis que, diferentemente da lide trabalhista, da qual decorre, o crédito tributário segue normas específicas quanto à sua constituição, nos termos do Código Tributário Nacional, pelo qual se permite ao suposto devedor o exercício da mais ampla defesa no decorrer das várias fases de sua apuração (autuação, lançamento, notificação e inscrição na dívida ativa).

4.2.2 Concessão de liminares

De igual maneira, são inconstitucionais as leis, como algumas já existentes, que restringem a outorga de liminares em determinadas matérias, ou que obrigam o juiz a ouvir, antes, determinado órgão do Executivo, já que a concessão de liminar, estando presentes a plausibilidade do direito e o risco de

iminente ameaça a ele ou de perda dele, é da essência mesma do Poder Judiciário (ele foi criado justamente para aferir a constitucionalidade das leis e proteger os direitos individuais), função primordial esta que não pode ser encurtada pelos demais ramos do governo que elaboram as leis.

Revela-se sem sentido falar-se em “indústria de liminares” quando o provimento judicial cautelar ou definitivo reveste-se, ontologicamente, da obrigatoriedade de ser concedido, quando assim o juiz entender, ante a missão constitucional atribuída unicamente ao Judiciário de agir em defesa de direito lesionado ou para evitar ameaça de seu perecimento ou extinção. Ademais, a liminar concedida em primeiro grau pode ser submetida, por meio dos recursos próprios, à apreciação dos tribunais que imediatamente a cassarão se for abusiva ou ilegal.

Viu-se que a lei não pode limitar a função primordial do Supremo de ser a última palavra na interpretação da magna carta, sendo que sua decisão só pode ser superada por uma emenda constitucional. Todavia, o procedimento de se fazer a própria emenda está inserido de forma incorreta na constituição brasileira, posto que ele fere, gravemente, o princípio do federalismo. Simultaneamente, essa irregular forma de emenda viola o princípio da separação dos poderes e põe em risco a independência dessa Corte Suprema, ante a ameaça que sofre, a todo tempo, de os congressistas, em não lhes agradando a decisão, fazerem, de pronto, uma emenda constitucional para anulá-la. Isso é constitucionalmente insustentável, como se verá no tópico próprio, abaixo.

Quanto ao fato de o dispositivo limitador da jurisdição constar da própria carta política, ou ter sido nela inserido por meio de emenda constitucional, nada impede o Supremo Tribunal Federal de lhe negar efeito, já que todas as normas constitucionais se submetem aos princípios constitucionais, prevalentes, máxime os estruturantes da Nação, que são primordiais, tais como o federalismo, o da separação dos poderes e o da moralidade pública.

4.2.3 Ausência de lei regulamentadora de dispositivos constitucionais

De outra sorte, o Supremo Tribunal Federal não pode, *data venia*, omitindo-se e abdicando de sua obri-

⁹ Silveira, Paulo Fernando. *Tribunal Arbitral-Nova Porta de Acesso à Justiça*. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 293

gatória missão constitucional, deixar de interpretar as normas constitucionais, sob o falso argumento de que dependem, ainda, da edição de lei regulamentadora.

Ora, na falta de lei e no exercício de sua função de intérprete final dos princípios e normas embutidos na constituição, ele deve, nos seus julgamentos, para ajudar a construir o arcabouço jurídico do país, regrar o caso concreto, balizando constitucionalmente os seus contornos e especificando o alcance do direito posto em juízo. A lei, se vier, terá que respeitar essa orientação, podendo, contudo, ampliar o direito, estendendo-o a outras hipóteses não contempladas na decisão da Corte.

Como o Supremo Tribunal não pode obrigar o Congresso Nacional a legislar, deve, ao julgar o caso concreto de norma não regulamentada por lei, traçar as linhas mestras do direito em exame, assegurado pela norma, aplicando, para esse fim, os princípios constitucionais ou o valor intrínseco inserido na norma questionada. O que não se pode permitir é o desprezo e abandono do valor contido na regra constitucional por falta de lei regulamentadora. Na lei fundamental não há vocábulos vazios de conteúdo, nem palavras mortas ou ineficazes. As regras, ditas programáticas, nasceram para se realizar. Do contrário, constituem normas que só conferem direito na aparência, apenas decorando a carta política. São, portanto, enquanto não se realizarem, de valor nenhum.

Marks e Cooper analisam casos semelhantes enfrentados pelo Judiciário americano ante a inércia legislativa. Trazem a lume, primeiramente, uma decisão negativa da Suprema Corte do Estado de Dakota do Norte (ex. rel. *Vogel v. Garass*, em 1978), afirmando que “como regra geral, quando uma constituição estadual recomenda uma ação legislativa, impõe um dever moral às legislaturas, que o Judiciário não pode forçar”.

Logo depois, em outro caso (*Dade county Classroom Teachers Association v. Legislature*, em 1972), explicam que a Suprema Corte do Estado da Flórida

(...) respondeu ao fracasso do Legislativo em editar a legislação recomendada pela constituição, de modo a garantir que os empregados públicos pudessem efetivamente engajar num acordo coletivo. A corte concedeu que não poderia forçar o Legislativo a editar a legislação prevista. Todavia, não disse, como fez a Suprema Corte do Estado de Dakota do Norte que não existia remédio. A corte aconselhou o Legislativo que se, dentro de um prazo razoável, ele não seguisse o mandamento constitucional, o

tribunal “não teria outra escolha senão introduzir tais linhas mestras através de decreto judicial, de tal maneira que pareça ao tribunal melhor adaptado a encontrar os requerimentos da constituição”. A ameaça foi suficiente. O Legislativo logo após, bem depressa cumpriu com seu dever constitucional.¹⁰

Mesmo as normas programáticas, tidas pela doutrina brasileira como inaplicáveis senão após a mediação do legislador, são, à luz do devido processo legal, na sua dimensão substantiva, inerentemente de imediato exequíveis, bastando ao Judiciário dar-lhes eficácia gradual, de conformidade com as possibilidades materiais da conjuntura histórica do momento.

Canotilho, igualmente, repudiou essa interpretação restritiva — tão ao gosto dos que, escondendo-se atrás da lei, não têm que tomar posições inovadoras, naturalmente incômodas — ao dizer:

Precisamente por isso, e marcando uma decida ruptura em relação à doutrina clássica, pode e deve falar-se da “morte” das normas constitucionais programáticas. Existem, é certo, normas-fim, normas-tarefa, normas-programa que “impõem uma actividade” e “dirigem” materialmente a concretização constitucional. O sentido destas normas não é, porém, o assinalado pela doutrina tradicional: “simples programas”, “exortações morais”, “declarações”, “sentenças políticas”, “aforismos políticos”, “promessas”, “apelo ao legislador”, “programas futuros”, juridicamente desprovidos de qualquer vinculatividade. Às “normas programáticas” é reconhecido hoje um valor jurídico constitucional idêntico ao dos restantes preceitos da constituição. Não deve, pois, falar-se de simples eficácia programática (ou directiva), porque qualquer norma constitucional deve considerar-se obrigatória perante quaisquer órgãos do poder político (Crisafulli). Mais do que isso: a eventual mediação concretizadora, pela instância legiferante, das normas programáticas, não significa que este tipo de norma careça de po-

¹⁰ Marks Jr, Thomas C. and Cooper, John F. *State Constitutional Law*. USA: West Publishing, 1988, p. 30: *In that case, the Florida Supreme Court responded to the legislature's failure to enact legislation mandated by the constitution to ensure public employees could effectively engage in collective bargaining. The Court conceded that it could not force the legislature to enact the mandated legislation. It did not, however, concede as did the North Dakota Supreme Court in Garass, supra, that no remedy existed. The Court advised the legislature that if, within a reasonable time, the legislature had not followed the constitutional mandate, the court would have no choice but to fashion such guidelines by judicial decree in such manner as may seem to the court best adapted to meet the requirements of the constitution... This threat was sufficient. The legislature thereafter speedily complied with its constitutional mandate.*

sitividade jurídica autônoma, isto é, que a sua normatividade seja apenas gerada pela “interpositio” do legislador; é a positividade das normas-fim e normas tarefa (normas programáticas) que justifica a necessidade da intervenção dos órgãos legiferantes. Concretizando melhor, a positividade jurídico-constitucional das normas programáticas significa fundamentalmente: 1. vinculação do legislador, de forma permanente, à sua realização (imposição constitucional); 2. vinculação positiva de todos os órgãos concretizadores, devendo estes tomá-los em consideração como directivas materiais permanentes, em qualquer dos momentos da actividade concretizadora (legislação, execução, jurisdição); 3. vinculação, na qualidade de limites materiais negativos, dos poderes públicos, justificando a eventual censura, sob a forma de inconstitucionalidade, em relação aos actos que as contrariam. Em virtude da eficácia vinculativa reconhecida às “normas programáticas”, deve considerar-se ultrapassada a oposição estabelecida por alguma doutrina entre “norma jurídica actual” e “norma programática” (Aktuelle Rechtsnorm-Programmsatz): todas as normas são “actuais”, isto é, têm uma força normativa independente do acto de transformação legislativa. Não há, pois, na constituição, “simples declarações (sejam oportunas ou inoportunas, felizes ou desafortunadas, precisas ou indeterminadas) a que não se deva dar valor normativo, e só o seu conteúdo concreto poderá determinar em cada caso o alcance específico do dito valor” (Garcia de Enterría). Problema diferente é o de saber em que termos uma norma constitucional é susceptível de “apelação directa” e em que medida é exequível por si mesma.¹¹

O fato de a magna carta trazer dispositivos que nunca foram dotados de eficácia pelo Judiciário, que ficou no aguardo de legislação a ser editada pelos congressistas, quebra também um princípio básico inerente ao sistema legal: a lei deve trazer estabilidade, mas é também movimento, devendo acompanhar, em sua dinâmica, a mudança dos tempos. O excesso de leis, porém, causa mais instabilidade social do que a existência de poucas, que geralmente são conhecidas pelo povo e por ele colocadas em prática. À norma estática e genérica — que já nasce literalmente atrás dos fatos —, compete ao Judiciário soprar-lhe sempre o vento da vida, alentando-a e conformando-a aos fatos modernamente ocorrentes. Do contrário, ou nunca nasce, ainda que declarado o nascimento, ou fenece por inanição.

Não se pode nem se deve ficar aguardando legislação, tornando-se aí o Judiciário um poder inoperante, esclerosado, que não contribui para o progresso do país, nem atende as necessidades da comunidade, tampouco ajuda a indicar ao legislador as mudanças sociais imprescindíveis e detectadas. Por carência de atuação, o Judiciário contribui enormemente para o agravamento das crises institucionais, favorecendo, por anemia, a quebra da paz e o aparecimento da ditadura.¹²

Subordinando-se a eficácia e concretude da norma carente de regulamentação à vinda de lei (que costumeiramente jamais acontece, tal como o direito do empregado na participação no lucro da empresa, previsto em regra inserida na constituição de 1946 e até hoje sem aplicação prática, em decorrência da omissão interpretativa do Supremo Tribunal ao longo dos anos), significa dizer que a carta política, que é impositiva para os três poderes da república, fica sujeita, para sua aplicação real, à vontade de um só deles, ou seja, do Legislativo.

Ora, sabe-se perfeitamente que as leis representam a vontade dos poderes eleitos (Legislativo, que as cria, e Executivo, que as sanciona e executa), cuja validade, em face da lei fundamental, é controlada pelo Judiciário, enquanto que a constituição decorre da vontade do povo, que é maior do que a de qualquer um dos ramos governamentais. A vontade popular é positiva na carta política pelo poder constituinte originário ou derivado. Como na constituição, que é emanção do poder popular, os três ramos governamentais têm limitada sua esfera de competência, não se concebe, seriamente, que essa mesma magna carta, que expressou valores convergentes e inarredáveis em suas normas, fique, para sua realização plena, na dependência da vontade única do Legislativo, ao fazer ou não as leis regulamentadoras, quando o Supremo Tribunal Federal tem o dever de aplicar todo o conteúdo da constituição independente de lei infraconstitucional, por isso mesmo, de inferior hierarquia. Ou seja, não pode a norma constitucional, superior hierarquicamente, em que se reconhecem direitos e garantias, ficar na dependência, para sua implementação, da vontade do editor da lei, que é obviamente inferior à do povo e de cuja harmonia com esta depende a sua validação.

¹¹ Canotilho, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. Portugal: Almedina, 1996, p. 184/185.

¹² Silveira, Paulo Fernando. *Silveira, Paulo Fernando. 500 Anos de Servidão — A lei como instrumento de dominação política no Brasil*. Brasília: OAB Editora, 2004, p. 661.

Observada essa lógica, a exigência de lei para tornar a constituição viva e eficaz torna o Legislativo um poder superior aos demais, contrariando, expressamente, o princípio da separação e da independência dos três ramos governamentais, já que o parlamento passa a ficar acima dos outros dois e, mesmo, da própria carta política.

5. Em defesa da Constituição

5.1 Emendas à Constituição

Nos Estados Unidos, qualquer emenda à constituição, que é de 1787, só passa a valer após sua ratificação por três quartos das assembleias estaduais, às quais é submetida. Até hoje, das inúmeras emendas constitucionais aprovadas pelo Congresso, somente 27 foram ratificadas.

Isso acontece em respeito ao princípio federalista, já que o pacto firmado entre a União e os Estados-Membros não pode ser modificado unilateralmente pela União (Congresso Nacional). Não se argumente que os senadores representam os Estados, dando assim legitimidade à alteração unilateral, eis que recebem seus salários da União, elegem-se pelo voto popular da mesma forma que os deputados federais e são, como estes, cooptados pelo governo federal para os cargos nacionais de ministros e dirigentes de estatais, empresas públicas e de economia mista.

Como a constituição brasileira é, originária e estruturalmente, uma cópia fiel da americana, adotando o mesmo princípio federalista, como cláusula pétrea (CF, art. 60, § 4º, I), também, por isso mesmo, é imodificável por decisão unicamente do Congresso Nacional. Há de se obter para se validar qualquer alteração — sob pena de inconstitucionalidade (violação do princípio) — o assentimento da maioria das assembleias legislativas estaduais que, sim, são as únicas que representam legitimamente os Estados-Membros. O povo, como um todo, por seus representantes estaduais, deve ser ouvido, não bastando o conluio interesseiro e ocasional dos políticos federais.

Até a independência do Supremo Tribunal corre risco, pois, como se sabe, ele detém, constitucionalmente, o poder de dizer a última palavra na interpretação da Carta Política. Assim, uma decisão sua só pode ser superada por uma emenda constitucional. Ocorre que, se

essa decisão ferir interesses dos poderosos, principalmente o domínio político do país por meio de leis protecionistas desses privilegiados grupos (o que acontece no Brasil há séculos, como já demonstrei em livro¹³), os congressistas, influenciados pelo *lobby* deles, poderão fazer, imediatamente, uma emenda constitucional para suplantar a orientação do Supremo Tribunal.

Ciente do perigo que constituiria para a jovem nação americana a existência de um Judiciário fraco e dominado pelo Congresso, Alexander Hamilton explicitamente rejeitou o sistema britânico que permitia ao Parlamento, pela maioria de votos, tornar sem efeito qualquer decisão da Corte que o desagradasse. Preferivelmente, as cortes de justiça eram para ser consideradas o baluarte de uma constituição, que limita poderes, contra as usurpações do Legislativo. Somente o esmerado e difícil processo de emenda à constituição, ou a gradual mudança, com o tempo, para outro ponto de vista por parte dos membros do Congresso, é que poderia reverter a interpretação dada àquele documento pela Suprema Corte.¹⁴

Ora, se a emenda constitucional depender — como é correto dizer, em face do pacto federativo firmado entre a União e os Estados-Membros — da ratificação da maioria das Assembleias Estaduais (tal como ocorre nos USA), haverá mais probabilidade de a decisão do Supremo permanecer intocada, já que os grupos de interesses dos parlamentares federais e estaduais nem sempre são os mesmos. Retira-se, também, o caráter oportunista e momentâneo da emenda constitucional, que passa a ocorrer somente em casos absolutamente necessários, a critério de toda a representação política de ambas as partes que firmaram o pacto federalista.

Tenho defendido essa posição, há tempo, em meus livros, a ver:

¹³ Silveira, Paulo Fernando, *500 Anos de Servidão*, p. 419.

¹⁴ Glick, Nathan. *Explaining the Constitution: The Federalist Papers*. USA: United States Information Agency, 1990, p. 39: Hamilton explicitly rejected the British system of allowing the Parliament to override by majority vote any court decision it finds displeasing. Rather, “the courts of justice are to be considered the bulwarks of a limited Constitution against legislative encroachments.” Only the painstaking and difficult process of amending the Constitution, or the gradual transformation of its members to another viewpoint, could reverse the Supreme Court’s interpretation of that document.

Finalmente, para ganhar sua maioria, equiparando-se aos demais ramos do governo, o Poder Judiciário deve declarar inconstitucional, por quebra do princípio federativo, as emendas constitucionais que não forem previamente, antes de entrarem em vigor, submetidas e ratificadas por *quorum* qualificado das Assembléias Legislativas estaduais. O princípio federalista exige que assim aconteça. Uma só parte, no caso a União, não pode, unilateralmente, alterar o pacto original, firmado com os Estados-Membros, ainda que, como no caso do Brasil, tenha ocorrido em forma de outorga, ao se estabelecer a federação brasileira pela Lei Fundamental de 1891. Há de se envolver, para preservar a democracia e evitar a tirania centralizadora do governo federal, toda a sociedade, através de seus legítimos representantes, no estudo e debate da matéria objeto de emenda constitucional. Do contrário, acontecerão três coisas inevitavelmente: a) os políticos aderirão à emenda, trocando o seu voto (e suas convicções) por interesses fisiológicos, como a concessão de uma rádio, ou a liberação de uma polpuda verba; b) ocorre banalização da Carta Política pelas inúmeras e reiteradas alterações de seu texto, transformando-a mais numa lei comum, de conhecimento de uns poucos técnicos no assunto. A verdadeira Carta Política, de conteúdo democrático, tem vocação duradoura, só devendo sofrer alterações episódicas, depois que a matéria for debatida por toda a sociedade. Antevendo isso, já dizia o Chief Justice John Marshall, em 1819 (*McCulloch v. Maryland*): “Uma constituição é projetada para durar pelas eras vindouras e, conseqüentemente, para ser adaptada às várias crises das atividades humanas” (*A Constitution intended to endure for ages to come, and consequently, to be adapted to the various crises of human affairs.*)¹⁵ As alterações devem ocorrer gradualmente, depois de amplo debate público sobre o assunto, de modo que, a um tempo, a constituição se flexione e reflita e atenda as necessidades da época, e, de outro, não perca sua estabilidade — tornando-se volátil e teórica — como documento político, que deve ser conhecido e preservado na memória da população. São mais danosas para a democracia as inúmeras, múltiplas e momentâneas alterações da Carta Maior, do que sua gradual modificação, debaixo do debate público e controle e envolvimento dos políticos de todo o país. c) extingue-se o pacto federativo, concentrando demasiada e perigosamente o poder político no governo central, desrespeitando-se a outra parte do pacto fundamental, os Estados-Membros. Dentro

desse contexto, a tirania está sempre à mão de um presidente ambicioso que, para atingir seus fins, basta desestabilizar propositalmente a economia para justificar suas ações ditatoriais, como sempre aconteceu em nossa história política. Deve se ter em mente, sempre, que o indivíduo vive é no Município, no solo do Estado-Membro e não na União, que é mera ficção jurídica, necessária para a união e fortalecimento de toda a Nação. Não se esqueça que foi, justamente para se conter o despotismo é que se recorreu ao princípio federalista, pelo qual o poder político é horizontalmente dividido entre a União Federal e os Estados-Membros e, no caso brasileiro, Municípios, cada um com sua área privativa de competência, não usurpável pelos outros entes políticos. Por esse princípio, a área de atuação da União é restrita (interesses nacionais, ou envolvendo mais de um Estado), sendo do Estado tudo que disser respeito a assunto regional e, ao Município, o interesse local. Relembre-se que os senadores, antes de representar os Estados, recebem sua remuneração da União, pouco distinguindo dos deputados, senão pelo enorme tempo de seu mandato de 8 anos, que deveria ser reduzido para 6, como é nos USA. Como o Legislativo federal achasse comprometido com o Executivo na dominação do país pelas Emendas Constitucionais, ocorre que somente o Judiciário está em condições de liberdade para dar concretude e efetividade ao princípio federalista. Nessa quadra de nossa caminhada histórica em rumo à democratização das instituições políticas, o Judiciário, paradoxalmente, apesar de, no momento, ainda ser o poder político mais fraco, é o único que tem autoridade e força para preservar e estimular a descentralização e desconcentração do poder, dando eficácia ao princípio federalista. A história revela — e a brasileira confirma — que o governo excessivamente centralizado é um convite indeclinável ao golpe de estado, principalmente pelos militares, onde não são, institucionalmente, contidos. A revolução francesa, que derrubou o reinado, absoluto e centralizado, de Luis XVI, mas que não teve o cuidado de criar instituições políticas em níveis intermediários, democratizando e dispersando o poder político, acabou colocando no governo do país numa situação pior do que a anterior, isto é, nas mãos de um ditador militar sanguinário: Napoleão Bonaparte”.¹⁶

Ao perigo do excesso de legislação só se compara o número excessivo de emendas constitucionais. Em 1997, foi criada nos Estados Unidos uma organização não governamental (*Citizens for the Constitution*) com

¹⁵ Marshall, John. *McCulloch v. Maryland*. 17 U.S. 316 (Wheat), 1819.

¹⁶ Silveira, Paulo Fernando. *500 Anos de Servidão*, p. 264/265.

o objetivo de proteger a constituição contra a ameaça colocada pela tese, tão freqüente advogada, de emendas formais à carta política. Na visão dos membros dessa organização, propostas de emendas constitucionais são rotineiramente introduzidas por seus defensores como um primeiro passo favorável à panacéia para todas as doenças sociais. Propondo específicas políticas públicas, tais emendas têm o potencial de solapar a cultura americana que adequadamente entesoura e reverencia a constituição. Caso fossem adotadas, elas tornariam a lei fundamental, que é uma carta de governo efetiva e executável, em um documento de aspirações insanas.¹⁷

5.2 Emendas constitucionais e o princípio republicano

Essas emendas sem a necessária legitimidade popular se tornam mais perigosas quando põem em risco, ainda, o princípio republicano. Isso ocorre toda vez que um presidente da república, não contendo suas ambições pessoais de permanecer no cargo dentro do prazo estrito previsto na Carta Política — e tendo cooptado uma ampla base parlamentar, às vezes até com o domínio de um só partido —, inventa de aumentar, inconstitucionalmente, o seu mandato presidencial, de quatro para cinco anos, ou se arvora no direito de se candidatar a um terceiro mandato.

Thomas Jefferson, acompanhando o mesmo pensamento de Aristóteles¹⁸, já advertia quanto ao perigo que as instituições democráticas sofrem quando o presidente tem essas ilegítimas e inconstitucionais pretensões. Di-lo enfaticamente:

O segundo aspecto que me desagrada, e muito, é o abandono em todas as instâncias da necessidade de rotação nos cargos, e mais particularmente no caso de presidente. A experiência concorre com

a razão em concluir que o primeiro magistrado sempre será reeleito se a constituição permitir. Então, será uma autoridade vitalícia.¹⁹

Seus argumentos ainda são fortes na atualidade, ao acreditar que, uma vez no cargo, e possuindo a força militar da União, sem ajuda ou controle de um Conselho, ele não será facilmente destituído, mesmo se o povo for induzido a lhe retirar o suporte do voto.²⁰

Num país que aspira a ser democrático e republicano como o Brasil — seguindo o seu paradigma constitucional americano —, o governo, necessariamente, é de leis e não de homens. Ou seja, mais valem as instituições públicas, que devem operar de forma natural e duradoura, do que os supostos defensores da pátria, que se dizem insubstituíveis no cargo, sob o falso argumento de que sem a sua liderança vão-se instaurar no país a desordem e a ingovernabilidade. A necessidade de ordem sempre foi o argumento utilizado pelos tiranos para se perpetuarem no poder. Portanto, além do aspecto constitucional, emerge, sobranceiro, um inafastável fator moral. Confronte-se o exemplo americano abaixo:

Em 04/03/1797, George Washington encerrou sua brilhante carreira pública, após ter exercido o segundo mandato presidencial. O primeiro fora iniciado em 30/04/1789. Antes de passar para história como o maior líder político dos Estados Unidos de todos os tempos, Alexander Hamilton lhe perguntou: “Se uma tempestade se forma, como pode você se retirar?” (*If a storm gather, how can you retreat?*) Seu secretário do tesouro se referia à luta política que estava sendo travada entre o partido do presidente, o federalista, que queria a sua permanência no poder até a morte, ou a simples nomeação, como seu sucessor, do correligionário e vice-presidente John Adams, e o partido republicano, que pugnava por eleição popular, liderado por Thomas Jefferson, secretário de estado. A resposta de

¹⁷ Belz, Herman. *A living Constitution or fundamental law? American Constitutionalism in Historical perspective*. USA: Rowman&Littlefield, 1988, p. 267, n. 109: *In the view of this organization, constitutional amendments are routinely introduced by their supporters as “the favored first-step panacea for all societal ills.”. Proposing specific public policies, such amendments have “the potential to undermine an American culture that properly treasures and revere our Constitution.” Should they be adopted, they would turn “an effective and enforceable charter of government into a document of faddish aspiration.*

¹⁸ Aristotle. *Politics and Poetics*. USA: The Easton Press, 1979, p. 207.

¹⁹ Jefferson, Thomas. *Writings*. USA: The Easton Press, 1993, vol.II, p. 913/4 e 916: *The second feature I dislike, and greatly dislike, is the abandonment in every instance of the necessity of rotation in office, and most particularly in the case of the President. Experience concurs with reason in concluding that the first magistrate will always be re-elected if the Constitution permits it. He is then an officer for life.*

²⁰ *Idem*: *Once in office, and possessing the military force of the union, without either the aid or check of a council, he would not be easily dethroned, even if the people could be induced to withdraw their votes from him.*

Washington foi peremptória. Escreveu que encerraria sua vida pública naquela data, após o quê “nenhuma consideração sob o céu, que podia antever, o retiraria da caminhada para a vida privada”. (*close my public life on March 4 (1797), after which no consideration under heaven that I can foresee shall draw me from the walks of private life.*)²¹

Como a constituição americana não limitava o número de mandatos presidenciais, os federalistas, que estavam no poder, a interpretavam no sentido de que o presidente podia ser reeleito, até sua morte, quantas vezes agradasse ao povo. Na visão deles, o estabelecimento da vice-presidência pressupunha uma sucessão do tipo monárquica. Na morte do presidente, o vice-presidente, como herdeiro, assumiria a presidência vitaliciamente, sujeito apenas à confirmação do povo, por seus representantes, a cada quadriênio.

Porém, Washington, dando um belo exemplo de caráter e despojando-se de ambições de mando, determinou que a sua sucessão ocorresse pelas urnas, em observância ao princípio republicano, pelo qual o povo tinha lutado contra a coroa inglesa. Essa decisão foi o ponto culminante de sua carreira e seu presente final (talvez o maior de todos) para o mundo. Foi ele quem, solitariamente, decidiu que os Estados Unidos seriam, efetivamente, uma república e não uma monarquia.

O precedente estabelecido por Washington, no sentido de que o presidente deve se retirar após dois termos, permaneceu intocável até 1940, quando foi quebrado por Franklin Delano Roosevelt, que — de baixo de circunstância excepcional (a segunda guerra mundial, de 1939 a 1945) — obteve seus terceiro e quarto mandatos consecutivos, ou seja, governou ininterruptamente de 1933 a 1945, morrendo nesse ano no exercício do cargo.

Para que o desrespeito às tradições jamais ocorresse novamente, o povo americano fez inserir na constituição a proibição do exercício de mais de dois mandatos presidenciais consecutivos através da Emenda Constitucional XXII, que foi aprovada no Congresso em 21/03/1947 e ratificada pela maioria dos Estados-Membros em 27/02/1951.

Tendo em vista que o experimento democrático, republicano e federalista americano deu certo, já que a constituição prevalece há mais de 200 anos, sem nenhuma tentativa de qualquer governante se perpetuar no poder, indaga-se: até quando o Supremo Tribunal vai permitir tal inconstitucionalidade, que também afeta sua independência? Que exemplo de Corte, que tem o dever de zelar e proteger a carta magna, vai ofertar para as futuras gerações brasileiras?

6. Em Defesa do Poder Legislativo

6.1 Medidas provisórias

Nosso país carrega a tradição de um Executivo forte, sem limites e sem respeito aos Poderes Legislativo e Judiciário. Isso vem desde a independência, quando, em 1823, D. Pedro I mandou fechar a assembléia nacional, que estava redigindo uma Constituição, que não lhe agradava. Ao sair do prédio sitiado, Antônio Carlos tirou o chapéu à majestade dos canhões do imperador. Logo a seguir, o déspota outorgou a Constituição de 1824, concentrando em si o exercício pleno e ilimitado dos Poderes Executivo e Moderador. Por meio desses poderes ditatoriais, ele podia, entre outras coisas, nomear senadores, nomear e suspender juízes, convocar e dissolver a assembléia geral e fixar os salários dos deputados (CF 1824, arts. 98 e 101).

Pela Constituição brasileira de 1891, que sofreu a revisão de Rui Barbosa, foram implantados a república e o federalismo. Estabelecia três poderes independentes, seguindo o sistema americano de divisão do poder político, ficando o Judiciário encarregado de verificar a constitucionalidade das leis, podendo anulá-las, caso em confronto com a carta política. Pela primeira vez, a lei tinha de ficar subordinada à magna carta e fora instituído um poder independente (o Judiciário) para aferir essa harmonia. A intenção de Rui era clara. Pretendeu valorizar o anêmico Judiciário que vinha fragilizado, como instituição, desde o tempo da monarquia, a fim de que ele participasse, na esteira do Judiciário americano, do exercício do poder político, a fim de proteger o povo, democratizar as instituições e descentralizar, efetivamente, o governo, fazendo prevalecer a separação dos poderes e a forma de Estado federalista.

Ou seja, Rui Barbosa — conhecedor do direito inglês, pelo qual o Judiciário não é poder, já que vin-

²¹ Flexer, James Thomas. *Washington — The Indispensable Man*. USA: Back Bay Books: Little, Brown and Co., 1974, p. 347.

culado ao Legislativo (a câmara dos *Lords* é sua última instância), e do direito francês, em que o Judiciário não tem poder de anular leis, sendo escravo de sua literalidade e, portanto, destituído de poder político, mas caracterizando-se como mero aplicador da lei — optou e inseriu na carta política brasileira as doutrinas americanas governamentais do *judicial review* e dos freios e contrapesos (*checks and balances*).

Pela doutrina da separação dos poderes, adotada também em nossa Constituição, o poder político governamental é dividido em três departamentos, sendo que aos popularmente majoritários incumbiu-se o poder de legislar. Entretanto, há uma interação — somente nos casos permitidos pela própria constituição — entre eles. Assim, o Executivo interfere no Judiciário quando concede indultos ou comuta as penas, bem como quando nomeia, após aprovação do Senado, os ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, ou nomeia juizes de tribunais, dentro da lista tríplice. Em relação ao Legislativo, ele controla sua atuação através do veto às leis, por inconstitucionalidade ou por interesse público. O Legislativo compartilha com o Executivo a nomeação de ministros dos tribunais superiores e outras autoridades, como o procurador-geral da república, diretores do Banco Central, os governadores de territórios etc. O *balance*, pois, envolve a partilha do poder entre os ramos do governo e um ativo controle de um pelo outro.

Já o “*check*” advém da doutrina do *Judicial Review* (controle de constitucionalidade das leis), a qual permite ao Judiciário partilhar e controlar (*check*) o poder de ambos os ramos governamentais: Legislativo e Executivo.²²

Debaixo do princípio da separação, esclarece *Jonathan Rose*, cada ramo do poder foi provido de independentes meios de exercer *checks on and to balance* as atividades dos outros dois, assim garantindo que nenhum ramo pudesse alguma vez exercer autoridade ditatorial sobre os trabalhos do governo. Desse modo, os três ramos do governo são separados e distintos um do outro. Os poderes dados a cada um são delicadamente controlados pelo poder dos outros dois. Cada

ramo serve de controle sobre potenciais excessos dos outros dois.²³

Através do *checks and balances*, enfatiza *Peter L. Strauss*, como na separação dos poderes, procura-se proteger o cidadão contra o surgimento de governo tirânico, ao estabelecer múltiplas cabeças de autoridade no governo, as quais se posicionam uma contra a outra em permanente batalha; a intenção da luta é negar a uma (ou duas) delas a capacidade de permanentemente consolidar toda autoridade governamental em si mesma, enquanto permite efetivamente ao todo desenvolver o trabalho de governo.²⁴

Esclareceu melhor o entendimento, ao agregar, a seguir:

Em teoria, a junção de todas as funções governamentais em uma só autoridade, não controlada pelas outras, é um convite à tirania. A interpenetração das funções e a competição entre os ramos protegerão a liberdade ao prevenir à adição irreversível do poder final em um só deles. Como escreveu Madison nos Papéis Federalistas, a essência reside em “dar àquele que administra cada departamento os meios constitucionais necessários e motivos pessoais para resistir ao predomínio dos outros”.²⁵

Nathan Glick explica que os “Artigos Federalistas” fizeram a primeira menção específica que temos na literatura sobre a idéia de *checks and balances*, como

²² Garvey, John H. and Aleinikoff, T. Alexander. *Op. cit.*, p. 238: *And the doctrine of judicial review permits courts to share (and check) the power of both the legislative and executive branches.*

²³ Rose, Jonathan. *About the United States History — Leif Ericson to 1865*. USIA, 1986, p. 3: *Most importantly, it established the principle of a “balance of power” to be maintained among the three branches of government — the executive, the legislative and the judicial. Under this principle, each branch was provided the independent means to exercise checks on and to balance the activities of the others, thus guaranteeing that no branch could exert dictatorial authority over the working of the government.*

²⁴ Garvey and Aleinikoff. *Op. cit.*, p. 187: *Checks and balances [...]. Like separation of powers, it seeks to protect the citizens from the emergence of tyrannical government by establishing multiple heads of authority in government, which are then pitted one against another in a continuous struggle; the intent of that struggle is to deny to any one (or two) of them the capacity ever to consolidate all governmental authority in itself, while permitting the whole effectively to carry forward the work of government.*

²⁵ Garvey and Aleinikoff. *Op. cit.*, p. 191: *In theory, the joining of all government functions in one authority, unchecked by others, was an invitation to tyranny. Interpretation of function and competition among the branches would protect liberty by preventing the irreversible accretion of ultimate power in any one. As Madison wrote in the Federalist Papers, the essence “lay in giving to those who administer each department the necessary constitutional means and personal motives to resist encroachments of the others”.*

meio de restringir o poder governamental e prevenir abusos.²⁶

A separação dos poderes, instituída constitucionalmente, funciona como ponto nuclear do sistema de freios e contrapesos, equilibrando o exercício do Governo, através do controle de um poder pelos outros. Adverte-nos *Charles L. Black Jr.*:

O que um governo de poderes limitados precisa no começo e para sempre, ao utilizar os meios de satisfazer o povo, é tomar todos os passos humanamente possíveis para permanecer dentro do seu poder. Isso é condição de sua legitimidade, e sua legitimidade, ao longo do tempo, é condição de sua própria vida.²⁷

Precisamente, o que acontece quando um dos poderes não dá conta de proteger sua independência, como é o caso do Legislativo brasileiro, e o outro (o Judiciário brasileiro) não exerce sua missão constitucional de frear o poder despótico do executivo, que usurpa as funções do primeiro? Naturalmente, implantam-se, ainda que de forma velada, ou truculentamente ostensiva, a ditadura e a tirania!

No Brasil, o Executivo edita, diariamente, medidas provisórias inconstitucionais e o Supremo não atua em defesa do Legislativo. Logo, o Executivo sobrepõe-se sobre esses dois poderes, violando a constituição, que lhes assegura igual relevância política, cada um dentro de sua função específica, traçada na lei fundamental.

Nos Estados Unidos, o presidente da república não tem poder algum de legislar. Suas *executive orders* só valem no âmbito da administração pública. O indivíduo não está sujeito ao seu teor. E nenhum presidente alega a ingovernabilidade do país.²⁸

Lá, o Congresso, por sua vez, exerce sua função primária, que não é a de legislar, mas a de fiscalizar a

atuação do Executivo, principalmente na alocação dos recursos públicos oriundos dos impostos. O grosso da legislação advém das agências regulatórias, criadas pelo Legislativo para atuar em determinadas áreas, tais como a *EPA-Environmental Protection Agency*, na esfera do meio ambiente. Sua diretoria, nomeada pelo Executivo, em regra com aprovação do senado, goza de independência, não podendo ser demitida a bel prazer do presidente da república, que necessita, para isso, de justa causa, não a política (estar agindo em desacordo com os interesses presidenciais), mas a de comprovada improbidade administrativa. Aqui, já tivemos a *Cacex*, vinculada ao Executivo, que tinha poderes para legislar sobre exportação e importação. Sua diretoria, contudo, não gozava de autonomia.

A constituição brasileira em vigor, em seu art. 62, impõe, além de algumas vedações em razão da matéria, que enumera, duas condições básicas, inafastáveis, para que o presidente da república possa editar, legitimamente, uma medida provisória: a relevância e a urgência.

Quanto à relevância, de um modo geral toda matéria regradada por medida provisória ou por lei, se ela assim se converter, atende a esse pressuposto. Porém, é no requisito da urgência que ocorre a inconstitucionalidade.

Na realidade, o presidente da república edita, a todo tempo, medida provisória sem observar a comprovada urgência da matéria, ou seja, está invadindo a esfera específica do Legislativo e usurpando sua competência. Com isso, esse poder político fica deveras enfraquecido.

Não se alegue, bisonhamente, que isso não sucede, tendo em vista que a medida provisória perde sua eficácia se não convertida em lei, pelo Congresso, em 60 dias. Aí acontecem duas coisas: a primeira é que a medida provisória entra em vigor na data de sua edição, com a mesma força de lei; a segunda é que o parlamento, invadido por inúmeras medidas provisórias, que trancam a sua pauta, acaba por convertê-las sem maiores entraves.

Difícilmente, aquele que é prisioneiro dá conta de se libertar sozinho. No caso, o Legislativo, para recuperar sua independência, precisa do auxílio do Judiciário, que, no exercício de sua função de "*checks and balances*", deve frear a ação inconstitucional do Executivo, sob pena de o enfraquecimento do Legislativo o atingir

²⁶ Glick, Nathan. *Explaining the Constitution: The Federalists Papers. In An Outline of the American Government*. USIA, 1989, p. 39: The Federalist Papers also provide the first specific mention we have in political literature of the idea of checks and balances as a way of restricting governmental power and preventing its abuse.

²⁷ Garvey and Aleinikoff. *Op. cit.*, p. 11: *What a government of limited powers needs, at the beginning and forever, is some means of satisfying the people that it has taken all steps humanly possible to stay within its powers. That is the condition of its legitimacy, and its legitimacy, in the long run, is the condition of its life.*

²⁸ Schroeder, Richard and Click, Nathan. *Op. cit.*, p. 57: *The president can issue rules, regulation and instructions called executive orders, which have the binding force of law upon federal agencies.*

também, já que este, debilitado, não o poderá socorrer caso sua competência seja restringida por lei, como acontece na proibição de conceder liminares sobre determinados assuntos, ou a sua jurisdição seja reduzida por emenda constitucional, que tire da jurisdição dos tribunais algumas matérias, como já aconteceu no passado, nos governos ditatoriais de Artur Bernardes em 1926, de Getúlio Vargas em 1937, e dos militares em 1968 (AI 5).

Os dois poderes mais fracos devem unir forças e se proteger contra a incursão inconstitucional do Executivo que, em nosso país, tem tradição de tirania. Demanda-se uma ação enérgica do Judiciário nesse sentido.

6.2. Controle da elegibilidade de candidato, levando em consideração sua vida pregressa

No dia 10/06/2008, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) decidiu, por sua maioria, que os políticos que são réus em processos criminais, em ação de improbidade administrativa ou em ação civil pública, sem condenação definitiva, isto é, sem sentença transitada em julgado, podem se candidatar nas eleições de 2008.

Os argumentos sustentados pelo relator do processo da consulta, ministro Ari Pargendler, e demais ministros, que o acompanharam, foram no sentido de que a lei de inelegibilidades (Lei Complementar 64/1990) já limita os critérios para a concessão de registro de candidaturas e que “o Poder Judiciário não pode, na ausência de lei complementar, estabelecer critérios de avaliação da vida pregressa de candidatos para o fim de definir situações de inelegibilidade”.

Contrariamente, os três ministros vencidos, Carlos Ayres Britto, Joaquim Barbosa e Felix Fischer, defenderam, entre outros aspectos, a competência da justiça eleitoral para apreciar os pedidos de registro de candidatura a cargo político na perspectiva da vida moral pregressa do político, enfatizando que a Constituição não exigiria do exercente do cargo um padrão de moralidade que já não fosse a natural continuação de uma vida pregressa também pautada por valores éticos.

Sem dúvida alguma, a decisão do TSE veio de encontro, como uma onda avassaladora, aos justos anseios de moralidade pública manifestados pela população, causando, a um só tempo, estupor, descrédito

no Poder Judiciário e, acima de tudo, uma generalizada impotência no povo no sentido de não haver jeito de melhorar as instituições públicas. De outra sorte, a infeliz decisão alimenta a participação de pessoas inescrupulosas seja na administração de recursos públicos (prefeitos e governadores), seja na elaboração de leis (vereadores, deputados estaduais e federais e senadores).

O raciocínio esposado pela maioria dessa digna Corte de Justiça Eleitoral não convence, *data venia*, já que a Constituição (art. 14, § 9º) determina que “Lei complementar *estabelecerá outros casos de inelegibilidade* e os prazos de sua cessação, além dos especificados na própria Constituição, *a fim de proteger a probidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato*, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.” (evidencie!)

A determinação constitucional constitui um comando e não é, apenas, uma opção legislativa infraconstitucional. A Constituição exige o exame da vida pregressa do candidato. Ora, se os congressistas, legislando em causa própria, ignoraram o preceito constitucional e fizeram constar da lei complementar um óbice intransponível quanto à necessária averiguação prévia da vida pregressa do candidato, ou seja, a exigência de condenação transitada em julgado, a qual, como se sabe, é demorada de se obter, pois no Brasil os processos criminais perduram por anos e anos, em razão dos inumeráveis recursos interpostos e diligências requeridas pelo réu, eles, protegendo-se, agiram com espírito corporativo e contrariaram a intenção clara, precisa e manifesta da Carta Política. Assim, a Lei Complementar 64/1990 (art. 1º, alínea “e”), salvo melhor juízo, é, nessa parte, inconstitucional.

Atente-se, ainda, que a própria carta política, em seu art. 37, também erige o princípio da moralidade como uma das condições para a validade dos atos da administração pública. Logo, esse princípio, que prevalece sobre as próprias normas constitucionais e muito mais sobre a lei complementar ou ordinária, não pode ser olvidado. Como pressupor que um candidato eleito, que responda criminalmente perante a justiça por corrupção ou improbidade administrativa, vá exercer o seu cargo e praticar atos administrativos com dignida-

de, decência e lisura? Pode até acontecer, mas será em virtude de uma milagrosa exceção.

A meu ver, a decisão do TSE afronta o princípio constitucional da moralidade. Este permeia não só os atos dos agentes políticos e servidores públicos, mas se entranha também na sua própria conduta, atual e pregressa. O julgado deprecia, ainda, a própria justiça, eis que a denúncia já foi recebida e/ou o candidato já foi condenado por sentença, ainda que em primeiro grau. Ou seja, para o TSE — numa visão simplista, puramente legalista, positivista e técnica, de extremado amor à literalidade da lei e desconsiderando a vontade do povo, expressa na Constituição, que exige uma vida pregressa ética do candidato — nada vale a condenação judicial deste nas instâncias inferiores, já que está sujeita a recurso. Também, incredivelmente, para o TSE não tem significação alguma o fato de a denúncia ter sido recebida diretamente pelo próprio Supremo Tribunal Federal, a mais alta corte de justiça do país.

Não há que se invocar o princípio da inocência, restrito à dimensão penal, já que o princípio da moralidade é mais amplo, como o são, regidos por ele, o direito civil, o administrativo e o eleitoral. Mesmo sob o princípio da inocência, o réu da ação penal pode ter alguns direitos restringidos, como no caso de prisão cautelar, provisória ou preventiva. Ele continua sendo considerado inocente, pois ainda não há sentença transitada em julgado, mas pode, eventualmente, responder ao processo na condição de preso. O mesmo acontece no campo político, onde se maximiza o exame da moralidade. A elegibilidade pode sofrer restrições ante a comprovação, no exame da vida pregressa do candidato, da prática de atos tidos como imorais, principalmente quando denotados por ações penais e civis públicas relativas a atos ilícitos contra o patrimônio público, ou de improbidade administrativa, em que seja réu, em processos em curso perante a justiça. A carta política, no que tange ao exercício do cargo e função públicos, por agente político ou servidor concursado, não abre mão do exame da vida pregressa do pretendente, ou seja, da exigência de uma conduta moral ilibada no passado. Se essa condição é exigida para os juízes e para os servidores públicos em geral, também o deve ser em relação aos políticos. Para todos eles, sem distinção — a Constituição é cega nesse aspecto, não distinguindo ninguém, em face do princípio da igualdade de todos perante a lei —, o signo da moralidade se revela por atos diuturnos que não infrinjam

os preceitos éticos de honestidade, idoneidade, lisura e decência. A pena, para os que não o detêm, no caso dos cargos eletivos, é a inelegibilidade. Se já eleito, é a perda do mandato, sem prejuízo das ações penal e cível.

A prevalecer o equivocado entendimento de que o restrito princípio penal da inocência se projeta para todas as áreas do direito, inclusive o administrativo, ocorrerá o absurdo de ter-se de dar posse a um juiz de direito ou a um delegado de polícia que tenha sido condenado por crime de corrupção ou fraude, com sentença ainda não transitada em julgado, em face da situação isonômica deles com a dos políticos, a qual, constitucionalmente, não se pode ignorar. É inegável o constrangimento social que será causado pelo fato de o inquérito policial ser presidido por esse tipo de delegado ou a licitude da conduta do réu ser julgada por um magistrado já condenado judicialmente por improbidade ou corrupção. Na área cível, por exemplo, haverá um retrocesso, caindo por terra conquistas recentes. Doravante, ficarão sem efeito os dispositivos que cuidam da responsabilidade objetiva por danos, independentemente da apuração de culpa (CC, arts. 927, parágrafo único, e 931; Código do Consumidor: Lei 8.078/1990, arts. 12 e 14). Também fica derogada a inversão do ônus da prova de que trata o Código do Consumidor (arts. 6º, VIII, e 38), já que o fabricante, o produtor e o prestador de serviços passam a ficar protegidos pelo princípio da inocência, ou seja, só serão considerados culpados se forem condenados definitivamente, incumbindo a prova a quem alegar o prejuízo.

O virtual acesso do eleitor — aquele que tiver fervor excepcional e inusitado interesse e se dispuser a enfrentar com paciência a burocracia forense — à ficha criminal do candidato, se for permitido pelo TSE, conforme divulgado na imprensa, não satisfaz, de maneira alguma, a exigência constitucional de o político comprovar sua vida pregressa pautada pela moralidade.

Não se argumente que o dispositivo infraconstitucional, ao exigir a condenação definitiva, protege o cidadão contra falsos processos crimes engendrado pelo Estado, a fim de evitar a sua legítima candidatura. É de se ver que, quando o Judiciário recebe a denúncia penal — o ato fica sujeito ao pronto reexame, por meio do remédio do *habeas corpus*, pelo tribunal, que o cassará se for ilegal ou abusivo, trancando-se a ação penal —, já há nos autos a comprovação da materialidade do

delito e indícios de autoria, sendo que o fato tido como criminoso já passou pelo crivo da polícia (indiciamento no inquérito policial) e do ministério público (autor da denúncia), que são órgãos distintos, ambos vinculados ao Executivo, sendo que este último tem caráter permanente e goza de independência e isenção. Sua missão primordial é a de, justamente, defender a sociedade civil e o patrimônio público, como titular da ação penal incondicionada e da ação civil pública (CF, arts. 127 e 129).

Por outro lado, a Constituição nunca pode ser interpretada como se fosse uma lei ordinária ou complementar. É de superior hierarquia. Há de se considerar os fins nela objetivados para cujo alcance todo esforço interpretativo deve ser empregado. Quando a Constituição emite um comando, tal como o de se apurar a vida pregressa do candidato — que não pode ser ignorado por ninguém —, ela autoriza, simultânea e implicitamente, o emprego de todos os meios necessários para sua realização, notadamente o da interpretação teleológica.

Submetida a matéria ao escrutínio do Supremo Tribunal Federal, este, em 06/08/2008, ignorando as sentidas necessidades da Nação e permanecendo inflexível ante as mudanças dos tempos, a exigir incondicionalmente a moralidade na administração pública, proferiu decisão que decepcionou grande parcela de homens sensatos e de boa fé deste país.

No confronto entre duas regras constitucionais conflitantes, a primeira referente à exigência de condenação criminal transitada em julgado para a cassação dos direitos políticos (CF, art. 15, II), suportada pelo restrito princípio criminal da inocência, e a segunda que determina o exame da vida pregressa do candidato (CF, art. 14, § 9º), amparada no princípio da moralidade, o Supremo optou pela de inferior hierarquia, esquecendo-se de que a segunda é de maior amplitude. Ou seja, prestigiou-se a validade da regra menor, que se esteia num princípio constitucional especial, em detrimento da regra maior, baseada num princípio superior, primordial e estruturante da Nação. Não se olvide que, também, há gradação entre os princípios constitucionais, sobrepondo-se os estruturantes aos princípios gerais e especiais.

Não se cria, se estrutura e se mantém um Estado sem a observância do princípio da moralidade. Ele constitui o fundamento da justiça e predomina sobre

todos os demais, sejam os princípios gerais e/ou os especiais. Da mesma forma, se não forem regidos pelo princípio da moralidade, os ramos eleitos (Legislativo e Executivo), que cuidam, respectivamente, da edição das leis e da administração dos recursos financeiros arrecadados com os impostos, não podem exercer, com legitimidade, sua ação governamental.

Com o devido respeito, nessa equivocada interpretação constitucional o Supremo seguiu a mesma trilha dos congressistas que elaboraram a lei complementar, que os beneficia. Prejudicados ficaram os valores fundamentais que informam e dão vida e substância à Constituição. Note-se que a vontade dos congressistas, externada na lei, é inferior à vontade do povo, manifestada na Constituição pelos princípios básicos por ela adotados. A vontade popular é fonte primordial do poder político. Por conseqüência, a vontade do representante não pode ser, jamais, superior à vontade do representado, seu patrono. Desse modo, como a lei busca sua legitimidade na carta política, há de se conformar, primeiramente, com os seus princípios e, somente depois, com suas normas e regras. O pior de tudo agora, depois da decisão definitiva do Supremo, é que nem o Congresso pode modificar a lei eleitoral. Para superar a decisão do Supremo, há de se fazer uma emenda constitucional.

Considerando que em nosso país o Executivo sempre foi muito poderoso, necessitando de limitação, e o Legislativo apresenta-se com feição frágil e fisiológica, o Judiciário, que também não escapa de sua tibieza histórica, esquece-se de sua função de freios e contrapesos (*checks and balances*) — o dever de controlar o exercício constitucional dos dois outros ramos governamentais de modo que nenhum deles se sobreponha aos demais — ao deixar de fortalecer o Poder Legislativo. Para isso, bastava ao Judiciário considerar ineleáveis os candidatos que sejam réus em processos em curso, sejam criminais, que envolvam danos ao patrimônio público (peculato, por exemplo), ou de improbidade administrativa, já que a reputação desses postulantes aos cargos públicos, agora maculada, deixou de ser ilibada. Não o fazendo, o Judiciário contribui para ampliar, ainda, a imoralidade no Poder Executivo, ao permitir a posse nos cargos públicos de pessoas inidôneas. Também, enfraquece a si próprio, pois os poderes eleitos (Legislativo e Executivo), de que tais elementos venham a participar, estarão sempre conluiados para anular o poder político do Judiciário, restringindo sua

competência ou esvaziando sua jurisdição, seja por meio de leis, ou de emendas constitucionais, como se viu em 1926, no governo de Artur Bernardes, em 1937, com Getúlio Vargas e, recentemente, em 1968, durante a ditadura militar, no AI 5.

Infeliz é o país em que o povo não pode contar com o seu Judiciário para se defender contra alguns poderosos malfeitores que, eventualmente, queiram ocupar os elevados cargos públicos.

Esperar que o povo — em sua maioria pobre, analfabeta e, tradicionalmente, destituída do senso de cidadania — vá, pelo voto, excluir do processo eleitoral esses candidatos de ficha suja, ou que os próprios partidos políticos o façam, é esperar demais, ou patentear que se está vivendo fora da realidade, principalmente se for considerado o incontrolável poder político, decorrente das fortes conexões mantidas nas elevadas esferas governamentais, e da impositiva persuasão financeira e econômica de que normalmente dispõem esses elementos. Ao Judiciário, como poder não eleito, cabe ajudar a delinear os contornos de um processo eletivo balizado pela moralidade, a fim de que o povo faça livremente a escolha de seus dirigentes entre homens de bem.

Acreditamos, respeitosamente, que o TSE e o STF perderam, nos aludidos julgamentos, excelentes oportunidades de ajudar o povo — que quer e anseia pela moralidade pública — a construir um país com instituições fortes e sadias.

7. Valorização política das decisões do Supremo Tribunal Federal

7.1 Peculiar natureza antimajoritária

O Judiciário constitui um poder político e o Supremo Tribunal Federal é a sua expressão máxima. Contudo, como poder não eleito, carece de representatividade popular. Mas essa é, justamente, sua característica constitucional. Os constituintes originários quiseram-no assim.

Do mesmo modo que os direitos individuais, naturalmente de ordem minoritária em relação às leis, elaboradas pelos poderes majoritários (Legislativo e Executivo), são consagrados na constituição como direitos

fundamentais, livremente exercitáveis (salvo a vinda de lei regulando o seu exercício em vista do bem comum, amparada em evidente e concreto interesse público, a ser comprovado em juízo pelo Estado, como ônus seu) e que não podem ser suprimidos, ou diminuídos, nem mesmo por emenda constitucional, pois estão protegidos por cláusula constitucional pétrea, o Poder Judiciário encarna, como poder político antimajoritário, a missão constitucional de se salvaguardar contra as intrusões dos outros ramos governamentais, quando limitam por lei sua função primordial, restringindo a sua natural jurisdição, e de proteger o indivíduo, no exercício de seus direitos fundamentais, contra a opressão do Estado, veiculada, normalmente, por meios de leis (oriundas do Legislativo) ou de atos administrativos e medidas provisórias, vindas do executivo.

Essa peculiar natureza constitucional antimajoritária do Poder Judiciário foi bem ressaltada pelo *Chief Justice Rehnquist*, referindo-se à divisão do poder adotado na América, que, ao contrário da tradição inglesa, em que o juiz não pode anular ato do Parlamento, essa foi a intenção clara dos elaboradores da constituição de 1787:

Eles queriam que os juízes fossem independentes do presidente e do Congresso, mas também, com toda probabilidade, que as cortes federais fossem capazes de dizer se a legislação editada pelo Congresso era consistente com as limitações da Constituição dos Estados Unidos. Os elaboradores reconciliaram, de um modo mais ou menos grosseiro, a necessidade de uma instituição antimajoritária como a Suprema Corte para interpretar a Constituição dentro de um amplo sistema de governo basicamente comprometido com a regra majoritária.²⁹

Por sua vez, *Garvey e Aleinikoff* vêem no Judiciário, como poder antimajoritário, uma missão nobre que deve exercer pelo balanceamento, que, como uma das teorias de interpretação constitucional, possibilita-lhe rever os valores contidos na norma legal — expandindo ou atenuando-os — com base na identificação, avalia-

²⁹ Rehnquist, William H. *The Supreme Court*. William Morrow, N. York, USA, 1987, p. 306: *They wanted the judges to be independent of the president and of Congress, but in all probability they also wanted the federal courts to be able to pass on whether or not legislation enacted by Congress was consistent with the limitations of the United States Constitution. The framers reconciled in a somewhat roughhewn way the need for an anti-majoritarian institution such as the Supreme Court to interpret a written constitution within a broader system of government basically committed to majority rule.*

ção e comparação dos interesses em conflito. Expõem que o melhor argumento utilizado pelos defensores do *balancing* é o que permite as cortes judiciais aumentar o processo de equilíbrio, dando peso a interesses que o Legislativo tende a ignorar ou subavaliar. Dentro desse enfoque, a corte desempenha dois importantes papéis: 1. reforça a representação, assegurando que interesses impopulares ou de grupos mal representados politicamente sejam contados e considerados com justiça; 2. protege direitos e interesses constitucionais que, às vezes, são esquecidos no alvoroço da política. Advertem, todavia, que o balanceamento pela corte não repete a função legislativa ou suplanta os julgamentos legislativos de boa política social. Usa-se o ato legislativo como medida da importância social e, assim, como uma base para calcular o grau para o qual o interesse constitucional deverá ser “atenuado”.³⁰

Vale repetir que a função primordial do Judiciário, como poder não eleito, isto é, de natureza antimajoritária, é defender os direitos individuais que, também, são, essencial e ontologicamente, antimajoritários, portanto não podendo ser suprimidos pela lei (vontade dos poderes eleitos, majoritários: Legislativo e Executivo), ou deixados de serem exercidos por falta de lei.

Contudo, a missão constitucional atribuída ao Judiciário de enfrentamento com os demais ramos governamentais, ao anular, restringir ou ampliar o conteúdo da norma legal, para adequá-las aos fins e propósitos constitucionais, levando-se em conta as sentidas necessidades do povo, não é nada fácil, principalmente se enfocarmos a história de nosso país, onde o juiz, até bem pouco tempo, era considerado — em face de doutrinas administrativas espúrias e equivocadas, baseadas no direito francês, em que o magistrado não detém o poder político, já que não pode anular a lei — um mero servidor público, sujeito às regras administrativas, e

não um agente político de grande expressão, como consagrado pela nossa carta política.

No decorrer da história americana, sempre houve conflitos entre os Poderes da república. *Robert H. Jackson*, citado por *Rehnquist*, em sua outra obra *The Supreme Court*, sumariza os eventos da seguinte forma:

Como criada, a Suprema Corte parecia muito anêmica para enfrentar o longo conflito pelo poder [...] A despeito de sua aparente posição vulnerável, a Corte tem repetidamente cassado as decisões em oposição ao Congresso e ao Executivo. Tem sido uma colisão nervosa com os mais dinâmicos e populares presidentes da história. Jefferson retaliou com impeachment; Jackson negou sua autoridade; Lincoln desobedeceu a um mandado do Chief Justice; Theodore Roosevelt após seu mandato propôs a anulação das decisões judiciais; Wilson tentou liberalizar seus membros; e Franklin D. Roosevelt propôs reorganizá-la.³¹

7.2 Pronunciamento único da Corte em vez de voz individual discordante de cada ministro

Note-se que o corpo político judicial é representado, em sua instância máxima, por apenas onze ministros, contrastando com os 513 deputados e 81 senadores, que representam milhões de eleitores, e com o presidente da república, normalmente detentor de enorme popularidade.

Daí por que, para maior valorização social e acatamento de suas decisões, inclusive pelos demais ramos governamentais, o Supremo Tribunal Federal deve agir preferencialmente, ao proferi-las, como corpo político homogêneo, evitando, ao máximo, que venham a público suas divergências internas.

É deprimente ver pela televisão um ministro do Supremo digladiando, publicamente, com o seu cole-

³⁰ Garvey, John H. and Aleinikoff, T. Alexander. *Op. cit.*, p. 107/108: *A better argument for the balancer is that the Court improves the balancing process by giving weight to interests that the legislature tends to ignore or undervalue. Under this view, the Court plays two important roles. First, it reinforces representation, ensuring that the interests of unpopular or underrepresented groups are counted and counted fairly. Second, it protects constitutional rights and interests that are sometimes forgotten in the hurly-burly of politics. [...] The balancing court does not replicate the legislative function or supplant legislative judgments of good social policy. It uses the legislative act as a measure of social importance and thus as a basis for calculating the degree to which the constitutional interest should be "softened".*

³¹ William H. Rehnquist. *Op. cit.*, p. 306: *As created, the Supreme Court seemed too anemic to endure a long contest for power [...] Yet in spite of its apparently vulnerable position, this Court has repeatedly overruled and thwarted both the Congress and the Executive. It has been in angry collision with the most dynamic and popular Presidents in our history. Jefferson retaliated with impeachment; Jackson denied its authority, Lincoln disobeyed a writ of the Chief Justice; Theodore Roosevelt, after his Presidency, proposed recall of judicial decisions; Wilson tried to liberalize its membership; and Franklin D. Roosevelt proposed to reorganize it.*

ga, às vezes altercando acaloradamente com o outro membro da irmandade, unicamente porque, ao proferir os seus votos, eles dissentem, juridicamente, sobre determinada matéria. Para se evitar esse enfraquecimento do corpo político encarnado pelo Supremo Tribunal Federal, impõe-se a supressão do voto *seriatim* (lido em público um por um).

O fortalecimento da *Supreme Court* nos Estados Unidos também aconteceu por aí. Até o início da gestão do *Chief Justice* John Marshall, que presidiu aquela Corte de 1801 a 1835, os *Justices*, seguindo a tradição inglesa, proferiam seus votos em público de forma individual e seriada. Logo que Marshall passou a desempenhar os seus deveres como cabeça da mais alta corte de justiça do país, ele começou a fortalecer a Suprema Corte. Pela primeira vez, o *Chief-Justice* desconsiderou o costume de liberar os votos pelos juízes em forma seriada e, em vez disso, ele calmamente assumiu a função de anunciar, ele próprio, a visão daquele tribunal. Fê-lo no primeiro caso decidido sob sua liderança. “Acórdãos da Corte” se tornaram o veículo principal do anúncio das decisões, sendo o aresto, virtualmente em quase todos os casos importantes, atribuído ao próprio *Chief Justice*. A mudança de um número de votos individuais para uma decisão única do tribunal adequou-se admiravelmente para fortalecer o prestígio da jovem corte. Marshall viu que as necessárias autoridade e dignidade da corte só poderiam ser obtidas se os princípios constitucionais por ela proclamados fossem pronunciados por um tribunal unido. Para obter resultado firme e permanente para suas decisões, ele pugnou por um tribunal com uma única voz.³²

³² Swhartz, Bernard. *Op. cit.*, p. 20 e 39: *As soon as Marshall began to discharge his duties as head of the highest Court, Beveridge's classic biography inform us, "He quietly began to strengthen the Supreme Court. Before Marshal, the Court followed the English practice of having opinions pronounced by each of the Justices. "For the first time", says Beveridge, "the Chief-Justice disregarded the custom of the delivery of opinions by the Justices seriatim, and, instead, calmly assumed the function of announcing himself, the views of that tribunal." Marshall did so in the very first case decided by his Court. "Opinions of the Court" were made the primary vehicle for announcing decisions, with the opinion in virtually all important cases delivered by the Chief Justice himself. The change from a number of individual opinions to the Court opinion was admirably suited to strengthen the prestige of the fledgling Court. Marshall saw that the needed authority and dignity of the Court could be attained only if the principles it proclaimed were pronounced by a united tribunal. To win conclusiveness and fixity for its decisions, he strove for a Court with a single voice.*

A voz única não significa, lá, que os membros do tribunal não possam ofertar, em separado, os seus votos concorrentes (*concurring opinion*) — estão de acordo com o aresto, mas não quanto a determinado ponto, ou a sua extensão e alcance — ou vencidos (*dissenting opinions*). O que se procura é o consenso prévio, antes da divulgação do acórdão, entre os *Justices* que, à vista do esboço do voto do relator, que lhes é encaminhado internamente, por cópia, podem aderir ou não a ele, ou condicionar a adesão à inclusão ou exclusão de determinado ponto, ampliando ou restringindo o alcance do aresto. A convergência é a regra. O voto individual, em separado, a exceção. Só ocorre quando a divergência abala as profundas convicções do *Justice* sobre a matéria posta em julgamento. As divergências jurídicas se resolvem epistolarmente, sem ataques ou mágoas pessoais, no âmbito interno da corte, sem conhecimento do público. O acórdão do tribunal, quando é *per curiam*, não tem relator determinado e sequer é assinado pelos membros do tribunal. Do indivíduo se espera que se dispa de suas vaidades culturais, marcando posição pela divergência (no caso brasileiro geralmente por argumentos técnicos, dogmáticos, positivistas-legalistas, com acentuado amor à letra da lei, e, portanto, estéreis), e prestigie a valorização da instituição, eis que o colegiado dará possivelmente a decisão mais sábia, justa e conveniente aos interesses da nação. O homem, que é mortal, passa, mas a humanidade fica. Assim, o ministro passa, porém a instituição judiciária deve permanecer cada vez mais forte, a fim de poder cumprir sua missão constitucional.

Exemplo de voz única, absolutamente necessária na ocasião, com expressiva valorização da instituição, aconteceu no caso Nixon. Em 1973, ocorreu novo confronto de poder entre o Executivo e o Judiciário quando o presidente Nixon alegou o privilégio Executivo, com base na separação dos poderes, a fim de não entregar as fitas requisitadas pelo juiz federal *John Sirica* no caso Watergate. Ele desafiou a Suprema Corte exigindo um pronunciamento definitivo e conclusivo, dando a entender que não aceitaria decisões majoritariamente apertadas. Tinha confiança nos votos dos quatro juízes que indicara e que faziam parte, atualmente, dela. A Suprema Corte, que é composta por um *Chief Justice* e oito *Associate Justices*, por voto unânime, isto é, por 8 a 0, já que Rehnquist se deu por impedido, rejeitou o seu pedido. Nesse caso (*United*

States v. Nixon – 1973), o *Chief Justice Burger*, falando por uma corte unida (lendo a posição do tribunal e não seu voto condutor), asseverou: “No desempenho das obrigações constitucionais previstas, cada poder do governo tem de interpretar inicialmente a constituição, e a interpretação dos respectivos poderes por qualquer dos três ramos merece grande respeito dos outros dois. O advogado do presidente, como observamos, entende a constituição como fornecendo privilégio absoluto de confidencialidade em todas as comunicações presidenciais. Muitas decisões desta Corte, todavia, têm inequivocamente reafirmado o precedente de *Marbury v. Madison*, no sentido de que “é enfaticamente a área de atuação e dever do departamento Judiciário dizer o que a lei é”.³³

Acrescentou, ainda, que nem a doutrina da separação dos poderes, nem a necessidade da confidencialidade de comunicação de alto nível, sem mais, pode sustentar um absoluto e desqualificado privilégio de imunidade presidencial em relação ao processo judicial, debaixo de quaisquer circunstâncias.³⁴

Em razão do pronunciamento firme da *Supreme Court*, manifestada publicamente de modo inequívoco, em uma só voz, *Nixon* não teve outra opção senão preceder à entrega das fitas. Dezesete dias depois, por falta de legitimidade, e ameaçado de *impeachment*, renunciou.

8. Dos recursos para o Supremo Tribunal Federal

Aqui, três aspectos, abaixo comentados, merecem atenção em sua abordagem constitucional.

³³ Garvey and Aleinikoff. *Op. cit.*, p. 252: *The President's counsel, as we have noted, reads the Constitution as providing an absolute privilege of confidentiality for all presidential communications. Many decisions of this Court, however, have unequivocally reaffirmed the holding of Marbury v. Madison that it is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is.*

³⁴ Hall, Kermit L., Wiecek, William M. and Finkelman, Paul. *American Legal History*. USA: Oxford University Press, 2nd ed., 1996, p. 547: *However, neither the doctrine of separation of powers, nor the need for confidentiality of high level communications, without more, can sustain an absolute, unqualified Presidential privilege of immunity from judicial process under all circumstances.*

8.1 Necessidade de se alterar urgentemente a Constituição para se permitir o recebimento, em caráter discricionário, dos recursos especiais e extraordinários

Em face do princípio do devido processo legal (*due process of law*), adotado pela nossa Constituição Federal de 1988 (art. 5º, incisos LIV e LV) com mais de oitocentos anos de atraso em relação ao direito inglês (Magna Carta de 1215) e mais de duzentos anos referentemente ao direito americano (Constituição de 1787), o recurso se cinge à instância ordinária: decisão e revisão. O acesso a outro nível, de instância especial, não se acha amparado por ele, salvo nos casos e condições especiais estipulados na própria lei que propiciar essa fase recursal.

Extrai-se dessa assertiva que o vencido não tem direito a mais de uma revisão. Pode vir a ter direito a um pronunciamento da instância especial, que fica hierarquicamente acima da ordinária, se demonstrar que atendeu aos pressupostos recursais estabelecidos em lei. Geralmente, a instância especial só reexamina a questão de direito, desprezando os aspectos fáticos, objeto de dilação probatória examinada na instância ordinária.

Com base no devido processo, a instância especial não é obrigada a apreciar o recurso a ela interposto, a não ser se tiver lei assim determinando. O princípio garante apenas que os apelos sejam endereçados ao tribunal revisor, evitando-se recursos diretamente às instâncias superiores, salvo ressalva em lei.

Esse é o ensinamento que se extrai do direito americano, a ver pela lição de *Daniel John Meador*, para quem “O princípio que embasa esse tipo de solução é o de que cada litigante tem direito a uma revisão do mérito da decisão de primeira instância e que esta revisão é feita pelo tribunal intermediário. Mas a teoria não assegura ao litigante o direito a duas apelações. Qualquer revisão posterior somente será admitida no interesse da construção pretoriana do direito ou do aperfeiçoamento do sistema jurídico. Por isso, a Suprema Corte tem a liberdade de determinar quais casos, dentre as inúmeras petições apresentadas, merecem sua atenção, enquanto desenvolve seu papel institucional de formadora do direito e deixa que a corte intermediária se ocupe da maioria das apelações e exerça a função de corrigir erros. É esta a estruturação jurisdicional re-

comendada pelos *Standards* de Administração Judicial da *American Bar Association*, que constituem um conjunto prestigiado de estruturas recomendadas e adotadas por muitos reformadores judiciais. No entanto, poucos Estados têm um esquema assim tão simples. Em muitos deles existem dispositivos legais que asseguram o acesso de determinadas matérias diretamente da primeira instância à Suprema Corte, sem passar pelo tribunal intermediário. Causas criminais nas quais uma pena de morte tenha sido imposta são freqüentemente tratadas desta forma. Em alguns Estados esta jurisdição abreviada é assegurada para os casos nos quais a primeira instância tenha declarado a inconstitucionalidade de uma lei federal ou estadual. O princípio é o de que casos dessa natureza são muito importantes, e como, provavelmente, alcançarão a Suprema Corte, a economia processual e a agilidade da justiça são mais bem atingidas mediante esse atalho.³⁵

Todavia, nesse assunto há várias confusões instaladas no Brasil.

8.2 Quantidade de recursos extraordinários

A primeira delas consiste no fato de que muitos doutrinadores ensinam que se deve limitar o número de recursos e dificultar o acesso às instâncias superiores especiais, tais como para o Supremo Tribunal Federal. Outra é que o juízo de admissibilidade do recurso extraordinário e do recurso especial é feito, num primeiro momento, justamente pelo tribunal contra cuja decisão se recorre. A finalidade, evidente, é o de se evitar a subida de recursos para aquelas Cortes. Ora, acredito estar havendo, nesses casos, uma inversão ilógica e irracional. Relativamente ao número de recursos para o Supremo Tribunal Federal, defendo que seja ampliado, como se viu acima, permitindo-o a partir da sentença de primeiro grau.

Nos Estados Unidos, a *U. S. Supreme Court* recebe, por ano, cerca de 7.000 pedidos de revisão de sentenças, dos quais toma conhecimento, apenas, de cerca de 100 casos, deferindo ou não o *Writ of Certiorari*. A *Justice Sandra Day O'Connor*, recentemente aposentada, conta que, quando tomou posse na Corte em 1981, “nós recebíamos em torno de 4.000 pedidos por

ano para rever decisões particulares das cortes inferiores, mas nós aceitávamos e decidíamos com sentença fundamentada somente cerca de 150 por ano. Recentemente, a corte tem recebido cerca de 7.000 petições por ano e tem aceitado menos de 100. O número de petições admitidas declinou depois que o Congresso em 1988 tornou discricionária a sua competência de corte de apelação”.³⁶ Antes, dissera que outros 100 casos, que não envolvem arrazoados completos e sustentações orais, também são sumariamente (*per curiam*: pronunciamento do tribunal sem manifestações individuais) julgados por ano.³⁷

Note-se que a discricionariedade para julgar os recursos que lhe são endereçados, como instância especial — e não corte de apelação —, já havia sido autorizada, antes, pelo Congresso na revisão judiciária de 1925 (*The Judges Bill Act*).

O que se vê, lá, é o não cerceamento do encaminhamento de petições à Suprema Corte Americana. Aliás, essas petições são até incentivadas, ao permitilas a partir da sentença de primeiro grau, quando for alegada ofensa à constituição ou à lei federal.

Diferentemente, porém, é a aceitação do recurso. A Suprema Corte não julga todos eles. Devolve a maioria com apenas um carimbo, dizendo que não foi acolhido.

8.3 Juízo de admissibilidade

No que pertine ao exame da admissibilidade pelos tribunais inferiores, é evidente que isso fere qualquer senso de razoabilidade. Como entender que o tribunal que julgou a improcedência da apelação possa emitir juízo de admissibilidade em relação ao recurso extraordinário, ou ao especial, endereçados pela parte vencida, respectivamente, ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça?

³⁶ O'Connor, Sandra Day. *The Majesty of the Law*. USA: The Easton Press, 2005, p. 9 e 11: *When I arrived at the Court in 1981 we received around 4,000 applications a year to review particular lower-court decisions, but we accepted and decided with full opinion only about 150 a year. Recently, the Court has been receiving over 7,000 petitions a year and has been accepting fewer than 100. The number of petitions granted declined after Congress in 1988 made the Court's appellate jurisdiction discretionary.*

³⁷ Idem, p. 5: *In addition, the Court summary decides up to another hundred or so cases without oral argument and full briefing.*

³⁵ Meador, Daniel John. *American Courts*. USA: West Publishing, 1991. (Os Tribunais nos Estados Unidos. USIS, p. 19).

Os que adoram o tecnicismo dirão que, caso esse tribunal não admita o recurso extraordinário (depois de exaurida toda a complexa processualística a que se refere o art. 542, do CPC), cabe agravo de instrumento para o Supremo que, em assim entendendo, pode mandar subir o recurso. Ora, há um desvirtuamento aí. Primeiro, porque o juízo de admissibilidade do recurso deve ser emitido por quem tem poderes para conhecê-lo. Segundo, porque a permissão da interposição do agravo de instrumento não desnatura a intrusão do tribunal inferior no assunto e, ao mesmo tempo, complica o já embarçado sistema processual, ao ensejar mais um procedimento e outro recurso, totalmente desnecessários.

8.4 Demonstração de repercussão geral

Outro aspecto que considero incorreto é o recorrente ter que demonstrar no recurso extraordinário que a matéria contém questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa, as quais são capazes de denotar a repercussão geral, como exige a Lei 11.418, de 20/12/2006.

Ora, quem decide se questão exposta no recurso extraordinário tem ou não relevância constitucional, ou se vai causar impacto nacional, seja para unificar jurisprudência, seja para alterar uma legislação inconsistente com a Constituição, é o próprio Supremo Tribunal. Assim, de um caso singular, de aspecto puramente individual, ele pode extrair conseqüências jurídicas de larga aplicabilidade.

Foi o que a *U. S. Supreme Court* fez, a partir de casos individuais, aparentemente de interesse particular, sem significação ampla ou expressão geral, a ver:

Em *Gideon v. Wainwright*, em 1963, ela concedeu um *writ of certiorari* a Gideon, que pessoalmente recorreu diretamente a ela, por ter sido condenado por furto, sendo que, no julgamento, por ser pobre, não teve condições de contratar um advogado. O juiz, em face das leis do Estado-Membro, recusou-se a lhe fornecer um defensor dativo (gratuito, custeado normalmente pelo governo).

Vislumbrando a oportunidade de expandir o caso concreto, dando-lhe característica geral, a Suprema Corte regrou que:

Razão e reflexão requerem-nos reconhecer pelo sistema contraditório da justiça criminal, que a qualquer pessoa introduzida na corte, que é muito pobre para contratar um advogado, não lhe pode ser assegurado um julgamento imparcial, a menos que um advogado lhe seja providenciado. Isso parece ser uma óbvia verdade.³⁸

Estabelecendo esse precedente, a Suprema Corte disciplinou a assistência advocatícia nos tribunais de justiça.

Em outra oportunidade, ela estendeu esse amparo constitucional (de ter direito a um advogado) à fase do inquérito perante a polícia, desde a prisão do suspeito.

É o que foi decidido no famoso caso *Miranda v. Arizona*, em 1966. Miranda foi condenado numa Corte estadual por seqüestro e estupro. Ele havia sido preso e interrogado sem o aviso de que tinha direito de ter um advogado presente. Após duas horas, a polícia obteve dele uma confissão, que foi admitida como prova no seu julgamento. O tribunal de apelação estadual manteve a condenação, mas a Suprema Corte dos USA a reverteu, sob o argumento de que a polícia, para estar habilitada a usar a confissão, deve demonstrar que deu efeito pleno ao direito do indiciado de permanecer calado, ressaltando que tudo que disser será usado contra ele, e contar com a presença de um advogado, seja contratado por ele ou dativo, caso não possa pagar a um.³⁹

Conclui-se que os recursos, diretamente para as instâncias especiais (Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, etc.), devem ser incentivados, a partir da sentença de primeiro grau, sem a exigência de comprovação de interesse geral da causa, ou o exame da admissibilidade daquele que julgou o caso, eliminando-se toda a parafernália processualística, atualmente existente, aplicável à espécie.

³⁸ Schwartz, Bernard. *Op. cit.*, p. 280: *Reason and reflection require us to recognize that in our adversary system of criminal justice, any person haled into court, who is too poor to hire a lawyer, cannot be assured a fair trial unless counsel is provided for him. This seems to us to be an obvious truth.*

³⁹ Schwartz, Bernard. *Op. cit.*, p. 281: *for the police must give so-called Miranda warnings: that the person arrested has a right to remain silent, that anything he says may be used against him, that he can have a lawyer present, and that he can have counsel appointed if he cannot afford one.*

9. Da quebra do princípio do devido processo legal (*due process of law*)

9.1 Prazos maiores para os órgãos da União e o recurso de ofício

O princípio da separação e independência dos poderes impõe ao Judiciário que não se curve aos poderes eleitos (Executivo e Legislativo) quando eles asseguram, por meio de leis (ou emendas constitucionais), sua posição privilegiada perante o Poder Judiciário.

Assim, em virtude de leis, obriga-se o Judiciário a recorrer de ofício, como se parte fosse, em alguns casos em que os órgãos do Poder Executivo foram considerados sucumbentes por sentença judicial (CPC, art. 475; Lei 1.533/1951, art. 12 (mandado de segurança). Ora, essa função de agente do Executivo assumida pelo Judiciário é constitucionalmente intolerável.

De igual forma — agora afrontando o princípio da igualdade de todos perante a lei e a cláusula do devido processo legal (*due process of law*), em sua dimensão processual, esta inserida na constituição federal (art. 5º, incisos LIV e LV), e que garante o tratamento isonômico das partes no processo — revela-se inconsistente com a carta política a concessão, por lei, de prazos especiais para a fazenda pública, aí englobando a União Federal (e Câmara dos Deputados), Estados-Membros (e assembleias legislativas), municípios (e câmara municipal) e suas correspondentes autarquias e fundações públicas, e o ministério público para contestar ou recorrer (contam-se, respectivamente, em quádruplo e em dobro, *ex vi* do art.188, do CPC).

Dentro da dimensão unicamente processual do devido processo legal, que exige tratamento igualitário para as partes, hão de ser extintos — por mera decisão judicial — os recursos de ofício (O Judiciário não é parte, nem pode pretender socorrer uma das partes), bem como os prazos mais dilatados para os entes estatais e suas autarquias e fundações. Afigura-se inconstitucional, ainda, o privilégio das intimações pessoais tanto para essas pessoas jurídicas, como para o membro do ministério público, este nos processos cíveis, já que o advogado da parte contrária (pessoa física ou jurídica privada) não detém esse privilégio legal.

9.2 Assento privilegiado do ministério público nas audiências judiciais

Também constitui agressão ao princípio da igualdade o fato de se permitir ao membro do ministério público, principalmente nas ações penais públicas incondicionadas, de que é parte titular, como representante do Estado, ter assento, no alto, ao lado do juiz, geralmente confabulando com ele, enquanto que o réu e seu advogado permanecem em baixo. Essa situação coloca o réu, psicologicamente, em posição de desigualdade processual — inferiorizando, inclusive, o próprio advogado —, o que viola a garantia constitucional da igualdade perante a lei.

Tal deferência da lei, baseada na suposta prerrogativa de função do ministério público, na realidade acoberta privilégio que diminui, ainda, o próprio Poder Judiciário, já que, tomando o membro do “*parquet*” assento no mesmo nível dos juizes, coloca-se na condição de poder, enquanto não passa de órgão, dotado, é certo, de autonomia, mas vinculado ao Poder Executivo, o qual o Judiciário tem a obrigação constitucional de controlar e checar seus limites de atuação. Obviamente, trata-se de mais uma intrusão do Executivo no Poder Judiciário. O processo criminal ocorrido nessas condições padece de nulidade, por ferir, simultaneamente, o princípio da igualdade das partes e o devido processo legal, que dá executividade a ele.

Nos Estados Unidos da América — lembre-se que nossa Constituição é cópia da americana —, jamais um representante do Executivo teve assento junto ao Judiciário. Lá, o representante do ministério público (*District Attorney*), além de sentar-se no mesmo nível do advogado, e abaixo do juiz, é tratado, nas cortes de justiça, com a mesma deferência dada aos advogados, podendo, inclusive, ser advertido em audiência, ou, até mesmo, em hipóteses raríssimas, face ao respeito e homenagens mútuos, ser preso pelo juiz por desacato (*contempt of the court*).

Portanto, não se pode mais permitir que o membro do ministério público tome assento, nas audiências públicas, ao lado do juiz, em nível mais elevado do que o advogado. Esse fato, além de denotar que o Judiciário dá maior realce ao representante do estado, quebra a simetria que deve prevalecer entre as partes, notadamente no processo criminal, onde o Ministério Público, indiscutivelmente, é parte. E parte

acusadora. Aos olhos do réu — e da própria sociedade —, o agente acusador e o juiz se confundem, como se ambos, no alto, estivessem contra ele, em baixo, na mais das vezes colocado longe de seu advogado, com quem, no decorrer da audiência, não pode trocar idéias e informações, de modo a, efetivamente, ter direito à mais ampla defesa. Obviamente, nesse caso, a imagem da justiça fica sob suspeita de parcialidade, vício intolerável para o Judiciário, cujo poder decorre, justamente, de sua imparcialidade e honorabilidade. Psicologicamente, também, até o advogado fica inferiorizado. Quem acredita num Judiciário, onde uma das partes tem privilégio, ou tratamento diferenciado, como acontece atualmente? Quando o Judiciário perde sua credibilidade, torna-se, naturalmente, descartável, pelo menos como poder político, como aconteceu na França.

Quanto cotejo a fotografia dos nove *justices* que compõem a Suprema Corte dos Estados Unidos com a dos onze ministros do Supremo Tribunal Federal, noto que esta última retrata doze pessoas. O procurador-geral da república, que aqui aparece ao lado dos ministros, revela-se, seguramente, um estranho no ninho.

10. Imunidade parlamentar

Constitui garantia constitucional o julgamento pelo juiz natural, isto é, aquele previamente designado por lei, competente para todos os casos da mesma espécie. Logicamente, o princípio refere-se ao cargo, legalmente preenchido, e não à pessoa que o ocupa. Portanto, o indivíduo, por exemplo, tem direito de ser julgado pelo juiz criminal da comarca, ou de determinada vara, consoante a prévia e imparcial distribuição do processo, mas não o de ser julgado pelo juiz tal, enquanto pessoa.

Diz, taxativamente, a Constituição Federal de 1988 (art.5º, inciso XXXVII) que “não haverá juízo ou tribunal de exceção”. Esse preceito é reforçado por outro, com base no princípio da igualdade de todos perante a lei, que deve ser considerado na sua grandeza jurídico-processual: “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (art. 5º, inciso LIII).

Por evidencia solar, a garantia do juiz natural, inerente ao Poder Judiciário, não se estende a outros

atores que desempenham sua função junto a ele. Por aí se vê que inexistente a figura do promotor de justiça natural, mesmo porque esse fato contrariaria os princípios da indivisibilidade e da obrigatoriedade, que informam essa nobre instituição do Ministério Público (CF, art.127, § 1º; e CPP, arts. 5º, 6º e 24).

Significa o preceito constitucional que o acusado da prática de um delito penal tem direito de ser julgado pelo juiz que é competente normalmente para aquele caso, de acordo com a lei. Não se admite juiz ou tribunal especial para o caso comum, nem por ser o réu também pessoa especial.

Revela-se, a meu ver, pois, inconstitucional, seja por ferir o princípio da igualdade, seja por maltratar a cláusula do devido processo legal, a concessão, por lei, ou mesmo por norma constitucional, da chamada prerrogativa de foro, pelo qual são julgados por juízes outros — que não o do distrito da culpa (onde ocorreu o crime) — de que gozam deputados, senadores, presidente da república, ministros de estado, governadores, deputados estaduais, prefeitos, juízes e promotores. Também constituem tribunais de exceção as cortes militares, quando julgam o militar por crime praticado contra civil. Em virtude do devido processo legal, lei abusiva, ou regra inserida na própria Constituição, não pode retirar dos juízes ou tribunais sua normal jurisdição, sob pena de afastar do feito o juiz natural. A lei fundamental pretendeu, com isso, proscrever os tribunais de exceção (foro privilegiado em razão das pessoas) e instituindo a garantia do julgamento pelo juiz natural, isto é, por aquele que é, legal e naturalmente, o titular do cargo, na área de jurisdição da ocorrência do fato tido como ilegal ou delituoso. Significa dizer que a carta política determinou, como princípio a ser observado, que todos devem ser julgados pelo juiz competente, sem exceção de pessoas, ou de exercício de cargo. Esse preceito da lei maior acha-se presentemente desvirtuado, eis que diversas autoridades escapam ao juízo natural, sob o frágil argumento de prerrogativa do cargo (presidente da república, governadores, prefeitos, deputados e senadores, magistrados e promotores de justiça, ou seu equivalente federal, o procurador da república).

Os políticos — infelizmente, por falta de coragem do Judiciário, que abdica parte de sua competência privativa e, com isso, diminui a estabilidade política do país — só são processados quando seus pares permitem o julgamento, o que é uma coisa lastimável para a

democracia e falta de exemplo de conduta reta pelos representantes do Estado, de quem se espera um paradigma exemplar de honra e decência.

A Suprema Corte dos Estados Unidos nunca permitiu que o Legislativo lhe usurpasse parte de sua competência. Lá é ela quem decide se a imunidade do parlamentar, por votos e opiniões, tem conexão ou não com o crime pelo qual o parlamentar está sendo processado perante o juiz federal de primeiro grau ou o júri.

Nada justifica esse pendor judicial de defesa dos representantes do Estado, quando sua função primordial e constitucional é, justamente, o contrário, a defender o povo contra a intrusão, o privilégio e o ataque dos agentes estatais. Em razão dessa cultura legalista e de subserviência ao governo, creio eu, é que duas coisas acontecem simultaneamente neste país: a existência de pessoas acima da lei e os milhões de marginalizados, submetidos ao império taxativo da lei.

Note-se que o fato que, realmente, transformou o Judiciário americano em poder político foi quando demonstrou ter capacidade de resguardar sua competência constitucional de ser o último interprete da lei (dizer o que a lei é, direito conquistado através do *judicial review*), ressalvado ao Congresso alterar sua interpretação por emenda constitucional. Para isso, foi natural que ocorressem confrontos com os demais ramos do governo. Com relação ao Congresso, isso se deu quando os políticos pretenderam, eles mesmos, decidir sobre sua imunidade parlamentar, a fim de serem ou não processados pela justiça, quando denunciados pela prática de crimes. A Suprema Corte americana não hesitou em atribuir-se a si, face ao princípio da separação dos poderes e de sua missão constitucional de ser o interprete final da constituição, o direito de traçar as fronteiras da imunidade parlamentar, cingindo-a ao direito ao livre discurso e debate, dentro do Congresso. Nesse restrito sentido pronunciou-se a Suprema Corte Americana (*Gravel N. United States – 1972*), ao declarar que “A cláusula do discurso e do debate pode ser invocada tanto nos processos civil ou criminal. Sua proteção estende tanto ao membro do Congresso quanto a seus assessores, desde que estes executem serviços que seriam imunes se a conduta legislativa fosse praticada pelo membro do Congresso”.⁴⁰

⁴⁰ Tribe, Laurence H. *Op. cit.*, p. 370: *The speech or debate clause may be invoked in either civil or criminal proceedings. Its protection*

De acordo com Laurence Tribe,

Pelos seus termos, a imunidade, que a cláusula de discurso ou debate confere, é absoluta. A Suprema Corte, não obstante, limitou os tipos de ações congressionais protegidas pela imunidade. O primeiro caso (*Kilbourn v. Thompson – 1881*) a corte declarou que a imunidade se estende a todas “coisas geralmente feitas numa sessão do Congresso por um dos seus membros em relação aos negócios de que cuida.”⁴¹

Por negócios congressionais, a Suprema Corte definiu que não incluía todo ato executado por um membro do parlamento. Assim, no caso *United States v. Brewster – 1972*, um ex-senador federal foi propriamente condenado por simplesmente aceitar suborno, o qual, obviamente, não faz parte do processo ou da função legislativa.⁴²

Segundo esse renomado constitucionalista americano, a linha separando ações protegidas das não protegidas é a última entre “atividades puramente legislativas” e “matérias políticas”. Atividades legislativas incluem todas as ações congressionais que são “uma parte integral do processo deliberativo e comunicativo pelo qual os membros participam de comitês e procedimentos da casa relativamente à consideração e passagem ou rejeição de legislação proposta ou referente a outras matérias que a Constituição coloca dentro da jurisdição de cada Casa. Assim, em adição ao literal debate e fala, uma gama de outros atos — votação, preparação de relatórios do comitê, condução de audiências do comitê, por exemplo — são claramente protegidas pela cláusula do discurso e do debate. As matérias políticas desprotegidas são, por exemplo, serviços providencia-

extends both to members of Congress and to their aides, insofar as the aides perform “services that would be immune legislative conduct if performed” by a member of Congress.

⁴¹ Tribe, Laurence H. *Op. cit.*, p. 370: *By its terms, the immunity the speech or debate clause confers is absolute. The Supreme Court has nonetheless limited the kinds of congressional actions protected by the immunity. In the first case to construe the speech or debate clause, Kilbourn v. Thompson, the Court held that the immunity extends to all “things generally done in a session of Congress by one of its members in relation to the business before it.*

⁴² Tribe, Laurence H. *Op. cit.*, p. 371: *A former member of the House of Representatives could not be prosecuted on a conspiracy charge where conviction on the charge required proof that the legitimately legislative act of making a speech before Congress was the result of bribery, a former United States Senator was properly convicted for simply taking a bribe, “obviously no part of the legislative process or function.*

dos aos parlamentares, ajuda pessoal na intermediação de contratos governamentais, ou no agendamento de reuniões nas agências governamentais, bem como na comunicação direta com o público, ou através da mídia (*newsletter*, *press release*), ou de discursos manifestados fora do Congresso ou por meio de publicação de livros. Essa publicação externa não é protegida pela cláusula do discurso e do debate, mesmo se o material publicado estava anteriormente conectado ao curso de uma atividade legislativa protegida”.⁴³

Afirma, ainda, esse famoso professor de direito constitucional da Universidade de Harvard que há duas principais justificativas para a interpretação pelo Judiciário de cláusula do discurso e do debate a fim de dela excluir pelo menos algumas atividades congressionais. A primeira, porque, não obstante a cláusula constitucional que dá poderes ao Congresso de disciplinar seus próprios membros, de fato ele é mal equipado para investigar, julgar e punir seus membros, em conexão com a conduta somente “incidentalmente relacionada com o processo legislativo”. Exceto em circunstâncias extraordinárias ou de partidarismo do Congresso, espera-se sua relutância em punir os seus próprios membros. E se o parlamento agir, não há garantia de que o alvo de sua ação se beneficiaria das salvaguardas procedimentais contra injustiças, disponíveis no procedimento judicial. A segunda, que uma construção mais abrangente da cláusula do discurso e do debate se justifica pela mútua coexistência da imunidade legislativa e da revisão judicial.⁴⁴

Como asseverou a Suprema Corte (*Powell v. Mac Komack-1969*), “o propósito da proteção deferida aos legisladores não é impeditiva da revisão judicial da ação legislativa”.⁴⁵ Assim, a limitação pela Suprema Corte da imunidade congressional à pura “ação legislativa” é, talvez, uma tentativa de acomodação entre as competitivas atribuições constitucionais da revisão judicial e da autonomia legislativa.⁴⁶

Atentos a essas lições de direito constitucional sobre a delimitação da imunidade parlamentar, está, com todo respeito, passando da hora de se fazerem os ajustes constitucionais necessários para dar mais transparência na justiça brasileira. Assim, nos crimes comuns não envolvendo a liberdade de opinião ou livre manifestação política, toda pessoa, exercente de cargo público ou político, até mesmo o presidente da república, deve responder perante o juiz de primeiro grau.

Compete, pois, ao Supremo Tribunal Federal dizer e delimitar precisamente a imunidade parlamentar, exercendo sua função constitucional de frear o abuso do Congresso, que avocou, inconstitucionalmente (a norma vale menos do que o princípio) para si o poder decisório, inclusive o de sustar o andamento da ação penal, usurpando competência essencialmente própria do Poder Judiciário, quando o correto é o contrário.

Com efeito, se durante o trâmite de uma ação penal o parlamentar invocar a imunidade, o Supremo Tribunal verificará, após ouvir o ministério público, se ela tem pertinência com seus objetivos de proteger o congressista pela sua livre manifestação do pensamen-

⁴³ Tribe, Laurence H. *Op. cit.*, p. 371/372: *The line separating protected from unprotected congressional action is ultimately one between “purely legislative activities” and “political matters”. Legislative activities include all congressional actions that are “an integral part of the deliberative and communicative processes by which members participate in committee and House proceedings with respect to the consideration and passage or rejection of proposed legislation or with respect to other matters which the Constitution places within the jurisdiction of either house”. Thus, in addition to literally speaking or debating, a range of other acts - voting, preparing committee reports, and conducting committee hearings, for example - are clearly protected by the speech or debate clause. Unprotected political matters include providing constituent services, aiding individuals seeking government contracts and arranging appointments with government agencies, as well as communicating directly with the public through such media as constituent newsletters, press releases, speeches delivered outside of Congress, and book publishing. Such outside publication is not protected by the speech or debate clause even if the material published was previously communicated in the course of protected legislative activity.*

⁴⁴ Tribe, Laurence H. *Op. cit.*, p. 373: *However this evidentiary matter is resolved, there are two principal justifications for interpreting*

the speech or debate clause to exclude altogether at least some congressional activity. First, although article I, § 5, empowers Congress to discipline its own members, it in fact “is ill-equipped to investigate, try and punish its Members” in connection with conduct only “incidentally related to the legislative process.” Except in extraordinary or partisan circumstances, Congress may be expected to be reluctant to punish its own. And if Congress should act, there is no guarantee that the targets of its action would benefit from the procedural safeguards against injustice available in judicial proceedings. A less than encompassing construction of the speech or debate clause is justified, second, by the mutual coexistence of legislative immunity and judicial review.

⁴⁵ Tribe, Laurence H. *Op. cit.*, p. 373: *The purpose of the protection afforded legislators is not to forestall judicial review of legislative action.)*

⁴⁶ Tribe, Laurence H. *Op. cit.*, p. 374: *The Supreme Court’s limitation of congressional immunity to “legislative action” is perhaps best understood as an attempted accommodation of the competing constitutional commitments to judicial review and legislative autonomy*

to no exercício da atividade representativa popular. Caso o crime não esteja coberto pela imunidade (crime comum, por exemplo), o Supremo Tribunal decidirá o incidente contra o parlamentar e autorizará o andamento da ação penal perante o juiz federal de primeiro grau.

Observe-se que o Supremo Tribunal Federal deve atuar, como regra, apenas como instância final recursal. Agride o seu *status* constitucional funcionar como corte de primeiro grau, ouvindo testemunhas e colhendo provas processuais, ainda que essa parte se faça por meio de delegação aos juizes de instância inferior.

O contrário ocorre nos Estados Unidos. O presidente Bill Clinton, no caso de suas relações impróprias com uma estagiária da Casa Branca, respondeu criminalmente perante um juiz federal de primeiro grau. Apenas teve o privilégio de ser ouvido, por meios eletrônicos, sem sair do recinto presidencial.

Se for deferido ao Legislativo tal poder (o de julgar os delitos criminais de seus membros, ou isentá-los da jurisdição criminal judiciária), já não estamos mais regidos por uma forma de governo republicana, com nítida separação dos poderes, mas estaremos debaixo de um sistema de governo parlamentarista, a exemplo da Inglaterra, onde a palavra final sobre as decisões do Judiciário pertence à câmara dos *Lords*, pois lá só existe um poder: o parlamento.

Não se esqueça de que nossa Constituição Federal, no que toca à estrutura de governo e repartição de poderes, seguiu, a exemplo das constituições republicanas desde a primeira de 1891, o paradigma americano. As normas nela inseridas, de proteção aos congressistas e mandatários do Executivo, mesmo cobertas sob o falso manto da prerrogativa do cargo, não encontram sustentabilidade constitucional, em face dos princípios por adotados na carta política, que prevalecem, indiscutivelmente, sobre as normas constitucionais.

11. Conclusão

Para mudar o Judiciário brasileiro, principalmente o Supremo Tribunal Federal, o que se torna irremediavelmente necessário, a fim de que se transforme num verdadeiro poder político — e não mero aplicador literal de lei ou de norma constitucional — de igual dimensão e envergadura dos demais ramos governamentais eleitos, é preciso, muito mais do que a edição

de leis (um poder político independente e igual aos demais não pode ficar na dependência do Legislativo para exercer sua nobre missão constitucional), que ocorra uma profunda mudança de mentalidade jurídica por parte dos juizes, de modo a passarem a interpretar a Constituição sobrepondo-a, efetivamente, às leis e normas constitucionais que não guardem sintonia com ela, ou com os princípios e os valores sociais que ela abriga e que constituem os seus fundamentos. Numa verdadeira democracia, o enfrentamento dos poderes eleitos pelo Judiciário, no exercício de sua missão constitucional de freios e contrapesos (*checks and balances*), é extremamente salutar e necessário. Do contrário, não há falar em Judiciário independente.

12. Referências bibliográficas

ARISTOTLE. *Politics and Poetics*. USA: The Easton Press, 1979

BELZ, Herman. *A living Constitution or fundamental law? American Constitutionalism in Historical Perspective*. USA: Rowman&Littlefield, 1988

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. Portugal: Almedina, 1996

FLEXER, James Thomas. *Washington — The Indispensable Man*. USA: Back Bay Books: Little, Brown and Co., 1974.

HALL, Kermit L, Wiecek, William M. and Finkelman, Paul. *American Legal History*. USA: Oxford University Press, 2nd ed, 1996.

HAMILTON, Alexander. *The Federalist*. USA: The Easton Press, 1979.

JEFFERSON, Thomas. *Writings*. USA: The Easton Press, 1993

GARVEY, John H. and Aleinikoff, T. Alexander. *Modern Constitutional Theory: A Reader*. USA: St. Paul: West Publishing, second edition, 1991.

GLICK, Nathan. *Explaining the Constitution: The Federalist Papers*. In *An Outline of American Government*. USIA, 1989.

MARKS Jr, Thomas C. and Cooper, John F. *State Constitutional Law*. USA: West Publishing, 1988

MARSHALL, Jonh. *McCulloch v. Maryland*. 17 U.S. 316 (Wheat), 1819.

MEADOR, Daniel John. *American Courts*. USA: St.Paul/Min: West Publishing, 1991 (Os Tribunais nos Estados Unidos. USIS).

O'CONNOR, Sandra Day. *The Majesty of the Law*. USA: The Easton Press, 2005.

REHNQUIST, William H. *The Supreme Court*. USA: William Morrow, 1987.

ROSE, Jonathan. *About the United States History — Leif Ericson to 1865*. USIA.

SCHWARTZ, Bernard. *A history of the Supreme Court*. USA: Oxford University Press, 1993.

SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido Processo Legal — Due Process of Law*. Belo Horizonte: Del Rey, 3ª ed, 2001.

_____. *Freios e Contrapesos — Checks and Balances*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

_____. *500 Anos de Servidão — A lei como instrumento de dominação política no Brasil*. Brasília: OAB Editora, 2004.

_____. *Tribunal Arbitral-Nova Porta de Acesso à Justiça*. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

SCHROEDER, Richard and Click, Nathan. *An Outline of American government*. USIA, 1989.

TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. USA: Foundation Press, 2nd ed, 1988.

WOODWARD, Bob; ARMSTRONG, Scott. *Por Detrás da Suprema Corte*. São Paulo: Saraiva, 1985.

Reflexões acerca da exigência de imposto de renda sobre rendimentos pagos, acumuladamente e em atraso, em cumprimento de decisão judicial.

Flávio da Silva Andrade*

1. Introdução

O presente trabalho abordará a sistemática de exigência de imposto de renda nos casos de rendimentos pagos, acumuladamente e em atraso, em cumprimento de decisão judicial.

Nos últimos anos, ações judiciais passaram a ser movidas por servidores públicos que receberam valores, acumuladamente e em atraso, por força de decisão judicial. Como sempre há retenção de imposto na fonte quando do pagamento (15% ou 27,5% na forma da Lei 8.541/1992 e 3% — na forma da Lei 10.833/2003) e como a Receita Federal do Brasil espera que incluam tais montantes percebidos em suas declarações de ajuste anual para fins de tributação, os servidores recorrem ao Poder Judiciário para ver afastada a exação e/ou para obter a repetição do indébito.

Nesses casos de pagamento de valores pelo poder público, acumuladamente e em atraso, o entendimento que predominava era de que o IR devia incidir sobre o total dos valores pagos ao beneficiário por força da decisão judicial, observando-se o chamado regime de caixa. Pautava-se pelo critério temporal da hipótese de incidência do imposto de renda, de modo que interessava o momento em que ocorria, de fato, referida aquisição, incidindo a legislação vigente neste instante.

Do ano de 2003 para cá, a doutrina e jurisprudência pátrias têm afastado a incidência do Imposto de Renda sobre o valor total recebido de forma acumulada e a destempo, sob o fundamento de que a incidência global enseja desrespeito aos princípios da capacidade contributiva (§ 1º do art. 145 da CF/1988) e da isonomia tributária (art. 150, II, da CF/1988). Afirma-se que deve ser observado o “regime de competência”, uma vez que, se os valores tivessem sido pagos à época própria ao contribuinte, estaria na faixa de isenção ou, no

máximo, incidiria sobre eles alíquota inferior àquela que incide sobre o valor pago acumuladamente. Dessa maneira, na esteira dessa orientação, tem se firmado o entendimento de que só deve incidir o imposto sobre aquelas parcelas que, isoladamente consideradas, ultrapassem o limite de isenção.

Neste estudo será demonstrado que essa nova orientação jurisprudencial em torno do tema vem prestigiar os princípios constitucionais da isonomia tributária (art. 150, II, da CF/1988) e da capacidade contributiva (art. 145, § 1º, da CF/1988), devendo ser afastada a interpretação literal de comandos legais que conduzia a um flagrante quadro de injustiça fiscal, sobretudo no que diz com os trabalhadores assalariados das camadas sociais mais baixas.

O simples fato de o pagamento dos atrasados se dar em prestação única não indica aumento da capacidade econômica do contribuinte. O servidor público que recebeu seus rendimentos de forma acumulada, em atraso, possui a mesma capacidade contributiva daquele que não teve o benefício suprimido, pois o pagamento acumulado implica tão-somente reposição de sua situação ao estado em que se encontrava anteriormente ao ato que não reconheceu a vantagem pecuniária a que tinha direito. Se prevalecesse a posição contrária, o trabalhador assalariado (contribuinte) seria penalizado duplamente. Primeiro, por não receber o que lhe era devido nas épocas próprias e, depois, por recebê-los em atraso, em parcela única, sujeita à tributação claramente mais gravosa.

Ainda, em relação à tributação antecipada por meio da retenção na fonte em casos de rendimentos pagos por força de decisão judicial, serão evidenciadas questionáveis distinções existentes entre os procedimentos estabelecidos na Lei 8.541/1992 (art. 46) e na Lei 10.833/2003 (arts. 27 e 28). Ver-se-á, por exemplo, que nada justifica que o servidor público federal titular

* Juiz Federal em Rondônia

do direito de receber valores acumulados em decorrência de decisão da Justiça Federal seja beneficiado com a retenção na fonte no percentual de apenas 3%, enquanto o empregado da iniciativa privada e o servidor público estadual ou municipal devam se sujeitar a uma tributação na fonte bem mais gravosa, de 15% ou 27,5%, conforme o montante a ser recebido.

2. O imposto de renda na Constituição Federal

Ricardo Lobo Torres¹ ensina que:

O imposto de renda e proventos de qualquer natureza adquiriu *status* constitucional em 1934, embora já fosse cobrado anteriormente. “Sempre pertenceu à competência da União”. Esclarece que tal tributo “é criação do Estado Fiscal” e que “as primeiras tentativas de implantá-lo datam do final do séc. XVIII, na Inglaterra. Mas só vingou no séc. XIX. Nos Estados Unidos, retardou-se a adoção do tributo sobre a renda, sendo necessária a elaboração de emenda constitucional — a 16ª, de 1913 — que a autorizasse, modificando a orientação jurisprudencial.

A Constituição Federal de 1988, no seu art. 153, III, manteve a outorga de competência à União para instituir o imposto sobre a renda. Eduardo de Moraes Sabbag² afirma que esse imposto “deve ser utilizado como meio hábil a promover a adequada redistribuição de renda. É a principal fonte de receita tributária da União, quanto aos impostos, possuindo nítida função fiscal.”

Julia de Menezes Nogueira³ realça, por outro lado, que:

A competência da União, quanto ao imposto de renda, limita-se pelas normas e princípios dirígidos, pela Constituição, à instituição de todos os tributos, tais como os princípios da legalidade, da isonomia tributária, da irretroatividade e do não confisco, além do princípio da retroatividade. Restringem também seu âmbito de atuação as normas limitadoras da imposição de impostos, como o

princípio da capacidade contributiva e as imunidades previstas pelo art. 150, VI, e suas alíneas.

Note-se que o IR está sujeito à anterioridade do exercício financeiro, mas é exceção à noventena, conforme determina o art. 150, § 1º, da Constituição da República.

O art. 153, § 2º, I, da CF, ainda submete o imposto sobre a renda aos princípios da generalidade, da universalidade e da progressividade, que são subprincípios da capacidade contributiva⁴.

O princípio da generalidade estabelece que todos devem pagar o tributo, ou seja, a tributação deverá alcançar sobre todas as pessoas que revelem capacidade contributiva, em função dos patamares de renda fixados pelo legislador. Roque Antônio Carrazza⁵, a propósito, diz que:

o imposto deve alcançar todas as pessoas que realizam seu fato imponible. E isto independentemente de raça, sexo, convicções políticas, credo religioso, cargos ocupados etc. Eventuais isenções somente são admitidas quando rendem homenagens ao princípio da igualdade e, por extensão, ao da capacidade contributiva. Melhor explicando, elas somente podem ser concedidas quando levam em conta objetivos constitucionalmente consagrados (proteção à velhice, à família, à cultura, aos deficientes mentais, aos doentes incuráveis, aos economicamente mais fracos, isto é, que revelam incapacidade econômica para suportar o encargo fiscal sem se privarem do mínimo vital, e assim por diante).

Já o princípio da universalidade preconiza que o imposto de renda deve incidir sobre todas as rendas e proventos, ou seja, devem ser alcançados todos os fatos que podem estar subsumidos na hipótese de incidência. Mary Elbe Queiroz⁶, citada por Carrazza, bem resume o significado desse postulado:

Relativamente ao imposto de renda, a universalidade impõe que a incidência do imposto deverá alcançar todas as ‘rendas’ e ‘proventos’, de qualquer espécie, independentemente de denominação ou fonte, que deverão ser considerados no seu conjunto. O sentido mais adequado é que a apuração

¹ Torres, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 3ª ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 325.

² Sabbag, Eduardo de Moraes. *Elementos do Direito Tributário*. 8ª ed. São Paulo: Premier Máxima, 2007. p. 413.

³ Nogueira, Julia de Menezes. *Imposto sobre a Renda na Fonte*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 45.

⁴ Torres, *op. cit.*, p. 326.

⁵ Carrazza, Roque Antonio. *Imposto sobre a Renda (perfil constitucional e temas específicos)*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 67.

⁶ Queiroz *apud* Carrazza, 2006, p. 67.

da base de cálculo do imposto, que deverá ocorrer em um dado instante, abranja o total de rendimentos que for percebido em determinado período de tempo fixado na lei (periodicidade) como necessário para que se possa aferir a real capacidade contributiva dos sujeitos”.

O princípio da progressividade significa que a incidência aumenta na medida em que cresce a quantidade da matéria imponible detida pelo contribuinte. Noutras palavras, o IR deve ter alíquotas progressivas porque, quanto maior a base de cálculo, maiores serão as alíquotas. Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo⁷ afirmam que “se trata de instrumento de pessoalização do imposto e de sua graduação segundo a capacidade econômica dos contribuintes”. Por meio da progressividade, diz Luiz Emygdio F. da Rosa Jr⁸, “alcança-se a meta tão desejada pelos financistas, correspondente à igualdade de todos os cidadãos diante da carga tributária, de modo que haja um sacrifício igual para todos na medida de sua capacidade econômica”.

Passando adiante, tem-se que a Constituição Federal não adotou qualquer conceito de renda nem definiu o fato gerador do imposto, deixando tais tarefas ao legislador infraconstitucional. Nesse sentido é a lição de Ricardo Lobo Torres⁹:

A renda e proventos são conceitos constitucionais abertos, que devem ser trabalhados pela doutrina e pela legislação. A CF não opta por qualquer das teorias elaboradas sobre a noção de renda, nem define o fato gerador do tributo. O legislador tem, portanto, liberdade para a concretização normativa, respeitados os limites do sentido possível do conceito de renda, acrescido da noção residual de proventos, como acréscimo de patrimônio em determinando lapso de tempo.¹⁰

⁷ Paulo, Vicente, Alexandrino, Marcelo. *Direito Tributário na Constituição e no STF*. 6ª ed. Niterói: Impetus, 2006. p. 152.

⁸ Júnior, Luiz Emygdio F. da Rosa. *Manual de Direito Financeiro & Direito Tributário*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 899.

⁹ Torres, *op. cit.*, p. 325.

¹⁰ Há autores que buscam um conceito constitucional de renda. José Artur Lima Gonçalves, por exemplo, diz que “a Constituição pressupõe conceito de renda consistente em um acréscimo decorrente do confronto de entradas e saídas relevantes, ao longo de um período de tempo. O conteúdo do conceito de renda não está à disposição do legislador ordinário, pressuposto que foi pela Constituição para outorga de competência impositiva ao próprio legislador ordinário”. (*in* “Imposto sobre a Renda – Pressupostos Constitucionais (Malheiros Editores. 1ª edição. P. 215)

O Constituinte de 1988, em resumo, fixou a competência da União para instituir o imposto, definindo o título do tributo e a matéria passível de ser captada como materialidade de incidência, remetendo, todavia, à lei complementar a conformação de seus elementos fundamentais (art. 146, III, “a”, CF).

3. O regramento do imposto de renda no CTN

3.1 Noções preliminares

O imposto de renda teve suas balizas definidas pelo Código Tributário Nacional (Lei 5.172/1966), que nasceu como lei ordinária, adquirindo, posteriormente, força de lei complementar. Assim, quando promulgada a Carta Magna de 1988, o perfil do IR já estava delineado nos artigos 43, 44 e 45 do CTN:

Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I – de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II – de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

§ 1º A incidência do imposto independe da denominação da receita ou do rendimento, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção. (Incluído pela Lcp 104, de 10/01/2001)

§ 2º Na hipótese de receita ou de rendimento oriundos do exterior, a lei estabelecerá as condições e o momento em que se dará sua disponibilidade, para fins de incidência do imposto referido neste artigo. (Incluído pela Lcp 104, de 10/01/2001)

Art. 44. A base de cálculo do imposto é o montante, real, arbitrado ou presumido, da renda ou dos proventos tributáveis.

Art. 45. Contribuinte do imposto é o titular da disponibilidade a que se refere o artigo 43, sem prejuízo de atribuir a lei essa condição ao possuidor, a qualquer título, dos bens produtores de renda ou dos proventos tributáveis.

Parágrafo único. A lei pode atribuir à fonte pagadora da renda ou dos proventos tributáveis a condição de responsável pelo imposto cuja retenção e recolhimento lhe caibam.

Portanto, constata-se, pelos artigos acima transcritos, que o Código Tributário Nacional já disciplinava todos os aspectos a que o Constituinte de 1988 fez referência e que relegou à disciplina por lei complementar. O codificador de 1966 já tinha traçado as notas determinantes do imposto de renda, como se verá a seguir.

3.2 Fato gerador

O art. 43 do CTN define o fato gerador do imposto de renda, que é a aquisição de disponibilidade jurídica ou econômica de renda (decorrente de capital, do trabalho ou da conjugação de ambos) e de proventos de qualquer natureza, assim entendidos todos os acréscimos não compreendidos de renda.

José Minatel¹¹ ensina que:

Na linguagem do CTN, a *disponibilidade* pode ser econômica ou jurídica, caracterizando-se a primeira pela existência física dos recursos financeiros no patrimônio do seu titular, enquanto que a disponibilidade jurídica pressupõe, no mínimo, a existência de direito líquido certo que assegura a exigibilidade da renda, por estarem cumpridas as condições que viabilizam a sua percepção. É o caso da remuneração recebida em títulos de crédito (disponibilidade jurídica), e não em dinheiro (disponibilidade econômica), em que a marca da disponibilidade reside na possibilidade de transferir referidos títulos a terceiros, viabilizando até mesmo a liquidação de obrigações. A despeito das críticas que se faz ao art. 43 do CTN, é inegável que a lei complementar avançou para fixar outra diretriz determinante para a definição do conteúdo do conceito de renda, qual seja, a ideia de que renda é produto, renda é resultado proveniente “do capital, do trabalho ou da combinação de ambos”. O recebimento de juros pode ser mencionado como o melhor exemplo de acréscimo de riqueza (renda) como produto do capital, assim também o valor do aluguel que remunera a cessão temporária e onerosa de bens ou direitos, a título de locação. Esses exemplos já são suficientes para demonstrar que renda (valor dos juros, valor do aluguel) e capital (valor do investimento, valor do imóvel locado) não se confundem, na medida em que renda é produto gerado pelo capital. Por sua vez, os salários, honorários e comissões são exemplos que permitem

atrelar a ideia de renda como produto do trabalho, na medida em que propiciem acréscimo de riqueza nova que permita a realização de novos gastos, sejam para consumo ou para investimentos. Atendidos esses pressupostos, perde relevância a controvérsia acerca da indagação se salário é renda, pois, juridicamente, será renda toda vez que o valor do salário for suficiente para, além do atendimento das necessidades vitais do ser humano, assegurar disponibilidade de riqueza que permita realizar novos investimentos. De outra parte, os lucros e dividendos são exemplos que se encaixam no conceito de renda como produto da combinação entre capital e trabalho, na medida em que aparecem não só como resultado, como fruto do investimento (capital) aportado pelos sócios e acionistas, mas também são gerados pela contribuição do esforço da massa trabalhadora, seja físico ou intelectual, na busca do resultado positivo para a empresa. (grifo do autor)

Luiz Emygdio F. da Rosa Jr alerta para o fato de que o CTN adotou expressamente o conceito de renda como acréscimo patrimonial. Diz que ¹²:

A identificação do fato gerador do imposto de renda deve ser feita pela existência de acréscimo patrimonial e, desse modo, não é a percepção de qualquer renda ou proventos que pode gerar a incidência do imposto, e, por isso, as indenizações, em geral, não caracterizam o fato gerador do imposto, por traduzirem mera reposição patrimonial decorrente de uma perda.

E, mais adiante, o referido autor arremata¹³: “ (...) o pressuposto de renda ou de proventos é a existência de acréscimo patrimonial, sob pena de se tributar, a título de imposto de renda, o patrimônio ou o faturamento.”

Roque Carrazza¹⁴, por sua vez, ensina que:

Para que haja *renda e proventos de qualquer natureza* é imprescindível que o capital, o trabalho ou a conjugação de ambos produzam, entre dois momentos temporais, *riqueza nova*, destacada daquela que lhe deu origem e capaz de gerar outra. (...) O imposto não pode incidir quando ausente o ganho real do contribuinte (v.g., no reembolso de despesas), ou diante de meras recomposições patrimoniais (caso da indenização). Em suma, renda e proventos de qualquer natureza, para fins de tributação específica, é a mutação patrimonial positiva apurada num determinado espaço de tempo.

¹¹ Minatel, José. Imposto de Renda (IRPF e IRPJ). Material da 5ª aula da Disciplina Sistema Constitucional Tributário: Impostos em Espécie, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual de Direito Tributário – UNISUL – REDE LFG. p. 4.

¹² Rosa Jr, *op. cit.*, p. 901.

¹³ *Ibidem*, p. 902.

¹⁴ Carrazza, *op. cit.*, p. 39 e 42.

Assim, existindo acréscimo patrimonial¹⁵, estará satisfeita a regra de incidência do imposto de renda, porquanto disponível, ao contribuinte, a riqueza, isto é, a faculdade de usar, gozar ou dispor do dinheiro (disponibilidade econômica). Idêntico tratamento é dado em se tratando de disponibilidade jurídica, consubstancia esta na obtenção do direito de crédito.

Neste tópico, não se pode deixar de registrar que há uma periodicidade para a apuração do fato gerador do imposto de renda. A natureza do imposto de renda leva a que a renda tributável deva ser medida em períodos de tempo, dentro dos quais se possa apurar o montante do acréscimo patrimonial tributável, para cuja formação são considerados os ingressos brutos, subtraídos dos dispêndios necessários à percepção da renda e de certas despesas que, embora não ligadas diretamente à produção de renda, prestam-se à personalização do tributo.

José Minatel¹⁶ lembra que:

Não é possível imaginar a apuração de acréscimo patrimonial sem período determinado de tempo para quantificá-lo. É preciso mensurar a variação patrimonial ocorrida num período de tempo, tomando em consideração o valor do patrimônio existente em determinada data anterior, que deve ser comparado com o valor do patrimônio em momento posterior. Assim, o é para as pessoas físicas, cuja legislação hoje vigente elege o ano calendário (1º de janeiro a 31 de dezembro) como periodicidade adequada para se medir a renda tributável no ano, mediante a apresentação da declaração anual de ajustes.

A Constituição Federal pressupõe, em relação ao imposto de renda, uma periodicidade anual¹⁷, isso porque todo o planejamento e funcionamento do Estado observa tal lapso de tempo de 12 meses. Nesse sentido preleciona José Artur Lima Gonçalves¹⁸:

¹⁵ Em relação às indenizações em geral, não se deve admitir a incidência do IR, pois se destinam a recompor um patrimônio lesado, possibilitando o retorno ao status quo ante.

¹⁶ Minatel, *op. cit.*, p. 5.

¹⁷ Ano-calendário ou ano-base é o ano em que percebidos rendas e proventos tributados. Exercício é o ano seguinte, em que é apresentada a declaração e efetuado o ajuste.

¹⁸ Gonçalves, José Artur Lima. *Imposto sobre a Renda. Pressupostos Constitucionais*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 185.

Toda a amarração organizacional do funcionamento do Estado Brasileiro é, de acordo com a sistemática constitucional, calcada na idéia de período anual. Dentre as inúmeras referências à noção de período anual, saliente-se que a organização e funcionamento dos aspectos e das questões financeiras (orçamentos, previsões, gastos, investimentos etc) de que trata a Constituição são todos eles baseados em períodos de 12 meses (...).

Aliomar Baleeiro¹⁹, sobre o assunto, pondera que “nada impede que o legislador complementar institua exercício financeiro não coincidente com o ano civil, embora essa coincidência seja tradição entre nós, mas não poderá instituir exercício financeiro que não tenha duração anual.”

Ainda, discorrendo sobre o aspecto temporal do imposto de renda, Leandro Paulsen²⁰ diz que:

No IRPF, considera-se ocorrido o fato gerador em 31 de dezembro do ano-calendário. Até 30 de abril do subsequente, verifica-se o imposto sobre a renda e proventos efetivamente devido, compensando-se o montante que já foi objeto de adiantamentos mensais (carnê-leão ou retenção), apurando-se, então, o saldo a restituir (em caso de pagamento antecipado a maior) ou a pagar (em caso de pagamento antecipado a menor), efetuando-se o recolhimento, se for o caso, à vista ou parceladamente. (...) No IRPJ, tem-se período de apuração trimestral, podendo a pessoa jurídica que pagar com base no lucro real, optar pelo período anual, com antecipações mensais, conforme os arts. 1/2 e 5/6 da Lei 9.430/1996 e 220/221 do RIR 99. No imposto trimestral, considera-se ocorrido o fato gerador ao final de cada trimestre civil; no anual, em 31 de dezembro do ano-calendário.

Enfim, em razão de sua periodicidade anual, classifica-se o fato gerador do imposto de renda como periódico composto ou complexo, uma vez que é formado por conjunto de fatos considerados de maneira geral, dentro de um determinado período de tempo legalmente definido.

¹⁹ Baleeiro, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 327.

²⁰ Paulsen, Leandro. *Direito Tributário. Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 728.

3.3 Base de cálculo

A base de cálculo consiste na medida ou expressão de grandeza da materialidade do fato gerador.

O art. 44 do CTN preceitua que a base de cálculo do imposto de renda é o montante real, arbitrado, ou presumido, da renda e do provento de qualquer natureza. Esse dispositivo legal, em verdade, indica mais a base de cálculo do imposto de renda da pessoa jurídica (IRPJ), que é o lucro real, arbitrado ou presumido, conforme o regime de tributação adotado pela empresa.

Em relação ao imposto de renda da pessoa física (IRPF), a base de cálculo é o total líquido da renda ou dos proventos auferidos pelo contribuinte durante o exercício financeiro. Eduardo de Moraes Sabbag²¹ bem explica que:

Adota-se, no Brasil, um critério de aferição de base de cálculo pelo montante absoluto da renda ou provento (= critério global ou unitário), segundo o qual as alíquotas incidem sobre o total dos rendimentos, independentemente de sua origem ou razão. Assim, a incidência ocorre sobre o crédito líquido do contribuinte, ou seja, a diferença entre a renda ou provento bruto auferido e os encargos admitidos em lei, tais como gastos com dependentes, planos de saúde etc. Devem-se somar todos os rendimentos e lucros de capital da pessoa física e seus dependentes (rendimento bruto) e subtrair os encargos (reais ou presumidos) autorizados pela legislação (= rendimento líquido).

Ainda, alertando para o fato de que a base de cálculo de tributo deve estar afinada com sua hipótese de incidência, Roque Antonio Carrazza²² adverte que:

A base de cálculo possível do IRPF não é a renda bruta do contribuinte; tampouco o seu rendimento alcançado num dado instante, como, por exemplo, uma única operação financeira. É, sim, o valor dos rendimentos ou proventos líquidos por ele obtidos ao longo do período de apuração, e estes se definem no momento em que é feito o ajuste anual (Declaração de Rendimentos). Incontroverso, portanto, que, nos termos da Constituição Federal, a União está longe de possuir ampla liberdade para eleger a base de cálculo in abstracto do IRPF.

²¹ Sabbag, *op. cit.*, p. 415-416.

²² Carrazza, *op. cit.* p. 75.

3.4 Alíquotas

A Constituição Federal e o CTN não trazem as alíquotas do imposto de renda, de modo que devem ser fixadas pelo legislador ordinário, atentando-se para os princípios constitucionais que limitam o poder de tributar, especialmente, no caso do IR, os princípios da capacidade contributiva e da progressividade.

No Brasil, a atual tabela de incidência do IRPF se apresenta com duas alíquotas (15% e 27,5%)²³, que foram fixadas pela Lei 9.250/1995. Apenas duas alíquotas não atendem aos ideais de justiça preconizados pelo constituinte originário. No ponto, com propriedade, Eduardo Sabbag²⁴ aduz que duas alíquotas não são suficientes “para se alcance a verdadeira realização da capacidade contributiva, conforme os dizeres insertos no art. 145, § 1º, da CF/1988”.

Carrazza²⁵ destaca que:

de outra parte, para as pessoas jurídicas foram instituídas duas alíquotas: uma de 15%, aplicável à totalidade do lucro obtido e outra, de 10%, a título de adicional de IR, aplicável à parcela do lucro que superar o valor de R\$ 240.000,00, no ano. Não há progressividade sobre este adicional — que nos leva a concluir por sua inconstitucionalidade.

3.5 Sujeito Passivo

O CTN, além de instituir normas de direito tributário sobre a sujeição passiva dos tributos em geral, dispôs, em diversas passagens, sobre os sujeitos passivos dos tributos em particular, visando à delimitação da competência do legislador ordinário quando de sua instituição.

O art. 45 do CTN estabelece que “contribuinte do imposto é o titular da disponibilidade a que se refere o art. 43, sem prejuízo de atribuir a lei essa condição ao possuidor, a qualquer título, dos bens produtores de renda ou de proventos tributáveis”. No parágrafo único, o codificador consignou que “a lei pode atribuir à

²³ De acordo com a tabela atual, quem teve ganhos anuais de R\$ 15.764,28 a R\$ 31.501,44 sujeita-se à alíquota 15%. Para os que ganharam mais de R\$ 31.501,44, a alíquota é de 27,5%. Já quem ganhou menos de R\$ 15.764,28 é isento do imposto.

²⁴ Sabbag, *op. cit.*, p. 416.

²⁵ Carrazza, *op. cit.*, p. 69.

fonte pagadora da renda ou dos proventos tributáveis a condição de responsável pelo imposto cuja retenção e recolhimento lhe caibam”.

Vê-se que o legislador produziu regras o mais abrangentes possível ao definir o campo de sujeição passiva do imposto de renda. Contribuinte do imposto será qualquer pessoa física ou jurídica, desde que obtenha disponibilidade de renda ou proventos acima de certos limites estabelecidos por lei. O CTN também estabeleceu que lei pode atribuir à fonte pagadora da renda a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto, mecanismo de sujeição passiva indireta que visa à comodidade, praticidade e garantia da arrecadação.

Portanto, é natural e justificável, especialmente em relação ao imposto de renda, tributo que constitui o carro-chefe da arrecadação federal, que o legislador tenha autorizado que se opere com a técnica da substituição tributária mediante a eleição de outra pessoa (agente de retenção) para compor a relação jurídica tributária em lugar do contribuinte, hipótese em que o sujeito passivo assume a condição de substituto tributário, denominado como responsável, na linguagem do CTN.

Vale destacar a lição José Minatel²⁶ sobre o assunto em foco, quando adverte:

O mecanismo da substituição tributária só será legítimo se estiverem presentes os seguintes pressupostos: a) a pessoa colhida pela lei para figurar como “substituto” não pode ser alheia ao fato tributável, ou melhor, deve ser participe do fato tributável com o “substituído”, ou, na linguagem do art. 128 do CTN, “vinculada ao fato gerador”; b) a lei que cria a substituição deve permitir ao “substituto” ressarcir-se, perante o “substituído”, do encargo econômico da obrigação tributária que lhe é atribuída, assegurando que o “substituto” não seja onerado com recursos próprios no cumprimento da obrigação. O cumprimento desse requisito viabiliza-se, via de regra, pela sistemática de retenção na fonte; c) a regra da substituição deve ser idealizada e calibrada levando em conta as características do “substituído” (que é o verdadeiro “contribuinte”) e do fato que lhe diz respeito, mirando inclusive para as suas particularidades e qualidades subjetivas se o tributo incidente é do tipo direto e pessoal. Só depois dessa inteira subsunção é pertinente a troca da pessoa do

“substituído” pela do “substituto”, unicamente para compor o pólo passivo da relação jurídica tributária; d) portanto, “substituto” e “substituído” devem estar ao alcance da mesma autoridade administrativa que vai figurar no pólo ativo da relação jurídica tributária, ou seja, ambos devem estar submetidos ao império da lei que cria o tributo e implementa a técnica da substituição tributária.

Não obstante seja minoritária, há uma corrente doutrinária que entende ser equivocado qualificar a retenção do imposto como substituição tributária, sustentando que²⁷ “a retenção na fonte não produz alteração do pólo passivo da relação exacional, ao contrário da substituição tributária”, de modo que sua natureza é de verdadeira obrigação instrumental.

Acontece que a concepção de que a fonte pagadora é sujeito passivo da obrigação tributária está reforçada pelo disposto no parágrafo único do art. 45 do CTN, que permite que a ela (fonte pagadora) seja atribuída a condição de responsável pelo imposto, na medida em que deve fazer sua retenção e recolhimento. Assim, havendo previsão em lei que obrigue a fonte pagadora a reter e recolher o imposto incidente sobre tal renda ou provento, inegável que há uma situação de sujeição tributária passiva (indireta), restando configurada uma hipótese de substituição tributária. Trilhando essa linha de raciocínio, Julia de Menezes Nogueira²⁸ afirma que:

No momento da retenção não há adimplemento de obrigação tributária alguma pelo beneficiário dos rendimentos. Comprova isso a circunstância de que a declaração pelos contribuintes, como devedor do imposto sobre a renda na fonte – DIRF, que representa a norma individual e concreta do imposto, quanto o respectivo documento de arrecadação de receitas federais – DARF são preenchidos em nome da fonte pagadora, como autêntico sujeito passivo da obrigação tributária.

Ademais, na hipótese da fonte pagadora não efetivar a retenção do imposto, fica ela obrigada proceder ao recolhimento, conforme estabelece o art. 722 do RIR/1999 (Decreto 3.000/1999).

²⁷ Ibrahim, Fábio Zambitte. A Retenção na Fonte como Obrigação Instrumental. Aplicações no Custeio Previdenciário. Niterói: Impetus, 2008. p. 57.

²⁸ Nogueira, *op. cit.*, p. 118-119

²⁶ Minatel, *op. cit.*, p. 9.

4. A disciplina do imposto de renda na legislação ordinária

De acordo com Marcelo Magalhães Peixoto²⁹, o imposto de renda foi instituído no Brasil em 1922, por meio da Lei 4.625, de 31/12/1922, conhecida como “Lei de Orçamento”, sendo que o lançamento e arrecadação do novo tributo deveriam começar no ano de 1924. Entretanto, 01 (um) ano antes de sua efetiva instituição, aprovou-se a Lei 4.783, de 31/12/1923, efetivando-se uma emenda na Lei 4.625/1922 para se fixar a incidência do imposto sobre os “rendimentos” cuja classificação trazia.

Em 1934, já na chamada Era Vargas, o imposto de renda passou a ter previsão constitucional e sua competência impositiva ficou a cargo da União, tendo se tornado, ao longo dos anos, o imposto mais importante e o mais rentável do Sistema Tributário Nacional.

Atualmente, na legislação tributária brasileira, o imposto de renda está disciplinado de maneira específica no que toca às pessoas físicas, às pessoas jurídicas e nos casos em que há incidência na fonte. Embora seja um imposto de base constitucional única, as regras atinentes ao imposto de renda das pessoas físicas (IRPF) são muito diferentes das relativas ao imposto de renda das pessoas jurídicas (IRPJ). Ricardo Lobo Torres³⁰ salienta que:

A distinção entre imposto de renda das pessoas físicas e das pessoas jurídicas, assunto da maior relevância para a cobrança do tributo, foi deixada à legislação ordinária, o que permite os periódicos ajustamentos entre aquelas incidências sem a necessidade de reforma da CF ou da lei complementar.

O IRPF está disciplinado basicamente pela Lei 7.713/1988 e pela Lei 9.250/1995. A primeira lei instituiu o imposto após a publicação da Carta da República de 1988. No seu art. 6º, a Lei 7.713/1988 trouxe várias hipóteses de isenção do imposto de renda das pessoas físicas.

²⁹ Peixoto, Marcelo Magalhães. O Surgimento Mundial do IR – Breve histórico no Brasil. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2578>. Material da 6ª aula da Disciplina Sistema Constitucional Tributário: Impostos em Espécie, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual de Direito Tributário - UNISUL – REDE LFG, p. 2.

³⁰ TORRES, *op. cit.*, p. 325.

A Lei 9.250/1995, no seu art. 3º, estabeleceu que o IRPF será calculado de acordo com uma tabela progressiva em Reais. A Lei 11.482, de 31/05/2007, estabeleceu as tabelas progressivas mensais para o IRPJ para os anos-calendários de 2007, 2008 e 2009.

O art. 4º da Lei 9.250/1995 ainda elenca as parcelas poderão deduzidas para determinação da base de cálculo sujeita à incidência mensal do imposto de renda. No art. 7º, cuidou da declaração anual de rendimentos, fixando que:

Art. 7º A pessoa física deverá apurar o saldo em Reais do imposto a pagar ou o valor a ser restituído, relativamente aos rendimentos percebidos no ano-calendário, e apresentar anualmente, até o último dia útil do mês de abril do ano-calendário subsequente, declaração de rendimentos em modelo aprovado pela Secretaria da Receita Federal.

Como se vê, essas leis, alteradas e acrescidas por várias outras, delineiam o regime jurídico do IRPF, inclusive no que toca à chamada tributação instantânea ou por antecipação, que será mais adiante estudada tendo em conta o objeto deste trabalho. Aliás, em relação ao imposto de renda retido na fonte (IRRF) há uma série de normas próprias aplicáveis, sobretudo porque a retenção na fonte consiste em mecanismo de garantia de arrecadação. Esse mecanismo nos últimos tempos tem sido bastante empregado pelo legislador ordinário, pois, além de eficaz instrumento de arrecadação, gera praticidade e comodidade ao fisco.

Fabio Zambitte Ibrahim³¹ esclarece que a retenção do IR foi trazida pelo Decreto 17.390/1926, mas ficou restrita às hipóteses de pagamento a residentes fora do país. O Decreto 4.178/1942 estendeu a possibilidade de retenção para algumas outras situações, mas a generalização da retenção do imposto de renda pela fonte pagadora ocorreu com o advento da Lei 7.713/1988. Veja-se o que dispõe seu art. 7º:

Art. 7º Ficam sujeito à incidência do imposto de renda na fonte, calculado de acordo com o disposto no art. 25 desta Lei:

I – os rendimentos do trabalho assalariado, pagos ou creditados por pessoas físicas ou jurídicas;

³¹ IBRAHIM, *op. cit.*, p. 56.

II – os demais rendimentos percebidos por pessoas físicas, que não estejam sujeitos à tributação exclusiva na fonte, pagos ou creditados por pessoas jurídicas.

§ 1º O imposto a que se refere este artigo será retido por ocasião de cada pagamento ou crédito e, se houver mais de um pagamento ou crédito, pela mesma fonte pagadora, aplicar-se-á a alíquota correspondente à soma dos rendimentos pagos ou creditados à pessoa física no mês, a qualquer título.

Sobre o assunto, trataremos mais adiante de modo mais detalhado.

Já o IRPJ tem suas balizas definidas nas Leis de 8.981/1995, 9.249/1995 e de 9.430/1996. Esses diplomas legais traçam todo o regramento atinente à apuração e ao pagamento do imposto de renda devido pelas pessoas jurídicas que atuam no país. O já citado professor Lobo Torres³², em relação ao IRPJ, destaca que, “depois das Leis 8.383/1991 e 8.541/1992, passou também a ser mensal, apurando-se a cada mês a base de cálculo e o valor do imposto, compensando-se os prejuízos de um mês com os lucros dos meses seguintes e consolidando-se os resultados mensais auferidos de janeiro a dezembro na declaração anual de ajuste.”

Vale registrar que o Decreto 3.000, de 26/03/1999, regulamenta a tributação, fiscalização, arrecadação e administração, tanto do IRPF como do IRPJ.

5. A Tributação da renda segundo a capacidade contributiva de cada sujeito passivo

Desde sua criação em 1922 e depois que ingressou no rol constitucional de tributos em 1934, o imposto sobre a renda passou a ser expandido a cada ano. Com as modificações e aperfeiçoamento na legislação, foi se consolidando como o tributo mais importante de nosso sistema fiscal, tornando-se a principal fonte de receita tributária do país.

Sacha Calmon Navarro Coelho³³ leciona que:

O imposto de renda no Brasil, em sua primeira fase, incidiu sobre os salários. Na segunda

fase, sobre outras rendas. Na terceira fase avançou para os proventos de qualquer natureza, que não possuem definição própria e são conceituados por derivação do conceito de renda, que o produto do capital, do trabalho e da combinação de ambos.

Nas últimas décadas, à medida que se consolidou pelo mundo os modelos de Estados de Direito, as reformas tributárias começaram a denotar a preocupação de ajustar os respectivos sistemas tributários ao princípio da capacidade contributiva. Ricardo Lobo Torres³⁴ ensina:

A capacidade contributiva se subordina à idéia de justiça distributiva. Manda que cada qual pague o imposto de acordo com a sua riqueza, atribuindo conteúdo ao vetusto critério de que a justiça consiste em dar a cada um o que é seu (*suum cuique tribuere*) e que se tornou uma das “regras de ouro” para se obter a verdadeira justiça distributiva. Existe igualdade no tributar cada qual de acordo com a sua capacidade contributiva, mas essa tributação produz resultados desiguais por se desigualarem as capacidades contributivas individuais.

Luciano Amaro³⁵, na mesma linha de entendimento, afirma que:

O princípio da capacidade contributiva inspira-se na ordem natural das coisas: onde não houver riqueza é inútil instituir imposto, do mesmo modo que em terra seca não adianta abrir poço à busca de água. Porém, na formulação jurídica do princípio, não se quer apenas preservar a eficácia da lei de incidência (no sentido de que esta não caia no vazio, por falta de riqueza que suporte o imposto); além disso, quer-se preservar o contribuinte, buscando evitar que uma tributação excessiva (inadequada à sua capacidade contributiva) comprometa os seus meios de subsistência, ou o livre exercício de sua profissão, ou a livre exploração de sua empresa, ou o exercício de outros direitos fundamentais, já que tudo isso relativiza sua capacidade econômica. (...) O postulado em exame avizinha-se do princípio da igualdade, na medida em que, ao adequar-se o tributo à capacidade dos contribuintes, deve-se buscar um modelo de incidência que não ignore as diferenças (de riqueza) evidenciadas nas diversas situações eleitas como suporte de imposição. E isso corresponde a

³² TORRES, *op. cit.*, p. 325.

³³ COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 9ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 498.

³⁴ *Ibidem*, p. 83.

³⁵ AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 13ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 138-139.

um dos aspectos da igualdade, que é o tratamento desigual para os desiguais.

Destarte, para exercer seu poder de tributar, o Estado deve observar as limitações impostas no Texto Constitucional, dentre as quais está o princípio da capacidade contributiva, previsto no art. 145, § 1º, da Constituição Federal de 1988, que estabelece:

Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Ainda, a fim de dar maior concretude ao princípio em comento no que toca ao imposto de renda, o legislador constitucional originário determinou que tal tributo “será informado pelos critérios da generalidade, da universalidade e da *progressividade*, na forma da lei” (art. 153, § 2º, I, CF/1988). Portanto, como realça José Minatel³⁶, “a estipulação de alíquotas progressivas para o imposto sobre a renda é exigência constitucional, graduação que procura dar efetividade ao princípio da capacidade contributiva, no sentido de que quanto maior o volume de renda, maior deverá ser a alíquota utilizada para cálculo do respectivo imposto”.

O imposto sobre a renda é o tributo em que mais fica destacado o princípio da capacidade contributiva (art. 145, § 1º, CF/1988). E é exatamente na apuração da renda tributável do sujeito passivo que o aplicador da lei deve ter bem presente o aludido princípio constitucional, interpretando as normas de modo que não se permita uma maior oneração daqueles que têm menor capacidade econômica.

José Afonso da Silva³⁷, de modo preciso, assevera:

O IR, graças à flexibilidade de sua incidência, é capaz de promover a expansão econômica e corrigir as desigualdades da distribuição da renda social entre os indivíduos e entre as regiões do país, mas isso não tem sido assim entre nós, pois sua administração fá-lo

incidir mais onerosamente sobre as classes média-baixa e média-alta do que sobre as classes de rendas mais elevadas.

Urge, enfim, que o legislador e o operador do direito ajam de modo a dar efetividade ao princípio constitucional da capacidade contributiva do contribuinte, fazendo valer o propósito do constituinte originário de que “aquele que ganha mais deve pagar mais”. Não se pode olvidar que o imposto de renda, a par de sua função fiscal, também tem a missão de realizar os ideais de justiça distributiva, de sorte que os cidadãos contribuam para as despesas públicas na proporção de sua capacidade econômica.

Os contribuintes assalariados vêm sofrendo com a insuficiente correção da tabela progressiva do imposto de renda, bem assim, como se verá, em função da tributação indevida ou excessiva ocorrida nas hipóteses de pagamentos de rendimentos acumulados por força de decisão judicial, isso por força de comandos legais que às vezes são aplicados de maneira dissociada dos relevantes princípios constitucionais consagrados na Carta da República de 1988.

6. O Regime de tributação na fonte. O Sistema de antecipação do imposto

O regime de tributação do IR na fonte foi instituído no Brasil pelo Decreto 17.390/1926, mas ficou restrita às hipóteses de pagamento a residentes fora do país. Aliomar Baleeiro³⁸ esclarece que o IRRF ou IR/Fonte surgiu “por razões de praticidade ou pelas limitações territoriais da lei brasileira, como incidência única e exclusiva, cabendo às fontes pagadoras reter e recolher o tributo à repartição competente.”

O Código Tributário Nacional (Lei 5.172/1966) previu no parágrafo único do seu art. 45 que “a lei pode atribuir à fonte pagadora da renda ou dos proventos tributáveis a condição de responsável pelo imposto cuja retenção e recolhimento lhe caibam”. Ao comentar esse comando legal, Baleeiro³⁹ asseverou:

Por simples facilidade ou comodidade de arrecadação e controle, a lei poderá determinar que a fonte pagadora da renda ou dos proventos assumam

³⁶ Minatel, *op. cit.*, p. 6.

³⁷ Silva, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

³⁸ Baleeiro, *op. cit.*, p. 314.

³⁹ *Ibidem*, p. 313.

a posição de responsável pelo tributo, calculando-o, descontando-o do pagamento ao titular, e recolhendo-o, nos prazos, à repartição arrecadadora. É a técnica da retenção ou desconto na fonte (*stoppage at source; pay as you go, ou pay as you earn*), que imprime eficiência maior à máquina de arrecadação do imposto sobre a renda, já porque previne a sonegação ou a displicência do titular dos créditos, já porque funciona com mais rapidez, comodidade, simplicidade e economia.

A atual Constituição Brasileira fez duas referências à incidência do IR na fonte⁴⁰, *verbis*:

Art. 157. Pertencem aos Estados e ao Distrito Federal:

I – o produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título⁴¹, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem;

Art. 158. Pertencem aos Municípios:

I – o produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem;

Destarte, se há previsão no Texto Constitucional, deve ser afastada a idéia de inconstitucionalidade de tal técnica de arrecadação do imposto de renda. Roque Antonio Carrazza⁴², nesse contexto, afirma que “é aceitável a exigência de imposto sobre a renda na fonte, desde que ajustado aos grandes princípios tributários, mormente o da capacidade contributiva e da não-confiscabilidade.”

No sistema tributário brasileiro, a generalização da retenção do imposto de renda pela fonte pagadora ocorreu com a edição da Lei 7.713/1988, que assim estabeleceu:

Art. 2º O imposto de renda das pessoas físicas será devido, mensalmente, à medida em que

os rendimentos e ganhos de capital forem percebidos.

Art. 7º Ficam sujeito à incidência do imposto de renda na fonte, calculado de acordo com o disposto no art. 25 desta Lei:

I – os rendimentos do trabalho assalariado, pagos ou creditados por pessoas físicas ou jurídicas;

II – os demais rendimentos percebidos por pessoas físicas, que não estejam sujeitos à tributação exclusiva na fonte, pagos ou creditados por pessoas jurídicas.

§ 1º O imposto a que se refere este artigo será retido por ocasião de cada pagamento ou crédito e, se houver mais de um pagamento ou crédito, pela mesma fonte pagadora, aplicar-se-á a alíquota correspondente à soma dos rendimentos pagos ou creditados à pessoa física no mês, a qualquer título.

O legislador ordinário, autorizado pelo constituinte originário e pelo CTN, expandiu totalmente a mecanismo de retenção da fonte, que antes ficava restrito a poucas situações, tudo com o propósito de tornar mais eficaz e fácil a arrecadação.

Lecionando sobre o instituto da retenção do imposto de renda na fonte, o já citado Aliomar Baleeiro⁴³, saudoso professor e Ministro aposentado do STF, disse:

Não configura, em nenhum caso, tributo diferente do imposto de renda, mas, antes, deve ser analisado como mera antecipação de imposto que se presume devido. Se, ao final do ano-base em que está periodizado, o imposto não for devido, em decorrência de saídas-despesas elevadas, deverá ser devolvido ao contribuinte. O que importa é que, ao final do período, a hipótese do imposto tem de ocorrer – excedente dos rendimentos auferidos em relação aos gastos necessários, ou existência de acréscimos patrimoniais – sob pena de haver pagamento de tributo indevido, sem causa, sujeito à repetição. A regra é sempre de que imposto de renda-fonte é antecipação do imposto de renda, que se presume devido, no momento da retenção.

Portanto, o contribuinte que perceber rendimentos de pessoa jurídica terá o imposto de renda retido por ocasião do pagamento, nos termos da lei. O imposto retido nessa sistemática ao longo do ano-base tem

⁴⁰ Nessas duas hipóteses constitucionais, a própria titularidade do IR é repassada aos entes políticos ali referidos. Por conseguinte, devem ser travadas na Justiça Estadual as discussões sobre a retenção de valores a título de IR dos servidores públicos estaduais e municipais. Não há aqui interesse da União, de modo que a Justiça Estadual é competente para processar e julgar as ações referentes a tais retenções.

⁴¹ Inclusive por força de decisão judicial.

⁴² Carrazza, *op. cit.*, p. 43.

⁴³ Baleeiro, *op. cit.*, p. 314.

natureza de antecipação e será deduzido do apurado por ocasião do ajuste anual, ou seja, os valores retidos pela fonte pagadora são abatidos, evitando-se dupla tributação dos mesmos rendimentos. Na declaração anual de ajuste, a ser entregue ao fisco até o final de mês de abril do ano seguinte (ano do exercício), será apurado se o contribuinte ainda deve recolher IR ou se tem direito à restituição de valor que eventualmente tenha sido retido a maior.

Leandro Paulsen⁴⁴, cuidando do tema, lembra que o IR é um tributo de periodicidade anual, mas que:

(...) a legislação impõe ao contribuinte que, durante o próprio curso do ano-calendário, faça antecipações mensais de pagamento conforme a renda e proventos verificados. Encerrado o ano-calendário, o contribuinte deve apurar as rendas e proventos cuja disponibilidade tenha adquirido e calcular o saldo a pagar a ter restituído, se pagou a maior, prestando declaração de rendimentos/de ajuste (obrigação acessória) até 30 de abril posterior ao encerramento do ano-calendário. No mesmo prazo, deve efetuar o pagamento do saldo a pagar (se os recolhimentos antecipados não cobrirem todo o montante devido com relação à renda e aos proventos do ano-calendário), podendo optar por um parcelamento.

Para viabilizar o controle do fisco, a fonte pagadora ou a instituição bancária, conforme o caso, deve, na forma, prazo e condições estabelecidas pela Receita Federal do Brasil, fornecer à pessoa física ou jurídica beneficiária o Comprovante de Rendimentos Pagos e de Retenção do Imposto de Renda na Fonte e apresentar à repartição fiscal a Declaração do Imposto de Renda Retido na Fonte (DIRF).

Por conta de expansão assustadora da tributação na fonte⁴⁵, Ricardo Lobo Torres⁴⁶ assinala que, nos últimos anos, o IR/Fonte chegou ao sistema de bases correntes, ou seja, a sua cobrança se faz por retenção na fonte (salários e ganhos de capital) e por pagamento mensal, de modo que a declaração anual, em verdade, passou refletir insignificante ajustamento, para mais ou

para menos, do que se pagou antecipadamente no ano-base.

Desse modo, tenho como justa e pertinente a crítica daqueles que dizem que o imposto de renda de certo modo se transformou num imposto sobre “rendimentos”. De fato, a rigor, a tributação antecipada ou instantânea não se dá sobre o fato gerador da exação, que supõe renda, mas sobre os rendimentos brutos do trabalhador assalariado. Embora a doutrina e os tribunais brasileiros repute essa técnica válida e em harmonia com os princípios constitucionais tributários, pode-se entender que esse mecanismo de alguma forma ofende os princípios constitucionais que orientam a tributação da renda (pessoalidade, generalidade, universalidade e progressividade)⁴⁷. Assim, como forma de contrabalançar essa situação desfavorável ao contribuinte, Roque Antonio Carrazza⁴⁸, assinala que:

O ideal seria, pois, que na própria retenção na fonte já fossem autorizados abatimentos e deduções, de modo a antecipar, o quanto possível, a restituição de montantes indevidos. Esta técnica (...) escopa evitar que o contribuinte seja compelido a aguardar, no mínimo, até o próximo exercício financeiro para só então ter a expectativa de reaver o indébito tributário, que o leigo empiricamente denomina “restituição de imposto de renda”.

Vale registrar que no Parlamento Brasileiro já tramita um projeto de lei⁴⁹ que estabelece prazo de 90 (noventa) dias para a Receita Federal restituir ao contribuinte o imposto de renda retido na fonte cobrado a mais ao longo do ano-base. É um alento ao contribuinte, pois se ele deve pagar o tributo devido no prazo determinado, sob pena de multa e incidência de juros, deve também ter o direito de ver restituído dentro de certo prazo o valor a que tem direito, não sendo razoável que seja obrigado a aguardar por vários meses a repetição do indébito tributário.

⁴⁴ Paulsen, *op. cit.*, p. 702.

⁴⁵ No ano passado, o IR — incluindo o pago por empresas — respondeu por uma arrecadação de R\$ 160,137 bilhões. Deste valor, cerca de R\$ 42,347 bilhões foram obtidos através da retenção na fonte do trabalho assalariado. Fonte: Receita Federal do Brasil.

⁴⁶ Torres, *op. cit.*, p. 325.

⁴⁷ Nesse sentido é a sustentação de Ricardo Marins Oliveira, para quem “a seletividade da tributação em separado de determinadas rendas, contraria a norma constitucional ora discutida, além de violar os critérios da generalidade e da progressividade, assim como o da universalidade por distinguir pessoas em decorrência das atividades de onde extraem seus ganhos.” (apud Peixoto, Marcelo Magalhães. *Imposto sobre renda ou rendimentos?* Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2347>>. Acesso em: 06 ago. 2008.

⁴⁸ Carrazza, *op. cit.*, p. 45.

⁴⁹ PL 58/2006, de autoria do senador Álvaro Dias (PSDB/PR).

7. O imposto de renda incidente sobre os rendimentos pagos em cumprimento de decisão da Justiça Federal e da Justiça do Trabalho – Lei 8.541/2003 e Lei 10.833/2003

Na linha dos sistemas tributários mais avançados, o legislador brasileiro, como visto, tem freqüentemente se utilizado do método da retenção da fonte. A chamada “tributação na fonte”, na lição de Roque Antonio Carrazza⁵⁰, é uma oportuna e eficiente técnica de arrecadação:

porque permite que o IR alcance contribuintes que, não sendo sediados ou domiciliados no Brasil, aqui auferem rendimentos. Além disso, evita, o quanto possível, a sonegação fiscal, a evasão e a inadimplência, bem como antecipa recursos à União, permitindo-lhe acudir, com maior presteza, a seus encargos.

No tocante aos rendimentos pagos em cumprimento de decisão judicial, a retenção na fonte era inicialmente regulada pela Lei 8.218/1991, no seu art. 27. Esse dispositivo foi revogado pela Lei 8.541/1992, que passou a disciplinar a matéria, estabelecendo, no seu art. 46, o seguinte:

Art. 46. O imposto sobre a renda incidente sobre os rendimentos pagos em cumprimento de decisão judicial será retido na fonte pela pessoa física ou jurídica obrigada ao pagamento, no momento em que, por qualquer forma, o rendimento se torne disponível para o beneficiário.

§ 1º Fica dispensada a soma dos rendimentos pagos no mês, para aplicação da alíquota correspondente, nos casos de:

I – juros e indenizações por lucros cessantes;

II – honorários advocatícios;

III – remuneração pela prestação de serviços de engenheiro, médico, contador, leiloeiro, perito, assistente técnico, avaliador, síndico, testamenteiro e liquidante.

§ 2º Quando se tratar de rendimento sujeito à aplicação da tabela progressiva, deverá ser utilizada a tabela vigente no mês de pagamento.

Valentino Aparecido de Andrade⁵¹, ao discorrer sobre o assunto, esclarece que a técnica da retenção na fonte:

(...) é eficazmente utilizada quando o imposto de renda incide sobre rendimentos pagos em cumprimento de decisão judicial, como forma de tornar mais fácil, cômoda e efetiva a sua arrecadação, submetida a controle do Fisco, segundo expressamente estabelece o art. 46 da Lei federal de número 8.541/1992. A parte pagadora é, por força desse dispositivo legal, erigida à condição de agente de retenção, cabendo-lhe deduzir o valor do tributo e recolhê-lo ao Fisco, tornando-se responsável pelo débito, se não cumprir o encargo legal. Ao beneficiário do pagamento (e verdadeiro contribuinte do tributo), por sua vez, caberá, mesmo se a retenção não tiver sido efetuada, incluir, em sua declaração anual de ajuste, dentre os rendimentos tributáveis, o valor recebido por força da decisão judicial.

Entretanto, nos casos de rendimentos pagos por entes públicos por força de decisão judicial há uma particularidade: a posição de agente de retenção é assumida pelo próprio sujeito ativo do tributo⁵². Diante da condenação judicial e da obrigação de pagar, cabe ao poder público disponibilizar o numerário, fazendo a retenção na fonte do valor devido, conforme determina o art. 46 da Lei 8.541/1992.

Acontece que tropeços têm havido na forma de materialização da retenção na fonte, especialmente quando a Fazenda Pública tem a obrigação de efetivar um pagamento em cumprimento de decisão judicial. Embora a Lei 8.541/1992 estabeleça que a retenção na fonte deva ser feita “pela pessoa física ou jurídica obrigada ao pagamento”, tem-se procedido como se o obrigado a efetivar retenção fosse o banco depositário. Explicando esse fenômeno, Valentino Aparecido de Andrade pontua:

(...) Ocorre, entretantes, que alicerçado em uma equivocada interpretação do art. 46 da Lei federal de número 8.541/1992 e do art. 718 do Regulamento do Imposto de Renda, sob color de que

⁵¹ Andrade, Valentino Aparecido. O Agente de Retenção no Imposto de Renda Incidente sobre Rendimentos Pagos em Cumprimento de Decisão Judicial. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, n. 106, p. 101-111, jul. 2004.

⁵² É mais comum que o agente de retenção seja o devedor do tributo, na condição de responsável tributário. É o que ocorre, por exemplo, com o empregador, que paga o salário do empregado fazendo a retenção do IR para passar ao fisco.

⁵⁰ Carrazza, *op. cit.*, p. 44.

nos casos de depósito judicial a disponibilidade dos rendimentos só se dá no momento em que o valor é efetivamente levantado pela parte contrária (movimentação bancária), quando o valor depositado suportou a incidência do rendimento abonado pela instituição financeira beneficiária (art.718, § 3º), é que se entende que a fonte pagadora responsável pela retenção do valor do imposto de renda é o banco depositário. Subjaz a essa interpretação um equívoco que radica na compreensão do fato gerador desse imposto, que por isso acaba indevidamente transmudado, não apenas quanto aspecto objetivo de seu pressuposto do fato imponible — que deixa de ser a aquisição de disponibilidade jurídica dos rendimentos percebidos por força de decisão judicial, para firmar-se na movimentação financeira de valores (fato econômico que não corresponde necessariamente a um acréscimo patrimonial ou à aquisição de disponibilidade jurídica dos rendimentos) —, senão também quanto ao aspecto subjetivo que o estrutura (...). No caso do imposto de renda sobre rendimentos decorrentes de decisão judicial, cabe considerar que o fato gerador se dá no momento em que o beneficiado possui título hábil para recebê-lo, porque é nesse momento que se caracteriza a disponibilidade jurídica do rendimento. Esse título hábil é a decisão judicial que lhe confere a titularidade do valor que, pago, configura o fato de exteriorização, do qual nasce o fato gerador (instantâneo) do imposto de renda. (...) À vista do exposto, torna-se fácil compreender o motivo de o art. 46 da Lei federal de número 8.541/1992 ter erigido a parte pagadora como agente de retenção do tributo. É que a disponibilidade jurídica decorre de título hábil (sentença), do qual sobrevém o acréscimo patrimonial. Por conseqüência, ao fixar o banco depositário como agente de retenção do imposto de renda incidente sobre rendimentos pagos em cumprimento de decisão judicial, sobre lhe atribuir a responsabilidade tributária em face de um pressuposto de fato com o qual não mantém relação (estado na decisão judicial que dá gênese ao acréscimo patrimonial), provoca-se ainda uma confusão entre os conceitos de movimentação financeira e de aquisição de riqueza.

Exceto no que diz com o Juízo Trabalhista, por conta das peculiaridades das relações ali apreciadas e julgadas, também se revela equivocada a tentativa de atribuir ao Juízo da causa ou ao cartório judicial a responsabilidade pela retenção do imposto de renda nos casos de rendimentos pagos em cumprimento de de-

cisão judicial. Essa obrigação, como restou assentada, é da parte condenada ao pagamento, que assume, por disposição de lei, a condição de agente de retenção. Nesse sentido se posiciona Leandro Paulsen⁵³: “O Juízo não é fonte pagadora. Ao se determinar o pagamento de diferença salarial, caberá à fonte, condenada ao pagamento, efetuar a retenção e depositar em Juízo o montante líquido (...)”.

Nesse contexto, urge que o legislador brasileiro aperfeiçoe o procedimento de cobrança do imposto de renda no que toca aos rendimentos pagos em cumprimento de decisão judicial, especialmente em relação aos casos em que a Fazenda Pública é a parte obrigada ao pagamento. Se a técnica de retenção não for corrigida, ou seja, se não for feita realmente pelo poder público condenado ao pagamento, restarão frustrados os fins que levaram à criação do mecanismo legal de retenção, já que, em vez de reter o numerário, este é depositado na conta de uma instituição bancária, em prejuízo do erário.

Todavia, na contramão da constatação acima, o Poder Executivo Federal editou a Medida Provisória 135/2003, convertida na Lei 10.833/2003. Nessa lei foi instituída a retenção do IR na fonte pela instituição financeira nos casos de pagamentos efetivados, por precatórios ou requisições de pequeno valor, em cumprimento de decisões da Justiça Federal e da Justiça do Trabalho. Quer-se dizer: para essas hipóteses (nas demais se aplica o art. 46 da Lei 8.541/1992), a lei desprezou os fins maiores da tributação na fonte, que consistem na antecipação de recursos para que o poder público possa acudir com mais presteza a seus encargos. Optou erigir a instituição financeira responsável pelo pagamento à condição de agente de retenção, de modo que, nas palavras de Valentino Andrade⁵⁴, “produziu uma das mais kafkianas aplicações da técnica da retenção do imposto de renda, não destinada a imprimir maior eficiência à arrecadação, mas sim para diretamente beneficiar a instituição financeira em que o depósito é efetuado, com evidente prejuízo ao Erário Público.”

Vale transcrever os arts. 27 e 28 da Lei 10.833/2003, que disciplinam, respectivamente, a cobrança de imposto de renda sobre rendimentos pagos em cumpri-

⁵³ Paulsen, *op. cit.*, p. 758.

⁵⁴ Andrade, *op. cit.*, p. 103.

mento de decisão da Justiça Federal e da Justiça do Trabalho:

Art. 27. O imposto de renda sobre os rendimentos pagos, em cumprimento de decisão da Justiça Federal, mediante precatório ou requisição de pequeno valor, será retido na fonte pela instituição financeira responsável pelo pagamento e incidirá à alíquota de 3% (três por cento) sobre o montante pago, sem quaisquer deduções, no momento do pagamento ao beneficiário ou seu representante legal.

§ 1º Fica dispensada a retenção do imposto quando o beneficiário declarar à instituição financeira responsável pelo pagamento que os rendimentos recebidos são isentos ou não tributáveis, ou que, em se tratando de pessoa jurídica, esteja inscrita no *Simples*.

§ 2º O imposto retido na fonte de acordo com o *caput* será:

I – considerado antecipação do imposto apurado na declaração de ajuste anual das pessoas físicas; ou

II – deduzido do apurado no encerramento do período de apuração ou na data da extinção, no caso de beneficiário pessoa jurídica.

§ 3º A instituição financeira deverá, na forma, prazo e condições estabelecidas pela Secretaria da Receita Federal, fornecer à pessoa física ou jurídica beneficiária o Comprovante de Rendimentos Pagos e de Retenção do Imposto de Renda na Fonte, bem como apresentar à Secretaria da Receita Federal declaração contendo informações sobre: (Redação dada pela Lei 10.865, de 2004)

I – os pagamentos efetuados à pessoa física ou jurídica beneficiária e o respectivo imposto de renda retido na fonte; (Incluído pela Lei 10.865, de 2004)

II – os honorários pagos a perito e o respectivo imposto de renda retido na fonte; (Incluído pela Lei 10.865, de 2004)

III – a indicação do advogado da pessoa física ou jurídica beneficiária. (Incluído pela Lei 10.865, de 2004)

§ 4º O disposto neste artigo não se aplica aos depósitos efetuados pelos Tribunais Regionais Federais antes de 01/02/2004 (Redação dada pela Lei 10.865, de 2004)

(...)

Art. 28. Cabe à fonte pagadora, no prazo de 15 (quinze) dias da data da retenção de que trata o *caput* do art. 46 da Lei 8.541, de 23/12/1992, comprovar, nos respectivos autos, o recolhimento do imposto de renda na fonte incidente sobre os

rendimentos pagos em cumprimento de decisões da Justiça do Trabalho.

§ 1º Na hipótese de omissão da fonte pagadora relativamente à comprovação de que trata o *caput*, e nos pagamentos de honorários periciais, competirá ao Juízo do Trabalho calcular o imposto de renda na fonte e determinar o seu recolhimento à instituição financeira depositária do crédito.

§ 2º A não indicação pela fonte pagadora da natureza jurídica das parcelas objeto de acordo homologado perante a Justiça do Trabalho acarretará a incidência do imposto de renda na fonte sobre o valor total da avença.

§ 3º A instituição financeira deverá, na forma, prazo e condições estabelecidas pela Secretaria da Receita Federal, fornecer à pessoa física beneficiária o Comprovante de Rendimentos Pagos e de Retenção do Imposto de Renda na Fonte, bem como apresentar à Secretaria da Receita Federal declaração contendo informações sobre:

I – os pagamentos efetuados à reclamante e o respectivo imposto de renda retido na fonte, na hipótese do § 1º;

II – os honorários pagos a perito e o respectivo imposto de renda retido na fonte;

III – as importâncias pagas a título de honorários assistenciais de que trata o art. 16 da Lei 5.584, de 26/06/1970;

IV – a indicação do advogado da reclamante.

Além do contra-senso acima apontado, muito bem desenvolvido pelo magistrado paulista Valentino Aparecido De Andrade, o legislador ainda estabeleceu uma questionável distinção no mecanismo de retenção de IR sobre os rendimentos pagos em decorrência de decisão da Justiça Federal e de decisão das Justiças Trabalhista e Estadual.

No caso de rendimentos pagos por força de decisão da Justiça Federal, a retenção na fonte é de apenas 3%, havendo a possibilidade de ser dispensada a retenção do imposto quando o beneficiário declarar, à instituição financeira responsável pelo pagamento, que os rendimentos recebidos são isentos ou não-tributáveis, ou que, em se tratando de pessoa jurídica, que seja optante pelo Simples Nacional. Já no caso de rendimentos pagos em cumprimento de decisão da Justiça do Trabalho o beneficiário sujeita-se à incidência do imposto de renda na fonte sobre o valor total alcançado, conforme tabela progressiva do imposto (15% ou 27,5%). Do mesmo modo, por força do disposto no art. 46 da Lei

8.541/1992, os rendimentos pagos em decorrência de decisão da Justiça Estadual ensejam tributação na fonte conforme a tabela progressiva do IR. Não há a possibilidade de o beneficiário declarar que os rendimentos são isentos ou não-tributáveis.

Refletindo sobre o assunto, observa-se que não há razão plausível a justificar esse tratamento diferenciado quanto à sistemática de retenção de IR na fonte no que diz respeito a rendimentos pagos por força de decisão de órgãos diferentes do Poder Judiciário⁵⁵. Nada justifica que o servidor público federal titular do direito de receber valores acumulados em decorrência de decisão da Justiça Federal seja beneficiado com a retenção na fonte no percentual de apenas 3%, enquanto o empregado da iniciativa privada e o servidor público estadual ou municipal devam se sujeitar a uma tributação na fonte mais gravosa, no patamar de 15% ou 27,5%, conforme o montante a ser recebido.

É absurda essa distinção criada entre servidores públicos federais e estaduais ou municipais quando do recebimento de rendimentos acumulados e em atraso por força de decisão judicial. Os servidores estaduais e municipais, em razão do disposto no art. 46 da Lei 8.541/1992, são alcançados pela retenção na fonte conforme a tabela progressiva do IR, tudo levando a crer que o legislador ordinário pretendeu beneficiar os servidores públicos do quadro federal ao estabelecer em favor deles uma singela tributação antecipada (3%) se comparada àquela que recai sobre os demais trabalhadores que alcançam o reconhecimento de direitos nos demais ramos do Poder Judiciário.

Pelo regramento atualmente vigente, se um empregado do setor privado, por exemplo, obtém na Justiça do Trabalho o reconhecimento do direito de receber verbas trabalhistas, estará ela sujeita a uma retenção de IR na fonte conforme a tabela progressiva do imposto, conforme estabelece o art. 28 da Lei 10.833/2003, mesmo que, se tivesse recebido os valores nas épocas próprias, figurasse na faixa de isenção. Já o servidor público federal, em virtude do estatuído no art. 27 da referida lei, sujeita-se, nessa hipótese, a uma retenção na fonte

de 3%, tratamento esse que, como visto, também difere daquele dispensado aos servidores públicos estadual e municipal, isso porque a Lei 8.541/1992 manda aplicar, para fins de retenção, a tabela progressiva do IR (art. 46, § 2º). O legislador instituiu tratamento tributário distinto para pessoas que se encontram em situações equivalentes.

Essas distinções são inconcebíveis e têm gerado discussões no âmbito do Poder Judiciário. Não é incomum advogados trabalhistas pugnam na Justiça Laboral pela aplicação da alíquota de 3% quando da retenção de IR em casos de pagamentos de rendimentos acumulados por força de decisão judicial. Os causídicos, a meu ver com razão, invocam o princípio constitucional da isonomia tributária (art. 150, II, da CF/1988) e também o princípio da razoabilidade, uma vez que a lei assegura tal benefício aos servidores públicos federais, não existindo motivo legítimo que justifique a distinção de tratamento fiscal. Há casos em que ações de servidores federais tramitaram na Justiça Trabalho, tendo havido trânsito em julgado, de modo que os advogados, quando do pagamento dos valores devidos, insistem na aplicação da retenção pela alíquota do art. 27 da Lei 10.833/2003 (3%), mesmo porque, se demanda tivesse tramitado pela Justiça Federal, seria esse o percentual da retenção do IR na fonte.

Há ainda uma outra situação que bem revela o equívoco da atual sistemática de retenção da fonte do IR nos casos de rendimentos pagos por força de decisão judicial. Nas ações previdenciárias em trâmite na Justiça Federal, o segurado, quando do recebimento dos valores acumulados pagos em atraso, sujeita-se à alíquota de 3%, conforme preconiza o art. 27 da Lei 10.833/2003. Entretanto, se ação tiver tramitado pela Justiça Estadual em decorrência da competência delegada prevista no art. 109, § 3º, da Constituição Federal, a retenção no IR na fonte vem observando o regramento do art. 46 da Lei 8.541/1992.

Enfim, por tudo que aqui foi expandido, faz-se necessário que o legislador brasileiro melhor discipline o instituto da retenção de IR na fonte no que toca aos rendimentos acumuladamente pagos por força de decisão judicial. Devem ser editados comandos legais que obriguem o poder público a depositar o valor líquido da condenação, de maneira que possa tirar vantagem financeira da retenção do imposto na fonte.

⁵⁵ A Exposição de Motivos 197-A/2003 – MF, assinada pelo então Ministro Antônio Palocci, apresentada por ocasião da edição Medida Provisória 135/03 (convertida na Lei 10.833/2003) não traz explicações quanto à diferenciação aqui combatida.

Há de se corrigir também as distorções no que diz respeito à diferenciação de alíquotas quando da tributação antecipada pela retenção nos casos de rendimentos pagos em cumprimento de decisão de órgãos do Poder Judiciário, portanto o regramento atual se revela injusto por dispensar tratamentos díspares em relação a contribuintes que se encontram em situação equivalente, o que não se coaduna com o espírito que moveu o constituinte originário ao conceber o Sistema Tributário Nacional.

8. A exigência de imposto de renda nos casos de rendimentos pagos, acumuladamente e em atraso, em cumprimento de decisão judicial

No cálculo do IR incidente sobre rendimentos pagos acumuladamente a servidores públicos por força de decisão judicial deve o fisco aplicar as tabelas e alíquotas das épocas próprias, adotando-se o regime de competência⁵⁶, ou deve se entender que a tributação há de ocorrer sobre o total dos rendimentos pagos, no momento do efetivo pagamento, ou seja, da disponibilidade econômica, respeitando-se o regime de caixa⁵⁷? Esta segunda solução, adotada pela Receita Federal do Brasil em casos desta natureza, harmoniza-se com os princípios constitucionais da isonomia, da capacidade contributiva e da razoabilidade?

A matéria ventilada já suscitou muita discussão na doutrina e também nos tribunais brasileiros. Na linha da tese sustentada pelo fisco, as Cortes de Justiça entendiam que o fato gerador do imposto de renda, na hipótese de rendimentos pagos em decorrência de decisão judicial, ocorria quando da disponibilidade eco-

nômica do numerário, sendo aplicáveis as regras previstas nos dispositivos legais abaixo transcritos:

Lei 7.713/1988

Art. 12. No caso de rendimentos recebidos acumuladamente, o imposto incidirá, no mês do recebimento ou crédito, sobre o total dos rendimentos, diminuídos do valor das despesas com ação judicial necessárias ao seu recebimento, inclusive de advogados, se tiverem sido pagas pelo contribuinte, sem indenização.

Lei 8.541/1992

Art. 46. O imposto sobre a renda incidente sobre os rendimentos pagos em cumprimento de decisão judicial será retido na fonte pela pessoa física ou jurídica obrigada ao pagamento, no momento em que, por qualquer forma, o rendimento se torne disponível para o beneficiário.

§ 1º Fica dispensada a soma dos rendimentos pagos no mês, para aplicação da alíquota correspondente, nos casos de:

I – juros e indenizações por lucros cessantes;

II – honorários advocatícios;

III – remuneração pela prestação de serviços de engenheiro, médico, contador, leiloeiro, perito, assistente técnico, avaliador, síndico, testamenteiro e liquidante.

§ 2º Quando se tratar de rendimento sujeito à aplicação da tabela progressiva, deverá ser utilizada a tabela vigente no mês de pagamento.

Nesses casos de pagamento de valores pelo poder público, acumuladamente e em atraso, entendia-se que o IR devia incidir sobre o total dos valores pagos ao beneficiário por força da decisão judicial, observando-se o chamado regime de caixa. Pautava-se pelo critério temporal da hipótese de incidência do imposto de renda, de modo que interessava o momento em que ocorria, de fato, referida aquisição, incidindo a legislação vigente neste instante. Embora o pagamento acumulado ocorra em razão do reconhecimento de que os rendimentos ou proventos foram pagos a menor nos meses em que devidos, sustentava-se que a aquisição da disponibilidade econômica ocorreu tão-somente por ocasião do pagamento judicial. Dizia-se — e muitos ainda adotam essa posição — que nesse momento é que se deve vislumbrar o preenchimento da hipótese de incidência do tributo, e não em cada um dos meses em que eram devidos os pagamentos.

⁵⁶ O regime de competência determina que as receitas, as despesas e os custos devem ser incluídos na apuração do resultado do período em que ocorrerem, sempre simultaneamente quando se correlacionarem, independentemente de recebimento ou pagamento. Noutras palavras: as receitas e as despesas devem ser contabilizadas no período a que competem, independentemente do seu recebimento (receitas) ou pagamento (despesas e custos) em moeda corrente. Trata-se de um princípio fundamental da Contabilidade e está disciplinado no art. 9º da Resolução 750/1993 do Conselho Federal de Contabilidade.

⁵⁷ O regime de caixa estabelece que as receitas devem ser contabilizadas somente quando de seu efetivo recebimento; já as despesas, quando do seu efetivo pagamento.

O tema é polêmico. Do ano de 2003 para cá, a jurisprudência pátria tem afastado a incidência do Imposto de Renda sobre o montante recebido de forma acumulada, sob o fundamento de que a incidência global enseja desrespeito aos princípios da capacidade contributiva (§ 1º do art. 145 da CF/198858) e da isonomia tributária (art. 150, II, da CF/198859). Afirma-se que se os valores tivessem sido pagos à época ao contribuinte, estariam na faixa de isenção ou, no máximo, incidiria sobre eles alíquota inferior àquela que incide sobre o valor pago acumuladamente. Dessa forma, na esteira dessa orientação, só deve incidir o imposto sobre aquelas parcelas que, isoladamente consideradas, ultrapassem o limite de isenção.

Nesse sentido também tem se posicionado a doutrina. Roque Carrazza⁶⁰, a propósito, ensina que “na hipótese de haver vencimentos ou salários atrasados e sendo eles pagos acumuladamente, haverá, ou não, incidência do IR/Fonte, tomando-se como parâmetro o valor de cada parcela isoladamente considerada, e não o valor global creditado ao contribuinte.”

Nos últimos anos, ações judiciais passaram a ser movidas por servidores públicos que receberam valores, acumuladamente e em atraso, por força de decisão judicial. Como sempre há retenção de imposto na fonte quando do pagamento (15% ou 27,5% na forma da Lei 8.541/1992 e 3% na forma da Lei 10.833/2003) e como a Receita Federal do Brasil espera que incluam tais montantes percebidos em suas declarações de ajuste anual para fins de tributação, recorrem ao Poder Judiciário para ver afastada a exação e para obter a repetição do indébito, com base na tese antes indicada.

⁵⁸ O princípio da capacidade contributiva está previsto no art. 145, § 1º, da CF/1988, que estabelece: “Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte”.

⁵⁹ Este princípio está inserto no artigo 150, inciso II, da Constituição Federal, que transcreve a seguir: “Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: II – instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;”

⁶⁰ Carrazza, *op. cit.* p. 93.

Apesar de o artigo 12 da Lei 7.713/1988 estabelecer que, nos casos de rendimentos pagos acumuladamente, o imposto de renda deva incidir, no mês do recebimento, sobre o valor total a ser pago, e mesmo o art. 46 da Lei 8.542/1992 determinando que a retenção na fonte ocorra no momento em que, por qualquer forma, seja disponibilizado o numerário ao beneficiário, a jurisprudência pátria, a meu ver de modo acertado, tem afastado a incidência do imposto de renda sobre o montante recebido de forma acumulada, a destempero, em cumprimento de decisão judicial, de modo a impedir que o contribuinte seja penalizado com uma tributação originariamente indevida ou excessivamente mais gravosa, mormente quando não deu causa ao pagamento realizado com atraso pela administração pública.

A interpretação literal dos dispositivos legais acima transcritos afronta o princípio da capacidade contributiva (§ 1º do art. 145 da CF/1988), pois o simples fato de o pagamento dos atrasados se dar em prestação única não indica aumento da capacidade econômica do contribuinte. O servidor público que recebeu seus rendimentos de forma acumulada, em atraso, possui a mesma capacidade contributiva daquele que não teve o benefício suprimido, pois o pagamento acumulado implica tão-somente reposição de sua situação ao estado em que se encontrava anteriormente ao ato que não reconheceu a vantagem pecuniária a que tinha direito.

Também há lesão ao princípio da isonomia tributária (art. 150, II, da CF/1988) na medida em que contribuintes com a mesma capacidade econômica são tratados distintamente, tão-somente porque uns receberam os valores devidos mês a mês e outros receberam com atraso, acumuladamente, por culpa do Estado.

Sobre o tema, Hugo de Brito Machado⁶¹ tece os seguintes comentários:

Aquele que não recebe seus rendimentos mensais, e vem depois a recebê-los porque buscou proteção a seu Direito junto ao Poder Judiciário, evidentemente não teve aumentada sua capacidade contributiva. Não se justifica, portanto, venha a sofrer maior ônus tributário. Assim, o princípio da capacidade contributiva, que é perfeitamente possível

⁶¹ Machado, Hugo de Brito. Imposto de renda na fonte e rendimentos mensais acumulados. 2004. Disponível em: <<http://www.hugomachado.adv.br>>. Acesso em 06/08/2008.

adotar-se no caso, sugere seja a norma interpretada de sorte a que não ocorra aumento do imposto de renda na fonte.

Por outro lado, não é razoável admitir-se que o beneficiário do rendimento acumulado, já tendo sofrido o detrimento decorrente ao atraso no pagamento dos seus rendimentos, venha a ser mais uma vez vítima do detrimento consubstanciado na incidência ou no agravamento do imposto que implica redução do valor do que tem a receber. Assim, o princípio da razoabilidade também sugere seja a norma interpretada de sorte a que não ocorra esse novo detrimento ao beneficiário do rendimento acumulado.

(...) O beneficiário do pagamento feito de uma só vez, de rendimentos mensais que se acumularam contra a sua vontade, em decorrência de ato ilícito praticado pela fonte pagadora, evidentemente não tem capacidade contributiva maior do que aquela que teria se houvesse recebido, mês a mês, os seus rendimentos. Nada justifica, portanto, o agravamento do ônus.

Portanto, o pagamento acumulado dos valores em cumprimento de decisão judicial não implica maior capacidade econômica ao beneficiário, de modo que o tratamento desigual, ou seja, a tributação mais gravosa do contribuinte que recorre ao Poder Judiciário viola o princípio da isonomia tributária. Na sistemática atual, a legislação fiscal faz repercutir sobre o servidor público, empregado, pensionista ou aposentado conseqüências advindas de ato que não praticaram, de maneira que o intérprete deve atribuir à norma o significado que melhor espelhe os ideais de justiça, atentando-se para as circunstâncias peculiares do caso concreto.

Se prevalecesse a posição do fisco, o trabalhador assalariado (contribuinte) seria penalizado duplamente. Primeiro, por não receber o que lhe era devido nas épocas próprias e, depois, por recebê-los em atraso, em parcela única, sujeita à tributação claramente mais gravosa.

Admitir-se a incidência do imposto sobre a quantia global paga em atraso, sem que se faça a apropriação de cada parcela devida no mês a que se refere, “proporcionaria ao Estado aproveitar-se da torpeza do mau pagador em prejuízo do credor”, como bem lembrou

o Desembargador Federal João Surreaux Chagas⁶² ao julgar recurso em caso dessa natureza.

O Superior Tribunal de Justiça, nessa linha de raciocínio, entendendo haver flagrante injustiça em se tributar mais gravosamente os ganhos de quem não recebeu em tempo o que lhe era devido, tem dado amparo às pretensões em comento, conforme precedentes abaixo:

Tributário. Imposto de Renda. Rendimentos advindos de decisão judicial. Depósito. Servidor público. Parcelas devidas mensalmente, porém, pagas, de modo acumulado. Não efetivação do pagamento no seu devido tempo. Interpretação do Art. 46, da Lei 8.541/1992.

1. Caso a obrigação de que decorram os rendimentos advindos de decisão judicial se adimplida na época própria desse causa, são os mesmos tributáveis e ensejam a retenção do imposto de renda na fonte.

2. A regra acima não se aplica quando, em face de descumprimento do Estado em pagar vencimentos atrasados ao servidor, acumula parcelas que, se tivesse sido pagas, na época própria, no final de cada mês, estaria isentos de retenção do tributo.

3. Ocorrendo de maneira diferente, o credor estaria sob dupla penalização: por não receber o que lhe era devido na época própria em que tais valores não eram suscetíveis de tributação e por recebê-los, posteriormente, ocasião em que, por acumulação, formam então, montante tributável.

4. O art. 46, da Lei 8.541/1992, deve ser interpretado nos seguintes moldes: só haverá retenção na fonte de rendimentos pagos em cumprimento à decisão judicial quando, isoladamente, tais valores ensejarem o desconto do imposto, caso contrário, ter-se-ia hipótese condenável: sobre valores isoladamente isentos de imposto de renda o ente público moroso retiraria benefício caracterizadamente indevido.

5. O ordenamento jurídico tributário deve ser interpretado de modo que entre fisco e contribuinte sejam instaurados comportamentos regidos pela lealdade e obediência rigorosa ao princípio da legalidade.

6. Não é admissível que o servidor seja chamado a aceitar retenção de imposto de renda na fonte, em benefício do Estado, em face de ato ilegal

⁶² Região Sul. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível – processo 2002.72.01.004789-2. Relator: Des. Fed. João Surreaux Chagas. Porto Alegre/RS, 07/07/2004.

praticado pelo próprio Poder Público, ao atrasar o pagamento de suas vantagens salariais.

7. Recurso especial não provido.⁶³

Tributário. Imposto de Renda. Precatório Judicial. Reajuste de vencimentos. Parcelas devidas mensalmente, porém, pagas, de modo acumulado. Não efetivação do pagamento no seu devido tempo. Alíquota vigente à época em que o pagamento era devido. Interpretação do art. 46 da Lei 8.541/1992. Precedentes.

1. Caso a obrigação de que decorram os rendimentos advindos de decisão judicial se adimplida na época própria dessa causa, são os mesmos tributáveis e ensejam a retenção do imposto de renda na fonte.

2. A regra acima referida não se aplica quando, em face de descumprimento do Estado em pagar vencimentos atrasados ao servidor, acumula as parcelas que, se tivessem sido pagas, na época própria, no final de cada mês, estariam isentos de retenção do tributo.

3. Ocorrendo de maneira diferente, o credor estaria sob dupla penalização: por não receber o que lhe era devido na época própria em que tais valores não eram suscetíveis de tributação e por recebê-los, posteriormente, ocasião em que, por acumulação, formam então, montante tributável.

4. O art. 46 da Lei 8.541/1992 deve ser interpretado nos seguintes moldes: só haverá retenção na fonte de rendimentos pagos em cumprimento à decisão judicial quando, isoladamente, tais valores ensejarem o desconto do imposto, caso contrário, ter-se-ia hipótese condenável: sobre valores isoladamente isentos de imposto de renda, o ente público moroso retiraria benefício caracterizadamente indevido.

5. O ordenamento jurídico tributário deve ser interpretado de modo que entre fisco e contribuinte sejam instaurados comportamentos regidos pela lealdade e obediência rigorosa ao princípio da legalidade.

6. Não é admissível que o servidor seja chamado a aceitar retenção de imposto de renda na fonte, em benefício do Estado, em face de ato ilegal praticado pelo próprio Poder Público, ao atrasar o pagamento de suas vantagens salariais.

7. Precedentes desta Corte Superior: REsp 719.774/SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki; 617.081/PR, Rel. Min. Luiz Fux; 492.247/RS, Rel. Min. Luiz Fux, 424.225/SC, Rel. Min. Teori Albino

Zavascki; 538.137/RS, deste Relator e 719.774/SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki.

8. Recurso especial não-provido.⁶⁴

Essa novel orientação jurisprudencial que toma corpo no Poder Judiciário está em harmonia com os princípios constitucionais tributários da capacidade contributiva (§ 1º do art. 145 da CF/1988) e da isonomia fiscal (art. 150, II, da CF/1988). Não se deve permitir que o imposto de renda incida sobre o valor total recebido em atraso, acumuladamente, por força de uma decisão judicial, isso porque, dependendo do caso, se cada parcela mensal tivesse sido paga ao servidor na época própria, estaria isento do IRPF ou se enquadraria numa faixa de tributação mais suave, devendo ser observado o que estabelece o art. 521 do Regulamento do Imposto de Renda, cuja redação é a que segue: “Os rendimentos pagos acumuladamente serão considerados nos meses a que se referirem.”

Vale destacar que a posição ora adotada não afasta o direito de o fisco exigir o imposto, mas, por força da interpretação de princípios constitucionais limitadores do poder de tributar, obrigando-o a, no cálculo do IR, diluir os valores recebidos nos meses a que se referem, considerando o principal tributável mensalmente percebido, segundo as tabelas das épocas próprias, respeitadas as faixas de isenção e deduções legalmente previstas.

Também não deve haver preocupação da Fazenda Nacional no sentido de que, fazendo-se a apuração do imposto da forma acima, poderá depois o contribuinte alegar decadência/prescrição, já que os rendimentos muitas vezes se referem a períodos mais distantes. O STJ tem entendido que a aparente antinomia entre o comando do art. 12 da Lei 7.713/1988 e o do art. 521 do RIR (Decreto 85.450/1980) se resolve pela seguinte exegese: o primeiro disciplina o momento da incidência, que é o mês do recebimento ou crédito; o outro, o modo de calcular o imposto⁶⁵.

Além disso, com pertinência, a Desembargadora Federal Vânia Hack de Almeida⁶⁶ salientou que:

⁶⁴ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. REsp 923.711/PE., Relator: Ministro José Delgado. Brasília, 24/07/2007.

⁶⁵ Nesse sentido: REsp 424.225/SC e REsp 901.945/PR, dentre outros.

⁶⁶ Região Sul. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível. Processo 2004.71.15.004338-5/RS. Relatora: Des. Federal

⁶³ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. REsp 538.137/RS. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 15/12/2003.

Não se confundem a retenção na fonte dos valores recebidos oportunamente com aqueles recebidos acumuladamente, decorrentes de decisão judicial envolvendo parcelas pretéritas e sucessivas. A retenção na fonte representa antecipação do imposto incidente sobre os rendimentos cujas disponibilidades jurídica e econômica são contemporâneas. No caso de valores pretéritos e sucessivos, recebidos por força de decisão judicial, a disponibilidade jurídica, situada no passado, está dissociada da econômica, no presente; não há, assim, oportunidade para antecipar pagamento de tributo cujo fato gerador já se completou. Para ajustar a realidade econômica à situação jurídica do contribuinte, cabível a retificação das declarações de ajuste do imposto de renda dos anos-base encerrados, computando como rendimento tributável as parcelas a eles referentes; somente podem ser ofertados à retenção na fonte os valores correspondentes às parcelas do ano em que recebidas.

Cabe assinalar, por outro lado, que a aplicação do regime de competência na exigência do IR tem sido muito comum em casos que envolvem montantes recebidos acumuladamente por meio de ações judiciais ajuizadas por segurados da Previdência Social. Nessas hipóteses, também se tem entendido, como é natural, que a retenção do imposto ou a obrigação de que tais valores sejam declarados à Receita Federal acarreta dupla punição ao segurado, já que, além da demora para se receber o que era devido, terá de pagar imposto sobre valores que, se percebidos nas épocas próprias, estariam na faixa de isenção. Assim, reiteradamente, os tribunais têm afastado essa pretensão do fisco, em respeito aos princípios constitucionais tributários antes mencionados. Vejam-se as seguintes ementas de julgados do Superior Tribunal de Justiça:

Tributário. Ação revisional de benefício previdenciário. Parcelas atrasadas recebidas acumuladamente. valor mensal do benefício isento de Imposto de Renda. Não-incidência da exação.

1. O pagamento decorrente de ato ilegal da Administração não constitui fato gerador de tributo.

2. O imposto de renda não incide sobre os valores pagos de uma só vez pelo INSS, quando o reajuste do benefício determinado na sentença condenatória não resultar em valor mensal maior que o limite legal fixado para isenção do referido imposto.

3. A hipótese in foco versa proventos de aposentadoria recebidos incorretamente e não rendimentos acumulados, por isso que, à luz da tipicidade estrita, inerente ao direito tributário, impõe-se o acolhimento da pretensão autoral.

4. O Direito Tributário admite na aplicação da lei o recurso à equidade, que é a justiça no caso concreto. Ora, se os proventos, mesmos revistos, não são tributáveis no mês em que implementados, também não devem sê-lo quando acumulados pelo pagamento a menor pela entidade pública. Ocorrendo o equívoco da Administração, o resultado judicial da ação não pode servir de base à incidência, sob pena de sancionar-se o contribuinte por ato do fisco, violando os princípios da Legalidade e da Isonomia, mercê de cancelar o enriquecimento sem causa da Administração.

5. O aposentado não pode ser apenado pela desídia da autarquia, que negligenciou-se em aplicar os índices legais de reajuste do benefício. Nessas hipóteses, a revisão judicial tem natureza de indenização pelo que o aposentado isento, deixou de receber mês a mês.

6. Recurso especial provido⁶⁷.

Tributário. Recurso Especial. Benefícios previdenciários pagos de modo acumulado. Caso recebidos mensalmente estariam dentro da faixa de isentos. Impossibilidade de retenção de imposto de renda. Precedentes.

1. Trata-se de ação ordinária de repetição de indébito, com pedido de antecipação de tutela, ajuizada por Álvaro Kirsch em face da União Federal e o INSS, objetivando a devolução dos valores retidos a título de imposto de renda com a incidência das cominações legais. O autor, em 27/11/1997, requereu a concessão de aposentadoria por tempo de serviço. Em 29/11/2001, reconhecendo o direito ao benefício, o INSS efetuou o pagamento dos proventos em atraso de forma acumulada com retenção de imposto de renda. O questionamento autoral foi no sentido de que, caso as parcelas fossem pagas na época própria, ou seja, mês a mês, não teria sofrido a referida tributação, razão pela qual pleiteou a devolução dos valores recolhidos de forma indevida. A medida antecipatória foi indeferida.

Sobreveio a sentença, julgando procedente o pedido, condenando a União Federal a restituir ao autor o imposto de renda retido na fonte pelo INSS asseverando que: "No presente caso, a retenção do imposto de renda pelo INSS ofende o princípio

constitucional da isonomia, eis que outros segurados que se encontravam em situação idêntica, porém, que perceberam os proventos de seu benefício mês a mês e não de forma acumulada, não se sujeitaram à incidência da questionada tributação. Com efeito, não se pode imputar ao segurado a responsabilidade pelo atraso no pagamento de proventos, sob pena de se beneficiar o Fisco com o retardamento injustificado do INSS no cumprimento de suas obrigações perante os aposentados e pensionistas”. (fls. 37/38). Apelaram o INSS e a União Federal. O egrégio Tribunal Regional Federal manteve inalterada a decisão singular. Nesta via recursal, a União Federal alega negativa de vigência do art. 12 da Lei 7.713/1988. Em suas razões, aduz que os rendimentos recebidos de forma acumulada é gênero para qualquer tipo de renda obtida estando, portanto, sujeita à tributação. Sem contrarrazões, conforme certidão de fl. 82.

2. Não se pode impor prejuízo pecuniário à parte em razão do procedimento administrativo utilizado para o atendimento do pedido à seguridade social que, ao final, mostrou-se legítimo, tanto que deferido, devendo ser garantido ao contribuinte à isenção de imposto de renda, uma vez que se recebido mensalmente, o benefício estaria isento de tributação.

3. Ainda que em confronto com o disposto no art. 3º, parágrafo único, da Lei 9.250/1995, o emprego dessa exegese confere tratamento justo ao caso em comento, porquanto se concedida a tributação tal como pleiteada pela Fazenda estaria-se duplamente penalizando o segurado que não recebeu os parcos benefícios na época oportuna.

4. Precedentes: REsp 723196/RS, Rel. Min. Franciulli Netto, *DJ* de 30/05/2005; REsp 505081/RS, Rel. Min. Luiz Fux, *DJ* de 31/05/2004 e REsp 667238/RJ, desta Relatoria, *DJ* de 28/02/2005.

5. Recurso especial não-provido.⁶⁸

Em São Paulo, em razão dessa orientação jurisprudencial, o Ministério Público Federal ajuizou uma Ação Civil Pública (autos de número 1999.61.00.003710-0), em face da União e do INSS, com alcance nacional, tendo sido deferido o pedido de antecipação de tutela para se determinar ao INSS que se abstenha de efetuar o desconto na fonte do IR, quando do pagamento de valores de benefícios de forma acumulada e em atraso, administrativa ou judicialmente, isso se as parcelas,

acaso pagas nas épocas próprias, não ultrapassassem o limite de isenção do imposto.

É oportuno registrar, por fim, que, embora o Tribunal Superior do Trabalho tenha firmado posição contrária⁶⁹, o entendimento aqui esposado também tem sido adotado nas hipóteses de rendimentos pagos por força de decisão da Justiça do Trabalho, isso quando a discussão com a Fazenda Nacional é trazida para o âmbito da Justiça Federal. Veja-se:

Tributário. Imposto de Renda retido na fonte. Importâncias pagas em decorrência de sentença trabalhista. Natureza remuneratória. Responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto. Fonte Pagadora. Alíquota aplicável. Exclusão da multa.

1 a 2. (Omissis).

3. No cálculo do imposto incidente sobre os rendimentos pagos acumuladamente em decorrência de decisão judicial, devem ser aplicadas às alíquotas vigentes à época em que eram devidos referidos rendimentos.

4 a 5. (Omissis)⁷⁰.

Tributário. Imposto de Renda retido na fonte. Importâncias pagas em decorrência de sentença trabalhista. Natureza remuneratória. Responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto. Fonte Pagadora. Alíquota aplicável. Exclusão da multa.

1 a 3. (Omissis).

4. No cálculo do imposto incidente sobre rendimentos pagos acumuladamente, devem ser levadas em consideração as tabelas e alíquotas das épocas próprias a que se referem tais rendimentos, nos termos previstos no art. 521 do RIR (Decreto 85.450/1980). A aparente antinomia desse dispositivo com o art. 12 da Lei 7.713/1988 se resolve pela seguinte exegese: este último disciplina o momento da incidência; o outro, o modo de calcular o imposto.

5 a 6. (Omissis)⁷¹.

⁶⁸ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. REsp 758.779/SC. Relator: Ministro José Delgado. Brasília, 20/04/2006.

⁶⁹ O TST editou a Orientação Jurisprudencial 228 da SDI-1, no sentido de que o imposto de renda deve ser retido pelo empregador ou, se houver omissão, pelo Juízo Trabalhista, no momento em que o crédito for colocado à disposição do reclamante, incidindo sobre a totalidade dos rendimentos tributáveis, nos termos do art. 46 da Lei 8.541/1992.

⁷⁰ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. REsp 383.309/SC. Relator: Ministro João Otávio Noronha. Brasília, 07/04/2006.

⁷¹ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. REsp 424.225/SC. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Brasília, 19/12/2003.

Deveras, não se pode admitir que o empregado seja tributado somente pelo fato das verbas devidas terem sido pagas a destempo, em parcela única, ao final de um processo judicial. Como visto, isso implica atribuir ao imposto sobre a renda caráter punitivo contra quem já foi punido pela ilegalidade cometida pelo empregador que não lhe pagou os salários nas épocas próprias, aplicando-se aqui as mesmas razões que fundamentam a adoção do regime de competência nas situações antes estudadas.

9. Conclusão

O IRPF está disciplinado basicamente pela Lei 7.713/1988 e pela Lei 9.250/1995. Essas leis, alteradas e acrescidas por várias outras, delineiam o regime jurídico do IRPF, inclusive no que toca à chamada tributação instantânea ou por antecipação.

O estudo revelou que, em relação ao imposto de renda retido na fonte (IRRF), há uma série de normas próprias aplicáveis, sobretudo porque a retenção na fonte consiste em mecanismo de garantia de arrecadação. Essa técnica nos últimos tempos tem sido bastante empregada pelo legislador ordinário, pois, além de eficaz instrumento de arrecadação, gera praticidade e comodidade ao fisco.

No tocante à incidência do imposto de renda sobre rendimentos pagos acumuladamente e em atraso, em cumprimento de decisão judicial, constatou-se a necessidade de que o legislador brasileiro elimine as distinções de tratamento hoje existente entre os procedimentos de retenção da fonte nos casos de rendimentos pagos em decorrência de decisões da Justiça Federal, da Justiça Estadual e da Justiça do Trabalho (Lei 8.541/1992 e Lei 10.833/2003). Não se vê razões plausíveis que justifiquem o tratamento diferenciado quanto à sistemática de retenção de IR na fonte no que diz respeito a rendimentos pagos por força de decisão de órgãos diferentes do Poder Judiciário. Nada justifica que o servidor público federal titular do direito de receber valores acumulados em decorrência de decisão da Justiça Federal seja beneficiado com a retenção na fonte no percentual de apenas 3%, enquanto o empregado da iniciativa privada e o servidor público estadual ou municipal devam se sujeitar a uma tributação na fonte mais gravosa, no patamar de 15% ou 27,5%, conforme o montante a ser recebido.

Deve também ser aperfeiçoado o procedimento de retenção na fonte no que diz com as hipóteses em que Fazenda Pública Federal é a parte obrigada ao pagamento (art. 27 da Lei 10.833/2003). Se a técnica de retenção não for corrigida, ou seja, se não for feita pelo próprio poder público condenado ao pagamento, restarão frustrados os fins levaram à criação do mecanismo legal de retenção, já que, em vez de reter desde o logo o numerário, é depositado em conta de uma instituição bancária, em prejuízo do erário. Noutra palavras, devem ser editados comandos legais que obriguem o poder público a depositar o valor líquido da condenação, de maneira que possa tirar vantagem financeira da retenção do imposto na fonte.

Pôde-se notar, por outro lado, que a jurisprudência brasileira evoluiu em sintonia com os princípios constitucionais tributários ao firmar a orientação de que, nos casos de rendimentos pagos acumuladamente e em atraso por força de decisão judicial, deve ser observado o regime de competência na apuração do imposto de renda. Apesar de o artigo 12 da Lei 7.713/1988 estabelecer que nesses casos o imposto deva incidir, no mês do recebimento ou crédito, sobre o valor total a ser pago, e mesmo o art. 46 da Lei 8.542/1992 determinando que a retenção na fonte ocorra no momento em que seja disponibilizado o numerário ao beneficiário, os tribunais pátrios, contrariando interesses meramente arrecadatórios, tem afastado a incidência do imposto de renda sobre o montante recebido de forma acumulada, a destempo, em cumprimento de decisão judicial, de modo a impedir que o contribuinte seja penalizado com uma tributação originariamente indevida ou excessivamente mais gravosa, mormente quando não deu causa ao pagamento realizado com atraso pela administração pública.

Essa novel orientação jurisprudencial tem se consolidado no Poder Judiciário e está em harmonia com os princípios constitucionais tributários da capacidade contributiva (§ 1º do art. 145 da CF/1988) e da isonomia fiscal (art. 150, II, da CF/1988). Não se deve permitir que a carga tributária do IR recaia sobre o valor total recebido em atraso, acumuladamente, por força de uma decisão judicial, isso porque, dependendo do caso, se cada parcela mensal tivesse sido paga ao beneficiário na época própria, estaria isento do IRPF ou se enquadraria numa faixa de tributação mais suave, devendo ser observado o que estabelece o art. 521 do Regulamento do Imposto de Renda, cuja redação é a

que segue: “Os rendimentos pagos acumuladamente serão considerados nos meses a que se referirem.”

O pagamento acumulado dos valores em cumprimento de decisão judicial não implica maior capacidade econômica ao beneficiário, de modo que o tratamento desigual, ou seja, a tributação mais gravosa do contribuinte que recorre ao Poder Judiciário viola o princípio da isonomia tributária.

Nessa esteira, a interpretação da legislação não pode ser literal, sob pena de se chancelar flagrante injustiça fiscal. O intérprete deve atribuir à norma o significado que realize maior adequação desta às circunstâncias peculiares do caso concreto, nunca se distanciando dos princípios constitucionais que limitam o poder tributante do Estado e orientam o Sistema Tributário Nacional.

A sociedade não mais tolera regras de tributação dissociadas dos relevantes princípios constitucionais tributários instituídos ou reafirmados na Carta da República de 1988. Nesse contexto, causa satisfação verificar que o Poder Judiciário, quando provocado pelo contribuinte, tem cumprido seu relevante papel de distribuir justiça, aplicando a lei tributária em harmonia com os postulados constitucionais, de sorte que os cidadãos realmente possam contribuir para as despesas públicas na proporção de sua capacidade econômica. Essa postura por parte dos tribunais brasileiros, além de garantir o respeito à Constituição da República, obriga as autoridades fazendárias competentes a aperfeiçoarem os mecanismos de cobrança dos tributos, ajustando-os princípios constitucionais que limitam o poder de tributar (princípios da isonomia tributária, da capacidade contributiva, da progressividade, da estrita legalidade, do não-confisco, dentre outros).

10. Referências bibliográficas

AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 13ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Imposto sobre a Renda (perfil constitucional e temas específicos)*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 9ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GONÇALVES, José Artur Lima. *Imposto sobre a Renda. Pressupostos Constitucionais*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

JÚNIOR, Luiz Emygdio F. da Rosa. *Manual de Direito Financeiro & Direito Tributário*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MINATEL, José. *Imposto de Renda (IRPF e IRPJ)*. Material da 5ª aula da Disciplina Sistema Constitucional Tributário: Impostos em Espécie, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual de Direito Tributário - UNISUL - REDE LFG.

NOGUEIRA, Julia de Menezes. *Imposto sobre a Renda na Fonte*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Tributário na Constituição e no STF*. 6ª ed. Niterói: Impetus, 2006.

PAULO, Vicente, Alexandrino, Marcelo. *Manual de Direito Tributário*. 4ª ed. rev. e atual. Niterói: Impetus, 2007.

PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário. Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PEIXOTO, Marcelo Magalhães. *O Surgimento Mundial do IR – Breve histórico no Brasil*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2578>. Material da 6ª aula da Disciplina Sistema Constitucional Tributário: Impostos em Espécie, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual de Direito Tributário – UNISUL – REDE LFG.

SABBAG, Eduardo de Moraes. *Elementos do Direito Tributário*. 8ª ed. São Paulo: Premier Máxima, 2007.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 3ª ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

O papel da polícia judiciária no Estado Democrático de Direito

Vanessa Pitrez de Aguiar Corrêa

1. Resumo

A investigação criminal constitui atribuição exclusiva da polícia judiciária, por disposição expressa da Constituição Federal. A despeito das discussões de gênero, acerca da possibilidade de outros entes estatais praticarem atos de investigação tendentes à apuração de crimes, o presente artigo busca demonstrar a dissonância dessas práticas com o conceito de Estado Democrático de Direito. Para tanto serão analisadas — através de pesquisa doutrinária e legal — as atribuições constitucionais da polícia judiciária, bem como os fundamentos históricos, legais e doutrinários como justificadores de legitimidade na instrução preliminar por outros entes. Por fim, é analisado o conceito de Estado Democrático de Direito, suas principais características e a inserção da atividade da polícia judiciária nesse contexto como garantidora de um processo penal condizente com a democracia e princípios que a norteiam.

2. Introdução

As instituições policiais, de um modo geral, representam o poder de polícia do Estado. A carta magna brasileira, em seu art. 144 e parágrafos, capitula as diversas instituições policiais que compõem a segurança pública estatal em todas suas esferas, definindo expressamente suas atribuições. Tal dispositivo constitucional delinea nitidamente a existência de dois tipos de polícia: a administrativa e a judiciária.

À polícia judiciária compete a apuração das infrações penais (exceto as militares) o que ocorre através do que se denomina investigação preliminar ou investigação criminal, formalizada através do Inquérito Policial.

Não obstante a previsão constitucional (explícita ou implícita) da prática de atos de investigação por outros entes federativos, tal como ocorre nos Inquéritos Policiais Militares, Inquéritos Civis Públicos, Comissões Parlamentares de Inquérito e Processos Administrativos Disciplinares vislumbra-se nitida a divergência entre o sujeito e/ou a finalidade de tais procedimentos e do Inquérito Policial.

Nesta senda é que cabe exclusivamente à polícia judiciária a apuração de fatos delituosos e a coleta preliminar dos elementos de prova que sustentarão a viabilidade ou não do subsequente processo penal — meio instrumentalizador do direito de punir do Estado. Deve, portanto, a fase preliminar do *jus puniendi* ser realizada por ente imparcial e extrínseco ao futuro processo penal, com a perfeita separação entre o Estado-investigador, Estado-acusador e Estado-julgador, garantindo e preservando o exercício dos direitos fundamentais do cidadão através da salvaguarda de princípios como do Devido Processo Legal e da Segurança Jurídica, norteadores do Estado Democrático de Direito.

3. O poder de polícia do Estado e a polícia judiciária: breve evolução histórica

O poder de polícia do Estado tem origem na Idade Média, durante o período feudal, onde o príncipe era detentor de um poder conhecido como "*jus polittiae*". Este poder compreendia uma série de normas postas pelo príncipe ao povo, sem haver, no entanto, sua própria subsunção a qualquer regramento¹.

Com o surgimento do Estado de Direito — baseado nos princípios do liberalismo — inaugura-se nova fase de organização social, tendo como princípio bási-

* Graduada em Direito pela Fundação Universidade do Rio Grande – FURG. Especializada em Direito Público pelo CPC e Faculdade Projeção/DF. Delegada de Polícia do Estado do Rio Grande do Sul. Professora da Academia de Polícia Civil do Rio Grande do Sul.

¹ MORAES, Bismael B. Direito e Polícia (Uma Introdução à Polícia Judiciária). São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986.

co o da legalidade, onde o próprio Estado se submete às leis por ele mesmo impostas.

Nesta seara, o poder de polícia do Estado tem por objetivo manter a ordem pública, de acordo com as suas finalidades, estabelecendo restrições que se oponham à política do Estado e atentem contra a ordem e a segurança da coletividade em geral, quer em caráter preventivo, quer em caráter repressivo.

Vale a lição de Frederico Marques²:

O Estado quando pratica atos de investigação, após a prática de um fato delituoso, está exercendo seu poder de polícia. A investigação não passa do exercício do poder cautelar que o Estado exerce, através da polícia, na luta contra o crime, para preparar a ação penal e impedir que se percam os elementos de convicção sobre o delito cometido.

Entretanto, a consolidação do combate ao crime como atividade eminentemente estatal se deu ao longo de 300 anos, entre os séculos XVII e XIX. O ápice deste processo histórico e sociológico ocorreu com a criação de desenhos institucionais, onde o poder de polícia, especialmente no que tange a prevenção e repressão criminal, aparece dissociado da figura direta do representante físico do Estado.

No Brasil a noção de polícia tem surgimento ainda no período colonial com a figura dos alcaides que, vinculados aos juízes exerciam as funções de polícia administrativa e judiciária. Ditas funções só foram tomar feições distintas a partir do século XIX, tendo marco histórico a criação da polícia judiciária no ano de 1841 com a promulgação da Lei 261 que culminou por criar o cargo de delegado de polícia seguida pelo regulamento 120/1942 que divide a polícia em administrativa e judiciária³.

Hodiernamente é a Constituição brasileira, em seu art. 144, que define as funções de polícia administrativa e judiciária, nominando as instituições que as compõem e definindo suas atribuições.

4. Atribuições constitucionais de polícia judiciária: titularidade da investigação preliminar

O poder de polícia, a cargo da Administração Pública, é exercido por duas modalidades de polícias distintas: a polícia administrativa e a polícia judiciária. Os objetos dessas polícias são distintamente previstos tanto na carta magna quanto na legislação extravagante. Cada qual persegue fim diferente, apresentando como traço diferenciador o fato de a polícia administrativa atuar preventivamente — a fim de evitar que o crime aconteça — e a polícia judiciária dirigir a investigação criminal, buscando a elucidação dos delitos já cometidos.

É à polícia judiciária, formada pelas Polícias Civis Estaduais, que cumpre a repressão à prática de infrações penais, conforme preleciona o art. 144, parágrafos 1º e 4º da Constituição Federal⁴.

Desta leitura, extrai-se, com clarividência, a ordem constituinte de outorgar poder investigatório — quando voltado para apuração de delitos — com exclusividade à polícia judiciária.

Na mesma linha seguiu a legislação infraconstitucional, especialmente o Código de Processo Penal em seu Título II (arts. 4 a 23) ao trazer regramento ao Inquérito Policial, instrumento formalizador da investigação criminal. Por toda sua extensão, ao tratar da matéria, menciona o estatuto a figura da autoridade policial, referindo-se ao delegado de polícia, como o representante estatal legitimado a presidir todos os atos investigativos preliminares.

Importa frisar que a investigação preliminar tem por escopo elucidar um evento criminoso, verificando sua real existência e/ou materialidade e buscando a identificação de seu autor. Todavia, a atuação da poli-

² MARQUES, José Frederico. Apontamentos sobre o Processo Criminal Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1959, p. 76.

³ GONZALES, Sônia; SESTI, Beatriz C. Goularte. Cronologia Histórica da Polícia Civil no Rio Grande do Sul. Porto Alegre: Polost, 2006, p. 18.

⁴ Art. 144 ...

§ 1º À polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:

(...)

IV – exercer com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União;

(...)

§ 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

cia judiciária, como pré-processual que é, deve ater-se à coleta de todas as provas necessárias à elucidação do fato, sirvam estas ou não a acusação. Tem por fim, o Inquérito Policial – enquanto instrumento de investigação preliminar - a formação de convicção por parte do Estado-acusador e, de modo determinante, do Estado-julgador acerca da existência ou não de um processo criminal.

Neste sentido preleciona Lopes Júnior:⁵

Concluindo, para que a razão predomine sobre o poder, é necessário que a denúncia ou queixa venha acompanhada de um mínimo de provas – mas suficientes para demonstrar a probabilidade do delito e da autoria afirmados – para motivar e fundamentar a decisão do juiz de receber ou não a acusação e nisso reside a importância da investigação preliminar: fornecer elementos de convicção para justificar o processo ou o não-processo, evitando que acusações infundadas prosperem.

Disseminado o entendimento doutrinário e jurisprudencial de que o Inquérito Policial configura peça meramente informativa, reforçando sua prescindibilidade para instauração da ação penal. Todavia ao longo dos anos a realidade prática vem mostrando que raríssimas são as ações penais interpostas sem o auxílio e provas alcançados pelo IP e inúmeros os julgamentos cuja condenação se baseava, quase com exclusividade, nas provas produzidas pelo caderno investigativo. A nova redação dada ao art. 155 do CPP, pela Lei 11.690/2008⁶, proibindo de forma expressa o juiz de condenar exclusivamente com base nas provas produzidas na fase investigativa (salvo as não repetíveis, antecipadas ou advindas de medidas cautelares) atesta o que a prática – à inexistência de normativa expressa – vinha operando.

A utilidade da investigação preliminar, pela polícia judiciária, tem viés antagônico. É firmada pela proximidade existente entre a atividade policial – por sua essência – e a ocorrência do evento criminoso; e a distância entre o ente administrativo investigador e os

demais sujeitos estatais que compõem a futura relação processual-penal.

Por oportuno, observa-se ser a polícia judiciária instituição que mais se aproxima da verdade natural do fato, porquanto é a primeira a ter contato com o crime a partir de sua realização. Destarte possui maiores condições de proporcionar a produção de provas que se aproximem com maior eficiência do discutido⁷ Princípio da Verdade Real que norteia o processo penal. Isto reforça a importância da prova produzida no Inquérito Policial como elemento relevante para levar ao acusador e ao julgador as evidências que os ponham em contato com o crime, seus motivos, circunstâncias e seu autor.

No entender de Manoel Pedro Pimentel o inquérito policial não é uma simples peça informativa mas um processo (procedimento) preparatório, em que existe formação de prova, dispondo a autoridade policial de poderes para investigação. Não se apresenta, então, como um procedimento estático em que o delegado de polícia se limita a recolher os dados que, eventualmente, cheguem ao seu conhecimento⁸.

As provas técnicas produzidas no Inquérito Policial, por questão de tempo e oportunidade, não podem ser repetidas em juízo e servem integralmente para a instrução do processo penal. Resta para revalidação judicial o interrogatório, oitiva da vítima e a prova testemunhal, ressalvada, por óbvio, a possibilidade de produção de outros meios de provas úteis na fase instrutória.

Neste diapasão é que a investigação preliminar e seu conteúdo probatório devem servir à análise acerca da viabilidade de concretude do *jus puniendi* do Estado, motivo pelo qual deve ser conduzido por ente estranho ao processo.

⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 67.

⁶ Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

⁷ Alguns doutrinadores vêm discutindo a existência de uma verdade real no processo penal, sustentando tratar-se de uma construção do sistema inquisitório. A visão garantista de nomes como Luigi Ferrajoli, Francesco Carnelutti e Aury Lopes Júnior vislumbra a impossibilidade de se reconstruir no processo o fato passado, em sua perfeita realização. Sustentam que a prova no processo penal busca e pode alcançar tão somente uma verdade formal, processual ou o que se denomina “certeza jurídica”.

⁸ Pimentel, Manoel Pedro. Advocacia Criminal – Teoria e Prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 3.

5. Legitimação concorrente: fatos e fundamentos

A relevância do poder investigatório na promoção da segurança pública vem sendo tema de acirradas disputas institucionais acerca da legitimidade de seu exercício, nas mais variadas esferas federativas.

A exemplo disso, no Rio Grande do Sul, a Portaria 172 da Secretaria de Justiça e Segurança (à época), publicada em 16/11/2000, ainda em vigor, sob o fundamento de prestação de auxílio à Polícia Civil permite que a Brigada Militar lavre Termos Circunstanciados, quando autor do fato e vítima se fizessem presentes no momento do crime e registre ocorrências dos crimes de menor potencial ofensivo. O TC é procedimento investigativo que visa apuração de infrações penais de menor potencial ofensivo, o que, mesmo sendo fato de pouca gravidade, é atribuição das Polícias Civil e Federal e deve passar pelo crivo da autoridade policial.

Igualmente o registro de ocorrências policiais por milicianos sem a devida formação jurídica, como sói acontecer, prejudica a posterior investigação do fato pela Polícia Civil dadas deficiências de correta tipificação do delito, cadastramento de pessoas (e seu respectivo envolvimento) no sistema de dados integrado, coleta imediata de depoimentos, entre outras mazelas.

Recentemente, ainda no Estado gaúcho, tem a polícia militar levantado sua legitimidade para pedidos e cumprimentos de mandados de busca e apreensão e lavratura de autos de prisão em flagrante, contrariando os preceitos constitucionais já mencionados e a própria essência preventiva, inerente às funções de polícia administrativa.

Na mesma linha e de forma mais veemente, longínqua a discussão acerca do poder investigatório do Ministério Público, no que tange a titularidade da investigação preliminar.

O embate mais recente ganhou notoriedade acadêmica e jurisdicional culminando com numerosas arguições de inconstitucionalidade tanto via controle difuso, como concentrado. Traz-se a baila, a título ilustrativo, a ADIN 3.309 interposta pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil – ADEPOLBRASIL – alegando a inconstitucionalidade da Lei complementar 75 (Estatuto do MPU) e Resolução 77 de 2004 (que regulamenta o art. 8º do Estatuto o qual dá poderes

investigatórios ao MP) — e a ADI 3836, de autoria da OAB — contestando a constitucionalidade da Resolução nº 13/2006 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), que legisla sobre matéria processual penal e dá poderes ao “parquet” para conduzir investigações criminais. Ambas ações ainda não foram decididas tendo como última manifestação dos postulantes (nos dois casos), em meados do corrente ano, pedido de preferência ao julgamento dos feitos.

As mais diversas argumentações são utilizadas como justificantes da legitimidade investigatória na apuração de delitos, por instituições diversas da polícia judiciária.

Busca amparo, a pretensão investigatória pelo Ministério Público, no direito comparado.

O fundamento é ilustrado com legislações de países como França e Espanha onde vigora o sistema do juiz instrutor — que coordena a investigação preliminar —, bem como Alemanha, Itália e Portugal, onde existe a figura do promotor investigador.

É o que sustenta Lopes Júnior:⁹

Atualmente, existe uma tendência de outorgar ao Ministério Público a direção da investigação preliminar, de modo que o *promotor investigador* poderá obrar pessoalmente e/ou por meio da Polícia Judiciária (necessariamente subordinada a ele). A instrução preliminar a cargo do MP tem sido adotada nos países europeus como um substituto ao modelo de instrução judicial anteriormente analisado (juizado de instrução). Neste sentido, a reforma alemã de 1974 suprimiu a figura do juiz instrutor para dar lugar ao promotor investigador. A partir de então, outros países, com maior ou menor intensidade, foram realizando modificações legislativas nessa mesma direção, como sucedeu, *v.g.*, na Itália (1988) e em Portugal (1995). Na Espanha, a Lei Orgânica (LO) 7/1988 que instituiu o procedimento abreviado deu os primeiros passos nessa direção, ao outorgar ao *fiscal* maiores poderes na instrução preliminar.

Verifica-se, todavia, que nos sistemas citados houve notória reformulação legislativa para atribuição de poder investigatório a outros entes, especialmente ao Ministério Público. Por óbvio tais modificações não afrontam os preceitos constitucionais dos países legitimantes. Ao revés, no Brasil, a Constituição Federal

⁹ *Op. cit.*, p. 91-92.

atribui expressamente à polícia judiciária atribuição para investigar a prática de delitos. Não pode, portanto, qualquer legislação infraconstitucional dispor de maneira diversa. Acertadamente não o faz o digesto processual pátrio, lei nacional, pretendendo fazê-lo, “*exempli gratia*”, o Estatuto do Ministério Público da União, lei federal, de alcance limitado portanto.

Embasamento diverso, porém destinado ao mesmo fim, encontra guarida na previsão legal de outros procedimentos investigatórios, não atribuídos à polícia judiciária, tais como as Comissões Parlamentares de Inquérito, o Inquérito Policial Militar, o Inquérito Civil Público e os Procedimentos Administrativos Disciplinares.

A sustentação perde espaço porquanto tais procedimentos têm sujeitos e objetos distintos do Inquérito Policial, não objetivando, precipuamente, a apuração de infrações penais e sua conseqüente penalização.

Às Comissões Parlamentares de Inquérito – CPIs – é atribuído poder investigatório pelo art. 58, § 3º da CF, diferentemente do que ocorre com o MP. São-lhes conferidos poderes similares aos de autoridade judicial, podendo de plano decretarem quebra de sigilo bancário, fiscal e telefônico. No entanto, tal investigação não objetiva diretamente a apuração de infrações penais, mas sim a comprovação de atos de improbidade administrativa e quebra de decoro parlamentar, culminando na aplicação de sanções disciplinares como cassação de mandato e perda de direitos políticos. De tal sorte, se no decorrer dos trabalhos a comissão evidencia a prática de infrações penais os relatórios são enviados à Polícia Federal para que instaure o devido Inquérito Policial, promova diligências e posterior indiciamento.

No que tange aos crimes militares, igualmente por força constitucional, possuem as respectivas instituições Justiça própria com promotores e juizes militares, tendo suas penas caráter administrativo. Assim a investigação também fica a cargo do ente militar. Vale lembrar, contudo, que se o militar comete crime comum é julgado pela justiça comum — Federal ou Estadual — sendo a investigação presidida pela polícia judiciária, a ação proposta pelo promotor de justiça ou procurador da república e julgada pelo juiz de direito ou federal.

A ação civil pública, constitucionalmente instituída, dá poderes investigatórios ao MP para instauração de inquérito civil e não criminal, com fim de preser-

vação do meio ambiente, patrimônio histórico, artístico, cultural e paisagístico e demais interesses difusos e coletivos. Tal procedimento objetiva a elaboração de compromisso de ajustamento de conduta que por sua vez possui natureza civil e não penal¹⁰. Destarte não são permitidas, no curso do Inquérito Civil, representações por prisões provisórias ou medidas cautelares de cunho eminentemente investigativo-criminal, a exemplo das interceptações telefônicas.

Os processos administrativos disciplinares, por fim, são destinados à apuração de infrações disciplinares praticadas por funcionários públicos e sua investigação cabe ao órgão correccional da instituição a qual está vinculado o servidor. A investigação, processo e punição têm caráter exclusivamente administrativo. Se o servidor além de infração disciplinar comete algum crime, tais informações devem ser repassadas a polícia judiciária para respectiva investigação e procedimento policial, a fim de embasar eventual processo-crime.

Pertine lembrar que a nova lei de falências veio a reconhecer a preservação do Inquérito Policial, inexistente no antigo regramento. Foi abolido o famigerado inquérito judicial — uma homenagem ao sistema do juiz instrutor não adotado no Brasil — que permitia ao juiz a produção de provas para julgamento dos crimes falimentares. Preservou o legislador, no entanto, a *vis atrativa* do juízo falimentar no julgamento dos crimes. A justificativa está no fato de que a apuração de tais delitos não tem como foco único a aplicação da pena, mas também garantir com a comprovação da prática criminosa, a declaração do período suspeito, indisponibilidade de bens e pagamento dos créditos falimentares.

Em suma, evidencia-se em todos os procedimentos investigativos mencionados não haver investigação direta de crime comum visando aplicação de sanção penal, uma vez que isso somente cabe à Polícia Judiciária.

Não raro, encontra alicerce a busca pelo poder investigatório, especialmente no que se refere ao Ministério Público, na Teoria dos Poderes Implícitos. Invocada para sustentar que, em sendo o “parquet” o titular da ação penal, tendo atribuição para propô-la também possui poderes para dirigir, produzir e instrumentalizar

¹⁰ LOPES, Fábio Motta. “O Ministério Público na Investigação Criminal”. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, Porto Alegre, ano 6, n. 11, jun./jan. 2005, p. 137-166.

as provas que a embasam, rendendo preito ao jargão jurídico “quem pode o mais, pode o menos”.

Seguiu-se o ordenamento jurídico-penal tal linha de raciocínio desnecessária as atuações não só da polícia judiciária como também do próprio Ministério Público, permanecendo no cenário processual apenas a figura do juiz. Se indistintamente quem pode o mais pode o menos, corolário lógico aquele que julga poder também investigar e propor a ação penal.

De outra banda, inaplicável a Teoria dos Poderes Implícitos em matéria onde há atribuição de poderes explícitos, como no caso em exame. O texto constitucional é expresso no art. 144, § 1º em dar atribuição exclusiva para apuração de infrações penais à Polícia Judiciária. Igual forma a função do Ministério Público no respeito à instrução preliminar, conferindo-lhe expressamente o art. 129, VIII da mesma carta poder requisitório restrito para postular realização de diligências e instauração de Inquérito Policial, às devidas autoridades, com necessária fundamentação.

Assim é que a explicitude exclui a implicitude, não havendo espaço para hermenêutica onde há regramento expresso, claro e definido.

Diante do esposado, entende-se que os argumentos aferidos não encontram amparo na Constituição da República, nos legislatórios infraconstitucionais e tampouco em teorias jurídicas não aplicáveis *in casu*, restando evidenciada a exclusividade da investigação criminal pela polícia judiciária.

6. A polícia judiciária e sua relevância no Estado Democrático de Direito

Muito embora a noção de Estado de Direito tenha sido trazida ao ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição do Império, foi somente na carta de 1988 que o conceito de Estado Democrático de Direito aparece como norteador da organização e desenvolvimento da sociedade brasileira.

Sendo o Estado de Direito aquele onde vigora o império da lei, não só a sociedade como o próprio Estado deve submeter-se ao regramento por ele imposto. Nesta senda, tem como características essenciais a unidade do ordenamento jurídico, o primado da lei, a divisão dos poderes estatais e o reconhecimento e proteção dos direitos e garantias fundamentais.

A divisão pelo Estado dos poderes a ele próprio conferidos é medida fundamental para sua própria limitação conferindo, assim, segurança jurídica ao cidadão e garantindo a manutenção do Estado Democrático de Direito.

Segundo Konrad Hesse, pela interpretação hodierna do princípio da separação de poderes:¹¹

Objeto da divisão de poderes é, antes, positivamente uma ordem de colaboração humana, que constitui os poderes individuais, determina e limita suas competências, regula sua colaboração e, desse modo, deve conduzir à unidade do poder estatal - limitado. Essa tarefa requer não só um refreamento e equilíbrio dos fatores de poder reais, senão ela é também, sobretudo, uma questão de determinação e coordenação apropriada das funções, assim como das forças reais que se personificam nesses órgãos.

O exercício do *jus puniendi* do Estado vem balizado nesta divisão de poderes, conforme disposições constitucionais expressas. Ao Executivo, através da polícia judiciária, cumpre investigar. Ao Ministério Público, titularizar a ação penal. Ao Judiciário, julgar. Tal partição traz inegável segurança jurídica ao cidadão que comete o delito, na certeza de que o poder que investiga não é o mesmo que acusa e nem aquele que julga.

A produção de provas, unilateralmente, em sede preliminar pelo Ministério Público macula tal princípio, uma vez que é órgão acusador e parte no processo. Tal possibilidade fere a garantia constitucional — cláusula pétrea — do devido processo penal, cuja essência é preservar todas as garantias do réu, como uma forma e equilibrar a relação entre o Estado — investigador, acusador, julgador — e o cidadão.

Considerando que as provas técnicas produzidas no IP não são repetidas em juízo, como já falado, sua produção unilateral pelo MP, fere sobremaneira o princípio do devido processo legal, o equilíbrio entre os poderes e própria noção de Estado Democrático de Direito.

¹¹ HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. (traduzido por Luís Afonso Heck). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 369. Disponível em www.direitonet.com.br/textos/x/81/88/818/DN_Legitimidade_da_funcao_investigatoria_do_Ministerio_Publico.doc. Acesso em 27/08/2008.

Tem a polícia judiciária – como parte do sistema repressivo estatal – importante papel a desempenhar na manutenção do Estado Democrático de Direito. Como titular da instrução preliminar garante uma investigação imparcial, que busca a verdade e não tendência municiar uma ou outra parte processual, mas sim embasar a viabilidade da própria existência ou não do processo.

Não é permitido ao Estado sujeitar o cidadão ao processo-crime sem um mínimo de indícios que autorizem o início da ação penal. Eis o objetivo do inquérito policial: colher provas da existência do fato, da autoria e de suas circunstâncias, para que possa o *dominus litis*, formar sua convicção e promover a denúncia ou solicitar o arquivamento do fato perante o Estado-Juiz.

O inquérito policial, como instrumento de investigação da polícia judiciária, configura, em ampla análise, garantia de preservação dos direitos fundamentais do indivíduo, não submetendo a pessoa humana, sem fundada razão, aos percalços de uma ação penal.

7. Considerações finais

O presente trabalho objetivou demonstrar o papel da polícia judiciária no ordenamento jurídico brasileiro. À luz da Constituição Federal e legislação extravagante restou evidenciada a titularidade exclusiva da polícia judiciária no que concerne à investigação destinada a apuração de infrações penais.

A despeito das justificativas utilizadas para legitimar outras instituições, mormente o Ministério Público, para proceder à instrução preliminar, foram trazidos contra-argumentos substanciais para a preservação da investigação criminal pela polícia judiciária. Destarte, vislumbrou-se no inquérito policial um instrumento de garantia para a correta aplicação da Lei Penal, uma vez que realizado por ente imparcial e distante da eventual relação processual-penal que derive do fato investigado, servindo, primordialmente, para análise de viabilidade da própria formação desta relação.

Por fim, afirmou-se a relevância do poder investigatório na persecução criminal e na efetivação do *jus puniendi* do Estado, ressaltando-se a necessidade da manutenção deste poder-dever na esfera da polícia judiciária como forma de assegurar todas as garantias constitucionais daí decorrentes e manter-se a essência do Estado Democrático de Direito.

8. Referências bibliográficas

- ARISTÓTELES. *Política*. In: Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 2000.
- GONZALES, Sônia; SESTI, Beatriz C. Goularte. *Cronologia Histórica da Polícia Civil no Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Polost, 2006.
- HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Traduzido por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 369. Disponível em: www.direitonet.com.br/textos/x/81/88/818/DN_Legitimidade_da_funcao_investigatoria_do_Ministerio_Publico.doc. Acesso em: 27/08/2008.
- LOPES, Fábio Motta. “O Ministério Público na Investigação Criminal”. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, Porto Alegre, ano 6, n. 11, jun.-jan. 2005, p. 137-166.
- LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, vol. I.
- LOPES JÚNIOR, Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. 4ª.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- MARIANO, Benedito Domingos; FREITAS, Isabel. *Polícia Desafio da Democracia Brasileira*. Porto Alegre: Corag, 2002.
- MARQUES, José Frederico. *Apontamentos sobre o Processo Criminal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1959.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- MORAES, Bismael B. *Direito e Polícia (Uma Introdução à Polícia Judiciária)*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986.
- PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. *Provas Ilícitas e Investigação Criminal*. Disponível em: www.tj.ro.gov.br/emeron/sapem/2002/maio/1705/ARTIGOS. Acesso em: 27/08/2008.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997, v. I.

O princípio constitucional da irretroatividade e a correta aplicação da lei de vigência do fato gerador do imposto de renda em face da jurisprudência oscilante do Supremo Tribunal Federal

Rodrigo Araújo Ribeiro*

1.1 Considerações preliminares

O tratamento do tema em estudo é dos mais delicados e merece, desde logo, algumas reflexões mais incisivas por parte da doutrina e da jurisprudência, uma vez que diz respeito à aplicação do princípio da irretroatividade das leis estabelecida no art. 150, III, “a”, da Constituição Federal, extensão dos direitos e garantias fundamentais do cidadão-contribuinte, nos termos determinados pelo art. 5º, § 2º, do texto constitucional.

Cumpre-nos, portanto, estabelecer as premissas e desenvolver um estudo pontual sobre esta garantia fundamental, fazendo um breve giro sobre a constitucionalização do princípio da irretroatividade das leis nas Constituições brasileiras e tecendo comentários críticos e conclusivos a respeito do posicionamento oscilante do Supremo Tribunal Federal sobre o tema específico (*RE 194.612*, Relator Min. Sydney Sanches. *DJ* 08/05/1998 e *RE 183.130*, Relator Min. Carlos Velloso, em julgamento pendente de voto — vista para o Ministro Cezar Peluso, em 14/11/2007), objeto do presente trabalho, que tem seus alicerces no princípio da segurança jurídica e, também, no princípio da confiança, numa concretização do princípio da dignidade da pessoa humana previsto expressamente no texto constitucional.

1.2 Antecedente histórico da constitucionalização do princípio da irretroatividade das leis no Estado brasileiro

A República Federativa do Brasil está em posição de destaque no panorama ocidental, como o único Estado que prescreve em sua Constituição a norma

princípio do direito adquirido. Ao fazê-lo, em seu art. 5º, XXXVI, implicitamente resguardou o princípio da irretroatividade das leis.¹

Desde a Constituição do Brasil Império, em 1824, até a Constituição da República, de 1891, havia a consagração expressa e absoluta do princípio da irretroatividade das leis no texto constitucional. O art. 11, § 3º, da Constituição da República de 1891 previa: “É vedado aos Estados, como à União: prescrever leis retroativas”.

Foi, porém, a partir da Constituição da República de 1934, que se passou a declarar, implícita e relativamente, o princípio da irretroatividade das leis, mediante expressa consagração do direito adquirido. A fórmula expressa, presente na Constituição de 1934, especificamente em seu art. 133, n. 3, prescrevendo que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”, foi mantida, inexoravelmente, pelas Constituições posteriores, salvo, no entanto, a Constituição de 1937, de regime autoritário, que deixou, pela primeira vez na história brasileira, de fazer qualquer referência, expressa ou implícita, ao princípio da irretroatividade das leis.

Abre-se, portanto, um parêntese para a Constituição de 1937, que permitia ao legislador ordinário elaborar leis retroativas, desde que assim expressamente se manifestasse, sem que houvesse ao menos determinado em seu texto o respeito ao direito adquirido como limite à retroatividade das leis.

Uma vez que não se pode considerar esse vácuo jurídico de nossa história, que medeia a Constituição de 1937 até a promulgação da Constituição de 1946, como parâmetro para daí retirar alguma forma de evolução jurídica constitucional de direitos e garantias, certo é que somente a partir da promulgação da Cons-

* Procurador Federal em Belo Horizonte/MG, Mestre em Direito Tributário pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG e Professor de Direito Financeiro e Tributário do Centro Universitário UNA.

¹ TOLEDO, Cláudia. *Direito adquirido e estado democrático de direito*. São Paulo: Landy, 2003, p. 189.

tuição da República de 1946, seguindo passo com a Constituição de 1967, bem como sua Emenda de 1969, também de caráter autoritário, é que se poderá novamente ver restabelecido o princípio da irretroatividade relativa das leis, da forma como havia sido declarado no texto constitucional de 1934.

Assim, a despeito dessa quebra da tradição jurídico-política constitucional, subtraindo da Carta de 1937 o princípio da irretroatividade das leis, verifica-se que ele tem, por natureza, caráter constitucional e, em um Estado Democrático de Direito, é decorrência imediata do princípio da segurança jurídica.

Corretamente, contudo, a Constituição de 1946, tal como fora determinado na Constituição de 1934, fez “voltar o rio ao seu antigo leito”, resguardando o direito subjetivo à segurança nas relações jurídicas mediante a garantia do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, que, implícita e relativamente, impediu a retroatividade das leis.

A Constituição Federal de 1988, consagrando, patente e inequivocamente, a previsibilidade da ação estatal e da estabilidade dos direitos subjetivos individuais, estabeleceu a irretroatividade da lei em geral (art. 5º, XXXVI), da lei penal por duas vezes (art. 5º, XXXVI e XL) e, especificamente, no campo do Direito Tributário, o princípio da irretroatividade das leis tributárias (art. 150, III, “a”).²

² Conforme os ensinamentos de Misabel Derzi, o princípio constitucional da irretroatividade das leis deverá ter um alcance muito mais amplo do que outrora se imaginava, significando a inteligência da norma produzida em determinado momento, expressando a segurança jurídica, certeza e confiança nos atos de vontades estatais. Assim, com maestria peculiar, prediz que o princípio da irretroatividade do direito estende-se a todos os Poderes, mas dirige-se em primeiro lugar ao Legislativo, àquele dos poderes estatais que cabe primeiramente pôr o direito e, na mesma dimensão, aos demais Poderes (Judiciário e Executivo), restringindo e limitando a produção de seus atos. DERZI, Misabel de Abreu Machado. A irretroatividade do direito no direito tributário. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (Org.). *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 179-217.

1.3 A defesa e consagração do Princípio da Irretroatividade das Leis no campo do Direito Tributário pelo Supremo Tribunal Federal

Especificamente no campo do Direito Tributário, o princípio da irretroatividade da lei foi expressamente previsto no Capítulo I, “Do Sistema Constitucional Tributário”, do título VI, “Da Tributação e do Orçamento”, da Constituição da República de 05 de outubro de 1988.

Mesmo antes dessa expressa previsão no texto constitucional brasileiro (art. 150, III, “a”), o Supremo Tribunal Federal já defendia a aplicação desse princípio em matéria tributária, proibindo, por exemplo, empréstimos compulsórios retroativos, embora criados em situações excepcionais de calamidade pública ou urgente absorção temporária do poder aquisitivo, conforme estipulado na Constituição de 1967.

Assim, o Supremo Tribunal Federal, à unanimidade dos votos relatados e discutidos em sessão plenária, julgou inconstitucional o empréstimo compulsório instituído por meio do Decreto-Lei 2.047/1983, no julgamento do Recurso Extraordinário 111.954-3/PR, publicado na *RT-629*, em março de 1988, p. 263/277, tendo como Relator do Recurso o Ministro Oscar Corrêa, conforme Ementa do Acórdão aqui reproduzido:

Empréstimo Compulsório. Decreto-Lei 2.047, de 20/07/1983. Súmula 418. A Súmula 418 perdeu validade em face do art. 21, § 2º, II, da CF (redação da E 01/1969).

Não há distinguir, quanto à natureza, o empréstimo compulsório excepcional do art. 18, § 3º, da CF do empréstimo compulsório especial do art. 21, § 2º, II, da mesma CF. Os casos serão sempre os da lei complementar (CTN, art. 15) ou outra regulamentarmente votada (art. 50 da CF).

O empréstimo sujeita-se às disposições de legalidade e igualdade, mas por sua natureza, não à anterioridade, nos termos do art. 153, § 2º, *in fine*, da CF (demais casos previstos na Constituição).

O Decreto-Lei 2.047/1983, contudo, sofre de vício incurável, a retroação a ganhos, rendas — ainda que não tributáveis — de exercício anterior, já encerrado. Essa retroatividade é inaceitável (art. 153, § 3º, da CF), fundamento diverso do que se apoiou o acórdão recorrido.

Recurso Extraordinário não conhecido, declarada a inconstitucionalidade do Decreto-Lei 2.047/1983.

Ocorreu, portanto, que, ao defender a tese de ir-retroatividade da lei, de forma específica para o Direito Tributário, a Suprema Corte o fez com base na vedação histórica prevista nas Constituições brasileiras de ofensa ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, como previsto no art. 153, § 3º, da Constituição de 1967, com a redação que lhe deu a Emenda Constitucional de 1969, que assim dispunha:

A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...] – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Em outra circunstância, a Suprema Corte também se manifestou sobre a inconstitucionalidade por retroação da lei no memorável voto do Ministro Relator Moreira Alves, proferido em 25/08/1988, no julgamento da Ação de Representação de Inconstitucionalidade 1.451-7 DF do art. 18 do Decreto-Lei 2.323/1987, relativo à indexação retroativa do imposto de renda, transformando-o em “dívida de valor”.³

³ Em seu voto, manifestou o Ministro Relator, Moreira Alves, que “A questão é a de se saber se, no caso, ocorre direito adquirido ou ato jurídico perfeito em favor do contribuinte, porque, em representação de inconstitucionalidade em tese, não há que se tratar de irretroatividade em decorrência de coisa julgada que haja ocorrido concretamente nesse ou naquele caso. Sendo o contribuinte o devedor do imposto, para verificar-se a ocorrência, ou não, de direito adquirido, seria mister, preliminarmente, dilucidar a questão relativa a ter ele, ou não, o denominado direito à liberação do débito, matéria controvertida, em que se contrapõem duas correntes radicalmente antagônicas: a que sustenta a existência de um direito do devedor à liberação (e seus adeptos não são acordes quanto à natureza desse direito — se subjetivo, com caráter afim ao dos direitos reais; ou se potestativo extintivo, como defendem, entre outros, Von Thur, *Der Allgemeine Teil Des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, v. I, par. 10, p. 196, e Andreoli, *Contributo alla Teoria dell' Adempimento*, n. 464, p. 88/90) e a que nega ocorrência desse direito à liberação (entendendo vários seguidores, entre os quais Molitor, *Schuldrecht*, vol. I, § 14, p. 11, que, nesse caso, não há dever ou sujeição do credor, mas tem este apenas o ônus para não sofrer as desvantagens da mora *creditoris*). Para o problema posto nesta representação, não há necessidade de enfrentar-se essa questão, que é mais delicada do que pode parecer à primeira vista. E não há necessidade de enfrentá-la, porque o fato gerador já ocorrido se enquadra na noção ampla de fato jurídico perfeito, como decorre inequivocamente, dos artigos 105, 116 e 144 do Código Tributário Nacional, os quais, interpretando o alcance do art. 153, § 3º da Carta Magna no terreno tributário, se adstringem a esse aspecto. Como bem acentua Pontes de Miranda (*Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda 1, de 1969*, t. V, n. 139, p. 67-68), esse texto constitucional alcança, indubitavelmente, o fato jurídico já ocorrido no passado. O ato jurídico perfeito é fato jurídico, que tem o seu momento-ponto, no espaço-tempo: entrou

Diante da transcrição do voto do Ministro Relator, por unanimidade entre seus pares, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal, ao decidir a Representação de Inconstitucionalidade 1.451-7 DF, em que se discutia, reprise-se, a constitucionalidade da disposição contida no art. 18 do Decreto-Lei 2.323, de fevereiro de 1987, que introduziu critério de atualização monetária no imposto de renda a ser pago pelas pessoas jurídicas relativamente ao período — base que se encerrara em 31/12/1986 —, baseou-se na lição de Pontes de Miranda para declarar inconstitucional a retroatividade do dispositivo legal que “indexava” retroativamente a obrigação, transformando em “dívida de valor” o que era somente “dívida de quantia”. Assim, decidiu-se pela inconstitucionalidade sem que houvesse discussão sobre a questão de saber se se tratava de direito adquirido ou ato jurídico perfeito, já que o fato gerador já ocorrido se enquadrava na noção ampla de ato jurídico perfeito, baseado em interpretação do alcance do art. 153, § 3º, da Carta Magna no terreno constitucional.

A mesma fórmula prescrita no art. 153, § 3º, da Constituição da República de 1967 (com redação a redação da Emenda 1, de 1969), foi submetida à análise por Pontes de Miranda que, enfaticamente, sustentou a tese de que ato jurídico perfeito é fato jurídico pretérito e, por seu turno, melhor teria dito o legislador constitucional que “a lei não incidirá sobre fatos jurídicos pretéritos, inclusive atos jurídicos perfeitos”. Deixou claro que o erro maior do legislador foi o de pensar nos

em algum sistema jurídico, em dado lugar e data [...] Em verdade, a lei nova não incide sobre fatos pretéritos, sejam eles, ou não, atos, e — por conseguinte — não pode prejudicar os direitos adquiridos, isto é, os direitos já irradiados e os que terão de irradiar-se [...] É claro que o art. 153, § 3º, poderia ter dito que a lei nova não incide sobre o ato jurídico perfeito ou outro fato jurídico já ocorrido. Não nos disse por influência histórica e, antes de se referir ao ato jurídico perfeito, referiu-se à eficácia dos fatos jurídicos em geral: ‘não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito.’ melhor teria dito: ‘não incidirá sobre os fatos jurídicos pretéritos, inclusive atos jurídicos perfeitos.’ Ora, no caso é indiscutível que se consumaram em momento anterior ao do início da vigência do art. 18 do Decreto-Lei 2.323/1987, não só o fato gerador do imposto de renda relativo ao exercício financeiro de 1987 (fato esse que se produziu em 31/12/86), mas também seu efeito imediato que foi a relação obrigacional que foi nesse instante nascida [...] *Se o fato gerador dava nascimento — como deu — a obrigação de uma natureza, não pode a lei nova transformá-la em obrigação diversa, porquanto a modificação do efeito alcança, prejudicando-o, o fato jurídico consumado de que ele resultou.* BALEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 7. ed. atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi, Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 195-196.

efeitos dos fatos jurídicos, ao invés de se pensar somente nos fatos jurídicos. Assim explicita seu pensamento, aqui reproduzido:

O ato jurídico perfeito é fato jurídico, que tem o seu momento-ponto, no espaço-tempo: entrou em algum sistema jurídico, em dado lugar e data. [...] Em verdade, a lei nova não incide sobre fatos pretéritos, sejam eles, ou não, atos e – por conseguinte – não pode ‘prejudicar’ os direitos adquiridos, isto é, os direitos já irradiados e os que terão de irradiar-se [...]. É claro, portanto, que o art. 153, § 3º, poderia ter dito que a lei nova não incide sobre o ato jurídico perfeito ou outro fato jurídico já ocorrido. Não no disse por influência histórica e, antes de se referir ao ato jurídico perfeito, referiu-se à eficácia dos fatos jurídicos em geral: ‘não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito [...]’ Melhor teria dito: ‘não incidirá sobre os fatos jurídicos pretéritos, inclusive atos jurídicos perfeitos’.⁴

Se, realmente, a regra jurídica incide sobre o seu suporte fático e, incidindo, faz jurídicos os fatos, e desses fatos jurídicos é que se irradiam os seus efeitos, sustenta Pontes de Miranda em sua obra que a problemática não tinha que partir dos efeitos jurídicos dos fatos, como até então sustentado pelos juristas, mas dos fatos jurídicos que irradiam os seus efeitos.

Em conclusão e na esteira do pensamento de Pontes de Miranda, pode-se dizer, como metáfora usual, que direito adquirido e ato jurídico perfeito são como o verso e o reverso de uma mesma moeda. Mas qual é o verso e qual é o reverso? Depende da posição com que observamos a moeda. Uma vez que se afirma, sem ocorrer em erro, que o ato jurídico perfeito é elemento gerador do direito adquirido, a sua referência é igualmente inútil, pois é evidente que, uma vez que se proteja o efeito, protege-se também a causa que o gerou.

Poderá, contudo, ocorrer que fatos geradores tributários, integralmente consumados à época em que passa a vigorar uma lei que aumenta ou majora tributos, fiquem inteiramente submetidos à lei antiga que continha todos os requisitos indispensáveis para sua realização. Isso ocorre porque, muitas vezes, os atos jurídicos perfeitos geram direitos adquiridos e deveres jurídicos correlatos que deverão ser respeitados pela lei

nova. A regra do ato jurídico perfeito faz-se imprescindível para completar e contornar os problemas que a teoria clássica do direito adquirido não resolvia a contento.⁵

Resta claro que o princípio da irretroatividade da lei tributária previsto no art. 150, III, “a”, que proibe “cobrar tributos em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado”, foi elevado à categoria de princípio constitucional na Constituição Federal de 1988, e, uma vez prescrito literalmente no texto constitucional, restou consagrado como especialização de direitos e garantias individuais, perfazendo o que usualmente se costuma chamar de estatuto do contribuinte.

Defendendo, enfaticamente, o princípio da irretroatividade das leis tributárias expresso no texto constitucional, que protege tanto os efeitos do fato, como o próprio fato em contraposição ao art. 5º, XXXVI, que se refere tão-somente aos efeitos dos fatos, Misabel Derzi assim se expressa:

A Constituição Federal brasileira, por meio da irretroatividade, protege tanto os efeitos irradiados pelo fato, como o próprio fato, o que está de acordo não apenas com a lógica jurídica, mas sobretudo com os valores que o princípio obriga. O art. 5º, XXXVI, por tradição histórica, refere os efeitos, mas o art. 150, III, ‘a’, destaca o fato jurídico, vedando a retroação da lei. Em um ou outro caso, as conseqüências são as mesmas, porque alterando-se os efeitos jurídicos já desencadeados, a lei nova terá modificado fato pretérito.⁶

A importância do princípio da irretroatividade da lei, de forma específica para o Direito Tributário, é de suma importância, pois deixa a par de dúvidas quaisquer referências equivocadas quanto à retroatividade da lei para alcançar fatos geradores e, conseqüentemente, obrigações tributárias pretéritas, embora a Constituição Federal já o tivesse consagrado, por meio

⁵ Maria Luíza Vianna faz menção do ato de testamento que não gera direito adquirido para o testador ou para o legatário e ao qual se aplica a regra do *tempus regit actum*. Assim, da mesma forma, estes atos merecem ser respeitados pela lei nova, embora não gerem direitos adquiridos mas regularmente constituídos de acordo com a lei que estava em vigor ao tempo da sua constituição. MENDONÇA, Maria Luíza Vianna Pessoa de. *O princípio constitucional da irretroatividade da lei: a irretroatividade da lei tributária*, p. 274-275.

⁶ BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*, p. 196.

⁴ PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967 com a emenda 1, de 1969*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, v. 5, p. 67-68.

da vedação histórica de ofensa ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, no art. 5º, XXXVI.⁷

1.4 A vigência e a aplicação da legislação tributária no tempo

Como toda e qualquer manifestação da linguagem, o direito positivo deverá ser investigado por meio de três planos fundamentais: a sintaxe, a semântica e a pragmática. O plano sintático é formado pelo relacionamento que os símbolos lingüísticos mantêm entre si; o plano semântico é o campo das significações do direito e o plano da pragmática indaga a maneira como os sujeitos a utilizam na comunidade em que vivem, verificando os problemas atinentes à eficácia, à vigência e à aplicação das normas jurídicas no sistema normativo. Interpretar o discurso prescritivo da lei é percorrer estes três planos fundamentais e, neste ato de conhecimento, apontar as interpretações possíveis do texto legal.⁸

O Código Tributário Nacional cuidou da vigência e aplicação da legislação tributária no Livro Segundo, Título I, Capítulo II (Vigência da Legislação Tributária) e Capítulo III (Aplicação da Legislação Tributária), tratando, assim, em seus arts. 101, 103 e 104, da vigência da legislação tributária no tempo e, no seu art. 102, da vigência da lei tributária no espaço; já em seus arts. 105 e 106, consagrou a aplicação da legislação tributária.

Embora a expressão “legislação tributária” utilizada pelo Código Tributário Nacional denote as fontes formais principais do Direito Tributário (leis e tratados internacionais) e as secundárias (atos normativos

e ordinatórios do Poder Executivo),⁹ que irão dispor sobre a matéria tributária, o Direito Tributário prima pela estrita legalidade, nos termos do art. 150, I, “a”, da Constituição da República.

Tendo em vista que o princípio da estrita legalidade no Direito Tributário traz no seu bojo os dados prescritores da relação obrigacional, é essencial trazer à baila algumas considerações sobre o processo legislativo para, daí, visualizar-se o ciclo de formação do ato de produção jurídica do Estado.

Em um processo legislativo cujos atos preordenados (iniciativa legislativa, emendas, votação, sanção e veto, promulgação e publicação) visam à formação do direito, é que se verificará o momento da existência, validade e eficácia da lei. Nesse sentido, José Afonso da Silva ensina com maestria:

A promulgação não passa de mera comunicação, aos destinatários da lei, de que esta foi criada com determinado conteúdo. Nesse sentido, pode-se dizer que é o meio de constatar a existência da lei; esta é perfeita antes de ser promulgada; a promulgação não faz a lei, mas os efeitos dela somente se produzem depois daquela. O ato de promulgação tem, assim, como conteúdo, a presunção de que a lei promulgada é válida, executória e potencialmente obrigatória. Mas, no nosso entender, para que a lei se considere efetivamente promulgada, é necessária a publicação do ato, para ciência aos seus destinatários; não do ato da promulgação simplesmente, e sim com o texto promulgado. A lei só se torna eficaz (isto é, em condição de produzir seus efeitos) com a promulgação publicada. A promulgação é obrigatória. Cabe ao Presidente de República, mesmo das leis decorrentes de veto rejeitado (art. 66, § 5º). Se ele não o fizer dentro de quarenta e oito horas, o Presidente do Senado a promulgará, e, se este não o fizer em igual prazo, caberá ao Vice-Presidente do Senado fazê-lo (art. 66, § 7º).

A publicação da lei constitui instrumento pelo qual se transmite a promulgação (que concebemos como comunicação da leitura da lei de seu conteúdo) aos destinatários da lei. A publicação é condição para a lei entrar em vigor e tornar-se eficaz. [...].¹⁰

⁷ Ao mencionar o princípio da irretroatividade de forma específica para o Direito Tributário, a Constituição Federal de 1988 protegeu o contribuinte contra a improvisação, a surpresa e a insegurança do direito. Com isso, a Constituição brasileira afastou posições teóricas e jurisprudenciais estrangeiras que permitem a retroatividade imprópria da lei a que se referem os alemães, italianos e norte-americanos. Nesse sentido, parafraseando os ensinamentos de Misabel Derzi, o princípio da irretroatividade no direito positivo brasileiro não é e não poderá ser relativo, como em outros países que não prevêem constitucionalmente tal princípio, possibilitando que a lei retroagisse e alcançasse fatos no curso do ano em que ela foi editada e antes do termo final do nascimento do direito, como é o caso dos impostos periódicos.

⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 97-100.

⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Fundamentos jurídicos da incidência*, p. 76-78.

¹⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 528.

Importante, pois, como todo ato jurídico, que sejam observados os momentos em que ocorre a existência da lei, determinada pela sua sanção, a constatação da existência e, por seu turno, da validade da lei, mediante a sua promulgação, e a sua eficácia, pela publicação da lei.

Ponto relevante é fazer a distinção entre a eficácia da norma tributária, sua vigência, bem como de sua aplicação, que, por serem conceitos interligados, causam grande confusão no plano pragmático.

Antes de entrar, propriamente, nas peculiaridades das normas tributárias, é imperioso ressaltar as diretrizes genéricas traçadas pela Lei de Introdução ao Código Civil no tocante às normas jurídicas em geral.

A vigência é o prazo que demarca o período de validade da norma, sendo, então, o tempo que vai da publicação até a sua revogação, ou até o prazo estabelecido para sua validade.¹¹

Pode ocorrer, todavia, que a vigência da lei não coincida com a sua validade formal (técnico-jurídica), ou seja, nada impede que uma norma válida, elaborada por órgão competente e em obediência aos preceitos legais, tenha sua vigência postergada. Embora válida a norma, esta não vigorará naquele prazo estabelecido, ou, se ela nada disser, somente depois dos quarenta e cinco dias de sua publicação, nos termos do art. 1º da Lei de Introdução ao Código Civil.

A *vacatio legis* é o intervalo entre a data de publicação da lei e sua entrada em vigor, daí deduzir-se que a norma de direito somente será obrigatória depois do decurso da *vacatio legis*. Antes desse período, a lei nova não terá força obrigatória e autoridade imperativa, mesmo que promulgada e publicada, por estar em vigor a lei antiga.¹²

A vigência da norma está, estrita e diretamente, relacionada com a sua eficácia. A eficácia é a qualidade do texto normativo vigente de poder produzir ou irradiar os seus efeitos jurídicos concretos na sociedade, sendo, por isso, a condição técnica de sua aplicação.¹³

Vale a pena reproduzir o lembrete de Maria Helena Diniz a respeito da relação entre a vigência e eficácia da norma:

É preciso não olvidar, ainda, que uma norma não mais vigente, por ter sido revogada, poderá continuar vinculante, tendo vigor para casos anteriores à sua revogação, produzindo seus efeitos, ante o fato de que se deve respeitar o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI; LICC, art. 6º, §§ 1º a 3º). A norma pode ser eficaz mesmo já revogada. Percebe-se que a norma revogada continuou a produzir os seus efeitos apenas porque outra assim estabeleceu, ordenando que se respeitem situações jurídicas já constituídas, ou aperfeiçoadas, sob a égide do preceito anterior, mas se poderia dizer também, como Miguel Reale, que, para tanto, não seria necessário outro comando normativo, obrigando a aplicação da norma vigente numa época, para dirimir o conflito que nela se configure, por ser isso uma questão subjacente ou uma decorrência lógica da historicidade da vigência.¹⁴

A conexão entre vigência e eficácia é tão flagrante que a norma pode ter vigência e não ter eficácia e, do mesmo modo, pode ter eficácia sem ter vigência.

O caso, por exemplo, de estar a norma vigente, sem ter eficácia, poderá ocorrer quando a norma violentar a consciência coletiva, sem que a sua imperatividade possa regular o comportamento dos destinatários da norma e, conseqüentemente, ser aplicada no caso concreto e produzir os efeitos jurídicos próprios.

Ao lado dessa ausência de eficácia social, poderá ocorrer que a impossibilidade de ser aplicada a norma decorra da ausência de condições exigidas pela própria lei, para que esta produza os seus regulares efeitos (eficácia jurídica).¹⁵

No Direito Tributário, por seu turno, a vigência da legislação tributária rege-se pelas disposições legais aplicáveis às normas jurídicas em geral, ressalvado o disposto no Capítulo II (Vigência da Legislação Tributária), do Título I (Legislação Tributária).

Sendo assim, a especificidade do art. 104 do Código Tributário Nacional, que dispõe que “Entram em

¹¹ DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao código civil interpretada*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 49.

¹² DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao código civil interpretada*, p. 53.

¹³ DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao código civil interpretada*, p. 51.

¹⁴ DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao código civil interpretada*, p.50.

¹⁵ DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao código civil interpretada*, p.51.

vigor no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que ocorra sua publicação os dispositivos desta lei, referentes a impostos sobre o patrimônio ou a renda” — seguindo orientação constitucional determinada pelo art. 2º, II, da Emenda Constitucional 18, de 01/02/1965 — estabeleceu o princípio da anterioridade restrito aos impostos sobre o patrimônio e a renda.

Tendo em vista a superveniência da Constituição de 1967, ficou estabelecido o princípio da anualidade no art. 150, § 29, e, com isso, o art. 104 do Código Tributário Nacional não foi recepcionado pela Constituição, que retirou o princípio da anterioridade do seu sistema.

O princípio da anterioridade foi restabelecido com a Emenda Constitucional 1, de 1969, que determinou em seu art. 153, § 29:

Nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça, nem cobrado, em cada exercício, sem que a lei o houver instituído ou aumentado esteja em vigor antes do início do exercício financeiro, ressalvados a tarifa alfandegária e a de transporte, o imposto sobre produtos industrializados e outros especialmente indicados em lei complementar, além do imposto lançado por motivo de guerra e demais casos previstos nesta Constituição.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o princípio da anterioridade foi especificamente disposto no art. 150, III, “b”, e, por ser um princípio de eficácia plena, que independe de qualquer regulamentação por parte de lei complementar, o entendimento doutrinário predominante é de que o art. 104 do CTN não mais está vigendo.¹⁶

Quando a Constituição de 1988 prescreveu, enfaticamente, que é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios cobrar tributos no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, determinou, expressamente, uma regra de exceção à vigência da norma tributária, mas não de sua eficácia.

Este entendimento foi também sustentado por Paulo de Barros Carvalho, aqui reproduzido:

¹⁶ MENDONÇA, Maria Luiza Vianna Pessoa de. *O princípio constitucional da irretroatividade da lei: a irretroatividade da lei tributária*, p. 300.

Não advogamos a tese de que tais normas (as que criam ou aumentam tributos) entrem, efetivamente, em vigor, nas datas que estipulem, ficando a eficácia jurídica dos fatos previstos em suas hipóteses protelada até o início do próximo exercício financeiro. Não se trata de problema de eficácia, mas única e exclusivamente de vigência. Na hipótese, o que ocorre é a convergência de dois fatores condicionantes, que interagem provocando o deslocamento do termo inicial da vigência, de modo que a regra jurídica que entraria em vigor quarenta e cinco dias depois de publicada ou na data que estabelecer continua sem força vinculante, até que advenha o primeiro dia do novo exercício financeiro. Isso nos autoriza a falar numa vigência predicada pela norma e noutra imperiosamente estabelecida no sistema.¹⁷

É patente, contudo, que a necessidade de ser publicada a lei antes do exercício financeiro em que se quer instituir ou aumentar o tributo faz com que haja o deslocamento do termo inicial de vigência para o primeiro dia do novo exercício financeiro. Com isso, restou introduzido no sistema jurídico um período específico de *vacatio legis* para a norma tributária. É esse, aliás, o entendimento de Maria Luíza Vianna Pessoa de Mendonça:

Assim, no período compreendido entre a data da publicação da lei que cria ou majora tributos e o primeiro dia do exercício financeiro seguinte essa lei existe mas não ingressou ainda no mundo jurídico, não implicou ainda alteração no sistema legal vigente, não entrou em vigor. Terminando esse período de *vacatio legis*, essa lei entra em vigor, podendo a norma nela contida incidir e ser aplicada, estando apta, portanto, para produzir a eficácia a que se referiu Pontes de Miranda, eficácia que, como se viu, expressa-se na sua incidência.

Por todas essas razões, entendemos que o período entre a publicação da lei que cria ou majora tributos e o primeiro dia do exercício financeiro seguinte é tecnicamente um período de *vacatio legis*; o princípio da anterioridade criou um período de *vacatio legis* específico para essa espécie de lei.¹⁸

Depois da promulgação da Emenda Constitucional 42, de 19/12/2003, alterando o texto da Constitui-

¹⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 86.

¹⁸ MENDONÇA, Maria Luiza Vianna Pessoa de. *O princípio constitucional da irretroatividade da lei: a irretroatividade da lei tributária*, p. 251-252.

ção de 1988, o princípio da anterioridade e o da garantia nonagesimal passaram a ter aplicação conjunta, vale dizer, na instituição e cobrança de tributos em geral, deve ser observado pelo poder impositivo não apenas o exercício financeiro, como também um interregno de noventa dias entre a data da publicação e a exigência ou majoração do tributo.¹⁹

No que toca à aplicação da legislação tributária, adotando caminho semelhante do art. 6º, *caput*, da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro (Lei 3.238/1957), o art. 105 do Código Tributário Nacional também fez previsão do efeito imediato da lei tributária, considerando os fatos geradores da obrigação tributária.

Assim, a legislação tributária aplica-se imediatamente aos fatos geradores futuros e aos pendentes, assim entendidos aqueles cuja ocorrência tenha tido início, mas não esteja completa nos termos do art. 116.

Muito já se discutiu sobre a redação dada a esse dispositivo. Muitas críticas construtivas foram feitas pela doutrina sobre a má redação utilizada pela linguagem do legislador em geral, sem o labor científico do jurista. Nesse sentido manifestou-se Paulo de Barros Carvalho:

A linguagem do legislador é uma linguagem técnica, o que significa dizer que se assenta no discurso natural, mas aproveita em quantidade considerável palavras e expressões de cunho determinado, pertinente ao domínio das comunicações científicas. Os membros das Casas Legislativas que se inclinam por um sistema democrático de governo, representam os vários segmentos da sociedade. Alguns são médicos, outros bancários, industriais,

agricultores, engenheiros, advogados, dentistas, comerciantes, operários, o que confere um forte caráter de heterogeneidade, peculiar aos regimes que se queiram representativos.

Ponderações desse jaez nos permitem compreender o porquê dos erros, impropriedades, atecniais, deficiências e ambigüidades que os textos legais cursivamente apresentam. Não é, de forma alguma, o resultado de um trabalho sistematizado cientificamente. Aliás, no campo tributário, os diplomas têm se sucedido em velocidade espantosa, sem que a cronologia corresponda a um plano preordenado e com racionalidade que o intérprete almejaria encontrar. Ainda que as Assembléias nomeiem comissões encarregadas de cuidar dos aspectos formais e jurídico-constitucionais dos diversos estatutos, prevalece a formação extremamente heterogênea que as caracteriza.²⁰

Ao delinear o art. 105 do Código Tributário Nacional, o legislador fez indicar duas figuras distintas: o fato gerador futuro e o fato gerador pendente. Assim, sem lógica e considerando, na construção desses conceitos, a classificação dos fatos geradores de formação instantânea, continuada e complexiva, distinguiu entre o fato gerador futuro, que é aquele que não se verificou, mas quando acontecer seus efeitos serão disciplinados pela legislação tributária vigente, e fato gerador pendente, que é aquele que não está completo, mas em curso de formação.²¹

A doutrina critica, enfaticamente, a redação desse artigo, notadamente pela adjetivação que o legislador inadvertidamente fez ao fato gerador, qualificando-o em futuro e pendente. Conforme próprio e correto entendimento de Paulo de Barros Carvalho, aqui reproduzido:

[...] utilizando a linguagem do Código, fato gerador é aquele que reúne as condições necessárias e suficientes para determinar os efeitos que lhe são próprios (quer se trate de situação de fato, ou de situação jurídica), minguando qualquer elemento de sua composição intrínseca, não merecerá o nome de fato gerador, pois nenhum efeito virá à tona em termos de nascimento da obrigação tributária.

[...]

¹⁹ Werther Botelho Spagnol sustenta que a aplicação conjunta dos princípios da anterioridade e garantia nonagesimal comportam as seguintes exceções, *verbis*: 1º) Contribuições Sociais *stricto sensu*. Neste caso, para as contribuições destinadas ao financiamento da seguridade social, aplica-se apenas o Princípio da Garantia Nonagesimal, conforme estatuído no art. 195, §6º, da Constituição Federal. 2º) Imposto de Renda. Quando a instituição ou majoração deste imposto federal, aplica-se tão-somente à anterioridade. 3º) Imposto sobre Produtos Industrializados. Para este imposto federal, aplica-se apenas o Princípio da Garantia Nonagesimal — Ademais, há dois grupos de exceção, para os quais não se aplicam em conjunto ou separadamente os Princípios da Anterioridade ou Garantia Nonagesimal. Confira-se: 1º) Imposto com características extrafiscais. É o caso dos Impostos de Importação, Exportação e IOF [...]. 2º) Impostos Extraordinários de guerra e empréstimos compulsórios de guerra e calamidade pública [...]. SPAGNOL, Werther Botelho. *Curso de direito tributário*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 114-115.

²⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*, p. 76-78.

²¹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*, p. 90.

Os fatos geradores pendentes são eventos jurídicos tributários que não ocorreram no universo da conduta humana regrada pelo direito. Poderão realizar-se ou não, ninguém sabe. Acontecendo, efetivamente, terão adquirido significação jurídica. Antes, porém, nenhuma importância podem esperar, assemelhando-se, em tudo e por tudo, com os fatos geradores futuros. Se a contingência de haver-se iniciado uma situação de fato ou um situação jurídica pudesse emprestar-lhe alguma dimensão significativa, na ordem do direito, seria o caso de cogitarmos de outra designação, terminologia diversa, evitando-se, por via de consequência, a ilicitude que a presente construção engendra.²²

Nesse mesmo sentido, com magistral síntese de idéias, Sacha Calmon firma a interpretação da expressão “fato gerador pendente” utilizada pelo Código Tributário Nacional:

O artigo usa a expressão ‘fato gerador pendente’ de maneira ambígua, já que o aparta dos fatos geradores futuros e abre ensanchas a que se considere plausível a retroatividade imprópria ou retrospectiva do Direito Tributário brasileiro. Duas defecções perigosas.

Em verdade não existe ‘fato gerador pendente’. É mera força de expressão. Impossível, por outro lado, a lei aplicar-se a um fato gerador que não está completo nos termos do art. 116, ou seja, que ainda não se realizou, ou que ainda está por realizar-se. Ora, é com a realização do fato gerador que ocorre a obrigação. A lei aplicável é a que estiver em vigor à data da realização do fato gerador, 90 dias antes ou no ano anterior.²³

Em que pesem as críticas levantadas pela doutrina, em nada retiram a proficiência do art. 105 do CTN, que não deixa sombra de dúvidas de que as normas veiculadas nas leis que criam ou majoram tributos possam ter eficácia imediata.

Certo é, diante de todo o exposto, que o termo vigência prescrito no art. 150, III, “a”, da Constituição Federal, deve ser articulado com o princípio da anterioridade da lei, também como previsão expressa no texto constitucional, já que a vigência da lei no campo tributário é deslocada para o primeiro dia do novo exercício financeiro.

²² CARVALHO, Paulo de Barros. *Direitos tributários: fundamentos jurídicos da incidência*, p. 91.

²³ COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Manual de direito tributário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 355.

Indiscutível, pois, que a conjugação dos três princípios previstos no art. 150, III, “a”, “b”, “c” (acrescentada pela Emenda Constitucional 42, de 19 de dezembro de 2003), respectivamente, irretroatividade, anterioridade e garantia nonagesimal, garantem o contribuinte quanto à não-retroação da lei tributária e à previsibilidade quanto à tributação futura,²⁴ reflexo do princípio maior da segurança jurídica, norteador do Estado Democrático de Direito.

O princípio da não-surpresa, ou seja, aquele que garante que o contribuinte não venha a suportar tributação retroativa, como também possa dispor de certa previsibilidade quanto à tributação futura, está intimamente ligado aos princípios concretizadores do Estado de Direito — legalidade e segurança jurídica. Funciona, portanto, como limitação ao poder de tributar e atua como proteção aos direitos subjetivos dos contribuintes. Nesse sentido, Eduardo Maneira leciona:

O princípio da não-surpresa está intimamente ligado aos princípios concretizadores do Estado de Direito: legalidade e segurança jurídica.

[...]

Ampara-se na legítima aspiração da sociedade em conhecer com antecedência, o ônus tributário que lhe será exigido — segurança jurídica.

[...]

É também conexo com o princípio da irretroatividade das leis, fato de ambos trabalharem a idéia da *lege praevia* (prévia lei).²⁵

1.5 A lei de vigência dos fatos geradores do imposto de renda e as críticas aos posicionamentos do Supremo Tribunal Federal

O fato imponível do imposto de renda é constituído por uma série de eventos jurídicos relevantes, ocorridos ao longo do ano-base, findo o qual ocorrerá a constituição da relação jurídico-tributária. Ao final, portanto, do período correspondente ao ano-base, qual seja, entre 1º de janeiro a 31 de dezembro de cada ano-calendário, é que se terá o lapso de tempo relevante

²⁴ SPAGNOL, Werther Botelho. *Curso de direito tributário*, p. 113.

²⁵ MANEIRA, Eduardo. *Princípio da não-surpresa*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 23-23.

para a determinação da renda do contribuinte e, por conseguinte, o fato imponible do imposto.²⁶

O imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza é periódico, porque apurados por período certo de tempo. Nos impostos de período, a questão do advento da nova lei, majoradora do tributo, poder ser aplicada mesmo antes do encerramento do ano-base deverá ser perquirida mediante a conjugação dos princípios da anterioridade e da irretroatividade da lei tributária, prescritos no texto constitucional, correspondentes ao estatuto do contribuinte, que impõe limitações aos poderes públicos em tributar.

Antes da Constituição de 1988 e tendo em vista o princípio da anterioridade contido no § 29 do art. 153 da Constituição Federal de 1967 (com redação determinada pela Emenda I, de 1969), o Supremo Tribunal Federal adotou, em 1976, a Súmula 584, que dispõe: “ao Imposto de Renda calculado sobre os rendimentos do ano-base, aplica-se a lei vigente no exercício financeiro em que deve ser apresentada a declaração”.

De acordo com o entendimento consagrado na Súmula, a lei que introduzisse aumento na carga tributária do imposto sobre a renda entraria em vigor no ano da sua publicação e regeria o fato gerador do tributo em questão na sua integralidade, ficando para o exercício seguinte apenas a sua cobrança. Assim, a interpretação correta que se fazia do art. 153, § 29, da Constituição de 1967 era de que a lei haveria de preceder ao exercício financeiro da cobrança do imposto, mas não da ocorrência do fato imponible tributário.

Duas matérias contribuíram para que o Supremo Tribunal Federal sumulasse esse entendimento. A primeira diz respeito à subscrição compulsória por parte das pessoas físicas e jurídicas que recebiam aluguéis relativos a determinados imóveis, de letras imobiliárias do Banco Nacional da Habitação; tal exigência foi

veiculada por lei de novembro de 1964, determinando que o ano-base para o cálculo do valor de tal subscrição seria o do mesmo ano de 1964, englobando aluguéis já vencidos e recebidos desde janeiro de 1964. Assim, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no RE 65.612, *DJ* 10/02/1969, decidiu, por maioria de votos, que a exigência não era retroativa, já que a subscrição somente seria devida em 1965 (exercício financeiro), sendo os aluguéis recebidos em 1964 simplesmente a base de cálculo da exação.

A segunda matéria foi decidida no RE 74.594, *DJ* 21/03/1973, proferida pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, tendo como Relator o Ministro Xavier Albuquerque. O Supremo Tribunal Federal entendeu que o Decreto-Lei 62, de novembro de 1966, que revogou em seu art. 15 a isenção parcial relativa ao imposto de renda que vigorava para os magistrados com previsão no art. 2º da Lei 4.480, de 1964, já poderia operar sobre os rendimentos auferidos pelos magistrados desde janeiro de 1966, pois estes conformariam apenas o ano-base (que seria mero critério de cálculo), sendo que o imposto somente seria efetivamente exigido em 1967.²⁷

Reprise-se, por oportuno, que o entendimento da Suprema Corte consagrava o posicionamento de que o princípio da anterioridade impedia apenas que fosse lançado e arrecadado o tributo no ano em que tivesse a lei entrado em vigor, quer dizer, um tributo criado em agosto poderia incidir sobre fatos jurídicos verificados em agosto do mesmo ano, desde que o fisco tivesse o cuidado de só realizar sua cobrança, mediante ato de lançamento com o escopo de apurar o *quantum debetur*, no exercício seguinte àquele em que o fato impositivo se deu.

A doutrina, que já não vinha aceitando a Súmula 584 do Supremo Tribunal Federal, tomou novo alento para combatê-la com a promulgação da Constituição de 1988, que expressamente conjuga o princípio da anterioridade com o princípio da irretroatividade.²⁸

²⁶ A Constituição de 1988 consagrou o princípio da anualidade orçamentária em seu art. 48, II, art. 165, II e § 5º, e art. 166, caput, tal como fora adotado desde a Constituição do Império, refletindo sobre o direito tributário e produzindo consequências relevantes. Uma vez que o próprio texto constitucional remete à lei complementar para dispor sobre matéria relativa ao exercício financeiro, a vigência, os prazos, a elaboração e a organização do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e da lei orçamentária anual, coube, então, à Lei 4.320/1964 determinar que o exercício financeiro coincidirá com o ano civil (art. 34), qual seja, começa no dia 1º de janeiro e se prolonga até o dia 31 de dezembro de cada ano. Há, portanto, no Brasil, perfeita consonância entre o ano civil e o ano fiscal.

²⁷ GODOI, Marciano Seabra de; SOUTO, Daniela Silva de Guimarães; BARCELOS, Luciana Abreu Pereira. Irretroatividade e anterioridade da lei tributária. In: GODOI, Marciano Seabra de (Coord). *Sistema tributário nacional na jurisprudência do STF*, p. 227-228.

²⁸ BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. Atualizado. 11. ed. atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 806.

O princípio da anterioridade está previsto no art. 150, III, “b”, da Constituição Federal:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...]

III – cobrar tributos:

[...]

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou.

[...]

Se, de um lado, situam-se no prisma semântico os importantes estudos das denotações e conotações dos termos jurídicos, de outro, o intérprete do direito deverá alcançar o exato sentido dos vocábulos jurídicos no texto, às vezes imprecisos, vagos ou multissignificativos.²⁹

É bem verdade, diante da análise literal do artigo supracitado, que a palavra *cobrar* está constitucionalmente empregada em sentido laico, devendo o intérprete entendê-la como sinônima de *exigir*, tal como foi corretamente empregada quando o legislador constitucional elegeu o princípio da garantia nonagesimal para as contribuições sociais para a seguridade social (art. 195, § 6º, CF/1988).

A interpretação a que se chega leva em estrita consideração o princípio máximo da segurança jurídica em sua real dimensão, fazendo valer o direito dos contribuintes de serem tributados de acordo com leis tributárias que vigiam no dia 31 de dezembro do ano anterior ao da ocorrência do fato impositivo.

Uma vez que o Estado de Direito traz consigo a idéia de segurança jurídica e a proibição de qualquer arbitrariedade, certamente que essa segurança jurídica vem reforçada pelo princípio da irretroatividade das leis, assentado na própria Constituição (tanto quanto o próprio princípio da legalidade), com prescrição no art. 5º, XXXVI, repetido no campo tributário no art. 150, III, “a”, além do princípio da anterioridade que resta consagrado no art. 150, III, “b”, do mesmo texto legal. Nessa linha de entendimento, Roque Antônio Carrazza, citando Geraldo Ataliba, acrescenta:

Um sistema de governo em que a representatividade republicana é a chave de abóbada de todo o Direito não admite a insegurança, surpresa, deslealdade como clima de relacionamento Estado-cidadão. A previsibilidade da ação estatal é um timbre do Estado civilizado e sobretudo do Estado de Direito. Por isso, desde 1824, está consagrada em nosso sistema constitucional. Efetivamente, a Constituição não se contentou com a irretroatividade das leis tributárias; quis mais, estabeleceu muito mais: previu um lapso de tempo chamado *vacatio constitutionis*, em benefício da previsibilidade, por parte do contribuinte, relativamente às exigências fiscais, com o que haveria de arcar no exercício financeiro seguinte.³⁰

Na realidade, o princípio da anterioridade veicula a idéia de que deve ser suprimida a tributação de surpresa, já que ela não permite que um contribuinte seja acolhido com uma nova exigência fiscal sem ter conhecimento antecipado dos tributos que lhe serão exigidos ao longo do exercício financeiro, ou, do mesmo modo, que haja a retroatividade de lei que institua ou majore tributos alcançando fatos geradores ocorridos antes da vigência desta lei.

Assim, nesta mesma linha de interpretação, sustenta, ainda, Roque Antônio Carrazza:

[...] O princípio da anterioridade só é obedecido se e enquanto se aceitar que o fato impositivo deve necessariamente ocorrer pelo menos no exercício seguinte àquele em que o tributo foi instituído ou aumentado. Exemplificando, se, no corrente ano fiscal, for criado, por lei o imposto de grandes fortunas, o fato de alguém, neste exercício, possuir grande fortuna continuará a ser um fato tributariamente irrelevante. Apenas no próximo exercício é que o fato de alguém ter grande fortuna passará a ser um fato impositivo. Por quê? Porque somente no próximo exercício é que a lei instituidora do gravame poderá incidir, a teor do art. 150, III, ‘b’, da CF.³¹

É, contudo, insustentável a Súmula 584 do Supremo Tribunal Federal que, infelizmente, mesmo depois da Constituição de 1988, continua a aplicá-la ocasionalmente, trazendo reflexos na esfera das decisões proferidas pelos órgãos da Administração fiscal, tal como ocorreu no *RE 194.612, DJ* de 08/05/1998,

³⁰ CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 188.

³¹ CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*, p. 168-169.

²⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*, p. 98.

proferido pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, tendo como Relator o Ministro Sydney Sanches. Em seu voto, o Ministro anotou que a Lei 7.988, de 28/12/1989, que majorou de 6% para 18% a alíquota do imposto sobre o lucro decorrente de exportações, poderia atingir todo o resultado apurado ao longo do próprio ano-base de 1989, em virtude do entendimento da Súmula 584 do Supremo Tribunal Federal.

A mesma questão jurídica discutida no RE 194.612, supracitado, é objeto do *RE 183.130*, com pendência de julgamento no Supremo Tribunal Federal. O Relator, Ministro Carlos Velloso, proferiu voto em sentido contrário ao do Ministro Sydney Sanches, pois considerou que a aplicação da alíquota de 18% sobre o resultado apurado ao longo do exercício de 1989 viola o princípio da irretroatividade tributária (art. 150, III, “a”). Atualmente, o recurso está no gabinete do Ministro Cezar Peluso, que pediu vista dos autos, após o voto-vista do Ministro Eros Grau, conhecendo e dando provimento ao recurso, no que foi acompanhado pelo Ministro Menezes Direito, e do voto Ministro Joaquim Barbosa, acompanhando o voto do Ministro Relator, para negar provimento ao recurso, conforme integra da decisão de 25/10/2007.

É inquestionável que a aplicação da alíquota de 18% sobre o resultado apurado ao longo do exercício de 1989 viola o princípio da irretroatividade tributária (art. 150, III, “a”) e o princípio da anterioridade (art. 150, III, “b”). Para satisfazer o princípio da anterioridade, faz-se necessário que a lei de regência do imposto de renda seja a vigente em 31 de dezembro do ano anterior ao ano-base, uma vez que os contribuintes teriam a prévia informação do quadro legal que regularia suas atividades tributárias antes de ocorrer o fato imponible tributário, permitindo-lhes, inclusive, que se livrem da tributação, evitando o comportamento que os tornará sujeitos passivos da obrigação tributária.

É uma aberração, portanto, conceber a tese de que nos impostos periódicos, como é o caso do imposto de renda, seu fato imponible vá ocorrendo aos poucos, e a norma jurídica, ao mesmo tempo, vá reconhecendo aos poucos, de modo percentual, os eventos que forem ocorrendo.

A doutrina que se baseia nesse entendimento, fundamenta-o, equivocadamente, no art. 105 do Código Tributário Nacional, afirmando que, se o fato pendente é o fato que já teve início, significa dizer que ele

já existe como fato antes mesmo do encerramento do seu ciclo formativo, por isso a aplicação imediata da lei resulta a fragmentação de um fato pendente ou continuado em duas seções: posterior e anterior à vigência da lei.³²

A cada fato imponible realizado (acontecido) corresponderá o surgimento de uma obrigação tributária. Assim, haverá tantas obrigações tributárias quantos forem os fatos imponíveis. Reputa-se, portanto, ocorrido o fato imponible só no momento em que o último dos fatos requeridos pela hipótese de incidência se verificar, integrando a figura, isto é, subsumindo-se inteiramente à hipótese de incidência.

A lei deve reger o fato gerador por inteiro. Não há como fragmentar o fato gerador em partes, submetendo uma dessas partes à lei antiga e outra à lei nova, ainda mais depois da expressa previsão constitucional do princípio da irretroatividade (art. 150, III, “a”) das leis tributárias na Constituição Federal de 1988, que veda a retroatividade imprópria ou retrospectiva no Direito Tributário brasileiro.

Misabel Abreu Machado Derzi discorre sobre as teorias do princípio da irretroatividade da lei tributária no direito comparado, fazendo distinção entre retroatividade propriamente dita (autêntica) e retroatividade imprópria (retrospectiva) no direito estrangeiro, o que acarreta fragilidade em relação ao Direito Tributário, quando tal princípio não está previsto no texto constitucional. Assim, sustenta:

[...] no sistema jurídico de diferentes países, com ausência de norma constitucional sobre o princípio da irretroatividade, ficou o legislador bem mais livre para alcançar certos fatos pretéritos ou para atingi-los os efeitos. Constituiu-se, então, uma distinção entre retroatividade própria e imprópria. A retroatividade própria ou autêntica apresenta-se quando a lei alcança fatos e relações jurídicas inteiramente ocorridos no passado, ou seja, anteriormente à sua vigência. Ela está vedada porque a segurança jurídica e a confiança na lei são limitações para o legislador alemão, decorrentes do Estado de Direito. Segundo jurisprudência do Tribunal Constitucional tedesco, admite-se a retroati-

³² Maria Luíza Vianna Pessoa de Mendonça cita os argumentos levantados por Alberto Xavier e discorda, também, deste posicionamento equivocado. MENDONÇA, Maria Luíza Vianna Pessoa de. *O princípio constitucional da irretroatividade da lei: a irretroatividade da lei tributária*, p. 317.

vidade autêntica apenas naquelas circunstâncias em que o direito vigente à época da ocorrência do fato era lacunoso ou tão obscuro que nenhuma situação de confiança se criava com base nele; a confiança não seria digna de proteção, pois, de acordo com a situação jurídica existente à época da mudança da lei, o cidadão deveria esperar a nova regra; finalmente, razões de extrema gravidade, decorrentes do bem geral ou coletivo, podem se sobrepor ao mandamento da irretroatividade (Hans Spanner, *Rückwirkung des Steuerrechts in der Steuerwissenschaften*, 2 A.C.H.Beck, 1981, p. 1.161).

[...]

A retroatividade será imprópria ou 'retrospectiva', se a lei não atuar nem sobre o passado, nem sobre o futuro, mas: '[...] em um presente ainda não concluído, porém em vias de formar o fato jurídico e as relações jurídicas [...] no caso dos impostos periódicos, ela ainda é editada no curso do ano, antes do termo final do nascimento do direito. Na verdade, isso foi deduzido da técnica do § 38 ao e não da realidade dos fatos. Aumentos do imposto de renda e das sociedades para o ano de 1980 são admitidos também ainda em 20 de dezembro de 1980. (Klaus Tipke, *Steuerrecht*, Köln. Otto Schmidt KG, 1983, p. 46)'³³

Um fato gerador não poderá estar regido ao mesmo tempo por duas leis diferentes. A unidade e a incidibilidade do fato gerador da obrigação tributária, acima abordada, deverá ser levada em consideração diante da aplicação imediata da lei estabelecida no art. 105 do Código Tributário Nacional.³⁴

Parafraseando os ensinamentos de Sacha Calmon, fato pendente, a teor do art. 105 do Código Tributário Nacional, é apenas o fato sujeito a condição suspensiva que ainda não se deu. Assim, mesmo diante dessa expressão ambígua, não se pode conceber que o Código Tributário Nacional estaria autorizando aplicação da lei nova que entrasse em vigor antes do encerramento do período. O art. 105 do Código Tributário Nacional, conjugado com os arts. 116 e 117, não se aplica aos tributos de período, *in casu*, o imposto de renda.³⁵

Sustenta Geraldo Ataliba que "a eclosão do efeito jurídico magno e principal da hipótese de incidência –

h.i. – se dá a cada ocorrência concreta do fato previsto".³⁶ Nesta mesma linha de raciocínio lógico, Alfredo Becker salienta:

A mesma regra jurídica não pode incidir, mais de uma vez, sobre a mesma hipótese de incidência realizada. Esta se realiza pelo acontecimento do fato (ou complexo de fatos) que forma o seu comando e, sobre esse fato existente (e no qual consiste a hipótese de incidência realizada), a mesma regra jurídica incidirá apenas uma vez. Entretanto, se fato idêntico novamente acontecer, então, a mesma regra jurídica voltará a incidir porque houve segunda realização de sua hipótese de incidência.³⁷

O direito subjetivo ao crédito do sujeito ativo e o dever correspondente ao débito pelo sujeito passivo, surgem no momento exato em que estiver completa a figura típica descrita na norma tributária, ou seja, no exato instante em que ocorrer a subsunção de um fato ocorrido no mundo fenomênico a uma hipótese legal. Isso posto, conclui-se que o que se faz necessário para o surgimento da obrigação tributária é que surja concretamente o fato ou pressuposto que o legislador indica como aquele capaz de servir de fundamento à ocorrência da relação.

Por tudo isso, embora a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ainda oscile sobre a constitucionalidade da retroatividade da lei aplicável ao fato gerador do imposto de renda, certo é que, em favor da segurança jurídica e da proteção da confiança, princípios constitucionalmente resguardados, a Administração fiscal não poderá aplicar a lei do imposto de renda no mesmo ano em que completar o seu fato gerador, sob pena de quebra da lealdade e da confiança recíproca na relação jurídico-tributária por parte do Estado, sujeito ativo dessa relação.

1.6 Em conclusão

De todo o exposto, verifica-se que o princípio da irretroatividade das leis, firmado em vários dispositivos no bojo do texto constitucional brasileiro, denota o intuito do constituinte originário em consagrar e alcançar a previsibilidade estatal e a estabilidade dos

³³ BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*, p. 664.

³⁴ MENDONÇA, Maria Luiza Vianna Pessoa de. *O princípio constitucional da irretroatividade da lei: a irretroatividade da lei tributária*, p. 311.

³⁵ COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Manual de direito tributário*, p. 181.

³⁶ ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 96.

³⁷ BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral de direito tributário*. 3. ed. São Paulo: Lejus, 2002, p. 322-323.

direitos subjetivos individuais, notadamente no campo do direito tributário, perfazendo o que usualmente se costuma chamar de estatuto do contribuinte.

Em que pese o posicionamento do Supremo Tribunal Federal de defesa e consagração do princípio da irretroatividade das leis de forma específica para o Direito Tributário, mesmo antes da expressa determinação contida na Constituição Federal de 1988 (*ex vi* do art. 150, III, “a”), sua jurisprudência ainda oscila sobre a constitucionalidade da retroatividade da lei aplicável ao fato gerador do imposto de renda com embasamento na Súmula 584, de 1976.

Assim, fixadas as premissas de insustentabilidade deste direito sumulado e aplicado no caso especial do imposto de renda, pós vigência da Carta constitucional de 1988, chega-se à escorreita conclusão de que a aplicação do princípio da segurança jurídica, em sua real dimensão e reforçado pelo princípio da irretroatividade das leis, determina o direito dos contribuintes de serem tributados de acordo com as leis tributárias que vigiam no dia 31 de dezembro do ano anterior ao da ocorrência do fato impositivo do imposto de renda, vedando a retroatividade imprópria ou retrospectiva no campo do Direito Tributário brasileiro.

Suspensão condicional do processo: considerações sobre o efetivo direito de audiência do acusado na hipótese em que o ato é realizado por meio de carta precatória

Murilo Mendes*

Desde o momento em que introduzido em nosso ordenamento, com a edição da Lei 9.099/1995, o instituto da suspensão condicional do processo penal vem provocando uma série de controvérsias relevantes no âmbito da jurisprudência. A primeira delas talvez tenha sido aquela pertinente à definição do alcance do instituto relativamente ao seu principal beneficiário: o acusado. A doutrina autorizada sempre preconizou a existência de um *direito subjetivo* invocável por quem, respondendo a uma ação penal, preenchesse os requisitos objetivos e subjetivos estabelecidos no art. 89 da lei dos Juizados Criminais. Os Tribunais, no entanto, firmaram compreensão diversa: o que ali se tinha, segundo orientação majoritária, não era um direito subjetivo do acusado, mas uma faculdade do Ministério Público, faculdade que lhe era assegurada pela sua posição constitucional de titular da ação penal. Assim se manifestava o Superior Tribunal de Justiça: “A egrégia Terceira Seção proclamou o entendimento de que a suspensão condicional do processo, solução extrapenal para o controle de crimes de menor potencial ofensivo, não é um direito subjetivo do réu, mas uma faculdade do titular da ação penal” (STJ; RMS 13229/GO, Rel. Ministro Vicente Leal, Sexta Turma, julgado em 18/03/2003, *DJ* 17/11/2003 p. 380). Esse entendimento firmado já no início da vigência do instituto – e que permanece ainda nos dias de hoje – foi, no entanto, mitigado também por orientação pretoriana: a faculdade não é caracterizada pela nota da discricionariedade, de modo que, não explicitados ao juiz os motivos idôneos da recusa, cumpre a este, por analogia do art. 28 do Código de Processo Penal, remeter os autos ao Procurador-Geral. Assim é o conteúdo da Súmula 696 do Supremo Tribunal Federal: “Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o promotor da justiça a propô-la, o juiz, dissentindo, remeterá a questão ao procurador-geral, aplicando-se por

analogia o art. 28 do Código de Processo Penal”. Essa, aliás, é uma estranha forma de analogia. Se por analogia se entende a aplicação “a um caso não contemplado de modo direto ou específico por uma norma jurídica, uma norma prevista para hipótese distinta *mas semelhante ao caso não contemplado*”, então não se poderia vê-la configurada quando divergem o juiz e o promotor a respeito da suspensão do processo: o que há de semelhança com o art. 28 do CPP é apenas a divergência. Mas a natureza da divergência é substancialmente diferente nos dois casos. Na hipótese do art. 28 do CPP, a divergência dá-se porque o promotor não quer denunciar – e o juiz sai em defesa da sociedade; no segundo caso, o motivo da discórdia é a recusa em oferecer a suspensão – e o juiz se põe ao lado dos interesses do réu. Cezar Roberto Bittencourt assim expressa a sua opinião contrária a esse expediente: “Tem-se sugerido a utilização da faculdade prevista no art. 28 do CPP. Mas esse “expediente” também não satisfaz porque, naquela hipótese, o “recurso” é contra o acusado e em prol da sociedade. Aqui a situação é diferente: será o denunciado que estará sofrendo constrangimento ilegal, com a não-propositura da suspensão do processo, quando, teoricamente, cabível. É exatamente isso: se os requisitos estiverem presentes, mas o Ministério Público, por qualquer razão, não os percebe, não os aceita ou os avalia mal, como consideramos tratar-se de um direito público subjetivo do réu, só há uma saída honrosamente legal: *habeas corpus*” (in *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 603/604).

¹ DINIZ, Maria Helena. Lei de Introdução ao Código Civil. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 107. “O fundamento da analogia”, assinala mais adiante eminente doutrinadora, “encontra-se na igualdade jurídica, já que o processo analógico constitui um raciocínio “baseado em razões relevantes de similitude”, fundando-se na identidade de razão, que é o elemento justificador da aplicabilidade da norma a casos não previstos, mas substancialmente semelhantes, sem contudo ter por objetivo perscrutar o exato significado da norma, partindo, tão-só, do pressuposto de que questão *sub judice*, apesar de não se enquadrar no dispositivo legal, deve cair sob sua égide por semelhança de razão” (p. 109).

* Juiz Federal Substituto em Sinop, Mato Grosso.

Uma outra questão suscitou controvérsia e requereu a manifestação dos Tribunais. Consistia ela em saber até quando, efetivamente, o benefício poderia ser oferecido, sendo que a respeito firmou-se entendimento de que a sua concessão era possível apenas até o momento em que proferida a sentença. Em acórdão do ano de 2001, ficou consignado o seguinte pelo Superior Tribunal de Justiça: “É firme o entendimento de que, proferida a sentença, não se aplica a suspensão condicional do processo, sob pena de se desvirtuar a natureza jurídica do instituto” (STJ; REsp 260826/SP, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, julgado em 03/04/2001, DJ 27/08/2001 p. 423). A sentença condenatória atuava como uma espécie de fator preclusivo relativamente à suspensão processual, de modo que, uma vez proferida, a matéria tornava-se “vencida” no âmbito da ação penal em curso. Dessa posição limitativa do “sursis processual” evoluiu-se para uma outra mais favorável aos interesses do acusado e que se traduz pelo entendimento de que, verificado pelo juiz, no momento da prolação da sentença, seja por motivo de desclassificação da imputação inicialmente feita pela acusação, seja em razão de solução absolutória quanto a um (ou mais) delito praticado em concurso, que o limite mínimo da pena do crime remanescente permite que se suspenda condicionalmente a ação penal, cumpre-lhe abrir vista ao Ministério Público para que o “*parquet*” se manifeste. “Mostrando-se possível, em tese, a suspensão condicional do processo (Lei 9.099/1995, art. 89), decorrente da desclassificação do crime tipificado na denúncia, necessária se faz a diligência judicial destinada a provocar a manifestação do Ministério Público a respeito. Ordem concedida, para *anular a sentença* e o acórdão impugnado, com retorno dos autos à instância originária, para viabilizar a manifestação do Ministério Público acerca de eventual proposta de suspensão condicional do processo” (STJ; HC 43520/RJ, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 06/10/2005, DJ 14/11/2005 p. 356). A ordem de anulação da sentença é um indicativo bem claro de que não mais se atribui ao decreto condenatório aquele efeito preclusivo sobre o direito do acusado.

Tema que também foi objeto de especial atenção da jurisprudência, de relevância indiscutível para a aplicação da suspensão condicional do processo, é o que diz respeito à possibilidade de o juiz, já no recebimento da denúncia, desclassificar a imputação equivocada, de modo a enquadrá-la em delito que, em tese, pelo quan-

titativo da pena mínima, permite a sua realização. Aqui não há propriamente um consenso jurisprudencial. Não há inclusive muitas decisões a respeito. Encontra-se, todavia, no Tribunal Federal da 4ª Região, julgados que acolhem a tese da desclassificação ainda no início da demanda penal: “O juiz pode, em face dos novos institutos da transação e da suspensão condicional do processo, já no recebimento da denúncia, dar nova capitulação aos fatos narrados na inicial, sempre que verificar ter havido vício de capitulação, com prejuízo para o réu” (TRF4; HC 1999.04.01108403-7, relator para o acórdão Desembargador Federal Amir Sarti, 1ª Turma, 03/03/2000). “O estelionato como crime material admite tentativa. A conduta narrada na inicial do Estado informa a prática pelo acusado do crime previsto no art. 171, c/c o art. 14, inc-2 do CP-40. Recebida a denúncia pelo delito desclassificado para a forma tentada do art. 171, do CP-40, verificando-se a cominação da pena, que resulta aquém de um ano pela tentativa, impõe-se que se determine a remessa do processo ao Ministério Público Federal para as finalidades do art. 89 da Lei dos Juizados Especiais” (TRF4; Inquérito nº 1998.04.01013605-0, relatora Desembargadora Federal Tânia Escobar, 26/08/98). “Embora o habeas corpus não seja a via adequada para efetivar-se a desclassificação do delito — uma que vez, regra geral, tal circunstância implica verificação do conjunto probatório — se faz necessário ao menos análise perfunctória da tipificação legal, principalmente nos casos em que a capitulação errônea da conduta acarreta supressão de certos benefícios legais aos acusados (transação penal, suspensão condicional do processo etc.)” (TRF4; HC 2007.04.00009148-6, Relator Desembargador Federal Elcio Pinheiro de Castro, 02/05/2007).

Esse breve levantamento de precedentes relacionados com a suspensão condicional do processo tem o propósito apenas de demonstrar uma nítida inclinação da jurisprudência à construção de soluções interpretativas que confirmam maior eficácia possível ao instituto. Nem poderia ser diferente. A suspensão condicional do processo não é mera regra de direito processual. Cuida-se, ao contrário, de instituto de direito material, como tal suficiente para despertar no intérprete aquele grau de abertura e predisposição recomendáveis no exercício interpretativo das normas penais, postura muito comum, de resto, no âmbito do Direito Penal. A possibilidade de concessão de *habeas corpus* de ofício, aliás, não é outra coisa senão um modo não muito sutil

com que o legislador adverte o juiz para os poderes de que dispõe quando se defronte no processo com violações aos direitos dos acusados. E depois não se pode esquecer que a suspensão condicional do processo — e também a transação penal — veio ao ordenamento com intuito indiscutivelmente despenalizador, como uma alternativa à pena privativa de liberdade, sendo isso também mais um motivo para justificar um comportamento ativo do aplicador do Direito na direção de sua real e efetiva concretização.

Tomando em consideração esse aspecto da efetividade que a jurisprudência vem empregando ao instituto é que parece insuficientemente solucionada a situação que envolve a realização de audiência de suspensão condicional do processo por carta precatória.² *O principal argumento para negar poder de iniciativa ao juiz e ao Ministério Público do local em que realizada a audiência é aquele segundo o qual a carta precatória é tão-somente um ato de colaboração, não se admitindo que o juízo deprecado exorbite de suas funções de mero colaborador e passe a dispor de matéria que seria de atribuição (competência) do juízo deprecante.* Se o ato decisório que se reputa insuscetível de ser praticado é o ato de homologação do acordo firmado entre o Ministério Público e o acusado, não há explicação consistente para que seja ele considerado válido apenas quando a proposta aceita tenha sido aquela formulada no juízo de origem. Se se diz que o juiz deprecado não pode decidir, então ele não pode decidir em nenhuma

² O Superior Tribunal de Justiça, em julgado de 1997, analisou o seguinte caso: o juiz deprecado recebeu a precatória sem que o juízo deprecante houvesse formulado as condições da suspensão; julgando-se incompetente para formulá-las ele próprio ao réu, devolveu a carta. “Decisão do conflito: conhecimento do conflito e julgamento procedente para declarar competente para estabelecer as condições de que trata a Lei 9.099, art. 89, o juiz deprecante”. No corpo do voto, ficou assinalado o seguinte: “Dai porque assiste razão ao juízo deprecado, que não poderá estabelecer condições para que o acusado possa cumprir, eis que a Lei 9.099/1995 determina que, aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, o juiz, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, especificando as condições gerais e as adequadas à situação pessoal do acusado. Ato como tais não podem ser deprecados, mas tão-somente diligências que independem de juízo decisório, como a submissão da proposta de suspensão do processo e a fiscalização do seu cumprimento” (CC 18.619/SP, relator Ministro José Arnaldo, 28/05/2007). Conclusão: o juiz deprecado não tem poder de deliberação. Sua atividade limita-se a comunicar ao réu as condições impostas na origem pelo Ministério Público no juízo de origem. Não havendo aceitação, a carta deve ser devolvida. Se o réu aceitar as condições impostas, o juiz homologa e passa a fiscalizar o cumprimento.

hipótese, nem quando a homologação incida sobre a proposta contida na precatória, nem quando recaia sobre proposta feita na audiência deprecada pelo Ministério Público que esteja presente. E, sendo assim, o juízo deprecado, após ouvir do réu que estaria de acordo com as condições impostas, deveria devolver a carta, para que no juízo deprecante fosse proferida a decisão homologatória. Depois de homologado o acordo, nova precatória seria expedida, para que realizado o acompanhamento. Esse procedimento, além de irracional e contraproducente, tem ainda um outro inconveniente, que pode suscitar controvérsias entre os dois juízos (o deprecante e o deprecado): pode ocorrer que na origem sejam fixadas condições que afrontem os direitos constitucionais do acusado (restritivas do direito de locomoção, por exemplo), e nesse caso não se poderia impor ao juízo deprecado que fiscalizasse, de maneira “neutra” e desinteressada, o cumprimento da restrição contra a qual se levante a sua consciência. E nem se poderia argumentar com a impossibilidade de recusa da carta precatória fora das hipóteses do art. 209 do CPC. Ainda que em casos excepcionais, a jurisprudência vem reconhecendo ao juízo deprecado o direito de exame da legalidade do ato deprecado: “Havendo nos autos elementos que desautorizem o levantamento do depósito pleiteado pela parte agravante, não há que se falar em ofensa ao art. 209 do Código de Processo Civil, pela recusa do MM. Juiz Federal agravado em dar cumprimento à carta precatória, face a incidência ao caso em comento do disposto no art. 125, incisos I e IV, do referido diploma legal” (TRF da 1ª Região, AG 1999.01.00.003466-9, relator Desembargador Federal Ítalo Mendes, 05/06/2000). “Não deve ser absoluto o entendimento no sentido de que a recusa ao cumprimento de carta precatória somente pode ocorrer nas estritas hipóteses ao art. 209 do Código de Processo Civil, quando há, como no presente caso, relevantes fundamentos que autorizem o seu não cumprimento” (TRF 1ª Região, MS 2003.01.00.18128-1, relator Desembargador Federal Ítalo Mendes, 10/11/2004). Se esse controle da legalidade é possível em feitos cíveis, que dirá então em matéria penal!

Mas o certo é que a questão nem precisaria ser posta assim em termos tão extremados — sob uma ótica do “tudo ou nada”. Bem apreciado o problema, o que se tem nesses casos em que a suspensão condicional do processo é feita mediante a expedição de carta precatória é a depreciação de uma *audiência*. O que se deprecia

não é um simples ato de comunicação, de instrução processual ou de constrição, como se tem de ordinário nas cartas precatórias. É a realização de uma audiência que é requerida do juízo deprecado. Se por audiência se entende a “*atenção dada a quem fala*” (Aurélio)³, o ato em que o juiz e o promotor escutassem o réu mas não lhe dessem ouvidos poderia ser tudo, menos uma audiência. Tratar-se-ia apenas de um simulacro; de uma imitação. O que se tem que admitir é que a depreciação da suspensão do processo já não cabe mais nos limites estreitos das providências que a lei ordinariamente reserva ao juízo deprecado. E deve-se também admitir que o impasse não pode ser resolvido com a restrição dos direitos fundamentais do acusado, entre os quais se inclui, evidentemente, o direito de audiência como ato pleno e efetivo, com o diálogo que lhe é inerente, e não como mero ato de comunicação. Essa opção em favor da regra processual da *carta*, com a invocação do argumento do *juízo competente* que lhe está subjacente, por negar eficácia à realização da suspensão do processo relativamente ao réu que reside fora do local do delito, deve ser substituída por uma outra que privilegie a regra de direito material penal, cuja efetivação não prescinde de contato direto entre o acusado e o órgão ministerial, como forma natural de viabilização do acordo. “Os sucessos do processo”, assinalam Cândido Dinamarco, Ada Grinover e Antônio Carlos de Araújo Cintra, “não devem ser tais que superem ou contrariem os desígnios do direito material, do qual ele é também um instrumento (à aplicação das regras processuais não deve ser dada tanta importância, a ponto de, para sua prevalência, ser condenado um inocente ou absolvido um culpado)” (*in Teoria Geral do Processo*, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 44), formulação especialmente válida quando se pretende com base nela encontrar uma solução que atenda, sem prejuízo aos direitos do réu, à efetividade da prestação jurisdicional. Se a carta precatória assume, na hipótese, feição por assim dizer atípica, outra deve ser a atuação do intérprete que lhe investigue o alcance, empreendendo um trabalho hermenêutico que lhe atualize o sentido e a torne condizente com a nova realidade, sendo certo que o problema não foi objeto de atenção do legislador ordinário quando fez introduzir o art. 89

³ AUDIÊNCIA, In: FERREIRA, Aurélio B. de Holanda. Novo dicionário da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975. p. 202.

da Lei 9.099/1995 no ordenamento. “Quanto melhor souber a jurisprudência adaptar o Direito vigente às circunstâncias mutáveis da vida”, observa Carlos Maximiliano, “tanto menos necessário se tornará pôr em movimento a máquina de legislar. Até mesmo a norma defeituosa pode atingir os seus fins, desde que seja inteligentemente aplicada” (*in Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Forense: Rio de Janeiro, 1988, p. 61). É sabido que o processo penal tramita ordinariamente no local do crime (art. 70 CPP) porque ali se revela mais efetiva a colheita da prova. Não menos verdade (e isso não se pode negar) é que o juízo da audiência deprecada é o que reúne melhores condições de avaliar as justificativas apresentadas pelo acusado.

O que se há de buscar, portanto, é uma solução harmonizadora, que, sem retirar autoridade do juiz da causa, confira ao juízo deprecado poder de iniciativa indispensável à realização efetiva do instituto. Assim é que se revela bem razoável o entendimento de que o juízo encarregado da audiência (deprecado) não poderia estabelecer condições mais onerosas ao réu do que aquelas fixadas na origem. Teria como pauta mínima a proposta que lhe foi enviada, só podendo modificá-la para melhor, depois de ponderados os motivos apresentadas pelo réu para a impossibilidade de cumprimento. É bom ter presente que “*princípios como o do devido processo legal e o do juízo natural somente podem ser invocados em favor do réu e nunca em seu prejuízo*” (STF; HC 80263/SP, Rel. Ministro Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, julgado em 20/02/2003, DJ 27/03/2003 p. 30).⁴ De qualquer modo, a competência do juiz da causa não fica afastada, pois é dele, afinal, a decisão sobre a extinção da punibilidade, contra a qual poderá o acusado, sendo-lhe esta desfavorável, interpor o recurso cabível ao Tribunal respectivo. Revela-se apropriada ao caso que se discute a lição de Cezar Roberto Bittencourt: “A transação penal, seguida da possibilidade, entre outras condições, da suspensão condicional do processo, representam um novo modelo consensual da Justiça Criminal. *Essa nova política criminal exige uma nova postura institucional dos operadores do Direito, onde*

⁴ “Os atos praticados por órgão jurisdicional constitucionalmente incompetente são atos nulos e não inexistentes, já que produzidos por juiz regularmente investido de jurisdição, que, como se sabe, é uma. Assim, a nulidade decorrente da sentença prolatada com vício de incompetência do juízo precisa ser declarada e, embora não possua o alcance das decisões válidas, pode produzir efeitos” (STF, HC 80263, relator Ministro Ilmar Galvão).

não há espaço para disputas de belezas, na tentativa de sobrepujarem-se umas sobre as outras. A harmonia, o desapego e a racionalização, sem hostilidades (nem entre os operadores do Direito nem em relação ao autor do fato), serão fundamentais para aceitação do acordo e para o êxito final dos novos institutos” (*op. cit.* p. 582). É em respeito também a essa racionalização do serviço judiciário, a que faz referência a doutrina, que se mostra possível empreender um esforço de interpretação tendente a viabilizar o direito do acusado de ser efetivamente ouvido em juízo. Conquanto a direção racional do processo não seja um princípio expresso na Constituição, ela pode ser vista, sem dúvida alguma, como uma decorrência lógica do postulado maior da efetividade da jurisdição, a que se deve recorrer também em matéria penal, especialmente quando favorável aos interesses do acusado.⁵ Se não se conceber a possibilidade de modificação da proposta no juízo deprecante, deve-se afirmar então — porque isso é o que acontecerá na prática — que o réu que mora em lugar diverso daquele em que praticado o crime não tem direito de audiência, não pelo menos naquela acepção comum em que o termo é normalmente empregado, restando vulnerado não um princípio específico da Carta, mas o próprio princípio democrático. Dificilmente se encontraria argumento para justificar essa espécie de discriminação. Se o réu vem a juízo falar com um juiz que não o escuta e com um promotor alheio ao que ele diz, uma “audiência” assim realizada mais se aproximaria de um procedimento kafkaniano do que de um ato jurisdicional legítimo. E, em vez de depreciação de audiência, o mais correto seria que o réu fosse comunicado sobre as condições feitas na origem por uma simples correspondência. É bom ter presente que o

⁵ “Uma das características do processo civil moderno”, assinala Cândido Dinamarco, “é o repúdio ao formalismo, mediante a flexibilização das formas e interpretação racional das normas que as exigem, segundo os objetivos a atingir. É de grande importância a regra das instrumentalidades das formas, concebida para conduzir a essa interpretação e consistente na afirmação de que, realizado por algum modo o objetivo de determinado ato processo e não ocorrendo prejuízo a qualquer dos litigantes ou ao correto exercício da jurisdição, nada há a anular ainda quando omitido o próprio ato ou realizado com transgressão a exigências formais” (in *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2005, Vol I, p. 57). Embora as considerações digam respeito ao processo civil, não se pode negar que ao processo penal também se aplica a exigência dessa condução racional que o direciona para a boa solução do conflito, contanto, sempre e necessariamente, nesse caso, que não se afronte direitos e garantias instituídas em favor do acusado.

direito de audiência não é uma garantia que possa ser extraída apenas do ordenamento interno. A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) contém, em seu art. X, cláusula expressa a respeito: “Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma *audiência* justa e pública por parte de um Tribunal independente e imparcial, *para decidir de seus direitos* e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal”. Considerando-se o especial relevo que os tratados adquiriram no texto constitucional com a edição da Emenda 45, de 08/12/2004, esse é ainda mais um fundamento que viabiliza, em favor do acusado, uma interpretação que leve a prestigiar o seu direito de efetivamente ser ouvido em juízo, direito que não adquirirá plena eficácia se realizado sem o diálogo e a interação que devem orientar os participantes do ato.

Mas há ainda um outro modo de ver a questão e que consiste em definir a posição que o Ministério Público ocupa na audiência realizada por carta precatória para a suspensão condicional do processo. Não está ainda bem definido o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a figura do “promotor natural”. Em discussão travada no HC 67759-2 a questão foi ventilada e amplamente discutida, sendo que, na ocasião, o Pleno inclinou-se a considerar que o instituto não poderia ser extraído diretamente do texto constitucional.⁶ De

⁶ (STF; HC 67759/RJ, Rel. Ministro Celso Mello, Tribunal Pleno, julgado em 06/08/1992, DJ 01/07/1993 p. 13142) “Nem me parece”, dizia o Ministro Sepúlveda Pertence em certa passagem de seu voto, “que o sistema constitucional constitua óbice à continuidade e ao aprofundamento da experiência de grupos especiais de promotores, dedicados a matérias específicas: na medida em que constituídos na forma da lei, o plexo de atribuições de tais equipes, ipso facto, estará subtraído da esfera protegida das atribuições legais ordinárias do agente que tenha a sua demarcação na competência do juízo perante o qual sirva. Estou, data venia, em que a opinião contrária é fruto do mesmo mimetismo a que aludi e parte da falsa idéia de que a rotina ronqueira de que o ofício de cada órgão do Ministério Público deve ter atribuições coextensivas ao de um órgão judiciário. Nada, entretanto, o impõe e as conveniências da administração dos fins institucionais do Ministério Público frequentemente o desaconselham”. Já o Ministro Celso de Mello defendeu enfaticamente a possibilidade de se extrair do texto da Carta a existência do princípio em nosso ordenamento: “O princípio do Promotor Natural, tendo presente a nova disciplina constitucional do Ministério Público, ganha especial significação no que se refere ao objetivo último decorrente de sua formulação doutrinária: trata-se de garantia da ordem jurídica destinada tanto a proteger o membro da instituição, na medida em que lhe assegure o exercício pleno e independente de seu ofício, quanto a tutelar a própria coletividade, a quem se reconhece o direito de ver atuando, em quaisquer causas, apenas o Promotor cuja intervenção se justifique a partir de critérios abstratos e pré-determinados, estabelecidos em lei”. O Ministro Paulo Brossard, de sua vez,

qualquer modo, não é o caso de aprofundamento sobre o tema, que se mostra, de rigor, dispensável à análise do problema. Apenas deve ser dito que Promotor natural é figura que se opõe a promotor de exceção, aquele eventualmente nomeado *ad hoc* para determinada tarefa. Uma coisa, porém, é certa, por mais óbvia que pareça: não existe a figura do “promotor competente”. Competência é conceito que se aplica aos órgãos judiciários.⁷ Então, em se aplicando aquele entendimento há muito firmado na jurisprudência, segundo o qual a suspensão é faculdade do Ministério Público, ou seja, é do órgão ministerial a iniciativa da proposta, nada impede que o promotor da audiência, no exercício legítimo das garantias constitucionais que lhe são asseguradas, reformule, depois de ouvido o réu e acolhida a sua eventual objeção, a proposta feita na origem. Os princípios da unidade, indivisibilidade e independência funcional, que regem a atuação do Ministério Público (art. 127, § 1º, da CF), legitimam a interpretação de que o promotor da audiência deprecada é também, nesse ato específico, o “promotor da causa”. E o juiz, nesse caso, ao homologar o acordo, estaria dispondo sobre a manifestação do *parquet* presente à audiência, dentro dos limites de sua competência. “Afirmar que o Ministério Público é uno e indivisível significa dizer, como

adotou postura mais radical, não enxergando no texto maior fundamento que admitisse sustentar a figura do promotor natural: “Aliás”, assinalava o Ministro, “a designação de um promotor para acompanhar todos os processos decorrentes de certa operação policial, como no caso vertente, parece-me que se justifica por si mesma, a conveniência de dar unidade e coerência à ação do Ministério Público em relação a situações idênticas, evitando contradição ou desconformidade em procedimentos resultantes de uma só origem. O Procurador-Geral tem esse poder? Entendo que sim; ele tem de ter; não precisa de lei dizer; decorre da própria organização do serviço público. A menos que houvesse norma legal expressa em contrário, tenho para mim que é um poder insito a toda organização do serviço público”. E, para enfatizar que nem os princípios constitucionais da unidade e indivisibilidade o faziam pensar em sentido contrário, deixou assinado o seguinte: “Eu apenas diria, Senhor Presidente, e sem propósito de prolongar o meu voto, que os princípios da unidade e da indivisibilidade do Ministério Público não são uma novidade. A eles se refere a velha lei do Ministério Público, e mais que isto, Senhor Presidente, antes que estivesse na lei, estava na jurisprudência”

⁷ “Competência é o conjunto das atribuições jurisdicionais de cada órgão ou grupo de órgãos, estabelecidas pela Constituição e pela lei. Ela é também conceituada como medida da jurisdição (definição tradicional) ou quantidade de jurisdição cujo exercício é atribuído a um órgão ou grupo de órgãos (Liebman). Considerando determinado órgão judiciário, ou grupo de órgãos, sua competência é representada pela massa de atividades jurisdicionais que a ele cabe realizar, segundo o direito positivo” Dinamarco. Cândido Rangel. op. cit. p. 436).

anotou Arruda Alvim, que a manifestação de qualquer de seus agentes, no cumprimento do dever funcional, *vinculará a própria instituição como um todo*”.⁸ E essa manifestação de caráter vinculante para toda a instituição como um todo só poder ser uma: a última.

Não custa lembrar, de outra parte, que a jurisdição de primeira instância é cada vez mais estimulada pelos órgãos superiores da administração da Justiça a promover atividades de cunho conciliatório, como forma de fazer valer na prática aquela efetividade que constitui promessa constitucional e expectativa legítima do jurisdicionado. Promessa desse tipo não pode ser realizada simplesmente com menosprezo das regras processuais. Mas nada impede que o intérprete promova uma adaptação de regras antigas à nova realidade, sendo antes recomendável que assim proceda.⁹ E o modo mais correto, salvo melhor juízo, de conferir eficácia à audiência de suspensão condicional do processo realizada por carta precatória é conceder ao acusado efetivo direito de ser ouvido pelo juiz e pelo promotor, entendido esse direito em sentido amplo, com as conseqüências daí decorrentes, entre as quais está a de oferecer eventuais objeções às condições impostas, com as justificativas que lhes sejam pertinentes, e a de requerer o estabelecimento de outras, para que

⁸ ZAVASCKI. Teori Albino. Ação Civil Pública: competência para a causa e repartição de atribuições entre os órgãos do Ministério Público (<http://bdjur.stj.gov.br>)

⁹ Pertinente, mais uma vez, a lição de Carlos Maximiliano sobre a impossibilidade de o legislador prever, quando edita a norma, todas as conseqüências de sua introdução no ordenamento: “Portanto a doutrina e a jurisprudência, ora consciente, ora inconscientemente, avançam dia a dia, não se detêm nunca, acompanham o progresso, reprimem os inesperados abusos, dentro dos princípios antigos, evolutivamente interpretados, num esforço dinâmico e inteligente, sem embargos de aludirem ainda muitos a uma vontade diretora, perdida nas trevas de passado remoto. Eis aí a ficção: presume-se o impossível: que o legislador de decênios atrás previsse as grandes transformações até hoje operadas, e deixasse, no texto elástico, a possibilidade para abrigar no futuro direitos periclitantes, oriundos de condições novíssimas. A sua visão profética atingiu nos só os problemas jurídicos, mas o estado das coisas que os fez surgir; ... Se fôssemos, a rigor, buscar a intenção ocasional, precipua do legislador, o encontraríamos visando horizonte estreito, um conjunto de fatos concretos bastante limitado. Quase sempre a lei tem por fundamento um abuso recente; os seus prolocores foram sugestionados por fatos isolados. O legislador não suspeitou as múltiplas conseqüências lógicas que poderiam ser deduzidas de suas prescrições, não estiveram na sua vontade, nem se encontraram na sua intenção. Os tribunais apenas desenvolveram um princípio sólido, uma idéia precisa, sem embargo do pensamento gerador, primitivo, e às vezes até em possível, senão provável divergência com este” (op. cit. pp.25/6).

se realize, de modo eficaz, o caráter negocial subjacente ao instituto. É bem ilustrativo a esse respeito, aliás, o seguinte excerto de decisão proferida pelo eminente Ministro Celso de Mello: “A Lei 9.099/1995, que constitui o estatuto disciplinador dos Juizados Especiais, mais do que uma regulamentação normativa desses órgãos judiciários de primeira instância, importou em expressiva transformação do panorama penal vigente no Brasil, criando instrumentos destinados a viabilizar, juridicamente, processos de despenalização, com a inequívoca finalidade de forjar um novo modelo de Justiça criminal, *que privilegie a ampliação do espaço de consenso, valorizando, desse modo, na definição das controvérsias oriundas do ilícito criminal, a adoção de soluções fundadas na própria vontade dos sujeitos que integram a relação processual penal*” (STF; HC 94085/MC/SP, Rel. Ministro Celso de Mello, Decisão monocrática, julgado em 28.03.2008, DJE-060 Divulg 03/04/2008 Public 04/04/2008). Esse “espaço de consenso” somente ganhará especial relevância jurídica quando puder ser exercido no local em que realizado o contato direto do acusado com o juiz e com o representante do Ministério Público — no juízo deprecado.

Referências bibliográficas

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal: parte geral*, v. 1, 7ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

Brasil. Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. In: Editora Saraiva. *Códigos Penal, Processo Penal e Constituição Federal*. São Paulo: Saraiva, 2005.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; Grinover, Ada Pellegrini; Dinamarco, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 22ª ed, São Paulo: Malheiros, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*, São Paulo, Saraiva, 1994.

FERREIRA, Aurélio B. Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

A influência da vergonha no fenômeno da violência

Luiz Carlos Magalhães*

1. Introdução

Toda violência possui um intuito, mesmo que subjetivo, de buscar ou manter um sentimento de justiça ou ainda evitar a injustiça que por ventura possa ocorrer. A violência familiar só pode ser compreendida quando considerada com uma estrutura de influências psicossociais que passa pela cultura e história da formação daquela sociedade, onde a família vitimizada está inserida. Para conseguirmos prevenir a violência é necessário um esforço muito grande voltado para entender o comportamento humano e diagnosticar as causas que originam os atos violentos.

2. Teoria da Vergonha (*Theory of Shame*)

Na teoria da vergonha a violência é estudada como um fenômeno psíquico. O comportamento desviante que provoca os atos violentos ocorre porque os atores possuem a sensação de estarem mortos vivos e essa característica psíquica é uma epidemia nos sistemas prisionais. Por esse motivo os defensores da teoria da vergonha dizem que a pena de morte não influencia psicologicamente nos atores do crime já que, via de regra, esses se sentem mortos. Se a pena de morte tivesse algum efeito prático nos crimes violentos os Estados Unidos da América não teriam índices de violência tão altos.

Um dos mais conceituados professores que defendem a teoria da vergonha é o Doutor James Gilligan que considera a pena capital psicologicamente muito mais encorajadora que repressora de atos violentos. Ele faz essa afirmação baseada na tese que os atores que sofrem essa pressão já se consideram mortos e encaram o tema como forma de alívio. Considera ainda que a violência é a expressão de um sentimento intolerável de vergonha e fúria, que cega o homem e se projeta através do corpo em atos e reações.

Kenneth Burke, filósofo e crítico literário, ensina que para interpretar a literatura é preciso apreender a interpretar a linguagem e as ações simbólicas. Segundo o doutor James Gilligan nós devemos modificar o ensinamento de Kenneth e aprendermos a interpretar ações como linguagens simbólicas. Os atos de violentos estão sempre inseridos em um contexto psicossocial que deve ser considerado não só para preveni-lo, como também, para investigá-lo. Na verdade, entender violência, em última instância, pode ser considerado a arte de traduzir atos violentos em palavras. Atos violentos podem ser interpretados e essa interpretação ajudar na solução de investigações criminais.

Utilizando essa premissa e considerando a teoria da vergonha podemos notar que alguns homicidas perfuram os olhos, cortam a língua e algumas vezes deceparam as orelhas de suas vítimas. Analisando esse comportamento psicologicamente e através da teoria citada, podemos dizer que nesses casos o autor para se prevenir da exposição, considerada vergonhosa, que sente diante da sociedade, elimina de forma direta os órgãos que considera vetores de transmissão para sociedade do seu próprio sentimento de vergonha por não estar inserido na sociedade. Essa constatação foi estudada empiricamente do sistema prisional norte americano pelo professor doutor Gilligan, que utilizou dentre outras técnicas de estudo a entrevista com os internos.

Segundo a teoria da vergonha (*Theory of Shame*) quando falamos no sentimento de vergonha incluímos a inveja e o ciúme como sentimentos considerados subespécies do gênero vergonha.

No meio da psiquiatria a violência é tratada como problema de saúde pública e deve ser considerada uma doença social facilitando um diagnóstico e um efetivo trabalho de prevenção da patologia. Ao longo das décadas a sociedade vem tratando violência como um problema legal ou moral e realizando os atos ditos “preventivos” de duas formas: a primeira através de demonstrações de repúdio social, como por exem-

* Luiz Carlos Magalhães, Agente de Polícia Federal, lotado na SR/DPF/DF – Pesquisador integrante do Núcleo de Estudos sobre Segurança Pública e Defesa Social (NUSP) de Brasília, Distrito Federal.

plo, as campanhas com slogans do tipo: “Sou da Paz” ou “Caminhada contra a violência”, ou então pela simples política da punição com os recursos disponíveis nos sistemas legais vigentes.

Nosso dia a dia comprova a ineficiência desses métodos ortodoxos de prevenção da violência. Baseado nessa constatação é que o doutor Gilligan propôs a reflexão da violência através das ciências humanas e do estudo do comportamento do homem. A teoria comumente utilizada para estudar a violência está balizada na premissa que todos que realizam atos violentos atuam com interesses próprios, além da característica de não quererem ir para prisão, muito menos sofrem a pena capital. Nesse diapasão esses indivíduos farão tudo para evitar as conseqüências legais dos atos e por isso a melhor forma de prevenir a violência é garantir a punição dos atores do ato violento.

A teoria da Economia do Crime capitaneada pelo doutor Gary Becker, sociólogo e economista da Universidade de Chicago é a principal corrente de divergência com a teoria da vergonha. Doutor Becker considera a criminalidade como uma opção individual influenciada pelas variáveis sociais, como a disponibilidade de empregos, efetividade do sistema de justiça criminal e os investimentos do Estado nas políticas de segurança pública.

Segundo a teoria do Doutor Gilligan o enfoque dado ao problema através da teoria ortodoxa é simplória e totalmente equivocada, pois ela nos conduz ao abandono das causas reais da violência e nos leva a confundir a punição como ato de prevenção da violência, como se a coercitividade do sistema legal fosse capaz de evitar a violência.

Segundo James Gilligan a punição do crime, na forma que é implantada atualmente, é uma violência coletiva considerada legal, enquanto o crime é a violência individual que a sociedade predetermina como ilegal. Na sua análise o professor conclui que o atual sistema de punições estimula a violência e não é absolutamente uma forma de prevenção de violência. Quanto mais nossa sociedade se torna punitiva, mais o ódio e o fenômeno da violência se desenvolverão. Chega a afirmar que nada estimula mais o crime que as punições aplicadas para coibi-los.

As suas afirmações estão baseadas no que chamamos popularmente de “escola do crime” que está inserida no sistema prisional de todo mundo. As puni-

ções impostas pela sociedade aos seus delinqüentes não são educativas e na verdade possibilitam o agente a uma sofisticação dos métodos criminosos além de aumentar o sentimento de exclusão e revolta contra a sociedade.

A teoria diz que tanto o crime quanto a punição, de formas semelhantes, em última instância, procuram restaurar o sentimento de justiça para o mundo. No crime o ator se sente injustiçado e procura compensar esse sentimento de vergonha por estar excluído da sociedade com um ato violento, como se fosse uma comprovação que ele não depende da sociedade e pode cuidar de si mesmo. Na punição a sociedade é que procura compensar a injustiça cometida contra o sistema imposto, cobrando o “preço” pelo ato praticado trazendo à tona na sociedade a sensação de justiça novamente no convívio social.

Segundo a teoria os atores de atos violentos com comportamento desviante possuem a sensação de estarem “sem alma”, como mortos vivos, nesse contexto eles são capazes de quaisquer atos que considerem possível para amenizar a angústia de estarem “sem alma”.

O professor James Gilligan diz estar convencido que atos de violência mesmo aparentemente sem sentido ou sem uma lógica racional definida são, na verdade, uma resposta a um conjunto complexo de condições, que são identificáveis, catalogáveis e compreensíveis. Em outras palavras, mesmo quando aparentemente os atos são motivados “racionalmente” e com interesses próprios, na verdade é um produto final de atos irracionais, com motivos inconscientes e de autodestruição que podem ser identificados, estudados e compreendidos. A violência é, portanto considerada uma patologia, apesar do estudioso alertar que o simples sentimento de vergonha não é capaz isoladamente de causar a violência.

Na teoria da vergonha os estudiosos consideram que o ator de atos violentos possui uma profunda vergonha de sua suposta, e muitas vezes real, situação a margem da sociedade e isso causa um desconforto constante, diretamente relacionado às reações violentas praticadas por esses agentes. Com relação a esses atores a violência é utilizada como último recurso. Na verdade, segundo a teoria, a motivação central da violência é sempre relacionada ao sentimento de vergonha seja de forma direta ou indireta. Corroborando com essa tese os doutrinadores utilizam como uma das

argumentações o fato de que todos os seres humanos em algum momento da vida são expostos ao sentimento de vergonha e nem por isso agem de forma violenta. A afirmação deixa claro que após a exposição do homem ao sentimento de vergonha a reação violenta ocorre por conseqüência de natureza psíquica e deve ser tratada como doença dessa natureza. Pessoas normais não realizam atos violentos quando expostos ao sentimento de vergonha.

O antropólogo Julian Pitt-Rivers faz uma conexão entre o desrespeito e a vergonha, concluindo que em todas as culturas conhecidas a falta de respeito causa desonra e, por conseguinte a vergonha. Qual a importância dessa afirmação? O homem é um ser social que sente necessidade de se inter-relacionar com seus semelhantes e os conflitos dessa convivência é algo comum na sociedade. Quando dizemos que todos devem respeitar os limites dos outros é exatamente para evitar, conforme ensinamentos do doutor Pitt-Rivers, que ocorra um desrespeito nas relações inter pessoais, aflorando o sentimento de vergonha que servirá de combustível para quebra da convivência pacífica ocasionando a violência.

2.1 Influências culturais

Nenhuma teoria sobre violência pode ser considerada adequada se não contemplar os aspectos sócio-culturais, econômicos e históricos. Uma teoria efetiva sobre violência não pode se ater apenas à criminologia, psiquiatria forense ou clínica. Da mesma sorte a violência não pode ser tratada unicamente pelo foco da teoria da psiquiatria clínica, porque não são todos os atos de violência que são cometidos por pessoas mentalmente doentes. Na verdade a teoria deve ser multidisciplinar e abordar todos os temas.

Os aspectos culturais são grandes catalisadoras do comportamento humano. Na época dos samurais a cultura japonesa considerava um ato normal o cerimonial suicida, através do qual o guerreiro utilizando uma espada cortava o próprio abdômen (Harakiri). Esse ritual era utilizado para redimir o guerreiro do sentimento de vergonha sentido por algum ato ou exposição vexatória que ele teria sido submetido. É a purificação da honra através do sangue. Atos de violência no sertão nordestino são praticados baseados na mesma premissa. O homem nordestino, mesmo nos dias atuais, lava sua honra com sangue, utilizando forma distorcida dos

ensinamentos bíblicos do Velho Testamento que pregam o “olho por olho e dente por dente”. A “defesa da honra masculina” possui forte influência no comportamento violento. O temor do homem em ser considerado um covarde é uma das principais causas de comportamentos violentos. No Nordeste brasileiro esse fenômeno é facilmente comprovado. Naquela região ser considerado um “cabra frouxo” principalmente no sertão é uma humilhação inaceitável para os homens e sua família. Essa cobrança pelo comportamento machista é representada inclusive nos ditos populares como na frase: “O cabra tem que ser macho ou se mudar do sertão”.

Há alguns anos foi veiculado na mídia um caso relacionado a essa tese que nos chamou a atenção. Um homem de meia idade foi traído por sua esposa e resolveu “lavar sua honra”, fabricando dois ferros de marcação de gado com as siglas “MG” (*Mulher Gaiêra* - traidora) e “SM” (*Só Morta*), posteriormente, marcou o rosto da esposa com os ferros quentes. Quando o autor do crime foi preso por lesões corporais tinha a absoluta convicção que cometeu um grande favor para sua esposa, já que acreditava possuir o direito de matar a traidora e não efetivou a execução do homicídio, e que além de poupar a vida da esposa só aplicou um castigo leve por ter marcado a esposa como gado. A alegação do autor para realizar o ato violento foi que a esposa traidora carregasse a mesma humilhação a qual ele foi submetido. Esse caso possui um forte enfoque cultural do culto ao machismo existente naquela região.

Na trilogia da subcultura da violência criada por Wolfgang e Ferracuti os pilares de sustentação da tese são:

1. A facilidade na posse e uso de armas;
2. A glamurização do machismo;
3. E a incapacidade cognitiva de resolução pacífica de conflitos.

Os defensores da teoria da vergonha utilizam o segundo pilar de Wolfgang e Ferracuti para defender que só é possível entender o fenômeno da violência, quando levado em consideração na análise o machismo e as culturas particularmente estudadas. É fundamental para uma boa compreensão do fenômeno, conhecer as particularidades da cultura, para diagnosticar a violência num aspecto amplo.

2.2 A exclusão social

O psicanalista Edith Jacobson diz que as pessoas sentem vergonha da influência que os fatores financeiros, sociais e raciais causam em suas vidas. Se o Estado der atenção aos “excluídos sociais” estará produzindo um poderoso antídoto contra o mau da violência.

O próprio Marx defendia que a pobreza, por si só, não tem o poder de humilhar as pessoas, entretanto, morar em uma favela ao lado de verdadeiros palácios, causa um sentimento de vergonha que se baseia na situação de exclusão social. Marx então concluía que a vergonha é um sentimento de revolucionários causado pelo desejo da quebra do paradigma da exclusão social.

As estatísticas mostram claramente uma relação quase que direta entre o status social e a tendência de cometer homicídios e suicídios. Quanto maior o status social, maior a tendência de cometer suicídio e quanto menor o status social maior a tendência de cometer homicídios.

2.3 Influências biológicas

Outro ponto de vista sobre a matéria são as teorias que estudam as influências biológicas no fenômeno da violência. Ao longo da história em várias passagens a crença na inferioridade biológica entre grupos étnicos foi utilizada como base de justificativa para realização de atos violentos contra esses grupos tratados como inferiores. Talvez o maior exemplo dessa atrocidade tenha sido a praticada pelo regime nazista da Alemanha ou o Regime de Apartheid na África do Sul.

Sigmund Freud ensinava que os impulsos que caracterizam o comportamento violento são parte de uma herança psíquica dos animais antecessores do homem, que podemos classificar como instintos primitivos. Os instintos, segundo Freud, são uma pré-programação dos padrões de comportamento humano.

Com a mesma linha de raciocínio podemos citar o sociólogo E. O. Wilson's que defende que o comportamento violento é determinado por instintos preexistentes. Já o antropólogo R. G. Sipes utilizando a premissa da preexistência do comportamento violento e defende que o homem deve ser periodicamente submetido ao que podemos chamar de “válvulas de escape” para evitar o acúmulo do “ícone” do comporta-

mento violento, impedindo dessa forma uma explosão de atos violentos. É como se o homem fosse uma bomba relógio da violência pronto para explodir a qualquer momento.

Ainda na linha do raciocínio biológico é importante ressaltar que até o momento não existe comprovação de que lesões cerebrais anormais ou síndromes sejam causa de comportamentos violentos ou que a simples utilização de álcool ou drogas seja diretamente responsável pelo aumento da violência. Essas correntes teóricas relativas à biologia atualmente não possuem muita aceitação no mundo acadêmico.

O próprio doutor James Gilligan critica a tese ligada a corrente dos aspectos biológicos, alegando que considerar a violência proveniente de instintos preexistentes nos leva a um pessimismo sobre um possível método de prevenção do fenômeno da violência. Doutor Gilligan revela que se a violência é um produto humano de escopo social com decisões individualizadas, é, portanto, completamente susceptíveis a mudanças. O que nós precisamos é atuar de forma correta na prevenção do fenômeno.

3. Conclusões

No estudo do fenômeno os doutrinadores do tema apontam, dentre outros, alguns aspectos importantes que ocasionam a escalada da violência:

1. A falta de uma política efetiva de distribuição de renda;
2. A falta de acesso das classes de baixa renda aos sistemas educacionais. *Educação* é a pior inimiga da violência;
3. A divisão da sociedade em castas que inviabilizam na prática a ascensão de classes e expõem os mais pobres a exclusão social, e toda sorte de humilhações que ocasionam a vergonha propulsora da violência;
4. A valorização da violência, através da exposição pública nos meios de entretenimento que apresentam a violência como algo honroso e típico da auto-estima masculina;
5. A fácil acessibilidade às armas letais;
6. A homofobia;

7. A supervalorização do machismo pela sociedade;
8. A falta de uma regulação da economia que viabilize uma margem de empregos disponíveis na sociedade.

No plano das comprovações através de fatos e fenômenos que influenciam a violência, o abuso sexual praticado contra crianças possui um comprovado condão de produzir pessoas com comportamento violento, tanto contra terceiros, quanto contra si próprios, através da prática de autolesões.

Catedráticos que comungam das idéias da teoria da vergonha afirmam que qualquer política pública voltada para diminuição da violência, deve atacar os fenômenos que proporcionam no homem o sentimento de vergonha perante a sociedade, reduzindo essas motivações à política pública estará atacando a raiz do problema da violência.

O homem deve estar, não só inserido no meio social, mas também se considerar parte dele, caso contrário, a vergonha de ser um excluído irá motivar atos de violência e revolta contra as estruturas sociais.

Referências bibliográficas

Violence: Reflections on a National Epidemic – James Gilligan.

The subculture of violence: Towards an integrated theory in criminology – Marvin E. Wolfgang & Ferracuti, F.

A economia do crime: Correlações entre crime, desigualdade e desemprego (Burdett, Lagos e Wright) – George Felipe de Lima Dantas

A economia do Crime e o Apartheid do Brasil e de Outros Países Mais ... – George Felipe de Lima Dantas

Arguição de Inconstitucionalidade

2006.35.02.001515-0/GO

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Leomar Barros Amorim de Sousa

Argüente: Oitava Turma do TRF 1ª Região

Argüida: Fazenda Nacional

Procurador: José Luiz Gomes Rolo

Argüido: Município de Uruaçu/GO

Procurador: Marcos Pereira Rocha

Divulgação: e-DJF1 de 14/11/2008

Publicação: 17/11/2008

Ementa

Constitucional. Tributário. Processual Civil. Arguição de inconstitucionalidade. Segunda parte do art. 4º da Lei Complementar 118/2005. Prescrição. Inovação normativa. Irretroatividade. Ofensa aos princípios da autonomia e independência dos Poderes e da garantia do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada.

I – O art. 3º da Lei Complementar 118/2005 não tem natureza interpretativa, pois inova no plano normativo quando elege uma interpretação possível do inciso I do art. 168 do CTN e assim afasta aquela outra interpretação dada pelo e. STJ, tribunal que tem a função constitucional de uniformizar o entendimento da legislação infraconstitucional.

II – A segunda parte do art. 4º da Lei Complementar 118/2005, ao determinar a aplicação retroativa do art. 3º da mesma lei, viola o princípio da autonomia e independência dos poderes e o princípio da garantia do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada.

III – “Com o advento da LC 118/2005, a prescrição, do ponto de vista prático, deve ser contada da seguinte forma: relativamente aos pagamentos efetuados a partir da sua vigência (que ocorreu em 09/06/2005), o prazo para a ação de repetição do indébito é de cinco a contar da data do pagamento; e relativamente aos pagamentos anteriores, a prescrição obedece ao regime previsto no sistema anterior, limitada, porém, ao prazo máximo de cinco anos a contar da vigência da lei nova” (AI nos Embargos de Divergência em REsp 644.736-PE, DJ de 27/08/2007).

IV – Arguição de inconstitucionalidade da expressão “*observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, I, da Lei 5.172, de 25/10/1966 – Código Tributário Nacional*”, contida no art. 4º da Lei Complementar 118/2005 declarada.

Acórdão

Decide a Corte Especial, por maioria, vencido o Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral, declarar a inconstitucionalidade da expressão “*observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, I, da Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional*”, contida no art. 4º da Lei Complementar 118/2005.

Corte Especial do TRF 1ª Região – 02/10/2008.

Desembargador Federal *Leomar Amorim*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Leomar Amorim: — Trata-se de mandado de segurança impetrado pelo Município de Uruaçu/GO contra ato do Gerente Executivo Regional do Instituto Nacional do Seguro Social, para afastar “a cobrança pelo impetrado de contribuição previdenciária sobre a remuneração paga pelos exercentes de mandato eletivo de Prefeito, Vereador Municipal e, comissionado do impetrante, desobrigando-se da cobrança do pagamento das contribuições que se reporta o art. 12, I, “h” da Lei 8.212/1991, com a redação que lhe foi dada pela Lei 9.506/1997, além do que, seja vedado ao impetrado negativa de fornecimento da CND em razão exclusiva da falta de recolhimento de exação referenciada” (fl. 20).

A segurança foi concedida para “declarar a inexistência da cobrança relativa à contribuição previdenciária incidente sobre os subsídios dos exercentes de mandatos políticos do Município de Uruaçu/GO, decorrente da alínea “h” do inciso I do art. 12 da Lei 8.212/1991, com a redação dada pela Lei 9.506/1997, mas tão-somente até 20/09/2004, data da eficácia da Lei 10.887/2004” (fls. 198/204). A sentença foi submetida ao duplo grau de jurisdição.

Inconformada, a União apela a alegar, em preliminar, a ilegitimidade passiva da autoridade coatora e a ocorrência da prescrição dos recolhimentos realizados há mais de 5 (cinco) anos do ajuizamento da ação, com fundamento nos arts. 106 e 168 do CTN e arts. 3º e 4º da Lei Complementar 118/2005. No mérito, sustenta a legalidade da exação (fls. 207/220).

Distribuídos os autos nesta Corte, o Ministério Público Federal opinou pelo não provimento do recurso voluntário e da remessa oficial (fls. 227/235).

Ao examinar os recursos, a egrégia 8ª Turma, na esteira do voto da ilustre relatora, Des. Federal Maria do Carmo Cardoso, suscitou o presente incidente de inconstitucionalidade e determinou a remessa dos autos à Corte Especial, nos termos do art. 352 do RITRF 1ª Região, para análise da suscitada inconstitucionalidade da “segunda parte do art. 4º da Lei Complementar 118/2005 (*observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, inciso I, da Lei 5.172, de 25/10/1966 – Código Tributário Nacional*)” (fls. 242/256).

A decisão da egrégia ilustre 8ª Turma recebeu a seguinte ementa:

Processual Civil. Tributário. Decadência e prescrição. Art. 4º, segunda parte, Lei Complementar 118/2005. Incidente de inconstitucionalidade suscitado. Reserva de plenário.

I – Embora a LC 118 se declare interpretativa — art. 4º, segunda parte: observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, inciso I, da Lei 5.172, de 25/10/1966 – Código Tributário Nacional —, retirou do ordenamento jurídico a interpretação acerca de decadência e prescrição para pleitear a repetição de indébito tributário entendido como correta pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e encampado pelos Tribunais Regionais.

II – É inconstitucional a segunda parte do art. 4º da Lei Complementar 118/2005, por ofensa ao princípio da irretroatividade da norma, conforme assegurado no inciso XXXVI do art. 5º da CF/1988, que consagra o princípio da Segurança Jurídica — inconstitucionalidade suscitada.

III – Suscitado incidente de inconstitucionalidade, com a suspensão da análise do mérito da demanda nestes autos.

IV – Remessa dos autos à Corte Especial deste Tribunal (arts. 351 e 352 do RITRF 1ª Região), em obediência ao art. 97 da Constituição Federal de 1988. (AMS 2006.35.02.001515-0/GO, Rel. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso, Oitava Turma, e-DJFI p. 526 de 04/07/2008)

Distribuído o incidente para a Corte Especial, foi publicado o Edital para conhecimento dos titulares do direito de propositura referidos no art. 103 da Constituição Federal e da pessoa jurídica responsável pela edição do ato questionado, nos termos do art. 351, § 1º, do RITRF 1ª Região (fl. 266).

Após intimação pessoal, a Fazenda Nacional apresentou memoriais (fls. 272/295), a sustentar a constitucionalidade do art. 4º da Lei Complementar 118/2005 e apresentando a seguinte conclusão:

(...)

Por todo o acima exposto, verifica-se que:

1º) as leis interpretativas são plenamente admissíveis em nosso ordenamento jurídico, conforme já assentou o Pretório Excelso;

2º) a denominada tese dos “cinco mais cinco”, para o cômputo do prazo prescricional dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, nunca deixou de ser combatida pela Fazenda Nacional;

3º) referida tese sempre foi muito controvertida no seio dos tribunais pátrios, inclusive no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, tendo a Lei Complementar 118/2005 vindo a lume justamente

para emprestar interpretação autêntica a preceito legal de interpretação controvertida no âmbito dos tribunais pátrios, interpretação esta que se mostra, em tudo, coadunante com a legislação já existente e em vigor quando da edição de referida lei (*arts. 168, inciso I; 165, inciso I; 156, inciso I; 150, caput, e § 1º; todos do Código Tributário Nacional*);

4º) a legislação em vigor anteriormente à edição da Lei Complementar 118/2005 (mencionada no parágrafo anterior) dá respaldo à interpretação autêntica constante do art. 3º do referido dispositivo legal, não tendo dita Lei verdadeiramente inovado no mundo jurídico, podendo ser reconhecida como lei meramente interpretativa;

5º) as leis em geral — inclusive as interpretativas — podem retroagir para apanhar, inclusive, fatos ocorridos antes de sua vigência, só encontrando limites onde estes são estabelecidos pela própria Constituição Federal, destacando-se o art. 5º, XXXVI, pelo qual a retroatividade das leis não poderá ocorrer em prejuízo do direito adquirido, do ato jurídico perfeito ou da coisa julgada;

6º) não há pecha de inconstitucionalidade nos arts. 3º e 4º da LC 118/2005, somente não se aplicando aos casos já acobertados pelo manto da coisa julgada;

7º) não se pode dizer que os contribuintes tivessem um direito adquirido a um prazo de 10 (dez) anos para a repetição do indébito tributário nos casos de lançamento por homologação, *pois não há falar, in casu, em qualquer direito subjetivo decorrente de lei definitivamente incorporado ao patrimônio do titular*, cujo gozo ou exercício ainda não se tenha verificado, vez que, consoante já dito, a legislação constante do Código Tributário Nacional anteriormente à edição da LC 118/2005 dá respaldo à interpretação veiculada por este último preceito legal;

8º) revela-se equivocado reconhecer um eventual direito (subjetivo) adquirido decorrente de uma linha jurisprudencial, por mais respeitável que seja, que conferiu uma determinada interpretação à legislação, interpretação essa que nunca foi aceita pela contraparte, nunca tendo se tornado, pois, propriamente pacífica, ademais de ter sido objeto de muitas oscilações inclusive no âmbito do próprio Superior Tribunal de Justiça, encarregado de sua pacificação, *notadamente quando a interpretação dos arts. 168, inciso I; 165, inciso I; 156, inciso I; 150, caput, e § 1º; todos do Código Tributário Nacional, emprestam plena validade à interpretação autêntica realizada pela LC 118/2005.*

Por fim, cabe trazer à colação as seguintes considerações de Pacifici-Mazzoni, conforme citação feita por Vicente Rão:

“(…) Também são estranhas a esta teoria (a irretroatividade das leis) as leis interpretativas, porque, tendo por objeto determinar o sentido das leis existentes, fazem parte destas leis e delas não constituem disposições novas e distintas. Disto resulta que se uma lei interpretativa sobrevier enquanto pendente o julgamento do recurso de uma sentença que decidira por modo contrário ao pensamento legislativo declarado na lei interpretativa, a superior instância deve reformá-la ou anulá-la, como se houvesse violado uma disposição claríssima da lei interpretada.”¹

Em síntese, tem-se uma lei nova, de cunho interpretativo, ou seja, lei com interpretação que se integra à original. Bem por isso, entende a Fazenda Nacional que tal lei pode e deve, sim, aplicar-se a todos os casos sob julgamento (pois não trouxe nenhuma inovação ao mundo jurídico que já não estivesse contida no Código Tributário Nacional), aplicação essa que se estará fazendo com integral resguardo do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, pois a interpretação constante da Lei Complementar 118/2005 encontra total respaldo na legislação existente quando de sua edição, qual seja, os arts. 168, inciso I; 165, inciso I; 156, inciso I; 150, caput, e § 1º; todos do Código Tributário Nacional.

Ouvido, o MPF opinou “pela declaração de inconstitucionalidade da expressão ‘observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, I, da Lei 5.172, de 25/10/1996 – Código Tributário Nacional’, constante do art. 4º, segunda parte, da Lei Complementar 118/2005” (fls. 299/312). Do parecer, destaco:

(…)

Sobre o tema em questão, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade nos Embargos de Divergência no Recurso Especial 644.736/PE (Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 27/08/2007), à unanimidade, declarou a inconstitucionalidade da expressão “observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, I, da Lei 5.172, de 25/10/1966 – Código Tributário Nacional”, constante do art. 4º, segunda parte, da Lei Complementar 118/2005. Decidiu-se, ainda, que a prescrição ditada pela LC 118/2005 teria início a partir de sua vigência, ou seja, 09/06/2005, salvo se a prescrição iniciada na vigência da lei antiga viesse a se completar em menos tempo. A ementa do aludido julgado consignou o seguinte:

(…)

¹ *Op.cit.* p. 337.

Induvidosamente, o preceito normativo inserido no art. 3º, da Lei Complementar 118/2005, cria direito novo, não configurando, pois, lei meramente interpretativa, como exposto pela Fazenda Nacional, às fls. 272/295.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Leomar Amorim: — A 8ª Turma desta Corte, em voto capitaneado pela Des. Federal Maria do Carmo Cardoso, suscita a presente argüição de inconstitucionalidade da “segunda parte do art. 4º da Lei Complementar 118/2005 (observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, inciso I, da Lei 5.172, de 25/10/1966 – Código Tributário Nacional)” (fls. 242/256).

A eminente relatora proferiu o voto nos seguintes termos:

A Lei Complementar 118, publicada em 09/02/2005, estabeleceu, nos arts. 3º e 4º, *in verbis*:

“Art. 3º Para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 da Lei 5.172, de 25/10/1966 – Código Tributário Nacional, a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150 da referida Lei.

Art. 4º Esta Lei entra em vigor 120 (cento e vinte) dias após sua publicação, *observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, inciso I, da Lei 5.172, de 25/10/1966 – Código Tributário Nacional.*”

Com o advento da norma em destaque, instalou-se grande discussão no âmbito de nossas Cortes de Justiça, com o fim de julgar se tal dispositivo seria, ou não, considerado lei interpretativa, e, dessa forma, aplicável retroativamente, nos termos do art. 106, I, do Código Tributário Nacional.

Não há retroatividade da Lei Complementar 118/2005, pois, não sendo considerada lei interpretativa, não pode retroagir por expressa vedação legal, e, ainda que seja considerada lei interpretativa, não pode retroagir, em homenagem ao princípio

da segurança jurídica, evitando-se, dessa forma, a denominada surpresa fiscal. Nessa linha de orientação, há reiterados julgamentos do Superior Tribunal de Justiça: AgRg no REsp 689233/AL, 2ª Turma, relatora Ministra Eliana Calmon, *DJ* de 19/09/2005; AgRg nos EDcl no REsp 659208/SP, 1ª Turma, relator Min. Luiz Fux, *DJ* de 12/09/2005.

A partir do julgado dos Embargos de Divergência 327.043/DF, finalizado em 27/04/2005, a 1ª Seção do STJ decidiu que a LC 118/2005 inovou no plano normativo, não se acatando a tese de que a mencionada norma teria natureza meramente interpretativa, restando limitada a sua incidência às hipóteses verificadas após a sua vigência, em obediência ao princípio da anterioridade tributária (AgRg no REsp 854739/SP, Relator Min. José Delgado, *DJ* 14/12/2006, p. 308).

Assente o princípio da irretroatividade da norma, conforme assegurado no inciso XXXVI do art. 5º da CF/1988, que consagra o princípio da Segurança Jurídica. A irretroatividade da lei tributária também é garantida, conforme o art. 150, III, *a*, da Constituição Federal, assim como art. 105 do Código Tributário Nacional.

Trago à colação, por oportuno, lição de Luciano Amaro, *in* Direito Tributário Brasileiro, 9ª ed., de que: de um lado, o legislador, nas matérias que se contêm no campo da irretroatividade, só legisla para o futuro. De outro lado, dar ao legislador funções interpretativas, vinculantes para o Judiciário na apreciação de fatos concretos anteriormente ocorridos, implicaria conceder àquele a atribuição de dizer o direito aplicável aos casos concretos, tarefa precipuamente conferida pela Constituição ao Poder Judiciário.

Assim, pacificado o entendimento segundo o qual a LC 118/2005 não retroage para reger situações anteriores à sua vigência, por não ser norma meramente interpretativa, porquanto retirou do ordenamento jurídico uma das interpretações possíveis — exatamente aquela entendida como a correta pela jurisprudência do STJ e encampado pelas Cortes Regionais.

De tal sorte, a LC 118/2005 somente pode incidir sobre situações que ocorram a partir da sua vigência, pois caso assim não fosse o contribuinte seria prejudicado pela nova interpretação estabelecida pela lei, perdendo o prazo tal como repetida e pacificamente assegurado pelo Poder Judiciário.

Portanto, a prescrição quinquenal, tal como estabelecida na LC 118/2005, passou a vigorar em 09/06/2005, ou seja, 120 dias após a publicação da Lei (art. 4º da LC 118/2005), sendo aplicável aos tributos cuja extinção pelo pagamento antecipado (art. 3º) seja posterior a tal termo inicial.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Leomar Amorim, Neuza Alves, Jirair Aram Meguerian, Tourinho Neto, Assusete Magalhães, Mário César Ribeiro, Hilton Queiroz, Ítalo Fioravanti Sabo Mendes, Antônio Ezequiel da Silva, Daniel Paes Ribeiro, Souza Prudente, Maria do Carmo Cardoso e Luciano Tolentino Amaral.

As 7ª e 8ª Turmas desta Corte vêm sistematicamente adotando o entendimento de que o afastamento da aplicação retroativa do art. 3º da LC 118/2005 se baseia em fundamentos infraconstitucionais, de modo que dispensável a obediência ao princípio da reserva de Plenário, determinada no art. 97 da Constituição Federal de 1988.

Nesse diapasão, entre diversos outros julgados, destaco:

Tributário. PIS. Cofins. Base de cálculo. Inclusão do ICMS. Impossibilidade. Prescrição. Lançamento por homologação. Tese dos 5+5. Irretroatividade da lei complementar 118/2005. Compensação. Possibilidade. Correção monetária. Taxa Selic.

(...) IV – *A aplicabilidade da LC 118/2005 se restringe aos tributos cuja extinção, pelo pagamento antecipado (art. 3º), se deu após o início da vigência da mencionada norma, e não se considerando a data do ajuizamento de ação que discuta eventual indébito. Admitir-se a retroatividade da norma para as situações consumadas anteriormente à sua vigência, quando se entendia a extinção do crédito tributário somente quando da homologação, expressa ou tácita, seria aceitar a retroatividade em prejuízo aos contribuintes. (...) (AC 2006.34.00.036729-3/DF, 8ª Turma, da minha relatoria, DJ 06/06/2008, pág. 650) (sem grifos no original).*

Tributário. Imposto de renda. Parcelas indenizatórias. Prescrição. Irretroatividade da lei complementar 118/2005. Férias e licenças-prêmio convertidas em pecúnia. Impossibilidade de incidência. Prova da necessidade do serviço. Desnecessidade.

(...) II – *Independentemente da natureza da Lei Complementar 118/2005, se interpretativa ou não, não pode ela retroagir, em atenção ao princípio da segurança jurídica, evitando-se, desta forma, a denominada “surpresa fiscal”. (...) (AC 2002.34.00.026905-3/DF, 8ª Turma, Relatora Des. Federal Maria do Carmo Cardoso, Convocado Juiz Federal Mark Yshida Brandão, DJ 16/02/2007, p.126)(sem grifos no original).*

Tributário. Imposto de renda. Resgate em parcela única das contribuições recolhidas à entidade de previdência privada. 10% da reserva técnica. Prescrição.

I – *O Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que a prescrição aplicável à espécie é decenal, afastando, também, o art. 4º da LC 118/2005, posto que somente se aplica aos fatos geradores posteriores à sua vigência. (...) (AMS 2006.34.00.030827-2/DF, 8ª Turma, Relator Desembargador Federal Carlos Fernando Mathias, Convocado Juiz Federal Osmane Antônio dos San-*

tos, DJ 06/06/2008, pág. 650)(sem grifos no original).

Tributário. Previdenciário. Processual civil. Contribuição previdenciária sobre gratificação natalina. Prescrição. Tributo sujeito a lançamento por homologação. Lei 8.620/1993. Legalidade do cálculo em separado da contribuição previdenciária sobre a gratificação natalina.

(...) II – *A Lei Complementar 118/2005 somente se aplica aos tributos cuja extinção pelo pagamento antecipado se deu após o início de sua vigência. Precedentes desta Corte. (...) (AC 2006.33.10.002980-0/BA, 8ª Turma, Relator Desembargador Federal Leomar Barros Amorim de Sousa, Convocado Juiz Federal Roberto Carvalho Veloso, DJ 16/05/2008, pág. 244) (sem grifos no original).*

Processual civil e tributário. Pedido de anulação de decisão proferida pela autoridade fazendária em processo administrativo. Compensação de contribuições para o Programa de Integração Social (PIS) feitas com base nos Decretos-Leis 2.445/1988 e 2.449/1988. Inconstitucionalidade da exação. Resolução 49/1995 do Senado Federal. Comprovações de recolhimento. Desnecessidade da juntada aos autos. Termo a quo do prazo para impetrar segurança. Prescrição. Decadência. Tributo sujeito a lançamento por homologação. Base de cálculo. Semestralidade. Subsistência das LCS 7/1970 e 17/1973, na vigência da CF/1988.

(...) V – *Inaplicabilidade da LC 118/2005 ao caso dos autos, por se tratar de ação em que se discute repetição de valores indevidamente recolhidos em data anterior à vigência do citado diploma legal (AI nos EREsp. 644.736/PE). (...) (AMS 2003.38.00.050386-5/MG, 7ª Turma, Relator Des. Federal Antônio Ezequiel da Silva, 29/02/2008 e DJFI p.397)(sem grifos no original).*

Processual civil. Apelação. Razões dissociadas do conteúdo da decisão recorrida. Ausência de requisito de regularidade formal — art. 514, II, do Código de Processo Civil. Tributário. Imposto de Renda Retido na Fonte. Aposentadoria complementar. Incidência. Legitimidade. Repetição de indébito. Decadência. Prazo. Sistemática do lançamento por homologação. Lei Complementar 118/2005. Aplicabilidade.

(...) III – *Segundo o Superior Tribunal de Justiça, a Lei Complementar 118/2005 não se aplica a processos pendentes de julgamento no momento da sua publicação. (REsp 327.043/DF; REsp 740.567/MG.) (...) (AC 2003.34.00.023782-1/DF, 7ª Turma, Relator Desembargador Federal Catão Alves, 28/03/2008 e DJFI p. 456) (sem grifos no original).*

Tributário e processual civil. Previdência privada complementar (Sistel). Desligamento voluntário e resgate das contribuições. IRRF: não incidência apenas sobre o valor correspondente às contribuições no período de jan. 1989 a dez. 1995. Benefício saldado (benefício complementar): tributável.

I – *Em face do conflito aparente de normas no tempo, que decorre da superveniência da LC 118/2005, o STJ, em primeiro instante (ERESp 327.043/DF), definiu que o “novo” prazo decadencial (quinquenal) somente seria aplicado às ações ajuizadas na vigência da LC 118/2005 (09/06/2005); agora (jun. 2007), contudo, o STJ (ERESp 644.736) passou a entender que, [a] a repetição dos tributos recolhidos antes do início de vigência da aludida LC (09/06/2005) segue a decadência na modalidade “5+5”, ao passo que [b] a repetição dos tributos recolhidos após o início de vigência da LC em questão segue a modalidade “quinquenal”, não importando — em qualquer dos casos — perquirir se a ação foi ajuizada antes ou depois da LC 118/2005. (...) (AC 2006.38.00.014202-5/MG, 7ª Turma, Relator Des. Federal Luciano Tolentino Amaral, Convocado Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto, 28/03/2008 e-DJF1 p.474)(sem grifos no original).*

Processual civil e tributário. Repetição de Imposto de Renda Retido na Fonte. Aposentadoria Complementar Móvel Vitalícia (ACMV) paga por transação. Prescrição “5+5”. Verba indenizatória. Selic (inacumulável com juros de mora). Apelação provida em parte e remessa oficial provida.

I – *Consoante firmado pelo STJ, o prazo prescricional repetitório para os tributos lançáveis por homologação se conta na modalidade “5+5” e é inaplicável retroativamente a regra interpretativa do art. 3º da LC 118/2005, alcançando apenas demandas “ajuizadas após a vacatio legis de 120 dias”.*

(...)

VIII – Peças liberadas pelo Relator, em 14/03/2006, para publicação do acórdão. (AC 2003.38.00.020167-2/MG, 7ª Turma, Relator Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral, DJ 31/03/2006, p. 88) (sem grifos no original).

O Superior Tribunal de Justiça concluiu pela inconstitucionalidade da segunda parte do art. 4º da Lei Complementar 118/2005 (ERESp 644.736/PE, Corte Especial, unânime, Relator Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 06/06/2007).

Fundamentou o eminente relator que a indigitada norma estabelece um sentido e um alcance diferente daquele atribuído pelo Judiciário, ou melhor, pelo próprio STJ, guardião e intérprete constitucional das leis federais, de forma que, concluiu, admitir a aplicação do art. 3º da LC 118/2005, sobre fatos

passados, nomeadamente os que são objeto de demandas em juízo, seria consagrar verdadeira invasão, pelo Legislativo, da função jurisdicional, comprometendo a autonomia e a independência do Poder Judiciário. Significaria, ademais, consagrar a ofensa à cláusula constitucional que assegura, em face da lei nova, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e à coisa julgada. Portanto, o referido dispositivo, por ser inovador no plano das normas, somente pode ser aplicado legitimamente a situações que venham a ocorrer a partir da vigência da Lei Complementar 118/2005, que ocorreu 120 dias após a sua publicação (art. 4º), ou seja, no dia 09/06/2005.

A ementa deste julgado tem o seguinte teor, *verbis*:

“Constitucional. Tributário. Lei interpretativa. Prazo de prescrição para a repetição de indébito, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação. LC 118/2005: natureza modificativa (e não simplesmente interpretativa) do seu art. 3º. Inconstitucionalidade do seu art. 4º, na parte que determina a aplicação retroativa.

I – Sobre o tema relacionado com a prescrição da ação de repetição de indébito tributário, a jurisprudência do STJ (1ª Seção) é no sentido de que, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, o prazo de cinco anos, previsto no art. 168 do CTN, tem início, não na data do recolhimento do tributo indevido, e sim na data da homologação — expressa ou tácita — do lançamento. Segundo entende o Tribunal, para que o crédito se considere extinto, não basta o pagamento: é indispensável a homologação do lançamento, hipótese de extinção albergada pelo art. 156, VII, do CTN. Assim, somente a partir dessa homologação é que teria início o prazo previsto no art. 168, I – E, não havendo homologação expressa, o prazo para a repetição do indébito acaba sendo, na verdade, de dez anos a contar do fato gerador.

II – Esse entendimento, embora não tenha a adesão uniforme da doutrina e nem de todos os juizes, é o que legitimamente define o conteúdo e o sentido das normas que disciplinam a matéria, já que se trata do entendimento emanado do órgão do Poder Judiciário que tem a atribuição constitucional de interpretá-las.

III – O art. 3º da LC 118/2005, a pretexto de interpretar esses mesmos enunciados, conferiu-lhes, na verdade, um sentido e um alcance diferente daquele dado pelo Judiciário. Ainda que defensável a “interpretação” dada, não há como negar que a Lei inovou no plano normativo, pois retirou das disposições interpretadas um dos seus sentidos possíveis, justamente aquele tido como correto pelo STJ, intérprete e guardião da legislação federal.

IV – Assim, tratando-se de preceito normativo modificativo, e não simplesmente interpretativo, o art. 3º da LC 118/2005 só pode ter eficácia prospectiva, incidindo apenas sobre situações que venham a ocorrer a partir da sua vigência.

V – O art. 4º, segunda parte, da LC 118/2005, que determina a aplicação retroativa do seu art. 3º, para alcançar inclusive fatos passados, ofende o princípio constitucional da autonomia e independência dos poderes (CF, art. 2º) e o da garantia do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI).

VI – Arguição de inconstitucionalidade acolhida. (AI nos EREsp 644736/PE, Corte Especial do STJ, Relator Min. Teori Albino Zavascki, DJ 27/08/2007, p. 170) (sem grifos no original)."

Também, nessa linha de entendimento, a Corte Especial do Tribunal Regional Federal da Quarta Região declarou a inconstitucionalidade do referido dispositivo, *verbis*:

"Arguição de inconstitucionalidade. Art. 4º da lei complementar 118, de 09/02/2005. Violação ao inciso XXXVI do art. 5º da Constituição de 1988.

I – Mesmo as leis que ostentem pretensão interpretativa, a despeito do que dispõe o art. 106 do Código Tributário Nacional, sujeitam-se ao inciso XXXVI do art. 5º da Constituição de 1988, segundo o qual "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada".

II – *É inconstitucional a expressão "observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, I, da Lei 5.172, de 25/10/1966 – Código Tributário Nacional", constante do art. 4º, segunda parte, da Lei Complementar 118/2005.*

III – O art. 3º da Lei Complementar 118 entrou em vigor em 09/06/2005, passando a ser aplicável somente a partir de então. (AI na AC 2004.72.05.003494-7/SC, Corte Especial, DJ 29/11/2006, p. 706) (sem grifos no original)."

O Supremo Tribunal Federal, em recente decisão, editou a Súmula Vinculante 10, cujo enunciado tem o seguinte teor:

"Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta a sua incidência no todo ou em parte. (Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=91562>>, acesso em 20/06/2008)."

Na hipótese, tenho por inconstitucional a segunda parte do art. 4º da Lei Complementar 118/2005, por ofensa ao princípio da irretroatividade da norma, conforme assegurado no inciso XXXVI do art. 5º da CF/1988, que consagra o princípio da Segurança Jurídica.

A prescrição quinquenal, tal como estabelecida na LC 118/2005, passou a vigorar em 09/06/2005, ou seja, 120 dias após a publicação da Lei (art. 4º da LC 118/2005), sendo aplicável aos tributos cuja extinção pelo pagamento antecipado (art. 3º) seja posterior a tal termo inicial, não tendo relevância a data do ajuizamento da ação que busque o indébito tributário a ser repetido.

Portanto, declaro inconstitucional a segunda parte do art. 4º da LC 118/2005 (observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, inciso I, da Lei 5.172, de 25/10/1966 – Código Tributário Nacional). Em consequência, fica suspensa a análise do mérito da demanda nestes autos.

Ante o exposto, suscito o incidente de inconstitucionalidade e determino a remessa à Corte Especial deste Tribunal, para análise da inconstitucionalidade suscitada (art. 352 do RITRFB¹).

Como se vê do voto acima transcrito, no âmbito dos Tribunais e em especial da 7ª e 8ª Turmas desta Corte, não havia mais controvérsia quanto à não-aplicação da norma ora em exame. No entanto, entendiam essas Cortes que a hipótese não reclamava obediência ao princípio da reserva de plenário em razão de violação de norma infraconstitucional.

Ocorre, contudo, que o e. STF, ao apreciar recursos extraordinários que questionavam acórdãos do STJ, chegou a entendimento diverso, editou a Súmula Vinculante 10 (Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta a sua incidência no todo ou em parte.) e determinou o retorno dos autos para observância do princípio da reserva legal.

Portanto, também nesta Corte devemos atentar para o disposto no art. 97 da Constituição Federal.

Do quanto já se expôs, concluiu-se, como muito bem demonstrou a eminente Des. Federal Maria do Carmo Cardoso, que a tese jurídica acerca da inconstitucionalidade da segunda parte do art. 4º da Lei Complementar 118/2005 está dirimida, não cabendo mais digressão sobre as razões que estão a sustentá-la:

i) o art. 3º da Lei Complementar 118/2005 não tem natureza interpretativa, pois inova no plano normativo quando elege uma interpretação possível do inciso I do art. 168 do CTN e assim afasta aquela outra interpretação dada pelo e. STJ, tribunal que tem a função constitucional de uniformizar o entendimento da legislação infraconstitucional;

ii) a segunda parte do art. 4º da Lei Complementar 118/2005, ao determinar a aplicação retroativa do art. 3º, viola o princípio da autonomia e independência dos poderes e o princípio da garantia do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada.

No que pertine à ofensa ao princípio da autonomia e independência dos poderes, transcrevo trecho do voto proferido pelo Min. Teori Albano Zavascki na AI nos Embargos de Divergência em REsp 644.736-PE que de maneira brilhante demonstrou a ofensa perpetrada:

II – Lei interpretativa no sistema constitucional brasileiro.

2. Em nosso sistema constitucional, as funções legislativa e jurisdicional estão atribuídas a Poderes distintos, autônomos e independentes entre si (CF, art. 2º). Legislar, função essencialmente conferida ao Parlamento, é criar os preceitos normativos, é impor modificação no plano do direito positivo. Já a função jurisdicional — de assegurar o cumprimento da norma, que pressupõe também a de interpretá-la previamente —, é atribuída ao Poder Judiciário. A atividade legislativa está submetida à cláusula constitucional do respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada (art. 5º, XXXVI), razão pela qual as modificações do ordenamento jurídico, impostas pelo Legislativo, têm, em princípio, apenas eficácia prospectiva, não podendo ser aplicadas retroativamente. A função jurisdicional, ao contrário, atua, em regra, sobre fatos já ocorridos ou em via de ocorrer. Só excepcionalmente pode o Legislativo atuar sobre o passado, assim como só excepcionalmente pode o Judiciário produzir sentenças com efeitos normativos futuros.

Todos sabemos que essa bipartição não tem caráter absoluto, comportando algumas exceções. Mas a regra geral é essa: o Legislativo produz o enunciado normativo, que vai ter aplicação para o futuro; produzido o enunciado, ele assume vida própria, cabendo ao Judiciário, daí em diante, zelar pelo cumprimento da norma que dele decorre, o que comporta a função de, mediante interpretação, descobri-la e aplicá-la aos casos concretos. São atividades complementares. Como dizia Calamandrei

“O Estado defende com a jurisdição sua autoridade de legislador” (Calamandrei, Piero. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, tradução de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986, vol. I, p. 175).

3. Interpretar um enunciado normativo é buscar o seu sentido, o seu alcance, o seu significado. “A interpretação”, escreveu Eros Grau, “é um processo intelectual através do qual, partindo de fórmulas lingüísticas contidas nos textos, enunciados, preceitos, disposições, alcançamos a determinação de um conteúdo normativo. (...) Interpretar é atribuir um significado a um ou vários símbolos lingüísticos escritos em um enunciado normativo. O produto do ato de interpretar, portanto, é o significado atribuído ao enunciado ou texto (preceito, disposição)” (Grau, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*, 2ª ed., SP, Malheiros, 2003, p. 78). E observa, mais adiante: “As disposições são dotadas de um significado, a elas atribuído pelos que operaram no interior do procedimento normativo, significado que a elas desejaram imprimir. Sucede que as disposições devem exprimir um significado para aqueles aos quais são endereçadas. Daí a necessidade de bem distinguirmos os significados imprimidos às disposições (enunciados, textos), por quem as elabora e os significados expressados pelas normas (significados que apenas são revelados através e mediante a interpretação, na medida em que as disposições são transformadas em normas)” (*op. cit.*, p. 79).

Prossegue o autor: “A interpretação, destarte, é meio de expressão dos conteúdos normativos das disposições, meio através do qual pesquisamos as normas contidas nas disposições. Do que diremos ser — a interpretação — uma atividade que se presta a transformar disposições (textos, enunciados) em normas. Observa Celso Antônio Bandeira de Mello (...) que ‘(...) é a interpretação que especifica o conteúdo da norma. Já houve quem dissesse, em frase admirável, que o que se aplica não é a norma, mas a interpretação que dela se faz. Talvez se pudesse dizer: o que se aplica, sim, é a própria norma, porque o conteúdo dela é pura e simplesmente o que resulta da interpretação. De resto, Kelsen já ensinara que a norma é uma moldura. Deveras, quem outorga, afinal, o conteúdo específico é o intérprete, (...)’. As normas, portanto, resultam da interpretação. E o ordenamento, no seu valor histórico-concreto, é um conjunto de interpretações, isto é, conjunto de normas. O conjunto das disposições (textos, enunciados) é apenas ordenamento em potência, um conjunto de possibilidades de interpretação, um conjunto de normas potenciais. O significado (isto é, a norma) é o resultado da tarefa interpretativa. Vale dizer: o significado da norma é

produzido pelo intérprete. (...) As disposições, os enunciados, os textos, nada dizem; somente passam a dizer algo quando efetivamente convertidos em normas (isto é, quando — através e mediante a interpretação — são transformados em normas). Por isso as normas resultam da interpretação, e podemos dizer que elas, enquanto disposições, nada dizem — elas dizem o que os intérpretes dizem que elas dizem (...)” (*op. cit.*, p. 80).

4. Sendo assim e considerando que a atividade de interpretar os enunciados normativos, produzidos pelo legislador, está cometida constitucionalmente ao Poder Judiciário, seu intérprete oficial, podemos afirmar, parafraseando a doutrina, que o conteúdo da norma não é, necessariamente, aquele sugerido pela doutrina, ou pelos juristas ou advogados, e nem mesmo o que foi imaginado ou querido em seu processo de formação pelo legislador; o conteúdo da norma é aquele, e tão-somente aquele, que o Poder Judiciário diz que é. Mais especificamente, podemos dizer, como se diz dos enunciados constitucionais (= a Constituição é aquilo que o STF, seu intérprete e guardião, diz que é), que as leis federais são aquilo que o STJ, seu guardião e intérprete constitucional, diz que são.

5. Nesse contexto, a edição, pelo legislador, de lei interpretativa, com efeitos retroativos, somente é concebível em caráter de absoluta excepcionalidade, sob pena de atentar contra os dois postulados constitucionais já referidos: o da autonomia e independência dos Poderes (art. 2º, da CF) e o do respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da CF). Lei interpretativa retroativa só pode ser considerada legítima quando se limite a simplesmente reproduzir (= produzir de novo), ainda que com outro enunciado, o conteúdo normativo interpretado, sem modificar ou limitar o seu sentido ou o seu alcance. Isso, bem se percebe, é hipótese de difícil concreção, quase inconcebível, a não ser no plano teórico, ainda mais quando se considera que o conteúdo de um enunciado normativo reclama, em geral, interpretação sistemática, não podendo ser definido isoladamente. “Interpretar uma norma”, escreveu Juarez Freitas, “é interpretar um sistema inteiro: qualquer exegese comete, direta ou obliquamente, uma aplicação da totalidade do Direito” (Freitas, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*, SP, Malheiros, 1995, p. 47). Ora, lei que simplesmente reproduz a já existente, ainda que com outras palavras, seria supérflua; e lei que não é assim, é lei que inova e, portanto, não pode ser considerada interpretativa e nem, conseqüentemente, ser aplicada com efeitos retroativos.

III – *Natureza modificativa (e não simplesmente interpretativa) do art. 3º da LC 118/2005.*

6. Ainda que se admita a possibilidade de edição de lei interpretativa, como prevê o art. 106, I, do CTN, mas considerando o que antes se disse sobre o processo interpretativo e seus agentes oficiais (= a norma é aquilo que o Judiciário diz que é), evidencia-se como hipótese paradigmática de lei inovadora (e não simplesmente interpretativa) aquela que, a pretexto de interpretar, confere à norma interpretada um conteúdo ou um sentido diferente daquele que lhe foi atribuído pelo Judiciário ou que limita o seu alcance ou lhe retira um dos seus sentidos possíveis.

É o que ocorre no caso em exame. Com efeito, sobre o tema relacionado com a prescrição da ação de repetição de indébito tributário, a jurisprudência do STJ (1ª Seção) é no sentido de que, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, o prazo de cinco anos, previsto no art. 168 do CTN, tem início, não na data do recolhimento do tributo indevido, e sim na data da homologação — expressa ou tácita — do lançamento. Segundo entende o Tribunal, para que o crédito se considere extinto, não basta o pagamento: é indispensável a homologação do lançamento, hipótese de extinção albergada pelo art. 156, VII, do CTN. Assim, somente a partir dessa homologação é que teria início o prazo previsto no art. 168, I, E, não havendo homologação expressa, o prazo para a repetição do indébito acaba sendo, na verdade, de dez anos a contar do fato gerador.

Essa jurisprudência certamente não tem a adesão uniforme da doutrina e nem de todos os juízes. Em muitos casos, eu mesmo já manifestei minha discordância pessoal em relação a ela, como, v.g., no voto-vista proferido no ERESP 423.994, 1ª Seção, rel. Min. Peçanha Martins, onde apontei sua fragilidade por desconsiderar inteiramente “um princípio universal em matéria de prescrição: o princípio da *actio nata*, segundo o qual a prescrição se inicia com o nascimento da pretensão ou da ação (Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, Bookseller Editora, 2.000, p. 332)”. “Realmente”, sustentei, “ocorrendo o pagamento indevido, nasce desde logo o direito a haver a repetição do respectivo valor, e, se for o caso, a pretensão e a correspondente ação para a sua tutela jurisdicional. Direito, pretensão e ação são incondicionados, não estando subordinados a qualquer ato do Fisco ou a decurso de tempo. Mesmo em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, o direito, a pretensão e a ação nascem tão pronto ocorra o fato objetivo do pagamento indevido. Sob este aspecto, pareceria mais adequado ao princípio da *actio nata* aplicar, inclusive em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, o disposto no art. 168, I, combinado com o art. 156, I, do CTN, ou

seja: o prazo prescricional (ou decadencial) para a repetição do indébito conta-se da extinção do crédito (art. 168, I), que, por sua vez, ocorre com o pagamento (art. 156, I). Observe-se que, mesmo em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, o pagamento antecipado também extingue o crédito, ainda que sob condição resolutoria (CTN, 150, § 1º).”

Todavia, inobstante as reservas e críticas que possa merecer, o certo é que a jurisprudência do STJ, em inúmeros precedentes, definiu o conteúdo dos enunciados normativos em determinado sentido, e, bem ou mal, a interpretação que lhes conferiu o STJ é a interpretação legítima, porque emanada do órgão constitucionalmente competente para fazê-lo. Ora, o art. 3º da LC 118/2005, a pretexto de interpretar esses mesmos enunciados, conferiu-lhes, na verdade, um sentido e um alcance diferente daquele atribuído pelo Judiciário. Ainda que defensável a “interpretação” dada, não há como negar que a lei inovou no plano normativo, pois retirou das disposições normativas interpretadas um dos seus sentidos possíveis, justamente aquele tido como correto pelo STJ, intérprete e guardião da legislação federal. Se, como se disse, a norma é aquilo que o Judiciário, como seu intérprete, diz que é, não pode ser considerada simplesmente interpretativa a lei que atribui a ela outro significado. Em outras palavras: não pode ser considerada interpretativa a lei que tem o evidente objetivo de modificar a jurisprudência dos Tribunais. Somente a jurisprudência é que pode, legitimamente, alterar a jurisprudência.

Quanto ao termo inicial do novo prazo, a e. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso concluiu seu voto asseverando que:

A prescrição quinquenal, tal como estabelecida na LC 118/2005, passou a vigorar em 09/06/2005, ou seja, 120 dias após a publicação da Lei (art. 4º da LC 118/2005), sendo *aplicável aos tributos cuja extinção pelo pagamento antecipado (art. 3º) seja posterior a tal termo inicial, não tendo relevância a data do ajuizamento da ação que busque o indébito tributário a ser repetido.*

Com a devida vênia, penso que a regra clássica de direito intertemporal oferece melhor solução à espécie, como, aliás, já decidiu o e. STJ, com esteio em entendimento do STF, no AI nos Embargos de Divergência em REsp 644.736-PE. O voto proferido pelo e. relator, Min. Teori Albino Zavascki, é esclarecedor:

IV – Inconstitucionalidade do art. 4º, segunda parte, da LC 118/2005.

7. Não se nega ao Legislativo o poder de alterar a norma (e, portanto, se for o caso, também a interpretação formada em relação a ela). Pode, sim, fazê-lo, mas não com efeitos retroativos. Admitir a aplicação do art. 3º da LC 118/2005, sobre os fatos passados, nomeadamente os que são objeto de demandas em juízo, seria consagrar verdadeira invasão, pelo Legislativo, da função jurisdicional, comprometendo a autonomia e a independência do Poder Judiciário. Significaria, ademais, consagrar ofensa à cláusula constitucional que assegura, em face da lei nova, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e à coisa julgada. Portanto, o referido dispositivo, por ser inovador no plano das normas, somente pode ser aplicado legitimamente a situações que venham a ocorrer a partir da vigência da Lei Complementar 118/2005, que ocorreu 120 dias após a sua publicação (art. 4º), ou seja, no dia 09/06/2005.

Tratando-se de norma que reduz prazo de prescrição, cumpre observar, na sua aplicação, a regra clássica de direito intertemporal, afirmada na doutrina e na jurisprudência em situações dessa natureza: o termo inicial do novo prazo será o da data da vigência da lei que o estabelece, salvo se a prescrição (ou, se for o caso, a decadência), iniciada na vigência da lei antiga, vier a se completar, segundo a lei antiga, em menos tempo. São precedentes do STF nesse sentido:

“Prescrição Extintiva. Lei nova que lhe reduz prazo. Aplica-se à prescrição em curso, mas contando-se o novo prazo a partir da nova lei. Só se aplicará a lei antiga, se o seu prazo se consumir antes que se complete o prazo maior da lei nova, contado da vigência desta, pois seria absurdo que, visando a lei nova reduzir o prazo, chegasse a resultado oposto, de ampliá-lo” (RE 37.223, Min. Luiz Gallotti, julgado em 10/07/1958).

“Ação Rescisória. Decadência. Direito Intertemporal. Se o restante do prazo de decadência fixado na lei anterior for superior ao novo prazo estabelecido pela lei nova, despreza-se o período já transcorrido, para levar-se em conta, exclusivamente, o prazo da lei nova, a partir do início da sua vigência” (AR 905/DF, Min. Moreira Alves, DJ de 28/04/1978). No mesmo sentido: RE 93.110/RJ, Min. Xavier de Albuquerque, julgado em 05/11/1980; AR 1.025-6/PR, Min. Xavier de Albuquerque, DJ de 13/03/1981.

É o que se colhe, também, de abalizada doutrina, como, v.g., a de Pontes de Miranda (*Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense, 1998, Tomo VI, p. 359), Barbosa Moreira (*Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense, 1976, volume V, p. 205-207) e Galeno Lacerda, este com a seguinte e didática lição sobre situação análoga (redução

do prazo da ação rescisória, operada pelo CPC de 1973):

“A mais notável redução de prazo operada pelo Código vigente incidiu sobre o de propositura da ação rescisória. O velho e mal situado prazo de cinco anos prescrito pelo Código Civil (art. 178, § 10, VIII) foi diminuído drasticamente para dois anos (art. 495). Surge, aqui, interessante problema de direito transitório, quanto à situação dos prazos em curso pelo direito anterior. A regra para os prazos diminuídos é inversa da vigorante para os dilatados. Nestes, como vimos, soma-se o período da lei antiga ao saldo, ampliado, pela lei nova. Quando se trata de redução, porém, não se podem misturar períodos regidos por leis diferentes: ou se conta o prazo, todo ele pela lei antiga, ou todo, pela regra nova, a partir, porém, da vigência desta. Qual o critério para identificar, no caso concreto, a orientação a seguir? A resposta é simples. Basta que se verifique qual o saldo a fluir pela lei antiga. Se for inferior à totalidade do prazo da nova lei, continuasse a contar dito saldo pela regra antiga. Se superior, despreza-se o período já decorrido, para computar-se, exclusivamente, o prazo da lei nova, na sua totalidade, a partir da entrada em vigor desta. Assim, por exemplo, no que concerne à ação rescisória, se já decorreram quatro anos pela lei antiga, só ela é que há de vigorar: o saldo de um ano, porque menor ao prazo do novo preceito construa a fluir, mesmo sob a vigência deste. Se, porém, passou-se, apenas, um ano sob o direito revogado, o saldo de quatro, quando da entrada em vigor da regra nova, é superior ao prazo por esta determinado. Por este motivo, a norma de aplicação imediata exige que o cômputo se proceda, exclusivamente, pela lei nova, a partir, evidentemente, de sua entrada em vigor, isto é, os dois anos deverão contar-se a partir de 01/01/1974. O termo inicial não poderia ser, nesta hipótese, o do trânsito em julgado da sentença, operado sob lei antiga, porque haveria, então, condenável retroatividade” (O Novo Direito Processual Civil e os Feitos Pendentes, Forense, 1974, pp. 100-101).

Câmara Leal tem pensamento semelhante:

“Estabelecendo a nova lei um prazo mais curto de prescrição, esse começará a correr da data da nova lei, salvo se a prescrição iniciada na vigência da lei antiga viesse a se completar em menos tempo, segundo essa lei, que, nesse caso, continuaria a regê-la, relativamente ao prazo” (Da Prescrição e da Decadência, Forense, 1978, p.90).

Assim, na hipótese em exame, com o advento da LC 118/2005, a prescrição, do ponto de vista prático, deve ser contada da seguinte forma: relativamente aos pagamentos efetuados a partir da sua vigência (que ocorreu em 09/06/2005), o prazo para a ação de repetição do indébito é de cinco a contar da

data do pagamento; e relativamente aos pagamentos anteriores, a prescrição obedece ao regime previsto no sistema anterior, limitada, porém, ao prazo máximo de cinco anos a contar da vigência da lei nova. (sem destaque no original).

Assim sendo, adotando as razões acima expostas, acolho a argüição de inconstitucionalidade da expressão “observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, I, da Lei 5.172, de 25/10/1966 – Código Tributário Nacional”, contida no art. 4º da Lei Complementar 118/2005.

É o voto.

Voto Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto: — Senhor Presidente, o voto do Juiz Leomar foi esplêndido, elucidativo, mostrando que, na verdade, a lei, no caso, não é meramente interpretativa; seria forçar muito tê-la como interpretativa. Além do mais, os tribunais já vinham decidindo contrariamente ao que está dizendo a nova lei. Interpretar o quê, se já estava sendo interpretada? Não havia dúvida mais, só na doutrina, mas, na jurisprudência, não havia dúvida. Além do mais, uma norma interpretativa que retroage para atingir direitos já concretizados, não se pode ter como meramente interpretativa. Portanto, acompanho o Relator em todos os termos do seu voto. Dou pela inconstitucionalidade da parte do art. 40 da Lei Complementar 118/2005, que diz: (...) “quanto ao art. 3º, observado o disposto no art. 106, I.”

Voto Vogal Vencido

O Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral: — Senhor Presidente, a exegese do art. 168, I do CTN sempre foi polêmica e tormentosa, essencialmente na definição do seu termo a quo, apesar da aparente clareza da expressão “extinção do crédito tributário” nas hipóteses do tributo do tipo autolancamento por homologação.

O advento da LC 118/2005 não resolveu nem resolve a questão, apenas parte dela. A jurisprudência continuará seu papel de solucionar controvérsias pontuais no concernente à superveniente declaração de inconstitucionalidade de tributos pelo STF, geral-

mente posterior aos cinco anos da “extinção do crédito tributário”.

Aqui interessa a extinção do crédito tributário pelo pagamento, como tal definido pelo art. 156, I, do CTN.

No inciso VII desse mesmo artigo, o CTN refere as expressões “pagamento antecipado” e “homologação do lançamento”, isso porque, como se sabe, a modalidade de tipo “autolancamento” é ato complexo, que se inicia com o contribuinte e termina com o poder público.

O termo “pagamento” aí empregado é unívoco, vale dizer, tem o mesmo significado em ambas as disposições: se o conteúdo é o mesmo, mesmo o seu efeito. Logo, a qualificadora “antecipado” não tem o condão de desnaturá-lo. Ao contrário, reforça o seu conteúdo para distinguir sua eficácia antecipada.

Di-lo o próprio CTN no seu art. 150, § 1º: “o pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo *extingue* o crédito...”. A “condição resolutória” de ulterior homologação do lançamento nele também referida tem como destinatária a administração tributária, para que cumprida a regra mestra do CTN de que o lançamento é ato vinculado, compondo, assim, atividade privativa da administração, que deve ser exercida ainda que de forma tácita. O que se homologa, então, não é o pagamento, que já está efetivado, mas a atividade exercida pelo sujeito passivo da obrigação tributária, que, adiantando-se ao fisco, determinou e quantificou a obrigação tributária, declarando o tributo devido. A atividade estatal tributária, então, resta consumada e eficaz.

O mesmo art. 150, em seu § 4º, trata do prazo para que o fisco homologue esse lançamento, ou seja, dê validade e eficácia ao ato do administrado, cobrindo-o como o manto da sua constituição eficaz pela Autoridade administrativa. Esse prazo, que é de cinco anos, se a lei não fixar outro, tem como fim dotar a administração de tempo razoável para a análise dos milhares de pagamentos feitos.

A homologação é eminentemente retroativa. O lançamento homologado decorre sempre de manifestação antecedente do administrado, dando, assim, legitimidade ao pagamento já feito, por isso que não pode haver pagamento sem o competente lançamento.

O pagamento, quando feito, já extingue o crédito tributário. A condição resolutória tem eficácia tão so-

mente para que o fisco possa, dentro do prazo estipulado, verificando qualquer irregularidade no pagamento, fazer lançamento complementar.

Certo que a norma, porque de muita complexidade na sua leitura, transbordou em diversas interpretações em nossos Tribunais, o que demandou, por certo, um esclarecimento por parte do Estado, que culminou na edição da LC 118/2005.

Interpretar tem como significado maior explicar, ou seja, detalhar, clareando termos e revelando o sentido e o alcance. Ou seja, dizer algo melhor.

A LC 118/2005 veio exatamente para dar o exato alcance e sentido que o legislador pretendeu quando da edição do CTN, até porque a interpretação é autêntica, por aquele que fez a norma. Ela fixou a exata compreensão do art. 150, não criando ou estabelecendo situação nova ou fato novo, mas explicitando o que já era conhecimento implícito: o crédito tributário *extingue-se* pelo pagamento.

Não se pode, a pretexto de não concordar com a interpretação dada ou de se entender de maneira diversa, ter por inconstitucional a norma. A jurisprudência é uma das possibilidades de interpretação da norma, não a única. Não impressiona a norma ter dado interpretação outra daquela cristalizada na jurisprudência do STJ. Isso, por si só, não é razão suficiente a ter-se a norma por inconstitucional. Daí a invocar vulneração à independência dos Poderes é um passo grande demais, fundado em razões outras que não jurídicas.

Entendo, também, sem razão o fundamento de que a LC 118/2005 tenha ofendido a garantia do direito adquirido, do ato jurídico perfeito ou da coisa julgada. Não vejo qualquer violação a esses Princípios, até porque a retroatividade da norma atende apenas aos processos em curso, os já findos não poderiam ser atingidos, à conta da coisa julgada, mas isso é problema para solução futura e pontuada. O ato jurídico perfeito e o direito adquirido continuam preservados na medida em que a eficácia da norma não recria prazos, apenas estabelece a correta contagem do que já existe.

A inconstitucionalidade reside no que “é”, não no que “pode vir a ser”. Com as devidas vênias do Relator e dos que o acompanharam, rejeito a arguição de inconstitucionalidade.

É como voto.

Voto Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Ezequiel: — Cheguei já ao final do voto do Relator, todavia participava dessa discussão como integrante da 7ª Turma, na 4ª Seção, que sempre afluía.

Em matéria de decadência, entendo que a regra básica é a da chamada *actio nata*, de modo que aquele que pagou indevidamente tem seus advogados, suas orientações jurídicas, e, a rigor, não precisa esperar os cinco anos, até porque nunca se rejeitou ou indeferiu uma inicial de repetição de indébito por falta do aguardo dos cinco anos da homologação, que tem a ver mais com a quantidade do valor pago, se está certo o cálculo ou se a base de cálculo está devidamente definida, e não, propriamente, com a questão de saber se era devido ou não o tributo em razão de sua constitucionalidade ou não. E, em razão disso, ressaltava, nos votos que proferia, embora aplicasse a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que passou a adotar esse entendimento que está mencionado no voto do Relator, o seguinte: “A Lei Complementar 118, em seu art. 3º, estabeleceu que ‘para efeito de interpretação no inciso I do art. 168, da Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional, a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito ao lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o parágrafo 1º do art. 150 da referida Lei’, adotando assim a teoria da *actio nata*, que, aliás, era por mim aplicada, quando integrava a egrégia 3ª Turma desta Corte”. Quanto a isso creio que a norma veio de encontro àquele entendimento que eu já tinha desde quando integrava a 3ª Turma, na 2ª Seção. Todavia o que se está discutindo é a constitucionalidade do art 4º, que mandou retroagir naquelas situações.

Neste caso, como disse o Desembargador Leomar, pode haver uma ofensa à coisa julgada e, por isso, vou acompanhar o Relator.

Voto Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro: — Senhor Presidente, pelo que entendi do dispositivo mencionado, a segunda parte do art. 4º da Lei Complementar 118/2005, a pretexto de esclarecer a interpretação do art.168, inciso I, do Código Tributário Nacional, criou hipótese nova de interpretação dos dispositivos que tratam da prescrição do crédito tributário. Na ver-

dade, o que pretendeu essa lei, pelo que entendi, foi afastar a interpretação já consagrada no Superior Tribunal de Justiça a respeito dessa matéria. Portanto, não vejo como considerar esse dispositivo ou essa lei interpretativa e, por isso, acompanho o eminente Relator, considerando inconstitucional o dispositivo.

Corte Especial

Suspensão de Segurança

2007.01.00.054719-0/MG

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Presidente Jirair Aram Meguerian

Agravante: Município de Alpinópolis – MG

Procuradores: Dr. Antonio Giovani de Oliveira e outro

Agravado: Juízo Federal da Subseção Judiciária de Passos – MG

Autor: Ministério Público Federal

Procurador: Dr. Adailton Ramos do Nascimento

Divulgação: e-DJF1 de 05/12/2008

Publicação: 09/12/2008

Ementa

Agravo Regimental. Indererimento do pedido de Suspensão de medidas liminares que determinaram a paralisação de atividades de mineração realizadas dentro dos limites de unidade de conservação de proteção integral. Não provimento.

I – A paralisação de atividades de mineração, e, como conseqüência, a demissão de trabalhadores, com repercussão econômico-social localizada, poderia causar, em tese, lesão à economia local.

II – Por outro lado, a manutenção de atividades de mineração, que geram pouco mais de duas centenas de postos de trabalho, com trabalhadores em situação irregular e em condições precárias, causando enorme impacto e degradação ao meio ambiente, é mais que suficiente para caracterizar o *periculum in mora* inverso, não podendo, portanto, preponderar sobre a preservação de todo um ecossistema, mormente em se tratando de unidade de conservação de proteção integral.

III – Agravo regimental a que se nega provimento.

Acórdão

Decide a Corte Especial, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Corte Especial do TRF 1ª Região – 06/11/2008.

Desembargador Federal Presidente *Jirair Aram Meguerian*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Presidente Jirair Aram Meguerian: — Município de Alpinópolis – MG agrava regimentalmente em face da decisão desta Presidência que indeferiu o pedido de suspensão dos efeitos de medidas liminares deferidas nos autos das Ações Civis Públicas 2007.38.04.01176-8, 2007.38.04.001200-9, 2007.38.04.001192-9 e 2007.38.04.001194-6, que determinaram a suspensão imediata das atividades

de mineração das empresas Ailton de Castro Andrade – ME, Mineração e Comércio do Turvo Ltda., João Lemes Pereira e Lacel Quartzito Ltda., respectivamente, nas áreas descritas na inicial, e que fixou, ainda, multa diária de R\$ 500,00 (quinhentos reais), em caso de seu descumprimento.

2. A decisão agravada, ao manter as medidas liminares, assim se fundamentou:

(...)

Adstrita à verificação da existência dos pressupostos estabelecidos no art. 4º da Lei 4.348/1964, ou seja, se a decisão impugnada carrega em si potencial lesividade aos valores sociais protegidos pela medida de contracautela ora pleiteada, escapam da atribuição da Presidência do Tribunal poderes para perquirir ou corrigir possível erro no julgamento de fatos e de direito. É possível analisar de modo superficial o mérito da decisão tão-somente para associá-lo ao fundamento jurídico do pedido.

Na hipótese, estão em evidência relevantes e complexas questões ambientais que devem ser analisadas, pelas vias ordinárias, com ponderação e após ampla produção de provas. No caso, como ressalta o próprio requerente, foram interpostos agravos de instrumento contra as decisões ora impugnadas, com semelhantes pleitos suspensivos, porém todos foram negados sob argumentos que não podem ser desprezados. Para ilustrar, transcrevo os seguintes trechos da decisão proferida no Agravo de Instrumento 2007.01.00.046563-1/MG, em 15/10/2007, pela eminente Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida:

(...)

Em regra, a demora injustificada da Administração Pública em apreciar pedido de autorização para o exercício de atividade que dela depende não justifica o suprimento da omissão diretamente pelo Poder Judiciário, mas, tão-somente, a fixação de prazo razoável para que o órgão competente exerça a sua atribuição.

Por outro lado, há a indicação de que a atividade econômica, ainda que deferida por autorização administrativa e com exploração realizada há mais de 25 (vinte e cinco) anos como afirma o agravante, não menos correta é a constatação de que atualmente a extração está sendo realizada em área de preservação ambiental integral, o que coloca os direitos em conflito, obrigando o julgador a sopesar as situações em conflito que lhe são postas à apreciação, pois se a autorização fornecida à época era de total legalidade, à luz da situação fática e legal atual, está sendo posta em discussão, especialmente, em relação à interdição da atividade, questão que não pode ser apurada de maneira precipitada, pois o que está em discussão, antes de possíveis prejuízos econômicos, é o equilíbrio do meio ambiente e a preservação de nascentes do Rio São Francisco na Serra da Canastra.

A interdição é decorrência de possível ilegalidade na formulação de novo TAC após o vencimento de um anterior formulado com a intervenção do MPF, com ênfase às áreas onde foi constatado o descumprimento de condicionantes técnicas ou naquelas em que não estava ocorrendo a observância

às obrigações de correto tratamento da disposição dos rejeitos, que em alguns casos ampliaram a área impactada, sem prejuízo da interdição, que restou mantida, das áreas que não possuíam autorização para realização da lavra.

Em decisão proferida em 2006 por ocasião do exame de um agravo interposto pela União, constava a indicação pela agravante de que a manutenção de decisão que permitiu a continuidade das atividades, aumentaria, indiscutivelmente, os danos já apurados, uma vez que haveria a continuidade dos trabalhos de supressão da área de mata nativa e a destruição de importantes áreas de recarga da bacia do Rio Grande.

(...)

A controvérsia não se restringe à regularidade de exploração de minérios em área que, segundo afirma o Ministério Público Federal, integra o Parque Nacional da Serra da Canastra, no Estado de Minas Gerais, nem pode ser considerada solucionada porque um grupo de estudos sob a coordenação da Casa Civil da Presidência da República realizou levantamentos e prometeu buscar soluções com menos impactos sociais, o que é desenganadamente, a obrigação do Poder Executivo no exercício de seu poder-dever de ordenar e fiscalizar atividades que dependam de sua autorização ou aprovação.

Todavia, o exercício de tais atribuições tem que observar que o Parque Nacional da Serra da Canastra foi criado por meio do Decreto 70.355, de 3 de abril de 1972, com uma área total de aproximadamente 200.000ha (duzentos mil hectares), sendo que apenas 71.000ha (setenta e um mil hectares) foram objeto de regularização fundiária por parte do Poder Público, inércia que não constitui autorização para uso incompatível do espaço, pois o fato da integralidade do terreno do Parque Nacional da Serra da Canastra ainda não ter sido objeto de regularização fundiária não suprime a sua condição de unidade de conservação de proteção integral, condição essa atribuída pelo art. 8º, III, da Lei 9.985/2000.

Vale salientar que a Lei 9.985/2000 prevê que até ser elaborado o Plano de Manejo, as atividades e obras desenvolvidas nas unidades de conservação de proteção integral devem limitar-se a assegurar as populações porventura nelas residentes 'as condições e os meios necessários para a satisfação de suas necessidades materiais, sociais e culturais' (art. 28, p. único), o que não é garantido pela exploração predatória de pedras, areia e madeira, pois são tais elementos os que se objetiva resguardar.

Dessa forma, ao menos em um juízo perfunctório, observa-se que a atividade de mineração desen-

volvuda naquela região não é compatível com os objetivos dessa unidade de proteção integral, porquanto a Lei prevê que a finalidade precípua é a preservação de ecossistemas naturais de grande relevância ecológica e beleza cênica, possibilitando a realização de pesquisas científicas e o desenvolvimento de atividades de educação e interpretação ambiental.

Observa-se que o argumento a que se prende o agravante é a pretensa atuação arbitrária e sem respaldo legal por parte do Ministério Público, que não teria observado preceito constitucional (garantia de ampla defesa e contraditório), sem que lhe fosse oportunizado demonstrar sua contraposição ao que está inserido no procedimento administrativo.

O caso em exame não é relativo a mera investigação empreendida pelo Ministério Público Federal em razão de infrações administrativas que permitam o prosseguimento de atividades, pois não há lesão praticada que não seja irreversível ou que a influência do tempo sobre a realidade a ser examinada no mérito da questão não altere a situação fática observada.

A questão principal da lide, antes de incorreção de procedimento administrativo, está inserida na preservação do Parque Nacional da Serra da Canastra, que antes de atender a interesses individuais, também por mandamento constitucional, deve respeitar os interesses de toda a população, objetivando atingir uma melhor qualidade de vida e de meio ambiente equilibrado à população presente e futura.

Nesse aspecto, preconizado pelo art. 225 da Constituição Federal, é dever do Poder Público e da coletividade a atuação no sentido de assegurar a efetividade desse direito.

Sobre a manifestação de engenheiro florestal, é evidente que não há opinião discordante sobre a necessidade de adoção de diversas medidas para corrigir os impactos, algumas delas que demandarão, inclusive, o remanejamento de rejeitos e o transporte de materiais com o intuito de possibilitar a recuperação ambiental que em alguns casos, sequer ocorrerá.

Não há justificativa na pretensão de interpretar a manifestação do engenheiro de minas acostada à fl. 124 deste recurso como justificativa para a continuidade da exploração, pois a despeito de suas argumentações, a continuidade da exploração apenas aumentará as conseqüências nocivas até aqui constatadas.

O prazo de 20 (vinte) anos para a recuperação da área será cada vez mais dilatado, quanto maior o tempo de interrupção da degradação.

Sobre a aplicabilidade do princípio da precaução em questões ambientais que conduzam à degradação do meio ambiente, assim já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça (...)

Assim, não deve prevalecer o interesse individual das empresas sobre a necessidade maior do interesse coletivo ou difuso, que traz em seu conteúdo um maior significado, inclusive de preservação de todas as espécies que habitam o planeta, inclusive o homem.

Não fosse bastante, deve o julgador ter em mente o princípio de direito internacional que deve reger as decisões administrativas e judiciais em questões que envolvam o meio ambiente, qual seja, o princípio da precaução, especialmente, quando estejam em jogo a incolumidade do meio ambiente, causando risco de danos irreversíveis à fauna e à flora.

Não se justifica a proteção a direito individual em detrimento de direito coletivo, sobretudo porque o prejuízo que o agravante eventualmente suportará é meramente econômico.

Pelo exposto, nego seguimento ao agravo, em razão de sua manifesta improcedência, o que faço com fundamento no artigo 557 do CPC c/c o inciso XXV do art. 30 do RITRF/1ª Região, eis que procura a prevalência de posicionamento contrário ao adotado por esta Corte e, pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça.”

Como se vê, são relevantes as ponderações da Desembargadora Federal para manter a decisão impugnada, a fim de evitar elevado impacto ambiental na região do Parque Nacional da Serra da Canastra, causados pelas atividades exploratórias, e, por esse mesmo motivo, o princípio da precaução não deve dar lugar a decisões precipitadas, em detrimento de interesses públicos superiores como o é a preservação do meio ambiente.

Ademais disso, não se pode olvidar, que todas as decisões impugnadas foram direcionadas a empresas privadas e, assim sendo, ainda que ocorreram os propalados prejuízos ao Município de Alpinópolis estes se darão de modo reflexo, pois como bem lembrou o Ministério Público Federal, em seu parecer, o requerente não é parte em nenhuma das ações em que foram proferidas as liminares (fls. 463/470).

Pelo exposto, indefiro o pedido formulado, por entender que as decisões, não acarretam prejuízos suficientemente graves para respaldar a suspensão das decisões ora impugnadas que, aliás, buscam, muito mais, preservar interesses da coletividade em geral.

(...)”

3. Sustenta o agravante, reafirmando o alegado na peça inicial, que “...os corretos fundamentos adotados para preservação do direito coletivo ao meio ambiente saudável foram objeto de atenta, detalhada e percuciente

análise pelo órgão público federal competente (Instituto Chico Mendes) que, ao cotejá-los com o interesse público decorrente da atividade econômica – e todas as externalidades decorrentes – entendeu por bem passível de Termo de Ajustamento de Conduta datado de 31 de agosto de 2007, com vigência de quatro anos, somente ao fim dos quais se encerraria a atividade em questão” (fl. 478).

4. Assevera que, segundo consta do aludido Termo de Ajustamento de Conduta, a imediata suspensão da atividade causaria impacto social e econômico negativo localizado e que os relatórios de vistoria consideraram satisfatórios o cumprimento das condicionantes estabelecidas no TAC firmado anteriormente.

5. Para o agravante, a decisão atacada “...*pressupõe a desautorização judicial da competência do Instituto Chico Mendes em desincumbir-se de seu desiderato, vez que supostamente incapaz de aferir se o cumprimento de Termo que preside pode causar dano irreversível à natureza”* (fl. 479), o que demonstra evidente lesão à ordem, segurança e economia públicas.

6. Ao final, aduz que foram cumpridas as condições impostas, com a adoção de planejamento e investimentos para o exercício das atividades durante o período de 04 (quatro) anos estabelecido no TAC, e que as famílias privadas de seus empregos e o Poder Público municipal, que deixou de recolher os tributos correspondentes, deveriam ter sido ouvidos previamente, pois o objetivo da medida liminar deferida é o interesse comum.

7. O Ministério Público Federal nesta instância, em parecer de fls. 509/514, opina pelo desprovimento do presente recurso, para tanto se reportando aos fundamentos da decisão agravada.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Presidente Jirair Aram Meguerian: — O cerne da questão diz respeito à possibilidade, ou não, da continuidade das atividades de mi-

neração em área situada dentro dos limites do Parque Nacional da Serra da Canastra.

2. Como já salientado na decisão agravada, a via excepcional prevista nos arts. 4º da Lei 4.348/1964 e 4º, § 1º, da Lei 8.437/1992 está adstrita à análise dos requisitos que elenca, quais sejam: grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

3. Não cabe, em regra, tecer considerações acerca dos fundamentos das decisões de primeiro grau, ou mesmo sobre o mérito das ações civis públicas, os quais devem ser debatidos por meio da via recursal própria. Ademais, os interesses das empresas de mineração não podem ser objeto de análise na via estreita da suspensão de segurança.

4. A questão relativa à efetividade do Termo de Ajustamento de Conduta – TAC, firmado entre o Instituto Chico Mendes e as empresas mineradoras, portanto, não pode ser aqui analisada.

5. Feitas essas considerações, cumpre verificar se as decisões objeto da presente suspensão de liminar têm o condão de causar grave lesão aos bens jurídicos tutelados, pois o que se observa é a existência de uma colisão de interesses.

6. De um lado, temos a repercussão econômico-social da paralisação das atividades de mineração, quais sejam, o desemprego dos trabalhadores dessas empresas e seus reflexos negativos na economia local, além na redução na arrecadação de tributos pelo Município. De outro lado, temos que a área de mineração está situada dentro de uma unidade de conservação de proteção integral, qual seja, o Parque Nacional da Serra da Canastra.

7. Com efeito, a paralisação dessas atividades, como demonstrado pelo agravante, causou a demissão de centenas de trabalhadores, os quais ficaram privados de seus salários e deixaram de adquirir produtos no comércio local. Tudo isso repercute em uma menor arrecadação de tributos, e o Município, arrecadando menos, também investe menos em benefícios para a população.

8. Tenho, portanto, que as decisões impugnadas podem, sim, causar, em tese, lesão à economia local.

9. Por outro lado, a área de mineração está localizada dentro de uma unidade de conservação de proteção integral, que tem como atividade precípua a “*preservação de ecossistemas naturais de grande relevância*

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Jirair Aram Meguerian, Tourinho Neto, Catão Alves, Olindo Menezes, Mário César Ribeiro, Luciano Tolentino Amaral, Cândido Ribeiro, Carlos Moreira Alves, Carlos Olavo, Daniel Paes Ribeiro, Maria do Carmo Cardoso e Francisco de Assis Betti.

ecológica e beleza cênica, possibilitando a realização de pesquisas científicas e o desenvolvimento de atividades de educação e interpretação ambiental, de recreação em contato com a natureza e de turismo ecológico”, consoante o art. 11 da Lei 9.985/2000.

10. O referido dispositivo legal dispõe, ainda, que:

§ 1º O Parque Nacional é de posse e domínio públicos, sendo que as áreas particulares incluídas em seus limites serão desapropriadas, de acordo com o que dispõe a lei.

§ 2º A visitação pública está sujeita às normas e restrições estabelecidas no Plano de Manejo da unidade, às normas estabelecidas pelo órgão responsável por sua administração, e àquelas previstas em regulamento.

§ 3º A pesquisa científica depende de autorização prévia do órgão responsável pela administração da unidade e está sujeita às condições e restrições por este estabelecidas, bem como àquelas previstas em regulamento.

§ 4º As unidades dessa categoria, quando criadas pelo Estado ou Município, serão denominadas, respectivamente, Parque Estadual e Parque Natural Municipal.

11. Tem-se, portanto, que as atividades de mineração são totalmente incompatíveis com os objetivos de uma unidade de conservação, pois geram enorme impacto e degradação no meio ambiente.

12. Nesse sentido assim se manifestou o Ministério Público Federal (fls. 465/466):

A atividade de extração de quartzo é extremamente danosa para o meio ambiente, podendo ser citados, dentre outros, os seguintes danos ambientais:

a) destruição de importantes áreas de recarga da bacia do Rio Grande, impactando nascente e córregos que abastecem a represa de Furnas;

b) supressão de vegetação nativa;

c) alteração paisagística, descaracterizando o patrimônio natural da Unidade de Conservação (Parque Nacional da Serra da Canastra);

d) impacto negativo para a fauna silvestre em razão da destruição de abrigos e dispersão de animais pelo uso constante de explosivos.

Além dos impactos acima, merece destaque a informação de que a atividade de extração de quartzo gera resíduos que representam aproximadamente 93% de rocha, o que faz com que sejam formadas imensas pilhas de rejeito/estéril construídas

ao redor das cavas de exploração, de forma geral, de maneira desordenada, estrangulando a área de trabalho, bem como causando riscos para os trabalhadores e para o meio ambiente, em razão de os rejeitos serem levados pela chuva, causando o assoreamento de córregos e nascentes.

Ademais, cabe salientar que não são respeitados os direitos trabalhistas, já que muitos dos empregados não possuem carteira assinada, quase todos não usam equipamentos de proteção individual (EPI), os locais de extração, de modo geral, não possuem abrigos, sanitários nem refeitórios, sendo os trabalhadores obrigados a esquentar marmitas em fogareiros improvisados, dentre inúmeras outras irregularidades que poderiam ser apontadas.

13. Portanto, se por um lado as decisões impugnadas podem causar grave lesão à economia pública do Município de Alpinópolis/MG, entendo que a sua suspensão pode causar dano maior, qual seja, a destruição de todo um ecossistema que se busca preservar, para a população atual e, principalmente, para as futuras gerações.

14. Não pode a manutenção das atividades de mineração, que geram pouco mais de duas centenas de postos de trabalho, com trabalhadores em situação irregular e em condições precárias, e a alegação de grave lesão à economia local preponderarem sobre a preservação de todo um ecossistema.

15. Ademais, os danos que as atividades de mineração estão causando ao meio ambiente, com a degradação dos ecossistemas naturais, causando impactos negativos na fauna e da flora, o assoreamento de rios e a destruição de nascentes, mormente em se tratando de unidade de conservação de proteção integral, são mais que suficientes para caracterizar o *periculum in mora* inverso, pois, quanto mais se prolongarem no tempo essas atividades, maiores serão os danos por elas causados, e mais difíceis os trabalhos de recuperação da área.

16. Os riscos ao meio ambiente aqui relatados são mais que suficientes para que, com base no princípio da precaução, sejam mantidas as decisões impugnadas, pois, consoante o posicionamento adotado pela Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, no Agravo de Instrumento 2007.01.00.046563-1/MG, “Não fosse bastante, deve o julgador ter em mente o princípio de direito internacional que deve reger as decisões administrativas e judiciais em questões que envolvam o meio ambiente, qual seja, o princípio da precaução, es-

pecialmente, quando estejam em jogo a incolumidade do meio ambiente, causando risco de danos irreversíveis à fauna e à flora”.

Pelo exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

Mandado de Segurança

2007.01.00.014267-1/MT

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Ezequiel da Silva

Impetrante: Procurador da República

Impetrado: Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da Primeira Região

Divulgação: e-DJF1 de 11/07/2008

Publicação: 14/07/2008

Ementa

Processual civil. Mandado de segurança. Ministério Público Federal. Ilegitimidade ativa.

I – O procurador da República com atuação em primeiro grau de jurisdição não tem legitimidade ativa para impetrar mandado de segurança neste Tribunal.

II – Mandado de segurança extinto, sem resolução do mérito (CPC, art. 267, VI).

Acórdão

Decide a Corte Especial, por unanimidade, julgar extinto o *mandamus*, sem resolução do mérito.

Corte Especial do TRF 1ª Região – 05/06/2008.

Desembargador Federal *Antônio Ezequiel da Silva*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Ezequiel: — Trata-se de mandado de segurança impetrado por procurador da República contra ato do Exmo. Sr. Juiz Federal Saulo Casali Bahia, convocado neste Tribunal, que, nos autos do Agravo de Instrumento 2007.01.00.011258-0/MT, determinou a expedição de ofício ao agravado, o Ministério Público Federal, para, no prazo de 10 (dez) dias, apresentar contraminuta ao recurso, nos moldes do art. 527, inciso V, do CPC.

Sustenta que o ofício supracitado veio acompanhado tão-somente de cópia do despacho proferido pela autoridade coatora, ordenando apenas que a parte agravada respondesse, em 10 (dez) dias.

Assevera que sua intimação, nos termos do art. 236, § 2º, do CPC combinado com a alínea *h* do inciso II do art. 18 da LC 75/1993, deve ser pessoal, mediante

vista dos autos, independentemente do tipo de sua atuação no feito, da fase processual e da instância judicial, razão pela qual deve o Poder Judiciário, ao determinar a sua intimação, providenciar a entrega dos autos à instituição ministerial, a partir de quando deve ter início a contagem do prazo, conforme precedentes jurisprudenciais que colacionou à inicial.

Defende a sua legitimidade ativa para a impetração, por ter o ato coator violado prerrogativa funcional de um órgão ministerial.

Assim, requereu, inicialmente, a concessão de liminar que lhe assegurasse a remessa do agravo de instrumento à Procuradoria da República do Estado de Mato Grosso, e que fosse considerada a data de sua efetiva entrega como marco inicial do prazo de resposta do recurso; requereu ainda, no mérito, a concessão da segurança, com a confirmação da liminar.

À fl. 41, concedi, em parte, a liminar pleiteada, para sustar o andamento do agravo de instrumento até o julgamento do *mandamus* pelo Colegiado.

Devidamente citada, a autoridade impetrada prestou informações à fl. 48, por meio das quais noticia a interposição do referido agravo, sem que tenha havido pedido de atribuição de efeito suspensivo por parte da agravante, razão pela qual foi a parte agravada, no caso, o Ministério Público Federal, intimado para oferecer resposta, no prazo legal.

O Ministério Público Federal, em parecer de fls. 52/57, opinou pela concessão da segurança.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Ezequiel: — Pretende o impetrante, procurador da República, a remessa dos autos do agravo de instrumento à Procuradoria da República do Estado, para a oportuna apresentação de contraminuta, por entender que sua intimação deve ser sempre pessoal, por meio da entrega dos autos com vista, sendo este o marco inicial para contagem do respectivo prazo processual.

A atuação funcional em juízo dos Procuradores da República está assim delimitada na Lei Complementar 75/1993:

Art. 70. Os Procuradores da República serão designados para officiar junto aos Juizes Federais e junto aos Tribunais Regionais Eleitorais, onde não tiver sede a Procuradoria Regional da República.

Parágrafo único. A designação de Procurador da República para officiar em órgãos jurisdicionais diferentes dos previstos para a categoria dependerá de autorização do Conselho Superior.

Já os Procuradores Regionais da República têm sua atuação definida no art. 68 da mesma Lei Complementar, nos seguintes termos:

Art. 68. Os Procuradores Regionais da República serão designados para officiar junto aos Tribunais Regionais Federais.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Antônio Ezequiel da Silva, Daniel Paes Ribeiro, Luiz Gonzaga Barbosa Moreira, Maria do Carmo Cardoso, Catão Alves, Olindo Menezes, Cândido Ribeiro, Carlos Moreira Alves e Ítalo Fioravanti Sabo Mendes.

Parágrafo único. A designação de Procurador Regional da República para officiar em órgãos jurisdicionais diferentes dos previstos para a categoria dependerá de autorização do Conselho Superior.

Assim, não tem o impetrante, procurador da República com atuação em primeiro grau de jurisdição, legitimidade para impetrar mandado de segurança neste Tribunal. Essa legitimidade é, no caso, do representante do Ministério Público que aqui officia, qual seja, o Procurador Regional da República.

Nesse sentido, verifiquem-se os seguintes julgados:

Mandado de segurança. Ministério público. Legitimidade.

I – Ainda que seja uno o Ministério Público, a atribuição para officiar perante o Tribunal Regional Federal é do Procurador Regional da República.

II – Ilegitimidade do membro do Ministério Público com atuação em primeiro grau de jurisdição para a impetração.

III – Extinção do feito, por carência de ação.

(MS 2006.01.00.040052-7/MT, Rel. Desembargador Federal Cândido Ribeiro, Segunda Seção, DJ de 13/07/2007, p. 6.)

Processual. Mandado de segurança. Ministério Público Federal. Procurador. Capacidade postulatória. Tribunal. Designação. Competência. Justiça Federal e Estadual. Meio ambiente. Recurso em sentido estrito julgado. Prejudicialidade.

1. O Ministério Público Federal tem legitimidade para impetrar mandado de segurança no Tribunal em defesa de seus interesses.

2. Entretanto, o procurador signatário da impetração deve estar investido de capacidade postulatória para atuar em processos da competência originária do Tribunal, cuja atuação funcional resta definida no art. 70 e parágrafo único da Lei Complementar 75, de 1993.

3. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

4. No caso, à míngua de comprovação de que a função desempenhada pelo d. representante do *parquet* deu-se em face de respectiva designação, deve ser julgado extinto o presente processo, sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, inciso IV, do Código de Processo Civil, por ausência de capacidade postulatória do subscritor da petição inicial.

5. De qualquer modo, ainda que assim não fosse, resta prejudicada a presente impetração, em

face do julgamento do recurso em sentido estrito, ao qual pretendia-se conferir-lhe efeito suspensivo. Com efeito, verifico que, em sessão da egrégio Terceira Turma deste Tribunal, foi negado provimento ao recurso criminal do Ministério Público Federal, mantendo a r. decisão recorrida e reconhecendo a incompetência da Justiça Federal para processar e julgar crime contra o meio ambiente, cuja decisão foi objeto de recurso extraordinário, igualmente negado, e com trânsito em julgado (cf. movimentação processual).

6. Mandado de segurança que se julga prejudicado por perda de objeto.

(MS 2001.01.00.038250-3/TO, Rel. Desembargador Federal Plauto Ribeiro, Segunda Seção, DJ de 21/01/2004, p. 1.)

Diante do exposto, e adotando esse entendimento, julgo extinto o processo sem resolução do mérito, por ilegitimidade ativa, com base no art. 267, VI, do CPC.

É como voto.

Conflito de Competência

1999.41.00.001252-5/RO

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Ezequiel da Silva
Relator p/acórdão: O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro
Autora: Dra. Dagmar Eliete do Couto Ramos Coelho
Advogada: Dra. Dagmar Eliete do Couto Ramos Coelho
Ré: União Federal
Procuradora: Dra. Hélia Maria de Oliveira Bettero
Remetente: Juízo Federal da 2ª Vara – RO
Suscitante: Desembargador Federal da 2ª Seção do TRF 1ª Região
Suscitado: Desembargador Federal da 3ª Seção do TRF 1ª Região
Divulgação: e-DJF1 de 18/12/2008
Publicação: 19/12/2008

Ementa

Processual Civil e Regimental. Conflito de competência entre seções do Tribunal. Ação popular. Anulação de ato administrativo. Competência da Terceira Seção.

I – Tratando-se de ação popular que tem por objeto a declaração de nulidade de ato administrativo de nomeação de servidor público para exercer cargo em comissão, a competência para o julgamento do recurso de apelação interposto da sentença nela proferida é da 3ª Seção, ainda que, indiretamente, envolva a possível prática de ato de improbidade.

II – Conflito procedente, declarada a competência do suscitado.

Acórdão

Decide a Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por unanimidade, conhecer do conflito e, por maioria, vencidos os Desembargadores Federais Relator, Assusete Magalhães, Fagundes de Deus (convocado em substituição ao Desembargador Federal João Batista Moreira, em férias), Olindo Menezes e Ítalo Fioravanti Sabo Mendes, declarar competente a 3ª Seção, Suscitada, nos termos do voto divergente do Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro.

Corte Especial do TRF 1ª Região – 21/08/2008.

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*, Relator p/ acórdão.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Ezequiel: — Cuida-se de conflito de competência suscitado pelo Desembargador Federal Hilton Queiroz (fls. 626/627), integrante da 2ª Seção desta Corte, nos autos da AC 1999.41.00.001252-5/RO, interposta contra sentença que, em ação popular, julgou parcialmente procedente o pedido, para declarar a nulidade do Ato GP 265/1995, de nomeação da requerida Dagmar Eliete do Couto Ramos Coelho, para o cargo em comissão de Diretora da Secretaria Judiciária, Código TRT – 14ª DAS-101.5.

Referidos autos foram distribuídos, inicialmente, para o Desembargador Federal João Batista Moreira, integrante da 5ª Turma, que compõe a 3ª Seção deste Tribunal. Contudo, entendendo que a matéria de fundo nele questionada, ato de improbidade administrativa, não se inclui na competência daquela Seção, mas sim na da 2ª Seção, o eminente Desembargador Federal determinou a sua redistribuição (fl. 613).

O ilustre Desembargador Federal suscitante afirma que a competência é da Primeira Seção (RITRF-1ª Região, art. 8º, § 5º, combinado com o §1º, I), por entender que a discussão central posta na ação popular é sobre a *nomeação de servidor público*, e não sobre ato de improbidade administrativa, embora o ato impugnado tenha violado princípios básicos da Administração Pública, especialmente os da moralidade, legalidade e impessoalidade (art. 37, CF), cuja impugnação, segundo afirmado na sentença apelada, deve “ser objeto de discussão em ação própria, prevista na Lei 8.429/1992, quanto às conseqüências e penalidades previstas nessa lei” (fls. 626/627).

Às fls. 633/636, o Ministério Público Federal opinou pelo reconhecimento e declaração da competência do juízo suscitado.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Ezequiel: — Cuida-se de conflito de competência suscitado em apelação cível interposta contra sentença que, em ação po-

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Antônio Ezequiel da Silva, Assusete Magalhães, Fagundes de Deus, Olindo Menezes, Ítalo Fioravanti Sabo Mendes, Daniel Paes Ribeiro, Luiz Gonzaga Barbosa Moreira, Maria do Carmo Cardoso, Catão Alves, Cândido Ribeiro, Carlos Moreira Alves, Carlos Olavo, Tourinho Neto, Mário César Ribeiro e Hilton Queiroz.

pular, julgou parcialmente procedente o pedido, para declarar a nulidade do Ato GP 265/1995, de nomeação da requerida ao cargo em comissão de Diretora da Secretaria Judiciária, Código TRT – 14ª DAS-101.5.

O Regimento Interno desta Corte dispõe, em seus arts. 6º e 8º, *verbis*:

Art. 6º Há, no Tribunal, estabelecidas em razão da matéria principal, quatro áreas de especialização, a saber: (caput com redação alterada pelo art. 3º da Emenda Regimental 05 de 27 de abril de 2004).

I – benefícios previdenciários e servidores públicos;

II – penal, improbidade administrativa e desapropriação;

III – administrativo, civil e comercial;

IV – tributário, financeiro e conselhos profissionais. (redação alterada pelo art. 3º da Emenda Regimental 5, de 27 de abril de 2004).

Art. 8º A competência das Seções e das respectivas Turmas, que as integram, é fixada de acordo com as matérias que compõem a correspondente área de especialização.

(...)

§ 2º À Segunda Seção cabe o processo e julgamento dos feitos relativos a:

I – matéria penal em geral;

II – improbidade administrativa;

III – desapropriação direta e indireta.

§ 3º À Terceira Seção cabe o processo e julgamento dos feitos relativos a:

I – licitação e contratos administrativos;

II – concursos públicos;

III – contratos;

IV – direito ambiental;

V – sucessões e registros públicos;

VI – direito das coisas;

VII – responsabilidade civil;

VIII – ensino;

IX – nacionalidade, inclusive a respectiva opção e naturalização;

X – constituição, dissolução e liquidação de sociedades;

XI – propriedade industrial;

XII – Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS.

Como bem ressaltou o Ministério Público, “o conflito entre as disposições regimentais que estabe-

lecem a competência da 2ª Seção – improbidade administrativa – e da 3ª Seção – atos administrativos em geral – há de ser solucionado pelo critério da preponderância” (fls. 634/635).

Ora, no presente caso, impugna-se, em ação popular, a nomeação de servidora aposentada do TRT da 14ª Região para cargo em comissão (Diretora de Secretaria Judiciária), ao fundamento de vício insanável (ilegalidade), uma vez que foi violado pelos réus o dever de honestidade, lealdade, impessoalidade, moralidade e legalidade administrativa, já que a referida servidora é progenitora do Juiz Togado Vulmar de Araújo Coêlho Ramos, e também de Monique Ramos, funcionária do mesmo Tribunal, e irmã do Juiz Togado aposentado Benjamin do Couto Ramos. O pedido, na ação popular, foi feito nos seguintes termos:

1) Liminarmente, declaração da nulidade do Ato GP 265/1995, que nomeou a servidora Dagmar Eliete do Couto Ramos Coêlho, para o cargo de Diretora da Secretaria Judiciária do TRT – 14ª Região, em 16 de novembro de 1995;

2) A condenação, por improbidade administrativa, dos réus, Dagmar Eliete do Couto Ramos Coêlho e Maria do Socorro da Costa Miranda; à suspensão de seus direitos políticos, decretando-se a perda de suas funções públicas e/ou a cassação de suas aposentadorias, se já aposentadas forem;

3) A condenação de todos os réus à obrigação de ressarcir aos cofres da União dos valores pagos indevidamente a referida servidora;

(...)

De outro lado, conforme posto no Parecer de fls. 633/636, a sentença reconheceu a carência da ação quanto ao pedido de condenação às penas da Lei de Improbidade Administrativa, ao fundamento de que “a ação popular não se presta a condenação dos réus em suspensão dos direitos políticos, ressarcimento ao erário e perda das funções públicas, pois a Lei 4.717/1965 lhe dá natureza civil prevendo tão-somente que seja conhecida a invalidade do ato ou do contrato e das reposições e indenizações devidas” (fl. 568), e julgou parcialmente procedente o pedido, para declarar a nulidade do ato impugnado, porque “afrontou diretamente ao princípio da moralidade e as prescrições do art. 18 da Lei 7.783/1989, c/c a Decisão/TCU – Plenário n. 118/1994 e do art. 10 da Lei 9.421/1996” (fl. 572).

Assim, embora a inicial tenha formulado pedido próprio da Lei de Improbidade Administrativa, a sen-

tença excluiu esse pedido, e não houve, no particular, recurso do autor.

Nesse contexto, o que este Tribunal vai julgar é um apelo contra sentença que anulou ato de nomeação de servidor público por violação dos princípios da legalidade e da moralidade pública.

Ora, ainda que, de acordo com os arts. 6º, III, e 8º, § 5º, do Regimento Interno desta Corte, caiba, em princípio, à Terceira Seção, o julgamento dos feitos relativos à nulidade e anulabilidade de ato administrativo, é de ver-se, no entanto, que a lide versa sobre impugnação de *nomeação de servidora pública* aposentada, o que atrai a competência da Primeira Seção para processar e julgar a ação popular, nos termos do que dispõe o Regimento Interno deste Tribunal no art. 6º, I, combinado com o art. 8º, § 1º, I, e § 5º.

Ante o exposto, conheço do presente conflito de competência, para declarar competente a Primeira Seção desta Corte.

É como voto.

Voto Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro: — Senhor Presidente, divirjo do eminente Relator, com a devida vênia, porque, pelo que entendi do relatório e do seu voto, trata-se de uma ação popular com o objetivo de anular um ato administrativo de nomeação de alguém para exercer um cargo em comissão.

O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Ezequiel: — Só que se pede também a aplicação das penas dentro da lei de improbidade e conjugou também isso...

O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro: — Há uma íntima relação, no caso, com a lei de improbidade administrativa. No entanto, como bem disse Vossa Excelência, a própria sentença afastou a aplicação dessa lei. Logo, o que restou a ser apreciado? Restou a ser apreciado o vício de ilegalidade apontado no ato administrativo.

Assim, isso é objeto de ação popular, cuja competência é da 3ª Seção.

O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Ezequiel: — Não há competência específica para ação popular. É uma ação (podia ser uma ação ordinária, também) que quer anular uma nomeação. Fiquei nessa dúvida: por ser a primeira investidura, isso é ato administrativo da 3ª Se-

ção, ou isso já é com aquele órgão que julga matéria relativa a servidor público? Porque investido ilegalmente um servidor público.

O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro: — Mas não está em discussão qualquer ato do servidor enquanto tal e sim o ato de sua nomeação, que seria ilegal.

O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Ezequiel: — Parece que havia até uma distinção quanto a isso: se o servidor já tomou posse. Esse ato é bem anterior. Ele já é servidor público. Agora, quer se discutir a investidura. O ato é de 2005.

O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro: — Senhor Presidente, conluo, com a devida vênia, pela competência da 3ª Seção, que é, no caso, o Juízo suscitado.

Voto Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira: — Senhor Presidente, está me parecendo também que a questão não se refere a direito do servidor público. A questão está levantada em uma ação popular que visa, como bem anotou o Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro, afastar um ato tido por ilegal, e a competência seria, realmente, da 3ª Seção.

Acompanho o Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro.

Voto Vogal

A Exma. Sra. Des. Federal Assuete Magalhães: — Senhor Presidente, essa é realmente aquela zona cinzenta. Há argumentos para um lado e para o outro. Mas penso que aqui se pretendeu desconstituir a nomeação de uma servidora. Ela já era servidora e, assim, já exercia a atribuição do seu cargo.

Penso que a matéria se enquadra melhor na competência da 1ª Seção, que cuida de servidor público. Voto com o relator.

Voto Vogal

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso: — Senhor Presidente, pelo relatório e voto de Sua Excelência, o que se busca aqui é a nulidade de um

ato administrativo. Não se está enfocando o servidor e sim o ato do agente público que fez a nomeação.

Assim, com todas as vênias do Relator, acompanho a divergência.

Voto-Vista

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves: — Senhor Presidente, peço a mais respeitosa licença ao eminente Relator e àqueles que o acompanharam para votar no mesmo sentido da divergência, reconhecendo como competente a egrégio Terceira Seção da Corte, porque o exame da petição inicial de fls. 2/14 põe em evidência que se cuida de ação popular em que a pretensão principal diz com a

“(…) declaração de nulidade do Ato GP 265/1995, que nomeou a servidora Dagmar Eliete do Couto Ramos Coêlho, para o cargo de Diretora da Secretaria Judiciária do TRT - 14ª Região, em 16 de novembro de 1995” (fl. 13),

deduzida sob fundamento de violação aos deveres de honestidade, lealdade, impessoalidade, moralidade e legalidade administrativa, inscritos no artigo 37 da Carta Constitucional, e também ao quanto disposto nos arts. 18 da Lei 7.873, de 9 de novembro de 1989, e 10 da Lei 9.421, de 24 de dezembro de 1996. Nada se discute, nos autos, sobre o vínculo funcional, em si, da ré na demanda, impugnando-se o ato administrativo de nomeação, em si mesmo, sob alegação de vícios de ilegalidade e inconstitucionalidade que lhe comprometem a validade. É uma linha realmente limítrofe mas, em face do disposto nos arts. 6º, inciso III e 8º, parágrafos 3º, inciso I, 5º e 6º, do Regimento Interno do Tribunal, e em especial da inteligência que majoritariamente tem sido emprestada a esse parágrafo 5º do art. 8º do diploma regimental, tenho que deve o conflito ser resolvido em favor da competência da colenda Terceira Seção, a suscitada.

É como voto.

Voto Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro: — Senhor Presidente, com base nos esclarecimentos prestados pelo Desembargador Federal Carlos Moreira Alves, com a devida vênia de Vossa Excelência, acompanho a divergência.

Voto Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto: — Também pedindo vênia a Vossa Excelência e aos que o acompanharam, fico com a divergência.

Primeira Seção

Mandado de Segurança

2007.01.00.057448-2/RR

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Francisco de Assis Betti

Impetrante: Edmilson Barbosa Ferreira Junior

Advogado: Dr. Guaracy da Silva Freitas

Impetrado: Juiz Diretor do Foro da Seção Judiciária de Roraima

Divulgação: e-DJF1 de 14/11/2008

Publicação: 17/11/2008

Ementa

Constitucional. Administrativo. Analista Judiciário-Área Judiciária. Alegação de desvio de função ao ser lotado em setor administrativo da Seção Judiciária. Busca de solução na esfera judicial. Legitimidade. Decisão do juiz diretor do foro que determina suspensão de pagamento de salários sem instauração do devido Processo Administrativo. Ilegalidade.

I – Ao ser lotado em setor administrativo da Seção Judiciária, o impetrante, Analista Judiciário-Área Judiciária questionou o que considera “desvio de função”. Sem obter solução na esfera administrativa, buscou, de forma legítima, o Poder Judiciário.

II – Agiu de forma ilegal o diretor do Foro que, em vista da recusa do servidor em exercer atividades que não eram inerentes ao seu cargo efetivo, determinou a suspensão do pagamento de seus salários, sem instaurar o competente processo administrativo disciplinar.

III – Incabível, na esfera do direito administrativo, a alegação da autoridade impetrada de que “se não há trabalho não há salário”.

IV – Por ofensa direta ao devido processo legal, manifestamente ilegal o ato do MM. Juiz Federal Diretor do Foro da Seção Judiciária de Roraima.

V – Segurança concedida em parte.

Acórdão

Decide a 1ª Seção, por unanimidade, conceder em parte a segurança.

1ª Seção do TRF 1ª Região – 21/10/2008.

Desembargador Federal *Francisco de Assis Betti*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Francisco de Assis Betti:
— Trata-se de mandado de segurança impetrado por Edmilson Barbosa Ferreira Júnior, com pedido de concessão de medida liminar em caráter urgentíssimo, contra ato do MM. Juiz Federal Diretor do Foro da Seção Judiciária de Roraima, que determinou a suspensão imediata dos pagamentos salariais do impetrante, bem

como o desconto imediato de seus salários desde o dia 22/10/2007, sem que fosse instaurado procedimento administrativo prévio e sem que houvesse previsão legal para tanto.

Narra, o impetrante, ser servidor da Seção Judiciária de Roraima desde agosto de 1997, quando to-

mou posse no cargo de Técnico Judiciário, sendo que exerce, desde o mês de abril de 2002, o cargo efetivo de Analista Judiciário-Área Judiciária. Relata não ter obtido solução na esfera administrativa, para o que considera desvio de função em face da sua lotação na Seção de Classificação e Distribuição e, assim, ter ajuizado a ação ordinária 2007.42.00.002360-0 perante a 1ª Vara Federal daquela Seção Judiciária, onde espera ser decidida a questão. Informa ter também apresentado ao Conselho Nacional de Justiça, juntamente com dois outros servidores, o pedido de providências PCA 2007/17293, quanto a uma suposta ilegalidade no preenchimento dos cargos em comissão na Seção Judiciária de Roraima.

Alega que por força dessas iniciativas, ainda pendentes de decisão, estaria sendo vítima de perseguição por parte da autoridade impetrada, à qual julga estar faltando isenção emocional. Relata a ocorrência, no âmbito da administração, de vários episódios fático-administrativos envolvendo alguns servidores, inclusive o impetrante, e o MM. Juiz Federal Diretor do Foro.

Quanto ao ato objeto do presente feito, narra que no dia 07/12/2007, o MM. Juiz Federal Diretor do Foro determinou a imediata suspensão dos pagamentos salariais do impetrante, bem como o desconto imediato dos seus salários desde 22/10/2007, sendo que a suspensão já teria sido efetivada à data da impetração. Relata que somente após determinar a severa sanção administrativa, a autoridade ordenou a instauração do processo administrativo disciplinar, bem como a remessa de cópia das peças ao Ministério Público Federal.

Alega ser flagrante a ilegalidade de tal ato administrativo, que ofende o devido processo legal, o direito de contradizer as razões do estado e o exercício da ampla defesa, ressaltando ser patente o clima de animosidade entre a autoridade impetrada e o servidor Impetrante. Afirmar estar comprometida a imparcialidade da autoridade em relação aos fatos relatados, face ao que entende tratar-se de assédio moral. Transcreve jurisprudência, trechos de entendimentos doutrinários e textos legais.

Alega, mais, a natureza alimentar dos vencimentos, que a teor do art. 649, inciso IV, do Código de Processo Civil, não podem ser retidos, penhorados ou objeto de medidas similares e afirma o direito do impetrante de não ser punido por eventual falta sem a observância do devido processo legal.

Aponta a presença dos requisitos para a medida liminar, que requer seja concedida, a fim de possibilitar a legítima percepção dos seus vencimentos, com a reversão da ordem manifestamente ilegal antes do fechamento da folha de pagamento de dezembro de 2007, bem como o impedimento de qualquer desconto em sua remuneração decorrente da decisão atacada, uma vez que não houve qualquer falta ou ausência ao serviço. Requer, ainda, a imediata sustação dos demais efeitos da decisão, até a decisão judicial na ação ordinária ajuizada para análise da legitimidade do ato administrativo de lotação do impetrante. Pleiteia a concessão definitiva da segurança com a declaração de nulidade da decisão administrativa em questão, seja por afronta ao devido processo legal, seja pelo abuso de poder, ou por ofensa ao princípio da legalidade estrita em razão da impropriedade da penalidade aplicada. Junta os documentos de fls. 26/139.

Através da decisão de fl. 141, foi concedida a liminar com a ordem de imediato restabelecimento dos pagamentos salariais do impetrante e para que não se proceda a qualquer desconto em seus salários.

Informações da autoridade coatora, às fls. 147/169, com a juntada dos documentos de fls. 170/212.

Manifestação ministerial, às fls. 216/219, pela concessão da segurança.

Vieram os autos conclusos.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Francisco de Assis Betti:
— Cinge-se, o pedido do impetrante, à ilegalidade do ato emanado do MM. Juiz Federal Diretor do Foro da Seção Judiciária de Roraima, que determinou a suspensão dos pagamentos dos salários e o desconto nos salários desde 22/10/2007 sem a instauração do devido processo administrativo.

Consta dos autos que o impetrante questionou, na esfera administrativa, o fato de ter sido lotado na

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Francisco de Assis Betti, Carlos Olavo, Antônio Sávio de Oliveira Chaves e Neuza Alves e os Exmos. Srs. Juizes Federais Iran Velasco Nascimento (convocado) e Evaldo de Oliveira Fernandes Filho (convocado).

Seção de Classificação e Distribuição pela autoridade tida como coatora, o que considera “desvio de função”, pois ocupa o cargo efetivo de Analista Judiciário-Área Judiciária e, em face das atividades desenvolvidas por aquele setor não se constituírem de maior complexidade, ele não teria oportunidade de exercer as tarefas inerentes ao seu cargo, conforme dispõe expressamente a legislação pertinente.

Consta, ainda, que o impetrante apresentou por escrito, ao MM. Juiz Federal Diretor do Foro, pedido de reconsideração do ato que determinou a mencionada lotação, sem que houvesse obtido resposta.

Irresignado, o impetrante ajuizou ação ordinária perante aquela Seção Judiciária, onde pretende ver dirimida a controvérsia relativa ao mencionado “desvio de função” e, juntamente com outros servidores, apresentou pedido de providências ao Conselho Nacional de Justiça quanto às irregularidades que julgam ocorrer na Seção Judiciária de Roraima relativamente à distribuição das funções comissionadas.

Vê-se, dos fatos e documentos trazidos aos autos, que o impetrante agiu de forma legítima, ao procurar as vias judiciais em busca de solução para o que considera irregular em sua situação funcional, uma vez que não houve consenso na esfera administrativa. Não obstante, continuou comparecendo regularmente ao trabalho, conforme atestam as folhas de frequência juntadas aos autos.

Vê-se, entretanto, que ao determinar a suspensão dos pagamentos salariais do impetrante, diante da recusa por ele demonstrada em exercer funções que não as inerentes ao seu cargo, o MM. Juiz Federal Diretor do Foro não agiu de forma a aplicar corretamente a lei, posto que determinou a aplicação de uma sanção de alta gravidade e de natureza alimentar, sem a instauração do competente processo administrativo e sem a devida observância dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Do mesmo modo, os fundamentos apresentados pela autoridade impetrada, nas informações que vieram aos autos às fls. 147/169, conforme destaca o ilustre Procurador Regional da República no parecer de fls. 216/219, não são hábeis a justificar ou mesmo sustentar a decisão objeto deste *mandamus*. O fundamento apresentado pela autoridade, de que “se não há trabalho não há salário” não encontra qualquer guarida na esfera do direito administrativo, e mais especifica-

mente, nas questões atinentes ao servidor público e o caráter estatutário do seu trabalho.

Sem que sejam necessárias maiores considerações, pode-se concluir que a forma com que foi imposta a sanção ao impetrante afronta o devido processo legal, e que o ato praticado pela autoridade impetrada reveste-se de manifesta ilegalidade.

Pelo exposto, concedo em parte a segurança pleiteada e declaro nula a decisão proferida pelo MM. Juiz Federal Diretor do Foro da Seção Judiciária de Roraima, objeto desta impetração.

Sem honorários (Súmula 105 do Superior Tribunal de Justiça e Súmula 512 do Supremo Tribunal Federal).

É como voto.

Segunda Seção

Mandado de Segurança

2008.01.00.023307-9/AP

Relatora: A Exma. Sra. Des. Federal Assusete Magalhães

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal Reynaldo Fonseca (convocado)

Impetrante: Jose Gregorio Ribeiro de Farias

Advogado: Dr. Rommel Parreira Correa

Impetrado: Juízo Federal da 1ª Vara/AP

Impetrado: Juízo Federal Substituto da 1ª Vara/AP

Interessada: Justiça Pública

Divulgação: e-DJF1 de 31/10/2008

Publicação: 03/11/2008

Ementa

Penal e processual penal. Mandado de segurança. Instrução criminal. Contraditório e ampla defesa. Alegação de falta de intimação dos despachos e decisões. Pretensão do pronto exame das preliminares argüidas na defesa. Nulidade. Inexistência. Interceptação telefônica. Quebra de sigilo. Lei 9.296, de 24/07/1996. Peça informativa do inquérito que não causa nulidade da denúncia ou da respectiva instrução processual. Possibilidade de serem utilizados outros meios de prova no curso da ação penal. Interpretação do pedido: pertinência da preservação integral da prova. Segurança concedida, em parte.

I – Verificada a regularidade das intimações realizadas durante a instrução criminal, e sendo a apreciação das preliminares relegada para o momento da sentença, não pode a Instância Revisora examinar o mérito dessa decisão, pela via mandamental, já que se trata de matéria reservada à livre convicção do Magistrado. Inocorrência de ilegalidade ou teratologia a justificar qualquer correção na esfera do *writ*.

II – “ (...) A interceptação telefônica é feita sob segredo de justiça, sendo que a falta de acesso às gravações ou de manifestação da defesa sobre o respectivo laudo não geram qualquer nulidade, pois tal diligência foi realizada durante o inquérito policial, o qual constitui peça meramente informativa, que serve de base para a propositura da ação penal. (...) Qualquer vício porventura existente na fase inquisitorial não tem o condão de invalidar o feito já instaurado, tampouco ação penal já transitada em julgado, como a presente. Precedentes. (...) Apesar de a Lei 9.296/1996 não prever a necessidade de intimação da defesa para se manifestar acerca do laudo das gravações telefônicas, é certo que o princípio da ampla defesa não se aplica na fase inquisitorial, a qual prescinde de contraditório, pois é mero procedimento administrativo de investigação (...) ” (HC 64.430/DF, Relator Ministro Gilson Dipp, 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, unânime, *in DJU* de 18/06/2007, p. 281).

III – No caso em foco, em se tratando de prova obtida na fase inquisitorial, não há que se falar em nulidade da denúncia ou da instrução processual já realizada. De qualquer modo, poderá o réu, em Juízo, lançar mão de outros elementos probatórios para fazer valer sua inocência, que, aliás, é constitucionalmente presumida.

IV – Ao interpretar o pleito mandamental ofertado, a Segunda Seção deste Tribunal entendeu que a preservação integral das gravações e degavações de todas as conversas telefônicas colhidas está incluída, implicitamente, no pedido final. Em conseqüência, diante dos termos das informações das autoridades impetradas, decidiu-se conceder a ordem, em parte, apenas para assegurar tal preservação, a fim de garantir a utilidade e eficácia de um futuro pedido de produção de prova pericial, a ser examinado pelo juízo natural da Ação Penal em curso, se o caso.

V – Segurança concedida, em parte.

Acórdão

Decide a Segunda Seção conceder, em parte, o Mandado de Segurança, à unanimidade.

2ª Seção do TRF 1ª Região – 03/09/2008.

Juiz Federal *Reynaldo Fonseca*, Relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Reynaldo Fonseca: — José Gregório Ribeiro de Farias impetra mandado de segurança contra atos comissivos e omissivos do ilustrado Juiz Federal da 1ª Vara/AP, Dr. Anselmo Gonçalves da Silva, e da ilustrada Juíza Federal Substituta da mesma Vara, Dra. Isabela Guedes Dantas Carneiro, praticados nos autos da Ação Penal 2007.31.00.001954-2/AP, que tem por escopo a apuração de supostos crimes cometidos pelo impetrante e outros acusados, que, segundo a denúncia, “organizaram e operaram um lesivo esquema criminoso no Estado do Amapá, o qual tinha por desiderato a sangria dos cofres públicos, notadamente com relação aos recursos destinados à assistência farmacêutica”.

Sustenta o impetrante que o Juízo impetrado “*jamais publicou qualquer decisão definitiva e/ou despacho interlocutório nos autos da Ação Penal 2007.31.00.001954-2/AP, onde, inclusive, José Gregório Ribeiro de Farias figura na condição de quinta (5ª) pessoa denunciada*”; que seu advogado nunca foi intimado dos atos do processo, através de publicações em órgão oficial; que a ausência das referidas publicações ocasiona cerceamento de defesa, “*com violação expressa aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa*”; que as autoridades impetradas retardam e deixam de praticar atos de ofício, como, por exemplo, é o caso do exame de 04 (quatro) preliminares argüidas na defesa prévia e a apreciação dos embargos de declaração opostos no dia 22/10/2007; que, não obstante, o acusado foi notificado “*para comparecer em Juízo nos dias 26, 27 e 28 de maio de 2008, ocasião em que serão realizadas audiências para inquirição das testemunhas arroladas por todos os vinte e quatro (24) acusados na Ação Penal 2007.31.00.001954-2*”; que a Juíza Federal Substituta, Dra. Isabela Guedes Dantas Carneiro, realizou o interrogatório do ora impetrante, “*sem que houvesse nos autos o resultado do Exame de Corpo de Delito*”; que, até a presente data, não foi juntado, aos autos da Ação Penal 2007.31.00.001954-2/AP, o “CD”, conten-

do 4 (quatro) horas e 58 (cinquenta e oito) minutos de escuta telefônica, que permite verificar a ocorrência de ilegalidades praticadas no procedimento de quebra de sigilo telefônico, que deu origem à aludida ação penal; que as transcrições das escutas telefônicas, efetivadas nos autos do IPL 035/2006/SR/DPF/AP, “*não foram judicializadas antes do interrogatório de José Gregório Ribeiro de Farias*”, ora impetrante; que a denúncia ofertada contra o ora impetrante é nula, tendo em vista que não preenche os requisitos legais, e deveria ter sido rejeitada, com base no art. 43, I e III (segunda parte) do Código de Processo Penal; que a denúncia ofertada não narra e nem demonstra os fatos, em todos os seus segmentos; que a denúncia não deveria ter sido recebida, em razão das nulidades apontadas; que as autoridades indigitadas coatoras ignoram o fato de que a aludida ação penal está eivada de vícios e nulidades. Pede, a final, o deferimento de liminar, para que seja determinado o “*adiamento das audiências designadas para os dias 26, 27 e 28 do corrente mês e ano, para as quais o impetrante foi notificado*”, ordenando-se, às autoridades indigitadas coatoras: que tomem providências para a publicação de “*todos os despachos meramente ordinatórios e decisões interlocutórias simples*”, proferidas no processo; para que apreciem as 4 (quatro) preliminares argüidas em defesa prévia; e para que solicitem, ao Departamento de Polícia Federal, os laudos elaborados, em virtude das interceptações telefônicas realizadas. Requer, ainda, a concessão definitiva da segurança, com a anulação de todo o sumário de culpa, inclusive do interrogatório do ora impetrante. (fls. 2/51)

A petição inicial está instruída com os documentos de fls. 52/272).

Indeferida a liminar (fls. 274/275).

As autoridades impetradas prestaram informações (fls. 281/302), nos seguintes termos:

Em atenção ao pedido de informações formulado por essa relatoria, referente ao Mandado

de Segurança acima epigrafado, impetrado contra a atuação dos Juizes Federais da 1ª Vara da Seção Judiciária do Amapá, temos a esclarecer que a Ação Penal 2007.31.00.001954-2, movida pelo Ministério Público Federal contra o impetrante e outros 23 (vinte e três) acusados, segue sua tramitação regular, sem o registro de nenhuma ocorrência que possa ter causado algum prejuízo ao impetrante.

Acrescentamos que houve o recebimento da denúncia por entendermos presentes os requisitos legais, tendo sido o impetrante citado e interrogado, seguindo o processo a sua marcha regular com a oitiva das testemunhas arroladas pela defesa em face da ausência de testemunhas arroladas pela acusação, ato processual ao qual o impetrante e seu advogado foram intimados pessoalmente, mas que não compareceram justificando as ausências por meio de atestados médicos, ensejando a designação de nova audiência para o dia 18/06/2008, sendo esta a atual fase do processo.

Como se observa, a instrução está no início e não há nenhum motivo para que haja uma antecipação de julgamento como pretende o impetrante, valendo esclarecer que este Juízo já apreciou e deliberou no sentido de que algumas preliminares apresentadas em defesa prévia são matérias de defesa indireta, ou seja, contra o processo, devendo ser examinadas em conjunto com toda a matéria de defesa por ocasião da sentença, após o encerramento da instrução. Neste ponto, frise-se que tal deliberação foi publicada no Diário Oficial do Estado do Amapá de 25/04/2008, que circulou em 29/04/2008.

Cumpra ainda esclarecer que os fatos imputados ao impetrante não se enquadram dentre crimes que deixam vestígios a necessitar de exame de corpo de delito. Ademais, o procedimento da interceptação telefônica é regido por lei específica, contando, desde o início, com a participação do Poder Judiciário. Logo, todo o procedimento desenvolvido e atuado sob o 2005.31.00.001734-6, com representação, decisões, mandados, autos circunstanciados com o resumo das operações, foi judicializado antes do interrogatório do impetrante e está apenso à ação penal e à disposição de todos os acusados, além do CD com as conversações, os quais já foram fornecidos em cópia aos acusados, e, inclusive, ao impetrante.

Enfatizamos que as petições apresentadas vêm sendo apreciadas, inclusive com o deferimento de pedidos formulados pelo próprio impetrante, como o deferimento de cópia integral dos autos, cópia do CD com as gravações, pedido de redesignação de audiência, com a publicação no Diário Oficial do Estado do Amapá das decisões interlocutórias proferidas (DOE de 25/04/2008, que cir-

culou em 29/04/2008, e DOE de 14/05/2008, que circulou em 16/05/2008), valendo repisar que os atos do processo, até então, foram o interrogatório e a oitiva das testemunhas de defesa, já que não foram arroladas testemunhas pela acusação, com a intimação pessoal do impetrante e de seu advogado para participar de tais atos.

Impende aqui destacar que o impetrante ainda insiste na “transcrição integral” de todas as escutas telefônicas, o que não tem como ser admitido, pois, como já decidido por este Juízo, “as transcrições referentes a cada um dos investigados já constam da representação que ensejou a decretação da prisão temporária. *O teor das gravações, naquilo que não interessa às investigações, não pode ser divulgado a ninguém, pelo contrário, deve ser destruído. A vida privada não pode ser exposta*, conforme assegura o inciso X do art. 5º da CF/1988” (fls. 925/926 do Processo 2007.31.00.000717-8 – cópia em anexo).

Entendemos, assim, que não há vício ou nulidade na condução da referida ação.

Por fim, ressaltamos que todos os acusados têm amplo acesso aos autos, ao CD com as conversas interceptadas (do qual constam apenas as escutas correspondentes às investigações), aos autos da interceptação, apenso à ação penal e à disposição dos advogados, garantindo-se, assim, a ampla defesa e o contraditório.

A Procuradoria Regional da República da 1ª Região opina pela parcial concessão da ordem (fls. 306/312).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Reynaldo Fonseca: — Volta-se a impetração, em síntese, contra três atos omissivos, supostamente atribuídos aos Magistrados impetrados, durante a instrução criminal: falta de publicação de despachos e decisões proferidos no feito; ausência de exame de quatro preliminares argüidas na defesa prévia; e inexistência, nos autos, dos laudos elaborados, em virtude das interceptações telefônicas realizadas.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Cândido Ribeiro e Hilton Queiroz e os Exmos. Srs. Juizes Federais Reynaldo Soares da Fonseca (convocado) e Rosimayre Gonçalves de Carvalho (convocada).

Nas informações prestadas, as autoridades esclarecem que “algumas preliminares apresentadas em defesa prévia são matérias de defesa indireta, ou seja, contra o processo, devendo ser examinadas em conjunto com a matéria de defesa por ocasião da sentença, após o encerramento da instrução” e “que tal deliberação foi publicada no Diário Oficial do Estado do Amapá de 25/04/2008, que circulou em 29/04/2008”; “que os fatos imputados ao impetrante não se enquadram dentre os crimes que deixam vestígio a necessitar de exame de corpo de delito”, sendo que a interceptação telefônica foi objeto de “procedimento desenvolvido e autuado sob o 2005.31.00.001734-6, com representação, decisões, mandados, autos circunstanciados com o resumo das operações ... judicializado antes do interrogatório do impetrante e está apenso à ação penal e à disposição de todos os acusados, além do CD com as conversações, os quais já foram fornecidos em cópia aos acusados, e, inclusive, ao impetrante”; “que as petições apresentadas vêm sendo apreciadas, inclusive com o deferimento de pedidos formulados pelo próprio impetrante ... valendo repisar que os atos do processo, até então, foram o interrogatório e a oitiva das testemunhas de defesa”; que o Juízo já decidiu que “*O teor das gravações, naquilo que não interessa às investigações, não pode ser divulgado a ninguém, pelo contrário, deve ser destruído. A vida privada não pode ser exposta*” (art. 5º, X, da CF/1988).

O parecer da PRR/1ª Região, nesta Instância, da lavra do eminente Procurador Regional da República, Dr. Luiz Francisco Fernandes de Souza, opina pela parcial concessão da ordem, para que o processo seja suspenso até que o CD, com as cinco horas de gravação, seja carreado para os autos, procedendo-se à necessária gravação; para que haja outro interrogatório; e para que as questões preliminares sejam examinadas antes da continuação do feito criminal.

Registrando meu maior respeito a essa posição jurídica, com ela não concordo, porque, em primeiro lugar, as informações prestadas pelos magistrados estão instruídas com cópias de despachos e decisões proferidos no feito, todos devidamente publicados, ao contrário do que afirma o impetrante (fls. 284/302). Nesse ponto, é preciso lembrar que as certidões dos serventuários (fls. 296/297) da Seccional gozam de fé pública.

Em segundo lugar, a apreciação das preliminares suscitadas na referida ação penal, igualmente, foi relegada para o final da instrução, no momento da sentença, e, quanto ao mérito desse entendimento, não cabe qualquer interferência desta Corte, pela via mandamental, já que se trata de matéria reservada à livre convicção do Magistrado, que, de forma alguma, se furtou de examinar ditas preliminares. É o que se vê na decisão de fl. 290: “Quanto aos embargos de declaração opostos por José Gregório Ribeiro de Faria (fls. 1857/1863), tenho a esclarecer que suas preliminares (1ª a 5ª da defesa prévia de fls. 1748/1773) constituem matéria de defesa contra a acusação que lhe foi imposta e serão, devidamente, apreciadas na sentença a ser proferida ao final da instrução, tendo sido essa a razão de não terem sido apreciadas nesta fase inicial em que está o processo”.

Nesse diapasão, a postergação do exame das preliminares, “*para o momento processual que o Juízo singular entenda mais oportuno*”, não causa qualquer prejuízo às partes nem constitui teratologia ou ilegalidade a justificar sua correção pela via mandamental. Nesse diapasão: AG 2003.01.00.028946-3-PA, Rel. Des. Federal Souza Prudente, DJU/II de 28/05/2007, p. 59 e AgRg no Resp 724059-MG, Rel. Min. José Delgado, DJU/II de 03/04/2006, p. 252.

Por outro lado, a interceptação telefônica foi, realmente, objeto do Pedido de Quebra de Sigilo de Dados e/ou telefônico 2005.31.00.001734-6, que antecedeu a ação penal. Vê-se, inclusive, nas informações processuais, relativas a esse procedimento, extraídas do sistema eletrônico de consultas, o lançamento das seguintes fases do processo:

DATA	CÓD.	DESCRIÇÃO	COMPLEMENTO
20/08/2007 16:14:31	123	Baixa reunião com o processo n.	2007.1954-2
20/08/2007 16:08:23	154	Devolvidos c/ despacho	...determino a reunião desta medida cautelar de quebra de sigilo telefônico aos autos da Ação Penal 2007.1954-2

Superada a alegação do autor, de que as interceptações e as transcrições “*não foram judicializadas*” (sic) *antes do interrogatório de José Gregório Ribeiro de Farias*”, resta examinar se a ele assiste o direito líquido e certo de obter o inteiro teor dos “laudos” (conversas de terceiros e de outros réus, inclusive ?), e não, apenas, aquilo que interessa à sua pessoa e à persecução penal,

e, ainda, em caso positivo, se a falta de conhecimento das conversas, em sua integralidade, afronta, efetivamente, as garantias do contraditório e da ampla defesa.

Entende o *parquet* que, no caso dos autos, embora inexista qualquer nulidade, na decisão que recebeu a denúncia, a integralidade de todas as gravações e degravações referentes à Ação Penal em comento constitui direito subjetivo do acusado, inclusive para a validade do interrogatório já realizado

No ponto, é preciso lembrar que o próprio impetrante quer ter acesso aos “laudos” referentes às conversas telefônicas interceptadas contidas em CD já incluso aos autos da ação mandamental (item fl. 52 e doc. 31 – fl. 212). Por sua vez, os magistrados ofiçantes dizem que o acesso dos réus ao respectivo CD e aos correspondentes autos circunstanciados e relatórios já ocorreu, sendo indevida, pelo impetrante, a ciência de conversas telefônicas que não lhe dizem respeito, tendo em vista o sigilo constitucional envolvido.

A propósito, o art. 9º da Lei 9.296, de 24/07/1996, que regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal, dispõe:

Art. 9º A gravação que não interessar à prova será inutilizada por decisão judicial, durante o inquérito, a instrução processual ou após esta, em virtude de requerimento do Ministério Público ou da parte interessada.

Diante de tais fatos complexos e tendo em vista que a parte impetrante quer os “laudos” referentes ao CD que ela própria possui (fls. 52 e 212), parece que a via mandamental eleita é, no mínimo, inapropriada para confrontar as alegações do impetrante e do Juízo. Assim, se o promovente diz que existem laudos não carreados aos autos e o Juízo diz que todos os documentos da interceptação, referentes ao impetrante, já constam do feito, há necessidade, no mínimo, de produção (diligências, oitivas de policiais federais e/ou dos operadores da interceptação) e exame aprofundado de provas, não compatíveis com a via eleita, *data venia*.

De qualquer maneira, no caso em foco, trata-se de prova obtida na fase inquisitorial, sendo que, em Juízo, o acusado, certamente, disporá de outros elementos para fazer valer seu protesto por inocência, que, aliás, é presumida. E, se, eventualmente, o réu entender que a prova incriminadora decorreu de eventual “montagem”, realizada de forma ilícita ou, até mesmo, criminosa, ou, ainda, que o ato de “pinçar” determinados

trechos das conversas impediu que o conhecimento do material, como um todo, levasse a conclusão diametralmente oposta, deverá discutir tais aspectos na própria instrução criminal, e não na via estreita da ação mandamental, incompatível com a dilação probatória e restrita, neste caso, ao exame dos aspectos formais da questão.

Sobre o tema, o STJ e o STF já tiveram oportunidade de se manifestar:

“... I – A interceptação telefônica é feita sob sigilo de justiça, sendo que a falta de acesso às gravações ou de manifestação da defesa sobre o respectivo laudo não geram qualquer nulidade, pois tal diligência foi realizada durante o inquérito policial, o qual constitui peça meramente informativa, que serve de base para a propositura da ação penal.

II – Qualquer vício porventura existente na fase inquisitorial não tem o condão de invalidar o feito já instaurado, tampouco ação penal já transitada em julgado, como a presente. Precedentes.

III – Apesar de a Lei 9.296/1996 não prever a necessidade de intimação da defesa para se manifestar acerca do laudo das gravações telefônicas, é certo que o princípio da ampla defesa não se aplica na fase inquisitorial, a qual prescinde de contraditório, pois é mero procedimento administrativo de investigação ...” (HC 64.430/DF, Relator Ministro Gilson Dipp, 5ª Turma do STJ, unânime, *DJU* de 18/06/2007, p. 281)

“... Contrariando a tese defensiva, as instâncias ordinárias afastaram de modo veemente a alegação de que a fita fora produto de “montagem”. Assim, a pretensão de desqualificar a força probante da fita colacionada nos autos demanda, indistintamente, o reexame de prova, o que, como é sabido e consabido, não se coaduna com a via eleita...” (HC 36.545/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, 5ª Turma do STJ, unânime, *DJU* de 29/08/2005, p. 374)

“Ementa: *Habeas corpus*. 2. Não cabe, em *habeas corpus*, reapreciar fatos e provas. 3. A prova decorrente da escuta telefônica, sem apoio constitucional, não constituiu o único elemento a basear o juízo condenatório, em ambos os graus. Certo, no caso, houve um conjunto de provas, referidas nas decisões condenatórias em causa, que levou os julgadores, em ambos os graus, de maneira uniforme, à condenação do paciente. 4. *Habeas corpus* indeferido” (HC 77.147/BA, Relator Ministro Néri da Silveira, 2ª Turma do STF, maioria, *DJU* de 06/04/2001, p. 68)

Não se vislumbra, nessa conformidade, qualquer nulidade, decorrente de omissão das autoridades impetradas, a violar direito líquido e certo do impetrante e, conseqüentemente, a impedir o regular prosseguimento da instrução criminal.

Pelo exposto, denego a segurança.

Custas já antecipadas.

Sem honorários de advogado (Súmula 512 do STF).

É como voto.

Voto Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz: — Senhor Presidente, ao que entendi, dentre as postulações da parte está a de preservação da integridade da prova que foi obtida por grampo, a fim de possibilitar a realização de perícia. Os demais fundamentos, realmente, estão superados diante do encaminhamento posto no voto do Relator a respeito das preliminares e anulação do sumário. Todavia, subsiste o aspecto a ser enfrentado da necessidade de preservação da integridade da prova colhida mediante grampo telefônico para efeito de perícia. E isso é possível, porque o juiz não afirmou que já houvesse feito a destruição da prova. Sua Excelência disse, conforme acentuou o Relator, que as conversas diziam respeito a terceiro e, por não terem relevância para a causa, para o processo, que devem ser destruídas, mas não disse nem afirmou que já havia feito a destruição. E seria um absurdo autorizar ao juiz a destruição de prova que tem, sim, relevância na ação penal. Como é que Sua Excelência sabe se tal ou qual conversa é ou não importante para os fatos? Que seja até uma conversa aventando a vida íntima de pessoas, uma relação adúltera que venha em torno de uma conversa. E o que impede que uma revelação, uma comunicação dessa natureza não tenha relevância para a causa? Pode ter. E é sabido, clássico da Inglaterra, o caso Profumo, o escândalo Profumo em que a investigação se baseou a partir do relacionamento de um alto figurão político com uma prostituta. Esse detalhe de ter ou não influência somente em relação à vida privada das pessoas é irrelevante quando se trata de valoração de prova para efeito de apuração de responsabilidade criminal. E com isso o Tribunal não se está imiscuindo na produção de prova. Ele está apenas determinando que se

preserve o que foi colhido até que a ação penal tenha cumprido o seu curso, para que todo aquele acervo colhido como elemento de instrução possa ser, sim, posto à disposição das partes, franqueado àqueles que estão sendo demandados para efeito de exercício de sua defesa. E o juiz não informou, volto a repetir, que já promoveu a destruição da prova. Se Sua Excelência assim não informou, pode-se supor que não a fez; ou, se já o fez e silenciou para o Tribunal, terá que dizer isso expressamente nos autos. As conseqüências de seu açodamento, se aqui houve, serão valoradas oportunamente. Mas o certo é que (entendo) a parte tem direito, sim, a que essa prova se preserve íntegra para efeito de posterior exercício das pretensões de defesa, que não cabe aqui ao Tribunal apreciar. Defiro, portanto, em parte a segurança apenas e tão-somente para que se preserve a integridade do resultado dos grampos telefônicos, sem que se faça a destruição da prova até o final do julgamento da ação.

Esclarecimento de Voto

O Exmo. Sr. Juiz Federal Reynaldo Fonseca: — Senhor Presidente, embora concorde com a linha de argumentação do douto voto do eminente Desembargador Federal Hilton Queiroz, penso que a parte impetrante pediu, na peça inaugural deste *mandamus*, a juntada de “laudos” referentes ao CD que apresentou. E seu pedido final é de anulação de todo o sumário da culpa, inclusive do seu interrogatório.

Veja-se, a propósito, o teor integral do pedido mandamental ofertado, *in verbis*:

Expositis, o acusado José Gregório Ribeiro de Farias, ora impetrante, considerando que restou soberamente provado a saciedade do “*fumus boni iuris*” e o “*periculum in mora*”, bem como está por demais provado via deste *writ* a forma *arbitrária* e *ilegal* de agir por parte de ambas as autoridades coatoras, tratando-se, *in casu*, dos juizes Anselmo Gonçalves da Silva e Isabela Guedes Dantas Carneiro, requer Vossa Excelência, insigne Relator(a), o que a seguir será explicitado:

1º) digne-se a conceder medida liminar determinando o adiamento das audiências designadas para os dias 26, 27 e 28 do corrente mês e ano, para as quais o impetrante foi notificado (vide doc. 10 incluso);

2º) digne-se a determinar para que os Juizes Anselmo Gonçalves da Silva e Isabela Guedes Dantas Carneiro (1ª e 2ª autoridades coatoras),

tomem providências para que sejam publicados todos os *despachos meramente ordinatórios e decisões interlocutórias simples*; considerando, para tanto, conforme restou provado através da *consulta processual* da Seção Judiciária do Amapá (vide doc. 3 incluso), que até a presente data, desde o recebimento da denúncia de fls 3/33 (vide docs. 4 e 30 inclusos), aquele juízo não fez uma única publicação de seus atos jurisdicionais, tal qual preceitua o artigo 370, § 1º, do Código de Processo Penal, cujas irregularidades foram trazidas à baila através das 3 (três) preliminares argüidas no preâmbulo deste *writ*;

3º) digno-se a determinar para que os Juízes Anselmo Gonçalves da Silva e Isabela Guedes Dantas Carneiro (1ª e 2ª autoridades coatoras), apreciem as matérias pré-questionadas através das (4) preliminares argüidas em defesa prévia (vide doc. 6 incluso);

4º) digno-se a determinar para que os juízes Anselmo Gonçalves da Silva (1ª autoridade coatora) e Isabela Guedes Dantas Carneiro (2ª autoridade coatora), fulcrados nos arts. 156 e 234, ambos da Lei Adjetiva Penal, solicitem ao Superintendente da Polícia Federal no Amapá, para que remeta os autos da Ação Penal 2007.31.00001954-2, conforme preceituam os arts. 158, 159, 160, 161, 176, 181, 182 e 525, todos do Código de Processo Penal, os respectivos laudos realizados em virtude dos dezessete (17) Mandados de Quebra de Sigilos e Interceptações Telefônicas anexados ao presente *writ* (vide docs. 11 a 27 inclusos), cujo produto de extensa escuta telefonia encontra-se aglutinado no CD incluso – (doc. 31);

5º) por via de consequência das três (3) preliminares argüidas através deste *writ*, requer a Vossa Excelência, no estribo art. 564, inciso m, alínea w, do Código de Processo Penal, que por ocasião da concessão definitiva, digno-se a anular todo o sumário de culpa, inclusive o interrogatório judicial do acusado José Gregório Ribeiro de Farias, ora impetrante, até porque, tal qual restou provado via deste recurso, o produto das escutas telefônicas resultantes dos dezessete (17) Mandados de Quebra de Sigilo e Interceptação Telefônica, não haviam e ainda não foram judicializados, conforme exige a inteligência dos arts. 158, 159, 160, 161, 176, 181, 182 e 525, todos do Código de Processo Penal.

Esta é a dificuldade para a interpretação inclusiva do pedido final.

Re-ratificação de Voto

O Exmo. Sr. Juiz Federal Reynaldo Fonseca: — Senhor Presidente, se a Corte entende que a preservação integral das gravações e degravações de todas as conversas telefônicas está incluída implicitamente, no pedido final do *writ*, vou manter toda a linha de argumentação do meu voto, ratificando-a, mas passo a examinar, agora, este pedido implícito extraído da exordial, com a alteração da conclusão final.

Em consequência, diante de termos das informações das autoridades coatoras (fl. 282) e da possibilidade de haver destruição de material que, no entendimento do Juízo, não interessa à instrução processual, *concedo, em parte, a segurança*, apenas para assegurar tal preservação, até o trânsito em julgado da futura sentença a ser prolatada, a fim de garantir utilidade e eficácia de um futuro e incerto pedido de produção de prova pericial, a ser examinado pelo Juízo Natural da Ação Penal em curso.

Terceira Seção

Embargos Infringentes na Apelação Cível

2004.33.00.016326-4/BA

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro

Embargante: Universidade Federal da Bahia – UFBA

Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini

Embargado: Joseph Nee Anyah Yartey

Advogados: Dr. Alvaro Fernando Reis Dultra e outros

Divulgação: e-DJF1 de 14/11/2008

Publicação: 17/11/2008

Ementa

Constitucional e Administrativo. Responsabilidade civil. Concurso público. Exame psicotécnico. Ilegalidade reconhecida judicialmente. Indenização pela tardia nomeação calculada com base nos vencimentos do cargo. Possibilidade. Embargos infringentes. Desprovidimento.

I – Reconhecida judicialmente a ilegalidade do ato que resultou na reprovação do candidato, é devida indenização dos danos materiais efetivamente causados pelo atraso na nomeação, podendo ser tomados como parâmetro para o cálculo da aludida indenização, os vencimentos decorrentes do exercício do cargo, o que não configura o recebimento de salários retroativos sem a devida prestação do serviço público.

II – Precedentes, deste Tribunal e do Superior Tribunal de Justiça.

III – Embargos infringentes desprovidos.

Acórdão

Decide a Terceira Seção do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, por maioria, vencida a Exma. Sra. Desembargadora Federal Selene de Almeida, negar provimento aos embargos infringentes, nos termos do voto do Relator.

3ª Seção do TRF 1ª Região – 14/10/2008.

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro:
— Cuida-se de embargos infringentes opostos pela Universidade Federal da Bahia ao acórdão da egrégia Quinta Turma deste Tribunal que, por maioria, deu parcial provimento ao apelo do autor, para reformar a sentença e julgar procedente o pedido, reconhecendo o direito à nomeação e posse no cargo de Professor Adjunto do Instituto de Matemática daquela Instituição de Ensino Superior, afastando a sua inaptidão no

exame psicotécnico, e concedendo ao autor, ainda, indenização pelos prejuízos sofridos com a protelação da investidura no aludido cargo, os quais foram fixados em 50% (cinquenta por cento) dos respectivos vencimentos no período.

Pretende a embargante a prevalência do voto vencido, da lavra da ilustre Desembargadora Federal Selene de Almeida, que dava parcial provimento à apelação tão-somente para que o autor fosse nomeado e

empossado no cargo pretendido, negando o pedido de indenização.

Sustenta, com base em precedentes jurisprudenciais, que não há direito ao ressarcimento de parcelas salariais não recebidas, até porque não houve contra-prestação de trabalho, somente surgindo o direito à nomeação após o trânsito em julgado do *decisum*.

O embargado apresentou impugnação (fls. 176/177).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro: — O acórdão embargado está assim ementado (fl. 141):

Constitucional e Administrativo. Concurso público. Professor de matemática. Exame psicotécnico. Motivo para reprovação. Ônus da prova da entidade pública. Período em que o candidato deixou de exercer cargo público. Indenização.

1. A ação foi intentada para afastar o ato de reprovação, praticado sem a demonstração de motivos suficientes. O ônus da prova de que houve motivos para a reprovação é da entidade pública, ou seja, não é do candidato o ônus de provar que tem condições psicológicas para exercer o cargo. A presunção é de que as tem.

2. A indenização correspondente ao período em que a pessoa deixou de exercer cargo público, reprovado que fora ilegalmente em concurso, não há que ser necessariamente no valor dos respectivos vencimentos que deixou de perceber. Isto porque, presume-se, a pessoa deve ter desempenhado no período alguma atividade rentável ou, no mínimo, não é razoável que perceba a mesma quantia que percebeu outro servidor efetivamente trabalhando.

3. Indenização correspondente à metade do valor dos vencimentos no período.

4. Apelação parcialmente provida.

O voto parcialmente divergente, da eminente Desembargadora Federal Selene de Almeida, negou provimento à apelação, no que tange ao pedido de indenização equivalente à remuneração do cargo no

período em que o autor não pôde exercê-lo, à consideração de que “a jurisprudência tem se afirmado no sentido de que não é cabível o pagamento retroativo de valores de parcelas salariais não recebidas em virtude de reprovação ilegal em concurso público”, entendendo, no entanto, que “seria devida, isso sim, indenização em razão de responsabilidade civil, mas essa causa de pedir não foi apontada pelo candidato-autor” (fl. 139).

Observo que, efetivamente, o pedido constante da inicial foi no sentido de que seja assegurado o direito à nomeação do requerente para o cargo de Professor Adjunto do Instituto de Matemática da UFBA, com o pagamento da remuneração “durante todo o período em que o autor ficou afastado do referido cargo, em função da conduta ilegal da autarquia ré, com todos os consectários legais, como se o autor investido fosse”.

Nos fundamentos da ação, todavia, o autor afirma fazer jus à indenização “decorrente do ato ilegal da autarquia ré, que o considerou inapto para exercer o cargo de Professor Adjunto” (fl. 06).

Penso, assim, com a devida vênia, que a causa de pedir indenização foi indicada na inicial, como sendo o ato ilícito praticado pela ré.

A questão posta em discussão é conhecida e já mereceu diversos pronunciamentos deste Tribunal e também do Superior Tribunal de Justiça, sendo reconhecido, quando considerado por decisão judicial, ilegítimo o ato de reprovação do candidato, o direito à indenização decorrente da tardia nomeação para o cargo público.

Por outro lado, não obstante a jurisprudência tenha afastado o direito ao recebimento de vencimentos retroativos, não há impedimento de que tais valores sejam tomados como parâmetro para o cálculo da indenização, como arbitrado no caso dos autos.

Nesse sentido, cito os seguintes precedentes jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça e deste Tribunal:

Administrativo. Recurso especial. Responsabilidade civil do estado. Concurso público. Edital. Ilegalidade reconhecida por decisão judicial. Indenização. Danos materiais. Cabimento. Danos morais. Súmula 7/STJ.

1. A responsabilidade civil exsurge a partir da conjugação de três elementos: o ato omissivo ou comissivo ilícita ou abusivamente praticado, o dano e o nexo de causalidade entre ambos. O preju-

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Daniel Paes Ribeiro, Souza Prudente, Maria Isabel Gallotti Rodrigues e Selene de Almeida e o Exmo. Sr. Juiz Federal César Augusto Bearsi (convocado).

izo experimentado pela vítima pode ser de natureza material ou moral, a depender da objetividade jurídica violada.

2. Ocorre dano material em razão da exigência de exame psicotécnico, somente afastada por decisão judicial definitiva, pois os recorrentes tiveram a sua nomeação diferida para o trânsito em julgado do processo.

3. Em indenização pela prática de ato ilícito do Estado, não há que se falar em geração de prestações, porém é possível a utilização do valor dos proventos como parâmetro para fixar o quantum que deve ser pago pelo ente público.

4. O montante a ser indenizado diz respeito aos valores que seriam recebidos no exercício da função pública e às demais vantagens inerentes ao cargo, bem como à contagem do tempo de serviço.

5. O termo inicial para aferição do valor a ser pago deve ser o da nomeação do candidato de classificação imediatamente inferior ao dos recorrentes, pois só nesse momento nasce a ilegalidade, que justifica o pagamento da indenização.

6. A aferição dos danos morais demandaria reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado pela Súmula 7/STJ.

7. Recurso especial provido em parte.

(STJ): REsp 942.361/AP – Relator Ministro Castro Meira – DJ de 26/05/2008.)

Administrativo. Indenização. Servidor público. Concurso. Anulação da nomeação. Ilegalidade do ato declarado pelo Poder Judiciário. Responsabilidade civil do estado. Indenização por danos morais e materiais. Prescrição. Termo inicial.

(...)

5. É dever do Estado indenizar prejuízo sofrido por servidor público impedido de tomar posse em cargo por ato da administração reconhecido como ilegal por sentença transitada em julgado.

6. Recurso especial do autor provido para afastar a prescrição.

Recurso especial da Escola Agrotécnica Federal de São Vicente do Sul conhecido, mas improvido.

(STJ): REsp 825.925/RS – Relator Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Convocado do TRF 1ª Região) – DJ de 23/04/2008.)

Recurso especial. Administrativo. Concurso público. Auditor fiscal. Erro da administração. Retardamento da posse. Manifesta ilegalidade. Indenização. Preterição da ordem classificatória do concurso para cargo de auditor fiscal.

1. Ação indenizatória proposta em desfavor de ente da federação ante a tardia nomeação dos autores, que resultou de ato ilícito da Administração, reconhecida judicialmente em decisão transitada, por manifesta ilegalidade na correção das provas do certame, razão pela qual os candidatos, ora recorrentes, deixaram de exercer o cargo para o qual restaram aprovados em concurso público, tendo sido preteridos por outros candidatos, nomeados em 19/07/1995, razão pela qual incide o art. 37, § 6º, da Constituição Federal, que responsabiliza objetivamente o Estado por danos causados aos seus administrados.

2. O pleito indenizatório é devido, porquanto comprovada a responsabilidade civil do Estado, que excluiu os recorridos do concurso público, em ato posteriormente invalidado pelo Poder Público. Precedentes: (REsp 767143/DF Relator Ministro Luiz Fux DJ de 31/05/2007; Resp. 763835/RN, DJ de 26/02/2007; Resp. 506808/MG, DJ de 03/08/2006; Resp. 642008/RS, DJ de 01/08/2005).

3. O Supremo Tribunal Federal segue o mesmo entendimento, consoante a seguinte ementa, *verbis*: “Recurso extraordinário. Direito Administrativo constitucional. Concurso público. Direito à nomeação e posse. Ilegalidade do ato omissivo reconhecida em decisão judicial transitada em julgado. Superveniência de suspensão dos direitos políticos com base no AI-5/1968. Nova omissão após transcorrido o prazo da medida excepcional. Responsabilidade do Estado. Indenização pelo ato ilícito.

1. Transitada em julgado decisão judicial que determinou a nomeação e a posse da candidata, restou caracterizada a responsabilidade da Administração pela sua inércia até a superveniência do ato de exceção, que suspendeu por dez anos os direitos políticos da autora.

2. Após o decênio, instaura-se novo período para a Administração cumprir a decisão judicial, persistindo a responsabilidade do Estado.

3. Se a Administração cumpriu tardiamente a ordem judicial, não pode eximir-se do dever de indenizar a autora, consistindo o ressarcimento do dano na soma das parcelas referentes à remuneração que teria auferido se houvesse sido nomeada no momento próprio, e no reconhecimento do direito aos adicionais por tempo de serviço, ressalvado o período em que seus direitos políticos foram suspensos.

4. Hipótese que não contempla pretensão de receber vencimentos atrasados de cargo não exercido, mas reconhecimento do direito de indenização pela prática ilícita de ato omissivo do agente público. Recurso extraordinário não conhecido.

(RE 188093/RS Relator Min. Maurício Corrêa *DJ* de 08/10/1999)."

5. Vencido o concurso, o primeiro colocado adquire direito subjetivo à nomeação com preferência sobre qualquer outro, desde que a Administração se disponha a prover o cargo ou o emprego público, mas a conveniência e oportunidade do provimento ficam à inteira discricção do Poder Público. O que não se admite é a nomeação de outro candidato que não o vencedor do concurso, pois, nesse caso, haverá preterição do seu direito, salvo a exceção do art. 37, IV."(Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 28ª Edição, Malheiros, p. 411).

6. Recurso especial provido para restaurar a indenização constante do acórdão de fl. 162.

(STJ: REsp 825.037/DF – Relator Ministro Luiz Fux – *DJ* de 29/11/2007.)

Administrativo e Processual Civil. Polícia federal. Nomeação e posse tardias. Indenização.

1. Havendo sentença judicial transitada em julgado invalidado o ato administrativo que, em razão de insucesso no psicotécnico, excluiu a autora do concurso, é devida indenização dos danos materiais efetivamente causados pelo atraso na nomeação.

2. Embora tais danos materiais não correspondam à integralidade dos vencimentos e vantagens decorrentes do exercício do cargo, nada obsta sejam eles tomados como parâmetro para o cálculo da indenização, devendo ser levadas em consideração as circunstâncias da causa, como o exercício, no período, de atividade pública ou privada incompatível com o cargo postulado. Precedente do STJ, em que a indenização é fixada em 50% da remuneração do cargo, que se adota.

3. O atraso na nomeação em decorrência do ato administrativo julgado ilegal pelo Poder Judiciário, a despeito de ensejar aborrecimento, é inerente a toda demanda judicial, não causando, por si só, o dever do vencido de indenizar moralmente o vencedor. Hipótese em que a conduta da União, a que foram uniformemente submetidos todos os candidatos do concurso, como decorrência de aplicação de regra do edital, posteriormente considerada ilegal pelo Poder Judiciário, não causou vexame para autora e nem teve intenção de perseguição à sua pessoa ou desvio de finalidade.

4. Apelação e recurso adesivo aos quais se nega provimento. Remessa oficial parcialmente provida.

(TRF 1ª Região: AC 2002.31.00.000458-9/AP – Relatora Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues – *DJ* de 06/02/2006.)

Administrativo. Concurso público para provimento do cargo de auditor fiscal do tesouro nacional. Pedido de indenização pelos danos causados pela demora na nomeação do autor. Inaplicabilidade do art. 1º da Lei 7.144/1983. Prescrição ao direito de ser nomeado pela portaria 539/1993. Expectativa de direito à nomeação que se concretiza com a preterição do candidato em relação aos demais aprovados em posição inferior no certame. Indenização por danos materiais. Recebimento dos valores não recebidos em razão do ato lesivo da administração. Indenização por danos morais. Descabimento. Ausência de demonstração do prejuízo moral. Precedentes.

(...)

4. Consoante entendimento desta Sexta Turma e do STJ, tendo o início do exercício do cargo sido obstado por ato ilegal da autoridade impetrada, é devida a remuneração respectiva, a título de indenização. (Cf. AMS 1999.01.00.102881-0/DF, Rel. Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, Sexta Turma, *DJ* de 23/08/2002, p. 606; REsp 506.808/MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 29/06/2006, *DJ* de 03/08/2006 p. 206)

5. A jurisprudência do TRF da 1ª Região é no sentido de que a possível existência de atos ilegítimos levados a efeito pela Administração durante a realização de Concurso Público e que são posteriormente revistas pelo Poder Judiciário - como na hipótese - não rendem ensejo à concessão de indenização por danos morais. (Cf. AC 1999.32.00.005587-8/AM, Rel. Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, Quinta Turma, *DJ* de 01/06/2006, p. 43)

6. Apelação e remessa parcialmente providas, para afastar a condenação em danos morais.

(TRF 1ª Região: AC 1998.38.01.006803-1/MG – Relator Juiz Federal Carlos Augusto Pires Brandão (convocado) – *DJ* de 09/10/2006.)

As que se observa, o acórdão embargado está em conformidade com torrencial jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, razão pela qual nego provimento aos embargos infringentes.

É o meu voto.

Voto Vogal Vencido

A Exma. Sra. Des. Federal Selene de Almeida: — Senhor Presidente, *data venia* do eminente Relator, mantenho o meu voto vencido na Turma.

Quarta Seção

Embargos Infringentes na Apelação Cível

2007.01.00.016662-2/BA

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Leomar Barros Amorim de Sousa

Embargante: Instituto de Otorrinolaringologia Dr. Otaviano Andrade – INOOA

Advogados: Dra. Maria Fernanda Ribeiro Serravalle e outros

Embargada: Fazenda Nacional

Procurador: Dr. Jose Luiz Gomes Rolo

Divulgação: e-DJF1 de 31/10/2008

Publicação: 03/11/2008

Ementa

Embargos infringentes. Cofins. Sociedade civil de prestação de serviços de profissão regulamentada. Isenção. Revogação do art. 6º da Lei Complementar 70/1991 pelo art. 56 da Lei 9.430/1996. Constitucionalidade.

I – Somente se exige lei complementar quando esta modalidade normativa é expressamente prevista, pela Constituição, para regular determinada matéria. Precedentes do Supremo Tribunal Federal

II – No tocante às contribuições sociais previstas na Constituição (a Cofins está prevista no art. 195, I), não há exigência de lei complementar (art. 195, § 4º), razão pela qual a lei complementar que as instituir terá natureza jurídica de lei ordinária, em sentido material (Lei Complementar 70/1991), podendo, assim, ser revogada, validamente, por lei ordinária. Precedentes desta Corte e do Supremo.

III – A disposição contida no art. 6º da LC 70/1991 é, *materialmente*, lei ordinária e, como tal, pode ser alterada, modificada, revogada ou ab-rogada por lei ordinária. Legitimidade da revogação da isenção da Cofins às sociedades civis prestadoras de serviços de profissões legalmente regulamentadas pelo art. 56 da Lei 9.430/1996.

IV – O STF, em 17/09/2008, quando do julgamento dos Recursos Extraordinários 377457/PR e 381964/MG, declarou legítima a revogação da isenção do recolhimento da Cofins em relação às sociedades civis de prestação de serviços profissionais regulamentados, prevista no art. 6º, II, da Lei Complementar 70/1991, pelo art. 56 da Lei 9.430/1996 (Informativo do STF 520, de 15 a 19 de setembro de 2008).

V – Embargos infringentes improvidos.

Acórdão

Decide a Seção, à unanimidade, negar provimento aos embargos infringentes.

4ª Seção do TRF da 1ª Região – 24/09/2008.

Desembargador Federal *Leomar Barros Amorim de Sousa*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Leomar Amorim: — Instituto de Otorrinolaringologia Dr. Otaviano Andrade – INOOA opõe embargos infringentes ao acórdão da 4ª Seção deste Tribunal, da lavra do Juiz Federal Convocado Rafael Paulo Soares Pinto, assim ementado:

Constitucional, Tributário e Processual Civil. Ação rescisória. Cofins. Revogação da isenção prevista no art. 6º, II, da LC 70/1991 pela Lei 9.430/1996: constitucional (STF). Súmula 343/STF: inaplicável. Pedido rescisório procedente.

1. A Súmula 343 do STF não obstaculiza o trânsito de ação rescisória quando a matéria nela versada, controvertida que fosse ao tempo do julgado, é de índole constitucional, haja vista a necessidade de se preservar a inteireza e a máxima efetividade constitucionais.

2. Constitui violação a literal disposição de lei (art. 485, V, do CPC), a decisão de mérito (sentença ou acórdão) que deixa de aplicar uma lei por considerá-la inconstitucional, declarada, ainda que posteriormente, constitucional pelo STF, ou aplica uma lei, que o STF, ainda que posteriormente ao julgado, declara inconstitucional.

3. Superando posição jurisprudencial antes majoritária (no sentido de que a revogação, por lei ordinária, de isenção prevista em lei complementar malferiria a hierarquia das leis), o STF (fins de 2006) declarou constitucional a revogação da isenção prevista na LC 70/1991 pela Lei 9.430/1996 (derruindo, pois, o vício da Súmula 276/STJ), sendo desinfluyente, doravante, inclusive, sequer perquirir acerca da eventual satisfação dos critérios previstos no DI 2.397/1987.

4. Pedido rescisório procedente. Rejulgamento: apelação não provida.

5. Autos recebidos em Gabinete, em 04/04/2008, para lavratura do acórdão. Peças liberadas pelo Relator, em 04/04/2008, para publicação do acórdão.

Ficaram vencidos a Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso e os Juizes Federais Convocados Roberto Carvalho Veloso e Osmane Antônio dos Santos que julgaram improcedente o pedido rescisório (certidão de fl. 379).

Diz a recorrente, em síntese, que merece prevalecer o entendimento esposado nos votos vencidos no sentido de que a Lei 9.430/1996 não poderia revogar a isenção contida na Lei Complementar 70/1991, sob pena de violação do princípio da hierarquia das leis.

Alega, ainda, que deve prevalecer o que dispõe a Súmula 276 do STJ que não foi revogada e está em pleno vigor.

Pleiteia, destarte, sejam os embargos conhecidos e providos para que prevaleçam os votos vencidos.

Contra-razões aos embargos infringentes às fls. 414/424.

Os embargos foram admitidos (fl. 429).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Leomar Amorim: — A divergência (CPC, art. 530, parte final), no caso dos autos, reside apenas na questão relativa à possibilidade de a Lei Ordinária 9.430/1996 revogar ou alterar a Lei Complementar 70/1991, uma vez que os votos vencidos versam somente sobre esta matéria (fls. 364, 367/370 e 378).

A questão não tem passado despercebida pela doutrina. Com efeito, tem-se entendido que a reserva de lei complementar estabelecida na Constituição não proíbe que venha ela a regulamentar matéria fora de seu âmbito. Entretanto, nesta hipótese a lei complementar é considerada como mera lei ordinária.

Com esta compreensão, veja-se o magistério de José Souto Maior Borges:

Se a lei complementar invadir o âmbito material de validade da legislação ordinária da União, valerá tanto quanto uma lei ordinária. Sobre esse ponto, não há discrepância na doutrina. A lei complementar fora do seu campo específico, cujos limites estão fixados na Constituição, é simples lei ordinária. Sem a congregação dos dois requisitos estabelecidos pelo art. 69 da Constituição, o *quorum* especial e qualificado (requisito de forma) e a matéria constitucionalmente prevista como objeto de lei complementar (requisito de fundo), não há lei complementar. Contudo, se ultrapassar a esfera de atribuições da União, o ato legislativo será existente, válido e eficaz. Só que não estará submetido ao regime jurídico da lei complementar (*Eficácia e Hierarquia da Lei Complementar*, Revista de Direito Público, ano VI, julho-setembro, 1973, n. 25, p.98.)

O mesmo entendimento tem o pranteado Celso Ribeiro Bastos, *verbis*:

Quando a lei complementar versa matéria de lei ordinária, é dizer, invade a área de competência da lei ordinária, ao contrário do que se pensa não se está diante de um caso de nulidade. Apenas, nesse caso, deve se considerar a lei complementar como mera lei ordinária. Daí se extrai que essa “pseudo” lei complementar pode ser revogada por lei ordinária, dispensando desta maneira a necessidade de

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Federais Leomar Barros Amorim de Sousa e Luciano Tolentino Amaral e os Exmos. Srs. Juizes Federais Osmane Antônio dos Santos (convocado) e Francisco Renato Codevila Pinheiro Filho (convocado).

votação por maioria absoluta. Seguindo essa linha de raciocínio fica claro que a lei ordinária posterior que verse sobre a matéria da “pseudo” lei complementar em questão, substitui a lei complementar no que conflitam (*in* Lei Complementar, 2ª edição, Celso Bastos Editor, p. 143/144).

Idêntico magistério é o do mestre José Cretella Júnior:

Com efeito, não basta o rito ou procedimento formal, matemático, prescrito na Constituição, para transformar qualquer assunto em matéria ou objeto da lei complementar. Não. Para que a lei complementar entre, de modo incensurável, no mundo jurídico, é necessário que, além do elemento formal - o rito, o texto votado e aprovado por maioria absoluta dos membros das duas Casas do Congresso Nacional, o Senado e a Câmara - haja ainda matéria própria, enunciada pela regra jurídica constitucional, sobre a qual incidirá a lei aprovada.

A aprovação por maioria absoluta dos membros do Senado e Câmara não tem a virtude mágica de guindar à categoria de regra jurídica de grau elevadíssimo, superior à lei ordinária e à lei delegada, à medida provisória, ao decreto legislativo e à resolução, sem se levar em conta a matéria, mas tão-só o processo legislativo em seu aspecto formal.

(Comentários à Constituição Federal de 1988, vol. VII, 20ª edição, Forense Universitária, p. 3.504/3.505.)

Não se desconhece que há vozes dissonantes, como é caso do mestre Hugo de Brito Machado, que sustenta que a Constituição, ao estabelecer um campo de matérias reservadas à lei complementar, não veda trate ela de matéria diversa, dado que o campo das matérias atribuídas à lei complementar é impreciso. Em tal hipótese, afirma que somente mediante lei complementar pode alterar-se a estatuição. Mas como corretamente refuta Celso Bastos, o legislador não tem competência para transformar matéria de lei ordinária em matéria de lei complementar, porquanto se tal fosse possível implicaria em admitir, por lei ordinária, alterar a própria rigidez constitucional, o que é inaceitável.

Com efeito, concretamente, examina-se, nos presentes autos, a possibilidade de a lei ordinária modificar a lei complementar. Mais especificamente: discute-se acerca da legitimidade de o art. 56 da Lei 9.430/1996 revogar o art. 6º, inciso II, da Lei Complementar 70/1991, que concedia isenção da Cofins às sociedades civis prestadoras de serviços de profissões legalmente regulamentadas.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 138.284-CE, fixou a orientação de que na hipótese das contribuições sociais para o financiamento da seguridade social, previstas no artigo 195 da Constituição, não há exigência de que lei complementar defina o seu fato gerador, base cálculo e contribuintes (art. 146, III, a), eis que tal tipo legislativo não é previsto para sua instituição.

No julgamento da Medida Cautelar na ADIn 2.110-9/DF, a Suprema Corte admitiu expressamente a possibilidade de lei ordinária modificar lei complementar, quando esta se revelar materialmente ordinária, como se vê no voto condutor do acórdão, da lavra do eminente relator, Ministro Sydney Sanches, *verbis*:

Portanto, a Lei Complementar 84, de 1996, após a Emenda Constitucional 20, de 1998, veio a ser recepcionada como Lei Ordinária no nosso ordenamento jurídico por tratar de contribuições previstas no inciso I do art. 195 da Constituição. Destarte, por ter incorporado a natureza ordinária, inexistente qualquer indicio de inconstitucionalidade por vir a ser revogado por outra lei ordinária, haja vista que suas disposições não mais possuem natureza complementar.

Assim sendo, forçoso é concluir que a disposição contida no art. 6º da LC 70/1991 é, *materialmente*, lei ordinária e, como tal, pode ser alterada, modificada, revogada ou ab-rogada por ato legislativo de idêntica hierarquia, é dizer, por lei ordinária, lei delegada ou medida provisória. Por isso, tenho como corretas as decisões desta Corte que reconheceram a legitimidade da revogação do art. 6º, II, da Lei 70/1991 pelo art. 56 da Lei 9.430/1996, tais como: AMS 2002.38.00.020206-0/MG, Rel. Desembargador Federal Hilton Queiroz, Quarta Turma do TRF 1ª Região, *DJ* de 21/03/2003, p. 93; Ag 1999.01.00.041037-1/MG, Rel. Desembargador Federal Olindo Menezes, Terceira Turma do TRF 1ª Região, *DJ*/II de 13/10/2000, p. 32; AMS N. 2001.34.00.027693-0/DF, Rel. Juiz Federal Convocado Iran Velasco Nascimento, 8ª Turma, Julgado em 10/02/2004.

Sem embargo de pronunciamentos do Superior Tribunal de Justiça e da 8ª Turma deste Tribunal em sentido contrário a tal posição, cumpre deixar assente que a última palavra acerca do tema, dada a sua índole constitucional, é do Supremo Tribunal Federal, que, no julgamento do RE-ED n. 327418/SC, entendeu ser

legítima a revogação da isenção prevista na Lei Complementar 70/1991 pela Lei 9.430/1996, *in verbis*:

Ementa: embargos de declaração em recurso extraordinário. Conversão em agravo regimental. Constitucional. Tributário. Cofins. Isenção. Possibilidade de revogação por lei ordinária. Precedentes.

I – A revogação, por lei ordinária, da isenção da Cofins, concedida pela LC 70/1991 às sociedades civis de prestação de serviços profissionais, é constitucionalmente válida. Precedentes.

II – O conflito entre lei complementar e lei ordinária possui natureza constitucional.

III – Embargos de declaração convertidos em agravo regimental a que se nega provimento.

(STF, T1, RE-ED n. 327418/SC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJ* de 24/11/2006)

No sentido do que foi acima exposto, vejamos julgados recentes desta 4ª Seção:

Ação rescisória e tributária. Sociedades civis de profissão regulamentada. Lei 9.430/1995. Revogação de isenção prevista na Lei Complementar 70/1991 (art. 6º, II). Possibilidade. Súmula 343/STF. Inaplicabilidade.

1. É pacífico o entendimento no sentido de que o enunciado da Súmula 343/STF não se aplica quando a divergência envolver matéria de índole constitucional.

2. Sendo a COFINS espécie de contribuição para custeio da seguridade social, prevista no art. 195, I, “b”, da CF, desnecessária se faz a sua instituição através de lei complementar, exigindo-se esta apenas para a hipótese de criação de novas contribuições não previstas no texto constitucional (art. 195, § 4º, da CF).

3. Uma vez que o legislador, de forma equivocada e desnecessária, utilizou-se de lei complementar para disciplinar a COFINS, tem-se que os dispositivos pertinentes à referida exação possuem força de lei ordinária, conforme entendimento manifestado pelo E. STF (RE 419.629-8, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 30/06/2006 e ADC n.1-1/DF, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* de 16/06/1995).

4. Pedido rescisório julgado procedente.

5. Apelação da Ré reexaminada para negar-lhe provimento.

(AR 2006.01.00.015792-8/MG, Rel. Juiz Federal Francisco Renato Codevila Pinheiro Filho (com.v), Quarta Seção, *DJ* de 31/03/2008, p. 72.)

Processual Civil. Embargos infringentes. Cofins. Revogação, pela Lei 9.430/1996, da isenção assegurada pela LC 70/1991 às sociedades civis presta-

doras de serviços profissionais. Constitucionalidade.

1. É legítima a revogação, pela Lei 9.430/1996, da isenção da Cofins concedida às sociedades civis prestadoras de serviços profissionais pela Lei Complementar 70/1991, dado que essa lei, formalmente complementar, é, com relação aos dispositivos concernentes à contribuição social por ela instituída, materialmente ordinária, não havendo que falar, assim, em violação ao princípio da hierarquia das leis, cujo respeito exige seja observado o âmbito material reservado às espécies normativas previstas na Constituição Federal. Precedente da 1ª Turma do STF.

2. Embargos infringentes da Fazenda Nacional providos.

(EAC 2004.34.00.003637-0/DF, Rel. Juíza Federal Anamaria Reys Resende (conv.), Quarta Seção, *DJ* de 18/02/2008, p. 68.)

De tudo que foi acima exposto, podemos concluir que somente se exige lei complementar quando esta modalidade normativa é expressamente prevista, pela Constituição para regular determinada matéria, bem como que, no que se refere às contribuições sociais previstas na Constituição (dentre elas a Cofins - prevista no art. 195, I), não há exigência de lei complementar (art. 195, § 4º), razão pela qual a lei complementar que as instituir terá natureza jurídica de lei ordinária, em sentido material (Lei Complementar 70/1991), podendo, assim, ser revogada, validamente, por lei ordinária.

Recentemente, em 17/09/2008, apreciando a matéria em questão, o STF, quando do julgamento dos Recursos Extraordinários 377457/PR e 381964/MG, declarou legítima a revogação da isenção do recolhimento da Cofins em relação às sociedades civis de prestação de serviços profissionais regulamentadas, prevista no art. 6º, II, da Lei Complementar 70/1991, pelo art. 56 da Lei 9.430/1996, conforme se vê abaixo:

Em conclusão, o Tribunal, por maioria, desproveu dois recursos extraordinários, e declarou legítima a revogação da isenção do recolhimento da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social sobre as sociedades civis de prestação de serviços de profissão legalmente regulamentada, prevista no art. 6º, II, da LC 70/1991, pelo art. 56 da Lei 9.430/1996 (“Art. 56. As sociedades civis de prestação de serviços de profissão legalmente regulamentada passam a contribuir para a seguridade social com base na receita bruta da prestação de serviços, observadas as normas da Lei Complementar 70, de 30 de dezembro de 1991.”) — v. Informativos 436, 452 e 459. Considerou-se a orientação

fixada pelo STF no julgamento da ADC 1/DF (DJU de 16/06/1995), no sentido de: a) inexistência de hierarquia constitucional entre lei complementar e lei ordinária, espécies normativas formalmente distintas exclusivamente tendo em vista a matéria eventualmente reservada à primeira pela própria CF; b) inexigibilidade de lei complementar para disciplina dos elementos próprios à hipótese de incidência das contribuições desde logo previstas no texto constitucional. Com base nisso, afirmou-se que o conflito aparente entre o art. 56 da Lei 9.430/1996 e o art. 6º, II, da LC 70/1991 não se resolve por critérios hierárquicos, mas, sim, constitucionais quanto à materialidade própria a cada uma dessas espécies normativas. No ponto, ressaltou-se que o art. 56 da Lei 9.430/1996 é dispositivo legitimamente veiculado por legislação ordinária (CF, art. 146, III, b, a contrario *sensu*, e art. 150, § 6º) que importou na revogação de dispositivo inserto em norma materialmente ordinária (LC 70/1991, art. 6º, II). Concluiu-se não haver, no caso, instituição, direta ou indireta, de nova contribuição social a exigir a intervenção de legislação complementar (CF, art. 195, § 4º). Vencidos os Ministros Eros Grau e Marco Aurélio que davam provimento aos recursos, para que fosse mantida a isenção estabelecida no art. 6º, II, da LC 70/1991. Em seguida, o Tribunal, por maioria, rejeitou pedido de modulação de efeitos. Vencidos, no ponto, os Ministros Menezes Direito, Eros Grau, Celso de Mello, Carlos Britto e Ricardo Lewandowski, que deferiam a modulação, aplicando, por analogia, o disposto no art. 27 da Lei 9.868/99. O Tribunal também rejeitou questão de ordem que determinava a baixa do processo ao STJ, pela eventual falta da prestação jurisdicional, vencidos o Min. Marco Aurélio, que a suscitara, e o Min. Eros Grau. Por fim, o Tribunal acolheu questão de ordem suscitada pelo Min. Gilmar Mendes, relator, para permitir a aplicação do art. 543-B do CPC, vencido o Min. Marco Aurélio. Não participou da votação nas questões de ordem o Min. Joaquim Barbosa, ausente naquele momento.

(Informativo do STF 520, de 15 a 19 de setembro de 2008.)

Diante das conclusões acima, impõe-se reconhecer a constitucionalidade do art. 56 da Lei 9.430/1996, ao revogar a isenção prevista no art. 6º, inciso II, da Lei Complementar 70/1991.

Ante o exposto, nego provimento aos presentes embargos infringentes.

É o voto.

Primeira Turma

Apelação Cível

2004.01.99.004394-3/MG

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves
Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes (convocado)
Relator p/acórdão: O Exmo. Sr. Des. Federal José Amilcar Machado
Apelante: Maria Eremita de Souza Gonçalves
Advogados: Dr. José Geraldo Linhares Lacerda e outro
Apelado: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Procurador: Dr. Luiz Valli Neto
Divulgação: e-DJF1 de 01/12/2008
Publicação: 02/12/2008

Ementa

Constitucional e Previdenciário. Matrimônio e união estável concomitante. Concubinato adúltero. Irrelevância da definição para efeito jurídico-previdenciário. Concurso de direitos na titularização ao benefício de pensão por morte. Natureza assistencial do benefício. Necessidade do cônjuge supérstite e da companheira. Repartição igual do valor do benefício.

I – O instituidor do benefício manteve união estável e, concomitantemente, constituiu matrimônio: relação conjugal material e formalmente perfeita com outra mulher, sem, contudo, jamais cindir o relacionamento com a companheira, o que, em princípio, resultaria em concubinato adúltero. Em nível de lógica formal seria impositivo deferir o pedido da autora (cônjuge supérstite), uma vez que impossível a coexistência de duas entidades familiares, porque isso estaria a configurar bigamia, fato tipificado como crime no Direito Penal Brasileiro.

II – O princípio da realidade necessariamente há que toldar os fatos da vida e o comportamento das pessoas, para que sejam extraídas as conseqüências que cada ação humana possa gerar na ordem jurídica e, por decorrência, no patrimônio jurídico: elenco de direitos que cada um possa ter. O direito há de nascer do fato e não da regra jurídica pura, imposta por sistemática legislativa que pretende interferir com o fato a ponto de modificá-lo, ou mesmo de extingui-lo ou marginalizá-lo, subtraindo-se-lhe o elemento de validação ético-jurídico.

III – No texto constitucional o matrimônio ocupa posição axiológica superior àquela da união estável; nem por isso pode obliterar a existência desta última por detalhe formalista. É relevante a natureza assistencial da prestação pecuniária objetivada pela companheira, por sua vez, também objeto de tratamento constitucional no plano da relação jurídico-previdenciária.

IV – A valoração vigorosa das circunstâncias que eclodem nos fatos da vida passa particularmente pelo predicado moral destituído da falsa influência de conceitos, preconceitos e definições que, de resto, acabam impondo aplicação estereotipada e repetitiva da lei literal que pode substanciar negativa do direito. Plano hermenêutico: *odiosa sunt restringenda, favorabilia amplianda.*

V – De concluir-se que a hipótese gera o efeito previdenciário, conseqüente, de manter assistidas as dependentes: cônjuge supérstite e companheira, pelo que o benefício de pensão por morte dever ser repartido igualmente entre as dependentes referidas

VI – Apelação a que se nega provimento.

Acórdão

Decide a Turma, por maioria, negar provimento à apelação. Vencido o Juiz Federal Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes (Relator Convocado).

1ª Turma do TRF 1ª Região – 23/05/2007.

Desembargador Federal *José Amilcar Machado*, Relator para acórdão.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes: — Maria Eremita de Souza Gonçalves, qualificada nos autos, ajuizou a presente ação contra o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, tendo como litisconsorte passiva necessária Maria da Conceição Silva, objetivando assegurar, inclusive em sede de antecipação de tutela, a suspensão do pagamento da pensão por morte à Maria da Conceição Silva, voltando a pensão a ser dividida somente entre a autora e os filhos de seu falecido marido.

Às fls. 21/22, foi indeferido o pedido de antecipação de tutela.

Após a instrução do processo, foi proferida a r. sentença de fls. 94/96, julgando improcedente o pedido. Condenou a autora, ainda, ao pagamento das custas e honorários advocatícios no valor de R\$ 800,00 (oitocentos reais) nos termos do art. 20, §4º, do CPC, isentando-a de tais ônus em vista de estar sob o pálio da justiça gratuita.

A autora interpôs o recurso de apelação de fls. 99/102, sustentando, em síntese, que não é devido o benefício de pensão por morte à Maria da Conceição Silva, uma vez que esta não mais convivia com o *de cujus* desde 1989, salientando que nos termos da Lei 8.213/1991, havendo esposa como beneficiária, não poderá haver companheira com a mesma qualidade. Aduz, ainda, que os filhos menores havidos por seu ex-esposo possuem direito à percepção da pensão, não sendo este objeto de discussão nos autos.

Em contra-razões, o INSS pugna pela manutenção da r. sentença, ressaltando que em caso de eventual provimento da apelação, seja o INSS declarado parte ilegítima no que se refere à repetição dos valores pagos à companheira do *de cujus* (fls. 105/112).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes: — Trata-se de apelação cível contra sentença que julgou improcedente o pedido de suspensão do pagamento da pensão por morte à Ré Maria da Conceição Silva, para que a pensão deixada por José Gonçalves passe a ser dividida somente entre a autora, Maria Eremita de Souza Gonçalves, e os filhos de seu falecido marido.

Assim, necessário ser verificada a possibilidade de se cancelar a parcela do benefício de pensão por morte que vem sendo paga a Maria da Conceição Silva (2ª Ré).

Havendo união estável, a Sra. Maria da Conceição Silva deve ser considerada companheira, fazendo jus à pensão por morte do ex-segurado, em concorrência com a viúva, autora neste feito.

A existência de relacionamento amoroso entre o ex-segurado José Gonçalves e a Sra. Maria da Conceição Silva está comprovada nos autos, tanto pela existência de 2 (dois) filhos em comum (certidões de nascimento de fls. 12/13) quanto pelos depoimentos colhidos na fase de instrução processual.

Tanto a própria autora (fl. 17) como o INSS (fl. 45) apresentaram em Juízo a “Declaração de Acordo” extrajudicial formalizada entre o instituidor do benefício e a Ré Maria da Conceição Silva.

Por outro lado, tenho que comprovado no decorrer da instrução processual que o *de cujus* manteve vínculo matrimonial com a Sra. Maria Eremita de Souza Gonçalves, com solenidade realizada aos 29/10/1988 (certidão de casamento de fl. 16).

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal José Amilcar Machado e os Exmos. Srs. Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes (convocado) e Itelmar Raydan Evangelista (convocado).

As testemunhas ouvidas na audiência realizada aos 23/09/2003, prestaram os seguintes esclarecimentos:

Maria de Lourdes Silva Souza: que conhece Maria da Conceição durante 19 anos; que já conheceu a mesma morando com José Gonçalves; que sabe da convivência dos dois por mais de cinco anos, até a sua morte; que José Gonçalves foi à casa de Maria da Conceição até um mês antes de sua morte; que Maria da Conceição morava sozinha numa casa em Ipaba; que Maria da Conceição tem dois filhos com José Gonçalves; que um morreu novinho; que sabe que José Gonçalves teve outros filhos com uma outra mulher já falecida, cujo nome não sabe; que Conceição viveu com José Gonçalves em Ipatinga, mas por ter largado ela, Conceição foi para Ipaba com os dois filhos; que José Gonçalves ia a Ipaba uma vez por mês; que nunca viu ele passear com as crianças; que José Gonçalves ia a Ipaba de carro, não conhecendo qual carro; que a depoente sabe que José Gonçalves casou-se mas não conhece com quem; que quando casou ele ainda convivia com Maria Conceição em Ipatinga; que os mesmos dormiam juntos em Ipatinga; que quando ia a Ipaba o falecido não chegava a dormir na casa de Conceição, voltando no mesmo dia. (...) que em Ipaba, ao dizer que Conceição morava sozinha, quis dizer que ela não morava com algum homem e só com os dois filhos; que o falecido mantinha Maria da Conceição, cuidando dela; que não sabe dizer de que José Gonçalves faleceu; que quando José Gonçalves se casou, ele ainda morava com Conceição. (...) que só conheceu Maria da Conceição vivendo junto com José Gonçalves. (fl. 77.)

Maria das Graças Reis: que conhece Maria da Conceição quando ela morava com José Gonçalves e os mesmos iam passear em Ipaba; que eles iam passear no carro do falecido; que iam com seus filhos; que eram filhos do casal; que José Gonçalves casou-se com a autora após que já morava com Maria da Conceição; que quando ele casou não largou primeiro a Maria da Conceição; que eles tinham um lar aqui em Ipatinga; que o falecido era funcionário da Usiminas; que não sabe de que ele morreu; que não era amiga nem de um nem de outro; que não conheceu Maria Eremita. (...) que quando Gonçalves morreu, antes disso, ele ainda ia a Ipaba visitar Maria Conceição que tinha saído de casa porque José Gonçalves tinha casado com a autora; que Maria Conceição foi para a casa da mãe; que Gonçalves dormia na casa da mãe de Conceição; que o falecido ia todo final de semana na casa da mãe de Conceição; que a depoente lembra de ver o falecido passeando com os filhos. (...) que não sabe onde o falecido ficou morando quando se

casou com a autora; que não sabe se o casal brigou quando do casamento de José Gonçalves com a autora; que Maria Conceição não procurou outro relacionamento após a morte de José Gonçalves. (fl. 78.)

Cenita Ferreira de Lacerda: que sabe que José Gonçalves era casado com a autora e vivia bem com a mesma; que viviam sob o mesmo teto; que não sabe quanto tempo ficaram casados; que não sabe se o José Gonçalves teve um concubinato com Maria da Conceição; que não sabe se José Gonçalves teve algum filho com alguma mulher; que morou vizinha a José Gonçalves desde 1994 até quando ele faleceu em 1997; que não ouviu da vizinhança comentários de que houvesse filhos José Gonçalves; que o falecido mexia com caminhão; que não sabe se o mesmo fazia viagens; que não sabe informar se o mesmo fazia frete; (...) que a casa onde morava o falecido foi ele mesmo quem construiu. (...) que não sabia nem por vizinhos que o falecido tinha onze filhos, pois não tinha intimidade com o mesmo; que só via o falecido nos fins de semana ou em dias alternados, que a depoente voltava do trabalho; que sabe que o falecido construiu a casa por informações pela autora; que soube dessa informação antes da morte do falecido. (fl. 79.)

Rosalino Pereira de Assis: que conheceu quando o autor viveu casado com a autora e não sabe quanto tempo; que eles não tinham filhos; que não conhece Maria da Conceição Silva; que nem por ouvir dizer sabe que José Gonçalves tivesse filhos com Maria da Conceição; que não lembra a época em que José Gonçalves faleceu; (...) que José Gonçalves morava na mesma casa que a autora; que não sabe como os mesmos conviviam, apesar de serem vizinhos. (...) que não sabia que José Gonçalves tivesse filhos com qualquer outra mulher. (fl. 80.)

Da análise da prova testemunhal colhida nos autos tem-se que o falecido, não obstante estar casado com a autora, mantinha relacionamento com a Sra. Maria da Conceição Silva, freqüentando a sua casa até pouco tempo antes do falecimento.

Emoldurada dessa forma a situação fática, passo a analisar a existência de direito da autora à suspensão do rateio da pensão em relação à Sra. Maria da Conceição Silva.

A dependência econômica com o *de cujus*, segurado da previdência social, nos termos do art. 16, §4º, da Lei 8.213/1991, é presumida nas seguintes hipóteses, confira-se:

Art. 16. São beneficiários do Regime Geral da Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I – o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido;

(...)

§ 4º A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada.

Noutro passo, definindo a entidade familiar fora do casamento, a Lei 9.278/1996, estabeleceu em seu art. 1º, *in verbis*:

Art. 1º É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família.

Assim sendo, necessário verificar se uma pessoa casada e não separada de fato pode constituir uma entidade familiar nos moldes da Lei 9.278/1996.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que a existência de impedimento para se casar por parte de um dos companheiros (pessoa casada e não separada de fato) obsta a configuração de união estável.

Nesse sentido invoco como razão de decidir o seguinte precedente:

Civil. Família. Reconhecimento de união estável entre mulher e homem casado, mas não separado de fato. Impossibilidade. Ofensa ao art. 226, § 3º, da Magna Carta. Matéria afeta ao STF – alegação de violação às Leis 8.971/1994 e 9.278/1996. Súmula 284/STF. Infringência à dispositivos da Lei 10.406/2002. Fatos ocorridos na vigência de legislação anterior. Incidência desta – dissídio jurisprudencial. Comprovação.

1. Esta Corte de Uniformização não se presta à análise de matéria constitucional (art. 226, § 3º, da CF), cabendo-lhe, somente, a infraconstitucional.

2. A falta de indicação do dispositivo de determinado diploma legal supostamente violado, impede o conhecimento da matéria, tendo em vista o óbice da Súmula 284/STF.

3. *In casu*, os fatos relacionados ao presente recurso ocorreram na vigência do Código Civil de 1916, o que afasta a incidência, no caso, dos dispositivos da Lei 10.406/2002 (Novo Código Civil).

4. A teor da jurisprudência desta Corte, a existência de impedimento para se casar por parte de um dos companheiros, como, por exemplo, na hipótese de a pessoa ser casada, mas não separada de fato ou judicialmente, obsta a constituição de união estável.

5. Recurso conhecido parcialmente e, nessa parte, provido para, cassando o acórdão proferido pelo Tribunal *a quo*, afastar o reconhecimento da união estável, no caso. (STJ, REsp 684.407/RS, 4ª Turma, Relator Ministro Jorge Scartezini, j. 03/05/2005, DJ de 27/06/2005, p. 411.)

No presente caso, o *de cujus* era casado e não separado de fato, o que impede a caracterização da união amorosa existente em união estável juridicamente protegida.

Ademais, não pode ser considerada a união amorosa entre a Sra. Maria da Conceição Silva e o segurado falecido como união estável, uma vez que não seria plausível que esta união tivesse a finalidade de constituição de família. Na verdade, caracteriza apenas concubinato adulterino, não protegido pelo art. 226 da Constituição Federal/1988.

Isso porque a família, ainda que tenha se desvenilhado dos elementos religioso e formalístico, ainda carrega em sua definição o elemento estabilidade.

Constituir uma família ainda significa optar por uma relação estável, a qual é marcada pela comunhão de esforços em prol de um núcleo de pessoas que transcende a individualidade.

Diante do exposto, dou provimento à apelação da autora para determinar o cancelamento do benefício previdenciário de pensão por morte concedido à Maria da Conceição Silva, voltando a pensão a ser dividida somente entre a autora e os filhos de seu falecido marido.

É o meu voto.

Voto-Vista

O Exmo. Sr. Des. Federal José Amilcar Machado:
— Como me havia pronunciado quando do pedido de vista dos autos, entendo que não se pode considerar a questão do relacionamento entre o instituidor do benefício e a Sra. Maria da Conceição Silva como uma relação frugal.

A princípio, friso que não desconheço julgamento do Superior Tribunal de Justiça, e mesmo do Supremo Tribunal Federal, no mesmo sentido do voto do eminente Relator. Com a devida vênia, não acedo ao referido entendimento.

No que interessa ao *thema decidendum*, ficam as seguintes à guisa de razões.

Com efeito, conforme se pode observar dos depoimentos testemunhais, a união entre o instituidor do benefício e a Sra. Maria da Conceição Silva é anterior ao seu casamento com a autora Maria Eremita de Souza Gonçalves, sendo certo que tal relacionamento perdurou mesmo após a formalização de vínculo conjugal pelo instituidor do benefício. Tais depoimentos coincidem com o depoimento pessoal da requerida (Maria Conceição Silva) no sentido de que, quando José Gonçalves casou-se com Maria Eremita de Souza Gonçalves, ela já vivia em união estável com ele.

Demais, consta dos autos documentos que comprovam o nascimento de dois filhos, advindos da união entre Maria da Conceição Silva e José Gonçalves, bem como acordo extrajudicial firmado entre ele e sua consorte, datado de 27/11/1989, em que há o reconhecimento da união estável desde o ano de 1978, ou seja, dez anos antes do seu casamento com a autora Maria Eremita de Souza Gonçalves.

Tem-se assim que o instituidor do benefício manteve união estável e, concomitantemente, constituiu matrimônio: relação conjugal material e formalmente perfeita com outra mulher, sem, contudo, jamais cindir o relacionamento com a companheira, o que, em princípio, resultaria em concubinato adúltero, conforme concluiu o eminente Relator.

Nessa ordem de idéias, em nível de lógica formal seria impositivo deferir o pedido da autora, uma vez que impossível a coexistência de duas entidades familiares, porque isso estaria a configurar bigamia, fato tipificado como crime no Direito Penal Brasileiro. Por conseqüência, a união estável tal como equiparada à unidade familiar, não seria concebível, na hipótese.

Nada obstante, o princípio de realidade necessariamente há que taldar os fatos da vida e o comportamento das pessoas, para que sejam extraídas as conseqüências que cada ação humana possa gerar na ordem jurídica e, por decorrência, no patrimônio jurídico: elenco de direitos que cada um possa ter.

Nunca é demais frisar que o direito há de nascer do fato e não da regra jurídica pura, imposta por sistemática legislativa que pretende interferir com o fato a ponto de modificá-lo, ou mesmo de extingui-lo ou marginalizá-lo, subtraindo-se-lhe o elemento de validação ético-jurídico; penso assim.

Como negar, *in hoc specie*, efeito jurídico positivo próprio para a companheira da qual o instituidor do benefício nunca se separou? Foram concebidos dois filhos. Não há dissolução de continuidade na vida comum. A união não era mera conveniência social daqueles que mantêm uma “relação aberta”, que geralmente ocorre entre pessoas cultural e economicamente niveladas e independentes.

De fato, no texto constitucional o matrimônio ocupa posição axiológica superior àquela da união estável; nem por isso pode obliterar a existência desta última por detalhe formalista.

A propósito, conforme referido pelo Ministro Humberto Martins (REsp 540.057-PR (2003/0060867-5) “A distinção entre ‘juízo de fato’ e ‘juízo de valor’ se mostra intensamente controversa, principalmente em virtude da sistematização que se pretende imprimir às ciências sociais e sobretudo ao Direito. O “fato” e o “direito” se revelam qualitativa e materialmente análogos, pois consoante os ensinamentos de Antonio Castanheira Neves, não tem sentido “o querer reduzir a realidade, o mundo real (não apenas idéia transcendental) do homem real (não do sujeito em geral ou gnoseológico) a ‘puro facto ou vê-lo apenas como a matérias de puros juízos de facto. O que nela verdadeiramente é dado não são os átomos perceptivos e independentes da determinação abstracta, mas situações, acontecimento, unitárias realidades de sentido.” (*In* Questão de Facto – Questão de Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade, Coimbra: Livraria Almedina, 1967, p.500).

Na análise da natureza própria das coisas, aquilo que é ôntico deve informar a consciência judicante para que esta atue no mundo como realidade. A valoração vigorosa das circunstâncias que eclodem nos fatos da vida passa particularmente pelo predicado moral destituído da falsa influência de conceitos, preconceitos e definições que, de resto, acabam impondo a aplicação estereotipada e repetitiva da lei literal que pode substanciar negativa do direito. Na tentativa de

encontrar-se o direito implica observância: *odiosa sunt restringenda, favorabilia amplianda*.

É relevante, no particular, a natureza assistencial da prestação pecuniária objetivada pela companheira, por sua vez, também objeto de tratamento constitucional no plano da relação jurídico-previdenciária. Vale dizer: fundamentalmente o benefício instituído deve amparar os dependentes; a irrefutável existência da união estável que coexistira com o núcleo familiar após a constituição deste, ao que entendo, deve gerar o *efeito previdenciário*, conseqüente, de manter assistidas as dependentes: cônjuge supérstite e companheira.

Em suma, possível a juridicização do fato, considerada a realidade “sentida”, com isso levando à desvalia a anacrônica definição de concubinato adulterino, para efeito jurídico-previdenciário, insuficiente a elidir a necessidade assistencial da companheira. Há de ser repartido igualmente entre as dependentes referidas o benefício de pensão por morte.

Ante o exposto, com a devida vênia do eminente Relator, nego provimento à apelação.

É como voto.

Segunda Turma

Apelação Cível

2007.38.09.000388-7/MG

Relatora: A Exma. Sra. Des. Federal Neuza Alves

Apelante: Joaquim Carlos da Silva

Advogados: Dra. Andreza Miwa Shimizu e outro

Apelado: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS

Procurador: Dr. Anderson Robert da Silva Rego

Divulgação: e-DJF1 de 28/11/2008

Publicação: 01/12/2008

Ementa

Previdenciário. Auxílio-doença. Acidente vascular cerebral. Aposentadoria por invalidez. Carência. Recolhimento das contribuições dentro do prazo. Inocorrência de perda da qualidade de segurado. Inteligência do art. 28, II da Lei 8.213/1991. Benefício devido.

I – Inocorrente prejuízo pela não-intimação do autor acerca do reconhecimento da incompetência do Juízo do Especial Federal para julgar a ação, é de ser rejeitada a preliminar suscitada.

II – Após a perda da qualidade de segurado, o requerente novamente se filiou à Previdência Social e efetuou o recolhimento do número mínimo de contribuições exigidas para o cumprimento da carência definida para o benefício requerido (1/3), assim consideradas as vertidas aos cofres da autarquia em 04/07/2003 referente à competência 06/2003.

III – O dispositivo legal de regência dispõe que não podem ser consideradas para o fim colimado as contribuições recolhidas com atraso *referentes a competências anteriores*. As “competências anteriores” a que se reporta o ditame, referem-se àquelas anteriores a (re)filiação, até porque seria redundante o uso dessa expressão se a referência abarcasse toda e qualquer competência.

IV – Correção monetária aplicada com base nos índices previstos no Manual de Orientação de Procedimentos para Cálculos na Justiça Federal, incidindo desde o momento em que cada prestação se tornou devida.

V – Juros de mora mantidos em 1% ao mês, a partir da citação, quanto às prestações a ela anteriores, em sendo o caso, e da data dos respectivos vencimentos no tocante às posteriormente vencidas.

VI – Verba honorária arbitrada em 5% (cinco por cento) sobre o valor da condenação, incidindo sobre as parcelas vencidas até o momento da prolação do acórdão (§ 3º do art. 20 do CPC e Súmula 111/STJ).

VII – Apelação parcialmente provida.

Acórdão

Decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, por unanimidade, rejeitar a preliminar e, no mérito, dar parcial provimento à apelação, nos termos do voto da Relatora.

2ª Turma do TRF 1ª Região – 13/10/2008.

Desembargadora Federal *Neuza Alves*, Relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Neuza Alves: — Trata-se de apelação interposta por Joaquim Carlos da Silva contra sentença (fls. 280/282) proferida pelo MM. Juízo Federal da Subseção Judiciária de Varginha, que julgou improcedente o pedido formulado na inicial por entender caracterizada a perda da qualidade de segurado do autor.

Deixou de condenar o requerente ao pagamento de honorários advocatícios em razão do benefício da gratuidade de justiça.

Sem custas.

Em seu recurso de apelação (fls. 297/305) o autor suscita, preliminarmente, a nulidade do processo em face de sua não-intimação para manifestação acerca da incompetência do Juizado Especial Federal para julgar a presente ação, bem como sobre a contestação.

Argumenta que a Data do Início da Incapacidade – DII e a Data do Início da Doença – DID, fixadas pela Médica Perita nomeada pelo MM. Juiz *a quo*, não condizem com a realidade dos fatos, pelo que deve ser realizada nova perícia.

No mérito, sustenta que “*a doença que incapacitou o apelante pode ser classificada como paralisia irreversível e incapacitante, doença que isenta de carência*”.

Requer seja anulado o processo desde a contestação ou, no mérito, seja concedida a aposentadoria por invalidez desde a data do requerimento administrativo.

Contra-razões a fls. 343/346.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Neuza Alves: — Como visto, trata-se de pedido de aposentadoria por invalidez, sob o argumento de que o segurado padece de paralisia irreversível e incapacitante, proveniente de acidente vascular cerebral.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Neuza Maria Alves da Silva e Francisco de Assis Betti e o Exmo. Sr. Juiz Federal Iran Velasco Nascimento (convocado).

De início, rejeito a preliminar de nulidade quanto à não-intimação do autor acerca da deliberação sobre a incompetência do Juizado Especial Federal para julgar a ação, vez que nenhum prejuízo adveio à parte autora em razão dessa circunstância.

No mérito, o benefício buscado pelo requerente esbarrou, na via administrativa, no alegado não-atendimento da carência respectiva. Conforme o histórico dos autos, o requerente contribuiu para a Previdência Social no período de 10/11/1978 a 02/02/1993. Após essa quadra somente voltou a contribuir em 04/07/2003, apesar de ter voltado a se filiar em novembro/2002.

Verifica-se, entretanto, que, segundo a regra do art. 28, II, vigente à época da incapacitação, o autor pôde ser considerado como reingresso ao RGPS em 04/07/2003, data em que efetuou o primeiro recolhimento após a perda da qualidade de segurado.

Nesse passo, certo é que, se o recolhimento efetuado na data acima indicada não pode retroagir à competência 11/2002 para fins de carência, não há razão para que ele não seja considerado apto a quitar a competência 06/2003 para tal finalidade, porque em relação a esta data ele foi efetuado em época própria.

Segundo o mesmo raciocínio, o segundo recolhimento efetuado em 04/07/2003 pode ser considerado como apto ao adimplemento da competência 07/2003, tendo inclusive o próprio INSS considerado ser possível a adoção desse mecanismo mediante o fenômeno da convalidação (fls. 186).

Pois bem. Considerando o autor como refilado ao RGPS em 04/07/2003, as competências anteriores a essa data é que não poderiam ser recolhidas com atraso, não sendo lúdima, assim, a conclusão de que, em relação às subseqüentes, somente aquelas pontualmente adimplidas poderiam ser utilizadas para fins de carência. Não é essa, com efeito, a inteligência do art. 28, II acima mencionado.

De fato, dispõe a regra em comento que o período de carência será contado, para o segurado autônomo, a partir do efetivo recolhimento da primeira prestação sem atraso. Observada a convalidação antes mencionada, tem-se que a tal prestação foi efetuada em 04/07/2003, em relação à competência 06/2003.

Analisando-se o dispositivo legal de regência, percebe-se que ele dispõe não poderem ser consideradas

para o fim colimado as contribuições recolhidas com atraso *referentes a competências anteriores*. As “competências anteriores” a que se reporta o ditame, com efeito, somente podem ser consideradas como aquelas anteriores a (re)filiação, até porque seria redundante o uso dessa expressão se a referência abarcasse toda e qualquer competência.

De fato, fosse essa a intenção do legislador, bastaria à norma ter consignado que não seriam consideradas para fins de carência as contribuições recolhidas com atraso, sem a utilização da expressão “referentes a competências anteriores”.

Pensar diferente, aliás, seria o mesmo que dizer que o segurado autônomo filiado ao RGPS somente poderia contar para fins de carência os recolhimentos pontualmente efetivados após sua filiação, mesmo que isso viesse a significar, por exemplo, o recolhimento de 380 contribuições mensais e sucessivas, na hipótese da concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição.

Claro está que essa regra não é aplicada com tal magnitude, porque desborda do razoável, por exemplo, que determinada contribuição recolhida a destempo há cerca de 5 ou 10 anos antes da aposentação não pudesse ser contada para fins de carência tão somente por conta da impontualidade detectada.

Não. A finalidade da norma, com efeito, destina-se a evitar que o segurado se filie de forma retroativa, procedendo ao recolhimento de competências anteriores ao momento em que de fato se dirigiu à autarquia previdenciária na busca de seu (re)ingresso ao RGPS.

Assim, considerando-se o segurado como participante do Regime a partir do momento em que ele de fato contribuiu pela primeira vez, a eventual impontualidade das prestações que se sucederam – para que ficasse mantida a qualidade de segurado – não impedem o seu cômputo para fins de carência.

Por essa razão é que as contribuições efetivadas em 24/09/2003, podem, sim, ser convalidadas como referentes aos meses de agosto e setembro daquele ano, como, aliás, admitido em primeira instância da esfera administrativa, razão pela qual merece reforma o julgado.

Em face do exposto, *rejeito* a preliminar de nulidade pela não-intimação do Autor quanto à incompetência do Juizado Especial Federal, e, no mérito, *dou*

parcial provimento à apelação para conceder a aposentadoria por invalidez ao segurado-apelante, a partir da data do requerimento administrativo, devendo os valores ser corrigidos monetariamente de acordo com o Manual de Cálculos da Justiça Federal, incidindo desde o momento em que cada prestação se tornou devida, e os juros de mora incidirem à taxa de 1% ao mês, a partir da citação, em relação às parcelas vencidas, e da data dos respectivos vencimentos no tocante às posteriores.

Honorários advocatícios arbitrados em 5% sobre o valor da condenação, incidindo sobre as parcelas vencidas até o momento da prolação do acórdão, de acordo com o previsto no § 3º do art. 20 do CPC e na nova redação da Súmula 111/STJ, nos moldes da jurisprudência deste Tribunal e do STJ.

Sem reembolso de custas, em razão de ter litigado o autor sob o pálio da justiça gratuita.

É o voto.

Terceira Turma

Recurso Criminal

2004.38.03.000754-7/MG

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo (convocado)

Recorrente: Justiça Pública

Procuradora: Dra. Anna Paula Coutinho de Barcelos Moreira

Recorrido: Sebastião Fernandes da Cruz

Defensor: Defensoria Publica da União

Divulgação: e-DJF1 de 06/11/2008

Publicação: 07/11/2008

Ementa

Penal. Processo Penal. Descaminho. Princípio da insignificância. Denúncia. Rejeição. CPP, art. 43, I. Novo entendimento do STF.

I – Na hipótese, foram encontradas com o denunciado mercadorias estrangeiras avaliadas pela Receita Federal em R\$ 1.110,00 (mil, cento e dez reais).

II - Não merece censura a decisão que rejeita a denúncia por atipicidade de conduta, visto que esta Turma vem entendendo que não se deve falar em crime de descaminho, em se tratando de posse de pequena quantidade de mercadorias estrangeiras, de reduzido valor, que por si só já indica inexistir lesão ao Fisco, de modo que autorize a movimentação do aparelho estatal encarregado da repressão. Precedente.

III – A Segunda Turma do STF concedeu ordem de *habeas corpus* para trancar ação penal, por ausência de justa, contra acusado pela suposta prática do crime de descaminho cuidando-se de tributo inferior, à R\$ 10.000,00, ao fundamento de que o art. 20 da Lei 10.522/2002, com redação dada pela Lei 11.033/2004, tem como parâmetro para o ajuizamento de execuções fiscais o limite de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) e, por conseguinte, não é admissível que uma conduta considerada irrelevante no âmbito administrativo o seja para o Direito Penal (HC 92438, fonte Informativo 516 do STF).

IV – Recurso desprovido.

Acórdão

Decide a 3ª Turma do TRF 1ª Região, por maioria, negar provimento ao recurso.

3ª Turma do TRF 1ª Região – 15/09/2008.

Desembargador Federal *Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo: — O Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra Sebastião Fernandes da Cruz, imputan-

do-lhe a prática do crime de descaminho descrito no art. 334, § 1º, c, do CP, por transportar em seu veículo mercadorias introduzidas irregularmente no País (fls. 87/89).

As mercadorias foram avaliadas pela Receita Federal em R\$ 1.110,00 (mil, cento e dez reais) (fls. 76/77).

O MM. Juiz Federal da Subseção Judiciária de Uberlândia/MG, Dr. Felini de Oliveira Wanderley, rejeitou a denúncia nos termos do art. 43, I, do CPP, por entender aplicável ao caso o princípio da insignificância.

Recorre o órgão acusador pugnando pela reforma do *decisum*, ao argumento de que não se aplica ao caso o princípio da insignificância, visto que a cota ultrapassa em muito a máxima permitida, e, segundo a jurisprudência mais recente do STJ, deve ser considerado o art. 18, § 1º, da Lei 10.522/2002, que cancela os débitos inscritos em Dívida Ativa da União, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 100,00 (cem reais) (fls. 91/105).

O recorrido, apesar de intimado, pessoalmente, não apresentou contra-razões (fl. 116).

Intimada, a Defensoria Pública da União pugna pelo prosseguimento do feito (fl. 133 v.).

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra da Procuradora Regional da República Dra. Adriana Costa Brockes, opina pelo provimento do recurso (fls. 120/127).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo: — Primeiramente, cumpre observar que foram encontradas com o denunciado mercadorias estrangeiras avaliadas pela Receita Federal em R\$ 1.110,00 (mil, cento e dez reais) (fls. 76/77).

De acordo com a teoria finalista da ação, adotada pelo nosso Código Penal, crime é um fato típico e antijurídico.

No entanto, por não bastar a simples subsunção do fato à norma, a doutrina e jurisprudência pátrias vêm mitigando o rigor do juízo de adequação ao qual

se submetem os fatos e abrindo espaço, em hipóteses excepcionais, para aplicação do princípio da insignificância que leva em conta a tipicidade material, trazendo para o conceito de tipo o conteúdo valorativo necessário à sua adaptação à citada teoria finalista. Sobre o tema ensina Francisco de Assis Toledo:

Segundo o princípio da insignificância, que se revela por inteiro pela sua própria denominação, o direito penal, por sua natureza fragmentária, só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatelas. Assim, no sistema penal brasileiro, por exemplo, o dano do art. 163 do Código Penal não deve ser qualquer lesão à coisa alheia, mas sim aquela que possa representar prejuízo de alguma significação para o proprietário da coisa; o descaminho do art. 334, § 1º, “d”, não será certamente a posse de pequena quantidade de produto estrangeiro, de valor reduzido, mas sim a de mercadoria cuja quantidade ou cujo valor indique lesão tributária, de certa expressão, para o Fisco; o peculato do art. 312 não pode estar dirigido para ninharias como a que vimos em um volumoso processo no qual se acusava antigo servidor público de ter cometido peculato consistente no desvio de algumas poucas amostras de amêndoas; a injúria, a difamação e a calúnia dos arts. 140, 139 e 138, devem igualmente restringir-se a fatos que realmente possam afetar significativamente a dignidade, a reputação, a honra, o que exclui ofensas tartamudeadas e sem conseqüências palpáveis; e assim por diante. (Princípios Básicos de Direito Penal, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 133.)

Verifica-se, portanto, que a doutrina e a jurisprudência têm aconselhado a não-aplicação de sanção penal quando o delito for de somenos importância, utilizando-se da teoria da insignificância social da violação da norma ou crime de bagatela.

No que se refere especificamente ao crime de descaminho, esta Turma vem entendendo que, diante da inexpressividade econômica de mercadorias apreendidas com denunciados, se rejeita a denúncia, não sendo aceitável que se mova a máquina judiciária para se subsumir uma conduta ao conceito de crime quando esta venha sendo socialmente aceita.

Nessa hipótese, o entendimento é de que se trata de uma mera infração administrativo-fiscal, sem repercussão no âmbito do direito penal, que, pelo seu caráter secundário, não deve ser chamada a punir condutas de pouca ou nenhuma lesividade ao bem jurídico protegido.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Tourinho Neto e Assusete Magalhães e o Exmo. Sr. Juiz Federal Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo (convocado).

Da análise dos autos verifica-se que, na hipótese, a quantidade e a espécie de mercadoria apreendida levam à aplicação daquela teoria, pois a lesão ao bem jurídico tutelado — o controle da entrada e da saída de mercadoria estrangeira em território nacional — não é significativa.

Nesse sentido decidiu esta Turma, *verbis*:

Processual penal. Recurso em sentido estrito. Descaminho. Princípio da insignificância. Aplicação. Criação e/ou incremento de riscos proibidos relevantes. Não comprovação.

1. A adequação material da tipicidade decorre da necessidade cada vez maior de se dar relevância ao caráter fragmentário do direito penal, afastando da incidência da *ultima ratio* situações que, por sua inexpressividade, não ofendam ou pouco ofendam os bens jurídicos tutelados pela norma penal.

2. Não cabe mais no direito penal somente o tradicional juízo lógico-formal de adequação das condutas típicas, devendo o magistrado analisar, concomitantemente, o aspecto material da conduta, para verificar se há produção ou incremento de riscos proibidos relevantes.

3. A despeito da orientação jurisprudencial que vem sendo seguida, inclusive por esta Corte, a reativação dos autos é apenas uma hipótese, e não uma certeza. A premissa de que o agente voltará a cometer a sonegação fiscal não encontra embasamento legal, porque o direito penal não opera com base em suposições, mas, sim, em fatos concretos.

4. A perda dos bens apreendidos é sanção suficiente a ser aplicada ao denunciado. Isso porque, na conformação contemporânea do Estado brasileiro, de natureza constitucional democrática de direito, o fundamento de proteção à dignidade humana, estatuído no art. 1º, inciso III, da Carta Política de 1988, espelho da evolução de nossa sociedade, impede a exorbitância/desproporcionalidade na aplicação do direito penal, mormente quando a situação em debate sequer demanda atuação no âmbito cível.

5. Se nem mesmo no Império, sob a égide do Código Criminal de 1830, quando não se ouvia falar em direitos humanos, o contrabandista sofria privação de liberdade, menos razão há no encarceramento para o descaminho, dado o momento atual.

6. Recurso em sentido estrito não provido.

(RCCR 2007.43.00.000572-8/TO, Rel. Desembargador Federal Tourinho Neto, Terceira Turma, e-DJF1 de 18/7/2008, p. 53.)

Vale ainda citar que, segundo o Informativo 516 do Supremo Tribunal Federal, a Segunda Turma daquela Corte, nos autos do *Habeas Corpus* 92.438, relatado pelo Ministro Joaquim Barbosa, em sessão de 19/08/2008, por unanimidade, deferiu a ordem para determinar, por ausência de justa causa, o trancamento de ação penal instaurada contra acusado pela suposta prática do crime de descaminho, ao fundamento de que o art. 20 da Lei 10.522/2002, com redação dada pela Lei 11.033/2004, tem como parâmetro para o ajuizamento de execuções fiscais o limite de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) e, por conseguinte, não é admissível que uma conduta considerada irrelevante no âmbito administrativo o seja para o Direito Penal, cuja atuação deve restringir-se aos casos de extrema necessidade para a tutela do bem jurídico protegido e, apenas, quando o amparo estabelecido por outros ramos do Direito revelar-se insuficiente.

Nesse contexto, tenho que não merece censura o despacho de rejeição da denúncia, que nada mais fez senão acompanhar o entendimento que prevalece nesta Turma, no sentido de que não se pode falar em descaminho, em se tratando de posse de pequena quantidade de mercadoria estrangeira, de reduzido valor, que por si só já indica inexistir lesão ao Fisco, de modo que autorize a movimentação do aparelho estatal encarregado da repressão.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso interposto para manter a decisão monocrática.

É como voto.

Voto Vogal Vencido

A Exma. Sra. Des. Federal Assuete Magalhães: — Senhor Presidente, tenho posição conhecida na Turma sobre o assunto. Tenho entendido, na esteira da jurisprudência da 2ª Seção deste Tribunal e também da jurisprudência pacificada no âmbito do egrégio STJ, que o art. 18, § 1º, da Lei 10.522/2002 considera, para fins de aplicação do princípio da insignificância, débito de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 100,00 (cem reais), já que valor dessa natureza leva à extinção do crédito. Por sua vez, o art. 20 da mesma Lei 10.522/2002 estabelece que, quanto aos débitos de valor igual ou inferior a R\$10.000,00 (dez mil reais), devem as execuções ser arquivadas, sem baixa, a permitir, na forma do

§ 1º do referido dispositivo legal, que este débito seja consolidado, juntamente com outros, para que se atinja valor superior a R\$10.000,00 (dez mil reais), a fim de que seja ele executado judicialmente.

No caso, o valor das mercadorias apreendidas é de R\$ 1.110,00 (um mil, cento e dez reais), pelo que o valor do tributo é superior a R\$ 100,00 (cem reais), não sendo o caso, assim, de extinção do crédito, na forma do art. 18, § 1º, da Lei 10.522/2002. É certo que jurisprudência recente, da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, entendeu de aplicar o princípio da insignificância, na hipótese do art. 20 da Lei 10.522/2002. Entretanto,

penso mais prudente, diante da jurisprudência já consolidada na 2ª Seção deste Tribunal e também no STJ, que se aguarde, para alteração desse posicionamento, a manifestação de ambas as Turmas do Pretório Excelso sobre a matéria ou de seu Plenário.

Assim, pedindo a mais respeitosa vênua ao eminente Relator, mas, na esteira do entendimento que venho manifestando em casos análogos, e protestando pela juntada de voto sobre o assunto (RSE 2005.38.02.003700-8/MG), dou provimento ao recurso em sentido estrito, para receber a denúncia, prosseguindo-se no processo, como de direito.

Apelação Criminal

2007.34.00.015658-0/DF

Relatora: A Exma. Sra. Des. Federal Assusete Magalhães

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal Reynaldo Soares da Fonseca (convocado)

Apelante: Três Editorial Ltda.

Advogados: Dr. Luciano Brasileiro de Oliveira e outros

Apelado: Antonio de Pádua Ribeiro

Advogados: Dr. Marco Antonio Mundim e outros

Divulgação: e-DJF1 de 11/12/2008

Publicação: 12/12/2008

Ementa

Lei de imprensa. Manchete ofensiva, que não condiz com o corpo da matéria jornalística. Imagem e texto. Direito de resposta reconhecido. Apelação improvida.

I – Nos termos do art. 29 da Lei 5.250/1967, “Toda pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade pública, que for acusado ou *ofendido em publicação feita em jornal ou periódico*, ou em transmissão de radiodifusão, ou a cujo respeito os meios de informação e divulgação veicularem fato inverídico, ou errôneo, *tem direito a resposta* ou retificação” (grifei).

II – Verifica-se, portanto, que o referido direito não é conferido apenas às pessoas que são acusadas pelos meios de comunicação mediante veiculação de fato inverídico ou errôneo, e nem se destina apenas à retificação da informação. O legislador garantiu o direito de resposta também aos ofendidos pelos meios de comunicação social.

III – No caso, o fato inverídico ou errôneo, hábil a conferir o direito de resposta postulado, não se encontra no texto da matéria jornalística, mas na publicação de uma fotografia de página inteira do autor do pedido, ora recorrido, propositalmente sombreada, escurecida na parte das mãos, como se elas estivessem sujas, envergando vestes talares, sobre as quais se encontra escrito, em letras garrafais, como título, “Corregedor sob *suspeita*”, com a palavra “suspeita” em caixa alta, quando o texto informa que a suspeição recaía sobre um funcionário do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios e um servidor que ocupava a Chefia de Gabinete da autoridade judicial.

IV – O fato de a apelante ter oferecido ao recorrido espaço para a sua defesa nas edições subseqüentes do periódico, no qual ela própria decotou da resposta o que não lhe interessava publicar, não atende à finalidade da legislação de regência, que procurou conferir um mínimo de equilíbrio entre os meios de comunicação e as pessoas por eles expostas com inverdades, erros ou equívocos. Admitir censura prévia e absoluta à resposta, pelo próprio

veículo de comunicação agressor da dignidade e da honra, é fugir da finalidade da norma. Inteligência do art. 5º, incisos V e XXXV, da Carta Magna Nacional e dos arts. 29 e 34 da Lei 5250/1967.

V – Apelação improvida.

Acórdão

Decide a Turma negar provimento à apelação, por unanimidade.

3ª Turma do TRF 1ª Região – 11/11/2008.

Juiz Federal *Reynaldo Soares da Fonseca*, Relator convado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal *Reynaldo Soares da Fonseca*: — Trata-se de apelação interposta por Três Editorial Ltda. contra sentença proferida pelo ilustre Juízo Federal da 12ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, que, nos autos do Pedido de Resposta 2007.34.00.015658-0/DF, julgou procedente a pretensão deduzida pelo ora apelado e determinou à apelante “*que proceda à publicação integral da resposta à matéria intitulada ‘Corregedor sob suspeita’, da edição n. 1957, no mesmo espaço de duas páginas do referido periódico (Revista Isto É), com o mesmo destaque dado à matéria original, na edição imediatamente posterior à intimação do presente decisum*” (fl. 145).

Sustenta a recorrente que a r. sentença há que ser modificada integralmente, pelas razões expostas na sua apelação (fls. 299/307), que, em síntese, são:

– A omissão do MM. Juízo *a quo* em relação às ofensas contidas no texto de resposta pretendido pelo recorrido, de modo que se possa fazer uma criteriosa análise sobre o cabimento ou não do direito de resposta, cuja finalidade primordial é justamente a recomposição da verdade dos fatos;

– Se não houve análise da veracidade dos fatos da reportagem, tampouco do conteúdo do texto-resposta, não há que se falar em publicação da resposta para retificação da reportagem;

– A inexistência de fato inverídico ou errôneo que tenha causado ofensa à imagem e à honra dos autores, conforme pontualmente contestado;

– Que a recorrida ofereceu ao recorrido espaço para a sua defesa nas edições da revista Isto É ns. 1958 e 1960.

No mais, a não aplicação de multa, tampouco abertura de inquérito policial, tendo em vista a nulidade de intimação da sentença de embargos de declaração (fl. 307).

Não obstante pedido expresso da recorrente, no sentido de que a apelação fosse recebida também no efeito suspensivo, sob o argumento de que a publicação antecipada da resposta causaria dano irreparável à demandada (fl. 299), o ilustre Juízo *a quo*, após o cumprimento do comando sentencial, recebeu a referida apelação “*somente no efeito devolutivo*” (fl. 318), por força no disposto no § 7º do art. 32 da Lei 5.520/1967; revogou a multa aplicada, considerando que “*seus efeitos inibitórios foram plenamente alcançados*” (fl. 318); e deixou de receber o agravo retido interposto contra a elevação da referida multa diária de R\$ 1.000,00 para R\$ 5.000,00 (fl. 318).

Contra-razões apresentadas, pela manutenção da sentença (fls. 320/326).

A PRR/1ª Região, em parecer lavrado pelo ilustrado Procurador Regional da República, Dr. José Alves Paulino, manifestou-se pelo provimento do recurso (fls. 334/339), sob o fundamento de que “*Ainda que o recorrido tenha o direito de responder aos fatos contidos na matéria atacada, esse direito não se estende ao uso de expressões difamatórias e injuriosas em relação à referida Revista, posto que não é essa a finalidade do direito de resposta*” (fl. 339).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal *Reynaldo Soares da Fonseca*: — Como se viu do relatório, trata-se de ape-

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Cândido Ribeiro e Olindo Menezes e o Exmo. Sr. Juiz Federal Reynaldo Soares da Fonseca (convocado).

lação interposta por Três Editorial Ltda contra sentença proferida pelo ilustre Juízo Federal da 12ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, que, nos autos do Pedido de Resposta 2007.34.00.015658-0/DF, julgou procedente a pretensão deduzida pelo ora apelado e determinou à apelante “*que proceda à publicação integral da resposta à matéria intitulada ‘Corregedor sob SUSPEITA’; da edição n. 1957, no mesmo espaço de duas páginas do referido periódico (Revista Isto É), com o mesmo destaque dado à matéria original, na edição imediatamente posterior à intimação do presente decissum*” (fl. 145).

Penso que a r. sentença merece ser mantida pelos seus próprios fundamentos, *verbis*:

Vistos, etc.

Antônio de Pádua Ribeiro, Ministro do Superior Tribunal de Justiça e Ministro-Corregedor do Conselho Nacional de Justiça, ofereceu representação em face da Três Editorial Três Ltda, responsável pela publicação da Revista Isto É, pleiteando direito de reposta atinente à reportagem intitulada “corregedor sob suspeita”, veiculada na edição nº 1957, de maio de 2007, entendendo conter afirmações que consubstanciam crimes de calúnia, difamação e injúria.

Requer, a final, a intimação da Revista Isto É para fazer publicar, na íntegra e com o mesmo destaque, a resposta oferecida (fls. 3/4).

2. A requerida contestou o pedido, aduzindo que a reportagem original ateu-se a fatos de interesse público e constantes de investigação levada a efeito pela Polícia Federal, cujo intento foi o de exclusivamente informar seus leitores. Afirmou, mais, que o teor da resposta oferecida pelo Autor não foi integralmente publicado na edição nº 1958, por “ofender o veículo de informação” e denegrir a imagem da Revista Isto É. Esclarece, por fim, que a “Nota do STJ” sobre a reportagem, constante da resposta pretendida, foi publicada na íntegra na edição nº 1960, de 23 de maio (fls. 118/139).

3. Autos conclusos em 30/05/2007, durante inspeção ordinária anual desta Vara Federal.

Esse o relatório.

II

Decido

4. O pedido de direito de resposta tem por escopo a matéria “Corregedor sob suspeita” (escrito desta forma), publicada na Revista Isto É (fl. 21, verso e 22 dos autos), com os seguintes destaques: “Conversa gravada pela Polícia Civil de Brasília mostra que genro do ministro Pádua intermedia-

va a venda de sentenças judiciais”, “Defesa Pádua Ribeiro nega acusações e diz que atingidos pela Operação Furacão querem prejudicá-lo”, “Exclusivo” e, ainda, “Passaram uma graninha para o genro do ministro”.

As expressões precedentemente referidas, tiradas da matéria publicada, referem-se a conversas telefônicas gravadas durante investigação policial, cujo conteúdo, desenvolvido no corpo da publicação, alude ao envolvimento do Chefe de Gabinete do Ministro no suposto recebimento de propina para influenciar em decisões judiciais.

5. Chama a atenção a fotografia de página inteira do magistrado, nitidamente sombreada (veja-se que o brilho da face é consideravelmente mais intenso que o das mãos), envergando vestes talares ao fundo da insígnia “SUSPEITO”, em letras garrafas, muito embora o conteúdo da matéria veiculada não lance suspeição alguma sobre ele, ao menos diretamente.

A imagem do Ministro, pura e simples, basta para afiançar o excesso com que se o houve o repórter Rodrigo Rangel, que assina a publicação, cujo chamativo tende a malferir o decoro e a honorabilidade de ocupante de alta função da República, embora, repito, não houvesse, como não houve, qualquer fundamento para tanto.

6. Muito oportuna a Nota Oficial do Colégio Permanente de Presidentes de Tribunais de Justiça, divulgada ainda ontem, 31 de maio, em que verbera-se o repúdio de todo o Poder Judiciário aos achaques que parcela da imprensa, minoritária, diga-se, lança sobre personalidades públicas a partir de meras suposições encontradas em investigações policiais aqui e acolá. Trecho da Nota diz: “as versões, divulgadas pelos meios de comunicação, alimentam a perigosa conclusão de que nossos homens públicos são todos iguais, com grave erro de avaliação”. É o que parece ter ocorrido no caso presente.

7. A ofensa da publicação e as conseqüências que dela advêm, considerada a imensidão de leitores, não se atenuam pelo conteúdo material da reportagem, que na contramão da sua manchete chega a afirmar que “O ministro o afastou ao saber das gravações”, referindo-se a Cícero Celso de Souza, então Chefe de Gabinete do Autor, bem como que “A seu favor, o ministro argumenta que não chegou a decidir no processo” (grifos no original), fazendo alusão ao processo de que trataria a denúncia publicada.

Ora, a própria notícia desdiz qualquer suspeição do “ministro Pádua”, como o trata, no episódio em que um servidor do STJ estaria negociando decisões judiciais ao telefone e que serviu para im-

primir, sobre a fotografia do Ministro, o malsinado título “Corregedor sob *suspeita*”, circunstância que robustece o despropósito e excesso da matéria jornalística.

8. A resposta que o Autor encaminhou à Editora no mesmo dia da publicação, tem o seguinte conteúdo, *in verbis*:

“1. A má-fé da notícia fica evidente a partir do *patente descompasso entre o título e o corpo da matéria. Em nenhum momento há qualquer ligação que induza à suspeição do atual Corregedor Nacional de Justiça*, com quase 50 anos de ilibada trajetória no serviço público. (grifei)

2. O caráter de ‘matéria encomendada’ se torna incontestável a partir do momento em que a autoridade citada nesse verdadeiro ‘release’ se comprometeu a oferecer toda a documentação sobre o assunto, oferta não aceita pelo dito jornalista que já estava com a matéria fechada.

3. De alguém que se apresenta como jornalista de uma Revista que já teve uma trajetória de seriedade, honradez, coragem e combatividade como essa, era de esperar-se que não se prestasse a esse triste papel, de escrevinhador de ‘releases’ repassados por pessoas interessadas em misturar pessoas íntegras com aquelas que transitam pelos caminhos sombrios que levam a práticas ilícitas.

4. Todos os pontos da malsinada matéria foram abordados pela pormenorizada Nota divulgada no site do Superior Tribunal de Justiça, integrante desta resposta, na qual se demonstrou, à saciedade, a má-fé, a tendenciosidade, a parcialidade, a falta de critério jornalístico da publicação, nada mais sendo necessário acrescentar, a não ser deplorar o infeliz e irresponsável sensacionalismo que dá espaço a um procedimento tão mesquinho.

Eis a íntegra da Nota do STJ...” (fl. 60).

A Editora da Revista Isto É, na edição seguinte (n.1958), publicou, na matéria “justiça no banco dos réus”, em destaque que não ocupou sequer um quarto de página, “a defesa do corregedor” (fls. 76/77 dos autos), nos seguintes termos:

“No domingo 29, o ministro Antônio de Pádua Ribeiro, corregedor do Conselho Nacional de Justiça, respondeu ao teor de gravações trazidas a público na última edição de Isto É e o STJ emitiu nota em apoio ao ministro. Nas escutas, o então chefe de gabinete de Pádua, Cícero de Sousa, tratava do futuro de um processo que estava a cargo do ministro. Do outro lado da linha, um homem suspeito de negociar sentenças, Hélio Ortiz “Trata-se de conversas mafiosas, de criminosos que discutiam uma sentença que eu não proferi. Essas denúncias não têm nenhuma consistência”, disse o ministro.

Pádua Ribeiro assegura que tomou as providências necessárias tão logo soube das gravações: afastou o funcionário, que foi punido administrativamente, com suspensão temporária. Nas gravações, Sousa e Ortiz envolviam na trama o nome do genro do ministro, o advogado Gabriel Portella, que até admite ter sido procurado pela dupla, mas nega que tenha participado de qualquer tentativa de facilitar o andamento do processo. ‘Acabei sendo usado naquela situação’, afirma Portella. ‘E as mesmas gravações mostram que não participei de nenhum esquema’. O caso está sob investigação da Procuradoria da República em Brasília.”

9. Em contestação, notícia a Editora que a Nota do STJ sobre a primeira reportagem (publicada na edição n° 1957), foi publicada na íntegra na edição n° 1960, de 23 de maio último (cópia à fl. 136), esclarecendo, ademais, que deixou de publicar a resposta que lhe foi encaminhada pelo Autor por “ofender o veículo de informação” e denegrir a imagem da Revista Isto É, julgamento que não fez ao publicar, na edição antepassada, a matéria que sobre a qual busca-se o direito de resposta.

O direito de contestar os fatos livremente divulgados pela imprensa é inerente ao Estado democrático, fulcrado na dignidade da pessoa humana. A parcialidade tendenciosa dos meios de comunicação manipula as massas e gera um estado de caos que contraria o interesse público maior e se afasta do caráter precípua de viabilizar o direito à informação.

Nesse sentido, por certo, bem saberão os mesmos leitores alvos da Revista Isto É discernir entre o exercício do direito de resposta do Autor, a quem se atribuiu a pecha de “suspeito”, e a responsabilidade e confiança do citado periódico. A ilação de que os termos da resposta são ofensivos à Editora, não se me afigura suficiente a impedir a publicação, com o mesmo destaque, cujas conclusões caberão, exclusivamente, aos leitores, assim como ocorreu na matéria primeira.

10. Destarte, para que se resguardem os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da liberdade de pensamento e de imprensa, da moralidade e do interesse público, tenho por bem assegurar o direito de resposta vindicado, cujo exercício importa em determinar à Três Editorial – Revista Isto É, a publicação, em duas páginas inteiras do próximo número editado, *com o mesmo destaque* dado à matéria objurgada, a resposta que vê às fls. 60/61 dos autos, da lavra do Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, referido na reportagem.

III

11. Por todo o exposto, julgo procedente a pretensão deduzida pelo Autor e determino à Três

Editorial Três Ltda. – Revista Isto É, que proceda à publicação integral da resposta à matéria intitulada “Corregedor sob *suspeita*”, da edição n. 1957, no mesmo espaço de duas páginas do referido periódico, com o mesmo destaque dado à matéria original, na edição imediatamente posterior à intimação do presente *decisum*.

Adverta-se que o desatendimento ensejará a aplicação das sanções legais, inclusive pelo crime de desobediência, de responsabilidade pessoal do editor/jornalista que assina a matéria.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Brasília, 1º de junho de 2007 (fls. 141/145).

Com efeito, embora a recorrente sustente a inexistência de fato inverídico ou errôneo, que tenha causado ofensa à imagem e à honra do apelado, suscetível de conferir o direito de resposta, previsto no art. 29 da Lei 5.250/1967, não há como negar, como muito bem registrou o ilustre Juízo *a quo*, que a fotografia de página inteira do autor do pedido, propositalmente sombreada, escurecida na parte das mãos, como se elas estivessem sujas, envergando vestes talares, sobre as quais se encontra escrito, em letras garrafais, “*Corregedor sob suspeita*” (fl. 21v), com a palavra “*suspeita*” em caixa alta, é suficiente para caracterizar o excesso e a intenção da publicação.

De fato, apesar de o conteúdo da matéria veiculada não lançar suspeição alguma sobre o autor do pedido de resposta, ora apelado, pelo menos de forma direta, até porque as conversas “*suspeitas*”, que, ao que consta, não tiveram sua autenticidade sequer confirmadas, ocorreram entre um funcionário do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios e um funcionário que ocupava a Chefia de Gabinete de Ministro do Superior Tribunal de Justiça, o título da matéria, indiscutivelmente, apontou o ora apelado como “*suspeito*”, não havendo como desconsiderar a existência de ofensa à imagem e à honra do autor do pedido de resposta, sem que houvesse um mínimo de fundamento para tanto.

Na verdade, consoante se vê do relatório, a ofensa “de suspeição”, explicitamente dirigida ao Ministro Pádua Ribeiro, que foi Coordenador-Geral da Justiça Federal, Presidente do Superior Tribunal de Justiça e Corregedor Nacional da Justiça Brasileira no novo Órgão de Controle do Judiciário Nacional (CNJ), colocou em dúvida a respeitabilidade do próprio Estado-Juiz, tanto que o colendo STJ e o Colégio de Presidentes

dos Tribunais de Justiça expediram, na ocasião, *notas* rechaçando tal notícia inverídica, na medida em que o referido Corregedor Nacional jamais esteve “sob suspeição” ou mesmo “investigado”.

Nos termos do art. 29 da Lei 5.250/1967, “Toda pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade pública, que for acusado ou *ofendido em publicação feita em jornal ou periódico*, ou em transmissão de radiodifusão, ou a cujo respeito os meios de informação e divulgação veicularem fato inverídico, ou errôneo, *tem direito a resposta* ou retificação” (grifei).

Verifica-se, portanto, que o referido direito não é conferido apenas às pessoas que são acusadas pelos meios de comunicação mediante veiculação de fato inverídico ou errôneo, e nem se destina apenas à retificação da informação. De fato, o legislador garantiu o direito de resposta também aos ofendidos, razão pela qual, na minha maneira de ver, outra não poderia ser a solução dada ao caso em exame.

Dessa forma, não merece prosperar a tese defendida pela recorrente, no sentido de que a finalidade primordial do direito de resposta é a recomposição da verdade dos fatos, restrita apenas à análise do texto da reportagem, sem considerar o contexto em que a matéria jornalística encontra-se inserida. O fato revelado na matéria jornalística, no texto, até “*pode ser verdadeiro*”, como afirma a recorrente, mas o título dado a essa mesma matéria é manifestamente inverídico e ofensivo, porque *transfere, de forma irresponsável, a suspeita para quem não está sob suspeita, denegrindo, desnecessariamente, a sua imagem*.

No caso, como já dito, o fato inverídico ou errôneo, hábil a conferir o direito de resposta postulado, não se encontra no texto da matéria jornalística, mas na publicação de uma fotografia de página inteira do autor do pedido, propositalmente sombreada, escurecida na parte das mãos, como se elas estivessem sujas, envergando vestes talares, sobre as quais se encontra escrito, em letras garrafais, como título, “*Corregedor sob suspeita*” (fl. 21v), com a palavra “*suspeita*” em caixa alta, quando o texto informa que a suspeição recaía sobre um funcionário do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios e um servidor que ocupava a Chefia de Gabinete da autoridade judicial ofendida.

Por sua vez, o fato de a apelante ter oferecido ao recorrido espaço para a sua defesa nas edições da referida revista (Isto É) ns. 1958 e 1960, no qual ela própria

decoitou da resposta o que não lhe interessava publicar, não atende à finalidade da legislação de regência, que procurou conferir um mínimo de equilíbrio entre os meios de comunicação e as pessoas por eles expostas com inverdades ou erros. Nesse diapasão, admitir censura à resposta, pelo próprio veículo de comunicação agressor da dignidade e da honra, é fugir da finalidade da norma.

No ponto, como bem registrou a recorrente nas razões de seu apelo, citando o professor Gilberto Haddad Jabur, na obra *Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada*, Editora Revista dos Tribunais, 1ª ed., pág. 223, “*O direito de resposta é a contrapartida natural à liberdade de imprensa. Sua função é tentar manter o equilíbrio entre o poder sempre crescente dos meios de comunicação e o pronto e eficaz restabelecimento da verdade, omitida ou comprometida pelo veículo de comunicação social. É meio de desagravo, idôneo e hábil, a fim de que a pessoa física ou jurídica não fique inerte, impossibilitada de restaurar a verdade*” (fl. 303).

Aliás, esta Turma, em recentíssimo julgamento (Sessão do dia 14/10/2008), examinando situação análoga (ACr 2005.30.00.001200-9-AC), envolvendo jornalista do Jornal “Segunda-Feira” e Membros do Ministério Público Federal, reconheceu, à unanimidade, que a simples manchete ofensiva (“Cúmplices da Bandalheira”) já constituía o crime de injúria (Lei 5.250/1967, art. 22) cometido pelo proprietário e dirigente do aludido Jornal contra os Procuradores da República ofendidos e que atuavam, à época, no Estado do Acre, razão pela qual manteve, inclusive, a condenação do réu em 8 (oito) meses de detenção, com possibilidade de substituição da referida pena privativa de liberdade, por multa de 8 (oito) salários mínimos, nos termos do art. 43, § 2º, do CP. A propósito, vale a pena conferir trechos do douto voto do eminente Relator, Des. Federal Tourinho Neto, que, com clareza meridiana, aborda o assunto:

... Com efeito, o recorrente publicou no Jornal “Segunda-Feira” a matéria intitulada “Cúmplices da Bandalheira”, criticando a atuação do Ministério Público Federal, em especial de dois de seus membros do Estado do Acre.

Diz o recorrente que seu objetivo, ao publicar a matéria, era tão-somente, informar ao público acerca de alguns acontecimentos ocorridos no Estado do Acre. Entretanto, sua reportagem não deixou de atacar os membros do Ministério Público.

(...)

Ao afirmar, em juízo, que “nunca viu membros do Ministério Público Federal agirem de forma tão comprometedoras com o Estado” e ao dar à reportagem o título: “Cúmplices da Bandalheira”, demonstra o jornalista/apelante a sua opinião em relação aos Procuradores. E ao analisar esta questão, o juiz *a quo* acertadamente disse que (fls. 345/346):

“É que o título por ele atribuído à matéria jornalística demonstra, claramente, sua intenção de ofender a honra subjetiva dos Procuradores da República. Não se satisfaz o réu em elaborar manchete relativa à matéria (representação do ex-deputado contra os Procuradores); quis também ofendê-los, afirmando serem eles cúmplices de suposta bandalheira. Não se há de olvidar que se tal imputação é extremamente grave em situações ordinárias, quanto mais quando veiculada pela imprensa contra membros de uma instituição, cujo dever constitucional é zelar pelo interesse social.”

Logo, dúvidas não há quanto à intenção de ofender os Procuradores, incorrendo, deste modo, nas sanções do art. 22 da Lei 5.250/67.

O professor Paulo José da Costa Jr. conceitua o crime de injúria como (*in* Código Penal Comentado, 8ª edição, São Paulo: DPJ Editora, 2005, p. 437):

“Injúria é a palavra ou gesto ultrajante com que o agente ofende o sentimento de dignidade da vítima”. “Uma manifestação de desrespeito e desprezo, um juízo de valor depreciativo capaz de ofender a honra da vítima no seu aspecto subjetivo”.

Não se trata mais, como na difamação, de procurar atingir a honra exterior da vítima, a reputação e conceito de que goza no seio da comunidade. Trata-se, sim, de ofender a dignidade e o decoro (honra subjetiva, interior).

A diferença entre dignidade e decoro é ténue. A dignidade “é empregada em sentido estrito, isto é, como indicativa apenas das qualidades morais”. “O decoro diz respeito à demais qualidades e condições que concorrem para constituir o valor social do indivíduo”. Se alguém chamar o outro de ladrão, estará ofendendo a sua dignidade. Se disser imbecil, estará atingindo o seu decoro.

Existe um decoro físico e outro moral. Ambos podem ser ofendidos na injúria. Quando se disser a alguém “impotente”, “tuberculoso”, estaremos atingindo seu decoro físico. Chamá-lo de “imbecil”, de “cretino”, equivale agredir-lhe o patrimônio moral.

Distingue-se a difamação da injúria porque, na primeira, a ofensa se faz à reputação (honra objetiva); na segunda, à dignidade e ao decoro (honra subjetiva). No direito italiano, afóra essa diferença,

existe uma outra: a injúria realiza-se na presença do ofendido; a difamação, na sua ausência.

Ao proferir palavras vulgares e ofensivas à honra subjetiva da vítima, o recorrente praticou o delitivo de injúria.

Na espécie, as afirmações referentes aos procuradores, contidas na reportagem, atingiram a honra subjetiva dos membros do *Parquet* Federal, pois levou os leitores a crerem que estes estariam “macunados ou fazendo vista grossa” com as possíveis irregularidades acontecidas no Estado do Acre. Além do mais, os termos pejorativos atribuídos a um dos procuradores (papagaio de pirata) denigrem a imagem deste.

É evidente que a reputação dos representantes do *Parquet* Federal do Estado do Acre foi atacada e a publicação das ofensas, tornadas conhecidas da população, consoma o delito.

Embora o recorrente negue seu *animus injuriandi*, este está claro, tendo em vista que as afirmações proferidas pelo apelante foram amplamente divulgadas. E como bem observou o Representante do Ministério Público Federal (fls. 390/390v):

Ao consignar no jornal Segunda-Feira a manchete “Cumplices da Bandalheira”, o apelante publicou palavras ofensivas à honra das vítimas ao considerá-las participantes de atos delituosos que sabia não terem se envolvido, pois o réu tinha conhecimento do arquivamento pela Corregedoria-Geral do MPF da Representação feita pelo deputado João Correia contra os Procuradores da República ora vitimados.

(...)

Não há, pois, como negar a autoria do delito.

No que tange à materialidade do crime, restou demonstrada pela juntada aos autos do jornal consignando a manchete atingindo a honra das vítimas.

Na hipótese vertente, o próprio representante do MPF, oficiante nesta instância reconhece que “em relação à matéria atacada pelo recorrido, publicada na edição 1.957, datada de 02/05/2007, não se faz necessária muitas observações para conhecer os infelizes comentários inseridos, o que de fato gerou uma dúvida acerca da conduta do recorrido.”

Em suma: a) o direito de resposta não é conferido apenas às pessoas que são acusadas pelos meios de comunicação mediante veiculação de fato inverídico ou errôneo, e nem se destina apenas à retificação da informação. O legislador garantiu o direito de resposta também aos ofendidos pelos meios de comunicação social.

b) na hipótese vertente, o fato inverídico ou errôneo, hábil a conferir o direito de resposta postulado, não se encontra no texto da matéria jornalística, mas na publicação de uma fotografia de página inteira do autor do pedido, ora recorrido, propositalmente sombreada, escurecida na parte das mãos, como se elas estivessem sujas, envergando vestes talares, sobre as quais se encontra escrito, em letras garrafais, como título, “Corregedor sob *suspeita*”, com a palavra “suspeita” em caixa alta, quando o texto informa que a suspeição recaía sobre um funcionário do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios e um funcionário que ocupava a Chefia de Gabinete da autoridade judicial. c) O fato de a apelante ter oferecido ao recorrido espaço para a sua defesa nas edições subseqüentes do periódico, no qual ela própria decotou da resposta o que não lhe interessava publicar, não atende à finalidade da legislação de regência, que procurou conferir um mínimo de equilíbrio entre os meios de comunicação e as pessoas por eles expostas com inverdades, erros ou equívocos. Admitir censura à resposta, pelo próprio veículo de comunicação agressor da dignidade e da honra, mesmo depois que o Estado-Juiz reconheceu o direito de resposta e determinou a publicação integral da nota juntada aos autos, é fugir da finalidade da norma. O art. 34 da Lei 5.250/1967 não confere, em tais circunstâncias (direito de resposta), à Imprensa “controle absoluto” sobre “o que deseja e quer escrever”. Tal exame é realizado, em última análise, pelo Estado-Juiz, por imperativo constitucional (CF/1988, art. 5º; XXXV).

Nessa perspectiva, a prevalecer a tese da “censura prévia e absoluta” do órgão de Imprensa sobre o chamado “direito de resposta”, poder-se-ia cogitar, em tese, de igual censura prévia à matéria jornalística originária, o que é inadmissível no Estado Democrático de Direito.

De qualquer forma, a resposta ofertada pelo ofendido e publicada em razão do Decreto sentencial foi proporcional à ofensa grave recebida pelo eminente Ministro Pádua Ribeiro (edição 1957), hoje aposentado, que exerceu, à época, o cargo máximo de controle da magistratura nacional. Afirmar, em *manchete*, sem a mínima prova indiciária e sem a abertura de procedimento pelo Órgão Competente (STF, no âmbito penal; STJ, na área disciplinar), que o “corregedor está sob *suspeita*” é ofender gravemente a imagem de Sua Excelência e do próprio Poder Judiciário, ainda mais se o corpo da matéria jornalística correspondente não

revela qualquer elemento de suspeição do ofendido. Não houve, *in casu*, portanto, o alegado excesso do recorrido; existiu, na realidade, o exercício do direito de resposta, na mesma proporção das agressões sofridas na matéria ofensiva.

O exercício da democracia e a liberdade de imprensa, valores consagrados no ordenamento jurídico pátrio, não dispensam, de forma alguma, o princípio da responsabilidade e o respeito às autoridades e aos poderes constituídos do Estado Democrático de Direito. Recorde-se, uma vez mais, o comando constitucional pertinente (CF/1988, art. 5º, V): “*é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral e à imagem*”

Aliás, apenas para registro, observo que, ao invés de a “Revista Isto É” publicar a resposta do Min. Pádua Ribeiro em duas folhas, a fim de guardar correspondência com a matéria originária (edição n. 1957, p. 32 e 33), resolveu a apelante cumprir o comando sentencial ora em exame em apenas 1 folha, colocando ao seu lado uma propaganda de cerveja — edição n. 1966, p.43 (recorde-se, no tópico, que a matéria originária girava em torno de suposto feito que tramitava no egrégio STJ, envolvendo filial da AmBev). Tal fato, todavia, não está em discussão.

No mais, publicada a resposta oferecida pelo ora apelado (edição n. 1966, de 04/07/2007, p. 42), prejudicadas ficaram a multa diária, aplicada em caso de descumprimento do decisum, e a eventual abertura de inquérito policial para apurar crime de desobediência.

De igual forma, a alegação de nulidade da intimação da sentença dos embargos está manifestamente superada, uma vez que a apelação interposta pela editora recorrente foi considerada tempestiva, tendo sido regularmente recebida, na instância primeira, e examinada, de forma ampla, nesta oportunidade.

Pelo exposto, nego provimento à apelação, mantendo a doutra sentença recorrida. O aspecto da multa inicialmente fixada restou, como visto, prejudicado

É como voto.

Quarta Turma

Apelação Criminal

2004.32.00.007832-8/AM

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro

Apelante: Claudeci Brito Honorato

Apelante: João Freire da Cunha Neto

Apelante: Jonas Chaves Boaventura

Apelante: Leovegildo Soares

Apelante: Rosa Maria Ferreira da Cunha

Advogada: Dra. Sandra Nazaré Dias Barreto

Apelada: Justiça Pública

Divulgação: *e-DJF1* 11/11/2008

Publicação: 12/11/2008

Ementa

Penal. Processual Penal. Interceptação telefônica. Autorização judicial. Lei 9.296/1996. Sigilo. Ação penal. "operação zaqueu". Prova emprestada. Procedimento administrativo disciplinar.

I – Realizada a interceptação telefônica com autorização judicial, para fins de produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, violou-se a intimidade dos interlocutores de maneira *lícita*.

II – Os dados assim obtidos podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidas.

Acórdão

Decide a Quarta Turma do TRF 1ª Região, por unanimidade, negar provimento ao recurso de apelação, nos termos do voto do Sr. Relator.

4ª Turma do TRF 1ª Região – 20/10/2008.

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro: — Trata-se de recurso de apelação interposto por Claudeci Brito Honorato e outros contra decisão proferida pelo MM. Juiz Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Amazonas, que deferiu pedido formulado pela União Federal para “*autorizar a extensão da quebra do sigilo telefônico dos Auditores Fiscais do Trabalho denunciados em face da Operação Zaqueu aos processos administrativos disciplinares, a fim de que as comissões de inquérito tenham livre acesso aos elementos colhidos*

através de extratos telefônicos e dos autos circunstanciados de interceptações telefônicas, garantindo-lhes os meios instrumentais adequados à efetividade dos trabalhos apuratórios” (fl. 7).

Sustentam os recorrentes, em síntese, que tal autorização “*fere os mais sagrados cânones constitucional e infraconstitucional que regem a matéria, resultando em prejuízo irreparável aos requerentes, que em função de tal decisão, foram alcançados pelo indiciamento no processo disciplinar, já com alguns*

demitidos e outros bem perto disso, tudo em função da prova emprestada das interceptações que esteou e supesou o Relatório Final da Comissão Processante” (cf. fls. 59/66).

Subiram os autos a esta Corte onde receberam as contra-razões (fls. 88/94) e o parecer ministerial pelo não provimento do recurso (fls. 99/106).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro: —
Tem a r. decisão recorrida o seguinte teor, *verbis*:

Os procedimentos disciplinares, em sentido genérico, visam a dois objetivos básicos: a apuração de transgressão disciplinar e servir como embasamento legal à lavratura do correspondente ato sancionador. Todavia, para a concretização desse primeiro desiderado faz-se mister que os membros de comissão disciplinar responsáveis pela apuração dos acontecimentos não se limitem a, tão-somente, se convencerem a respeito da cogitada infração funcional, como também instruir tais procedimentos com meios probatórios eficazes de convicção para a autoridade possuidora do poder disciplinar que julgará o caso investigado.

Ressalte-se que o comprometimento dos encarregados dessas investigações é com a verdade real dos fatos, sejam eles absolutórios ou condenatórios.

Na apuração de transgressões funcionais, podem ser utilizados todos os meios de prova admitidos em direito, compreendendo evidentemente os moralmente legítimos, ainda que não estejam expressamente especificados em lei.

(...)

É bem verdade que os trabalhos visando buscar a verdade sofrem tão-somente as restrições que promanam do estatuto da liberdade do cidadão (direitos e garantias sob o resguardo de dispositivos constitucionais e infraconstitucionais) e das disposições legais e sociais que resguardam os bons costumes e a moral.

Como é sabido, a processualística disciplinar é regida pelas normas que lhe são pertinentes e por diversos princípios que a informam como, v.g., os

princípios da legalidade objetiva e o da verdade material.

Consoante se infere da leitura das peças produzidas até então, em especial dos documentos coligidos por via da quebra do sigilo telefônico aludido na peça juntada pelos Procuradores da União, este processo criminal tem por escopo apurar a possível prática de crimes tipificados nas Leis 9.613/1998, 8.137/1990 e nos arts. 288, 316, *caput*, e 317 do CPB, cujas condutas criminosas são atribuídas a Fiscais do Trabalho.

Como é cediço, a Lei 8.137, de 27/12/1990, define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, explicitando no Capítulo I (Dos Crimes Contra a Ordem Tributária), Seção I (Dos Crimes Praticados por Particulares), arts. 1º e 2º e incisos destes tipos, quais as condutas proibitivas sancionadas pela *lex* extravagante em comento.

Da análise das peças produzidas neste processo criminal vislumbra-se a possibilidade do cometimento de diversos ilícitos descritos no tipo dos arts. 1º, I, da referida lei, cujo teor transcrevo *in verbis*:

“Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I – omitir informação ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;”

A Lei 9.613, de 03/03/1998, por seu turno, dispõe sobre crime de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores, e acerca da prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos nela previstos.

No Capítulo I (Dos Crimes de “Lavagem” ou Ocultação de Bens, Direitos e Valores), art. 1º, o legislador extravagante assim fez constar:

“Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime:

V – contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para prática ou omissão de atos administrativos;

VII – praticado por organização criminosa.
Pena: reclusão de três a dez anos e multa.”

Por via do art. 2º, III, da referida *lex*, o legislador extravagante de forma clara e expressa fez anotar as hipóteses atrativas da competência desta Justiça Federal, nos termos abaixo transcritos:

“(…)”

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Mário César Ribeiro e Hilton Queiroz e a Exma. Sra. Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho (convocada).

Desse modo, resta cristalina a competência dos Juizes Federais para decidir o mérito do pedido formulado com a representação, visto que estes autos visam apurar os fatos relacionados com a “Operação Zaqueu”, sendo fartos em indícios apontando a provável participação dos envolvidos no cometimento de diversos crimes atentatórios contra a Administração Pública (arts. 316, *caput*, e 317 do CPB), os quais teriam sido praticados por Auditores Fiscais do Trabalho, cujos imputados seriam, em hipótese, integrantes de organização criminosa constituída para a prática de diversas condutas delituosas de competência da Justiça Federal.

No tocante ao acesso às informações telefônicas obtidas por meio de deferimento judicial, cumpre salientar que se trata de direito assegurado em nível constitucional a proteção à vida privada das pessoas, de acordo com o disposto no art. 5º, X, da CF/1988.

Com efeito, tal garantia constitucional não é absoluta em face do interesse público, superior ao individual, de que os indícios da prática de fatos criminosos e ilícitos administrativos sejam devidamente apurados pelas autoridades competentes.

Impende destacar, que a inviolabilidade das comunicações telefônicas, de igual modo não é absoluta, pois a quebra do sigilo telefônico pode ser deferida para a utilização em investigação criminal ou instrução criminal (CF, art. 5º, XII), não tendo o legislador constituinte, por ocasião da redação do dispositivo constitucional entre parênteses, vedado-a expressa ou implicitamente para o caso de investigação na esfera administrativa.

Tanto é verdade, que a quebra de sigilo telefônico já deferida pode prestar-se, inclusive, para propiciar o surgimento de elementos indiciários hábeis a instruir inquéritos policiais que, diga-se, por definição tratam-se de espécie de procedimento administrativo.

A utilização de documentos advindos de escuta telefônica em procedimentos administrativos, de igual modo, não foi expressamente vedada pelo legislador redator da Lei 9.296/1996, quando procurou regulamentar o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição em vigor, consoante se infere do texto a seguir transcrito:

“A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça.”

In casu, o sigilo telefônico dos investigados já foi, de há muito, quebrado em face de ordem ju-

dicial, restando afastada dos investigados a garantia constitucional da inviolabilidade do sigilo de suas comunicações telefônicas. Pois que as provas pretendidas pelos requerentes já integram o bojo de processo criminal e de ação penal pública incondicionada voltada para apurar a participação das pessoas investigadas neste processo e nos procedimentos administrativos aludidos pelos representantes judiciais da União.

Insta acentuar que os requerentes não pretendem o deferimento de nova quebra de sigilo, mas, tão-somente, a utilização das provas já colhidas neste processo, para o fim de instruir procedimentos administrativos instaurados com a finalidade de apurar a licitude ou não da conduta funcional dos denunciados.

É que tais comissões, segundo comando inscrito na Lei 8.112/1990, devem promover a colheita de provas para o fim de elucidar os fatos, em especial quando visam apurar ilícitos administrativos hábeis a caracterizar afronta à administração pública (art. 132, I, Lei 8.112/1990).

Ora, se as normas legais acima aventadas autorizam ao magistrado criminal deferir a escuta telefônica para o fim de instruir processos criminais, creio que também está autorizado a propiciar às comissões administrativas disciplinares os documentos obtidos por via da referida medida, pois é dever de todos propiciarem às autoridades legalmente investidas os meios hábeis a propiciar o esclarecimento de quaisquer ilícitos, desde que a utilização de tais meios não esteja, expressamente, proibida por normativo legal.

Como é cediço, a instrução de feitos criminais e a de procedimentos administrativos deve ser orientada pelo princípio da verdade real que legitima o magistrado criminal, assim como os membros das comissões disciplinares ordenarem a realização de diligências que julguem relevantes para a obtenção de provas úteis à formação do seu livre convencimento, entendimento este amparado pelo art. 234 da lei processual criminal e 155 da Lei 8.112/1990.

O deferimento da utilização dos documentos resultantes da quebra do sigilo telefônico dos investigados, pelas comissões administrativas disciplinares, para o fim de instruir os procedimentos administrativos, a meu sentir, não encontra vedação pelo ordenamento jurídico pátrio, muito pelo contrário, trata-se de medida útil e necessária para propiciar o surgimento de novas provas e descortinar o *modus operandi* de que se serviram os autores dos possíveis ilícitos sob investigação na esfera administrativa.

Diante do exposto e por acolher o bem lançado parecer ministerial, faço uso do poder jurisdicional e competência de que estou investida para franquear aos membros das comissões de inquérito administrativo o acesso aos elementos colhidos através das interceptações telefônicas levadas a efeito para o fim de instruir este processo, ficando tais pessoas, desde logo, autorizadas a produzir a extração, em Secretaria ou no local propiciado para a realização dos trabalhos de tais comissões, das peças produzidas por via da quebra em comento. (cf. fls. 14/19)

Inconformados, os requeridos interpuseram o presente recurso de apelação, sustentando que:

- ♦ desde “o início dos trabalhos, a Comissão Processante procurou a todo custo levar para o feito disciplinar a parcial transcrição das conversações telefônicas nascidas das interceptações, pois só assim lhe era possível realizar contra os apelantes, ante à mingua de prova, o indiciamento dos mesmos”;
- ♦ as “primeiras tentativas de realizar o intento pela Comissão Processante restaram frustradas, pois lhe foram negados os pedidos de obterem a prova emprestada”;
- ♦ a decisão ora atacada “fere os mais sagrados cânones constitucional [art. 5º, inciso XII] e infraconstitucional [art. 1º da Lei 9.296/1996] que regem a matéria, resultando em prejuízo irreparável aos requerentes, que em função de tal decisão, foram alcançados pelo indiciamento no processo disciplinar, já com alguns demitidos e outros bem perto disso, tudo em função da prova emprestada das interceptações que esteou e sopesou o Relatório Final da Comissão Processante”;
- ♦ na forma do art. 10 da Lei 9.296/1996, “evidenciar-se-ia como ilícita, para efeito de utilização em procedimento outro que não com fim de investigação criminal ou instrução processual penal, a prova regularmente colhida mediante a interceptação telefônica”;
- ♦ ainda “que se autorizasse a extração de cópias das transcrições de conversas telefônicas, regularmente obtidas para o efeito de instruir o processo penal em trâmite há que se destacar que tal prova seria imprestável para instruir processo administrativo, eis que, para tal fim

seria a mesma destituída de qualquer aptidão jurídico-material, desvestida de qualquer grau, por mínimo que seja, de eficácia jurídica em esfera outra que não a referente à instrução realizada pelo Juiz Penal”; e

- ♦ “ao franquear as interceptações telefônicas ao processo administrativo, (...) na condição de prova emprestada, a fim de que não houvesse maior violação ao princípio do contraditório, mister era que os apelantes houvessem contra a retrocidada prova, contrariando-a em toda a sua plenitude”, o que ainda não aconteceu, pois “a instrução criminal sequer encerrou-se, relegada a transcrição na íntegra para a fase do art. 499 do CPP (...), podendo inclusive, as provas das interceptações telefônicas colhidas não serem utilizadas ou virem a ser anuladas”.

Em conclusão, requerem os apelantes o provimento ao recurso “para os fins de” que:

- a) “seja declarada nula a decisão monocrática hostilizada que FRANQUEOU a ida das transcrições das interceptações das conversações telefônicas ao Processo Administrativo Disciplinar, (...)”; e
- b) se determine “à Comissão Processante ou quem suas vezes fizer (Secretário Executivo do Trabalho ou Ministro do Trabalho e Emprego) que se abstenha de utilizar as aludidas provas nos processos Administrativos Disciplinares que ocorrem contra os auditores fiscais envolvidos na ‘Operação Zaqueu’, solicitando-se, in continente, que desentranhe as aludidas provas dos autos e as envie ao juízo de origem que determinou a respectiva utilização”. (cf. fls. 59/66).

Vejam os.

É certo que a utilização de prova obtida mediante interceptação telefônica, autorizada judicialmente, dividem os posicionamentos dos doutrinadores sobre o tema.

Com efeito, é o que se extrai do seguinte comentário de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho, para quem, após rompido o valor constitucional da intimi-

dade quando da realização na esfera penal da interceptação, torna-se razoável o transporte da prova:

As opiniões dividem-se, mas, de nossa parte, pensamos ser possível o transporte da prova. O valor constitucionalmente protegido pela vedação das interceptações telefônicas é a intimidade. Rompida esta, licitamente, em face do permissivo constitucional, nada mais resta a preservar. Seria uma demasia negar-se a recepção da prova assim obtida, sob a alegação de que estaria obliquamente vulnerado o comando constitucional. Ainda aqui, mais uma vez, deve prevalecer a lógica do razoável. (*in* As Nulidades no Processo Penal, 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 219/220)

Nessa mesma linha de orientação leciona Guilherme de Souza Nucci:

Se a interceptação telefônica realizou-se com autorização judicial, para fins de investigação ou processo criminal, violou-se a intimidade dos interlocutores de maneira lícita. Por isso, tornando-se de conhecimento de terceiros o teor da conversa e podendo produzir efeito concreto na órbita penal, é natural que possa haver o empréstimo da prova para fins civis ou administrativos. Aliás, não teria sentido admitir-se a prova no âmbito criminal, daí advindo uma sentença condenatória, que é pública, aplicando-se qualquer sanção e, como efeito da condenação, por exemplo, a perda de cargo, função ou mandato (art. 92, I, CP), mas não se poder utilizar a referida gravação de conversa para pleitear uma indenização civil ou no contexto da ação de improbidade administrativa. (*in* Leis penais e processuais penais comentadas, 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 659)

Na espécie, consignou o MM. Juiz *a quo*, destaque:

In casu, o sigilo telefônico dos investigados já foi, de há muito, quebrado em face de ordem judicial, restando afastada dos investigados a garantia constitucional da inviolabilidade do sigilo de suas comunicações telefônicas. Pois que as provas pretendidas pelos requerentes já integram o bojo de processo criminal e de ação penal pública incondicionada voltada para apurar a participação das pessoas investigadas neste processo e nos procedimentos administrativos aludidos pelos Representantes Judiciais da União.

Insta acentuar que os requerentes não pretendem o deferimento de nova quebra de sigilo, mas, tão-somente, a utilização das provas já colhidas neste processo, para o fim de instruir procedi-

mentos administrativos instaurados com a finalidade de apurar a licitude ou não da conduta funcional dos denunciados. (fls. 17/18.)

Pois bem, no âmbito do colendo Superior Tribunal de Justiça, prevalece o entendimento favorável a tal utilização, desde que observado os termos da Lei 9.296/1996.

Nesse sentido, entre outros julgados podem ser destacados os seguintes:

Administrativo. Servidor público. Processo administrativo disciplinar. Nulidades. Ofensa ao devido processo legal. Inocorrência. Inexistência de sindicância. Procedimento preparatório dispensável. (...) Interceptação telefônica. Requerimento nos termos legais. (...)

I a V – (*omissis*)

VI – Sendo a interceptação telefônica requerida nos exatos termos da Lei 9.296/1996, uma vez que o impetrante também responde a processo criminal, não há que se falar em nulidade do processo administrativo disciplinar.

(...). (3ª Seção, MS n. 9.212/DF, rel. Min. Gilson DIPP, DJ de 01/06/2005 – grifei). No mesmo sentido: MS 12.468/DF, rel. Min. Carlos Fernando Mathias (Juiz convocado do TRF 1ª Região), DJ de 14/11/2007.)

O egrégio Supremo Tribunal Federal, em julgados recentes do Pleno, proferidos em Questões de Ordem no Inquérito 2.424/RJ, sob a relatoria do Ministro Cezar Peluso, autorizou o envio, aos órgãos competentes para aplicar sanção administrativa ao indiciado, de cópias de inquérito penal em que tinham sido realizadas interceptações de comunicações telefônicas, bem como a utilização daquelas cópias para instauração e instrução de processo administrativo disciplinar, destaque:

(...).

Dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas e em escutas ambientais, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos. (DJ de 24/08/2007.)

Isso posto, diante de tais razões e fundamentos, nego provimento ao recurso.

É como voto.

Apelação Criminal

2003.39.01.001175-3/PA

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz
Relatora p/ acórdão: A Exma Sra. Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho (convocada)
Apelante: Aldimir Lima Nunes
Advogado: Dr. Olivaldo Ferreira e outro
Apelada: Justiça Pública
Procurador: Dr. Marcelo José Ferreira
Divulgação: e-DJF1 de 04/12/2008
Publicação: 05/12/2008

Ementa

Processo Penal. Prescrição quanto aos crimes previstos nos arts. 132 do Código Penal e 51 da Lei 9.605/1998. Nulidades do processo. Inocorrência. Materialidade e autoria quanto aos crimes previstos no art. 38 da Lei 9.605/1998 e arts. 132, 149, 203, e 297, § 4º c/c 69, do Código Penal plenamente demonstradas nos autos.

I – Em face da pena concretizada e do trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação, consumou-se a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva do Estado, pois entre a data do recebimento da denúncia e a publicação da sentença condenatória transcorreu prazo superior a 2 (dois) anos.

II – O único crime imputado ao réu em que a perícia apresenta-se como elemento probatório importante, para fins de exame do corpo de delito, é aquele previsto no art. 38 da Lei 9.605/1998, que trata da destruição ou danificação de floresta considerada de preservação permanente. Nesse particular, realizado exame do local, com a produção do laudo destinado à análise dos vestígios daquele crime ambiental, não há de se falar na falta de laudo pericial para efeito de nulidade.

III – O fato de o laudo ter sido subscrito por um só perito não tem aptidão para invalidar o documento, mormente porque já em vigor a alteração levada a efeito pela Lei 11.690, de 2008, que deu a seguinte redação ao art. 159 do Código de Processo Penal. Precedente do egrégio STF.

IV – Não há de se falar em cerceamento de defesa, considerando que não concretizada a intimação do acusado, ora apelante, em virtude de se encontrar foragido e, ademais, exerceu livremente sua defesa, notadamente quando se observa que seu defensor foi intimado e compareceu a todas as audiências de oitiva das testemunhas de acusação, inclusive formulando as perguntas que entendeu serem pertinentes.

V – No que concerne à alegação de deficiência de defesa, também não merece guarida, haja vista que inexistiu anormalidade na defesa técnica do acusado a ensejar este tipo de vício processual, não logrando o apelante demonstrar que as intervenções de seu antigo patrono lhe causaram prejuízo. Precedente do egrégio STJ.

VI – Materialidade e autoria dos crimes imputados ao apelante, suficientemente comprovadas pelas provas constantes dos autos.

VII – O fato de algumas testemunhas terem representado ao Ministério Público Federal reclamando de ameaças feita pelo apelante, no que resultou o aditamento da denúncia para o fim de processá-lo pelo respectivo crime, não retira a validade de seus depoimentos.

VIII – Os depoimentos das testemunhas de acusação devem ser considerados, até mesmo porque, como integrantes da Comissão Pastoral da Terra, por meio da qual recebiam inúmeras reclamações e denúncias de supostos crimes praticados por fazendeiros, incluindo crimes contra trabalhadores rurais, tais testemunhas reproduziram

informações e denúncias que estão em consonância com as demais provas dos autos, não havendo o apelante, no exercício do contraditório e da ampla defesa, desincumbido de apresentar elementos a desconstituí-los.

IX – Inconsistente, ainda, a alegação de que, em relação aos crimes inscritos no art. 149 e 297, §4º do Código Penal, pelas circunstâncias fáticas, estaria sob a excludente de culpabilidade do erro de proibição, uma vez que tinha pleno conhecimento da ilicitude dos fatos incriminadores.

X – O conjunto probatório dá conta de que o acusado freqüentava a fazenda e tinha conhecimento de todos os fatos nela ocorridos, não havendo que se falar em causa excludente de culpabilidade para os crimes perpetrados.

XI – Incabível a adoção do princípio da consunção para efeito de absorção dos crimes previstos nos arts. 203 e 297, §4º, pelo delito do art. 149, todos do Código Penal, uma vez que referido princípio só é aplicável nos casos em que exista uma sucessão de fatos, a indicar que o crime menos grave serviu como meio necessário à consumação do crime mais grave.

XII – Na hipótese em exame, as condutas praticadas pelo acusado são distintas e, por possuírem potencial lesivo, caracterizam, cada uma delas, um tipo penal autônomo, não estando agasalhadas pela aplicação do princípio da consunção.

XIII – Dosimetria da pena que deve ser mantida, visto que à luz do princípio constitucional da individualização da pena, não há incoerência em se estabelecer a pena-base no mínimo legal para um dos crimes praticados pelo acusado, e majorá-la quanto aos demais delitos, desde que a sentença o faça de forma justificada e com lastro em dados concretos extraídos dos autos, o que se verificou na hipótese

XIV – Apelação improvida.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, afastar as preliminares e *dar provimento* à apelação para considerar extinta a punibilidade pela prescrição dos crimes previstos no art. 132 do Código Penal e no art. 51 da Lei 9.605/1998, e, por maioria, vencido o Relator, que dava provimento à apelação, negou provimento ao recurso.

4ª Turma do TRF 1ª Região – 30/09/2008.

Juíza Federal *Rosimayre Gonçalves de Carvalho*, Relatora para acórdão.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Ney Bello: — Trata-se de apelação criminal interposta por *Aldimir Lima Nunes* (fl. 849), com razões às fls. 990/1035, em face de sentença (fls. 749/759) que o condenou a 5 (cinco) anos de reclusão, 4 (quatro) anos de detenção e 240 (duzentos e quarenta) dias-multa, pela prática dos crimes descritos nos arts. 132, 149, 203, 297, § 4º, todos do Código Penal, e nos arts. 38 e 51 da Lei 9.605/1998, em concurso material.

Sustenta o apelante, preliminarmente, que:

- a) relativamente aos crimes descritos no art. 132 do Código Penal e no art. 51 da Lei 9.605/1998,

extinta encontra-se a punibilidade em face da prescrição da pretensão punitiva estatal;

- b) nulidade processual pela ausência de laudo pericial; pela falta de intimação do acusado para as audiências de inquirição das testemunhas de acusação; pela deficiência da defesa na defesa prévia ao não deduzir suas teses defensivas, bem como de requerer a produção de provas demonstrativas da improcedência da acusação; e pela exasperação da pena-base sem elementos que a sustente.

No mérito, alega, em síntese, que:

- a) não há prova da materialidade e autoria do delito previsto no art. 38 da Lei 9.605/1998;
- b) o delito do art. 203 e do art. 297, § 4º, do Código Penal, foi absorvido, pelo princípio da consunção, pelo crime do art. 149 do Código Penal;
- c) o réu agiu acobertado pelo disposto no art. 21 do Código Penal (erro de proibição), quanto aos crimes do art. 38 da Lei 9.605/1998, nos arts. 149, 297, § 4º, todos do Código Penal.

Ao final, requer:

- “a) que anule o processo, ab initio, por não ter sido elaborado o Laudo Pericial comprobatório da materialidade de todos os delitos em que o réu foi condenado ou, que absolva de pronto o réu por essa falha processual;*
- b) ou que absolva o réu, seja pela atipicidade dos fatos que lhe foram imputados, relativamente a todos os crimes pelos quais foi condenado ou o declare isento de pena, ante o princípio do “erro de proibição”, na forma prevista no art. 21 do Código Penal;*
- c) ou que, pelo princípio da consunção, reconheça ter o crime do art. 149 do Código Penal, absorvido os crimes previstos no art. 203 e § 4º do art. 297 do Código Penal;*
- d) que declare a prescrição, pela pena em concreto, quanto aos crimes previstos nos artigos 132 do Código Penal e 51 da Lei 9.605/1998;*
- e) que reconheça a falta de tipicidade quanto ao crime do art. 38 da Lei 9.605/1998, por ausência de dolo, e por insuficiências de provas quanto à materialidade delitiva;*
- f) que, na remotíssima hipótese do não atendimento aos pedidos anteriores, anule a sentença, por erro na aplicação das penas, ou a reforme para reduzir as sanções impostas ao Réu, ao mínimo legal;*
- g) com fulcro no art. 231 do Código de Processo Penal, o apelante junta cópias de fotografias (com suas legendas) que foram retiradas do processo, bem assim de fotocópias de 45 registros de empregados constantes do livro próprio da Fazenda “Lagoa das Vacas” as quais, também, fo-*

ram retiradas do processo, indevidamente.” (fls. 1034/1035).

As contra-razões foram apresentadas às fls. 1.096/1.115, pugnando o Ministério Público Federal pelo desprovimento do recurso.

Nesta instância, a Procuradoria Regional da República – 1ª Região, aderindo às contra-razões recursais apresentadas, opina pelo não provimento da apelação (fl. 1.120).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz: — Esse o teor do requerimento ministerial, iniciando o feito:

O Ministério Público Federal, pelos procuradores da República signatários, no uso de suas atribuições legais, com atribuição proveniente da Portaria 66, de 14 de fevereiro de 2003, do Procurador Geral da República, vem, à presença de Vossa Excelência, oferecer a presente *denúncia* em face de:

Aldimir Lima Nunes, também conhecido por “Branquinho”, brasileiro, casado, fazendeiro e corretor de gado, residente e domiciliado em lugar incerto e não sabido;

Francisco Sérgio da Silva Siqueira, brasileiro, casado, ‘gerente’ de fazenda, residente e domiciliado na Fazenda “Lagoa das Vacas”, município de São Félix do Xingu, Pará;

Manoel de Tal, brasileiro, advogado, residente e domiciliado na fazenda “Lagoa das Vacas”, município de São Félix do Xingu, Pará;

Raimundo Nonato, brasileiro, casado, ‘gato’, residente e domiciliado na cidade de Araguaína, Tocantins;

Zé Roque, brasileiro, “empreiteiro”, residente e domiciliado na Fazenda “Lagoa das Vacas”, município de São Félix do Xingu, Pará; e

Francisco Ferreira, brasileiro, residente e domiciliado na cidade de Fortaleza, Ceará, e na Fazenda “Lagoa das Vacas”, município de São Félix do Xingu, Pará; pelos fundamentos de fato e de direito a seguir expostos.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Hilton Queiroz e Mário César Ribeiro e a Exma. Sra. Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho (convocada).

1. Introdução

Agentes do Departamento de Polícia Federal, do Grupo Móvel de Fiscalização do Ministério do Trabalho e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama), deslocaram-se ao município de São Félix do Xingu, Pará, no dia 24 de junho de 2003, para atender inúmeras denúncias relacionadas a ocorrência de crimes diversos praticados contra o meio ambiente e a organização do trabalho.

As atividades de fiscalização do Poder Público na região voltaram-se, inicialmente, para a fazenda “Lagoa das Vacas”, com o intuito de dar cumprimento a mandado de prisão expedido contra o denunciado Aldimir Lima Nunes, em razão dos crimes de formação de quadrilha, aliciamento de trabalhadores rurais (inclusive de menores de 18 anos), submissão destes a condição análoga à de escravo e outros delitos.

Com efeito, Agentes da Polícia Federal, do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama) e do Grupo Móvel de Fiscalização do Ministério do Trabalho, no dia 29 de junho de 2003, quando se encontravam em diligências na fazenda “Lagoa das Vacas”, se depararam com a presença do denunciado Francisco Sérgio da Silva Siqueira o qual, na condição de ‘gerente’ de negócios de Aldimir Lima Nunes, achava-se praticando diversos delitos, isto é, destruição da Floresta Amazônica, ocupação/invasão de terras públicas, submissão de trabalhadores a condição análoga à de escravo, sonegação de contribuição previdenciária, falsidade de documento público previdenciário, dentre outros.

Constatado esses fatos, a Polícia Federal lavrou, no local, auto de prisão em flagrante do denunciado Francisco Sérgio da Silva Siqueira e, ao fim e ao cabo, reduziu a termo depoimentos de trabalhadores que lá se encontravam.

2. Das Atividades Ilícitas e da Formação de Quadrilha

A leitura dos documentos produzidos revelou que os denunciados, de maneira estável e permanente, associaram-se em quadrilha, para o fim de levar adiante a prática de uma série contínua de delitos, tendo como objetivo principal a apropriação de terras públicas, a derrubada da Floresta Amazônica, a exploração de mão-de-obra escrava, a comercialização de terras “griladas” e outros delitos, na busca da obtenção do lucro fácil.

A consecução e o desenvolvimento das atividades criminosas do grupo demandou sua divisão em 4 (quatro) eixos, com níveis de responsabilidades e atividades distintas, mas coordenadas.

O primeiro eixo dá-se pela atuação dos denunciados Aldimir Lima Nunes e Francisco Sérgio, aos quais cabem o desempenho das funções de coordenação e supervisão das atividades dos demais, bem como da tomada de decisões. São quem, ademais, decidem e percutem os locais e as oportunidades em que se darão a ocupação e a “grilagem” de terras públicas e de todos os atos subseqüentes e necessários à consolidação do “apossamento” destas.

No desempenho de suas tarefas, contratam os ‘gerentes de fazendas’, capangas, pistoleiros, e tudo o mais necessário para garantir a “limpeza” da terra. Num segundo momento, operam o aliciamento e a contratação de mão-de-obra escrava, de maneira a promover a remoção da “Floresta Amazônica”, agregar valor à terra e, finalmente, levar adiante as tarefas de comercialização.

São, portanto, os líderes, mentores e principais beneficiários das atividades ilícitas do grupo, atuando e coordenando, em unidade de designios, as atividades do crime.

A constituição do segundo eixo deu-se pela instituição de gerências do crime, aos quais cabem as funções de manejar a execução das atividades próprias da “grilagem” de terras públicas, através do “apossamento” puro e simples de novas áreas, bem como coordenação das tarefas de “limpeza” do terreno, contratação de ‘empreiteiros’ para o manejo de derrubada da Floresta Amazônica, sempre mediante a promoção do aliciamento de trabalhadores de regiões diversas do local de trabalho, redução destes (trabalhadores) a condição análoga à de escravo, sonegação de contribuição previdenciária, falsificação de documento previdenciário etc.

Para a “grilagem” e a ocupação das áreas das fazendas “Lagoa das Vacas” e “Saco Verde”, esse segundo eixo da quadrilha demandou a atuação de Francisco Sérgio da Silva Siqueira e de “Manoel de Tal”, os quais agem segundo os ditames e interesses, respectivamente, dos denunciados Aldimir Lima Nunes e Francisco Ferreira.

O desempenho das atividades da quadrilha demandou a configuração também de um terceiro eixo, provido pela atuação dos ‘gerentes’ e/ou ‘gatos’ de fazenda, aos quais cabem percutir as providências de aliciamento de mão-de-obra de locais distantes daqueles do local de trabalho mediante promessas de irreais oportunidades de salário.

Esse eixo é responsável pelas funções de “controle” e supervisão das “vendas” realizadas na cantina e controle do sistema de endividamento dos trabalhadores, mediante práticas e atitudes de ordens de serviços, ameaças, coação e intimidação. É nessa condição que os trabalhadores são impedidos de dei-

xar o local de trabalho, reduzidos que são a condição de escravos.

Desse eixo fazem parte Raimundo Nonato, “Joãozinho”, “Zé Roque” e “Zezinho”, que atuam permanentemente sob as ordens diretas do denunciado Francisco Sérgio da Silva Siqueira.

3. *Das Diversas Atividades Ilícitas da Quadrilha*

O conjunto de elementos de prova reunidos pelo Departamento de Polícia Federal revelou que os denunciados, agregados em quadrilha, promoveram, a partir do mês de abril de 2003, o aliciamento de centenas de trabalhadores do Estado do Tocantins e de outros Estados da Federação, mediante promessas irreais de salário e condições de trabalho, para as fazendas “Lagoa das Vacas” e “Saco Verde”, ambas na região do Iriri, município de São Félix do Xingu (PA), submetendo-os, posteriormente, nesses locais, a condições similares à escravidão.

A prática de aliciamento de trabalhadores de regiões distantes ao local de trabalho, a redução destes a condições similares à de escravo, a frustração do cumprimento da legislação trabalhista, a sonegação de contribuição previdenciária, a omissão de dados da Carteira de Trabalho e da Previdência Social decorreram da manipulação e do tratamento dado a essas centenas de trabalhadores.

Tanto é assim que os elementos de prova recolhidos identificam que na fazenda “Saco Verde” trabalharam – em condições desumanas – 61 (sessenta e um) trabalhadores e na fazenda “Lagoa das Vacas” mais de 100 (cem), nada obstante ter a fiscalização, quando de sua chegada ao local dos fatos, identificado apenas a presença de alguns trabalhadores.

As provas anotadas no caderno de investigação registram a presença de:

- ◆ Submissão dos trabalhadores aos ‘gatos’, de maneira tal que estes tinham suprimida a liberdade de ir e vir, de contratar e/ou romper as perversas relações de trabalho aos quais estavam coagidos;

- ◆ Fraude, ameaça e retenção de salários no período em que os trabalhadores estavam sujeitos ao trabalho forçado, mas também às vésperas da ação do Ministério do Trabalho e do Departamento de Polícia Federal;

- ◆ Condições de trabalho degradantes e sujeição dos trabalhadores à obrigação de aquisição de equipamentos de trabalho e de produtos alimentícios para o próprio consumo;

- ◆ Submissão dos trabalhadores a um constante sistema de endividamento, de maneira que estes ficavam impedidos de deixar o local de trabalho sem a devida quitação destas, as quais, quase

sempre, contraídas mediante o sistema de venda de mercadorias e alimentos na “cantina”.

A série de crimes levados a efeito pelos denunciados Aldimir Lima Nunes e Francisco Sérgio da Silva Siqueira resultou, também, na supressão de contribuição social previdenciária dos trabalhadores rurais, mediante a omissão da folha de pagamento da fazenda “Saco Verde” e da Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social (GFIP) dos segurados empregados, o que, também, encontra relevância penal (art. 337-A).

Ainda, os denunciados Aldimir Lima Nunes e Francisco Sérgio da Silva Siqueira, em concurso e unidade de desígnio com os demais denunciados (que lhe asseguraram condições de atuação ao aliciarem e intimidarem os trabalhadores), de forma deliberada, omitiram da carteira de trabalho de cada um dos trabalhadores rurais as anotações devidas, em ofensa à lei penal (art. 297, § 4º).

Resta claro que, para levar adiante à série de crimes, os denunciados Aldimir Lima Nunes e Francisco Sérgio da Silva Siqueira expuseram os 61 (sessenta e um) trabalhadores da “Fazenda Saco Verde” e outros 10 (dez) da “Fazenda Lagoa das Vacas” a situação de risco à saúde e à integridade física, em razão da submissão a condições degradantes de trabalho e mediante a exposição de riscos advindos da ausência de alimentação adequada, água potável, condições de higiene/sanitárias, alojamento/habituação e segurança do trabalho (ausência de equipamentos de proteção individual obrigatórios) – isso na “Fazenda Saco Verde”.

Quando da realização da ação fiscal do Grupo Móvel de Fiscalização do Trabalho, agentes do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama) constataram a existência de destruição de vegetação primária de Floresta Amazônica sem licença e/ou autorização legal, tanto na área conhecida por “Fazenda Saco Verde” (2.420 hectares) como na “Fazenda Lagoa das Vacas” (4.589,8171 hectares), feitas mediante a utilização de motosserras também sem registro e/ou autorização do órgão ambiental.

Isto é, os denunciados Aldimir Lima Nunes e Francisco Ferreira e seus respectivos ‘gerentes’ (Francisco Sérgio da Silva Siqueira e “Manoel de Tal”) e ‘gatos’ (Raimundo Nonato e “Zé Roque”) causaram poluição ao patrocinar a destruição significativa da flora ao transformar a Floresta Amazônica em áreas de pastagem com gravíssimas repercussões sobre a fauna da região.

Constatou-se, ainda, quanto à “Fazenda Lagoa das Vacas” a ocorrência de intervenção nas áreas de preservação permanente, igarapés e áreas com inclinação entre 25° e 45° de declividade, des-

mate em topo de morros, tudo estimado em 21,00 hectares.

Verificou-se, ademais, que as atividades desenvolvidas pelos denunciados, para a formação de pastagens, implicou no uso sistemático do fogo, causando poluição de forma a destruir significativamente a flora do local.

4. *Da Individualização e da Tipificação das Condutas*

Assim sendo, e em razão das atividades ilícitas desenvolvidas pelos acusados, o Ministério Público Federal denuncia as seguintes pessoas:

Aldimir Lima Nunes e Francisco Ferreira; porque membros da quadrilha; são responsáveis pelas funções e operações de “grilagem”, contratação e/ou de agenciamento dos ‘gatos’ para o fim de aliciar e submeter os trabalhadores resgatados a condição análoga à de escravos; são responsáveis pelo furto de madeira, inclusive de espécies nobres; são responsáveis pelos crimes de falsificação de documento previdenciário e sonegação de contribuição previdenciária; são responsáveis pela prática do crime de poluição (na modalidade de causar danos a mortandade de animais e flora); agem e interagem com os demais parceiros de crime, isto é, ‘gatos’, ‘prepostos’, ‘empregados’ e/ou ‘gerentes’ de fazendas etc.; promovem o “controle” e o “manejo” de todas as atividades dos crimes ora imputados, sendo beneficiários das atividades ilícitas, seja pela economia de valores em decorrência de não pagamento de verbas trabalhistas; pagamento aquém do devido; não disponibilização de equipamentos de proteção individual dos trabalhadores; de condições dignas de trabalho, moradia, saúde, alimentação, higiene etc.; seja pelo “apossamento” puro e simples da mão-de-obra trabalhadora escrava, seja pelo “apossamento” de madeira nobre extraída ilegalmente quando da execução das atividades; seja pela conversão de áreas de reserva legal em áreas de pastagem e desenvolvimento de atividades agropastoris; utilização de motosserras sem autorização legal; encontram-se incurso nas penas dos crimes de formação de quadrilha (art. 288 do Código Penal), redução a condição análoga à de escravo (art. 149 do Código Penal), frustração de direito assegurado por lei trabalhista (art. 203 do Código Penal), aliciamento de trabalhadores (art. 207, §§ 1º e 2º, do Código Penal), omissão de dados da Carteira de Trabalho e Previdência Social (art. 297, § 4º, do Código Penal), sonegação de contribuição previdenciária (art. 337-A), invasão de terra pública (art. 20 da Lei 4.947/1966), exposição a vida e a saúde de pessoas a perigo (art. 132 do Código Penal), omissão de socorro (art. 135 do Código Penal); destruição de floresta de preservação permanente (art. 38 da Lei

9.605/1998); causar poluição mediante a destruição da floresta, afetando significativamente a flora e fauna da região (art. 54 da Lei 9.605/1998); utilização de motosserra e/ou utilização em florestas sem qualquer licença ou registro da autoridade competente (art. 51 da Lei 9.605/1998), todos c/c os arts. 29 e 69, também do Código Penal;

“Manoel de Tal” e Francisco Sérgio da Silva Siqueira são membros de quadrilha, na qualidade de “gerentes” as fazendas; foram co-responsáveis pelas funções de contratação e/ou de agenciamento dos demais parceiros de crime, quais sejam, dos “gatos”, “prepostos”, “empregados” e/ou “gerentes” de fazendas etc.; são responsáveis pelas funções de operações da “grilagem”, contratação e/ou de agenciamento dos ‘gatos’ para o fim de aliciar e submeter os trabalhadores resgatados a condição análoga à de escravos; são responsáveis pelo furto de madeira, inclusive de espécies nobres; são responsáveis pelos crimes falsificação de documento previdenciário e sonegação de contribuição previdenciária; são responsáveis pela prática do crime de poluição (na modalidade de causar danos a mortandade de animais e flora); agem e interagem com os demais parceiros de crime, isto é, “gatos”, “prepostos”, “empregados” e/ou “gerentes” de fazendas etc. Promovem o “controle” e o “manejo” de todas as atividades dos crimes ora imputados, sendo beneficiários das atividades ilícitas, seja pela economia de valores em decorrência de não pagamento de verbas trabalhistas; pagamento aquém do devido; não disponibilização de equipamentos de proteção individual dos trabalhadores; de condições dignas de trabalho, moradia, saúde, alimentação, higiene etc.; seja pelo “apossamento” puro e simples da mão-de-obra trabalhadora escrava, seja pelo “apossamento” de madeira nobre extraída ilegalmente quando da execução das atividades; seja pela conversão de áreas de reserva legal em áreas de pastagem e desenvolvimento de atividades agropastoris; utilização de motosserras sem autorização legal; encontram-se incurso nas penas dos crimes de formação de quadrilha (art. 288 do Código Penal), redução a condição análoga à de escravo (art. 149 do Código Penal), frustração de direito assegurado por lei trabalhista (art. 203 do Código Penal), aliciamento de trabalhadores (art. 207, §§ 1º e 2º, do Código Penal), omissão de dados da Carteira de Trabalho e Previdência Social (art. 297, § 4º, do Código Penal), sonegação de contribuição previdenciária (art. 337-A), invasão de terra pública (art. 20 da Lei 4.947/1966), exposição a vida e a saúde de pessoas a perigo (art. 132 do Código Penal), omissão de socorro (art. 135 do Código Penal); destruição de floresta de preservação permanente (art. 38 da Lei 9.605/1998); causar poluição mediante a destruição da floresta, destruindo sig-

nificativamente a flora e fauna da região (art. 54 da Lei 9.605/1998); utilização de motosserra e/ou utilização em florestas sem qualquer licença ou registro da autoridade competente (art. 51 da Lei 9.605/1998), todos c/c os arts. 29 e 69, também do Código Penal; e

“Zé Roque” e Raimundo Nonato são responsáveis por comandar e coordenar o sistema de “barracão” e das “cantinas”, quando, então, é utilizado o sistema de “cadernetas” para o controle do “endividamento” dos trabalhadores; membros da quadrilha; são responsáveis por executar as operações de “grilagem”, aliciamento de trabalhadores para o fim de submetê-lo a condição análoga à de escravos; são responsáveis pelo furto de madeira, inclusive de espécies nobres; são responsáveis também pelos crimes de falsificação de documento previdenciário e sonegação de contribuição previdenciária; são responsáveis pela prática do crime de poluição (na modalidade de causar danos a mortalidade de animais e flora); agem e interagem com os demais parceiros de crime, isto é, “gatos”, “prepostos”, “empreiteiros” e/ou “gerentes” de fazendas etc. Promovem o “controle” e o “manejo” de todas as atividades dos crimes ora imputados, sendo beneficiários das atividades ilícitas, seja pela economia de valores em decorrência de não pagamento de verbas trabalhistas; pagamento a quem do devido; não disponibilização de equipamentos de proteção individual dos trabalhadores; de condições dignas de trabalho, moradia, saúde, alimentação, higiene etc.; seja pelo “apossamento” puro e simples da mão-de-obra trabalhadora escrava, seja pelo “apossamento” de madeira nobre extraída ilegalmente quando da execução das atividades; seja pela conversão de áreas de reserva legal em áreas de pastagem e desenvolvimento de atividades agropastoris; utilização de motosserras sem autorização legal; encontram-se incursos nas penas dos crimes de formação de quadrilha (art. 288 do Código Penal), redução a condição análoga à de escravo (art. 149 do Código Penal), frustração de direito assegurado por lei trabalhista (art. 203 do Código Penal), aliciamento de trabalhadores (art. 207, §§ 1º e 2º, do Código Penal), omissão de dados da Carteira de Trabalho e Previdência Social (art. 297, § 4º, do Código Penal), sonegação de contribuição previdenciária (art. 337-A), invasão de terra pública (art. 20 da Lei 4.947/1966), exposição a vida e a saúde de pessoas a perigo (art. 132 do Código Penal), omissão de socorro (art. 135 do Código Penal); destruição de floresta de preservação permanente (art. 38 da Lei 9.605/1998) e causar poluição mediante a destruição da floresta, destruindo significativamente a flora e fauna da região (art. 54 da Lei 9.605/1998); utilização de motosserra e/ou utilização em florestas sem qualquer licença ou

registro da autoridade competente (art. 51 da Lei 9.605/1998), todos c/c os arts. 29 e 69, também do Código Penal;

5. Do Pedido

Por todo o exposto, requer:

I – A distribuição desta denúncia para ser processada de acordo com as normas definidas em lei;

II – Requisição da folha de antecedentes criminais dos denunciados, expedida pelo Instituto Nacional de Identificação;

III – A requisição de certidões dos cartórios de todos os juízos criminais das respectivas cidades onde residem os denunciados;

IV – A determinação para que o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária proceda diligências e relatórios informando a titularidade dos imóveis denominados “Saco Verde” e “Lagoa das Vacas”, mediante análise da cadeia dominial, mapas e documentos públicos da União Federal e Estado do Pará;

V – A determinação ao Instituto Nacional da Previdência Social para que realize auditoria nas contas e/ou documentos trabalhistas relativas à “Saco Verde” e “Lagoa das Vacas” para identificação dos valores sonegados ao órgão;

V (sic) – Recebimento desta denúncia;

VI – A citação dos réus para que se vejam processar em juízo sob pena de revelia;

VII – Protesta, ainda, pela produção de todos os meios de provas permitidos em direito;

VIII – A oitiva das testemunhas abaixo arroladas;

IX – A juntada de documentos anexos.

Marabá, 22/07/2003. (fls. 3/14).

Às fls. 87/94, foi aditada a denúncia, nestes termos:

O Ministério Público Federal, pelos procuradores da República signatários, no uso de suas atribuições legais, com atribuição proveniente da Portaria 66, de 14/02/2003, do Procurador Geral da República, vem à presença de Vossa Excelência, nos termos dos arts. 384 e 569 do Código de Processo Penal, aditar os termos da denúncia oferecida contra Aldimir Lima Nunes, qualificado nos autos da Ação Penal 2003.39.01.00497-0 e outros, o que faz com base nos fundamentos de fato e de direito a seguir expostos.

1. Dos Fatos em Geral

O Ministério Público Federal ofertou denúncia contra Aldimir Lima Nunes, em razão deste ter se associado em quadrilha, com diversas outras pes-

soas, para o fim de cometer delitos, notadamente de aliciamento de trabalhadores do Tocantins para fazendas no interior do Pará mediante promessas irreais de condições de trabalho, sonegação de contribuição previdenciária, destruição da Floresta Amazônica, falsidade de documento público previdenciário, invasão de terra pública e outros delitos.

Os fatos anotados na referida denúncia foram o resultado da atuação do Ministério Público Federal, Departamento de Polícia Federal, do Instituto do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis e do Grupo Móvel de Fiscalização do Trabalho, que, em 29/06/2003, dirigiram-se para a “Fazenda Lagoa das Vacas”, no interior do Pará, para o fim de averiguar denúncias da ocorrência de trabalho escravo, desmatamento da floresta amazônica e outros delitos.

Em decorrência dos elementos de crime identificados na dita “fazenda”, foi preso o denunciado Francisco Sérgio da Silva Siqueira, sendo de anotar-se que, anteriormente, em outubro de 2002, o Departamento de Polícia Federal no Tocantins procedeu a abertura de inquérito policial para apurar fatos idênticos, isto é, aliciamento de trabalhadores, redução destes à condição análoga à de escravo (e outros delitos) e mais delitos de homicídios (cinco trabalhadores morreram na fazenda “Lagoa das Vacas” no ano de 2002) de que teriam sido vítimas trabalhadores rurais que se encontravam na “Fazenda Lagoa das Vacas”.

Para fins de instrução do referido inquérito policial, a Ministério Público Federal solicitou ao Poder Judiciário Federal no Tocantins a concessão de mandados de busca e apreensão e mais a prisão preventiva de diversas pessoas, dentre elas a de Aldimir Lima Nunes.

Isto é, o Ministério Público Federal em ocasiões distintas, em outubro de 2002 (no município de Ananás, Tocantins) e junho de 2003 (no município de São Félix do Xingu), adotou providências no sentido de responsabilizar criminalmente o denunciado, Aldimir Lima Nunes.

2. Do Crime de Ameaça

Fato novo, entretanto, demanda o aditamento à presente denúncia. É que, desde o início das investigações tendentes a apurar os inúmeros crimes praticados pelo denunciado Aldimir Lima Nunes, o Procurador da República Mário Lúcio de Avelar, o Frei Xavier Plassat e os agentes da Comissão Pastoral da Terra Silvano Rezende e Edmundo Rodrigues Costa e o trabalhador rural Jair Matos de Alencar vêm sofrendo constante ameaça de causar-lhe mal injusto e grave, ou melhor, de morte, com a execução de atos concretos para tanto.

Com efeito, no dia 27 de dezembro de 2002, Silvano Lima Rezende e Edmundo Rodrigues Costa encaminharam à Delegacia de Polícia Federal de Araguaína a seguinte declaração:

“Que, no dia 15/12/2002, por volta das 17:30 horas, compareceu na residência de eu (sic), Silvano, em Ananás, a Senhora Maria de Nazaré, para comunicar que em relação às denúncias de Trabalho Escravo feitas pela Comissão Pastoral da Terra envolvendo várias fazendas do sul do Pará (denúncias essas que culminaram com a prisão de 5 pessoas do município de Ananás), os que se envolveram na operação, principalmente o Mário Lúcio de Avelar e o frei Xavier estão correndo sério risco de vida, segundo informação recebida neste dia, por telefone, de seu irmão, residente no Xingu. Segundo a Sra. Nazaré, seu irmão é um grileiro pequeno (17 alqueires), é quase vizinho do fazendeiro Branquinho (de Ananás) e possui uma camionete nova. Disse ainda que não ocorreu nada ainda mas só estão esperando uma brecha (...); No dia 17 de dezembro pela manhã, a Sra. Nazaré ligou para o frei Xavier informando que, devido um probleminha com a sua filha doente, estaria adiando sua ida a Araguaína até o máximo quinta-feira, 20 de dezembro. Porém pelo que contou mais tarde, seu esposo, Luis Fernando Marchezsky, a orientou posteriormente para que não fosse depor, pois ela correria grande risco de vida (...). Diante de tal situação, no dia 24/12/2002, estivemos na residência da Senhora Maria de Nazaré por volta das 10 horas com o objetivo de saber se a mesma estaria disposta a ir conosco para Araguaína para formalizar suas denúncias. A mesma se recusou, alegando que não assinaria nenhum documento, a mesma repassou novamente, com mais detalhes o que acontecera no dia 15 de dezembro: ela nos confirmou que, em uma conversa por telefone com o seu irmão, ao saber como andava a vida um do outro, a Senhora Maria Nazaré dissera a ele que esteve perto de sua mãe, na cidade de Araguaína, mas que não pode visitá-la devido ser ocupada o dia todo por uma reunião com o pessoal da Comissão Pastoral da Terra e dos Direitos Humanos. Que ao saber disso, o seu irmão, José Ferreira, assombrado, lhe dissera que se afastasse desse pessoal, pois ele havia estado dois dias antes com o Sr. Branquinho (seu vizinho), e, na oportunidade, o mesmo informou-lhe que já havia contratado pistoleiros para apagar as pessoas que tanto o tinham prejudicado com suas denúncias, começando pelos ‘peixes grandes’, entre eles, o Corregedor Mário Lúcio, como também, o Frei (e ao ser indagado, o irmão confirmou: o frei Xavier) e demais integrantes da Comissão Pastoral da Terra e outras pessoas consideradas pequenas e que se envolveram no caso; relatou, ainda, que todas essas

pessoas estão sendo vigiadas a cada passo e que não acabaram ainda com elas por que não encontraram nenhuma brecha; que o seu irmão relatou ainda, a participação neste esquema de eliminação, além do Branquinho, de mais dois fazendeiros; que ela acha que um deles seria o ex-deputado estadual e ex-prefeito de Ananás, Onofre Marques de Melo, pois o mesmo tem uma fazenda ligada à do Branquinho; que estariam juntos planejamento tais ações...”

A referida ameaça, proferida contra o Procurador da República Mário Lúcio de Avelar, o Frei Xavier Plassat, agentes da Comissão Pastoral da Terra, ocorreu em meados de dezembro de 2002, como forma de reação à atuação e às diligências realizadas na cidade de Ananás e que resultaram na decretação da prisão temporária do requerido Aldimir Lima Nunes e outros fazendeiros.

As ameaças de morte contra Autoridades Públicas, agentes da Comissão Pastoral da Terra e aos trabalhadores rurais vieram novamente à tona em julho de 2003, conforme se vê dos termos de depoimento de Jair Matos de Alencar, prestado junto a Polícia Federal:

“Que estava trabalhando na fazenda Légua de Pedra, distante 42 km da sede do município de Ananás/TO, quando foi encontrada pela fiscalização do Ministério do Trabalho e da Polícia Federal; que na frente de serviço trabalhavam 10 pessoas contando com o depoente; que uma semana após a fiscalização o haver encontrado, foi efetuado o pagamento dos direitos trabalhistas pelo “gerente” Ronaldo; que há 15 dias Clodoaldo, conhecido na região como pistoleiro, disse ao declarante; “é Jair, assim que acalmar mais um pouco, vai cair de um em um” e continuou “há se eu descobrisse quem denunciou o Joaquim Farias”, referindo-se a um fazendeiro cuja fazenda foi fiscalizada antes da que o declarante trabalhava...”

A Comissão Pastoral da Terra, posteriormente ao depoimento prestado por Jair Matos de Alencar à Polícia Federal, em documento datado de 13/08/2003, fez anotar a seguinte observação:

“Posteriormente ao depoimento prestado no MPF/TO em 10/07/2003, o Sr. Jair recordou esses outros fatos: Em torno de 30 de junho no povoado de Santa Isabel ‘na margem esquerda do rio Araguaia, município de Palestina/PA, enquanto Jair terminava o serviço de descarregar uma carreta de sal de origem de Fortaleza/CE’, o motorista da carreta convidou a turma dos serventes para tomar refrigerante e ali alguém de Santa Isabel, não identificado (era um baixinho, uns 40 anos, moreno, cabelo cumpridão batendo nas costas, parecendo uma piruca, andava numa moto titã, branca, velha) comentou algo que o Jair, aparentemente não iden-

tificado pelo motorista, escutou: “Lá em Ananás é gente boa, porém tem o Jair, filho do Benedito, o Silvano, que já foi embora, e o Mário Lúcio: esses três estão na mira”. No final de junho ainda, a Cássia (irmã do Branquinho) foi na casa da mãe do Jair perguntar: “o que são essas reuniões deles? Estão mesmo denunciando meu irmão? “Ao que a mãe respondeu que não, o Jair tinha nada a ver com isso. No último dia 8 de agosto, Jair reparou que estando ele na rua em Ananás (Av. Betel), descarregando um caminhão de madeira, o Clodoaldo passou de motinha azul (moto titã nova) e, ao vê-lo, voltou para trás e passou mais três vezes olhando para o Jair. Desde a dia 10 de agosto, o Jair saiu de Ananás; Em breve estará se mudando para outra região, junto com a esposa. Outro trabalhador, informante de vários casos ocorridos na região, também está pensando em sair de Ananás por algum tempo. O Sr. Luís Martins Domingos da Silva (junto com Jair) trabalhou na fazenda Três Jotas, do Joaquim do Tato, que teve prisão decretada na mesma operação de outubro de 2002; a esposa dele, Dona Dalvina, é tia da Maria Roseni Domingos da Silva, esposa do Jair.”

3. Dos Fatos Concretos e Preparatórios de Homicídio Contra Autoridade Pública

As ameaças contra a vida de Autoridades Públicas, da Comissão Pastoral da Terra e de testemunhas transformaram-se em fatos concretos no dia 30 de julho de 2003, na cidade de Palmas, quando 2 (dois) pistoleiros abordaram o veículo do Procurador da República Mário Lúcio de Avelar na tentativa de matá-lo, fato que somente não se realizou em razão de sua ausência naquele momento.

Os atos para a execução do Procurador da República Mário Lúcio de Avelar repetiram a prática e o *modus operandi* dos crimes de homicídio, mediante encomenda, amplamente praticados pelo requerido Aldimir Lima Nunes e sinalizados em, pelo menos outros 2 (dois) casos identificados e levadas à Justiça.

Os termos de depoimento de Josino Nogueira de Sousa Guerra provam o bastante a iniciativa e execução de atos preparatórios para a eliminação do Procurador da República Mário Lúcio de Avelar:

“... Que, ficou utilizando o carro de Mário Lúcio, um Tempra vinho, tendo notado que o carro era constantemente seguido por um veículo gol, cor branca; que não chegou a ver a rosto dos ocupantes do carro; que quinta-feira, 30/07/2003, saiu da casa de Mário Lúcio para visitar um primo quando, na saída da ARSE 22, ao parar frente a preferencial, uma motocicleta parou ao lado do carro; que referida motocicleta conduzia dois homens; que os

dois homens estavam de capacetes, tendo o carona puxado uma arma; que o piloto da moto gritou para o outro homem “não, não é ele não”; que, em razão do nervosismo, o depoente não conseguiu anotar a placa da motocicleta, mas se recorda que a cor da moto era predominantemente o vermelho; que também observou que o carona era bastante alto, vez que conseguiu sacar e depois guardar a arma sem desmontar da moto, só levantando o assento; que os vizinhos também haviam notado movimentações estranhas nas imediações da casa de Mário Lúcio; que, em razão da situação porque passou com o “pistoleiro”, o depoente passou uns três dias abalado psicologicamente”

4. *Dos Pedidos*

Isto posto, o Ministério Público Federal requer seja o presente aditamento aos termos da denúncia oferecida contra Aldimir Lima Nunes (Ação Penal 2003.39.01.00497-0) para o fim de imputar-se-lhe a prática do crime descrito no art. 147 do Código Penal, c/c o art. 71, ambos do Código Penal, requerendo, desde já, seja o acusado citado para se ver processado até final condenação.

Requer, mais, sejam notificadas as testemunhas abaixo para virem depor em juízo em dia e hora a ser designados.

Marabá, 24/09/2003.

Processada a causa, o magistrado assim a decidiu:

A nulidade argüida pela defesa, relativamente à suspeição do Procurador da República Mário Lúcio Avelar, não pode ser acatada. Conquanto diga respeito à suspeição do Procurador da República que subscreveu a petição inicial, visa, exclusivamente, ao trancamento da ação penal e, não, ao afastamento do membro do Ministério Público do processo. Isso porque o pedido foi formulado sem apresentação de procuração com poderes especiais, como determina o art. 98 do Código de Processo Penal. Por conseguinte, o pedido deve ser examinado como questão preliminar e, não, como exceção processual.

Por uma questão cronológica, não se verifica o alegado vício processual. A participação do Procurador da República no processo resumiu-se à elaboração da petição inicial, confeccionada em 22/07/2003. Em data posterior, mais precisamente em 24/09/2003, houve o aditamento da denúncia para incluir o crime de ameaça praticado pelo acusado Aldimir Lima Nunes contra o membro do Parquet. O Procurador tomou conhecimento da ameaça após 30/07/2003, quando seu veículo, conduzido por terceira pessoa, foi abordado por dois homens armados. Antes disso, como narrou em suas declarações,

havia apenas “a sensação generalizada entre as pessoas envolvidas na investigação na cidade de Ananás quanto a correrem risco de vida” (f. 345), o que não seria causa suficiente para por em xeque a imparcialidade do Procurador.

De qualquer forma, observa-se que a petição inicial não foi subscrita apenas por Mário Lúcio Avelar, pois também contou com a participação da Procuradora da República Eloisa Helena Machado. Foi ela quem encaminhou a denúncia ao Juízo Federal, consoante se depreende do documento de fls. 84/85. Eventual suspeição que se reconhecesse não abrangeria a Procuradora da República, contra a qual nada foi mencionado, e a denúncia subsistiria em todos os seus termos. Assim, rejeito a preliminar.

Ainda sob o aspecto preliminar, ao acusado foi imputada a prática de crime de ameaça contra Mário Lúcio de Avelar, o Frei Xavier Plassat, Silvano Rezende, Edmundo Rodrigues Costa e Jair Matos de Alencar. A denúncia foi recebida em 02/10/2003 e a pena máxima cominada para o delito corresponde a 6 meses, o que importa na consumação do prazo prescricional em dois anos. Observa-se que já transcorreu prazo superior a dois anos, a contar do recebimento da denúncia, de forma a consumir-se a prescrição da pretensão punitiva, nos termos do art. 109, VI, do Código Penal.

No mérito, muitos foram os delitos pelos quais o acusado Aldimir Lima Nunes foi denunciado. A análise seqüencial de cada um deles permitirá aferir em que medida a denúncia deve ser acolhida.

O crime descrito no art. 337-A do Código Penal não restou configurado. É até possível que houve a supressão ou a redução de contribuição social previdenciária, mas a falta de constituição definitiva do crédito tributário é condição objetiva de punibilidade de que não se pode prescindir para a apenação do acusado. As informações prestadas pelo INSS às fls. 740/742 esclarecem que sequer houve fiscalização nas fazendas do acusado para fins de lançamento das contribuições previdenciárias, motivo por que, nesse aspecto, a denúncia deve ser rejeitada, nos termos do art. 43, III, do Código de Processo Penal.

O delito previsto no art. 20 da Lei igualmente não ficou caracterizado. Não há prova de que o acusado invadiu, com intenção de ocupar, terras da União, dos Estados e dos Municípios. É certo que não se juntou aos autos título da propriedade das fazendas Lagoa das Vacas e Saco Verde, mas nem por isso se pode presumir que a posse exercida pelo acusado é feita sobre terras públicas. O acusado afirma que adquiriu, por R\$ 180.000,00 a fazenda Lagoa das Vacas e, caso sua versão seja verdadeira,

não haveria crime, porque se pune apenas aquele que invade terras da União, dos Estados e dos Municípios. No tocante à fazenda Saco Verde, o réu nega ser seu proprietário, a despeito das provas em sentido contrário, o que, no entanto, pouco interfere na resolução do feito, especialmente porque as diligências foram realizadas na fazenda Lagoa das Vacas. A testemunha Derocy Pereira Rocha, técnico ambiental, não soube informar se a área ocupada pela fazenda Lagoa das Vacas era pública ou privada. No mesmo sentido, João Batista Gomes da Silva disse que as terras eram de origem duvidosa, não se sabendo se são públicas, devolutas ou de particulares (fl. 506), o que demonstra que o caráter público da terra não é incontroverso.

Dessa forma, sem a exibição de documento que comprove a titularidade das terras pela União, Estados e Municípios e diante da alegação de que houve a aquisição da posse de terceiro, seria temerário impor condenação ao acusado pela grilagem de terras públicas.

Outrossim, o crime de omissão de socorro não teve seus elementos constitutivos comprovados. Não se demonstrou em que medida o acusado deixou de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública. O tratamento que conferia aos trabalhadores, não lhes fornecendo assistência médica, amolda-se a outra figura típica, qual seja, a redução à condição análoga de escravo.

Quanto a este crime, restou demonstrado que o acusado não apenas recusava assistência médica aos trabalhadores, como também suprimia inúmeros direitos trabalhistas que faziam da mão-de-obra objeto.

A testemunha Derocy Pereira Rocha constata que a moradia dos trabalhadores consistia apenas em uma armação de madeira com a colocação de plástico de tonalidade preta por cima, sem banheiro. Chegou a conversar com dois trabalhadores e, embora eles não tenham relatado a submissão a maus-tratos, a consumação do crime permaneceu incólume. O mesmo se diz em relação às testemunhas de defesa. Apesar de algumas testemunhas afirmarem que não havia trabalho escravo, tal circunstância não elide as provas produzidas de que os trabalhadores eram tratados como tais.

A testemunha João Batista Gomes da Silva participou da operação porque pertencia ao grupo de erradicação de trabalho escravo no Brasil. Pôde constatar que havia oito trabalhadores reduzidos à condição análoga de escravo e seis deles estavam na

propriedade do acusado, motivo por que tiveram o vínculo empregatício reconhecido e seus direitos trabalhistas quitados. Os trabalhadores estavam muito assustados e, inicialmente, não queriam conversar com os servidores. Finalizou o depoimento dizendo que o aliciamento de trabalhadores pelo réu ficou amplamente comprovado, bem como a intimidação deles (fl. 507).

O ofendido Edmundo Rodrigues Costa soube, através de trabalhadores, que o acusado os aliciava para suas fazendas. Providenciava-se o endividamento dos trabalhadores, para que não interrompessem as atividades para a qual foram aliciados e, quando tentavam sair da fazenda, eram ameaçados pelos homens que fazem a segurança armada (fl. 391). As declarações foram confirmadas pelo também ofendido Silvano Lima Rezende, que acrescentou que os trabalhadores são arregimentados para, por empreitada, realizar o desmatamento da floresta durante o período de três meses (fl. 393/395). O ofendido Frei Xavier Jean Marie Plassat, agente da Pastoral da Terra, relatou ter tomado conhecimento de três denúncias feitas por trabalhadores rurais que saíram das fazendas pertencentes ao acusado Aldimir Lima Nunes. Informou que os trabalhadores vivem em condições sub-humanas, sem assistência médica, constantemente ameaçados e realizam jornadas de trabalho ininterruptas (fls. 396/397).

Os documentos de fls. 686/724, elaborados quando da diligência na fazenda Lagoa das Vacas, comprovam que os trabalhadores não recebiam equipamentos de proteção, contraíam dívidas na propriedade rural, não havia instalações sanitárias, tampouco fornecimento de água potável, nem auferiam remuneração.

O plágio ficou caracterizado, porque os trabalhadores tinham a liberdade suprimida, eram acomodados em condições sub-humanas e a eles eram negados inúmeros direitos trabalhistas.

A falta de oferta de equipamentos de proteção, tal como acima relatado pelas testemunhas e comprovado pela fotografia de fl. 719, tipifica o crime de exposição da vida ou da saúde de outrem a perigo direto e iminente.

O mesmo pode ser dito em relação ao crime de frustração de direito assegurado por lei trabalhista. Se a gravidade da situação a que eram submetidos os trabalhadores equiparava-se à redução à condição análoga de escravo, obviamente que os direitos trabalhistas foram suprimidos. Somente após a diligência que contou com a participação do Ministério do Trabalho, o responsável pela fazenda, Francisco Sérgio, efetuou o pagamento das verbas trabalhistas, consoante demonstram os documen-

tos de fls. 712/717. Mas, nesse momento, o crime já havia consumado-se e o pagamento efetuado apenas terá repercussão no estabelecimento da pena.

O acusado confessou que seis trabalhadores não haviam sido registrados e justificou a omissão pelo fato de ser recente a contratação deles, cerca de quinze dias antes da inspeção na propriedade. Os documentos de fls. 712/716 dizem o contrário, pois mencionam a admissão ocorrida nos meses de maio e junho de 2003, com afastamento em julho do mesmo ano. A testemunha de defesa Francisco Rodrigues de Almeida, que já prestara serviços para o acusado, informou que os trabalhadores contratados não tinham a carteira profissional registrada e o pagamento era feito por diárias. Em uma primeira oportunidade, os serviços duraram 30 dias e, na segunda vez, 45 dias. Contudo, mesmo que o pagamento fosse feito por diárias, haveria necessidade de se fazer o registro do contrato na CTPS. A omissão em efetuar os registros enquadra-se nas sanções do art. 297, § 4º, do Código Penal.

Dois dos crimes ambientais consumaram-se.

Houve a destruição de floresta considerada de preservação permanente, como estabelece o art. 38 da Lei 9.605/1998. O desmatamento, da área de preservação permanente e daquela ocupada por floresta, foi feito através de motosserras, sem licença ou registro da autoridade competente (art. 51). Contudo, não se comprovou tenha o acusado provocado poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultaram em danos à saúde humana, provocaram a mortandade de animais ou a destruição da flora.

A testemunha Derocy Pereira Rocha, que participou das diligências na fazenda Lagoa das Vacas, afirmou ter encontrado aproximadamente 20 metros cúbicos de madeira serrada de castanheira, cuja exploração é vedada. Relatou que várias árvores da floresta de preservação permanente, situadas às margens de rios, córregos, igarapés e encostas de morro, estavam derrubadas e a medição da área, por sua extensão, foi feita através de helicóptero. Havia extensas áreas desmatadas, em data recente, e queimadas, para serem transformadas em pasto, além de várias motosserras (fl. 355). O fato é confirmado por Raimundo Alberto, que constatou a prática de crimes de desmatamento e exploração ilegal de madeira (fl. 414).

As imagens de satélite de fls. 583/585 confirmam a evolução do desmatamento nos anos de 2002 a 2004. No mesmo sentido, a testemunha de defesa Amauri Rodrigues narrou que a área da fazenda do acusado foi devastada para a criação de

gado, tendo sido ampliado o desmatamento após a aquisição da terra por ele.

No tocante ao delito de quadrilha ou bando, não é possível reconhecer a formação. O delito descrito no art. 288 do Código Penal exige a participação de mais de três pessoas para o cometimento de crimes. Conquanto seja certo que Aldimir Lima Nunes e Francisco Sérgio associaram-se para praticar ilícitos na exploração da fazenda Lagoa das Vacas, não há prova de que os demais réus também fazem parte dessa associação de caráter permanente. Pelo que ficou demonstrado, os demais réus, assim como outras pessoas não denunciadas, eram contratados para cuidar do aliciamento e da manutenção dos trabalhadores na propriedade rural. Não há prova de que a quadrilha era composta pelos mesmos réus e há indícios de que existia variação de comparsas. Nenhuma das testemunhas soube informar quais eram, além de Aldimir Lima Nunes e Francisco Sérgio, os acusados que constantemente atuavam nas fazendas Lagoa das Vacas e Saco Verde. Nem sempre os mesmos 'gatos' e capangas atuavam em conjunto com Aldimir Lima Nunes e Francisco Sérgio e essa circunstância obsta o reconhecimento da associação estável.

Ante o exposto, julgo extinta a punibilidade relativamente aos crimes de ameaça, nos termos do art. 107, IV c/c o art. 109, VI, do Código Penal e acolho parcialmente a denúncia para condenar Aldimir Lima Nunes pela prática dos delitos descritos nos arts. 132, 149, 203, 297, § 4º, todos do Código Penal, e nos arts. 38 e 51 da Lei na forma do art. 69 do estatuto repressivo.

A aplicação da pena obedecerá às diretivas do art. 59 e seguintes da lei penal.

A culpabilidade do agente gerou significativo grau de reprovação social, uma vez que os crimes foram praticados em grande escala, com o envolvimento de várias vítimas. O réu é primário, mas há registro de antecedentes desabonadores. Não existem informações depreciativas acerca de sua conduta social, tampouco sobre sua personalidade. Os motivos dos crimes baseiam-se na tentativa de auferir renda ao menor custo. Afirmou-se que seis eram os trabalhadores reduzidos à condição análoga de escravo e para os quais se frustraram os direitos trabalhistas, embora tenha ocorrido o pagamento das verbas cabíveis posteriormente. O pequeno lapso de tempo transcorrido entre a admissão dos trabalhadores e a omissão em registrar os contratos nas CTPS é elemento favorável ao acusado. A destruição de florestas ocorreu em extensa área e houve derrubada de castanheiras, espécime cujo corte é proibido. O acusado foi reconhecido como o mentor intelectual dos crimes, pois era quem comandava os demais co-réus, com o auxílio de Fran-

cisco Sérgio. Os trabalhadores não contribuíram para a ocorrência dos crimes.

Destarte, fixo a pena-base dos crimes do art. 132 em 5 meses de detenção; do art. 149 em três anos de reclusão e 80 dias-multa; do art. 203, em 1 ano e 3 meses de detenção e 35 dias-multa; do art. 297, § 4º, em 2 anos de reclusão; do art. 38 da Lei 9.605/1998, em 2 anos de detenção e 100 dias-multa; e do art. 51 da Lei 9.605/1998 em 4 meses de detenção e 25 dias-multa. Na ausência de causas ou circunstâncias que alterem o quantum das sanções, estabeleço as penas definitivamente em 5 anos de reclusão, 4 anos de detenção e 240 dias-multa.

Fixo o dia-multa em um salário mínimo, atento à condição econômica do réu.

Tendo em vista as circunstâncias acima delineadas, fixo o regime semi-aberto para o cumprimento das penas de reclusão e de detenção.

O acusado encontra-se com a prisão preventiva decretada pela segunda instância, razão pela qual não poderá recorrer em liberdade.

Custas pelo acusado, à metade.

Após o trânsito em julgado, lancem-se o nome do réu no rol de culpados e oficie-se a Justiça Eleitoral para os fins do art. 15, III, da Constituição Federal.

Preenchido o boletim individual, remeta-o ao Instituto de Identificação, para os fins pertinentes.

Publique-se, Registre-se, Intime-se.

Marabá, 09/10/2006. (fls. 751/759).

Apreciação do recurso.

Verifico, inicialmente, ter ocorrido a prescrição da pretensão punitiva estatal, em relação aos crimes previstos no art. 132 do Código Penal e no art. 51 da Lei 9.605/1998.

Com efeito, o acusado foi condenado, em concurso material, a 5 (cinco) meses e a 4 (quatro) meses de detenção, respectivamente, por violação às normas incriminadoras do art. 132 do Código Penal e art. 51 da Lei 9.605/1998, caso em que, considerando, separadamente, as penas aplicadas (Código Penal, art. 119), a prescrição dos referidos crimes verifica-se em 02 (dois) anos (Código Penal, art. 109, VI).

Na hipótese, como entre a data do recebimento da denúncia (02/10/2003 – fl. 183) e a publicação da sentença (16/10/2006 – fl. 760) transcorreram mais de 2 (dois) anos, ocorreu, em relação aos respectivos crimes, a prescrição da pretensão punitiva estatal, nos

termos dos arts. 107-IV, 109-VI, 110, § 1º, e 114-II, todos do Código Penal.

Em assim sendo, em relação aos crimes inscritos nos artigos 132 do Código Penal e 51 da Lei 9.605/1998, extinta encontra-se a punibilidade do réu, em face da prescrição da pretensão punitiva estatal.

Alega ainda o apelante que não há laudo pericial indispensável à materialidade do crime descrito no art. 31 da Lei 9.605/1998. Ocorreria, portanto, nulidade, uma vez desatendido o art. 158 do Código de Processo Penal, que dispõe: *“quando a infração penal deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.”*

Ao tempo da apuração dos fatos, vigorava a seguinte redação do art. 159 do Código de Processo Penal: *“os exames de corpo de delito e as outras perícias serão feitos por dois peritos oficiais.”*

Nesse sentido, inexistente nos autos, subsidiando a denúncia, laudo pericial que atenda ao rigor formal da lei.

O que existe?

Existe, instruindo a denúncia, uma informação técnica pericial, subscrita pelo engenheiro florestal perito do Ministério Público Federal, Carlos Monteiro da Silva. Confira-se nas fls. 16/19. Daí indagar-se: pode tal informação suprir o formalismo do exame previsto no art. 159 do Código de Processo Penal, acima transcrito. Entendo-o possível, por que o que se busca é a juntada aos autos, subsidiando a denúncia, a prova da materialidade da infração. Essa prova, legitimando o recebimento da denúncia, está nos autos, sem nos adentrarmos, todavia, quanto à sua eficácia para a condenação.

Como visto, a denúncia imputa ao acusado conduta violadora do disposto no art. 38 da Lei 9.605/1998, argumentando que, quando da realização da ação fiscal do Grupo Móvel de Fiscalização do Trabalho, agentes do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama) constataram a existência de destruição de vegetação primária de Floresta Amazônica sem licença e/ou autorização legal, na “Fazenda Lagoa das Vacas”.

O laudo pericial realizado pelo engenheiro florestal Carlos Alberto Monteiro da Silva (perito do MPF), em operação conjunta com a Polícia Federal, Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Re-

nováveis – Ibama, Ministério do Trabalho e Ministério Público Federal, quando da vistoria na “Fazenda Lagoa das Vacas”, de propriedade do acusado, constatou a ocorrência de desmatamento com destruição de vegetação primária de Floresta Amazônica consubstanciada na exploração de madeiras imunes de corte como a Castanheira e outras (fls. 16/19).

Embora intitulada informação técnica, o laudo foi assinado por perito habilitado (engenheiro florestal), confirmado na fase inquisitiva (depoimento de fls. 36/43), bem como na fase judicial (fls. 354/356), e ainda corroborado por autos de infrações emitidos e termos de embargo/interdição (fls. 21/26) e imagens de satélite que evidenciam o desmatamento ocorrido na “Fazenda Lagoa das Vacas”, no período de 2002 a 2004 (cf. fls. 581/585).

O fato de o laudo ter sido assinado apenas por um perito não tem o condão de descaracterizar a materialidade do crime, até mesmo porque confirmado por outros elementos de prova, que o acusado não se desincumbiu de desconstituir.

Por outro lado é assente na jurisprudência do egrégio Supremo Tribunal Federal o entendimento no sentido de ser válido o laudo pericial assinado por um único perito (RHC 86888/SP, rel. Ministro Eros Grau, DJ de 02/12/2005), assim como já decidiu o colendo Superior Tribunal de Justiça que a exigência de um número mínimo de assinaturas de dois peritos no laudo, apenas é aplicável à hipótese de a perícia ser elaborada por peritos leigos (RHC 6815/PR, rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ de 17/08/1998), o que não é a hipótese dos autos.

No que se refere à alegação de nulidade processual pela falta de intimação do acusado para as audiências de inquirição das testemunhas de acusação, não há substrato fático para sustentá-la.

O apelante tenta atribuir a responsabilidade de não ter estado presente na oitiva das testemunhas de acusação ao aparelho judicial que se não teria desincumbido de intimá-lo.

No entanto, ao contrário do que afirma, a ele foi expedido mandado de intimação da expedição das cartas precatórias para a oitiva das testemunhas de acusação (fl. 304), que só não foi cumprido, conforme certidão do oficial de justiça (fl. 305), porque o réu, à época, estava foragido.

Por outro lado, o seu defensor foi devidamente intimado e participou das oitivas das testemunhas de acusação, sendo-lhe garantido o contraditório e o exercício da ampla defesa, assegurado ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo.

Ressalte-se que o próprio advogado do acusado foi quem se dirigiu pessoalmente às comarcas deprecadas e protocolou as cartas precatórias, dando conhecimento de todos esses atos processuais ao juízo deprecante (fls. 282, 293, 295), sem que tenha demonstrado a ocorrência de qualquer prejuízo.

Com efeito, o egrégio Supremo Tribunal Federal tem entendido ser relativa a nulidade decorrente do não comparecimento do acusado ao interrogatório de testemunhas, havendo ainda que se demonstrar, em casos que tais, a ocorrência de prejuízo sofrido pela defesa.

Nesse sentido, trago à colação ementa de julgamento daquela egrégia Corte Constitucional, *verbis*:

Ementa: Habeas Corpus. Paciente pronunciado por Homicídio Qualificado. Alegação de constrangimento ilegal decorrente da nomeação de Defensor Dativo antes da juntada aos autos da Carta Precatória expedida com vistas à intimação do réu para a constituição de novo patrono; não-Comparecimento do réu, que se encontrava preso, aos interrogatórios das testemunhas; deficiência da defesa técnica promovida pelo Advogado Dativo, traduzida, especialmente, na ausência de recurso contra a sentença de pronúncia e arrolamento das mesmas testemunhas apresentadas pela acusação. A nomeação do defensor dativo, embora anterior à juntada da carta precatória expedida para que o acusado nomeasse novo patrono, nenhum prejuízo causou. Ao contrário, cuidou-se de precaução do douto magistrado para que o réu não ficasse sem assistência no interrogatório das testemunhas. Ademais, o réu foi devidamente intimado, e com bastante antecedência, da audiência marcada, bem como da renúncia de seu defensor. Contudo, mesmo conhecedor da proximidade da dita audiência, ficou inerte o paciente, deixando de providenciar a nomeação de outro advogado. Pacifica a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal de ser relativa a nulidade decorrente do não-comparecimento do acusado ao interrogatório das testemunhas (cf. HC 75.225), inexistindo, por outro lado, indícios de prejuízo à defesa. Quanto à mencionada deficiência da defesa técnica do paciente, o acórdão impugnado demonstrou com precedente desta colenda Corte

a não-obrigatoriedade de recurso pelo defensor. De mais a mais, consta dos autos documento denominado “Termo de Renúncia ao Direito de Recurso”, preenchido pessoalmente pelo acusado, no qual declara “estar conformado com a decisão, não desejando dela recorrer para a Superior Instância”. Por fim, o advogado dativo não permaneceu inerte durante a instrução. Ao revés, formulou perguntas a várias das testemunhas, sendo que as alegações finais apresentadas pelo causidico ficaram longe de ser meramente burocráticas. Diante desse panorama, não se evidencia prejuízo efetivo ao paciente, resultante da atuação da defesa técnica. *Habeas corpus* indeferido.

(HC 84.442/SP, Relator Ministro Carlos Britto, 1ª Turma, julgado por unanimidade em 30/11/2004, publicado no *DJ* de 25/02/2005).

Afasto, ainda, a alegação de nulidade pela deficiência da defesa técnica do apelante, considerando que a defesa do acusado, anteriormente constituída, apresentou em tempo e na medida do razoável, as peças processuais de direito, alegando e requerendo em prol de seu paciente, o necessário ao afastamento da matéria da acusação, sem que tenha se omitido de razões a eventual caracterização de que o réu tenha ficado indefeso.

Quanto ao ataque à dosimetria, não constitui matéria a ser enfrentada em preliminar.

Passo ao exame do *mérito*.

O delito do art. 149 do Código Penal, ao tempo em que cometida a infração, estava assim, definido:

Reduzir alguém a condição análoga à de escravo; pena – reclusão, de dois a oito anos.

Com a Lei 10.803/2003, ficou assim redefinido:

Art. 1º O art. 149 do Decreto-Lei 2.848, de 07/12/1940, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:

Pena – reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I – cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;

II – mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

§ 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido:

I – contra criança ou adolescente;

II – por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem. (NR)

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 11/12/2003; 182º da Independência e 115º da República.

A causa será apreciada conforme o primitivo enunciado do art. 149, vigente à época da prática do fato.

Entendo que a prova está completamente falha, pois a denúncia não diz quem foi reduzido a condição análoga de escravo. Li a denúncia em seu inteiro teor. Onde, nela, está dito quem foi reduzido a condição análoga de escravo? Diz-se que havia oito trabalhadores, encontrados num universo de cem, na fazenda e outros sessenta empregados, apreenderam-se documentos, e não se diz quais pessoas foram reduzidas a condição análoga de escravo, como também, das seis ou oito que foram encontradas na fazenda, em relação às quais houve regularização do débito trabalhista, não são nominadas essas pessoas, não foram inquiridas para se saber a condição sob as quais tinham sido contratadas para o serviço da fazenda e como era prestado seu serviço. Alega-se que a fazenda não tinha sanitários, e aí carece a acusação de bom senso. No meio de uma fazenda perdida em floresta nos rincões da Amazônia, é difícil, se não impossível, encontrar-se água encanada, energia elétrica, equipamentos sanitários; tais condições de conforto, a vida urbana é que as propicia, não a vida do campo. E sobretudo quando se trata de prestação de serviços de diarista, não havendo sequer referência a que a fazenda tenha casa-sede, instalações adequadas e outras comodidades facilitando a vida de seus moradores.

A prova está a parecer-me deficiente, pois, diante da redação primitiva do tipo incriminado — “reduzir alguém à condição análoga de escravo” — teria que necessariamente mostrar, deixar evidente que o trabalhador era um escravo, o que significa dizer que ele não podia usar de sua liberdade, que era objeto de direito, porque esse é o sentido de escravidão: um homem re-

duzir outro a objeto de direito. Era assim a escravidão, desde a antiguidade. Foi assim codificada no Direito romano, assim a tivemos no Brasil Colônia e no Brasil Império, essa chaga da escravidão, em que o escravo era objeto de direito. Para que se tenha a configuração do crime é necessária a prova de que um homem foi por outro reduzido a objeto de direito, de que um homem dispunha de outro, como objeto de direito, dispunha, usava e fruía como sendo sua propriedade. Para que isso ficasse demonstrado, ter-se-ia, evidentemente, que ouvir essas pessoas, e a denúncia passa ao largo disso, não diz sequer quais pessoas tinham sido reduzidas à escravidão, e na instrução, muito menos foram ouvidas. Quem é que foi ouvido? Foram ouvidos os ofendidos — chamo a atenção —, na ação de ameaça atribuída ao acusado.

Penso que a prova, à luz dessas considerações, é insuficiente para se condenar pelo crime do art. 149 do Código Penal: *“Reduzir alguém a condição análoga à de escravo”*.

Outra imputação, a do art. 203 do Código Penal: *“Frustrar, mediante fraude ou violência, direito assegurado pela legislação do trabalho”*. Qual o direito frustrado com violência ou fraude a trabalhador que não apenas esteja demonstrado nos autos, mas sobretudo articulado na denúncia? Não se diz qual é esse direito. O que foi? Foi salário? Foram férias? Ai se diz: *“Não, mas houve um acerto”*. Se houve um acerto, os termos desse acerto teriam ou que figurar na própria denúncia para mostrar que houve efetivamente a fraude daqueles direitos trabalhistas, ou, então, em posterior aditamento à denúncia. O aditamento existe para isso, na dicção do art. 569 do Código de Processo Penal: *“as omissões da denúncia ou da queixa poderão ser supridas a qualquer tempo antes da sentença”*. É o aditamento, e o procurador sabia que existia o aditamento, tanto sabia que aditou a denúncia para incluir a ameaça, mas não o fez em relação a esse fato relevantíssimo para a integração do tipo penal, a esse fato de explicitar quais os direitos que foram violados e quais os trabalhadores que sofreram essa violação. Tal não foi dito. Não foi dito na denúncia nem foi comprovado efetivamente nos autos.

A outra acusação é a da infringência ao art. 297, § 4º, do Código Penal, que estabelece:

§ 4º Nas mesmas penas incorre quem omite, nos documentos mencionados no § 3º, nome do segurado e seus dados pessoais, a remuneração, a

vigência do contrato de trabalho ou de prestação de serviços.

A linha de argumentação que usei para afastar ou desqualificar a condenação pelos delitos dos arts. 149 e 203 do Código Penal prevalece para o delito do art. 297, § 4º. Quais foram os trabalhadores que deveriam constar da relação de salários ou do GFIP, e não foram incluídos? Não se diz quais foram, e o juiz raciocina pela hipótese: *“Não. Se tinha trabalho escravo na fazenda — a dedução do juiz —, conseqüentemente foram frustrados direitos do trabalho e foram descumpridos aqueles encargos a que se reportam o art. 297, § 4º, do Código Penal.”*

Mas não é isso que deve prevalecer em termos de lógica que leve a concluir pela condenação. Dever-se-ia, sim, mostrar a transgressão do tipo penal, explicitando no caso os trabalhadores tais e tais da fazenda que deveriam constar da relação de trabalhadores, pela fazenda do acusado encaminhada à Previdência Social, e não o foram. Não há essa alegação. Ainda mais — há um detalhe importante — a própria Previdência, está aqui nos autos às fls. 727/729, encaminhou um ofício, quando lhe foi cobrada qual era a situação daqueles levantamentos envolvendo débitos previdenciários, dizendo que havia muito trabalho e que ainda não tinha condição de fornecer esses elementos. Está isso nos autos. Confira-se:

OF. 12401/323 – Delegacia da Receita Previdenciária em Belém/PA

Belém, 04/09/2006

Ao MM Juiz Federal da Subseção Judiciária de Marabá/PA

Dr. Carlos Henrique Borlido Haddad

End. Praça do Mogno, 6.665 – Bairro do Amapá

CEP: 68503-120 – Marabá/PA

Assunto: Fiscalização das Fazendas Saco Verde e Lagos das Vacas

1. Em atenção ao Ofício 382-SECREI, de 28/03/2006, oriundo da Justiça Federal Subseção Judiciária de Marabá, no qual solicita-se auditoria-fiscal nas Fazendas Saco Verde e Lagoa das Vacas, possivelmente da propriedade de Aldimir Lima Nunes, matriculadas no Cadastro Específico do INSS – CEI, sob o 50.016.10208/88, prestamos a V. Exa. os seguintes esclarecimentos:

1.1 As ações fiscais executadas por esta Delegacia são, em regra, programadas pela Seção de Planejamento com base em parâmetros delineados no Plano Anual de Ação de Fiscalização, confec-

cionado pelo órgão central da Secretaria da Receita Previdenciária e estabelecido mediante ato interno obrigatório.

1.2 Nesse sentido, a Seção de Planejamento desta Delegacia constatou, a princípio, que as propriedades mencionadas não se enquadram nos critérios que justifiquem uma ação fiscal de imediato, em especial, por não apresentar potencial de crédito previdenciário a constituir;

1.3 No entanto, a Seção de Planejamento propõe que eventual auditoria-fiscal seja designada para um momento oportuno, em que se tenha um Auditor-fiscal da Previdência Social deslocado para o município sede das fazendas – São Félix do Xingu, salientando, inclusive, que nos três primeiros trimestres de 2006, não tivemos programação de ações para esse município paraense;

1.4 Não obstante estes fatos, a Delegacia em Belém tem enfrentado atualmente enormes problemas de ordem operacional, com relação ao quantitativo disponível de Auditores-fiscais para proceder auditorias no Estado do Pará, sendo certo que do contingente mínimo necessário de 70 (setenta) profissionais, dispomos, em média, apenas de 35 (trinta e cinco) auditores-fiscais para desempenhar as atividades internas e externas na área específica da fiscalização, problema este já repassado diversas vezes às autoridades máximas do órgão, mas que, até o momento, não foi apresentada qualquer solução;

1.5 É importante frisar que o Plano Anual de Ação de Fiscalização estabelece várias metas a serem cumpridas pelas Delegacias, prevendo, no caso das ações fiscais desenvolvidas em empresas de pequeno porte – como as propriedades rurais mencionadas, que os contribuintes apresentem potencial de crédito estimado a ser constituído superior a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais);

1.6 Apenas para conhecimento de V. Exa., diga-se que há pontualmente, ainda para este ano, 380 (trezentos e oitenta) auditorias-fiscais possíveis de serem executadas, em vários municípios do Estado do Pará, com estimativas de crédito previdenciário a ser constituído individualmente, em alguns casos, de R\$ 5.500.000,00 (cinco milhões e quinhentos mil reais), contudo sem possibilidade de atendimento ante a insuficiência de pessoal para a sua execução, resultando, assim, em inadimplência e sonegação das contribuições destinadas ao pagamento dos benefícios previdenciários;

1.7 Some-se a estas questões, o fato de que a localização das fazendas citadas – zona rural do município de São Félix do Xingu, necessitaria, muito provavelmente, de apoio policial para o deslocamento e proteção, conforme ocorrido em outras

oportunidades de ações conjuntas com a participação da Polícia Federal e do Ministério Público Federal na região sul do Estado, apoio este imprescindível, pois são locais, em geral, ermos e de difícil acesso, cujo deslocamento de Auditor-fiscal sem o apoio de força policial se torna temerário a sua segurança.

2. Posto isso, relatou-se a V. Exa., de forma sucinta, os óbices que impediram o cumprimento imediato da auditoria-fiscal determinada pela autoridade judiciária, salientando que esta Delegacia, em momento algum, furtou-se ao atendimento da ordem judicial.

3. Contudo, ressaltamos que as solicitações de auditoria em empresas/contribuintes, os quais não se enquadram no Plano de Ação Anual, são recebidos na Seção de Fiscalização desta Delegacia, cadastradas e vinculadas ao CNPJ/CEI do responsável, para que, no momento que se tenha programado qualquer ação fiscal para a região ou município sede da propriedade/fazenda (domicílio fiscal), se realize também a auditoria determinada ou requisitada, informando, posteriormente, o resultado do procedimento fiscal.

4. Por fim, se a solicitação da auditoria-fiscal supramencionada for imperiosa às atividades da justiça, esta Delegacia coloca-se à disposição deste douto juízo para executá-la, esclarecendo, no entanto, que o procedimento fiscal em contribuinte de pequeno porte deve ser concluído em um prazo médio de uma a três semanas, em face da análise de documentos fiscais e contábeis, necessitando-se, porém, que V. Exa. determine à Polícia Federal que forneça o apoio em termos da segurança e transporte local, uma vez que se trata da propriedades localizadas na zona rural do município de São Félix do Xingu.

Respeitosamente.

Maria do Rosário Valente Lobato

Delegada da Receita Previdenciária em Belém-PA.”
(fls. 727/729).

Portanto, em relação aos delitos do art. 149, do art. 203 e do art. 297, § 4º, tudo aponta para a ocorrência de indícios, mas não de prova que autorize condenação, por sua própria indigência. Desconsidero, no caso, o princípio da absorção. O art. 149 tem uma especificidade, é delito definido para a proteção da liberdade: “reduzir alguém a condição análoga à de escravo”, a objetividade jurídica é a defesa da liberdade. O art. 203 do Código Penal tem outra vertente, que é a frustração de direitos trabalhistas, é crime contra a organização do trabalho. Não se conjugam, portanto, de modo a que um absorva o outro, para excluir a imputação. Afasto,

todavia, imputação pela insuficiência de provas, não há provas suficientes para a condenação.

A prova em que se lastreia a acusação da prática do delito do art. 38 da Lei 9.605, é uma informação técnica pericial subscrita por perito do Ministério Público Federal, da qual destaco:

Dos fatos em geral

Nos dias 23 a 28/06/2003 em operação conjunta com a Polícia Federal, Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis – Ibama, Ministério do Trabalho e Ministério Público Federal, foram realizadas incursões na região do município de São Félix do Xingu com o objetivo de identificar desmatamentos, extração irregular de madeira, consecução de trabalho escravo e ‘grilagem’ de terras públicas.

Efetuaram-se diligências aéreas e por terra em várias propriedades rurais na região conhecida como ‘terra do meio’ identificando-se grandes focos de desmatamentos e frentes de trabalho escravo, uma dessas frentes foi constatada na Fazenda Estância do Pontal na qual fora constatado trabalho escravo, constatou-se também um ciclo vicioso no processo de ocupação de terras praticado na região, ocorrendo em primeiro lugar à execução de estradas vicinais para a extração de madeira de valor comercial, geralmente o ‘Mogno’ (*Swietenia macrophylla*, King), em seguida a grilagem de terras vem acompanhando a extração de madeiras. Segundo informações levantadas in loco, a prática começa com a tomada da terra via prática de pistolagem também chamada de ‘limpeza de área’ retirando possíveis posseiros, após a abertura de picadas e demarcação pelos grileiros, realiza-se o ‘roço’, geralmente entre os meses de março a abril, daí os grileiros entram com o fogo para limpeza do sub-bosque e plantio do capim para o gado e no ano seguinte ocorre à derrubada das árvores grandes, no entanto, sem valor comercial expressivo, pois se trata das chamadas ‘madeiras brancas’.

Utilizou-se para a realização das vistorias equipamentos GPS, notebooks, máquinas fotográficas diversas, impressoras, mapas da região, imagens de satélite Land Sat órbita ponto 226-64, veículos caminhonetes traçados e Helicóptero, com objetivo de planejar, localizar e identificar as frentes de exploração de madeira e focos de desmatamentos e trabalho escravo.

Da Vistoria

No dia 29/06/2003, realizou-se diligência na localidade da Fazenda Lagoa das Vacas, também conhecida como Pista 2, cujos proprietários são os Srs.

Francisco Sérgio da Silva Siqueira e Aldimir Lima Nunes, também conhecido como “brinquinho”.

Nesta frente de trabalho constatou-se ainda, que a área vistoriada não possui documentação como escritura pública, matrícula do imóvel, nem sequer não foi apresentado o pagamento de impostos da mesma como Imposto Territorial Rural – ITR, não possuindo mapas que a identifiquem como propriedade rural e tão pouco o memorial descritivo, que possa identificar os limites e materializá-la ao real mundo dos fatos. No entanto, sabe-se que nesta região nenhum “proprietário” possui tal documentação, pois se trata de terras públicas.

Entretanto, sabe-se a exploração de florestas primitivas na Bacia Amazônica, só pode se dar através de Plano de Manejo Florestal Sustentável e sendo assim, qualquer tipo de extração madeireira seja através de corte seletivo ou não, deveria ser precedido do Plano de Manejo Florestal Sustentável – PMFS. Entretanto, para o uso alternativo do solo, ou seja, a exploração à corte raso não é permitida sem o licenciamento. Para tanto, a Resolução do Conama 001 de 23 de janeiro de 1986, resolveu que a apresentação pelos empreendedores do Estudo de Impacto Ambiental é necessário quando o nível de intervenção atingir áreas significativas em termos de percentuais ou de importância do ponto de vista ambiental.

Resultados

Constatou-se com o sobrevôo da área e incursão por terra, destruição significativa da flora amazônica, podendo-se elencar as seguintes irregularidades:

1. corte de árvores em áreas de preservação permanente – APP;
2. corte de espécies como castanheira (*Bertholletia excelsa*), Angelim, Cedro (*Cedrella odorata*), Tatajuba, Muiracarana, Ipê, entre outras;
3. emprego de fogo para consolidar a abertura da floresta;
4. impedimento da regeneração natural da floresta através das queimadas;
5. significativa destruição da flora amazônica e de sua diversidade biológica;
6. depósito de madeiras diversas inclusive as proibidas de corte;
7. mortandade significativa de árvores devido intervenção na floresta.

Constatou-se que a área total de desmatamento na Fazenda Lagoa das Vacas é de 4.589,8171 ha. Como a vegetação constitui tipologia florestal de “floresta” e considerando que a reserva legal deveria possuir 80% do total da propriedade, a Fazenda Lagoa das Vacas deveria possuir uma área total equi-

valente a 22.949,05 ha, entretanto, como não fora apresentado nenhum tipo de documentação que prove a propriedade ou posse legítima dos sócios, Srs. Francisco e Aldimir Lima Nunes, foi impossível detectar e localizar a presença de Reserva Florestal Legal ou materializá-la no campo.

Quanto às áreas de preservação permanente constatou-se intervenção em várias áreas consideradas de preservação permanente em igarapés e áreas com inclinação entre 25° e 45° de declividade, desmate em topos de morros, nos quais são vedadas as suas alterações sendo que a área estimada foi de 21,00 ha.

Constatou-se que houve exploração de madeiras imunes de corte como a Castanheira e outras já mencionadas, cabe mencionar que houve grande destruição da flora amazônica, em estimativa apenas considerando o número de árvores por hectare, poderia se dizer que houve a destruição de cerca de 1.000.000,00 de árvores considerando uma densidade média de 250 árvores por hectare, utilizando foices, motosserras, tratores e caminhão; constatou-se o depósito de madeiras na área e construções de casas e barrações, sendo as mesmas apreendidas com volumetria de 20.000 m³ de madeira serrada de Castanheira e toras de Ipê, Jatobá, Cedrorana e outras cortadas ainda não beneficiadas.

Conclusões

Em função do desrespeito as normas legais ambientais, e da falta da apresentação de dados e levantamentos sobre os possíveis impactos que podem ainda ser causados em função do avanço das frentes de extração de madeira e implantação da agropecuária sobre a biodiversidade regional, conclui-se que a fauna e flora regional correm extremo perigo, devido à rapidez do processo de extração de madeiras, desmatamentos e ocupação dos grileiros de terras que têm causado grande devastação na região com a prática do ciclo vicioso mencionado, embora ainda hoje, haja grandes áreas contíguas de florestas primárias na 'Terra do Meio', como a região foi batizada pela operação, as madeiras locais têm grande responsabilidade no processo absorvendo madeiras oriundas do ciclo vicioso.

Diante desse quadro, em análise mais aprofundada, observa-se que o modelo de ocupação nessa região é extremamente prejudicial e vêm provocando degradação sem precedentes a floresta amazônica, e ecossistemas da região, com a deterioração e extinção de rios e igarapés e alteração definitiva da paisagem regional, marcada por possuir exuberante floresta ainda no seu estado original, ou seja, floresta primária. (fls. 16/19).

Tal prova, a meu sentir, é de uma fragilidade manifesta. O que se diz é que foi feito levantamento aéreo, e se constatou queimada em área de fazendas. Qual a área da fazenda? Não se diz a área da fazenda, ao contrário, diz-se que a fazenda não tem documentação. Quanto à inspeção feita por via aérea, com levantamento de satélite e com o sobrevôo de helicóptero, como estabelecer-se os limites da fazenda? Não existe delimitação da fazenda. Poder-se-ia dizer que toda aquela devastação ambiental fora perpetrada pelo réu ou ao seu mando? Como, se não há sequer certeza quanto aos limites desse imóvel? Esse é o primeiro ponto a ser considerado. A fragilidade, portanto, da prova é evidente, ainda porque há acusação de que houve uso de motosserra. Diz-se que a polícia foi ao local, fez investigação no local, e, depois por terra, mas não foram apreendidas as motosserras. Diz-se que diversas espécies de árvores nobres estavam abatidas, castanheira, angelim e outras, e não houve a apreensão dessas árvores abatidas? Até mesmo para se certificar quanto à autoria da derrubada e a propriedade desses bens?

A prova, como eu disse, serve para sinalizar quanto à materialidade do delito, mas não para estabelecê-la em relação ao acusado com a certeza necessária a lastrear a condenação. A prova, portanto, é insuficiente no particular.

Considero ainda, como ponto a ser destacado, aliás toda linha de argumentação que desenvolvi já aponta no sentido de que a competência para julgar este caso é da Justiça Federal, indubitavelmente. Julgar a causa por quê? Há a imputação de um delito, pelo menos um, de interesse federal, o do art. 297, § 4º do Código Penal. Mas não fora ainda esse aspecto, há também a certeza de que hoje a competência para julgamento de crimes envolvendo prática de trabalho escravo é da Justiça Federal, por meio de precedentes que foram estabelecidos recentemente pelo Supremo Tribunal Federal, superando a aplicação da súmula do antigo Tribunal Federal de Recursos, em sentido contrário.

À vista do exposto, dou provimento à apelação para, em face da prescrição da pretensão punitiva estatal, em relação aos crimes do art. 132 do Código Penal e do art. 51 da Lei 9.605/1998, declarar extinta a punibilidade do réu *Aldimir Lima Nunes*, absolvendo-o quanto às demais imputações, com base no art. 386-VII do Código de Processo Penal.

É o voto.

Voto-Revisor

A Exma. Sra. Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho: — Feita a revisão no presente feito, nada tenho a acrescentar ao relatório de fls. 1.122/1.123.

A presente apelação criminal foi interposta por *Aldimir Lima Nunes* em face da v. sentença que o condenou pela prática dos delitos previstos nos arts. 38 e 51 da Lei 9.605/1998, e também por violação aos arts. 132, 149, 203, 297, § 4º, c/c art. 69, todos do Código Penal.

De início, o apelante suscita a prescrição com relação aos crimes previstos no art. 132 do Código Penal e no art. 51 da Lei 9.605/1998. Para tais crimes, foram fixadas, respectivamente, as penas de 5 (cinco) e 4 (quatro) meses de detenção, hipótese em que, tomadas em isolado as sanções aplicadas (art. 119 do Código Penal), o lapso prescricional para ambas ocorre em 2 (dois) anos, a teor do art. 109, VI, do Código Penal.

Assim, considerando que entre a data de recebimento da denúncia (02/10/2003 – fl. 183) e a data de publicação da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação (16/10/2006 – fl. 580) transcorreram mais de 2 (dois), reconheço a prescrição retroativa da pretensão punitiva estatal, pela pena em concreto, com relação aos crimes previstos no art. 132 do Código Penal e no art. 51 da Lei 9.605/1998, o que alcança, outrossim, a pena de multa imposta (art. 114, II, do Código Penal).

No tocante aos demais delitos, preliminarmente, o apelante argúi nulidade do processo em razão de:

- a) falta de laudo pericial;
- b) ausência de intimação do réu para as audiências de inquirição das testemunhas de acusação;
- c) deficiência da defesa; e
- d) erro na fixação da pena-base.

Todavia, não merecem prosperar as preliminares invocadas pelo réu, conforme doravante passo a explicitar.

No que tange à alegada falta de laudo pericial, frise-se que o único crime imputado ao réu em que a perícia apresenta-se como elemento probatório importante, para fins de exame do corpo de delito, é aquele previsto no art. 38 da Lei 9.605/1998, que trata

da destruição ou danificação de floresta considerada de preservação permanente.

Entrementes, sem razão no ponto, pois, em verdade, realizou-se exame do local, com a produção do laudo destinado à análise dos vestígios daquele crime ambiental, estando acostado às fls. 16/20 dos autos, que, embora intitulado de “Informação Técnica Pericial”, trata-se de verdadeiro laudo pericial, que analisou devidamente a situação ambiental da Fazenda Lagoa das Vacas, concluindo pelo desmatamento de uma área de 4.589,8171 ha (fl. 18).

O fato de haver sido subscrito por um só perito não tem aptidão para invalidar o documento, mormente porque já em vigor a alteração levada a efeito pela Lei 11.690, de 2008, que deu a seguinte redação ao art. 159 do Código de Processo Penal:

Art. 159. O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior.

Assim, com a alteração legislativa em tela, a lei passa a permitir a subscrição do laudo técnico por apenas 1 (um) perito oficial, o que é exatamente a hipótese dos autos, dado que o *expert* subscritor é devidamente qualificado e credenciado, pertencente aos quadros do MPF.

Nesse sentido, trago à baila trecho do voto relator do Min. Menezes Direito, prolatado no HC 86361/SP, 1ª Turma, julgado em 16/10/2007, DJ de 01/02/2008, p. 400, *verbis*:

Ressalte-se que a ausência do laudo pericial a que faz referência o impetrante não é obstáculo ao prosseguimento da ação penal. Como bem ressaltou o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento do HC 456.440.3/0-00: “(...) elementos de prova da materialidade delitiva e ou elementos indiciários existem. Os documentos encartados nos autos, dentre eles fotografias, laudos de autuação da Policial Florestal e de fiscalização que constata irregularidades são mais do que suficientes para esta etapa do procedimento processual penal, propositura e recebimento da ação penal” (fls. 312/313).

Não há sentido falar, assim, em ausência de prova documental da materialidade. Anote-se, a propósito:

“Habeas Corpus. Pesca de camarões durante o período de reprodução da espécie. Alegação de insignificância em face da pequena quantidade de camarão pescado, bem como de inépcia da inicial por ausência de individualização da conduta e ine-

xistência de indícios de autoria. Ausência de perícia demonstrativa da materialidade. Desnecessidade.

Para o trancamento da ação penal, a ausência de tipicidade deve ser evidenciada de plano. Além de noventa quilos de camarão aparentemente não ser insignificante, tal juízo depende de valoração das provas produzidas. *A denúncia está baseada no auto de infração ambiental da lavra do Ibama, bem como na documentação administrativa pertinente, o que afasta a alegação da ausência de prova da autoria e da materialidade do delito. Writ denegado” (HC 86.249/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro Carlos Britto, DJ de 31/03/2006).*

Por todo o exposto, denego a ordem pleiteada.

Quanto a segunda preliminar suscitada, também não assiste razão ao apelante.

Houve expedição de mandado de intimação do réu referente à remessa de cartas precatórias para inquirição das testemunhas de acusação (fl. 304), somente não sendo cumprido o mandado em decorrência de evasão empreendida pelo réu (fl. 305).

Acrescente-se que não houve a demonstração de efetivo prejuízo para a parte. Pelo contrário, verifico que, a despeito de não haver sido concretizada a sua intimação, o acusado pôde exercer livremente sua defesa, notadamente quando se observa que seu defensor foi intimado e compareceu a todas as audiências de oitiva das testemunhas de acusação, inclusive formulando as perguntas que entendera pertinentes (v. fls. 323/325, 332/334, 348/349, 354/356, 478/480, 558/559, 634).

Assim, uma vez que o réu foi representado a contento em todas as diligências, nelas não comparecendo em virtude de sua situação de foragido, não há que se cogitar em cerceamento de defesa.

Neste sentido:

Criminal. HC. Estelionato. Nulidade. Ausência do réu na audiência de instrução do feito. Prejuízo não-demonstrado. Assistência de defensor. Falta de arguição no momento oportuno. Preclusão. Ordem denegada.

A ausência do acusado na audiência de instrução do feito não constitui nulidade, se demonstrado que o seu defensor estava presente e não levantou qualquer arguição para salientar o seu não-comparecimento.

Não se declara nulidade de ato se dele não resulta prejuízo objetivamente comprovado para a

defesa, ainda mais se evidenciada a assistência integral de advogado.

A nulidade relativa, no processo penal, deve ser argüida no momento oportuno, sob pena de restar convalidada.

Ordem denegada.

(STJ, HC 25983/SP, Min. Rel. Gilson Dipp, 5ª Turma, julgado em 11/03/2003, DJ de 28/04/2003, p. 224).

No que concerne à alegação de deficiência de defesa, também não merece guarida, haja vista que inexistiu anormalidade na defesa técnica do acusado a ensejar este tipo de vício processual, não logrando o apelante em demonstrar que as intervenções de seu antigo patrono tenham lhe causado qualquer prejuízo.

A propósito:

Habeas Corpus. Paciente condenado por roubo circunstanciado. Pena total: 5 anos e 8 meses de reclusão. Pretensão absolutória que exige o revolvimento do suporte fático-probatório. Impossibilidade. Ausência de demonstração de deficiência da defesa técnica. Súmula 523/STF. Ordem denegada.

(...)

2. Não prospera, igualmente, a assertiva de deficiência da defesa do paciente. Anote-se que as teses sustentadas no presente *Habeas Corpus*, embora não com a mesma robustez, já haviam sido apresentadas perante o Juiz de primeiro grau e o Tribunal *a quo*, não tendo sido demonstrado qualquer prejuízo. De rigor, *in casu*, a aplicação da Súmula 523/STF, segundo a qual no processo penal, *a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.*

3. A prisão do paciente não tem mais caráter provisório, porquanto transitada em julgado a sentença condenatória.

4. *Habeas Corpus* denegado, em consonância com o parecer ministerial.

(STJ, HC 76982/RS, Min. Rel. Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª Turma, julgamento em 17/04/2008, publicado no DJ de 19/05/2008 – grifos nossos).

Quanto à alegação de erro na fixação da pena-base, enfrentarei esta questão mais adiante, tendo em vista tratar-se de questão de direito material.

Rejeitadas as preliminares, passo ao exame de mérito.

Quanto à materialidade do crime previsto no art. 38 da Lei 9.605/1998, além do depoimento das teste-

munhas e termos de infração/embargos, bem como imagens de satélite que evidenciam o desmatamento, destaque do Laudo Pericial de fls. 16/19, *verbis*:

Quanto às áreas de preservação permanente constatou-se a intervenção em várias áreas consideradas de preservação permanente em igarapés e áreas com inclinação entre 25° e 45° de declividade, desmate em topos de morros, nos quais são vedadas as suas alterações sendo que a área estimada foi de 21,00 ha.

Constatou-se que houve exploração de madeiras imunes de corte como a Castanheira e outras já mencionadas, cabe mencionar que houve grande destruição da flora amazônica, em estimativa apenas considerando o número de árvores por hectare, poderia se dizer que houve a destruição de cerca de 1.000.000 de árvores considerando uma densidade média de 250 árvores por hectare, utilizando foices, motosserras, tratores e caminhão; constatou-se que o depósito de madeiras na área e construções de casas e barracões, sendo as mesmas apreendidas com volumetria de 20.000 m³ de madeira serrada de Castanheira e toras de Ipê, Jatobá, Cedrorana e outras cortadas ainda não beneficiadas (fl. 18).

A autoria, igualmente, exsurge inequívoca dos autos, a exemplo do interrogatório do acusado (fls. 254/259), no qual confirma ser proprietário da fazenda Lagoa das Vacas, o que foi corroborado por provas testemunhais, com especial destaque ao depoimento da testemunha de acusação Silvano Lima Rezende, que se referiu ao acusado pela alcunha de “Branquinho”:

(...) atribuí a Branquinho a responsabilidade de desmatamento de diversas áreas de floresta, com o uso indiscriminado de motosserras (fl. 394).

Também bastante reveladora a declaração de Francisco Sérgio da Silva Siqueira perante as autoridades policiais:

(...) tais desmatamentos são resultados de um acordo efetuado entre o interrogado e o Branquinho (fl. 43).

Quanto à alegação do réu de que não restou comprovado se o desmate ocorreu em área florestal de preservação permanente, não merece acolhida.

A Lei 4.771/1965 (Código Florestal), em seu art. 2º, define área de preservação permanente, que, entre diversas outras situações, configura-se quando a vegetação situa-se ao longo dos rios ou de qualquer curso

d’água, no topo de morros, nas encostas ou partes destas.

Dito isso, cumpre verificar o local em que ocorreu o evento danoso à natureza, que, consoante laudo pericial, de maneira explícita, teve lugar na propriedade do réu, em áreas de preservação permanente, conforme trecho que passo a destacar:

Quanto às áreas de preservação permanente constatou-se a intervenção em várias áreas consideradas de preservação permanente em igarapés e áreas com inclinação entre 25° e 45° de declividade, desmate em topos de morros, nos quais são vedadas as suas alterações sendo que a área estimada foi de 21,00 ha (fl. 18).

A assolação de área verde de preservação permanente na fazenda do acusado também foi confirmada em juízo pela testemunha de acusação Doracy Ferreira Rocha:

(...) a testemunha, juntamente com membros dos dois órgãos citados e do Ibama faziam uma verificação no local encontrando-se o seguinte: aproximadamente 20 metros cúbicos de madeira serrada castanheira, segundo a testemunha a madeira cuja exploração é vedada; várias motosserras; várias árvores da floresta de preservação permanente (aquelas situadas às margens de rios, córregos, igarapés e encostas de morros) estavam derrubadas, não sabendo precisar em quantos metros de margem foram devastados, mas que para medir foi necessária a utilização de um helicóptero (fls. 354/355 – grifos nossos).

Em sede inquisitiva, o depoente Norberto Neves de Souza também confirmou tais fatos, inclusive afirmando a ocorrência de desmate em terrenos adjacentes a cursos d’água, *verbis*:

(...) que no dia 16 o depoente constatou um desmatamento de 1.000 (um mil) hectares de floresta primária amazônica, tendo apreendido doze motosserras que estavam em atividade no local; que na área existem cursos d’água e/ou igarapés cujas margens foram destruídas. (fl. 29 – grifou-se).

Por fim, o auto de infração de fl. 23 registra a ocorrência de desmate de vegetações situadas “nas encostas e topos de morros e 1,00 ha nas margens de rio com menos de 10 metros de largura”, o que demonstra, inequivocamente, que houve devastação em áreas florestais de preservação permanente, nos termos do art. 2º, alínea “a” e “d”, do Código Florestal.

À vista disso, correta a condenação do réu pelo cometimento de crime contra a flora, previsto no art. 38 da Lei 9.605/1998.

Com relação ao crime previsto no art. 149 do Código Penal, o apelante alega não haver provas de que tenha recusado a dar assistência médica aos trabalhadores de sua fazenda, bem como sustenta não merecer créditos as informações prestadas, em juízo, pelas testemunhas da acusação Edmundo Rodrigues Costa, Silvano Lima Rezende e Frei Xavier Jean Marie Plassat, uma vez que são pessoas suspeitas e inimigas do réu, ou, ainda, de que os trabalhadores tenham contraído dívidas para com a propriedade.

As alegações do apelante, todavia, não se sustentam, em face do robusto conjunto probatório constante dos autos, do qual se extrai que a materialidade e autoria do crime foram sobejamente comprovadas, não somente por provas testemunhais contundentes (fls. 323/324, 391, 393/394, 396/397 e 507), mas também por provas documentais (v. relatório do Ministério do Trabalho de fls. 33/34 e documentos de fls. 686/724), todas a demonstrarem, de forma inequívoca, que o réu mantinha em sua fazenda trabalhadores em condições análogas a de escravos, o que torna insubsistente a tese do apelante de eventuais máculas nos depoimentos das testemunhas de acusação.

In casu, o que se verifica é que o réu pretende afastar a validade do depoimento das testemunhas arroladas pela acusação sob a frágil alegação de que seriam elas suspeitas ou suas inimigas pessoais. No entanto, o fato dessas testemunhas terem feito representação ao Ministério Público Federal reclamando de ameaças dirigidas pelo apelante, no que resultou o aditamento da denúncia para o fim de processá-lo pelo respectivo crime, não tendo sido aferido na sentença em face da prescrição já ocorrida, não se lhe retira a validade de seus depoimentos.

Assim, os depoimentos das testemunhas de acusação devem ser considerados, até mesmo porque, como integrantes da Comissão Pastoral da Terra, por meio da qual recebiam inúmeras reclamações e denúncias de supostos crimes praticados por fazendeiros, incluindo crimes contra trabalhadores rurais, tais testemunhas reproduziram informações e denúncias que estão em consonância com as demais provas dos autos, não havendo o apelante, no exercício do contra-

ditório e da ampla defesa, desincumbido de apresentar elementos a desconstituí-los.

Com efeito, a conduta incriminadora está assim disposta no Código Penal:

Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:

Pena – reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I – cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;

II – mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

§ 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido:

I – contra criança ou adolescente;

II – por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem” (grifos nossos).

O crime em comento, conforme se vê dos excertos acima, não consiste em tornar escravo o sujeito passivo do delito, visto que há muito foi abolida a relação jurídica de escravidão no país.

Diversamente, a conduta regida pela norma em análise é a redução do indivíduo a condições *semelhantes* daquelas observadas no regime escravagista, em que o *status libertatis* da vítima permanece tutelado pelo Ordenamento Jurídico, sendo, entretanto, no plano fático, suprimido pela ação subjugadora do agente delitivo.

Neste ponto, bastante elucidativa a lição ministrada pelo Prof. Cezar Roberto Bitencourt, *verbis*:

Reduzir alguém a condição análoga à de escravo equivale a suprimir-lhe o direito individual de liberdade, deixando-o completamente submisso aos caprichos de outrem, e exatamente aí reside a essência desse crime, isto é, na sujeição de uma pessoa a outra, estabelecendo uma relação entre sujeito ativo e sujeito passivo análoga à da escravidão: o sujeito ativo, qual senhor e dono, detém a liberdade do sujeito passivo em suas mãos. Convém destacar, contudo, que, ao referir-se a “condição análoga a de escravo”, fica muito claro que não se trata de

“redução à escravidão”, que é um conceito jurídico segundo o qual alguém pode ter o domínio sobre outrem. No caso em exame se trata de reduzir “a condição semelhante a”, isto é, parecida, equivalente à de escravo, pois o *status libertatis*, como direito, permanece íntegro, sendo, de fato, suprimido¹.

No que concerne ao modo de execução do crime previsto no art. 149 do Código Penal, o Prof. Julio Fabbrini Mirabete faz as seguintes ponderações doutrinárias, as quais considero pertinentes ao caso em apreço:

Nos termos da nova redação do art. 149, porém, a condição análoga à de escravo relaciona-se com a exploração ilegal e abusiva do trabalho humano.

A primeira forma de se reduzir alguém à condição análoga à de escravo é submetê-la a trabalhos forçados. A vítima é privada da liberdade de escolha e a execução do trabalho decorre de uma relação de dominação e sujeição, contra a qual não tem a possibilidade de se insurgir. A conduta do agente pode ser praticada com o constrangimento que incide diretamente sobre a vontade da vítima, por violência ou ameaça, mas também mediante a criação e aproveitamento de circunstâncias que impossibilitem de exercer a opção de não se submeter ao trabalho. Já se decidiu que o indivíduo que, em uma fazenda, é tratado como os antigos escravos (estando impedido de deixá-la, não recebendo salários, etc) acha-se em situação análoga à de escravo. Não elide o crime a circunstância de efetuar o agente o pagamento de qualquer importância à vítima pelos trabalhos forçados.

Pratica também o crime quem submete alguém a jornada exaustiva ou sujeita alguém a condições degradantes de trabalho. Em ambas as hipóteses, embora o trabalho possa ser executado em decorrência de uma relação trabalhista, e, em princípio, com o livre consentimento da vítima, há abuso na sua exigência pelo agente, quer quanto à sua quantidade, quer quanto às condições propiciadas para a execução. Por condições degradantes entendem-se as aviltantes ou humilhantes, não apenas em geral consideradas mas também em face das condições pessoais da vítima, que afrontam a sua dignidade. Para a configuração do crime, não basta a mera violação das normas tutelares das relações trabalhistas. Já se decidiu, antes da nova redação do dispositivo, que qualquer constrangimento gerado por irregularidades nas relações laborativas não é suficiente para determinar a

incidência do dispositivo em estudo (RTJTERGS 170/97). Exige-se que o abuso resulte de submissão ou sujeição, ou seja, que decorra de uma relação de dominação na qual a vítima está subjugada, privada de sua liberdade de escolha.

Na última hipótese prevista no caput do art. 149, incrimina-se outra prática odiosa existente no país, consistente na privação de liberdade de alguém em razão de dívida, muitas vezes, aliás, artificialmente criada ou incentivada como pretexto para subsequente exploração abusiva do trabalho. O crime configura-se mediante a restrição da liberdade de locomoção da vítima por qualquer meio, abrangidos o enclausuramento e o confinamento. Exige-se, porém, que a conduta seja praticada em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto, não descaracterizando a infração a circunstância de ser o crédito legítimo. Ausente essa razão, a privação de liberdade da vítima poderá configurar o crime previsto no art. 148. Pressupõe a existência de relação empregatícia, embora não necessariamente da vítima com o agente. Considerou-se caracterizado o delito no caso dos réus que forçavam os trabalhadores a serviços pesados e extraordinários, com a proibição de deixarem a propriedade agrícola sem liquidarem os débitos pelos quais eram responsáveis (RT 484/280)².

Não se exige para a adequação típica a mesma conduta de outrora, com absoluta segregação do trabalhador, inclusive com emprego de correntes, etc. Aqui, o Legislador busca abarcar as condutas restritivas da liberdade do trabalhador, dando ênfase ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, caput, III, CF/1988) e os preceitos de que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante e de que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, incisos III e XLI, respectivamente). Sob essa ótica, portanto, que ser considerado o crime de redução a condição análoga à de escravo, tipificado no art. 149, do Estatuto Repressivo.

In casu, as evidências reunidas no feito dão conta de que o *status libertatis* dos trabalhadores rurais mantidos pelo acusado foi, de fato, suprimido, uma vez que ficou comprovado que as vítimas eram arrematadas para laborarem nas fazendas “Saco Verde” e “Lagoa das Vacas”, no sul do Pará, administradas pelo réu, ora

¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Vol. 2. 7ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 383/384.

² MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. Vol. 2. 24ª Ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2006, p. 172.

apelante, *Aldimir Lima Nunes*, e pelo co-denunciado *Francisco Sérgio*, onde eram submetidas a condições deprimentes e indignas para o trabalho, sendo-lhes suprimidos direitos, obrigadas a contraírem dívidas e constringidas, *sob ameaça e violência*, a não deixarem as propriedades.

O *modus operandi* dava-se da seguinte forma: em um primeiro momento, aliciavam-se os trabalhadores rurais por meio de empregados do acusado, denominados ‘gatos’, os quais tinham como função cooptar mão-de-obra barata em localidades distantes, situadas no estado de Tocantins. Faziam-se promessas de boa remuneração e trabalho, sendo as vítimas trazidas às dezenas nas carrocerias de caminhões sem nenhuma segurança, consoante se confirma nos excertos a seguir delineados:

Que no dia 5 de abril do ano de 2003, quando se encontrava no povoado Central, localizado na região do Iriri, foi contactado pelo “Gato” Raimundo Nonato; *que Raimundo Nonato estava passando no povoado em 2 (dois) caminhões abertos, isto é, de carroceria, cheio de trabalhadores rurais; que o depoente afirma que naquele momento estavam passando 61 (sessenta e um) trabalhadores rurais; que estes trabalhadores estavam sendo conduzidos da cidade de Araguaína, no Tocantins, para a fazenda Saco Verde, de propriedade de Aldimir Lima Nunes, vulgo “Branquinho”;* que quando passava o ‘Gato’ Raimundo Nonato nos caminhões e com os trabalhadores em cima no povoado da Central ficou sabendo que este estava procurando um motoqueiro (profissional que opera motosserra); que naquele momento o depoente combinou com o ‘Gato’ Raimundo Nonato a realização de trabalho de desmatamento na fazenda Saco Verde, pelo preço de R\$ 120,00 (cento e vinte reais) o alqueire desmatado; que o depoente saiu às 7 horas da noite; *que o depoente foi na ocasião transportado na carroceria de um dos caminhões; que durante o trajeto o depoente e dos demais trabalhadores não tiveram qualquer alimentação* (depoimento inquisitivo de Igor Meira Cardoso, fl. 60) (grifou-se).

Sobre o agenciamento dos “gatos”, diz a testemunha que trabalhadores de fazenda afirmaram que os dois réus acima apontados costumam aliciar trabalhadores para suas fazendas. Não sabe precisar a partir de quando começaram a praticar tais delitos. *Os chamados “gatos” costumam contratar peões e prometem boas diárias e chegam mesmo a adiantar algum dinheiro* (depoimento em juízo da testemunha de acusação *Edmundo Rodrigues Costa*, fl. 391) (grifos ausentes no original).

No que se refere ao acusado Aldimir Lima Nunes, as denúncias que chegam à Comissão Pastoral da Terra atribuem a ele. Enuncia a testemunha que o acusado, por meio de “empreiteiros” ou “subempreiteiros”, os chamados “gatos”, arregimentava de cinquenta até cento e oitenta trabalhadores para trabalharem nas suas propriedades no Estado do Pará. Tais trabalhadores, a maioria deles arregimentado no Tocantins (Angico, Ananás, Riachinho e Araguaína) chegam a receber um adiantamento, o abono, e, em seguida, sem saber em que condições, viajam para o Pará, iniciando suas atividades já endividados (depoimento judicial da testemunha de acusação Frei Xavier, fls. 396/397) (grifou-se).

Em seguida, os trabalhadores eram submetidos a jornadas exaustivas de trabalho, em que era freqüente a ocorrência de acidentes no serviço. Não obstante exercitarem atividades braçais esgotantes, em sua maioria ligadas ao desmatamento florestal, os trabalhadores eram despojados de medidas mínimas de segurança laboral.

Outrossim, os empregados do acusado eram submetidos a condições de degradação física e moral, pois obrigados a se alojarem em instalações precárias fornecidas pelo réu, onde se faziam ausentes serviços de assistência médica, com uma deficiente estrutura de saneamento básico e condições débeis de higiene, expondo os trabalhadores a doenças e moléstias graves.

Confira-se, a propósito, trecho do relatório da equipe interinstitucional em ação de fiscalização na fazenda “Lagoa das Vacas”:

Os dois grupos que faziam cerca estavam alojados em barracos cobertos de plástico, sem proteção lateral, sem piso, sem instalações sanitárias, sem o fornecimento de água potável, e, segundo informações, com um casal dividindo o mesmo barraco com outros dois trabalhadores, enfim, em condições contrárias às normas de segurança e saúde do trabalhador (fl. 33).

Atente-se, ainda, para os seguintes depoimentos, que descrevem as condições degradantes de trabalho a que eram submetidos pelo acusado:

As denúncias fazem referências à jornada de trabalho, pelas quais o trabalhador exerce suas atividades de domingo a domingo. A alimentação também é precária. Muitas vezes o trabalhador vale-se de animais silvestres. Também não tem direito a atendimento médico. Sendo até ministrado para eles remédio destinado a gado. Constantemente os

trabalhadores são humilhados pelos capatazes (depoimento judicial da testemunha de acusação Frei Xavier, fls. 396/397).

Que no mesmo dia chegaram o *depoente* e demais trabalhadores estes fizeram um barraco de lona improvisado, sem qualquer instalação sanitária; que o depoente e demais trabalhadores receberam, quando da chegada, arroz, carne e feijão; que quando o serviço estava em andamento, o ‘Gato’ Raimundo Nonato subtraiu o fornecimento de carne, sendo fornecido somente arroz e feijão; que durante os trabalhos de derrubada, os trabalhadores tinham que adquirir na cantina botina, camisa, calça, sabonete, doce, rapadura, cigarro, etc.; que o desmatamento começou no mês de abril (início de abril), *sendo que nesta época chuvia muito e os trabalhadores faziam as tarefas debaixo d’água; que a água batia no peito dos trabalhadores, sendo que o depoente pegou a doença “roi-roi”, que é um tipo de frieira; que um trabalhador da equipe do Zezinho se machucou quando um pau caiu na sua cabeça, sendo ele levado para a cidade de Araguaína* (depoimento inquisitivo de Igor Meira Cardoso, fl. 60) (grifos nossos).

Importante destacar que os gêneros alimentícios e demais itens básicos de sobrevivência, bem como os equipamentos laborais, eram todos *vendidos a altos preços* para os trabalhadores do réu, ensejando o superfaturamento com a venda de produtos em cantinas instaladas próximas aos locais de trabalho, conforme se verá melhor adiante.

Esse fator desencadeava a existência de dívidas forçadas, as quais serviam como pretexto para impedir o retorno dos trabalhadores a seus lares, porque obrigados a permanecer no local mediante coação psicológica e, como se observou na hipótese, o uso de violência física, mediante vigilância ostensiva armada na fazenda do acusado, feita por pistoleiros.

Colha-se, a propósito, o que relatou a testemunha de acusação Carlos Magno Delegado Costa de Oliveira:

Que o denunciado Aldimir Lima Nunes mantinha em suas fazendas no sul do Estado do Pará vários trabalhadores em condições análogas às de escravo, tendo em vista que não tinham vontade própria em continuar trabalhando para o referido denunciado, pois todos aqueles que resistiam em continuar trabalhando eram executados; que também não era dada assistência médica aos trabalhadores que adoeciam; Que o denunciado Aldimir Lima Nunes fez ameaças de morte ao Frei Galvão e ao procurador da república Mário Lúcio

de Avelar, em razão destes terem desencadeado investigações relativas à prática de trabalho escravo (depoimento em juízo da testemunha de acusação Carlos Magno Delegado Costa de Oliveira, fls. 323/324) (grifou-se).

Nesse mesmo sentido, são os depoimentos das testemunhas *Edmundo Rodrigues Costa, Silvano Lima Rezende, Frei Xavier e João Batista Gomes da Silva*, respectivamente, de que destaca:

O endividamento consubstancia-se na venda de gêneros alimentícios nas cantinas, nas quais os preços dos alimentos é o dobro do que normalmente é cobrado. *Os trabalhadores chegam a ser intimidados e ameaçados, na hipótese de quererem encerrar suas atividades na fazenda, diante dos endividamentos. Normalmente a intimidação é feita por meio dos homens que fazem a segurança da fazenda sempre armados* (depoimento em juízo da testemunha de acusação Edmundo Rodrigues Costa, fl. 391) (grifado).

(...) quanto aos acusados, já recebeu denúncias em face tão somente dos senhores Aldimir Lima Nunes, o Branquinho, e Francisco Sérgio da Silva Siqueira, “gerente” de fazenda e que presta serviços para o Branquinho (...) segundo o “gato” José Feitosa, atualmente com paradeiro desconhecido, em virtude de um acidente de trabalho. José Feitosa chegou a declarar para a Comissão Pastoral da Terra de Marabá que Branquinho o advertira para não voltar para a fazenda, uma das duas mencionadas na denúncia, pois familiares do trabalhador estavam lá presentes. Feitosa chegou a mencionar que não tinha nada a ver com isso e que o acidente havia ocorrido na fazenda de Branquinho. Pressionado por trabalhadores que não recebiam seus haveres, o ‘gato’ achou por bem voltar para a fazenda, pegar os seus pertences (motosserras, roupas e ferramentas) e ir embora. Todavia, nas imediações da fazenda, tomou conhecimento de que dois pistoleiros queriam matá-lo. Temendo retornar à sede, pediu para quatro trabalhadores buscarem o que lhe pertencia. *Na sede da fazenda foram recebidos por Branquinho, Francisco Sérgio e outros pistoleiros, que depois de humilhá-los, os espancaram, além de não devolver o que pertencia ao “gato”. Os trabalhadores rurais informaram que Branquinho e Francisco Sérgio impedem os trabalhadores de saírem da área da fazenda por meio de coação e ameaças, além de se valerem de homens fortemente armados (pistoleiros)* (...) Diz a testemunha, que esses trabalhadores já chegam para trabalhar na fazenda endividados, pois é de praxe ser adiantado alguma quantia em dinheiro, o que se chama de “abono” (depoimento judicial da

testemunha de acusação Silvano Lima Rezende, fl. 394) (grifos nossos).

Afirma a testemunha conhecer o acusado Aldimir Lima Nunes e mesmo assim apenas devido a comentários tecidos por moradores de Ananás, Angico, Riachinho, etc. Afirma a testemunha ter tomado conhecimento, nos últimos dezoito meses, de três denúncias perpetradas por trabalhadores rurais que saíram de fazendas cujas propriedades são atribuídas a Aldimir Lima Nunes, o Branquinho. Assevera que uma das atividades da Comissão Pastoral da Terra é dar amparo a pessoas que são exploradas em situações fora do comum. Assevera o depoente que antes mesmo dessas denúncias, já recebera notícias de mortes de trabalhadores rurais, ocorridas em propriedades de Aldimir Lima Nunes na região do Pará (São Félix do Xingu). O depoente chegou a ver a fotografia de um dos cadáveres. O trabalhador morreu em virtude de um tiro deflagrado na altura do olho. Os outros dois trabalhadores faleceram, segundo o que foi dito, em virtude de acidentes de trabalho. Morreram esmagados por árvores. No que se refere ao acusado Aldimir Lima Nunes, as denúncias que chegam à Comissão Pastoral da Terra atribuem a ele. Enuncia a testemunha que o acusado, por meio de “empreiteiros” ou “subempreiteiros”, os chamados “gatos”, arregimentada de cinqüenta até cento e oitenta trabalhadores para trabalharem nas suas propriedades no Estado do Pará. Tais trabalhadores, a maioria deles arregimentada no Estado do Tocantins (Angico, Ananás, Riachinho e Araguaina), chega a receber um adiantamento, o abono, e, em seguida, sem saber em que condições, viajam para o Pará, iniciando suas atividades já endividados. Pelos relatos levados ao conhecimento da Comissão Pastoral da Terra esses trabalhadores, dentre outras tarefas, tem por escopo formar as fazendas chegando a devastar de quinhentos a mil alqueires. Para tanto, são obrigados a acampar com tendas de lona preta, vivendo em condições precárias, até subumanas. *Antes de terminar toda a empreita, os trabalhadores contratados ficam impossibilitados de retornarem aos seus lares, ou porque estão a dever quantias ao empregador, ou em face da distância, até porque algumas fazendas do réu estão muito distantes dos lugares mais próximos, ou até devido à presença de homens armados* (depoimento judicial da testemunha de acusação Frei Xavier, fls. 396/397) (grifou-se).

Que dos réus não conhece pessoalmente Aldimir Lima Nunes, conhecido pela alcunha de Branquinho, mas que fiscalizou uma fazenda de propriedade do mesmo, ao que lhe foi informado, pois não lhe foi apresentado documento pelo corréu Francisco Sérgio da Silva Siqueira que se dizia ser seu sócio. Que na fazenda havia oito trabalha-

dores reduzidos à condição análoga a de escravo, sendo que seis encontravam-se na propriedade, tiveram seu vínculo reconhecido e seus direitos pagos a Francisco e outros dois foram encontrados em uma estrada muito próxima a Pontalina. Que os mesmos estavam muito assustados em um primeiro momento não queriam falar com os servidores (...) *Que pode assegurar que o aliciamento dos trabalhadores por Aldimir Lima Nunes e Francisco Sérgio ficou amplamente comprovado, bem como intimidação dos mesmos* (depoimento de João Batista Gomes da Silva, fl. 507) (grifou-se).

Por fim, os depoimentos judiciais das testemunhas Mário Lúcio de Avelar e Josino Nogueira de Souza Guerra evidenciam as ações de violência e arbitrariedade utilizadas pelo acusado para ocultar a prática do crime inserto no art. 149 do Código Penal, dentre as quais se situa a ameaça de morte contra o primeiro, que na condição de Procurador da República efetuava investigações acerca das condutas delituosas praticadas nas propriedades dos denunciados, conforme passa a transcrever:

No início das operações destinada a apurar denúncias no aliciamento de trabalhadores no estado de Tocantins para trabalharem no estado do Pará, deflagrados os trabalhos de investigação, teve notícias de que algumas pessoas estavam ameaçadas de morte; que dentre estas pessoas citaram seu nome e o nome de integrantes da Comissão Pastoral da Terra; que pessoas residentes na cidade de Ananás/TO, comunicaram à Comissão Pastoral da Terra que as ameaças partiram do acusado Aldimir Lima Nunes; que as notícias das ameaças chegaram em três momentos distintos entre janeiro e julho de 2003; que houve um fato concreto no qual seu carro foi abordado na cidade de Palmas por duas pessoas que estavam numa moto com a intenção de lhe matar; que no ato desta ameaça não se encontrava no veículo; que o veículo era conduzido por um conhecido seu de nome Josino Nogueira de Souza Guerra; que este fato lhe foi relato em diversas oportunidades por Josino; que os ocupantes da moto, neste dia, sacaram um revólver mas não dispararam; que um dos ocupantes da moto chegou a dizer que o condutor do veículo “não é o Mário Lúcio” (depoimento judicial da testemunha de acusação Mário Lúcio Avelar, fl. 348).

que é amigo pessoal do Procurador da República Mário Lúcio de Avelar; Que foi abordado pelos dois agentes que estavam na motocicleta e um dos quais lhe apontou a arma quando se encontrava conduzindo um veículo Temptra de cor predominante vermelha de propriedade do citado Procura-

dor da República de nome Mário Lúcio de Avelar; Que os dois homens que o abordaram sacaram um revólver e um deles disse: “Não é ele não”, quando pareciam internar contra sua vida, instante em que desistiram e foram embora (depoimento judicial da testemunha de acusação Josino Nogueira de Souza Guerra, fl. 333).

Portanto, o sólido acervo probatório dos autos demonstra que o réu mantinha trabalhadores nas suas fazendas em situações de subjugação e domínio de vontades, mediante a imposição de jornadas laborais exaustivas, submetendo-os a condições degradantes de trabalho e de vida, bem como restringindo a liberdade de locomoção dos empregados em razão de dívidas forçadas contraídas em seu estabelecimento, com o uso de vigilância armada ostensiva nos perímetros da propriedade, tudo a evidenciar a plena caracterização do tipo penal incriminador previsto no art. 149 do Código Penal.

Trago à baila importante precedente do egrégio TRF 3ª Região, o qual entendo aplicável ao caso:

Penal. Condenação. Prescrição da pretensão punitiva do Estado. Art. 207, do Código Penal. Aliciamento de trabalhadores de um local para outro do território nacional. Art. 203, Código Penal. Frustração dos direitos trabalhistas. Fraude. Caracterização. Redução à condição análoga à de escravo. Art. 149, Código Penal. Exploração de trabalhadores. Acodomoção Sub-humana. Não pagamento das verbas devidas. Venda de produtos acima do preço de mercado. Desconto salarial. Submissão fática. Caracterização do delito. Penalidade. Art. 207, Código Penal. Acima do máximo em abstrato cominado ao delito à época dos fatos. Nova penalidade. Prescrição da pretensão punitiva retroativa. Pena. Culpabilidade. Circunstâncias e conseqüências do crime. Art. 59. Majoração da pena-base. Recurso da defesa e da acusação parcialmente providos.

1. Tendo decorrido o lapso prescricional de quatro anos da pena em abstrato cominada ao delito do art. 207, do Código Penal, à época dos fatos, entre a data do recebimento da denúncia e o presente momento, é de se reconhecer a extinção da punibilidade do acusado, em razão da prescrição da pretensão punitiva do Estado, nos termos do art. 61, do Código de Processo Penal.

2. O deslocamento do apelante, juntamente com sua filha, para outros Estados da Federação, para efetuarem a divulgação de trabalho rural com promessa de ganhos bastante elevados, utilizando-se, para tanto, de carro de som, caracteriza o crime

de aliciamento de pessoas, previsto no art. 207, do Código Penal.

3. A ofensa à Organização do Trabalho, relativamente ao crime do art. 203, do Código Penal, está na ocupação das vagas de emprego abertas por pessoas de outras localidades. A objetividade jurídica do crime de aliciamento de trabalhadores de um local para outro do território nacional está no não-êxodo dos trabalhadores, sendo que se consuma com o simples recrutamento ou sedução dos interessados, com a finalidade de levá-los para outra localidade (Estado da Federação, Município, vila, lugarejo), prescindível, portanto, o efetivo deslocamento.

4. Deu-se, ainda, o crime de frustração dos direitos assegurados pela legislação trabalhista, vez que, além dos trabalhadores não terem sido formalmente registrados, seus direitos trabalhistas não foram quitados, a revelar a configuração desse tipo penal. A fraude da conduta está justamente no não cumprimento da promessa ocorrida durante o ato de aliciamento de pagamento de todos os direitos trabalhistas decorrentes da relação inaugurada.

5. Conquanto o não registro do empregado, quando da contratação ou início da prestação de serviços, seja suficiente para a configuração do delito do art. 203, Código Penal, os recorrentes, mesmo após oito dias de serviço, sequer efetuaram o pagamento correspondente aos dias laborados, o que está a afastar, assim, o argumento de que não houve tempo hábil para o registro dos empregados, porque o dever do empregador é justamente o de registrar seu empregado antes do início do serviço e efetuar o pagamento do devido nos termos do contrato de trabalho.

6. A responsabilidade do empreiteiro de mão-de-obra caracteriza-se por ter se utilizado de terceiras pessoas para arregimentar trabalhadores para a apanha de laranjas. Não obstante, os proprietários das fazendas onde eram realizadas as colheitas contratavam e emitiam notas fiscais pela prestação de serviços do empreiteiro, destacando, em cláusula contratual, a responsabilidade deste para todos os encargos trabalhistas e previdenciários. A fraude, neste particular, mostra-se ainda mais patente, eis que o fato de subdelegar a contratação dessas pessoas por intermédio de outros agenciadores só vem a dificultar exatamente o registro formal do contrato de trabalho, com os respectivos pagamentos dos encargos.

7. Tendo como parâmetro a dignidade da pessoa humana (art. 1º, *caput*, III, CF) e os preceitos de que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante e de que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos di-

reitos e liberdades fundamentais (art. 5º, incisos III e XLI, respectivamente), é que deve ser considerado o crime de redução a condição análoga à de escravo, tipificado no artigo 149, do Estatuto Repressivo, dado que, se um ser humano está tendo tratamento assemelhado àquele conferido a um escravo (visto como uma propriedade de seu dono, e não como uma pessoa), por certo que seus mínimos direitos e liberdades não estão sendo garantidos, pelo que a dignidade da pessoa humana também não está sendo respeitada, a ensejar a punição na seara criminal.

8. A conduta dos apelantes que alojam os trabalhadores em ambiente em péssimas condições de higiene, não efetuam o pagamento diário de seus trabalhos, nem tampouco os direitos previdenciários, e ainda, vendem produtos diversos em preço superior ao cobrado no comércio em geral, que serão descontados, após, das verbas que os trabalhadores têm para receber, acabam por reduzir às vítimas à condição análoga à de escravo (art. 149, Código Penal), eis que acarretam, invariavelmente, a submissão fática do empregado aos réus, inviabilizando, inclusive, seu retorno para a cidade de origem. Condenação mantida.

(...) (destaques ausentes no original).

(TRF 3ª Região, ACR 2004.03.99.021751-9/SP, Relatora Juíza Suzana Camargo, 5ª Turma, DJ de 08/08/2006, p. 501).

Em arremate, não merece reparos, com efeito, a sentença *a quo* também quanto a este crime, sendo bastante acertada a condenação do réu pela prática da conduta de redução à condição análoga a de escravos.

Tampouco remanescem dúvidas *quanto à prática do crime descrito no art. 203 do Código Penal*.

Restou demonstrado que o réu frustrou vários direitos trabalhistas de seus empregados mediante o emprego de fraude e violência, pois, ao invés de fornecer adequadamente serviços como assistência médica, alimentação e equipamentos de segurança laboral, obrigava os trabalhadores a adquirirem estes serviços em seu próprio estabelecimento comercial, tudo isso à mercê dos direitos previstos na legislação trabalhista, dentre os quais se destaca o art. 166 da CLT (*“A empresa é obrigada a fornecer a seus empregados, gratuitamente, equipamento de proteção individual adequado ao risco e em perfeito estado de conservação e funcionamento, sempre que as medidas de ordem geral não ofereçam completa proteção contra os riscos de acidentes e danos à saúde dos empregados”*).

Destarte, há nos autos provas, não só documentais, no que indicada na sentença, mas também testemunhais, a demonstrar que a frustração dos direitos dos trabalhadores rurais, encontrados na fazenda do réu, ocorreu não só de forma fraudulenta, mas também violenta, já que aqueles eram levados ao endividamento na propriedade do apelante e eram vigiados para não deixarem a fazenda até que saldassem o endividamento. Essa intimidação ficou devidamente demonstrada nos depoimentos testemunhais constantes dos autos, assim como a omissão de dados na CTPS (cf. fls. 391/392; 393/394; 396/397; 506/508; 688/689 e 701/702).

Importa trazer trechos de depoimentos colhidos durante o feito, em que se comprova que os empregados, além de não terem seus direitos trabalhistas satisfeitos, eram compelidos a se valerem da cantina do acusado para aquisição de equipamentos de segurança laboral e outras espécies de mercadorias, agravando a já incipiente condição econômica destas pessoas:

(...) Uma vez na fazenda, são obrigados a adquirir bens, como equipamentos de proteção – chapéu, botina – e ainda fumo, bebida alcoólica e gêneros alimentícios em geral, por preços muito acima do que normalmente é cobrado. Se o trabalhador adoecer, será obrigado a pagar pelo dia em que ficou inativo e, por exemplo, se foi contratado para uma empreita de três meses e somente trabalhou um e percebeu que não adquirirá nenhum ganho, o trabalhador ficará impedido de retirar-se da propriedade (...) (depoimento judicial da testemunha de acusação Silvano Lima Rezende, fl. 394 – destacou-se).

(...) O endividamento consubstancia-se na venda de gêneros alimentícios nas cantinas, nas quais os preços dos alimentos é o dobro do que normalmente é cobrado. Os trabalhadores chegam a ser intimidados e ameaçados, na hipótese de quererem encerrar suas atividades na fazenda, diante dos endividamentos (depoimento em juízo da testemunha de acusação Edmundo Rodrigues Costa, fl. 391 – destacou-se).

Incensurável, no particular, a v. sentença apelada, que assim fundamentou:

O mesmo pode ser dito em relação ao crime de frustração de direito assegurado por lei trabalhista. Se a gravidade da situação a que eram submetidos os trabalhadores equiparava-se à redução à condição análoga de escravo, obviamente que os direitos trabalhistas foram suprimidos. Somente após a diligência que contou com a participação do Ministério do Trabalho, o responsável pela fazenda,

Francisco Sérgio, efetuou o pagamento das verbas trabalhistas, consoante demonstrou os documentos de fls. 712/717. Mas, nesse momento, o crime já havia consumado-se e o pagamento efetuado apenas terá repercussão no estabelecimento da pena (fls. 755/756).

Por outro lado, o acusado também incorreu no crime previsto no art. 297, § 4º, do Código Penal, pois se absteve de registrar vínculos empregatícios nas carteiras de trabalho de seus subordinados, conforme ficou consignado na v. sentença apelada:

O acusado confessou que seis trabalhadores não haviam sido registrados e justificou a omissão pelo fato de ser recente a contratação deles, cerca de quinze dias antes da inspeção na propriedade. Os documentos de fl. 712/716 dizem o contrário, pois mencionam a admissão ocorrida nos meses de maio e junho de 2003, com afastamentos em julho do mesmo ano. A testemunha de defesa Francisco Rodrigues de Almeida, que já prestara serviços para o acusado, informou que os trabalhadores contratados não tinham a carteira profissional registrada e o pagamento era feito por diárias. Em uma primeira oportunidade, os serviços duraram 30 dias e, na segunda vez, 45 dias. Contudo, mesmo que o pagamento fosse feito por diárias, haveria necessidade de se fazer o registro do contrato na CTPS. A omissão em efetuar os registros enquadra-se nas sanções do art. 297, § 4º do Código Penal (fl. 756).

Não se deve olvidar o depoimento da testemunha de acusação Edmundo Rodrigues Costa, em que asseverou que o acusado contratava seus empregados sem a devida anotação na carteira trabalhista:

(...) Os trabalhadores também exercem atividades sem as devidas anotações em carteira de trabalho (...) (depoimento judicial da testemunha de acusação Edmundo Rodrigues Costa, fl. 391).

Há, ainda, depoimento escrito do trabalhador Gilberto Chaves Mendes junto ao Ministério Público do Trabalho e Emprego, que bem evidencia a supressão de direitos trabalhistas, assim como a omissão de dados em CTPS:

Veio para a fazenda Lagoa das Vacas por conta própria a procura de emprego. Chegou até o local de carona em um caminhão que veio trazer rancho para a fazenda. Foi contratado pelo Sr. Sérgio, proprietário da fazenda, que afirmou que tinha serviço para o declarante na fazenda. O proprietário não pediu sua CTPS para providenciar o registro. Está dormindo num barraco de lona preta. A água

de beber, cozinhar e tomar banho é proveniente de uma grota próximo ao barracão. Está devendo para a cantina da fazenda 1 pacote de fumo, uma carteira de cigarros e uma barra de sabão (...) (depoimento escrito do trabalhador Gilberto Chaves Mendes junto ao Ministério Público do Trabalho e Emprego, fls. 688/689).

As declarações de próprio punho emitidas por trabalhadores-vítimas (Gilberto Chaves Mendes - fl. 689 e Cosme Bastos Araújo – fl. 702) corroboram o fato de que a contratação destes homens do campo era feita sem nenhuma cobertura legal, literalmente apartada das normas que regem as relações trabalhistas.

Portanto, também *quanto a este delito* (art. 297, § 4º, do Código Penal) a v. sentença apelada logrou êxito em firmar um decreto de condenação.

Inconsistente, ainda, a alegação de que, em relação aos crimes inscritos no art. 149 e 297, § 4º do Código Penal, pelas circunstâncias fáticas, estaria sob a excludente de culpabilidade do erro de proibição, uma vez que não tinha conhecimento da ilicitude dos fatos incriminadores.

Não se pode imaginar que o acusado considerasse estar agindo sob o manto da legalidade, ao utilizar-se dos meios ilícitos que se evidenciaram da instrução criminal, para manter os trabalhadores em sua fazenda, consubstanciados, dentre outros atos desumanos, na restrição de liberdade dos trabalhadores por dívida contraída na fazenda, vigilância ostensiva armada, além da omissão de registro nas CTPS, de cuja responsabilidade não se desincumbiu de infirmar.

Por demais sabido de todos, sobretudo pelo grau de instrução e poderio econômico do réu, que a utilização de trabalhadores nas condições retratadas nos autos caracteriza ato ilícito, até porque ofensivo igualmente às normas metajurídicas, não sendo possível a aplicação da figura do erro de proibição.

Outrossim, incabível a adoção do princípio da consunção para efeito de absorção dos crimes previstos nos arts. 203 e 297, § 4º, pelo delito do art. 149, todos do Código Penal.

O princípio em tela é aplicável para os casos em que existe uma sucessão de fatos, que implica crime menos graves como meio necessário à consumação do crime mais grave.

Na hipótese em exame, as condutas praticadas pelo acusado são distintas e, por possuírem potencial lesivo autônomos, caracterizam, cada uma delas, um tipo penal específico, não estando elas a agasalhar a aplicação do princípio da consunção.

Quanto à dosimetria da pena, mostra-se incensurável a v. sentença apelada que, analisando as circunstâncias judiciais em cotejo com as peculiaridades do caso concreto, arbitrou a pena-base pouco acima do mínimo legal para os crimes relativos aos arts. 149 e 203 do Código Penal, e ao art. 38 da Lei 9.605/1998, sendo que para o crime previsto no art. 297, § 4º do Código Penal, o réu foi agraciado com o estabelecimento do *quantum* da pena no mínimo legal.

Registre-se que, à luz do princípio constitucional da individualização da pena, não há incoerência em se estabelecer a pena-base no mínimo legal para um dos crimes praticados pelo acusado, e majorá-la quanto aos demais delitos, desde que a sentença o faça de forma justificada e com lastro em dados concretos extraídos dos autos, o que se verificou na hipótese.

Diante de todo o exposto, *dou parcial provimento* à apelação apenas para reconhecer a ocorrência de prescrição retroativa da pena *in concreto* quanto aos crimes previstos no art. 132 do Código Penal e no art. 51 da Lei 9.605/1998, declarando extinta a punibilidade com base nos arts. 107, IV, 109, VI, 110, §§ 1º e 2º e 114, II, todos do Código Penal, ficando mantidas todas as demais disposições da sentença de origem.

É o voto.

Voto Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro: — Senhor Presidente, inicialmente examino a questão preliminar de falta de defesa. Diz o memorial que recebi do apelante Aldimir Lima Nunes: “Após interrogatório, o advogado que defendia o réu, não ofereceu defesa prévia, limitando-se a arrolar as testemunhas de defesa. A defesa arrolou dez testemunhas, mas só ouviu seis, desistindo das demais”.

Segundo leciona Guilherme de Souza Nucci, em seu Código de Processo Penal Comentado, 7ª Edição, p. 683: “Ausência de defesa prévia: não é causa de nulidade desde que se tenha dado a oportunidade para sua apresentação. Afinal, como se disse, o mais importante

nessa fase é o oferecimento do rol de testemunhas. Se não houver interesse na prova testemunhal, é possível que fique a defesa inerte. Aliás, note-se o disposto no início do art. 396: ‘Apresentada ou não a defesa’, demonstrando o seu caráter facultativo”. Nesse sentido decidiu o Supremo Tribunal Federal, no HC 77.842/SP, 1ª Turma, rel. Ministro Octávio Gallotti, 16/03/1993, publicado no Diário de Justiça de 25/06/1999. Com esse fundamento, portanto, rejeito a preliminar de falta de defesa.

Com relação à prescrição, de fato ocorreu no tocante aos delitos dos arts. 132, do Código Penal e 51, da Lei 9.605/1998. Quanto à falta de intimação para audiência de inquirição de testemunhas de acusação, anotei que Vossa Excelência, Senhor Presidente, chamou a atenção para o fato de que, no caso, o réu encontra-se foragido. Houve, inclusive, mandado de prisão. Ora, se o réu encontra-se foragido, evidentemente que se frustra a tentativa de sua intimação. Assim, também acompanho nesse ponto o voto tanto de Vossa Excelência, Senhor Presidente, quanto o da eminente Revisora.

Quanto à nulidade de deficiência de defesa, foi citada a Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal. No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu. Consta do Memorial: “Na hipótese vertente, a defesa do réu mostra-se falha, insuficiente, omissa, até certo ponto apenas aparente, o simples fato de estar configurada a deficiência da defesa, se no ponto restar demonstrada a existência do prejuízo”. Quanto a esse particular, não identifiquei eventual prejuízo, assim também rejeito a nulidade de deficiência de defesa.

Quanto ao mérito, Senhor Presidente, ouvi atentamente o voto de Vossa Excelência, que absolveu o réu de todas as imputações constantes da denúncia. Pois bem, o Juiz de 1º grau, segundo anotei, absolveu o réu da prática dos delitos tipificados nos artigos 54, da Lei 9.605/1998, 20 da Lei 4.947/1966 e também 337-A, do Código Penal. Restou, ainda, reconhecida a ocorrência da prescrição com relação aos arts. 132, do Código Penal e 51, da Lei 9.605/1998. Quanto ao delito previsto no art. 149, do Código Penal, tive o cuidado de verificar que sofreu alteração pela Lei 10.803, de 11/12/2003, publicada no Diário Oficial da União de 12/12/2003, portanto, à época dos fatos, estava em vigor a redação anterior, mesmo considerando que a

atual redação apenas tenha vindo para explicitar melhor esse grave crime.

No particular, Guilherme de Souza Nucci leciona: “Antes da modificação introduzida pela Lei 10.803/2003, a previsão do art. 149 era apenas a seguinte: ‘Reduzir alguém à condição análoga de escravo’, o que exigia a utilização, nem sempre recomendável, da analogia – embora nesse caso fosse opção do próprio legislador. Assim, reduzir uma pessoa à condição semelhante a de um escravo evidenciava um tipo específico de seqüestro ou cárcere privado, pois os escravos não possuíam um dos bens mais sagrados dos seres humanos, que é a liberdade, associado à imposição de maus-tratos ou à prática da violência” (ob. cit, p. 673).

Há nos autos um relatório do Ministério do Trabalho, que, pelo que pude entender, torna indubitosa a existência da materialidade de delito. Há provas testemunhais, no sentido de que havia homens armados, coação. Ao declararem, as testemunhas, que não tinham vontade própria, segundo o art. 149, até mesmo na redação anterior, estavam elas cerceadas nos seus direitos de ir e vir e sofriam maus-tratos sob ameaça. Seguindo nessa linha de raciocínio, segundo pude anotar, pessoas eram contratadas e submetidas a condições deprimentes. Ora, à luz dessa prova produzida, que foi detalhada pela eminente Revisora, no particular, entendendo que o crime encontra-se configurado. A autoria e a materialidade também estão configuradas e, assim sendo, acompanho, com a devida vênia de Vossa Excelência, Senhor Presidente, no particular, a eminente Revisora.

Há também vários outros depoimentos que confirmam a prática delituosa do art. 149. O de Guaraci Pereira Rocha, por exemplo, servidor do Ibama, que foi convocado para participar da operação juntamente com a Polícia Federal e com a fiscalização da Delegacia do Trabalho.

Com relação ao crime ambiental, há a existência de corte de castanheiras, com grave dano causado ao meio ambiente em área de preservação permanente, e, nesse particular, há os depoimentos de Guaraci Pereira Rocha e de Silvano Lima, entre vários outros, que foram mencionados pela eminente Revisora. Houve, portanto, pelo menos dois servidores do Ibama confirmando o fato, de acordo com anotações que fiz rapidamente.

Quanto ao art. 203 do Código Penal, “Frustração do direito assegurado por lei trabalhista”, a eminente

Revisora fez referência aos documentos de fls. 712/716, no período de maio a junho de 2003. Peço a Sua Excelência que relembre o teor desses documentos.

A Exma. Sra. Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho: — Os documentos mencionam a admissão dos empregados, mas há a justificativa de ele não ter assinado a carteira, apesar de ele ter admitido que não a assinava e não pagava os direitos trabalhistas. Isso se baseia na alegação de que os trabalhadores estavam na fazenda somente há quinze dias. Por isso o pagamento de diárias. Mas os documentos de fls. 712/716 dão conta da admissão dos empregados nos meses de maio e junho de 2003, e a testemunha de defesa Francisco Rodrigues de Almeida menciona que os trabalhadores não tinham carteira profissional registrada e que o pagamento era feito por diárias. Pelo menos seis trabalhadores encontravam-se nessas condições.

O Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro: — Também acompanho Vossa Excelência, nesse particular. Quanto às diligências realizadas, o que diz a fiscalização do trabalho?

A Exma. Sra. Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho: — Em relação às condições de trabalho, neste caso ficou muito clara a questão da violência. Trata-se de um grupo extremamente violento, e o próprio Procurador que ofereceu a denúncia teve o carro abordado por dois pistoleiros. Por sorte ele não estava dentro dele. E foi exatamente esse aditamento à denúncia que gerou a ameaça, e, por isso, as testemunhas encontravam-se altamente intimidadas. Há até uma testemunha que se recusou a assinar qualquer documento. Ela não declarava nada, não assinava nada, porque tinha receio em relação a sua vida. E o que me chamou a atenção neste processo, em particular, foi a ausência de limites dessas pessoas para a submissão de seu semelhante a trabalhos em condições precárias. E não tenho dúvida de que foi utilizada violência, reduzindo esses trabalhadores à condição de escravo, como demonstrado nos documentos de fls. 712/716, e que somente após a fiscalização é que houve o pagamento dos direitos trabalhistas. Isso também está configurado no art. 203, que é frustrar os direitos trabalhistas dos empregados.

O Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro: — Acrescento, ainda, que Júlio Fabbrini Mirabete, 5ª Edição, Código Penal Interpretado, Editora Atlas, p. 1.724, no tocante ao sujeito ativo do crime, leciona: “O sujeito ativo do crime é quem impede a realização do direito

do trabalho, seja empregador, preposto, ‘gerente’, empregado ou mesmo pessoa estranha à relação do trabalho”. Então, quaisquer dessas pessoas, segundo esse conceituado autor, pode ser sujeito ativo do crime previsto no art. 203 do Código Penal.

Quanto ao tipo objetivo, leciona referido Autor: “Pratica o crime quem age com violência contra a pessoa ou com fraude, impedindo que o ofendido veja satisfeito direito conferido pela legislação do trabalho (salários, estabilidade, seguro, férias, licenças etc)”. A eminente Revisora acabou de esclarecer que havia o emprego do uso de violência e o pagamento somente ocorreu após a presença da fiscalização no local de trabalho, o que, portanto, confirma que não estava sendo observada a legislação trabalhista. Assim sendo, também nesse particular, com a devida vênia do eminente Relator, acompanho Sua Excelência, a eminente Revisora.

Quanto ao art. 297 do Código Penal, “Falsificação de documento público”, *caput*: “Falsificar, no todo ou em parte, documento público, ou alterar documento público verdadeiro: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa”. O § 4º: “Nas mesmas penas incorre quem omite, nos documentos mencionados no § 3º, nome do segurado e seus dados pessoais, a remuneração, a vigência do contrato de trabalho ou de prestação de serviço”. O § 3º: “Nas mesmas penas incorre quem insere ou faz inserir: I – na folha de pagamento ou em documento de informações que seja destinada a fazer prova perante a Previdência Social, pessoa que não possua a qualidade de segurado obrigatório; II – na Carteira de Trabalho e Previdência Social do empregado ou em documento que deva produzir efeito perante a Previdência Social, declaração falsa ou diversa da que deveria ter sido escrita; III – em documento contábil ou em qualquer outro documento relacionado com as obrigações da empresa perante a Previdência Social, declaração falsa ou diversa da que deveria ter constado”.

Juíza Rosimayre Gonçalves, com relação aos documentos dos autos, restaram esses crimes devidamente configurados, na hipótese?

A Exma. Sra. Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho: — Não havia anotação. Quanto aos trabalhadores Gilberto Chaves Mendes, fl. 689, e Cosme Bastos Araújo, fl. 702, consta que suas carteiras não estavam devidamente registradas. Mas o próprio contexto probatório já aponta para esse crime, porque a anotação da carteira também só foi feita por determinação

após o grupo de fiscalização ir até a fazenda conforme consta nos documentos de fls. 712/716. A única coisa que há em relação a isso é a alegação de que não assinaram as carteiras, porque não houve tempo e porque eles estavam na fazenda há apenas 15 dias.

O Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro: — Quanto a esse particular, também acompanho Vossa Excelência. E quanto à dosimetria, também a acompanho.

A Exma. Sra. Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho: — Senhor Presidente, quanto à dosimetria, há inclusive um questionamento de que o juiz, com relação a três crimes, fixou um pouco acima do mínimo e, com relação a um, ele fixou no mínimo. Alegam, portanto, está ocorrendo contradição, incoerência no momento da fixação da pena. Eu entendi que há motivos para a fixação acima do mínimo. O fato de ele ter fixado uma no mínimo não afasta a motivação com relação aos demais.

O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz: — Quanto à dosimetria, há o seguinte: “A culpabilidade do agente gerou significativo grau de reprovação social, uma vez que os crimes foram praticados em grande escala com o envolvimento de várias vítimas. O réu é primário, mas há registro de antecedentes desabonadores. Não existem informações depreciativas acerca de sua conduta social, tampouco sobre sua personalidade. Os motivos do crime baseiam-se na tentativa de auferir renda ao menor custo. Afirmou-se que seis eram os trabalhadores reduzidos à condição análoga de escravo e para os quais se frustraram os direitos trabalhistas, embora tenha ocorrido o pagamento de verbas cabíveis posteriormente. O pequeno lapso de tempo transcorrido entre a admissão dos trabalhadores e a omissão em registrar os contratos nas CTPs é elemento favorável ao acusado. A destruição de florestas ocorreu em extensa área, e houve derrubada de castanheiras, espécimes cujo corte é proibido. O acusado foi reconhecido como mentor intelectual dos crimes pois era quem comandava os demais co-réus com o auxílio de Francisco Sérgio. Os trabalhadores não contribuíram para a ocorrência dos crimes, destarte, fixo a pena-base dos crimes do art. 132, ou seja, cinco meses de detenção. Com relação ao art. 149, três anos de reclusão. Essa pena vai de dois a oito anos. Quanto ao art. 203, em um ano e três meses de detenção, e, quanto ao art. 297, em dois anos de reclusão. Este último está no mínimo: cem dias/multas. E

quanto ao art. 51 da Lei 9.605/98, em quatro meses de detenção e em vinte e cinco dias/multa. Na ausência, tornou definitivo em cinco anos de reclusão e em quatro anos de detenção.

O Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro: —
Quanto à pena, mantenho-a também. A revisão está bem fundamentada.

Quinta Turma

Apelação no Mandado de Segurança 2007.37.00.001291-2/MA

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal Ávio Mozar José Ferraz de Novaes (convocado)

Apelante: União

Procurador: Dr. Joaquim Pereira dos Santos

Apelado: Lúcio Walfrido Aleixo da Silveira

Advogado: Dr. Jorge Alberto Araújo

Divulgação: e-DJF1 de 09/12/2008

Publicação: 10/12/2008

Ementa

Serviço militar. Dispensa por excesso de contingente. Aplicação do art. 4º, § 2º, da Lei 5.292/1967. Impossibilidade.

I – Não há como se aplicar o art. 4º, § 2º, da Lei 5.292/1967, que trata de adiamento de incorporação à médicos, aos que são dispensados do serviço militar, por excesso de contingente. Precedentes do STJ: (REsp 380725/RS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 21/09/2006, DJ de 09/10/2006 p. 366.)

II – Apelação e remessa, não providas.

Acórdão

Decide a Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, por unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa, nos termos do voto do Exmo. Sr. Juiz-Relator.

Quinta Turma do TRF 1ª Região – 17/11/2008.

Juiz Federal Ávio Mozar José Ferraz de Novaes, Relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Ávio Mozar José Ferraz de Novaes: — Trata-se de apelação interposta pela União contra sentença que concedeu a segurança para declarar a dispensa, de forma definitiva, do impetrante da prestação do serviço militar.

Foram apresentadas as contra-razões.

O MPF pugna pelo provimento da apelação e da remessa.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Ávio Mozar José Ferraz de Novaes: — Trata-se de apelação interposta pela União contra sentença que concedeu a segurança para declarar a dispensa, de forma definitiva, do impetrante da prestação do serviço militar.

Antes de adentrar no exame do mérito passo à análise das preliminares aventadas:

I – Ilegitimidade passiva *ad causam*

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais João Batista Moreira e Fagundes de Deus e o Exmo. Sr. Juiz Federal Ávio Mozar José Ferraz de Novaes (convocado).

Não assiste razão à apelante, posto que, a autoridade coatora é a pessoa que ordena ou omite a prática do ato impugnado, e não o superior que o recomenda ou baixa normas para sua execução.

Com efeito, o impetrante foi atendido pela autoridade acoimada coatora, que rejeitou os pedidos de dispensa apresentados e ordenou a sua ida até Belém do Pará para realização do exame físico.

Por outro ângulo, a autoridade notificada, encampou a defesa dos interesses do órgão que iria suportar as possíveis conseqüências dos seus atos.

Preliminar rejeitada.

II – Ausência de prova pré-constituída

Incipiente a alegação da apelante.

A sentença foi baseada na diferença entre excesso de contingente e adiamento de incorporação e, não, na alegação da necessidade de prova por documento de matrícula ou classificação em qualquer curso de residência.

Preliminar rejeitada.

II – No mérito

O Superior Tribunal de Justiça examinou de forma aprofundada a questão e já pacificou a tese sufragada da impossibilidade de exigir a prestação do serviço militar daquele que teve a dispensa declarada. Confira-se excerto do voto cuja relatoria coube à Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 21/09/2006, DJ de 09/10/2006, REsp 380725/RS.

Dessa feita, atente-se para o texto do art. 4º, § 2º, da Lei 5.292/1967:

“Art 4º Os MFDV que, como estudantes, tenham obtido adiamento de incorporação até a terminação do respectivo curso prestarão o serviço militar inicial obrigatório, no ano seguinte ao da referida terminação, na forma estabelecida pelo art. 3º e letra a de seu parágrafo único, obedecidas as demais condições fixadas nesta Lei e na sua regulamentação.

§ 1º (...)

§ 2º Os MFDV que sejam portadores de Certificados de Reservistas de 3ª Categoria ou de Dispensa de Incorporação, ao concluírem o curso, ficam sujeitos a prestação do Serviço Militar de que trata o presente artigo.”

Como se pode observar, o *caput* do art. 4º regula, expressamente, os casos de *adiamento de incorporação*. Já o § 2º determina que os médicos

portadores de Certificados de Reservistas de 3ª Categoria ou de Dispensa de Incorporação, ao concluírem o curso, ficam sujeitos a prestação do Serviço Militar “de que trata o presente artigo”.

Para uma melhor exegese da questão, faz-se necessária uma interpretação sistemática do artigo referido. O incomparável mestre e hermeneuta Carlos Maximiliano, ensinava a forma como se deve analisar uma Lei ou artigo, tomando-se por conta a citada interpretação:

“Consiste o Processo Sistemático em comparar o dispositivo sujeito a exegese, com outros do mesmo repositório ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto.”

Enriquecendo o estudo, completava:

“Já não se admitia em Roma que o juiz decidisse tendo em mira apenas uma parte da lei; cumpria examinar a norma em conjunto: *Incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula ejus proposita, judicare, vel respondere* - ‘é contra Direito julgar ou emitir parecer, tendo diante dos olhos, ao invés da lei em conjunto, só uma parte da mesma.’ (Hermenêutica e Aplicação do Direito, editora forense, 17ª edição, p. 128.)

Interpretando-se, assim, sistematicamente, o presente artigo, tem-se que o § 2º deve ser entendido em consonância com seu *caput*, em atenção ao que dispõe sua parte final.

Dessa forma, o referido parágrafo apenas pode ser aplicado aos casos de adiamento de incorporação, matéria essa que é tratada pelo art. 4º, conforme, taxativamente, regula seu *caput*.

Todavia, na espécie, o recorrido foi dispensado do serviço militar por excesso de contingente, fato esse que não se harmoniza com os ditames do art. 4º da Lei 5.292/1967.

Assim, não vejo como aplicar ao caso a norma salientada pela recorrente.

Sem embargo, a discussão cinge-se a saber se a dispensa por excesso de contingente se enquadra nas hipóteses do art. 4º, § 2º, da Lei 5.292/1967.

Assim, nos termos acima descritos, tenho que não há como se aplicar à hipótese dos autos, qual seja a de “dispensa por excesso de contingente”, a norma contida no art. 4º, § 2º, da Lei 5.292/1967, que trata de adiamento de incorporação, figuras nitidamente distintas.

Não destoa a orientação desse egrégio Tribunal:

“*Administrativo. Serviço militar obrigatório. Profissionais da área de saúde. Artigo 4º da Lei 5.292/1967. Dispensa por excesso de contingente. Convocação posterior. Impossibilidade.*

1. Os estudantes das áreas mencionadas no artigo 4º da Lei 5.292/1967, que tenham sido dispensados por excesso de contingente, não ficam sujeitos à prestação do serviço militar obrigatório após a conclusão do respectivo curso.

2. *In casu*, o autor sequer havia iniciado o curso de medicina antes de sua dispensa.

2. Precedente.

3. Recurso improvido.” (REsp 617.725/RS, Rel. Min. Paulo Gallotti, Sexta Turma, DJ de 05/12/2005.)

“Recurso especial. Administrativo. Militar da área de saúde. Dispensa por excesso de contingente. Convocação posterior. Impossibilidade. Violação ao art. 4º da Lei 5292/1967. Inaplicabilidade.

O mencionado dispositivo não há de se aplicar ao recorrido, como bem constatado pelo *decisum*, considerando que fora dispensado, não em razão de sua condição de estudante, mas em função do excesso de contingente. Violação não caracterizada.

Recurso desprovido.” (REsp 437.424/RS, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, DJ de 31/03/2003.)

No que pertine ao art. 3º, item 12, do Decreto 57.654/1966, entendo que tal norma trata de conceito genérico, qual seja o de “dispensa do Serviço Militar inicial” que em nada contribui para a espécie, que é solucionada pela interpretação do art. 4º da Lei 5.292/1967, acima transcrito. Ante o exposto, conheço do recurso especial, mas nego provimento.

É como voto.

Na esteira do pensamento consolidado do Superior Tribunal de Justiça a ele adiro para negar provimento ao recurso e à remessa oficial.

É o meu voto.

Sexta Turma

Agravo de Instrumento

2007.01.00.029836-4/DF

Relator: O Exmo. Sr.Des. Federal Daniel Paes Ribeiro

Agravante: Fundação Educacional Dr. Raul Bauab – Jahu

Advogado: Dr. Felipe Inacio Zanchet Magalhaes e outros

Agravado: Ministério Público Federal

Procuradora: Dra.Livia Nascimento Tinoco

Agravante: Ministério Público Federal

Divulgação: e-DJF1 de 31/10/2008

Publicação: 03/11/2008

Ementa

Processual Civil, Administrativo e mandado de segurança. Competência. Procurador da República no Distrito Federal. Expedição de ofício. Requisição de documentos e informações relacionadas com atividades de Fundação Educacional, para apuração de irregularidades na concessão de certificado de entidade beneficente de assistência social. Devido processo legal.

I – É da competência da Justiça Federal de primeiro grau o processamento e julgamento de mandado de segurança impetrado contra ato atribuído a Procurador da República, a teor do que dispõe o art. 109, inciso VIII, da Constituição Federal.

II – No caso, os fatos irradiados nos autos, relativos à verificação de irregularidade na concessão de certificados beneficentes de assistência social, conduziram a investigação deflagrada pelo Ministério Público, e a intimação para a prestação de informações e entrega de documentos não padece de nenhuma ilegalidade, porquanto respaldada na Lei Complementar 75/1993, que assegura ao órgão ministerial o direito de instauração de procedimentos do tipo, para a apuração devida. Inexistência de ofensa ao contraditório e à ampla defesa.

III – Agravo desprovido.

Acórdão

Decide a Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo e julgar prejudicado o agravo regimental, nos termos do voto do Relator.

6ª Turma do TRF 1ª Região – 29/09/2008.

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro: — Cuida-se de agravo de instrumento interposto pela Fundação Educacional Dr. Raul Bauab (JAHU), entidade beneficente de assistência social, inconformada com a decisão (cópia – fls. 49/50), prolatada, em regime de

plantão, pelo ilustre Juiz Federal Substituto da Seção Judiciária do Distrito Federal, Dr. Ricardo Augusto Soares Leite, que indeferiu pedido de liminar, formulado nos autos do mandado de segurança que impetrou, visando à suspensão de ato atribuído a Procurador da República

no Distrito Federal, consistente na expedição do Ofício 065/07-PRDF/FT-INSS/LT, reproduzido na petição de interposição e constante das fls. 475/481, por meio do qual a autoridade impetrada, apoiada no art. 8º, inciso IV, da Lei Complementar 75/1993 e no art. 129, inciso VI, da Constituição Federal, requer sejam prestadas amplas informações e a remessa de diversos documentos, no prazo de vinte dias, referentes ao período de 1996 a 2006, tudo relativo à prática de assistência social, para serem juntados no processo administrativo 1.16.000.000675/2006-37, que versa sobre “revisão de concessão irregular da Fundação Educacional Dr. Raul Baub – JAHU, aplicada mediante emissão do Certificado de Entidade de Fins Filantrópicos” (fl. 185).

A decisão agravada, após asseverar que a competência para apreciar mandado de segurança contra ato atribuído a Procurador da República é da Justiça Federal, ante o disposto no art. 108, inciso I, da Constituição da República, e na esteira de precedente deste Tribunal, assim motivou o indeferimento do provimento liminar requerido, *verbis* (fl. 50):

Inicialmente, verifico que a autoridade apontada como coatora estipulou a contagem de 20 (vinte) dias de prazo para que a impetrante pudesse entregar a documentação que consta no ofício 065/07 – PRDF/FT-INSS/LT.

Neste lapso temporal, poderia a entidade ter obtido junto ao MPF as informações que desejasse, porquanto o representante do *parquet* tem a obrigação de receber advogados ou mesmo produzir prova ou certidão de que não lhe foi dado acesso à documentação que integra o P.A. 116000000675/2006-37.

Entretanto, nenhuma prova desta atitude foi feita no presente processo, tampouco narrada na peça exordial. Assim não deveria ter a parte deixado para ingressar com a presente ação judicial no dia 20 de julho no final de expediente forense (sexta-feira) – e quando já havia sido iniciado o regime de plantão – para tentar coibir ato na qual a autoridade tida como coatora poderia ter sido ouvida.

A meu sentir, pelo exposto na peça exordial e pelos documentos anexados aos autos, o direito ao contraditório da autoridade apontada como coatora foi suprimido por comportamento omissivo injustificável da parte impetrante, havendo, pois, o que se denomina de *periculum in mora* provocado.

Na longa petição de interposição, a agravante, para ver reformada essa decisão, repisa a argumentação desenvolvida na impetração, sintetizada na alegação de

cerceio do seu direito à ampla defesa e ao contraditório, por isso que o pedido de informações e a remessa de documentos exigidos pelo ato impugnado contemplam pedidos com sentido amplo, que podem vir a ser interpretados de forma contrária aos seus interesses, como é o caso dos relacionados com a requisição de ficha financeira dos dirigentes da entidade, para comprovar se receberam ou não remuneração, visto que, na qualidade de entidade beneficente de assistência social, regularmente certificada, não pode remunerá-los. Demonstra perplexidade quanto à requisição de cópias de todos os contratos de 1996 a 2006, que tenham por objeto a prestação de serviços de honorários advocatícios e outros, quando se sabe que tais contratos gozam de sigilo, assegurado pelo art. 1º, § 3º, da Lei 8.906/1994. Da mesma forma, quanto à informação se concedeu ou não, no referido período, bolsas de estudos, parciais ou integrais a políticos — ou seus cônjuges, companheiros, filhos ou irmãos, senadores, deputados federais, estaduais, vereadores, prefeito e governador.

Afirma que dirigiu petição ao Ministério Público Federal, em que, estribada no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, requereu fosse informado qual o objetivo da instauração do aludido procedimento administrativo, uma vez que da intimação expedida não consta qual o objetivo do processo em questão ou a utilização a ser dada aos documentos requeridos, o que a impede de ajuizar medidas administrativas e judiciais no exercício da defesa de seus direitos.

Nessa linha de argumentação, entende tolhido o seu direito ao devido processo legal haja vista que, conforme orientação jurisprudencial emanada da Suprema Corte, a produção de provas contra si mesma, quando ocorre com cerceamento de defesa, “geram a presunção de que são nulas, segundo a teoria dos frutos da árvore envenenada, não podendo ser meio para o convencimento de juízo em processo judicial” (fl. 26).

Assinala que, embora intimada para a prestação de informação e entrega de documentos, sem, contudo, ter conhecimento se está sendo acusada ou sendo defendida pelo *Parquet*, na qualidade de *custos legis*, requisitou cópia do mencionado procedimento administrativo, oportunidade em que ficou ciente de que nele figura no pólo passivo, afirmando que, nesse caso, estando sendo investigada acerca de possível gozo irregular de isenção, pode muito bem desejar fazer juntar os documentos exigidos em processo judicial, como

por exemplo, mandado de segurança, ou outro tipo de ação capaz de anular o feito administrativo.

Por tudo, requereu e obteve a antecipação da tutela recursal, para suspender os efeitos da intimação impugnada, em decisão da lavra do ilustre Juiz Federal Carlos Augusto Pires Brandão (Convocado), a qual buscou apoio em precedente de que fui relator, em que examinei questão assemelhada (AI 2007.01.00.006038-6/DF).

Dispensadas as informações, o Ministério Público Federal manejou agravo regimental, às fls. 498/502, e ofereceu contraminuta, às fls. 506/516, nesta afirmando, em preliminar, ser dos Tribunais Regionais Federais a competência para processar e julgar mandado de segurança contra ato de Procurador da República. No mérito, intenta afastar a tese da agravante, afirmando inexistir cerceio de defesa, uma vez que se trata de inquérito civil público dentro do Ministério Público, sendo, por essa razão, prescindível o contraditório.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro: — No ponto em que reconheceu a competência da Justiça Federal de primeiro grau para o processamento e julgamento da ação mandamental de que se trata, a decisão agravada se concerta com magistério deste Tribunal sobre o tema. É o que se verifica, entre outros, de recente julgado da Terceira Seção desta Corte, posto na dicção de que, *verbis*:

Processual Civil. Mandado de Segurança contra ato praticado por Procurador da República. Competência funcional do Juiz Federal (CF, Art. 109, Inciso VIII).

I – Tendo o ato impugnado, como no caso, sido praticado por Procurador da República, falece competência originária a este Tribunal Regional Federal da 1ª Região, para processar e julgar o *mandamus*, a teor do que dispõe o art. 109, inciso VIII, da Constituição Federal, na determinação de que compete aos juízes federais processar e julgar “os mandados de segurança e os habeas data contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais” (CF, art. 109, VIII), na medida em que a referida autoridade não se en-

quadra nas hipóteses elencadas no art. 109, inciso I, alínea “c”, do mesmo texto constitucional.

II – Declarou-se a incompetência absoluta do TRF da 1ª Região para processar e julgar o presente mandado de segurança, com a determinação de remessa dos autos ao juízo competente, no caso, o da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Piauí, restando sem efeito o ato decisório praticado pela egrégia Presidência desta Corte Federal.

(MS 2004.01.00.000641-8/PI – Relator Desembargador Federal Souza Prudente – DJ de 13/07/2007)

No tópico, pois, a preliminar suscitada pelo agravado não prospera. Rejeito-a, pois.

Quanto ao mérito, não diviso presentes os pressupostos indispensáveis à concessão do provimento antecipatório.

Com efeito, a argumentação que dá lastro ao ajuizamento do mandado de segurança, bem assim ao pedido de liminar, seria relevante se a hipótese fosse de processo judicial ou administrativo, *stricto sensu*, em que a observância ao devido processo legal se impõe, por imperativo constitucional.

No caso, os fatos irradiados nos autos, relativos à verificação de irregularidade na concessão de certificados beneficentes de assistência social, conduziram a investigação deflagrada pelo Ministério Público, e a intimação para a prestação de informações e entrega de documentos não padece de nenhuma ilegalidade, pois se encontra respaldada na Lei Complementar 75/1993, que assegura ao órgão ministerial o direito de instauração de procedimentos do tipo, para a apuração devida.

No ponto, pertinentes as observações lançadas no parecer ministerial, à fl. 512, nestes termos:

A requisição de informações, ora suspensa, tinha por finalidade exatamente dar consecução a isso: investigar a regularidade na concessão de certificados de entidades beneficentes de assistência social, um dos requisitos para o gozo da imunidade das contribuições sociais, ou seja o alvo da investigação é a legalidade da concessão de benefício fiscal que acaba por onerar toda a sociedade, pois atinge o financiamento da seguridade social. Logo, o prejuízo que uma decisão judicial como essa, que coarctou prerrogativa legal do Ministério Público pode causar para as apurações do Ministério Público é imensurável, obstruindo o *parquet* de atuar em defesa do orçamento da seguridade social, a qual

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Daniel Paes Ribeiro, Souza Prudente e Maria Isabel Gallotti Rodrigues.

beneficia milhões de brasileiros que realmente necessitam de algum auxílio do Poder Público.

Veja-se que o procedimento administrativo para a emissão do referido certificado corre em Brasília, junto ao CNAS, órgão do Ministério do Desenvolvimento e Combate à Fome (MDS, informação que, por si só, legitima o MPF sediado no DF)..

Ainda sobre o devido processo legal, realmente, na hipótese dos autos, não poderia mesmo ser observado na forma pretendida pela agravante, conforme bem demonstra o Ministério Público Federal, no pronunciamento de fls. 513/515, *verbis*:

Outrossim, a entidade pleiteia a existência de um contraditório e ampla defesa durante a instrução do procedimento administrativo. Contudo, cabe salientar que a natureza de um procedimento administrativo/inquérito civil público dentro do Ministério Público é claramente inquisitorial, de caráter essencialmente apuratório, pois visa à investigação prévia de uma possível irregularidade na concessão de títulos à entidade. Ou seja, é prescindível o contraditório em procedimento administrativo, porque este procedimento, por si só, não gera punição alguma (diferentemente de um processo administrativo disciplinar, por exemplo, e de uma ação judicial).

O doutrinador Hugo Nigro Mazzilli bem ilustra a função de um inquérito civil/procedimento administrativo:

“O inquérito civil é uma investigação administrativa prévia, presidida pelo Ministério Público, que se destina basicamente a colher elementos de convicção para que o próprio órgão ministerial possa identificar se ocorre circunstância que enseje eventual propositura de ação civil pública.”

Na mesma linha, Rosa Maria Andrade Nery e Nelson Nery Jr. afirmam tratar-se de procedimento administrativo destinado à colheita de elementos para eventual e futura propositura responsável da ação civil pública, evitando-se o ajuizamento de ação temerária.

Esclarecedora também é a lição de João Batista de Almeida sobre o contraditório e ampla defesa no inquérito civil público:

“Diz a Constituição Federal que ‘aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes’ (art. 5º LV)

Em face desses dispositivos, seria necessário o oferecimento de oportunidade de contraditório e ampla defesa no inquérito civil?

A resposta é não. Simplesmente *porque a exigência é dirigida ao processo judicial e adminis-*

trativo, stricto sensu, e o inquérito civil não é uma coisa, nem outra, ou seja, não é processo judicial porque não tramita perante o Poder Judiciário e não é o processo administrativo a que se refere o texto constitucional, porque nele não há litigantes nem acusação. Trata-se, isto sim, de procedimento administrativo de natureza inquisitória, em que o Ministério Público realiza investigações para colher informe e dados acerca dos meios de prova disponíveis acerca do fato em apuração, bem como avaliar a qualidade e o valor destes elementos probatórios.

Assim, no inquérito civil os envolvidos não são obrigatoriamente citados ou chamados para apresentação de defesa. Podem fazê-lo, no entanto, mediante permissão do presidente do inquérito civil.”

Não obstante, mesmo com natureza inquisitorial, este órgão do Ministério Público Federal, ora signatário, por inúmeras vezes, além de conceder vistas, sempre concedeu dilação de prazo para apresentação da documentação solicitada. Outrossim, os prazos fixados para a apresentação dos documentos sempre foram razoáveis, pois que permitiam a realização da resposta em *20 dias úteis*, o que significa praticamente um mês.

Por conseguinte, não pode a entidade entender (e o Judiciário ratificar esse entendimento) que a fundação não está obrigada a produzir prova contra si mesma. Ora, não estamos na esfera penal, o procedimento é claramente cível, logo não há espaço para invocação do princípio “*nemo tenetur se detegere*”, visto que claramente inaplicável à espécie.

Mais clara fica a natureza cível do procedimento, pois que dirigida a aferir a legalidade da ostentação de um certificado por pessoa jurídica. Ora, ainda não passamos, no nosso ordenamento jurídico, para uma fase de aceitação da culpabilidade das pessoas jurídicas, senão nos crimes ambientais. E atente-se para o fato de que até em relação a tais crimes há forte debate doutrinário. A atuação da entidade está, pois, a revelar todo o seu desespero, pois outra causa não pode haver para tanta preocupação e para o manejo de um mandado de segurança com o fim de não prestar contas ao Ministério Público Federal de sua atuação.

A entidade alega, ainda, que as informações requisitadas no ofício possuem sentido amplo o que pode causar prejuízos à entidade. Neste ponto, parece-nos que a impetrante devaneia sobre o conteúdo da requisição. Preliminarmente, não há nenhum pedido de informação que por si só, possa acarretar prejuízos à entidade. Os documentos requisitados são documentos devidamente identificados e individualizados que a agravante tem obrigação de manter em dia, na qualidade de entidade subsidiada pelo poder público. Ora, a entidade

agravante por sua natureza de entidade beneficente de assistência social, possui a obrigação de estar regular e de demonstrar isso a todo o tempo em que for instada a fazê-lo.

Ademais, os pedidos não possuem sentido ambíguo ou amplo. Ao contrário, são pedidos pontuais e específicos que, por essa razão, estão enume-

rados em vários pontos, para evidenciar objetividade e especificidade em cada item.

Do exposto, na linha desses argumentos, que acolho como razões de decidir, nego provimento ao agravo e julgo prejudicado o agravo regimental.

É o meu voto.

Apelação Cível

2003.39.02.000065-5/PA

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente

Apelante: Francisco Airton Faria da Silva

Advogado: Dr. Raimundo Franco de Lima Moura

Apelado: Instituto Brasileiro do Meio ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama

Procurador: Dr. Vilberto da Cunha Peixoto Júnior

Divulgação: e-DJF1 de 12/12/2008

Publicação: 15/12/2008

Ementa

Constitucional. Processual Civil, Administrativo e Ambiental. Ibama. Ação Possessória. Esbulho. Caracterização. Degradação ambiental de área da Floresta Nacional do Tapajós. Lei 9.985/2000. Desmatamento e queimada. Ocupação irregular.

I – O poder de polícia ambiental, exercido pelo Ibama, tem a finalidade de executar a política de preservação, conservação e uso sustentável dos recursos naturais, visando o planejamento e fiscalização do uso dos recursos ambientais, bem assim, a proteção dos ecossistemas, com a preservação de áreas representativas e proteção de áreas ameaçadas de degradação (alteração adversa das características do meio ambiente), como, assim, determinam as Leis 4.771/1965, art. 14, alíneas a e b, e 6.938/1981, art. 2º, incisos III, IV, VII, IX, e 4º, inciso I, buscando, sempre, a compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico.

II – Assim, no exercício do poder de polícia ambiental atribuído por lei ao Ibama, para fins de coibir abusos e danos ao meio ambiente, afigura-se legítimo o interesse processual daquele órgão em proteger a aludida Flona, tendo em vista os documentos juntados aos autos demonstrarem, através de fotos, claramente, a ocorrência de dano ambiental, havendo, ainda, auto de infração lavrado, que não foi infirmado pelo requerido.

III – De igual modo, contata-se que a posse anterior à instalação da Flona nunca existiu, caracterizando o esbulho, pois, como bem asseverou o ilustre juízo monocrático, ninguém tem direito de ocupar floresta nacional, salvo os casos de exploração devidamente autorizada pelo Ibama em projetos de uso sustentável da unidade de preservação, nos casos de populações tradicionais, o que não é a hipótese dos autos.

IV – De ver-se, pois, que “a Floresta Nacional é uma área com cobertura florestal de espécies predominantemente nativas e tem como objetivo básico o uso múltiplo sustentável dos recursos florestais e a pesquisa científica, com ênfase em métodos para exploração sustentável de florestas nativas, sendo que as áreas particulares incluídas em seus limites devem ser desapropriadas de acordo com o que dispõe a lei” (art. 17, § 1º, da Lei 9.985, de 18/07/2000).

V – Apelação desprovida. Sentença confirmada.

Acórdão

Decide a Turma, à unanimidade, negar provimento à apelação.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: — Cuida-se de recurso de apelação interposto contra sentença proferida pelo douto Juízo Federal da Vara Única da Subseção Judiciária de Santarém/PA, que, nos autos da ação de reintegração de posse ajuizada pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama contra Francisco Airton Faria da Silva, objetivando que o requerido seja retirado das áreas que ocupa dentro da Floresta Nacional do Tapajós, julgou procedente o pedido formulado na inicial, determinando a desocupação da área descrita na inicial em 60 (sessenta) dias do trânsito em julgado da sentença, inclusive levantando as benfeitorias lá realizadas, condenando, ainda, o réu no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor atribuído à causa (fls. 102/106).

Em suas razões de apelação (fls. 110/116), sustenta o recorrente, em resumo, que não praticou a conduta da forma descrita na exordial, pois adquiriu a posse de forma justa, não violenta, de boa-fé, há mais de 10 (dez) anos, e que outras comunidades vivem dentro da Floresta Nacional do Tapajós, onde os povos que lá habitam, tem suas posses muito antes da sua criação. Pondera, ainda, que pertence às populações tradicionais da região. Requer, assim, o provimento do recurso, a fim de que seja reformada a sentença monocrática, julgando-se totalmente improcedente o pedido formulado pelo Ibama.

Com as contra-razões de fls. 118/122, subiram os autos a este egrégio Tribunal, manifestando-se o douto Ministério Público Federal pelo desprovimento do recurso (fls. 131/132).

Este é o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: — A sentença recorrida deu o correto deslinde à controvérsia, nestes termos:

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Souza Prudente e Daniel Paes Ribeiro e o Exmo. Sr. Juiz Federal David Wilson de Abreu Pardo.

O Ibama propôs ação possessória deduzindo pedidos contra Francisco Airton Faria da Silva objetivando que o réu seja retirado das áreas que irregularmente ocupa dentro da Floresta Nacional do Tapajós e condenado ao pagamento de perdas e danos pelo danos materiais causados e ao reflorestamento de toda a área degradada. Requer ainda que sejam ressarcidas apenas as benfeitorias necessárias, e que do valor correspondente seja abatido o montante dos danos causados ao meio ambiente.

Alegou, basicamente, que sendo a flona uma área de conservação de uso sustentável dos recursos florestais, conforme os termos da Lei 9.985/2000, os desmatamentos e queimadas promovidos pelo réu caracterizam atos de turbação possessória.

Quanto à ocorrência do esbulho, sustentou que a configuração depende apenas da constatação de benfeitorias realizadas pelo réu dentro da flona, eis que o mesmo, por não integrar as populações tradicionais que ocupavam a área quando de sua criação, não pode nela permanecer, a teor do disposto no § 2º, art. 17, da lei referida.

Em sede de liminar, pugnou pela cumulativamente pela manutenção/reintegração na posse e proibição de degradação ambiental de áreas da flona.

Juntou documentos às fls. 10/15.

Em decisão de fls. 18/20, o Magistrado que presidia o feito, com base no poder geral de cautela, determinou ao réu a imediata interrupção dos atos depredatórios em área integrante da flona.

Citado, o réu apresentou contestação às fls. 27/35. Em preliminares, alegou sua ilegitimidade passiva e carência da ação. No mérito, aduziu que a área objeto do presente feito pertence à outra pessoa. Juntou documentos às fls. 37/41.

Pedidos do autor de designação de audiência de justificação e de fixação de multa cominatória diária indeferidos à fl. 44.

Réplica às fls. 46/47. Na oportunidade, o Ibama requereu a extensão da área tratada no feito.

Em especificação de provas, as partes nada requereram. Com base no art. 130 do CPC, foi determinada pelo Juízo a produção de prova testemunhal e o depoimento da parte ré.

Termos de depoimento pessoal e de audiência de instrução e julgamento às fls. 84/86 e 87/89, respectivamente.

Às fls. 91/92 compareceu o requerente nos autos para requerer a manifestação do MPF, o que foi deferido (fl. 95).

Em manifestação de fls. 96/100 o MPF pugnou pela procedência da ação.

(...)

2. Fundamentação

2.1 Preliminarmente

O Ibama, às fls. 46/47, pede a extensão da área a ser protegida neste feito. Indefiro o pedido, pois a nova área é em tudo diferente desta no que se refere à contigüidade e à situação fática que embasa esta ação. Assim, não é possível uma simples extensão, sendo necessária uma nova demanda.

Por outro lado, não há dúvidas sobre o interesse processual do Ibama em proteger a aludida flona uma vez que há fotos bem fortes e incontestadas que demonstram claramente a ocorrência de dano ambiental. Há ainda um procedimento administrativo, auto de infração, que não foi propriamente impugnado pelo requerido.

Há igualmente legitimidade passiva, pois é o demandado que figura como autuado e é ele quem, em declarações fls. 84/85, admite ser do “dono” da área queimada.

(...)

2.4 Mérito

No mérito, o requerido não tem melhor sorte, pois os fatos são claros no sentido de que houve queimada totalmente inadequada para os padrões de uma floresta nacional. O requerido não infirmou o auto de infração em que se baseia esta ação. Havendo presunção de legalidade, legitimidade (constitucionalidade) e veracidade nos atos administrados, cabe ao administrado, via de regra, pelo menos, o início da prova que possa derrubar esta presunção.

No caso vertente, não houve esta prova. Pelo contrário, tudo se confirmou.

A posse anterior à instalação da flona nunca existiu, pois o requerido mesmo diz que ela é posterior a 1974. Desta maneira, trata-se de esbulho, pois ninguém tem direito de ocupar floresta nacional, salvo os casos de exploração devidamente autorizada pelo Ibama em projetos de uso sustentado da unidade de preservação e casos de populações tradicionais. O requerido não se enquadra em nenhuma das hipóteses.

O uso indevido da terra também está claro por tudo o que se disse acerca da autuação e das demais provas dos autos.

Assim sendo, não resta outra conclusão que a da necessidade de retirada do requerido da área indevidamente ocupada por ele. O direito à recomposição do dano ambiental, por sua vez, é decorrência necessária do reconhecimento da posse esbulhada.

3. Dispositivo

Isto posto, tenho por procedentes os pedidos da inicial. Determino ao Requerido que desocupe, em 60 dias do trânsito em julgado desta sentença, a área em que ocorreram os fatos descritos no auto de infração de fl. 12, inclusive levantando as benfeitorias realizadas.

Condene o requerido a recompor os danos ambientais que serão devidamente inventariados pelo Ibama ao tempo da execução desta sentença nestes mesmos autos.

Condene o requerido em custas processuais.

Condene o requerido em honorários que fixo em 10% do valor da causa.

Para a efetivação da desocupação, autorizo, desde já, o uso da força policial necessário - inclusive força policial militar em auxílio.” (fls. 102/106)

II

Com efeito, da análise dos autos, verifica-se que a pretensão deduzida pelo Ibama gira em torno do reconhecimento de se ver reintegrada na posse, com a retirada do réu de todas as áreas por ele irregularmente ocupadas no interior da Floresta Nacional do Tapajós, criada pelo Decreto 73.683/1974, em razão dos danos ambientais perpetrados contra a referida Unidade de Conservação.

Posta a questão nestes termos, entendo que, da análise dos autos, vê-se que restou devidamente comprovado o aludido dano ambiental, sendo o requerido autuado pela prática de queimada em 05 (cinco) hectares de floresta e pastagens, área considerada de preservação permanente, não tendo, em suas razões de recurso, conseguido infirmar o auto de infração lavrado, em que se baseia a presente ação.

Assim, no exercício do poder de polícia ambiental atribuído por lei ao Ibama, para fins de coibir abusos e danos ao meio ambiente, afigura-se legítimo o interesse processual daquele órgão em proteger a aludida Flona, tendo em vista os documentos juntados aos autos demonstrarem, através de fotos, claramente a ocorrência de dano ambiental.

De igual modo, a posse anterior à instalação da Flona nunca existiu, caracterizando o esbulho, pois, como bem asseverou o ilustre juiz de primeiro grau, ninguém tem direito de ocupar floresta nacional, salvo os casos de exploração devidamente autorizada pelo Ibama em projetos de uso sustentado da unidade de preservação e casos de populações tradicionais, o que não é a hipótese do ora apelante.

Ademais, há de ver-se que a disciplina da Lei 9.985, de 18/07/2000, diz que “*a Floresta Nacional é uma área com cobertura florestal de espécies predominantemente nativas e tem como objetivo básico o uso múltiplo sustentável dos recursos florestais e a pesquisa científica, com ênfase em métodos para exploração sustentável de florestas nativas*” (art. 17). “*A Floresta Nacional é de posse e domínio públicos, sendo que as áreas particulares incluídas em seus limites devem ser desapropriadas de acordo com o que dispõe a lei*” (§ 1º). “*Nas Florestas Nacionais é admitida a permanência de populações tradicionais que a habitam quando de sua criação, em conformidade com o disposto em regulamento e no Plano de Manejo da unidade*” (§ 2º). “*A visitação pública é permitida, condicionada às normas estabelecidas para o manejo da unidade pelo órgão responsável por sua administração*” (§ 3º) “*A pesquisa é permitida e incentivada, sujeitando-se à prévia autorização do órgão responsável pela administração da unidade, às condições e restrições por este estabelecidas e àquelas previstas em regulamento*” (§ 4º). “*A Floresta Nacional disporá de um Conselho Consultivo, presidido pelo órgão responsável por sua administração e constituído por representantes de órgãos públicos, de organizações da sociedade civil e, quando for o caso, das populações tradicionais residentes*” (§ 5º).

Portanto, acrescente-se que, em se tratando de questão relativa à proteção ambiental, como no caso, há de se prestigiar, na espécie, a cautela adotada pelo legislador, em face da tutela constitucional, que impõe ao Poder Público e a toda coletividade o dever de defender e preservar, para as presentes e futuras gerações, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, como direito difuso e fundamental, feito bem de uso comum do povo (CF, art. 225, *caput*), e que já instrumentaliza, em seus comandos normativos, o *princípio da precaução* (quando houver dúvida sobre o potencial deletério de uma determinada ação sobre o ambiente, toma-se a decisão mais conservadora, evitando-se a ação) e a conseqüente *prevenção* (pois

uma vez que se possa prever que uma certa atividade possa ser danosa, ela deve ser evitada).

III

Com estas considerações, nego provimento à apelação, para manter a sentença monocrática em todos os seus termos.

Este é meu voto.

Sétima Turma

Apelação Cível

2001.33.00.008359-2/BA

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Olavo Pacheco de Medeiros

Apelante: Intex Indústria de Plásticos S/A

Advogados: Dr. Leonardo Ribeiro Passos Dourado e outro

Apelado: Fazenda Nacional

Procurador: Dr. Pedro Câmara Raposo Lopes

Divulgação: e-DJF1 de 06/11/2008

Publicação: 07/11/2008

Ementa

Tributário. IPI. Creditamento decorrente da aquisição de bens destinados ao ativo permanente e de materiais de uso e consumo da empresa. Impossibilidade. Ausência de violação ao princípio da não-cumulatividade.

I – Não constitui violação ao princípio constitucional da não-cumulatividade (art. 153, § 3º, II) a impossibilidade de utilização de créditos do IPI decorrentes da aquisição de bens que integram o ativo permanente ou de materiais de uso e consumo da empresa.

II – Segundo a jurisprudência dominante de nossos tribunais, a dedução do IPI pago nas etapas anteriores do processo de industrialização só poderá ocorrer quando se tratar de insumos que se incorporam ao produto final ou, que não se incorporando, são consumidos no curso do processo de industrialização. Precedente: REsp nº 500.076.

III – Apelação improvida.

Acórdão

Decide a Turma, à unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do voto do relator.

7ª Turma do TRF 1ª Região – 09/09/2008.

Desembargador Federal *Carlos Olavo Pacheco de Medeiros*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Olavo: — Trata-se de apelação cível interposta por Intex Indústria de Plásticos S/A, contra sentença que julgou improcedente o pedido de concessão de segurança, assegurando-lhe o direito líquido e certo de “manter o crédito do IPI, decorrente da aquisição de ativo fixo, material para uso e consumo, insumos, matérias-primas e material de embalagem, tributados pelo imposto em questão, bem como a compensação dos referidos valores, nos últimos 10 anos”, acrescidos de correção monetária

(incluídos os expurgos inflacionários), juros compensatórios e moratórios.

Informa a apelante que atua no ramo de industrialização, comercialização, importação e exportação de materiais plásticos, e para tanto adquire matérias-primas, insumos e materiais de embalagem, tributados pelo IPI, cuja aquisição gera crédito do qual vem se apropriando mediante compensação com o imposto devido pela saída do produto final de seu estabelecimento.

Afirma, contudo, que, em face da legislação infraconstitucional e das imposições da Secretaria da Receita Federal, as quais considera inconstitucionais por violação ao princípio da não-cumulatividade, vê-se impossibilitada de creditar-se do IPI incidente sobre a aquisição de material de uso e consumo e de bens do ativo fixo, efetuando o estorno em sua escrita contábil do crédito do referido tributo.

Insurge-se contra a sentença que lhe denegou a segurança, aduzindo que o princípio constitucional da não-cumulatividade é preceito que tem eficácia plena e aplicabilidade imediata, sendo desnecessária a edição de norma infraconstitucional para que produza efeitos na ordem jurídica. Salienta que a Constituição, ao dispor sobre o critério da não-cumulatividade, referiu-se apenas às operações anteriores à industrialização, mas não estabeleceu limitação a quaisquer produtos ou mercadorias.

Requer, assim, a reforma da sentença, assegurando-lhe o direito de manter e compensar o crédito decorrente da aquisição de ativo fixo e/ou material para uso e o consumo, nos últimos 10 anos, acrescidos de correção monetária (incluídos os expurgos inflacionários), juros compensatórios e moratórios.

Em contra-razões, sustenta a apelada a constitucionalidade da legislação atacada pela apelante, argumentando que a impossibilidade de utilização do crédito do IPI na aquisição de bens destinados ao ativo permanente da empresa é plenamente compatível com o princípio da não-cumulatividade, pois, do contrário, haveria o enriquecimento sem causa do contribuinte.

Argumentou, por outro lado, ser incabível a incidência de expurgos inflacionários, juros compensatórios e moratórios, além da impossibilidade de cumulação de juros moratórios e compensatórios.

É o relatório, no necessário.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Olavo Pacheco de Medeiros: — Com fundamento no princípio da não-cumulatividade, visa a apelante a reforma da sentença

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Carlos Olavo e Luciano Tolentino Amaral e o Exmo. Sr. Juiz Federal Francisco Renato Codevila Pinheiro Filho (convocado).

para que lhe seja reconhecido o direito de creditar-se do IPI incidente sobre a aquisição de produtos para uso e consumo, bem como de máquinas e equipamentos incorporados ao seu ativo permanente, nos últimos dez anos.

A análise sistêmica da legislação que versa sobre creditamento de IPI e compensações decorrentes, em cotejo com a finalidade do princípio da não-cumulatividade, induz à rejeição da pretensão formulada pela apelante.

Visa o princípio em tela impedir a superposição tributária de uma mesma cadeia produtiva, ou seja, a denominada 'tributação em cascata', de modo a inviabilizar que as sucessivas incidências do tributo nas diversas operações da cadeia econômica elevem demasiadamente o preço de venda do produto final.

O dispositivo hostilizado pela apelante (art. 147, I, do Decreto 2.637/1998, com correspondência no art. 164, I, do Decreto 4544, de 26/02/2002) encontrava-se redigido nos seguintes termos:

Art. 147. Os estabelecimentos industriais, e os que lhes são equiparados, poderão creditar-se (Lei 4.502, de 1964, art. 25):

I – do imposto relativo a matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem, adquiridos para emprego na industrialização de produtos tributados, incluindo-se, entre as matérias-primas e produtos intermediários, aqueles que, embora não se integrando ao novo produto, forem consumidos no processo de industrialização, salvo se compreendidos entre os bens do ativo permanente;

A Constituição Federal (art. 153, IV e § 3º, inc. II) consagra o princípio da não-cumulatividade em relação ao IPI, determinando que do imposto devido em cada operação tributada deve ser deduzido o valor pago na operação anterior.

No âmbito do Código Tributário Nacional, encontra-se inserida regra similar, no artigo 49, *caput*, que dispõe:

Art. 49. O imposto é não-cumulativo, dispondo a lei de forma que o montante devido resulte da diferença a maior, em determinado período, entre o imposto referente aos produtos saídos do estabelecimento e o pago relativamente aos produtos nele entrados.

Parágrafo único. O saldo verificado, em determinado período, em favor do contribuinte, transfere-se para o período ou períodos seguintes.

A Lei 9.779/1999 permitiu a compensação de IPI, em conformidade com os arts. 73 e 74, da Lei 9.430/1996. O art. 11 da lei estabelece:

Art. 11. O saldo credor do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI, acumulado em cada trimestre-calendário, decorrente de aquisição de matéria-prima, produto intermediário e material de embalagem, aplicados na industrialização, inclusive de produto isento ou tributado à alíquota zero, que o contribuinte não puder compensar com o IPI devido na saída de outros produtos, poderá ser utilizado de conformidade com o disposto nos arts. 73 e 74 da Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, observadas normas expedidas pela Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda.

Por seu turno, os artigos 73 e 74, da Lei 9.430/1996, dispõem:

Art. 73. Para efeito do disposto no art. 7º do Decreto-lei 2.287, de 23/07/1986, a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal, observado o seguinte:

I – o valor bruto da restituição ou do ressarcimento será debitado à conta do tributo ou da contribuição a que se referir;

II – a parcela utilizada para a quitação de débitos do contribuinte ou responsável será creditada à conta do respectivo tributo ou da respectiva contribuição.

Art. 74. Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração.

Não decorre da dicção dos dispositivos acima a conclusão de que a simples aquisição de produtos industrializados pelo sujeito passivo do tributo assegure o direito de aproveitamento do IPI. A sistemática adotada pela legislação pressupõe a aquisição de insumos a serem utilizados no processo produtivo, ou que, embora não se integrando ao novo produto, sejam consumidos no processo de fabricação do produto final tributado.

O Regulamento do IPI, aprovado pelo Decreto 2.637/1998 foi expresso ao estabelecer que entre as matérias-primas e produtos intermediários cuja entrada enseja o crédito do imposto, estão aqueles que, embora não se integrando ao novo produto, forem consumidos no processo de industrialização. Contudo

houve ressalva expressa quanto à impossibilidade do crédito do IPI correspondente aos bens do ativo permanente. Sem que disso resulte qualquer violação ao Texto Constitucional.

A respeito da matéria, esclarecedoras são as considerações expostas por Leandro Paulsen, consoante se extrai dos termos a seguir transcritos:

Os insumos ensejadores de creditamento são as matérias-primas e os produtos intermediários que integrem o novo produto ou sejam consumidos no processo de industrialização, vem como as embalagens, nos termos do art. 25 da Lei 4.502/1964, seguido pelo art. 164 do RIPI. Nem toda a entrada que diz respeito ao funcionamento da indústria, pois, enseja o creditamento. As aquisições de bens do ativo permanente e mesmo de energia elétrica não têm sido consideradas como autorizadoras de creditamento. Com mais razão, ainda, não há como a indústria pretender se creditar na entrada de outros bens como materiais de limpeza, materiais de expediente, uniformes, capacetes, botas, luvas, cintos de segurança e demais equipamentos individuais obrigatórios, combustíveis relativos ao transporte de matéria-prima adquirida e de mercadorias vendidas, pneus e outras peças de veículos próprios, peças de máquinas e equipamentos desgastados nas operações, óleos lubrificantes das máquinas e equipamentos. Tais entradas não são alcançadas pelos dispositivos transcritos, tampouco se poderia pretender justificar o creditamento em tais casos, com suporte direto na norma constitucional. (PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 322)

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, firmou-se o entendimento no sentido de que só se admite a dedução do IPI pago anteriormente quando se tratar de insumos que se incorporam ao produto final, ou quando, não se incorporando, são consumidos no processo de industrialização de forma imediata e integral. Inviabilizou-se, portanto, a utilização de créditos do IPI decorrentes da aquisição de materiais para uso e consumo, assim como de bens utilizados no processo produtivo que integram o patrimônio imobilizado do contribuinte. Nesse sentido, revela-se oportuna a transcrição dos seguintes julgados:

Tributário. Recurso Especial. IPI. Creditamento. Aquisição de bens destinados ao ativo imobilizado e ao uso e consumo. Decreto 2.637/1998.

Princípio da não-cumulatividade. Violação do art. 49, do CTN. Não-Ocorrência.

I – É vedada a utilização de créditos do IPI, oriundos da aquisição de bens que integram o ativo permanente da empresa ou de insumos cujo desgaste não ocorra de forma imediata e integral durante o processo de industrialização, consoante a ratio essendi do art. 147, inc. I, do Regulamento do IPI (Decreto 2.637/1998), que estabelecia que, entre as matérias-primas e produtos intermediários adquiridos para emprego na industrialização de produtos tributados, incluíam-se “aqueles que, embora não se integrando ao novo produto, forem consumidos no processo de industrialização, salvo se compreendidos entre os bens do ativo permanente.

II – In casu, pretende a recorrente o creditamento de IPI relativo à aquisição de bens de uso e consumo, tais como material de expediente, uniformes e alimentação, conservação e manutenção, bens duráveis de pequeno valor etc, além das máquinas e equipamentos que serão incorporados ao seu ativo permanente, que, segundo incontroversa inferência da instância ordinária, apesar de não integrarem fisicamente o produto final, nem se desgastarem por ação direta (física ou química), sofrem desgaste indireto no processo produtivo, integrando-se financeiramente ao produto final.

III – Precedentes desta Corte: REsp 608181/SC, 1ª Turma, Rel. Min Teori Zavascki, *DJ* de 27/03/2006; RESP 500076/PR, Relator Ministro Francisco Falcão, *DJ* de 15/03/2004; RESP 497187/SC, Relator Ministro Franciulli Netto, *DJ* de 08/09/2003).

IV – Recurso especial desprovido.”(REsp 886.249/SC, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 18/09/2007, *DJ* de 15/10/2007 p. 245)

Tributário. IPI. Creditamento de valores pagos na aquisição de bens de uso e consumo utilizados no processo produtivo. Desgaste indireto. Inexistência do direito ao crédito.

I – “A dedução do IPI pago anteriormente somente poderá ocorrer se se tratar de insumos que se incorporam ao produto final ou, não se incorporando, são consumidos no curso do processo de industrialização, de forma imediata e integral”. (RESP 30.938/PR, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, *DJ* de 07/03/1994; RESP 500.076/PR, Rel. Min. Francisco Falcão, 1ª Turma, *DJ* de 15/03/2004).

II – No caso dos autos, ficou assentado que os bens de uso e consumo sofreram desgaste indireto no processo produtivo, não sendo cabível o creditamento do IPI pago na sua aquisição.

III – Recurso especial a que se nega provimento.”

(REsp 608181/SC, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 06/10/2005, *DJ* de 27/03/2006 p. 161, REPDJ 08/06/2006 p. 121)

“Tributário. IPI. Produto final tributado. Matéria-prima isenta, não-tributada, imune ou com alíquota zero. Princípio da não-cumulatividade. Aproveitamento. Compensação deferida. Correção monetária. Taxa Selic.

I – É vedada a utilização de créditos do IPI, oriundos da aquisição de bens que integram o ativo permanente da empresa ou de insumos cujo desgaste não ocorra de forma imediata e integral durante o processo de industrialização, consoante a ratio essendi do art. 147, inc. I, do Regulamento do IPI (Decreto 2.637/1998), que estabelecia que, entre as matérias-primas e produtos intermediários, adquiridos para emprego na industrialização de produtos tributados, incluíam-se “aqueles que, embora não se integrando ao novo produto, forem consumidos no processo de industrialização, salvo se compreendidos entre os bens do ativo permanente”. Precedente do STJ: REsp 886.249/SC, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 18/09/2007, *DJ* de 15/10/2007 p. 245.”

(...)

(TRF-1, AMS 2004.33.00.017276-7/BA, Rel. Juiz Federal Roberto Carvalho Veloso (conv), Oitava Turma, *DJ* de 19/12/2007, p. 117)

Portanto, a pretensão da apelante de creditar do IPI recolhido em operações de aquisição de bens destinados ao seu ativo permanente e consumo não encontra guarida na legislação vigente, como também não tem amparo na previsibilidade constitucional que assegura às empresas contribuintes do IPI a não-cumulatividade.

Ante o exposto, *nego provimento à apelação.*

É como voto.

Oitava Turma

Agravo de Instrumento

2007.01.00.003272-6/DF

Relator: O Exmo Sr. Des. Federal Carlos Fernando Mathias

Relator: O Exmo Sr. Juiz Federal Osmane Antonio dos Santos (convocado)

Agravante: Companhia Urbanizadora da Nova Capital do Brasil – Novacap

Advogados: Dr. Antônio Carlos Martins Otanho e outros

Agravada: Fazenda Nacional

Procurador: Dr. Jose Luiz Gomes Rolo

Divulgação: e-DJF1 de 06/11/2008

Publicação: 07/11/2008

Ementa

Tributário. Empresa Pública. Novacap. Penhora sobre bens patrimoniais. Possibilidade. Inaplicabilidade da impenhorabilidade deferida pelo STF à ECT (Art. 12, DEL. 509/1969, RE 220.906). Ausência de previsão legal.

I – A impenhorabilidade de bens da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos prevista no art. 12 do DEL. 509/1969, na forma em que reconhecida pelo STF (RE 220.906/DF, Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 14/11/2002, p. 15), não se estende às demais empresas públicas, como a Companhia Urbanizadora da Nova Capital do Brasil – Novacap, por falta de previsão legal.

II – *De lege ferenda*, possuindo as empresas públicas prestadoras de serviços públicos personalidade jurídica de direito privado, seus bens patrimoniais, desde que divisíveis, também são classificados como privados, a teor dos art. 98 e 99 do novo Código Civil Brasileiro.

III – Se não existe norma expressa conferindo à Novacap as prerrogativas estendidas à Fazenda Pública Federal, notadamente quanto à impenhorabilidade de bens e pagamento de débitos judiciais mediante precatórios; como o patrimônio do devedor é, em última análise, a garantia do credor; seus bens não de se submeter às regras que norteiam as execuções fiscais em que figura como devedora, cuja excludente deve restar comprovada e legalmente demonstrada.

IV – Agravo de instrumento não provido.

Acórdão

Decide a Turma negar provimento ao agravo de instrumento, por unanimidade.

8ª Turma do TRF 1ª Região – 07/10/2008

Juiz Federal *Osmane Antonio dos Santos*, Relator Convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal *Osmane Antônio dos Santos*: — A Companhia Urbanizadora da Nova Capital do Brasil interpôs agravo de instrumento, com pedi-

do de efeito suspensivo, da decisão proferida pelo Juízo Federal da 11ª Vara do Distrito Federal, que, nos autos da Execução Fiscal 2004.34.00.041776-3, indeferiu o

pedido de nulidade da penhora e, conseqüentemente, manteve a decisão de fl. 48, que deferiu o pedido de penhora dos bens indicados pela exequente.

A agravante afirma que, em 22/09/2005, foi deferido o pedido de penhora, porém o respectivo mandado foi devolvido ao Juízo sem cumprimento por motivo de cautela, sob argumento da oficial de Justiça de haver dúvida quanto à constitucionalidade do cumprimento da ordem judicial.

Sustenta que, novamente, a Fazenda Nacional requereu a penhora dos veículos de propriedade da agravante, pedido que foi deferido na decisão de fls. 185/189, da qual ora se recorre. Acrescenta que recorre da referida decisão, não somente por esta ter deferido o pedido de penhora, mas, principalmente, por ter indeferido o pedido da agravante de que sejam considerados impenhoráveis os bens da Novacap.

Aduz, ainda, a impenhorabilidade de seus bens, por ser uma empresa pública e seus bens terem, conseqüentemente, origem e finalidade públicas, o que impõe o processamento da execução de suas dívidas pelo regime de precatórios, na forma do art. 100 da Constituição Federal.

Contramínuta a fls. 70/74.

Indeferido o pedido de efeito suspensivo a fl. 76.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Osmane Antônio dos Santos: — A controvérsia dos autos gira em torno da penhorabilidade, ou não, dos bens da Novacap, empresa pública criada pela Lei 5.861/1972, cujo objeto é a execução de obras e serviços de urbanização e construção civil de interesse do Distrito Federal, diretamente ou por contrato com entidades públicas ou privadas (art. 1º).

A agravante (Novacap) argumenta que, por ser empresa pública, com capital integralmente público (Distrito Federal e União, art. 2º, § 4º, Lei 5.861/1972), seus bens são públicos e diretamente ligados à finalidade de que ensejou suas aplicações e, por isso, deve ser-lhe

estendida a prerrogativa da impenhorabilidade definida pelo STF à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT (RE 220.906).

Entretanto, tenho que não lhe assiste razão pois nos autos do Recurso Extraordinário 220.906-DF, o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle difuso de constitucionalidade, entendeu não ser aplicável à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, em sua totalidade, as vedações constantes do art. 173 da CF/1988, concluindo pela recepção do art. 12 do Decreto-Lei 509/1969, o qual lhe assegura a extensão dos privilégios próprios da Fazenda Pública, especialmente no que se refere à constrição dos seus bens. É que, nesse caso, além da ECT executar serviço público de monopólio estatal, consoante se infere da leitura do art. 21, X da CF/1988, o qual atribuiu com exclusividade à União a prestação do serviço postal e o correio aéreo nacional, ali se entendeu pela existência de norma legal prevendo esse privilégio (art. 12, Dec. 506/1969¹).

No caso dos autos, em que pese ser a Novacap empresa pública prestadora de serviços públicos (execução de obras e serviços de urbanização e construção civil de interesse do Distrito Federal), tais serviços não são essencialmente estatais.

Conclusão, aliás, harmônica na doutrina, no sentido de que as sociedades de economia mista e as empresas públicas exibem condição jurídica híbrida: de um lado, são pessoas jurídicas de direito privado e, de outro, são pessoas sob o controle do Estado.

Estes dois aspectos demonstram, nitidamente, que não sujeitam inteiramente ao regime de direito privado, muito menos ao de direito público, sofrendo o influxo de normas de direito privado em alguns setores de sua atuação e de direito público em outros.

Portanto, quando os bens são utilizados para desenvolver atividades não vinculadas ao seu objeto direto, estes se sujeitam às normas do setor privado, não podendo gozar de privilégios não extensíveis às demais empresas que se dedicam a esse mesmo setor da eco-

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Maria do Carmo Cardoso, Leomar Barros Amorim de Sousa e o Exmo. Sr. Juiz Federal Osmane Antônio dos Santos (convocado).

¹ Art. 12. A ECT gozará de isenção de direitos de importação de materiais e equipamentos destinados aos seus serviços, dos privilégios concedidos à Fazenda Pública, quer em relação a imunidade tributária, direta ou indireta, impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços, quer no concernente a foro, prazos e custas processuais.

nomia (CF, art. 173, §§ 1º e 2º), sob pena de ofensa ao princípio da isonomia.

Inteligência, aliás, ressaltada na Emenda Constitucional 19, que não só ratificou, mas tornou clara a intenção do Constituinte Originário quanto à necessária aplicação do regime jurídico de direito privado às empresas públicas, ao alterar o disposto no art. 173 no sentido de que:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional 19, de 1998)

I – sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; (Incluído pela Emenda Constitucional 19, de 1998)

II – a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (Incluído pela Emenda Constitucional 19, de 1998)

(...)

§ 2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

(...)

Neste contexto, resta evidente, ainda, que o texto constitucional remeteu ao legislador ordinário o regramento quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários das empresas públicas, sem nada definir expressamente sobre a penhorabilidade dos seus bens ou a submissão ao regime de precatório (art. 100, CF).

Também não se pode desconsiderar, ainda, que, nos termos do art. 4º da Lei 5.861/1972, *“os bens na área do Distrito Federal incorporados mediante desapropriação ao patrimônio da Novacap ou da Terracap são, para a realização de seus fins, alienáveis e livres de qualquer direito ou preferência legal em favor dos desapropriados”*, o que implica dizer que não estão a salvo de constrições judiciais, especialmente para saldar encargos tributários federais, que gozam de privilégios legais.

De lege ferenda, possuindo as empresas públicas, prestadoras de serviços públicos, personalidade jurídica de direito privado, seus bens patrimoniais, desde que divisíveis, também são classificados como privados, a teor dos art. 98 e 99 do novo Código Civil Brasileiro, que estabelecem:

Art. 98. São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.

Art. 99. São bens públicos:

I – os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;

II – os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;

III – os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

Parágrafo único. Não dispondo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado.

No caso em concreto, não se pode dizer que a constrição de veículos e caminhões possa afetar a continuidade da função social da agravante, com eventual interrupção do serviço que presta, pois continuará a utilizá-los, já que deles é depositária.

Em conclusão, se não existe norma expressa conferindo à Novacap as prerrogativas estendidas à Fazenda Pública Federal, notadamente quanto à impenhorabilidade de bens e pagamento de débitos judiciais mediante precatórios; como o patrimônio do devedor é, em última análise, a garantia do credor; seus bens não de se submeter às regras que norteiam as execuções fiscais em que figura como devedora, cuja excludente deve restar comprovada e legalmente demonstrada.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento, para manter na íntegra a decisão agravada.

É como voto.

Suspensão de Liminar

2008.01.00.054977-7/BA

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Presidente Jirair Aram Meguerian

Decisão: 21/10/2008

Divulgação: e-DJF1 05/11/2008

Publicação: 06/11/2008

Decisão

Vistos em plantão.

A Fundação Nacional do Índio – Funai ingressa com o presente Pedido de Suspensão das decisões concessivas de pedidos de medida liminar em ações de Reintegração de Posse nos feitos abaixo, em curso perante a Vara Federal Única da Subseção Judiciária de Ilhéus/BA, a saber:

- 1.1 – 2004.33.01.002495-6, fls. 45 a 59, proferida em março de 2006
- 1.2 – 2006.33.01.0000450-2, fls. 354 a 364, proferida em abril de 2006
- 1.3 – 2006.33.01.0000414-6, fls. 302 a 312, proferida em abril de 2006
- 1.4 – 2006.33.01.0001380-0, fls. 416 a 426, proferida em março de 2007
- 1.5 – 2006.33.01.0001429-8, fls. 96 a 104, proferida em junho de 2007
- 1.6 – 2007.33.01.0001316-6, fls. 466 a 477, proferida em dezembro de 2007
- 1.7 – 2006.33.01.0000653-7, fls. 283 a 293, proferida em julho de 2006
- 1.8 – 2007.33.01.001386-0, sic (não há cópia de decisão nos autos), e
- 1.9 – 2008.33.01.0000493-1, fls. 167 a 174, proferida em agosto do corrente ano.

2. Alega que em dezembro de 2007 foram suspensas diversas decisões. Esclarece que a Polícia Federal montou uma mega operação a ser desencadeada amanhã 22 de outubro de 2008, sendo que a Funai não tem condições de estabelecer o apoio logístico necessário para desalojar as comunidades indígenas, sendo que o administrador regional informou que os índios não vão deixar a terra cultivada por eles, havendo iminente risco de conflitos.

3. Historiando, aduz que a Reintegração foi deferida contra indígenas da comunidade Tupinambá, titulares de posse mansa e pacífica nas fazendas. Fulcra seu pleito no art. 4º, § 2º da Lei 4.348/1964 e § 8º do art. 4º da Lei 8.437/1992 sob o enfoque de grave lesão à ordem e segurança públicas, fatos que, inclusive seriam objeto de repercussão e reprimenda internacional.

É o breve relatório, passo a decidir

4. Excluo, de plano, do pedido qualquer decisão proferida nos autos do Proc. 2007.33.01.001386-0 por inexistirem documentos a ele pertinentes ou cópia da respectiva decisão de instância *a qua*.

5. Verifico que as decisões dos feitos de 2004.33.01.002495-6, 2006.33.01.000414-6, 2006.33.01.000450-2 e 2006.33.01.001380-0 em dezembro de 2007 foram suspensas por 180 (cento e oitenta) dias, na SS 2007.01.00.0018762-2, fls. 60 a 66, da mesma forma que a do Proc. 2006.33.01.001429-8, na SS 2007.01.00.059365-7, fls. 134 a 141.

6. Como há alegação de urgência e informação, ainda que não confirmada, de que os mandados comprovadamente em poder das autoridades do DPF, fl. 142, poderão ser cumpridos amanhã, deixo de ouvir previamente o Ministério Público Federal.

7. Nas suspensões anteriormente deferidas, a eminente Desembargadora Federal que me antecedeu nesta Presidência assim se pronunciou (SS 2007.01.00.059365-7):

(...)

Questão análoga foi submetida a esta Presidência, na Suspensão de Segurança n. 2007.01.00.003588-6/ BA. Vejamos:

“Trata-se de pedido de suspensão de execução de liminares, requerido pela Fundação Nacional do Índio – Funai contra decisões proferidas pela MM. Juíza Federal Substituta da 19ª Vara/BA, na Titularidade Plena da Vara Única de Vitória da Conquista-BA, Dra. Dayse Starling Lima Castro, que deferiu as medidas de antecipação pleiteadas, nos autos das Ações de Manutenção de Posse 2006.33.07.003429-3, 2006.33.07.001066-4 e 2006.33.07.001068-1, propostas por Erivaldo Bastos Gomes, Espólio de Tito Barreiro Machado e Dourival Freitas Bastos, respectivamente, em face da Comunidade Indígena Pataxó Hã Hã Hã, para, nos termos dos arts. 926 e seguintes do CPC, reintegrar na posse os autores – Erivaldo Bastos Gomes (Fazenda Ibirapitanga), Espólio de Tito Barreiro Machado (Fazenda Bonança) e Dourival Freitas Bastos (Fazenda Califórnia), autorizando a requisição de força policial para cumprimento dos respectivos mandados.

Ressalte-se que, contra a decisão proferida nos autos da Ação de Manutenção de Posse 2006.33.07.003429-3, a Funai interpôs o Agravo de Instrumento 2007.01.00.000863-5, cujo pedido de efeito suspensivo foi indeferido, e a União interpôs o Agravo de Instrumento 2007.01.00.002486-6, com pedido de efeito suspensivo ainda não apreciado, ambos sob a Relatoria do Desembargador Federal Souza Prudente, sendo que estão, também, sob a Relatoria de Sua Excelência os Agravos de Instrumento 2005.01.00.065619-1 e 2003.01.00.034600-0, cujos pedidos de efeito suspensivo restaram indeferidos. Tais incidentes recursais tratam, também, da questão de posse ora discutida, objeto do Processo Originário 2001.33.01.001697-4/BA.

Por sua vez, contra a decisão proferida nos autos da Ação de Manutenção de Posse 2006.33.07.001066-4, a Funai interpôs o Agravo de Instrumento 2007.01.00.000862-1, cujo pedido de efeito suspensivo foi indeferido e a União interpôs o Agravo de Instrumento 2007.01.00.002648-6, cuja apreciação do pedido de efeito suspensivo restou prejudicada, em face da rejeição de idêntico pedido no referido agravo da Funai, encontrando-se ambos sob a Relatoria da Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues.

Já, em relação à decisão proferida nos autos da Ação de Manutenção de Posse 2006.33.07.001068-1, a Funai interpôs o Agravo de Instrumento 2007.01.00.000861-8, que se encontra sob a Relatoria da Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, cujo pedido de efeito suspensivo restou inacolhido.

Em relação aos Agravos de Instrumento 2007.01.00.000862-1 e 2007.01.00.000861-8, embora tenham sido indeferidos os respectivos pedidos de efeito suspensivo, o prolator de tais decisões, Juiz Federal David Wilson de Abreu Pardo (convocado), assim ponderou:

“atento às peculiaridades das questões do indígena no País, notadamente na Região Sul da Bahia, e levando em consideração as diversas alegações, comprovadas por documentos carreados aos autos, do elevado risco de conflito, caso a ordem de reintegração seja imediatamente cumprida, sem a tentativa de resolução negociada do impasse, *suspendo* o cumprimento da decisão impugnada pelo prazo de quinze dias para que a Funai, nesse prazo, juntamente com a Polícia Federal e o Ministério Público Federal, promovam tentativas de retirada pacífica de índios que ocupam a Fazenda Califórnia”, o mesmo valendo para a Fazenda Bonança (fls. 1251v).

Todavia, tal decisão alcança, apenas, as Fazendas Califórnia e Bonança, não se estendendo para a Fazenda Ibirapitanga, de propriedade de Erivaldo Bastos Gomes.

Registre-se, ainda, que tramita, no Supremo Tribunal Federal, a Ação Cível Originária 312, na qual a Funai e a União pretendem a declaração de nulidade dos títulos de domínio de imóveis rurais, expedidos pelo Estado da Bahia, em meados do século passado, ação esta que envolve os ora interessados (Erivaldo Bastos Gomes, Espólio de Tito Barreiro Machado e Dourival Freitas Bastos) (fls. 402, 403 e 410).

A requerente esclarece que as decisões hostilizadas, deferindo a medida de reintegração de posse, com auxílio de força policial, podem gerar conflito com risco de morte para as partes envolvidas, de vez que a comunidade indígena ainda não aceitou negociar a retirada pacífica das propriedades; que a Polícia Federal, em conjunto com a Polícia Militar Estadual, vem organizando uma grande operação policial, para dar cumprimento aos mandados de reintegração supramencionados; que os representantes do Ministério da Justiça, Funai, AGU, Ministério Público Federal e da Secretaria de Justiça Estadual vêm tentando viabilizar uma negociação com a comunidade Pataxó Hã Hã Hã, no sentido de saírem pacificamente da região, estando em andamento as tratativas.

Sustenta a requerente, em síntese, que, “malgrado conste nas escrituras públicas anexadas aos autos, a informação de estarem as Fazendas “Brasilândia”, “Ibirapitanga”, “Bonança” e “Califórnia”, situadas no município de Itapetinga/BA, verdade é que tais imóveis rurais encontram-se localizados no município de Pau Brasil/BA, precisamente na Terra Indígena Cara-

mururu-Paraguassu”, razão pela qual compete ao Juízo Federal de Itabuna/BA o processamento e julgamento do feito, devendo ser declaradas nulas as decisões proferidas, nos termos do art. 113, § 2º, do CPC; que a Constituição Federal “assegura às comunidades indígenas a *posse permanente* sobre tais terras, tendo este estado de fato contornos constitucionais, não se aplicando o regime jurídico tradicional do Código Civil acerca da posse, apenas utilizado supletivamente, no que for compatível com o direito publicístico constitucional”; que, consoante informação do administrador regional da Funai em Ilhéus/BA, “os índios da Comunidade Pataxó Hã Hã Hãe ocupam as fazendas em comento, há alguns meses”; que a área invadida pelos indígenas integra a “Área Indígena Caramuru-Paraguassu, cujo processo de demarcação restou concluído em 1938, após decreto presidencial, de tal modo que a concessão da reintegração se mostra incabível, ante a previsão do artigo 19, § 2º, do Estatuto do Índio (Lei 6001/1973), pois contra a demarcação só cabe impugnação petítória”; que, em meados do ano de 1930, “os fazendeiros da região invadiram as terras indígenas de Caramuru-Paraguassu, expulsando os índios das suas terras e obtendo títulos nulos junto ao Governo do Estado da Bahia, cuja validade está sendo discutida, inclusive, no Supremo Tribunal Federal, por meio da Ação Civil Originária 312-BA”; que revelam-se descabidas, desproporcionais e inconstitucionais as liminares deferidas, bem assim temerário o seu cumprimento, pois residem no local cerca de 400 (quatrocentos) índios, “sendo iminente a possibilidade de conflito, de conseqüências imprevisíveis, acaso a ordem de reintegração seja cumprida de forma coercitiva, por meio de força policial”, pois os indígenas utilizam as terras para agricultura de subsistência e não têm para onde ser transferidos; que, em caso análogo (AG 2003.01.00.016533-1/BA), a Relatora concedeu efeito suspensivo à decisão de reintegração de posse contra indígenas ocupantes de áreas atualmente tituladas a particular; que “confrontam-se, assim, as posses: histórica dos índios, ancorada no instituto do indigenato; e dos requeridos, com base em transferência de domínio de validade questionada, em imóvel não explorado economicamente e que, conseqüentemente, não atende a função social da propriedade, exigida constitucionalmente”; que o direito de posse exercido pelos indígenas é diverso do direito de posse estatuído no Código Civil, de vez que aquele é fundado no “*indigenato*”; que, “na presente demanda, coloca-se sob a tutela do Judiciário não apenas o direito à posse, mas a própria dignidade dos índios, seu direito à moradia, à preservação de seus costumes, à vida”, pelo que imprescindível a prevalência de tais interesses sobre interesses patrimoniais dos ora requeridos; que “ao conferir especial tratamento às terras indígenas, a Constituição pretende, dentre outros objetivos, resgatar uma dívida histórica com os primeiros habitantes destas terras; propiciar as condições fundamentais para a sobrevivência física e cultural desses povos; e preservar a diversidade cultural brasileira, valores estes que se revestem de mais relevância do que o direito de propriedade”. Por fim, assevera que as decisões de reintegração de posse concedidas o foram sem qualquer amparo jurídico, e, mais grave, de forma precipitada, sem respeito ao contraditório, “*a par de ensinar a ocorrência de conflitos sangrentos entre índios e não índios, com risco de morte em relação às partes envolvidas*”; que, na última reintegração de posse concedida pela Subseção Judiciária de Ilhéus/BA, houve uma negociação prévia com a Comunidade Indígena Pataxó Hã Hã Hãe, durante um período de mais de 06 (seis) meses, com a intervenção do Ministério Público Federal, AGU, Funai e Polícia Federal, com o objetivo precípuo de se evitar possível conflito, com probabilidade de morte para todas as partes envolvidas. Por fim, requer a imediata suspensão dos efeitos das decisões de reintegração de posse proferidas pelo Juízo Federal da Subseção Judiciária de Vitória da Conquista/BA, nos autos dos Processos 2006.33.07.003429-3, 2006.33.07.001066-4 e 2006.33.07.001068-1.

Submetido o feito ao Ministério Público Federal, este, em parecer da lavra da eminente Procuradora Regional da República Maria Soares Camelo Cordioli, opinou, em sede preliminar, pela nulidade das decisões vergastadas por incompetência do juízo e ausência de intimação do Ministério Público, e, no mérito, pelo deferimento da suspensão de segurança para (I) oportunizar ao MPF, Funai, Juiz Federal de Itabuna, aos fazendeiros e aos índios, a melhor forma de condução do conflito, ou, ainda, (II) para aguardar o trânsito em julgado da decisão do Colendo STF na Ação Cível Originária 312/STF (fls. 1247/1252).

Com esse breve relatório, passo a expender a motivação que se segue.

Adstrita à verificação da existência dos pressupostos estabelecidos pelo art. 4º da Lei n. 4.348/1964, ou seja, se a decisão impugnada carrega em si potencial lesividade aos valores sociais protegidos pela medida de contracautela ora pleiteada, escapam da atribuição da Presidência do Tribunal poderes para perquirir ou corrigir possível erro no julgamento de fatos e de direito. É possível analisar de modo superficial o mérito da decisão tão-somente para associá-lo ao fundamento jurídico do pedido. Afastada tal possibilidade, a análise do pedido de suspensão de segurança deve limitar-se, sempre que possível, à possibilidade de a liminar, ao ser executada, resultar em grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. Questões processuais e de mérito deverão ser discutidas na via recursal própria, para que se não transforme a suspensão de segurança em mais um entre tantos recursos cabíveis.

Assim, limitada aos pressupostos específicos da suspensão de segurança, verifico que a execução das liminares de reintegração de posse em tela, com auxílio de força policial, sem tentativa prévia de acordo entre as partes, pode causar grave lesão à ordem e à segurança públicas, ante a flagrante possibilidade de conflitos sangrentos na região, envolvendo índios e não índios, o que acarretaria prejuízos de impossível reparação, com sacrifício de vidas de integrantes da respectiva coletividade.

Nesse sentido, irrefutável é a manifestação do Ministério Público Federal, por sua ilustre Procuradora Regional da República Maria Soares Camelo Cordioli (fls. 1249v/1251v):

(...)

No caso, além das múltiplas violações a ordem jurídica e da subversão de valores que informam a decisão do i. Julgador, a suspensão da execução das liminares concedidas nas ações possessórias é medida que se impõe por vários motivos sensíveis que implicam em grave lesão à ordem e à segurança públicas.

Destacam-se, desde logo, (I) anterioridade da posse dos pataxós há há hãe, (II) a ilegalidade da posse dos requeridos, eis que fundada em títulos de validade questionável, e (III) não cumprimento da função social da propriedade/posse dos requeridos.

(...)

Todavia, o principal motivo para a suspensão das decisões ora requerida é (VI) a flagrante possibilidade de conflitos sangrentos na região envolvendo índios e não índios, tudo com indiscutível probabilidade de causar sério risco de dano de difícil reparação, não só ao ente Requerente, mas principalmente à coletividade da região envolvida, pois é fato que o cumprimento da liminar poderá gerar confronto ameaçando a ordem e a segurança de todos os que se encontram na área, envolvendo inclusive crianças, mulheres e idosos.

Não se pode olvidar que tratando-se de questões envolvendo conflito por terras entre Comunidades Indígenas e fazendeiros, não revela ser a melhor política o cumprimento de uma decisão judicial de forma coercitiva, mediante auxílio de força policial.

(...)

Dessa maneira, cuidando-se o caso vertente de um conflito que já perdura por vários anos, se mostra temerário o cumprimento de uma decisão de reintegração, a qual pode acarretar conflitos sangrentos entre índios e não índios, com risco de morte das partes envolvidas.

In casu, a solução amigável aparece como a mais adequada e prudente, devendo se reunir os fazendeiros, a Comunidade Indígena, além da Funai e o Ministério Público, visando celebrar um acordo até ser dada uma solução definitiva à ação de nulidade dos títulos dos proprietários de imóveis rurais situados na área da Reserva Indígena.

(...)

Nessa ordem de idéias, diante do iminente confronto, acaso seja cumprida a indigitada decisão de forma coercitiva, e considerando que os silvícolas estão dispostos a lutar por terras que reputam legitimamente serem suas, não resta outra saída aos Órgãos Competentes, senão a tentativa de acordo entre os litigantes, sendo, pois, imprescindível a postergação do cumprimento da reintegração para viabilizar uma solução negociada.

Inclusive, visando corroborar a existência de iminente conflito, junta-se, em anexo, informação recente prestada pelo Administrador Executivo da Funai em Ilhéus sobre a situação conflituosa na região entre índios e fazendeiros, dando conta que residem nesse local cerca de 80 (oitenta) famílias, sendo iminente a possibilidade de conflito, de conseqüências imprevisíveis, acaso a reintegração seja cumprida de forma precipitada, pois os índios utilizam as terras para agricultura de subsistência em regime familiar e não têm para onde ser transferidos, estando convictos de que a área lhes pertence. Antes da ocupação as fazendas eram utilizadas em pastos para aluguel, não havendo outro tipo de utilização pelos antigos moradores.

Com efeito, a execução das decisões ora atacadas afasta a possibilidade de uma negociação entre as partes envolvidas, a Funai e o órgão do Ministério Público para estabelecer, de forma articulada e ordenada, mecanismos para dar cumprimento à decisão judicial usando de todos os recursos necessários para evitar qualquer situação conflitiva em detrimento da vida e da incolumidade física dos envolvidos, até para permitir uma cognição exauriente por esse e. Tribunal, em se considerando o risco de se suscitar graves conflitos fundiários na região.

Por outro lado, é forçoso reconhecer que se trata de extensa área, medindo mais de 1.377 ha (fls. 402, 403 e 410), em que é perfeitamente possível a acomodação dos silvícolas juntamente com os fazendeiros, e que, tratando-se de situação antiga, de alguma forma a convivência dos índios com os outros posseiros não tem provocado maiores problemas, pois eles ocupam ínfima parte da área em questão.

Afinal, no caso de eventual cumprimento das liminares deferidas nas ações possessórias, quem serão os responsáveis pelas conseqüências? As considerações em defesa de seres humanos vulneráveis e desprovidos de qualquer assistência para nova readaptação não podem ser desmerecidas, porquanto a ordem jurídica tem como valor fundamental a vida.

(...)

Finalmente, a força da decisão de primeiro grau deve ser afastada quando a forma de sua execução implicar em ofensa ao direito fundamental à vida.

Assim, dada as nuances do caso, em especial o fato de tramitar, em fase adiantada na Suprema Corte, a Ação Cível Originária 312-BA, na qual a Funai e a União pretendem a declaração de nulidade dos títulos de domínio de imóveis rurais, expedidos pelo Estado da Bahia, em meados do século passado, bem como diante da relevância do interesse coletivo que se apresenta, consubstanciado na preservação da ordem local, com o propósito de impedir sangrentos conflitos e poupando um bem maior, protegido constitucionalmente, qual seja, a vida (dos membros da citada coletividade), entendo que o cumprimento da liminar impugnada, com o auxílio de força policial, caracteriza medida extrema, não tendo sido oportunizada, às partes, a composição amigável da contenda, o que pode acarretar grave lesão à ordem e à segurança públicas.

Além do mais, embora os aspectos da competência territorial e da necessidade de intervenção obrigatória do Ministério Público Federal sejam próprias das instâncias ordinárias, não posso deixar de reconhecer a plausibilidade da tese sustentada no douto Parecer Ministerial.

De fato, a leitura dos arts. 129, V, da CF/1988 e 82, III, do CPC recomendam uma séria reflexão sobre a necessidade da intervenção do *Parquet* em todos processos e procedimentos que envolvem os índios e os direitos destes constitucionalmente reconhecidos.

Nesse ponto, ao que parece, a situação análoga de Ilhéus/BA restou resolvida amigavelmente após a intervenção direta do MPF e dos órgãos públicos envolvidos, o que reforça, mais ainda, a tese da pertinência da intervenção ministerial.

De outra parte, segundo consta, os imóveis rurais em comento encontram-se localizados em Município sob a jurisdição de Itabuna-BA. Logo, é, no mínimo, relevante a discussão competencial.

Pelo exposto, defiro em parte o pedido de suspensão de segurança, pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias, para, nos termos em que sugeridos pelo *Parquet*, suspender a execução da liminar, com o auxílio de força policial, até que seja, ao menos, feita uma tentativa de acordo entre a Comunidade Indígena e os fazendeiros, com a participação da Funai e do Ministério Público Federal.

Retifique-se a autuação do feito, fazendo constar, como autores, Erivaldo Bastos Gomes, Espólio de Tito Barreiro Machado e Dourival Freitas Bastos, e, como advogado destes, Durval Júlio Ramos Neto.

Comunique-se, com urgência.

Intimem-se. Publique-se.

Após os trâmites legais, arquivem-se.

Brasília-DF, 16 de fevereiro de 2007.

A requerente colaciona aos autos cópia do Ofício n. 3849/2007, comprovando que, a partir das 6:00h do dia 18/12/2007, ocorreria a operação policial de apoio ao cumprimento dos mandados de reintegração de posse em vários outros processos que relaciona a fls. 16/17, entre os quais não consta a ação de reintegração de posse originária da presente medida (fls. 15/17). Entretanto, conforme já assinalado, noticia que, em contato verbal com o Administrador Executivo da Funai, na manhã de hoje, o Delegado Federal responsável pela operação informou que o processo originário deste feito também seria objeto da aludida reintegração de posse, com auxílio policial, determinada pelo Juízo Federal, e a ser cumprida nos dias 18 e 19/12/2007.

Já o documento de fl. 38 menciona que a Polícia Federal de Ilhéus informou, por telefone, à Funai, que daria apoio, nos dias 18 a 20/12/2007, ao cumprimento dos mandados de reintegração de posse em áreas ocupadas pelos índios Pataxó há há hãe e Tupinambá.

Na hipótese, não se pode afastar a possibilidade iminente de conflito armado, entre a força policial destacada para o cumprimento da decisão e a comunidade indígena, de proporções inimagináveis. Tal probabilidade, aliás, está consignada no Memo 631/GAB/AJ/AER-IOS/2007 (fls. 36/37).

Porquanto provisórias, o cumprimento de decisões liminares, derivadas que são de cognição restrita, deve ocorrer após reflexão quanto às suas conseqüências, ainda mais quando está em jogo a segurança da comunidade envolvida no litígio, como ocorre, na espécie.

Ademais, como já se consignou na decisão acima transcrita, os conflitos que envolvem os índios e os direitos destes, constitucionalmente reconhecidos, devem ser submetidos ao Ministério Público Federal, até para que se possa tentar viabilizar a resolução do litígio de forma amigável.

Dessa forma, a fim de se evitar grave lesão à ordem e à segurança públicas, faz-se necessária, neste momento, a suspensão da execução da decisão que determinou a reintegração de posse no processo 2006.33.01.001429-8.

8. Ora, as razões então elencadas ainda são válidas, levando-se em conta que não se pode, pelo menos por ora, afirmar que o risco de conflito entre os integrantes do DPF e os índios tenha sido afastado.

9. Não se pode, outrossim, olvidar que se trata de ordem judicial para desalojar índios de terras por eles cultivadas, ou seja, utilizadas para suas atividades produtivas (CF art. 23, § 3º), pelo que também aí vislumbro risco de lesão à ordem pública.

10. Óbvio que a Funai juntamente com os órgãos do Ministério Público Federal deverá examinar a viabilidade, se for o caso, de desocupação das terras de forma pacífica.

Assim, na esteira dos precedentes, defiro parcialmente o pleito e suspendo a eficácia das decisões deferitórias de reintegração de posse nos feitos 2004.33.01.002495-6, 2006.33.01.0000450-2, 2006.33.01.0000414-6, 2006.33.01.0001380-0, 2006.33.01.0001429-8, 2007.33.01.0001316-6, 2006.33.01.0000653-7 e 2008.33.01.0000493-1 por 180 (cento e oitenta) dias para que seja elaborado um acordo entre a comunidade indígena e os fazendeiros, com participação e orientação da Funai e do Ministério Público Federal, para cumprimento das decisões judiciais reintegratórias, de forma não conflituosa e seu risco à integridade física dos envolvidos.

Obviamente, a Funai, nesse prazo, adotará todas as medidas administrativas necessárias à plena execução das decisões judiciais temporariamente ora suspensas.

Comunique-se, com urgência, inclusive por fac-símile e por via telefônica, ao Juízo Federal da Vara Única da Subseção Judiciária de Ilhéus, para imediato cumprimento desta decisão.

Intime-se, com urgência, o Departamento de Polícia Federal e sua Delegacia da Polícia Federal em Ilhéus, inclusive mediante fac-símile e por telefone, ainda hoje.

Intimem-se.

Publique-se.

Ao depois, dê-se vista ao Ministério Público Federal.

Transitada em julgado, arquivem-se.

Agravo de Instrumento

2008.01.00.046742-0/DF

Relatora: A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso

Decisão: 22/10/2008

Divulgação: e-DJF1 03/11/2008

Publicação: 04/11/2008

Decisão

Neste agravo de instrumento, interposto com pedido de efeito suspensivo, pretende a Fazenda Nacional ver reformada a decisão proferida pelo Juízo da 18ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, que, nos autos da Execução Fiscal 2002.34.00.010086-8, declarou eficaz a nomeação feita pelas executadas, de créditos referentes aos precatórios em face do Departamento de Estradas e Rodagem do Distrito Federal — DERDF.

Alega a agravante que *a devedora ofereceu à penhora direito de crédito que lhe fora cedido por terceiro, e que figura em último lugar na gradação do art. 655 do CPC e do art. 11 da Lei 6.830/1980, somente podendo ser aceita com a anuência da credora, nos termos do art. 656, I, do CPC, o que não ocorreu na espécie, conforme se verifica na petição de fls. 161/167.*

Sustenta que *não é possível aferir, de plano, a idoneidade dos créditos oferecidos à penhora, uma vez não foi juntada aos autos certidão de objeto e pé expedida pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) atestando a real existência dos créditos, a fim de se esclarecer, inclusive, o montante devido a cada um dos cedentes e se aludidos valores seriam suficientes para garantir integralmente o crédito fazendário. Ademais, não se sabe a data do seu possível pagamento, inexistindo garantia de que referidos créditos não tenham sido cedidos concomitantemente a diversas pessoas.*

Requer o provimento do presente recurso, tornando sem efeito a decisão recorrida, para dar prosseguimento da execução.

Este agravo, protocolizado em 18/09/2008, veio-me concluso em 14/10/2008.

Decido.

A executada, ora agravada, ofereceu à penhora, diante do débito exequendo no valor de R\$ 558.875,16 (quinhentos e cinquenta e oito mil, oitocentos e setenta e cinco reais e dezesseis centavos), créditos referentes aos Precatórios 2007.00.2.011151-0 (R\$ 875.971,35) e 2006.00.02.006719-7 (R\$ 74.611,83), cujo devedor é o Departamento de Estradas de Rodagem do Distrito Federal – DERDF, e obtidos mediante cessão de direitos (fls. 36/59).

Os referidos créditos foram cedidos, por Escrituras Públicas de Cessão de Direitos Creditórios, devidamente registradas (fls. 47/49 e 54/59), assim como o pedido de habilitação da ora agravada foi deferido, conforme faz prova a decisão acostada às fls. 70/71.

A despeito da argumentação trazida pela agravante, os documentos acostados aos autos são aptos a certificar a existência e idoneidade dos créditos, mormente diante da já efetivada penhora no rosto dos autos do referido precatório (fl. 72). Está, ainda, demonstrada a propriedade dos créditos pela agravada, assim como a suficiência do valor para garantir a dívida exequenda.

Conforme explicitado na decisão agravada, esse mesmo entendimento ficou assentado na Primeira Seção do STJ, no julgamento dos Embargos de Divergência 834.956/RS, relator Ministro Humberto Martins, DJ de 07/05/2007.

A jurisprudência do STJ, portanto, vem admitindo a nomeação à penhora de crédito oriundo de precatório, para fins de garantia do débito exequendo, *ainda que emitido por pessoa jurídica de Direito Público diversa da credora.* (AgRg no REsp 1001307/RO, relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 07/10/2008).

A alegada inobservância à ordem legal do art. 11 da LEF não torna ineficaz a nomeação à penhora realizada pela agravada, assim como o fato de eventualmente a executada possuir bens situados em classes superiores, não retira dos créditos oferecidos à penhora o potencial de garantir a dívida executada, pois, embora levando em consideração a necessidade de satisfação do crédito exequendo, prevalece, *in casu*, o princípio gravado no art. 620 do CPC, de que quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor.

Nesses termos, *nego provimento ao agravo de instrumento*, nos termos do art. 557 do CPC.

Comunique-se ao MM. Juiz *a quo*.

Publique-se. Intime-se.

Decorrido o prazo recursal, remetam-se os autos à Vara de Origem para que sejam apensados ao processo principal, com fulcro no art. 3º da Resolução 600-12, de 13/09/2004, do TRF 1ª Região.

Agravo de Instrumento

2008.01.00.061136-4/PA

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro

Decisão: 27/11/2008

Divulgação: e-DJF1 04/12/2008

Publicação: 05/12/2008

Decisão

Cuida-se de agravo de instrumento interposto por Rede Global Info, na qualidade de terceiro prejudicado, da decisão proferida em ação civil pública, intentada pelo Ministério Público Federal contra a Agência Nacional de Telecomunicações e a Telemar Norte Leste S.A., que concedeu medida liminar, para que as empresas associadas da agravante abstenham-se de *“exigir, condicionar ou impor a contratação e pagamento de um provedor adicional aos usuários do serviço Velox, devendo, ainda, abster-se de suspender a prestação do serviço em razão da não contratação ou pagamento de um provedor adicional pelos usuários, fornecendo o serviço àqueles que porventura tenham sido privados dele em decorrência de não contratação ou não-pagamento de um provedor adicional”* (fls. 128/129).

Alega, em síntese, que o serviço de acesso à *internet* é de valor adicionado e não se confunde com o serviço de telecomunicações (art. 61, § 1º, da Lei 9.472/1997), fato inclusive já reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça, com a edição da Súmula n. 334, e que, caso seja mantida a decisão agravada, todos os seus associados sofrerão tremendo prejuízo, pois perderão seus clientes, bem como a empresa de telefonia, no caso a Telemar Norte Leste, deverá estruturar o atendimento para realizar o serviço que estes atualmente prestam, e, por óbvio, repassará os custos aos seus clientes, não havendo, com isso, qualquer vantagem ao consumidor final.

O agravo de instrumento em questão foi distribuído à eminente Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida que, por meio do despacho que consta das fls. 270/272, submeteu os autos à minha consideração, para que me manifeste sobre a ocorrência de possível dependência em relação ao Agravo de Instrumento 2004.01.00.019097-0, versando a mesma matéria, que me foi anteriormente distribuído.

Justifica a ilustre magistrada que se trata “da mesma matéria, com a particularidade de extensão dos efeitos da decisão a todo o território nacional”, colacionando arestos no sentido da possibilidade da distribuição por dependência, não em razão da forma ortodoxa vigente no Código de Processo Civil, mas, em analogia à sistemática aplicada nas ações populares, de forma que possam cessar as chamadas “guerras de liminares” proferidas por juízos distintos, em demandas que tenham o mesmo objeto.

Por força desta decisão, os autos vieram-me conclusos.

Decido.

O Agravo de Instrumento 2004.01.019097-0/GO, citado pela relatora, no despacho de fls. 270/272, é oriundo de ação civil pública ajuizada pela Superintendência de Proteção aos Direitos do Consumidor (Procon – Goiás), que visava a coarctar os efeitos da medida liminar concedida para assegurar aos usuários do Estado o direito de usufruir dos serviços de conexão de *“banda larga”* à *internet*, independentemente de contratação e pagamento de um provedor adicional, cominando, inclusive, multa diária no importe de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), para o caso de seu descumprimento.

Outros dois agravos foram distribuídos à minha relatoria (Ag 2004.01.00.016679-0/GO e Ag 2007.01.00.012755-9/GO), os quais discutiam a mesma matéria objeto do presente recurso, e, ambos, oriundos de ações civis públicas.

Pertinente é a rememoração dos arestos colacionados no despacho em comento:

Conflito de Competência – Processual Civil – Ações Populares (Privatização do Sistema Telebrás) – Conexão – Prevenção (CPC, Arts. 103, 106 e 219) – Competência de terceiro juízo a que, por primeiro, distribuída ação conexa da mesma natureza.

1. As ações populares, cuja propositura “previne” a jurisdição do juízo para todas as ações posteriores entre as mesmas partes e com os mesmos fundamentos (Lei 4.717, de 29/06/1965, art. 5º, § 3º), pertencem ao grupo de ações prejudiciais e de “juízo universal”, que exigem, no interesse da estabilidade da ordem jurídica, a concentração das causas, com elas conexas, num único juízo definido pela “prevenção”, a fim de evitar decisões contraditórias, estimuladoras da denominada e repulsiva, “guerra de liminares”, “que atingem o prestígio e a respeitabilidade da Justiça, causando perplexidade à opinião pública” (STJ, CC 22.693/DF).

2. “O juízo da Ação Popular é universal. A propositura da primeira ação previne a jurisdição do Juízo para as subsequentemente intentadas contra as mesmas partes e sob a égide de iguais ou aproximados fundamentos”. A configuração do instituto da conexão não exige perfeita identidade entre as demandas, senão que, entre elas, preexista um liame que as torne passíveis de decisões unificadas” (STJ, CC 19.686/DF (97.0026159-0)).

3. Adotando-se um critério prático, no dizer de Sérgio Bermudes, “...além dos casos do art. 103, duas ou mais ações serão conexas, quando houver a possibilidade de que, decididas separadamente, sejam incompatíveis as sentenças de mérito. No art. 103, a conexão não é ditada somente para evitar decisões contraditórias, mas, também, para permitir ao juiz mais ampla análise da situação jurídica, aperfeiçoando a maneira de prevenir ou compor a lide, ou as lides dela emergentes.” (Direito Processual Civil, Estudos e Pareceres, p. 31, in CC 22.123/MG [98.00.28122-5], STJ).

4. Conflito conhecido. Declarada a competência do Juízo da 13ª Vara Federal/MG, por prevenção à Ação Popular n. 1998.38.00.005479-0, distribuída, por primeiro, em 21/01/1998.

5. Peças liberadas pelo Relator em 01/07/1999 para publicação do acórdão.
(CC 1998.01.00.060204-0/BA – Relator Juiz Luciano Tolentino Amaral – Primeira Seção, DJ de 16/08/1999, p. 6)

Processual Civil – Ação Civil Pública e Ação Popular (Sistema Telebrás) – Conexão – Prevenção (CPC, arts. 103, 106, 219).

1. Se na conceituação inscrita no art. 103 do CPC, “reputam-se conexas duas ou mais ações, quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir”, não há como se possa recusar a “conexão” em função dos “nomes” com que se possam rotular as ações.

2. Ocorrendo a “conexão” (art. 103 do CPC), a “competência” do órgão julgador se define pela “prevenção” daquele que despachou em primeiro lugar (art. 106 do CPC).

3. As ações civis públicas, cujas sentenças de procedência fazem coisa julgada “erga omnes” (Lei 7.347, de 24/07/1985, art. 16), e as ações populares, cuja propositura “previne” a jurisdição do Juízo para todas as ações posteriores entre as mesmas partes e com os mesmos fundamentos (Lei 4.717, de 29/06/1965, art. 5º, parágrafo 3º), pertencem ao grupo de ações (como também as ações discriminatórias – Lei 6.383, de 07/12/1976, art. 23) prejudiciais e de “juízo universal”, que exigem, no interesse da estabilidade da ordem jurídica, a concentração das causas, com elas conexas, num único Juízo definido pela prevenção, “a fim de evitar decisões contraditórias, estimuladoras da denominada “guerra de liminares”, que atingem o prestígio e a respeitabilidade da Justiça, causando perplexidade à opinião pública” (CC 22.693/DF, STJ).

4. Conflito conhecido. Declarada competência do Juízo da 8ª Vara Federal do Distrito Federal, Suscitado.

5. Peças liberadas pelo Relator em 03/03/1999 para publicação do acórdão.
(CC 1998.01.00.072231-8/MA – Relator Juiz Luciano Tolentino Amaral – Primeira Seção, DJ de 22/03/1999, p. 69)

Embora, no caso dos autos, não haja dependência do presente agravo aos outros citados, por conexão, porém, por força do resultado do julgamento das ações civis públicas intentadas, e em razão de seu efeito “*erga omnes*”, acolho a distribuição por dependência suscitada pela eminente Desembargadora Federal, devendo a Coordenadoria de Registros e Informações Processuais proceder à redistribuição.

Em observância ao princípio da celeridade processual, e considerando o prejuízo iminente invocado pela agravante, passo à análise do pedido de concessão do efeito suspensivo.

No caso dos autos, não obstante a manifestação dos técnicos do Ministério Público Federal de que há possibilidade técnica para que as empresas de telefonia prestem o serviço sem a “intermediação” de provedores de internet, entendo, segundo a legislação de regência, que *não há possibilidade legal para tal procedimento.*

A fumaça do bom direito está a amparar a pretensão da agravante, pois, conforme assinali nos autos do Agravo de Instrumento 2007.01.00.012755-9/GO:

(...) milita em favor dos associados da agravante o impedimento legal para a prestação do serviço determinado pela sentença (provedor de acesso à internet – Serviço de Valor Adicionado), porquanto, nos termos do art. 61, § 1º, da Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472/1997), “Serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a essa condição”.

Some-se a este fato a vedação legislativa imposta à concessionária de serviços telefônicos de explorar qualquer outro serviço que não o de telecomunicações, expressamente descrito no art. 60, combinado com o art. 86 da referida lei.

Outrossim, é de se mencionar a presença do perigo da demora, uma vez que o valor da multa aplicada em caso de descumprimento da decisão judicial é demasiadamente elevado, podendo causar sério abalo à saúde financeira das empresas associadas da agravante.

Do exposto, concedo o efeito suspensivo.

Comunique-se, com urgência.

Dispensado o envio de informações.

Intime-se.

Publique-se.

Recurso Cível

2006.43.00.907436-6/TO

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal Ademar Aires Pimenta da Silva

Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS

Recorrido: Jeferson Pereira da Silva

Advogado: Dr. Flávio Suarte Passos

Divulgação: e-DJF1 caderno TO de 31/10/2008

Publicação: 03/11/2008

EMENTA

Previdenciário. Pensão por morte. Benefício Assistencial. Qualidade de segurado quando do óbito. falta de requerimento dos demais filhos do instituidor. Ausência de interesse de agir. Recurso conhecido e parcialmente provido.

I – A pensão por morte é um benefício previdenciário garantido aos dependentes do segurado em virtude do seu falecimento, que tem por objetivo suprir a ausência daquele que provia às necessidades econômicas do núcleo familiar.

II – Inexiste carência para a pensão por morte, no entanto, exige-se que o de cujus, na data do óbito, não tenha perdido a qualidade de segurado.

III – Ficou comprovado que José Antônio Silva detinha qualidade de segurado quando do óbito.

IV – O magistrado não deve, de ofício, determinar a inclusão de partes no pólo ativo do processo, mormente ante ao princípio da inércia da jurisdição.

V – Recurso parcialmente provido para anular a sentença na parte em que incluiu litisconsortes ativos.

VI – Sem ônus sucumbenciais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, decide a Turma Recursal dos Juizados Especiais da Seção Judiciária do Estado do Tocantins, por unanimidade, *dar parcial provimento* ao recurso, nos termos do voto do Juiz-Relator.

Além do Signatário, participaram do julgamento o Excelentíssimo Juiz Marcelo Albernaz e o Excelentíssimo Juiz Rodrigo Araujo.

Palmas/TO – 17/10/2008.

Juiz Federal *Ademar Pimenta*, Relator.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Ademar Aires Pimenta da Silva: — Trata-se de recurso interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social contra sentença que julgou procedente o pedido de pensão por morte pleiteado pelo menor Jeferson Pereira da Silva, tendo como causa de pedir o falecimento do pai José Antônio da Silva.

Argumenta o recorrente que a sentença é nula por ausência de intimação do membro do Ministério Público e que o douto magistrado violou o princípio da inércia ao incluir, de ofício, no pólo ativo da ação, os demais filhos do instituidor.

O recorrido *não apresentou contra-razões.*

O Ministério Público Federal manifestou-se pela manutenção da sentença.

Fundamentação

Juízo de admissibilidade do Recurso

Conheço do recurso porque presentes os pressupostos de admissibilidade.

Mérito do Recurso

A nulidade da sentença por falta de intervenção do Ministério Público não merece prosperar, tendo em vista que não houve prejuízo ao interesse do incapaz. Ademais, o Ministério Público manifestou-se na fase recursal, afastando o alegado prejuízo.

Com razão o INSS ao afirmar que o desejo de litigar judicialmente é algo *inerente à parte*, que por meio da expressa manifestação da vontade de provocar o exercício da jurisdição, deve demonstrar o seu interesse em agir.

Com efeito, não poderia o magistrado de ofício determinar a inclusão de partes no pólo ativo do processo, mormente ante ao princípio da inércia (*ne procedat iudex ex officio, já se disse*).

Óbito do Instituidor

O mesmo foi devidamente comprovado por meio de certidão de óbito e ocorreu em 04/01/2002.

Condição de Dependente

É inequívoca a condição de dependente do autor, pois comprovada nos autos por meio de certidão de nascimento.

Condição de Segurado do Instituidor – Prova Material

Cumprindo a exigência do art. 55, § 3º da Lei 8.213/1991 o(s) autor apresentou prova documental que comprova que o falecido detinha a condição de segurado, quando veio a óbito, tendo em vista que trabalhou com filiação à Previdência Social, nos períodos abaixo colacionados:

- a) Trabalhou no período de 01/06/1980 a 30/01/1983 na Prefeitura Municipal de Miracema – TO;
- b) De 15/08/1983 a 06/12/1983 na Construtora Tratex S/A;

c) De 01/12/1983 a 31/03/1985 na Prefeitura Municipal de Tocantínia – TO;

d) De 01/04/1985 a 30/01/1993 na Prefeitura Municipal de Miracema – TO;

e) De 01/01/1994 a 01/01/1999 na Prefeitura Municipal de Palmas – TO;

f) De 01/05/1999 a 31/12/2000 na Prefeitura Municipal de Miracema – TO.

A pensão por morte é um benefício previdenciário garantido aos dependentes do segurado em virtude do seu falecimento, que tem por objetivo suprir a ausência daquele que provia às necessidades econômicas do núcleo familiar.

Para fazer jus ao benefício, é imprescindível que os dependentes comprovem o preenchimento dos requisitos necessários à obtenção da pensão por morte: óbito, relação de dependência e qualidade de segurado do falecido.

O art. 16 da Lei 8.213/1991 estabelece quais são os beneficiários da pensão por morte, na condição de dependentes do segurado, e estipula regras para a obtenção do referido benefício.

Inexiste carência para a pensão por morte, no entanto, exige-se que o de cujus, na data do óbito, não tenha perdido a qualidade de segurado.

O(s) beneficiário(s), além do cumprimento dos requisitos específicos à pensão por morte, tem que obedecer as regras e os prazos elencados no art. 15 da Lei 8.213/1991 para manter a sua qualidade de segurado e, com isso, assegurar o seu direito ao benefício previdenciário.

Dispõe o parágrafo 1º do art. 15 da Lei 8.213/1991 que o prazo de que trata o inciso II do mesmo artigo será prorrogado para até *vinte e quatro meses*, se o segurado já tiver *pago mais de cento e vinte contribuições mensais sem interrupção* que acarrete a perda da qualidade de segurado.

No caso em apreço, ficou comprovado que José Antônio Silva detinha qualidade de segurado quando do óbito, haja vista ter recolhido 226 contribuições sem interrupção que pudesse acarretar a perda da qualidade de segurado (Lei 8.213/1993, art.15, II, § 1º).

Desta feita, *inválido* a sentença na parte em que inseriu *Gedson da Conceição Silva, Elisiane Conceição*

Silva, Elizângela Conceição Silva e Jadson Conceição Silva, filhos do instituidor, no pólo ativo da ação.

Dispositivo

Ante o exposto, *dou parcial provimento* ao recurso do INSS, para anular a sentença na parte que inseriu *Gedson da Conceição Silva, Elisiane Conceição Silva, Elizângela Conceição Silva e Jadson Conceição Silva*, filhos do segurado, no pólo ativo da ação.

Sem ônus sucumbenciais.

Palmas/TO – 17/10/2008.

Recurso Cível

2007.43.00.900925-6/TO

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal Marcelo Albernaz

Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS

Recorrido: Tome Jesuino da Silva

Divulgação: e-DJF1 caderno TO de 31/10/2008

Publicação: 03/11/2008

Ementa

Benefício Assistencial. Implantação. Cálculo de parcelas vencidas. Astreintes. Recurso conhecido e parcialmente provido.

I – A cominação de multa para estimular a implantação do benefício, por se tratar de obrigação de fazer (CPC, art. 287 e 461), pode ocorrer antes de verificado o descumprimento da determinação judicial.

II – Sendo excessivo o valor fixado a título de multa diária (R\$ 200,00/dia), pode ser ele reduzido (R\$ 30,00/dia).

III – A apresentação dos cálculos das parcelas vencidas é ônus do autor.

IV – Sentença parcialmente reformada.

Acórdão

Decide a Turma Recursal do Tocantins, à unanimidade, nos termos do voto oral do relator, conhecer e dar parcial provimento ao recurso do INSS.

Palmas/TO – 17/10/2008.

Juiz Federal Marcelo Albernaz, Relator.

Voto

O Exmo. Sr. Juiz Federal Marcelo Albernaz: – Trata-se de recurso interposto pelo *Instituto Nacional do Seguro Social* contra sentença que julgou *procedente* o pedido de *benefício assistencial ao idoso* formulado em reclamação ajuizada por *Tomé Justino da Silva*.

Argumenta o recorrente, em resumo, que:

a) a multa diária de R\$ 200,00 reais para implantação do benefício é indevida e fere o princípio da razoabilidade, sendo cabível após a verificação de desobediência;

b) não cabe multa coativa para apresentação de cálculos das parcelas vencidas.

O autor apresentou contra-razões, defendendo o acerto da decisão.

A cominação de multa para estimular o cumprimento da sentença é medida que encontra amparo nos

arts. 287 e 461 do Código de Processo Civil, porque se trata de obrigação de fazer.

As astreintes constituem importante instrumento para conferir efetividade à prestação jurisdicional, sendo cabível sua fixação antes mesmo do descumprimento da decisão judicial.

Afinal, seu objetivo é justamente o de evitar eventual demora quanto ao cumprimento da obrigação.

Contudo, o valor fixado por dia de descumprimento (R\$ 200,00) é excessivo e desproporcional, devendo ser reduzido para R\$ 30,00 (trinta reais).

Consoante precedentes desta Turma, a apresentação dos cálculos das parcelas vencidas é ônus do autor, não devendo ser transferido à autarquia.

Assim, a sentença merece ser parcialmente reformada.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso, a fim de:

1. reduzir para R\$ 30,00 (trinta reais) o valor da multa diária fixada na sentença;
2. afastar a obrigação de o INSS apresentar os cálculos das parcelas vencidas sob cominação de multa diária.

Não incidem verbas sucumbenciais, ante o parcial provimento do recurso (art. 55, Lei 9.099/1995).

Recurso

2007.35.00.714283-5/GO

Relatora: A Exma. Sra. Juíza Federal Maria Divina Vitória

Autora: União Federal

Procuradora: Dra. Viviane de Paula e Silva Caparelli

Reú: Carlos Wilson Andrade Spindula

Divulgação: e-DJF1 caderno GO de 07/11/2008

Publicação: 10/11/2008

Ementa

Processual Civil. Cerceamento de defesa. Ocorrência. Intimação dos cálculos. Necessidade. Recurso provido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos, à unanimidade, *acordam* os Juízes da Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Estado de Goiás em *dar provimento ao recurso*, nos termos do voto da Juíza Relatora.

Além da Signatária, participaram do julgamento os Excelentíssimos Juízes *Carlos Augusto Torres Nobre e Juliano Taveira Bernardes*.

Goiânia/GO – 15/10/2008.

Juíza Federal *Maria Divina Vitória*, Relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Juíza Federal Maria Divina Vitória:
— Trata-se de agravo de instrumento interposto pela *União Federal* contra decisão que homologou os cálculos apresentados pela Contadoria Judicial referente à restituição de Imposto de Renda incidente sobre as parcelas percebidas a título de conversão de licença-prêmio não gozada em abono pecuniário.

Alega a agravante que a decisão merece ser cassada pois não foi possibilitada a manifestação da União acerca dos cálculos da Contadoria. Sustenta que a sua defesa foi suprimida impedindo que fosse verificado se os valores a serem restituídos já não tinham sido objeto de restituição nas restituições anuais de Imposto de Renda.

A agravada não apresentou as contra-razões.

Voto

A Exma. Sra. Juíza Federal Maria Divina Vitória:
— O recurso é próprio e tempestivo, merecendo ser conhecido.

Razão assiste à recorrente.

Com efeito, a União (Fazenda Nacional) teve o seu direito de defesa cerceado na medida em que os cálculos apresentados pela Contadoria Judicial foram homologados pelo juízo *a quo*, sem que lhe fosse oportunizada a regular manifestação.

Ante o exposto, *dou provimento ao recurso* para cassar a decisão que homologou os cálculos da Contadoria Judicial para que a Fazenda Nacional seja intimada previamente dos cálculos.

Sem condenação em honorários advocatícios (art. 55 da Lei 9.099/1995).

É o voto.

Recurso

2008.35.00.701341-0/GO

Relatora: A Exma. Sra. Juíza Federal Maria Divina Vitória

Recorrente: Jose Nilton Delfino

Advogado: Dra. Sonia Maria Machado Alves

Recorrido: Instituto Nacional Do Seguro Social – INSS

Procurador: Dr. Valdir Eduardo de Barros

Divulgação: e-DJF1 caderno GO de 07/11/2008

Publicação: 10/11/2008

Ementa

Previdenciário. Aposentadoria por idade. Urbana. Art. 142 da Lei 8.213/1991. Carência cumprida. Recurso provido.

I – A carência é de 144 meses de contribuições (12 anos) e deve ser cumprida integralmente na atividade urbana, pois o tempo de serviço rural não pode ser somado para completar o período de carência.

II – Independentemente da averbação do tempo de serviço rural, sem o recolhimento de contribuições, o reclamante faz jus à aposentadoria por idade.

III – Carência cumprida.

IV – Recurso Provido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos, à unanimidade, *acordam* os Juizes da Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Estado de Goiás em *dar provimento ao recurso*, nos termos do voto da Juíza Relatora.

Além da Signatária, participaram do julgamento os Excelentíssimos Senhores Juiz *carlos augusto torres nobre* (Presidente) e Juiz *Juliano Taveira Bernardes*.

Goiânia/GO – 22/10/2008.

Juíza Federal *Maria Divina Vitória*, Relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Juíza Federal Maria Divina Vitória: — Cuida-se de recurso contra sentença que julgou improcedente o pedido de reconhecimento de atividade rural e de concessão de aposentadoria por idade urbana.

A sentença concluiu que o período em que o reclamante exerceu atividade rural não pode ser computado para a concessão do benefício bem como que o tempo de serviço urbano é inferior à carência.

O recorrente requer o reconhecimento do tempo de serviço rural relativo ao período de 01/01/1967 a

31.12.1971 para que este seja somado ao tempo de serviço e lhe seja concedida a aposentadoria por idade, nos termos do art. 142 da Lei 8.213/91.

Não foram apresentadas as contra-razões.

Voto

A Exma. Sra. Juíza Federal Maria Divina Vitória: — O recurso é próprio e tempestivo, merecendo ser conhecido.

O tempo de serviço rural pode ser computado independentemente do recolhimento de contribuição, exceto para efeito de carência (art. 55, § 2º).

No mesmo sentido o entendimento jurisprudencial:

Previdenciário. Aposentadoria por tempo de serviço. Contagem recíproca do tempo de atividade rural e urbana. Tempo de serviço rurícola. Início de prova material. Prova testemunhal.

(...)

4. O tempo de serviço do segurado trabalhador rural, anterior à data do início de vigência da Lei 8.213/1991, será computado independentemente do recolhimento das contribuições a ela correspondentes, exceto para efeito de carência, conforme dispuser o regulamento (art. 55, § 2º).

5. Apelação parcialmente provida”.

(AC 1998.01.00.051627-5/MG, Rel. Desembargador Federal Tourinho Neto, Segunda Turma, DJ de 01/08/2003, p.13)

(...) A legislação previdenciária permite a contagem do tempo de serviço efetivamente prestado em atividade rural, antes da Lei 8.213/1991, sem o recolhimento das respectivas contribuições, para fins de obtenção de aposentadoria por tempo de serviço, exceto para efeito de carência. (...) *Para que o segurado faça jus à aposentadoria por tempo de serviço somando-se o período de atividade agrícola sem contribuição com o trabalho urbano, impõe-se que a carência tenha sido cumprida durante o tempo de serviço como trabalhador urbano* (STJ, ERESP 600694, Rel. Min. Paulo Gallotti, 3ª Seção, por unanimidade, DJ de 21/05/2007) (sem grifo no original) *Embargos de divergência. Previdenciário. Cômputo do tempo de serviço prestado em atividade rural para fins de concessão de aposentadoria urbana no mesmo regime de Previdência. Contribuição relativa ao período de atividade rural. Desnecessidade. Cumprimento do período de carência durante o tempo de serviço urbano.* 1. Vigente o § 2º do art. 55 da Lei 8.213/1991, com redação dada pela Medida Provisória 1.523, de 11/10/1996, o tempo de atividade rural, anterior à edição da Lei 8.213/1991, somente podia ser computado para fins de concessão de aposentadoria por idade e de benefícios de valor mínimo, e era vedado o aproveitamento desse tempo, sem o recolhimento das respectivas contribuições, para efeito de carência, de contagem recíproca e de averbação de tempo de serviço. 2. Convertida a Medida Provisória 1.523 na Lei 9.528/1997, de 10/12/1997, a redação original do § 2º do art. 55 da Lei 8.213/1991 restou integralmente restabelecida, assegurando a contagem do tempo de serviço rural para fins de concessão de aposentadoria urbana independentemente

de contribuição relativamente àquele período, ao dispor que: “O tempo de serviço do segurado trabalhador rural, anterior à data de início de vigência desta Lei, será computado independentemente do recolhimento das contribuições a ele correspondentes, exceto para efeito de carência, conforme dispuser o Regulamento.” (nossos os grifos). 3. Não há, pois, mais óbice legal ao cômputo do tempo de serviço rural exercido anteriormente à edição da Lei 8.213/1991, independentemente do recolhimento das contribuições respectivas, para a obtenção de aposentadoria urbana se, durante o período de trabalho urbano é cumprida a carência exigida para a concessão do benefício. 4. *Em hipóteses tais, em que o segurado pretende computar tempo em que exerceu atividade rural, para fins de concessão de aposentadoria urbana por tempo de serviço, no mesmo regime de previdência a que sempre foi vinculado, não é exigível o recolhimento das contribuições relativamente ao tempo de serviço rural exercido anteriormente à entrada em vigor da Lei 8.213/1991, desde que cumprida a carência durante o tempo de atividade urbana* (sem grifo no original). 5. Embargos de divergência acolhidos. (STJ, ERESP 643927/SC, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, Órgão Julgador Terceira Seção, Julgamento 28/09/2005, DJ 28/11/2005).

Para a aposentadoria por idade, nos termos da tabela do art. 142 da Lei 8.213/1991, como o reclamante completou a idade mínima de 65 anos em 30/03/2005 (fl.09), a carência é de 144 meses de contribuições (12 anos) e deve ser cumprida integralmente na atividade urbana, pois o tempo de serviço rural não pode ser somado para completar o período de carência, somente para fins de cálculo da RMI.

Os documentos apresentados relativos ao tempo de serviço rural que se pretende averbar (01/01/1967 a 31/12/1971) são os seguintes: título eleitoral datado de 1976, profissão: lavrador (fl.12); certificado de dispensa datado de 1971, profissão: lavrador; certidões de nascimento dos filhos datadas de 1967 e 1971, profissão: lavrador. No depoimento pessoal o reclamante demonstrou ter conhecimento acerca de lavoura, de plantação de arroz, milho e feijão, conforme as perguntas feitas pelo juízo *a quo* na audiência de instrução e julgamento. O depoimento da primeira testemunha corrobora o início de prova material juntado aos autos. *Deste modo reconheço o tempo de serviço rural referente ao período de 01/01/1967 a 31/12/1971 para fins de cálculo da RMI.*

O tempo de serviço urbano refere-se aos seguintes períodos: CTPS: 01/03/1974 a 15/010/1974; 15/09/1976 a 12/07/1977; 01/08/1977 a 12/12/1977;

25/09/1978 a 05/03/1979; 21/05/1979 a 29/07/1980; 02/03/1981 a 20/04/1981; 05/07/1983 a 01/04/1987; 30/03/1988 a 22/09/1988; 02/04/1989 a 12/06/1989; 18/11/1992 a 09/05/1994; 01/12/1995 a 20/02/1996; 01/04/1996 a 02/07/1996; 17/01/2001 a 07/02/2001 (fls.17/27); *Recolhimento autônomo*: 11/2002 a 02/2003 (fl.36); *Prefeitura de Hidrolândia*: 02/1995 a 04/1995; 09/1995; 01/1997; 03/1997; 04/1997 a 12/1997; 01/1998 a 03/1998; 06/1998 a 12/1998; 01/1999 a 12/1999; 09/2004; 01/2001 a 07/2001; 08/2001 a 12/2001; 01/2002 a 12/2002; 01/2003 a 06/2003; 01/2005 a 12/2005 (fl. 143).

Consta, ainda, atividade rural na CTPS: 01/10/2003 a 05/02/2004 (houve recolhimento – CNIS – fl. 38).

Perfazem o total de *16 anos, 4 meses e 28 dias*, tempo superior ao exigido para efeito de carência (12 anos).

Assim, independentemente da averbação do tempo de serviço rural, sem o recolhimento de contribuições, o reclamante faz jus à aposentadoria por idade.

Ante o exposto, *dou provimento ao recurso* para reformar a sentença e reconhecer o tempo de serviço rural referente ao período de 01/01/1967 a 31/12/1971, para fins de cálculo da RMI, e condenar o INSS a conceder aposentadoria por idade urbana a partir da data do requerimento administrativo (16/05/2005 – fl. 11) e a pagar as parcelas vencidas acrescidas dos juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação, e corrigidas monetariamente de acordo com o Manual de Cálculos da Justiça Federal.

Sem condenação em honorários advocatícios (art. 55 da Lei 9.099/1995).

É o voto.

Recurso

2008.35.00.701279-6/GO

Relatora: A Exma. Sra. Juíza Federal Maria Divina Vitória

Recorrente: Caixa Econômica Federal – CEF

Advogado: Dr. Leandro Jacob Neto

Recorrido: Geanne Costa Ferreira Rezende Teixeira

Advogado: Dr. Sonis Henrique Rezende Batista

Divulgação: e-DJF1 caderno GO de 07/11/2008

Publicação: 10/11/2008

Ementa

Civil. Danos morais. Valor da indenização. Valor justo e proporcional. Sentença Mantida. Recurso improvido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos, à unanimidade, *acordam* os Juízes da Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Estado de Goiás em *negar provimento ao recurso*, nos termos do voto da Juíza Relatora.

Além da signatária, participaram do julgamento os Excelentíssimos Juízes *Carlos Augusto Torres Nobre e Juliano Taveira Bernardes*.

Goiânia/GO – 22/10/2008.

Juíza Federal *Maria Divina Vitória*, Relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Juíza Federal Maria Divina Vitória: — Cuida-se de recurso contra sentença que julgou parcialmente procedente o pedido para declarar a inexistência do débito e condenar a CEF ao pagamento de indenização por dano morais no valor de R\$ 8.000,00 (oito mil reais).

O recorrente aduz que não o valor fixado a título de danos morais é exorbitante. Requer a reforma da sentença para que o pedido seja julgado improcedente ou que a indenização por danos morais tenha o seu montante reduzido.

A recorrida apresentou as contra-razões pugnando pela manutenção da sentença.

Voto

A Exma. Sra. Juíza Federal Maria Divina Vitória: — O recurso é próprio e tempestivo, merecendo ser conhecido.

A sentença merece ser mantida por seus próprios fundamentos (art. 46 da Lei 9.099/95) uma vez que o valor da indenização foi fixado em patamar razoável, adequado, proporcional e justo, sobretudo se for observada a intensidade da angústia e do desgaste sofridos pela parte reclamante pelo fato de o seu nome ter permanecido por quase três anos no cadastro de proteção ao crédito sem que houvesse inadimplência.

Ante o exposto, *nego provimento ao recurso*.

Condeno a recorrente ao pagamento dos honorários advocatícios no valor de R\$ 400,00 (quatrocentos reais) (art. 55 da Lei 9.099/1995).

É o voto.

Recurso

2008.35.00.701587-7/GO

Relatora: A Exma. Sra. Juíza Federal Maria Divina Vitória

Recorrente: Helio da Silva

Advogado: Dr. Nair Leandro Chaves dos Reis

Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS

Procurador: Dr. Valdir Eduardo de Barros

Divulgação: e-DJF1 caderno GO de 07/11/2008

Publicação: 10/11/2008

Ementa

Previdenciário. Pensão por morte. Dependentes menores. Benefício devido desde a data do óbito. Art. 105 do Decreto 3.048/1999. Recurso provido quanto aos autores Alison Antônio Peres da Silva e André Peres da Silva e improvido quanto à reclamante Adriana Peres da Silva.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos, à unanimidade, *acordam* os Juízes da Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Estado de Goiás em *dar provimento ao recurso de Alison Antônio e André Peres da Silva e negar provimento ao recurso de Adriana Peres da Silva*, nos termos do voto da Juíza-Relatora.

Além da Signatária, participaram do julgamento os Excelentíssimos Senhores Juiz *Carlos Augusto Torres Nobre (Presidente)* e Juiz *Juliano Taveira Bernardes*.

Goiânia/GO – 15/10/2008.

Juíza Federal *Maria Divina Vitória*, Relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Juíza Federal Maria Divina Vitória:
— Cuida-se de recurso contra sentença que julgou parcialmente procedente o pedido para condenar o INSS a conceder benefício de pensão por morte e a pagar as parcelas vencidas desde a data do requerimento administrativo.

O recorrente aduz que a data do início do benefício em relação aos dependentes menores de idade deve ser a data do óbito uma vez que a prescrição não corre contra o incapaz.

Não foram apresentadas as contra-razões.

Voto

A Exma. Sra. Juíza Federal Maria Divina Vitória:
– O recurso é próprio e tempestivo, merecendo ser conhecido.

O art. 105 do Decreto 3.048/1999 estabelece que:

A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data:

I – do óbito, quando requerida:

a) pelo dependente maior de 16 (dezesseis) anos de idade, até trinta dias depois; e

b) pelo dependente menor até 16 (dezesseis) anos de idade, até 30 (trinta) dias após completar essa idade.

II – do requerimento, quando requerida após o prazo previsto no inciso I.

A falecida segurada deixou três filhos como seus dependentes.

Na data do óbito, em 22/05/2004, os filhos da reclamante tinham as seguintes idades: Adriana – 17, André – 13, Alisson – 12.

Na data do requerimento administrativo, em 15/05/2006, os filhos da reclamante tinham as seguintes idades: Adriana – 19, André – 15, Alisson – 14.

Assim, aplicando-se a legislação retro mencionada, a Adriana, maior de dezesseis anos de idade, tinha até 30 dias após o óbito para requerer a pensão por morte e recebê-la desde esta data. No entanto, como o requerimento administrativo foi feito após trinta dias da data do óbito, esta tem direito à pensão por morte somente a partir da data do requerimento.

Os menores André e Alisson, menores de dezesseis anos de idade, têm direito à pensão por morte deste a data do óbito.

Ante o exposto, *dou provimento* ao recurso de Alison Antônio e André Peres da Silva para conceder-lhes o benefício de pensão por morte desde a data do óbito da genitora (22/05/2004), cujos valores deverão ser acrescidos de juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação, e correção monetária de acordo com o Manual de Cálculos da Justiça Federal, e *nego provimento* ao recurso de Adriana Peres da Silva.

Sem condenação em honorários advocatícios (art. 55 da Lei 9.099/1995).

É o voto.

Confira outros julgamentos do TRF 1ª Região de relevante interesse, cujos inteiros teores poderão ser consultados na internet (www.trf1.gov.br)

Ação declaratória. Débito decorrente de contrato. Cédula rural hipotecária cedida à União. Pedido de compensação da dívida com tributos recolhidos indevidamente. Competência da Terceira Seção.

Compete à Terceira Seção deste Tribunal processar e julgar os feitos em que se discute débito decorrente de contrato de Cédula Rural Hipotecária, cedido à União, com pedido sucessivo de revisão de contrato (RITRF-1ª Região, arts. 6º, III, e 8º, § 6º).

Afigura-se irrelevante, para fins de competência, o fato de ter sido o débito inscrito em dívida ativa, uma vez que não é dívida tributária e o pedido de compensação do débito com tributos recolhidos indevidamente não afasta a competência da Terceira Seção para julgamento dos feitos relativos a contratos.

Conflito de Competência 2007.01.00.029901-0/GO

Rel. p/ acórdão: Des. Federal Antônio Ezequiel da Silva – Corte Especial

Divulgação: e-DJFI de 31/10/2008

Publicação: 03/11/2008

Ação previdenciária. Conflito negativo de competência entre Juizados Especiais Federais vinculados a uma mesma Turma Recursal.

Não estando os juízes conflitantes vinculados jurisdicionalmente ao TRF 1ª Região, excluiu-se a competência desta Corte para apreciar o conflito de competência respectivo.

Nos termos da Lei 10.259/2001, o critério de competência é o da hierarquia jurisdicional e, na hipótese, estando os Juizados Especiais Federais conflitantes vinculados à mesma Turma Recursal, sobressai a competência da Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária correspondente para o processamento do presente feito.

Conflito de Competência 2008.01.00.034396-0/BA

Rel.: Des. Federal Francisco de Assis Betti – 1ª Seção

Divulgação: e-DJFI de 31/10/2008

Publicação: 03/11/2008

Inquérito policial. Fraude à licitação. Lei 8.666/1993, art. 90. Prefeito municipal.

Para a configuração do crime previsto no art. 90 da Lei 8.666/1993, não basta que o agente frustrate ou fraude o caráter competitivo do procedimento licitatório, sendo indispensável a intenção de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação. Assim, sendo omissa a denúncia quanto ao elemento subjetivo do crime em referência, forçosa a sua rejeição, por atipicidade.

Inquérito 2007.01.00.054363-5/MG

Rel.: Des. Federal Mário César Ribeiro – 2ª Seção

Divulgação: e-DJFI de 21/11/2008

Publicação: 24/11/2008

Conflito de competência. Conexão. Prevenção. Despacho que ordena a citação. Pronunciamento judicial positivo.

Nos termos do art. 106 do CPC, “correndo em separado ações conexas perante juízes que têm a mesma competência territorial, considera-se prevento aquele que despachou em primeiro lugar”. E de acordo com entendimento doutrinário e jurisprudencial, o despacho que gera a prevenção é o primeiro pronunciamento judicial positivo que ordena a citação.

Conflito de Competência 2008.01.00.038756-0/DF
Rel.: Juiz Federal César Augusto Bearsi (convocado) – 3ª Seção
Divulgação: e-DJFI de 31/10/2008
Publicação: 03/11/2008

Crimes praticados por meio da internet. Competência. Justiça Federal.

A inserção de dados relativos aos crimes relativos ao racismo na rede mundial de computadores – internet – tornando-os públicos, possibilitando, assim, o acesso a qualquer pessoa, em qualquer parte do mundo, é o suficiente para determinar a competência da Justiça Federal, pois o crime previsto em tratado teve seu resultado, inevitavelmente, ocorrido no estrangeiro.

Recurso em Sentido Estrito 2007.38.00.029938-5/MG
Rel.: Des. Federal Tourinho Neto – 3ª Turma
Divulgação: e-DJFI de 27/11/2008
Publicação: 28/11/2008

Crimes ambientais. Lei 9.605/1998, arts. 39 e 40. Colônia agrícola Vicente Pires (Taguatinga-DF). Área de proteção ambiental supervisionada pelo Ibama. Competência da Justiça Federal.

Compete à Justiça Federal processar e julgar os feitos relativos à prática dos crimes previstos nos arts. 39 e 40 da Lei 9.605/1998, ocorridos na Colônia Agrícola Vicente Pires (Taguatinga-DF), localizada dentro da Área de Proteção Ambiental do Planalto Central, cabendo ao Ibama o licenciamento ambiental e respectivo supervisionamento dos processos dele decorrentes e, bem assim, a aplicação de penalidades visando à preservação da qualidade ambiental da aludida APA, conforme dispõe o Decreto Federal s/n. de 10 de janeiro de 2002.

Apelação Criminal 2005.34.00.012956-9/DF
Rel.: Des. Federal Mário César Ribeiro – 4ª Turma
Divulgação: e-DJFI de 13/11/2008
Publicação: 14/11/2008

Agravo em execução penal. Pena substitutiva. Cumprimento em tempo inferior à metade da pena privativa de liberdade fixada (CP, art. 46, § 4º).

Nos termos do § 4º do artigo 46 do Código Penal, na espécie, por ocasião da Audiência de Início de Cumprimento da Pena, ficou expressamente consignado que poderia a pena substitutiva ser cumprida em menor tempo, nunca, porém, “inferior à metade da pena fixada.” A finalidade dessa norma, segundo os ensinamentos doutrinários, tem em vista a não banalização de tal antecipação.

O fato de ter sido permitido o cumprimento de carga horária em tempo inferior à metade da pena fixada não pode, porém, ser ignorado. É que houve a efetiva prestação de serviço, tendo, inclusive, consignado o MM. Juiz *a quo* que, no caso, “entendimento diverso significaria impor ao sentenciado cumprir, em duplicidade, pena já resgatada.”

Agravo em Execução Penal 2006.41.00.000869-1/RO
Rel.: Des. Federal Mário César Ribeiro – 4ª Turma
Divulgação: e-DJFI de 11/11/2008
Publicação: 21/11/2008

Ação declaratória negativa. Improbidade administrativa. Pedido de nulidade de acórdão do TCU. Ocorrência de coisa julgada.

A causa de pedir nas ações sob análise é idêntica, qual seja, a alegada ausência de regular comunicação dos atos pelo Tribunal de Contas da União, estando o autor, sob o epíteto de causa de pedir próxima, a buscar nova qualificação jurídica dos mesmos fatos. Portanto, é de se reconhecer a ocorrência da coisa julgada, uma vez que a sentença de mérito proferida na primeira ação proposta pelo autor julgou improcedente o pedido visando à anulação de Acór-

dãos proferidos pelo TCU, não podendo ser repetido na segunda ação com substancial identidade do fato constitutivo do pedido, mormente em face dos princípios da eventualidade previsto no art. 474 do CPC e da segurança jurídica.

Apelação Cível 2006.33.04.000234-0/BA

Rel.: Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho (convocada) – 4ª Turma

Divulgação: e-DJFI de 11/12/2008

Publicação: 12/12/2008

Contrato particular de consolidação, confissão e renegociação de dívida. Reconhecimento da força executiva do título.

O contrato particular de consolidação, confissão e renegociação de dívida, assinado por duas testemunhas, no qual o devedor se obriga a pagar quantia certa e determinada, constitui-se título líquido, certo e exigível, sendo, pois, capaz de embasar a ação de execução por título extrajudicial, não podendo ser confundido com o contrato de abertura de crédito em conta corrente que lhe deu origem, uma vez configurada a novação da dívida (CC, art. 360). Inteligência da Súmula 300 do STJ.

Apelação Cível 1997.38.00.032131-1/MG

Rel.: Des. Federal Fagundes de Deus – 5ª Turma

Divulgação: e-DJFI de 06/11/2008

Publicação: 07/11/2008

Procurador da República. Expedição de ofício. Requisição de documentos e informações relacionadas com atividades de fundação educacional. Apuração de irregularidades na concessão de certificado de entidade beneficente de assistência social.

É da competência da Justiça Federal de primeiro grau o processamento e julgamento de mandado de segurança impetrado contra ato atribuído a Procurador da República (art. 109, VIII, da CF).

No caso, os fatos irradiados nos autos, relativos à verificação de irregularidade na concessão de certificados beneficentes de assistência social, conduziram a investigação deflagrada pelo Ministério Público, e a intimação para a prestação de informações e entrega de documentos não padece de nenhuma ilegalidade, porquanto respaldada na Lei Complementar 75/1993, que assegura ao órgão ministerial o direito de instauração de procedimentos do tipo, para a apuração devida.

Agravo de Instrumento 2007.01.00.029836-4/DF

Rel.: Des. Federal Daniel Paes Ribeiro – 6ª Turma

Divulgação: e-DJFI de 31/10/2008

Publicação: 03/11/2008

Contribuição previdenciária. Servidor público. Terço constitucional de férias. Horas extras. Lei 9.783/1999. Revogação pela Lei 10.887/2004.

O egrégio STE, a partir do julgamento proferido no RE 345.458, firmou entendimento no sentido de que o terço constitucional de férias constitui parcela de natureza indenizatória e/ou compensatória.

Em relação às horas extras a jurisprudência tem admitido que estas sejam excluídas da base de cálculo das contribuições previdenciárias, tendo em vista que não são permanentes.

A Lei 9.783/1999 foi expressamente revogada pelo art. 18 da Lei 10.887/2004.

Apelação em Mandado de Segurança 1999.34.00.039429-0/DF

Rel.: Des. Federal Carlos Olavo Pacheco de Medeiros – 7ª Turma

Divulgação: e-DJFI de 06/11/2008

Publicação: 07/11/2008

Estatística

OUTUBRO/2008

ASSESSORIA DE RECURSOS ESPECIAIS E EXTRAORDINÁRIOS DA PRESIDÊNCIA

Recursos Extraordinários Admitidos (Asret)	12
Recursos Especiais Admitidos (Asret)	38
Recursos Extraordinários Inadmitidos (Asret)	151
Recursos Especiais Inadmitidos (Asret)	325
Despachos Diversos (Asret)	55
Decisões Diversas (Asret)	41
Decisões em Plantão (Asret)	8
Suspensões de Liminares Deferidas (Asret)	4
Suspensão de Liminar Indeferida (Asret)	1
Recursos Especiais Sobrestados na Corec (Asret)	167
Recursos Extraordinários Sobrestados na Corec (Asret)	19
Memorandos Expedidos (Asret)	9
Ofícios Expedidos (Asret)	12
Despachos Diversos (Secju)	9
Informações Prestadas à AGU (Secre)	2
Despachos em Procedimentos Administrativos (Secre)	58
Apostilas (Secre)	6
Atos (Secre)	43
Portarias (Secre)	17
Ofícios (Secre)	79
TOTAL	1.056

Dados fornecidos pela Asret, Secre e Secju

VICE-PRESIDÊNCIA

Recursos Especiais Admitidos	65
Recursos Especiais Inadmitidos	177
Recursos Extraordinários Admitidos	6
Recursos Extraordinários Inadmitidos	74
Decisões Diversas	13
Despachos	7
Processos Sobrestados	358
Acórdãos (Relator)	3
Votos-Vistas	17
Processos Administrativos	8
TOTAL	728

Dados do Gabinete da Vice-Presidência

COORDENADORIA DE RECURSOS

Processos Recebidos das Turmas e Seções	1.411
Processos Remetidos à ASVIP	293
Processos Remetidos à ASRET	24
Processos Remetidos ao STF	143
Recursos Extraordinários Eletrônicos Remetidos ao STF	12
Recursos Extraordinários Eletrônicos Recebidos do STF	35
Processos Remetidos ao STJ	740
Processos Recebidos do STJ	852
Processos Recebidos do STF	472
Processos Remetidos por Baixa Definitiva	1.110
Processos Sobrestados na Corec	590
Agravos Processados	487
TOTAL	6.169

PUBLICAÇÕES — PRESIDÊNCIA

Recursos Admitidos	12
Recursos Inadmitidos	109
Despachos Diversos	34
TOTAL	155

PUBLICAÇÕES — VICE-PRESIDÊNCIA

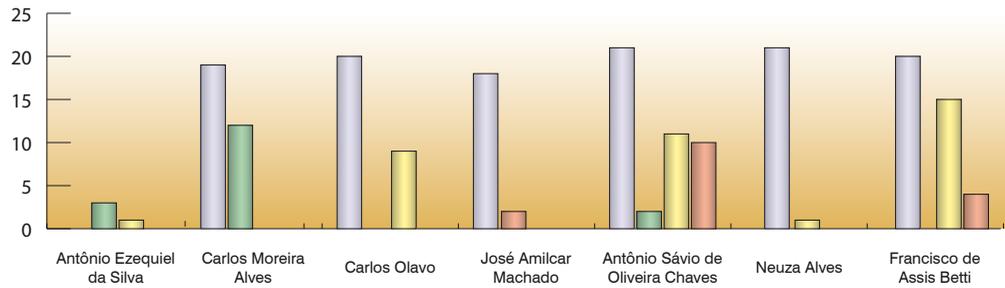
Recursos Admitidos	103
Recursos Inadmitidos	137
Despachos Diversos	356
TOTAL	596

Dados fornecidos pela Corec

DADOS ESTATÍSTICOS DAS SEÇÕES – OUTUBRO/2008

1ª Seção

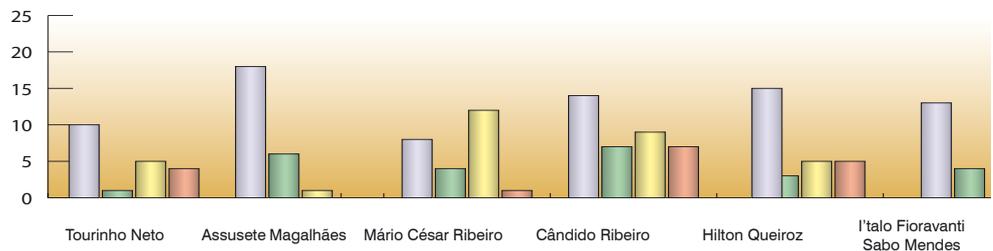
Desembargador Federal
Presidente:
Antônio Ezequiel



	Antônio Ezequiel da Silva	Carlos Moreira Alves	Carlos Olavo	José Amílcar Machado	Antônio Sávio de Oliveira Chaves	Neuza Alves	Francisco de Assis Betti
Distribuídos		19	20	18	21	21	20
Desp. Term. Publicados	3	12			2		
Julgados	1		9		11	1	15
Acórdãos Publicados				2	10		4

2ª Seção

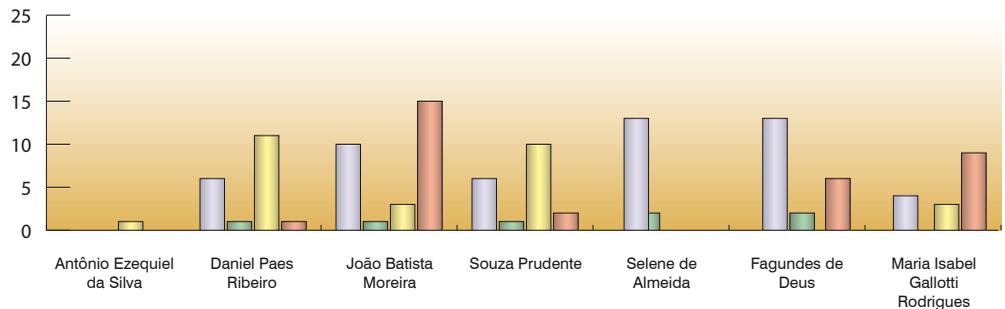
Desembargador Federal
Presidente:
Antônio Ezequiel



	Tourinho Neto	Assusete Magalhães	Mário César Ribeiro	Cândido Ribeiro	Hilton Queiroz	I'talo Fioravanti Sabo Mendes
Distribuídos	10	18	8	14	15	13
Desp. Term. Publicados	1	6	4	7	3	4
Julgados	5	1	12	9	5	
Acórdãos Publicados	4		1	7	5	

3ª Seção

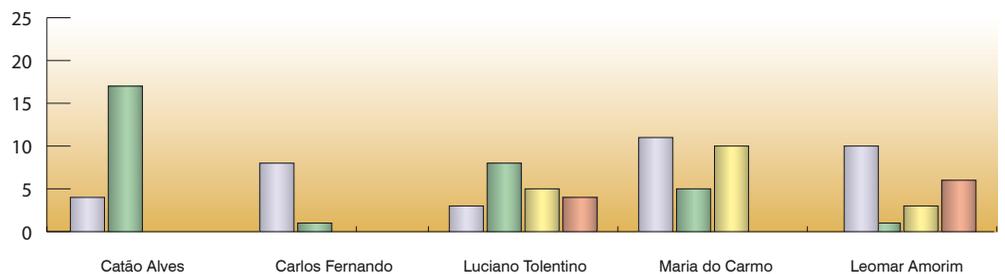
Desembargador Federal
Presidente:
Antônio Ezequiel



	Antônio Ezequiel da Silva	Daniel Paes Ribeiro	João Batista Moreira	Souza Prudente	Selene de Almeida	Fagundes de Deus	Maria Isabel Gallotti Rodrigues
Distribuídos		6	10	6	10	13	4
Desp. Term. Publicados		1	1	1		2	
Julgados	1	11	3	10			3
Acórdãos Publicados		1	15	2	4	6	9

4ª Seção

Desembargador Federal
Presidente: Antônio Ezequiel

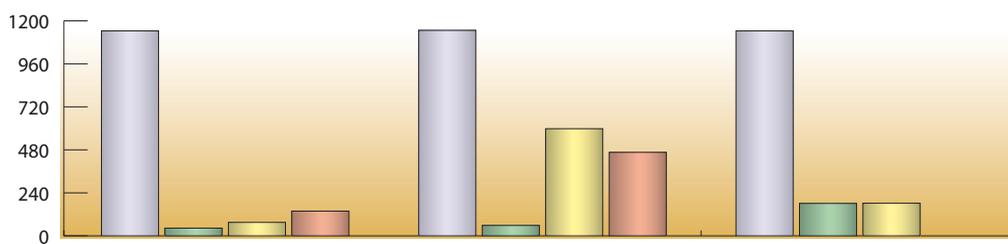


	Catão Alves	Carlos Fernando Mathias	Luciano Tolentino Amaral	Maria do Carmo Cardoso	Leomar Amorim
Distribuídos	4	8	3	11	10
Desp. Term. Publicados	17	1	8	5	1
Julgados			5	10	3
Acórdãos Publicados			4		6

Desembargadores Federais Presidentes das Seções não participam das sessões na condição de Relator, Revisor ou Vogal.

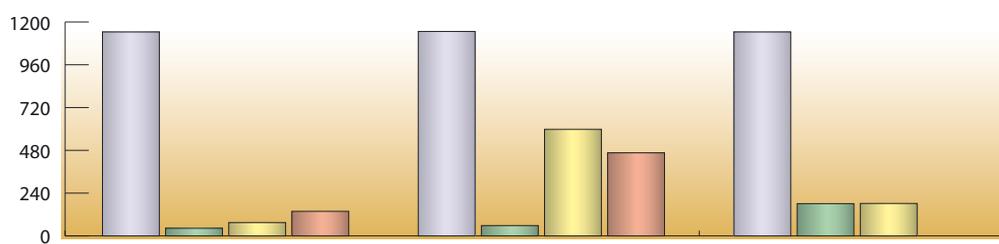
DADOS ESTATÍSTICOS DAS TURMAS – OUTUBRO/2008

1ª Turma



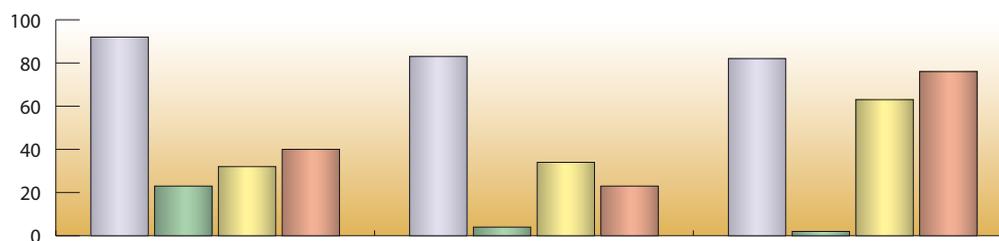
	José Amílcar Machado	Antônio Sávio de Oliveira Chaves	Carlos Olavo
Distribuídos	1.144	1.147	1.144
Desp. Term. Publicados	43	58	181
Julgados	75	598	182
Acórdãos Publicados	138	466	

2ª Turma



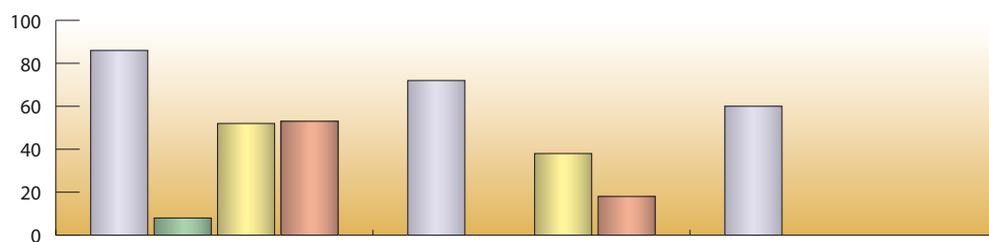
	Neuza Alves	Francisco de Assis Betti	Carlos Moreira Alves
Distribuídos	1.153	1.141	1.142
Desp. Term. Publicados	258	98	18
Julgados	384	484	35
Acórdãos Publicados	100	224	270

3ª Turma



	Cândido Ribeiro	Assusete Magalhães	Tourinho Neto
Distribuídos	70	76	79
Desp. Term. Publicados	8	8	1
Julgados	27	36	78
Acórdãos Publicados	35	41	84

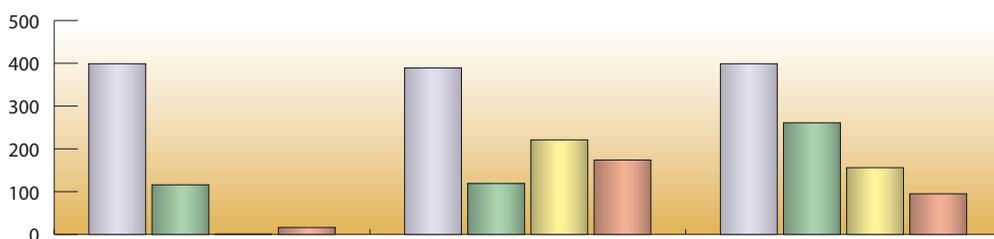
4ª Turma



	Hilton Queiroz	Mário César Ribeiro	I'talo Fioravanti Sabo Mendes
Distribuídos	86	72	75
Desp. Term. Publicados	8		
Julgados	52	38	
Acórdãos Publicados	53	18	

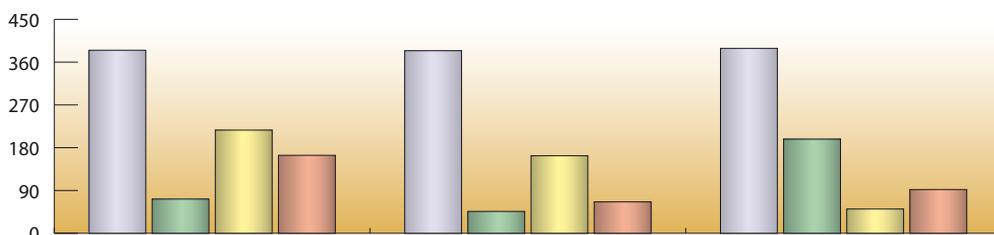
DADOS ESTATÍSTICOS DAS TURMAS – OUTUBRO/2008

5ª Turma



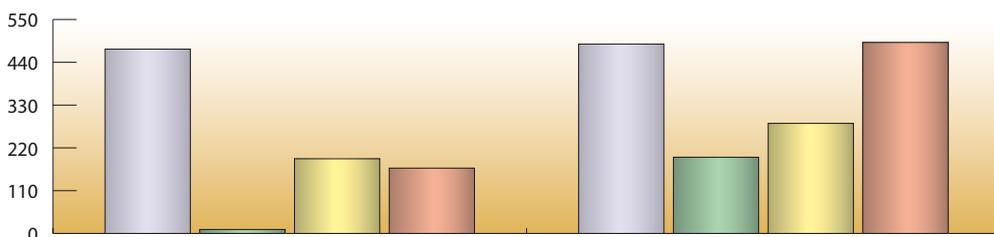
	Fagundes de Deus	João Batista Moreira	Selene de Almeida
Distribuídos	399	389	399
Desp. Term. Publicados	116	119	261
Julgados	1	221	156
Acórdãos Publicados	16	174	95

6ª Turma



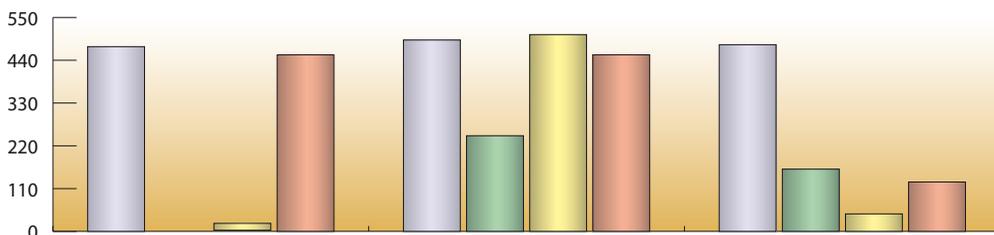
	Daniel Paes Ribeiro	Souza Prudente	Maria Isabel Gallotti Rodrigues
Distribuídos	385	384	389
Desp. Term. Publicados	72	46	198
Julgados	217	163	51
Acórdãos Publicados	164	66	92

7ª Turma



	Catão Alves	Luciano Tolentino Amaral
Distribuídos	474	487
Desp. Term. Publicados	10	196
Julgados	192	283
Acórdãos Publicados	168	491

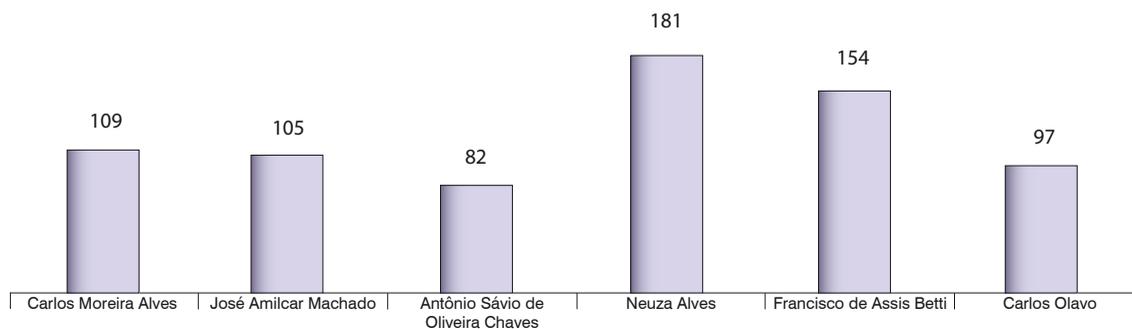
8ª Turma



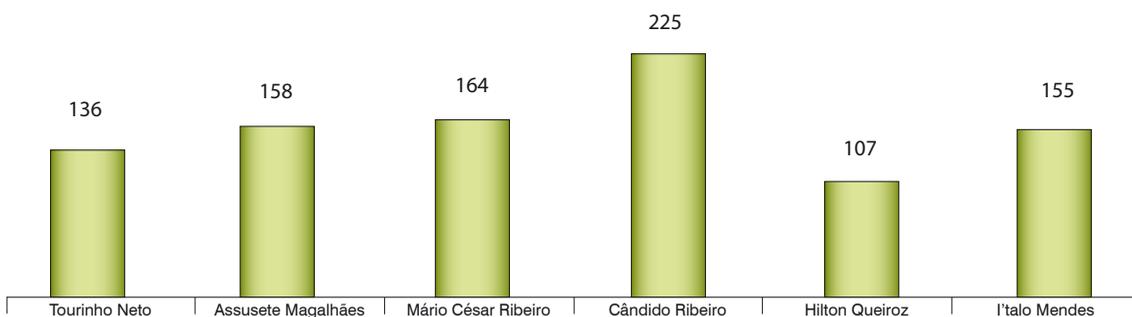
	Carlos Fernando Mathias	Maria do Carmo Cardoso	Leomar Amorim
Distribuídos	475	492	480
Desp. Term. Publicados		246	160
Julgados	3	506	45
Acórdãos Publicados	454	454	127

PROCESSOS PENDENTES DE JULGAMENTO NAS SEÇÕES – OUTUBRO/2008

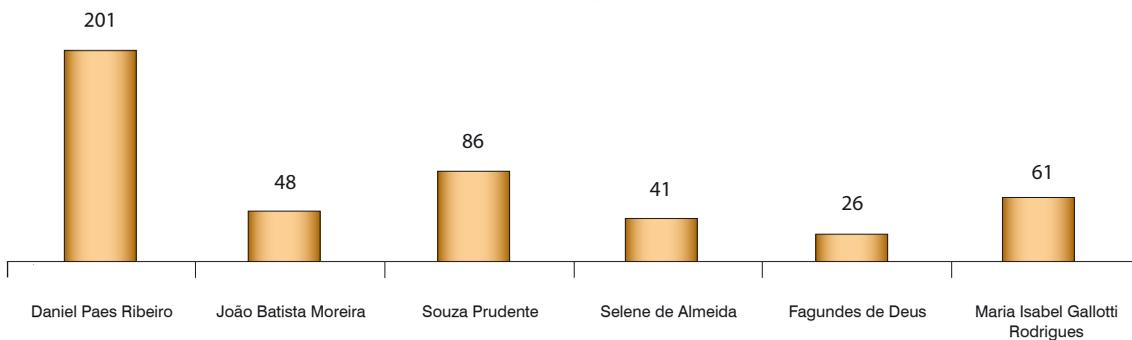
1ª Seção



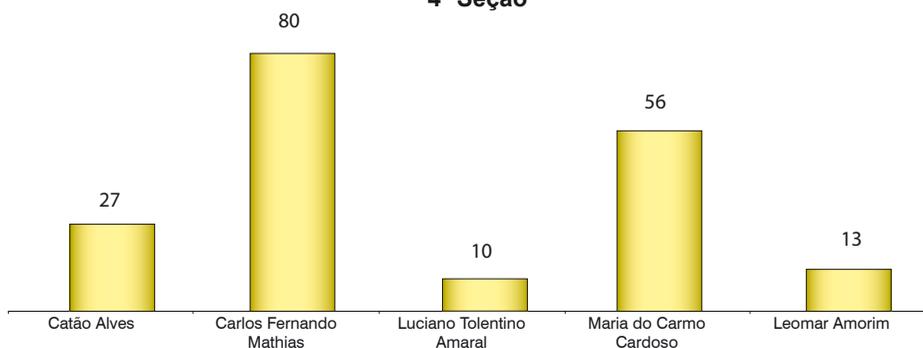
2ª Seção



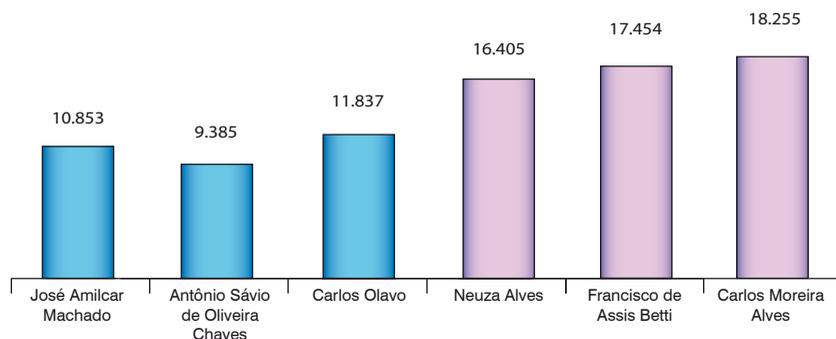
3ª Seção



4ª Seção

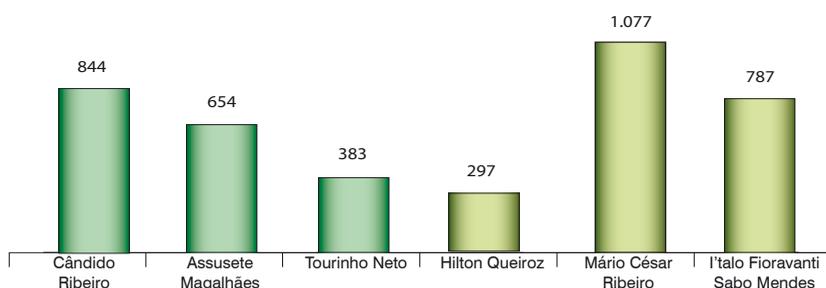


PROCESSOS PENDENTES DE JULGAMENTO NAS TURMAS – OUTUBRO/2008



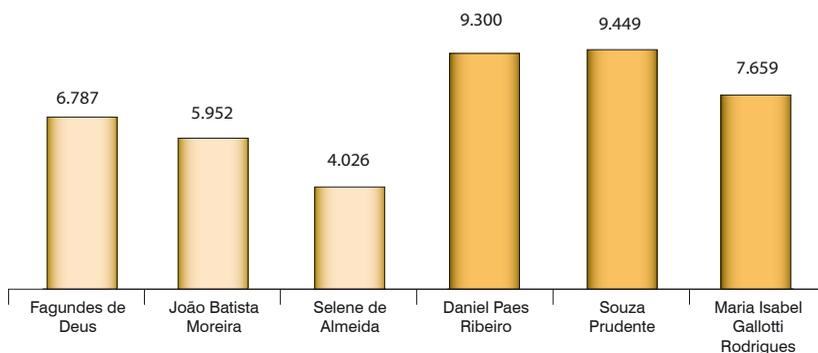
■ 1ª Turma

■ 2ª Turma



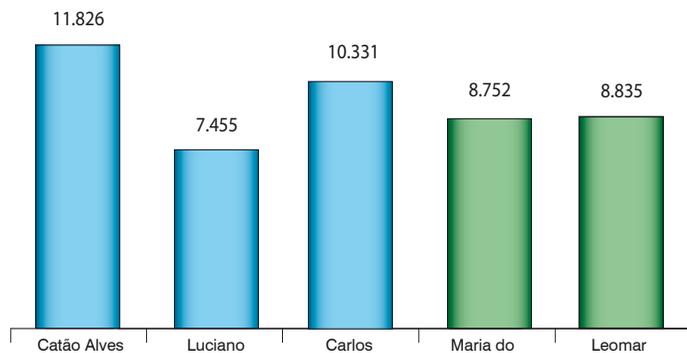
■ 3ª Turma

■ 4ª Turma



■ 5ª Turma

■ 6ª Turma



■ 7ª Turma

■ 8ª Turma

COMPETÊNCIA (Art. 8º do RITRF)

À Primeira Seção, Primeira e Segunda Turmas cabem o processo e julgamento dos feitos relativos a:
I – servidores públicos civis e militares, exceto quando a matéria estiver prevista na competência de outra seção;
II – benefícios assistenciais, previdenciários do regime geral da previdência social e de servidores públicos.

À Segunda Seção, Terceira e Quarta Turmas cabem o processo e julgamento dos feitos relativos a:
I – matéria penal em geral;
II – improbidade administrativa;
III – desapropriação direta e indireta.

À Terceira Seção, Quinta e Sexta Turmas cabem o processo e julgamento dos feitos relativos a:

- I – licitação, contratos administrativos e atos administrativos em geral não incluídos na competência de outra seção;
- II – concursos públicos;
- III – contratos;
- IV – direito ambiental;
- V – sucessões e registros públicos;
- VI – direito das coisas;
- VII – responsabilidade civil;
- VIII – ensino;
- IX – nacionalidade, inclusive a respectiva opção e naturalização;
- X – constituição, dissolução e liquidação de sociedades;
- XI – propriedade industrial;
- XII – Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS.

À Quarta Seção, Sétima e Oitava Turmas cabem o processo e julgamento dos feitos relativos a:

- I – inscrição, exercício profissional e respectivas contribuições;
- II – impostos;
- III – taxas;
- IV – contribuições de melhoria;
- V – contribuições sociais e outras de natureza tributária, exceto as contribuições para o FGTS;
- VI – empréstimos compulsórios;
- VII – preços públicos;
- VIII – multas de qualquer natureza, inclusive tributária.
- IX – questões de direito financeiro.

ESTATÍSTICA DOS JUÍZES CONVOCADOS

JUÍZES CONVOCADOS	Órgão Julgador	Despachos Terminativos Publicados	Julgados	Acórdãos Publicados
Anamaria Reys Resende	1ª Seção	19		
	3ª Seção	6		
	4ª Seção	13		1
	7ª Turma			3
André Prado de Vasconcelos	2ª Turma			22
Ávio Mozar José Ferraz de Novaes	3ª Seção	1		
	5ª Turma	4	111	41
Carlos Augusto Pires Brandão	6ª Turma		31	6
Cesar Augusto Bearsi	3ª Seção	1	9	
	5ª Turma	94	180	184
César Cintra Fonseca	3ª Turma			2
Cleberon José Rocha	4ª Seção		3	
	8ª Turma	65	208	79
David Wilson de Abreu Pardo	3ª Seção		2	
	6ª Turma	51	106	83
Evaldo de Oliveira Fernandes, filho	1ª Seção	2	17	
	1ª Turma	165	164	57
	3ª Turma			1
Francisco Renato Codevila Pinheiro Filho	4ª Seção	6	1	5
	7ª Turma	364	113	44
Guilherme Mendonça Doehler	1ª Turma		57	
	7ª Turma		12	102
Iran Velasco Nascimento	2ª Turma	91	238	217
Itelmar Raydan Evangelista	1ª Turma			272
	5ª Turma	1		
	4ª Seção		5	
	7ª Turma	280	130	
Jaiza Maria Pinto Fraxe	2ª Seção			2
	3ª Turma			4
João Carlos Costa Mayer Soares	6ª Turma	2	33	90
Klaus Kuschel	4ª Turma	3	27	24
Leão Aparecido Alves	6ª Turma			1
	4ª Seção		3	
	8ª Turma			3

JUÍZES CONVOCADOS	Órgão Julgador	Despachos Terminativos Publicados	Julgados	Acórdãos Publicados
Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo	2ª Seção			1
	3ª Turma	1	29	37
Marcelo Velasco Nascimento Albernaz	5ª Turma	40	154	4
Mark Yshida Brandão	8ª Turma		37	53
Miguel Angelo de Alvarenga Lopes	1ª Turma	1		
Mônica Neves Aguiar da Silva	2ª Turma		1	
Ney de Barros Bello Filho	4ª Turma		2	1
Osmane Antonio dos Santos	4ª Seção	10	3	11
	8ª Turma	90	325	289
Pompeu de Sousa Brasil	2ª Turma		74	140
Rafael Paulo Soares Pinto	7ª Turma		65	163
Reynaldo Soares da Fonseca	2ª Seção			4
	3ª Turma	1	20	24
Roberto Carvalho Veloso	8ª Turma			1
Rogéria Maria Castro Debelli	1ª Seção			1
	2ª Turma		38	232
Rosimayre Gonçalves de Carvalho	2ª Seção	2	8	
	4ª Turma	8	76	77
Saulo José Casali Bahia	3ª Turma			2
Simone dos Santos Lemos Fernandes	1ª Turma	2	2	1
Sônia Diniz Viana	1ª Turma		46	55
Vânila Cardoso André de Moraes	3ª Turma			1

Foram distribuídos para o Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista 11 processos na 4ª Seção e 469 na 7ª Turma.

DESEMBARGADORES FEDERAIS QUE ATUARAM EM OUTRAS TURMAS E SEÇÕES

DESEMBARGADORES FEDERAIS	Órgão Julgador	Despachos Terminativos Publicados	Julgados	Acórdãos Publicados
Jirair Aram Meguerian	2ª Turma		1	
	8ª Turma	1		
Antônio Ezequiel da Silva	7ª Turma			8
Tourinho Neto	4ª Turma			3
Carlos Olavo	5ª Turma			1
	4ª Seção	1		
	7ª Turma	4		414
Luiz Gonzaga Barbosa Moreira	1ª Turma	1		135

ASSESSORIA DE RECURSOS ESPECIAIS E EXTRAORDINÁRIOS DA PRESIDÊNCIA

Recursos Extraordinários Admitidos (Asret)	21
Recursos Especiais Admitidos (Asret)	93
Recursos Extraordinários Inadmitidos (Asret)	263
Recursos Especiais Inadmitidos (Asret)	782
Despachos Diversos (Asret)	68
Decisões Diversas (Asret)	32
Recurso Especial Adesivo Admitido (Asret)	1
Decisões em Plantão (Asret)	4
Suspensões de Liminares Deferidas (Asret)	8
Suspensões de Liminares Indeferidas (Asret)	9
Suspensões de Segurança Deferidas (Asret)	32
Suspensão de Segurança Indeferida (Asret)	1
Despachos Diversos em Suspensão de Segurança (Asret)	2
Agravo Regimental Não Conhecido (Asret)	1
Embargos de Declaração Acolhidos (Asret)	6
Embargos de Declaração Rejeitados (Asret)	5
Recursos Extraordinários-Eletrônicos encaminhados ao STF Via Corec (Asret)	2
Recursos Especiais Sobrestados na Corec (Asret)	246
Recursos Extraordinários Sobrestados na Corec (Asret)	91
Memorandos Expedidos (Asret)	1
Ofícios Expedidos (Asret)	68
Informações em Mandados de Segurança (Secre)	1
Informações Prestadas à AGU (Secre)	5
Despachos em Procedimentos Administrativos (Secre)	55
Apostila (Secre)	1
Atos (Secre)	51
Portarias (Secre)	14
Ofícios (Secre)	290
TOTAL	2.153

Dados fornecidos pela Asret e Secre.

VICE-PRESIDÊNCIA

Recursos Especiais Admitidos	33
Recursos Especiais Inadmitidos	64
Recursos Extraordinários Admitidos	26
Recursos Extraordinários Inadmitidos	39
Decisões Diversas	6
Processos Sobrestados	173
TOTAL	341

Dados do Gabinete da Vice-Presidência

COORDENADORIA DE RECURSOS

Processos Recebidos das Turmas e Seções	591
Processos Remetidos à ASVIP	16
Processos Remetidos à ASRET	783
Processos Remetidos ao STF	100
Recursos Extraordinários Eletrônicos Remetidos ao STF	1
Recursos Extraordinários Eletrônicos Recebidos do STF	5
Processos Remetidos ao STJ	399
Processos Recebidos do STJ	658
Processos Recebidos do STF	826
Processos Remetidos por Baixa Definitiva	1.687
Processos Remetidos ao Arquivo Judicial	7
Processos Sobrestados na Corec	426
Agravos Processados	142
TOTAL	5.641

PUBLICAÇÕES — PRESIDÊNCIA

Recursos Admitidos	5
Recursos Inadmitidos	286
Despachos Diversos	124
TOTAL	415

PUBLICAÇÕES — VICE-PRESIDÊNCIA

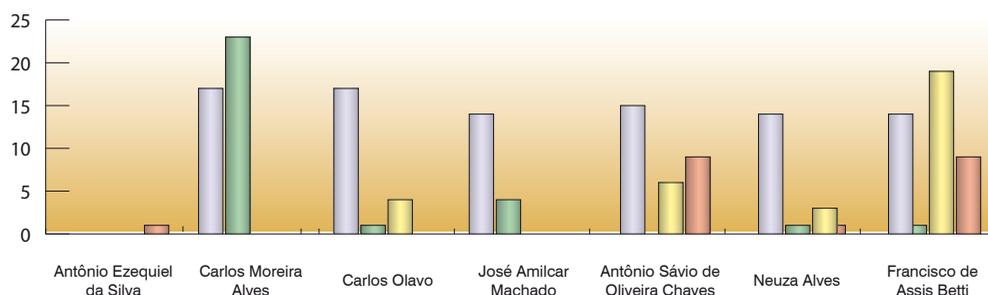
Recursos Admitidos	34
Recursos Inadmitidos	100
Despachos Diversos	122
TOTAL	256

Dados fornecidos pela Corec

DADOS ESTATÍSTICOS DAS SEÇÕES – NOVEMBRO/2008

1ª Seção

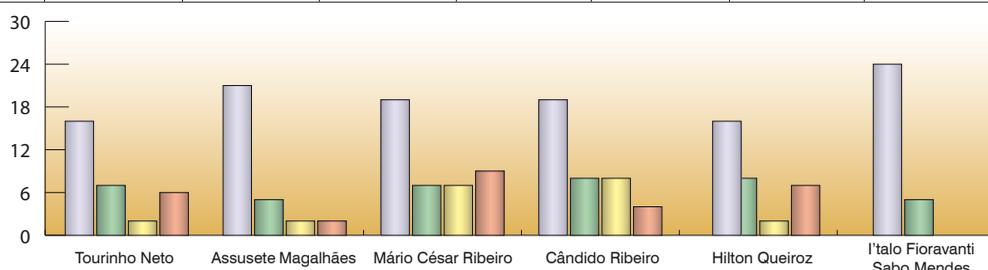
Desembargador Federal
Presidente:
Antônio Ezequiel



Distribuídos		17	17	14	15	14	14
Desp. Term. Publicados		23	1	4	0	1	1
Julgados		0	4	0	6	3	19
Acórdãos Publicados	1	0	0	0	9	1	9

2ª Seção

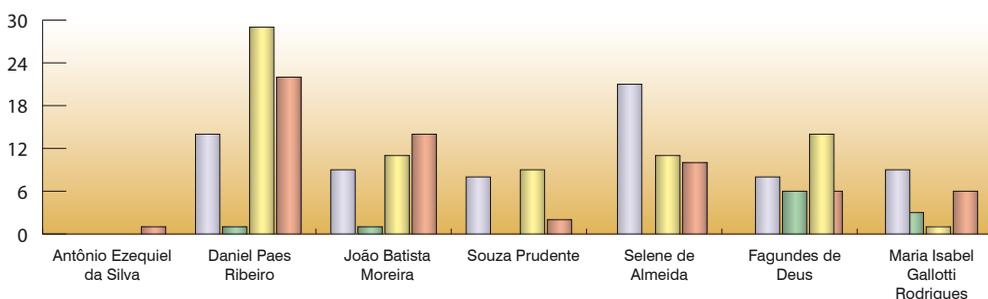
Desembargador Federal
Presidente:
Antônio Ezequiel



Distribuídos	16	21	19	19	16	24
Desp. Term. Publicados	7	5	7	8	8	5
Julgados	2	2	7	8	2	0
Acórdãos Publicados	6	2	9	4	7	0

3ª Seção

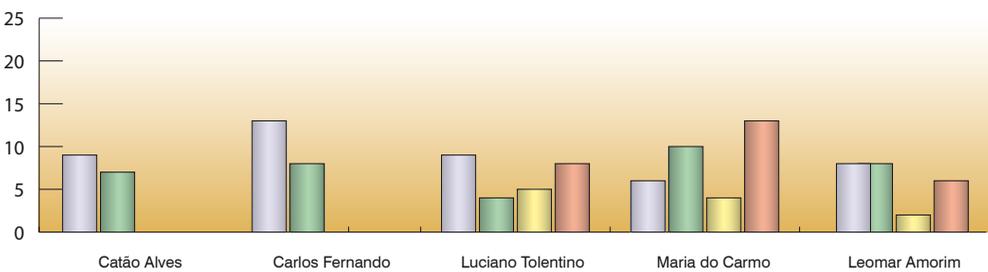
Desembargador Federal
Presidente:
Antônio Ezequiel



Distribuídos	1	14	9	8	21	8	9
Desp. Term. Publicados	0	1	1	0	0	6	3
Julgados	0	29	11	9	11	14	1
Acórdãos Publicados	1	22	14	2	10	6	6

4ª Seção

Desembargador Federal
Presidente: Antônio Ezequiel

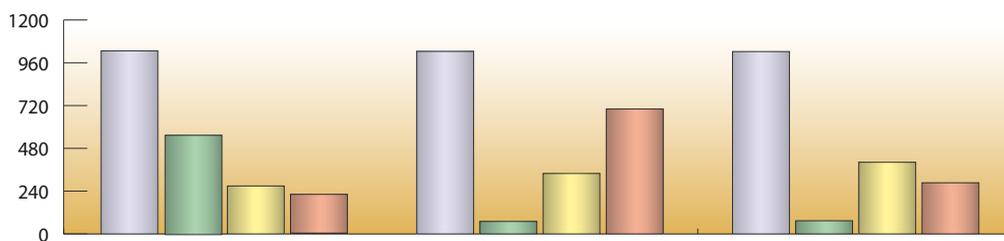


Distribuídos	9	13	9	6	8
Desp. Term. Publicados	7	8	4	10	8
Julgados	0	0	5	4	2
Acórdãos Publicados	0	0	8	13	6

Desembargadores Federais Presidentes das Seções não participam das sessões na condição de Relator, Revisor ou Vogal.

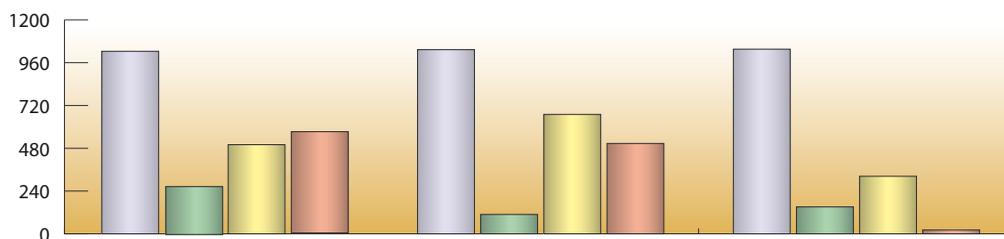
DADOS ESTATÍSTICOS DAS TURMAS – NOVEMBRO/2008

1ª Turma



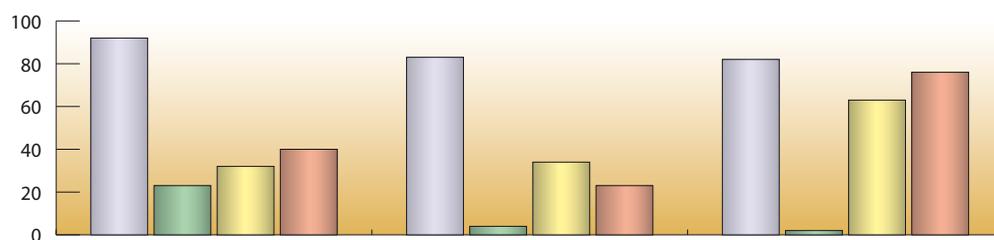
	José Amílcar Machado	Antônio Sávio de Oliveira Chaves	Carlos Olavo
Distribuídos	1.027	1.024	1.023
Desp. Term. Publicados	557	70	74
Julgados	269	339	402
Acórdãos Publicados	217	701	287

2ª Turma



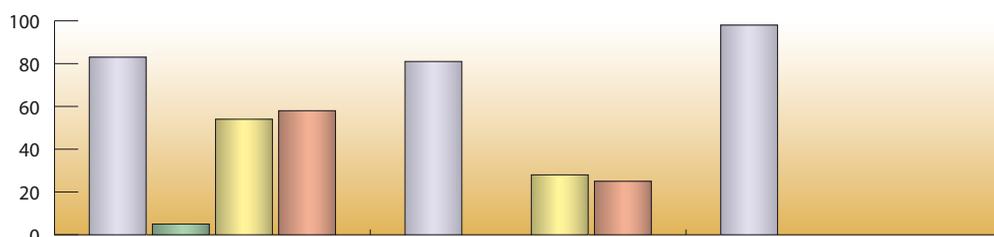
	Neuza Alves	Francisco de Assis Betti	Carlos Moreira Alves
Distribuídos	1.024	1.033	1.036
Desp. Term. Publicados	269	109	151
Julgados	500	670	323
Acórdãos Publicados	568	507	21

3ª Turma



	Cândido Ribeiro	Assuete Magalhães	Tourinho Neto
Distribuídos	92	83	82
Desp. Term. Publicados	23	4	2
Julgados	32	34	63
Acórdãos Publicados	40	23	76

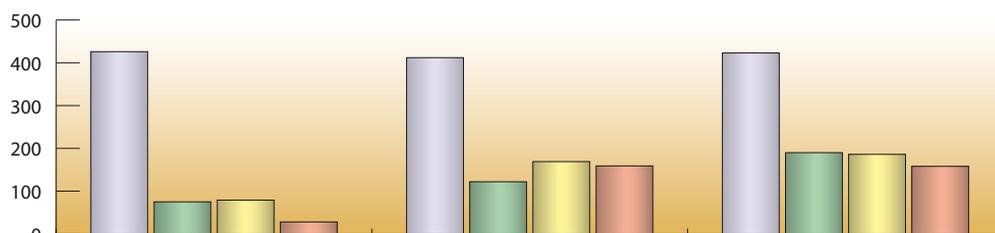
4ª Turma



	Hilton Queiroz	Mário César Ribeiro	I'talo Fioravanti Sabo Mendes
Distribuídos	83	81	98
Desp. Term. Publicados	5		
Julgados	54	28	
Acórdãos Publicados	58	25	

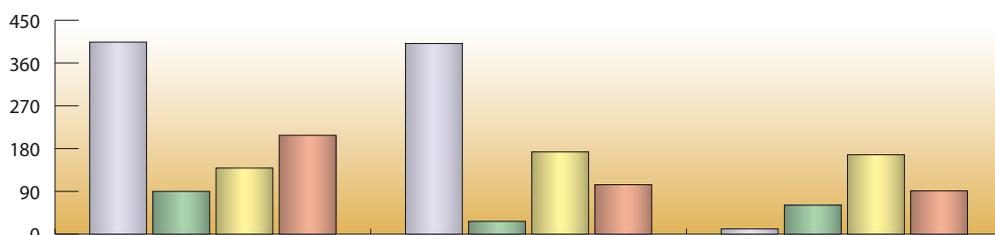
DADOS ESTATÍSTICOS DAS TURMAS – NOVEMBRO/2008

5ª Turma



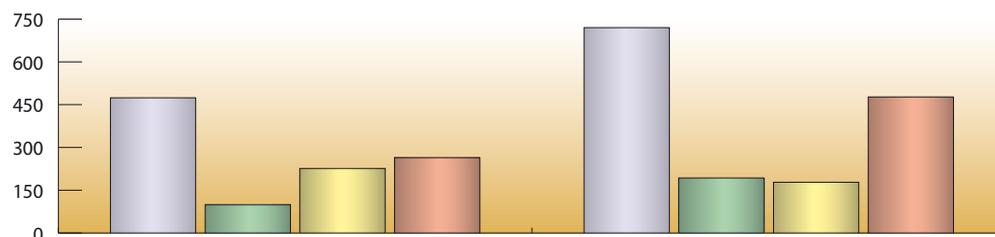
	Fagundes de Deus	João Batista Moreira	Selene de Almeida
Distribuídos	426	412	423
Desp. Term. Publicados	75	122	190
Julgados	79	169	186
Acórdãos Publicados	28	159	158

6ª Turma



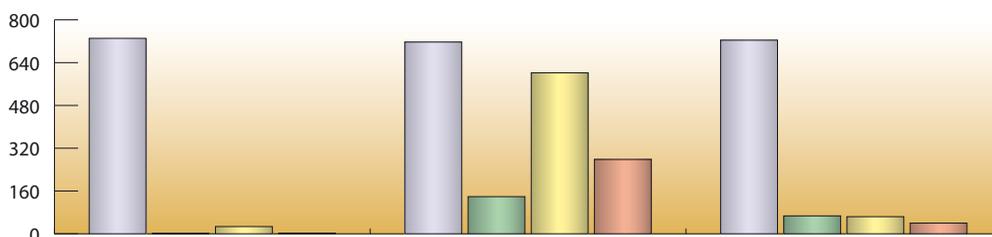
	Daniel Paes Ribeiro	Souza Prudente	Maria Isabel Gallotti Rodrigues
Distribuídos	404	401	11
Desp. Term. Publicados	90	27	61
Julgados	139	173	167
Acórdãos Publicados	208	104	91

7ª Turma



	Catão Alves	Luciano Tolentino Amaral
Distribuídos	720	720
Desp. Term. Publicados	99	193
Julgados	226	178
Acórdãos Publicados	264	477

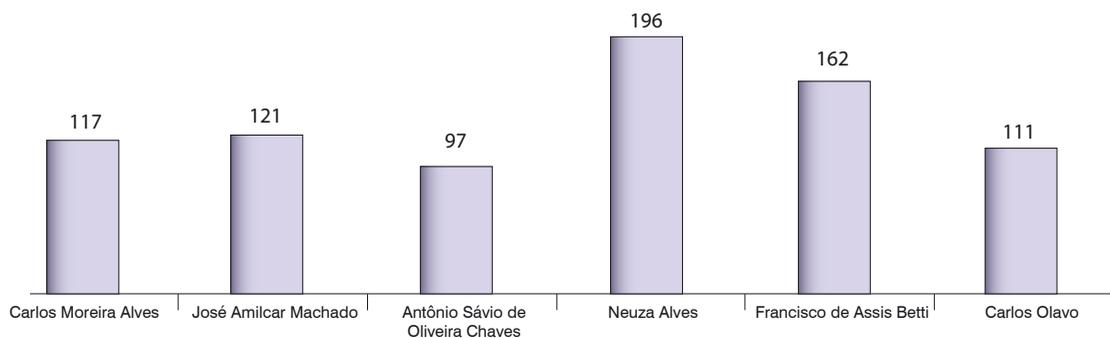
8ª Turma



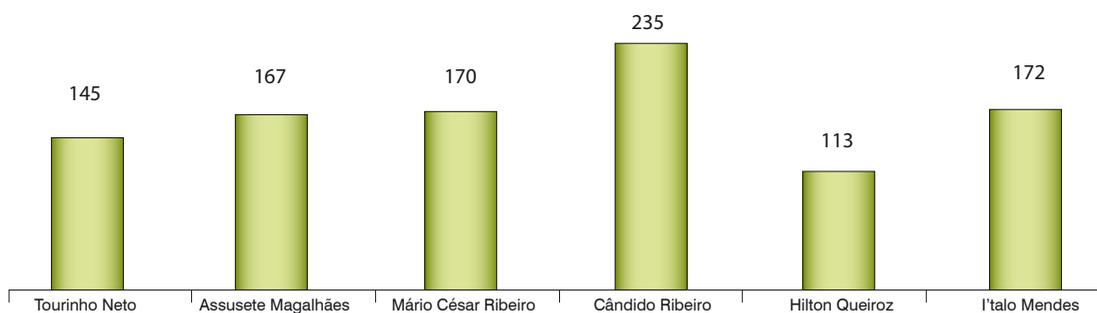
	Carlos Fernando Mathias	Maria do Carmo Cardoso	Leomar Amorim
Distribuídos	731	717	724
Desp. Term. Publicados	1	139	67
Julgados	27	602	64
Acórdãos Publicados	2	278	40

PROCESSOS PENDENTES DE JULGAMENTO NAS SEÇÕES – NOVEMBRO/2008

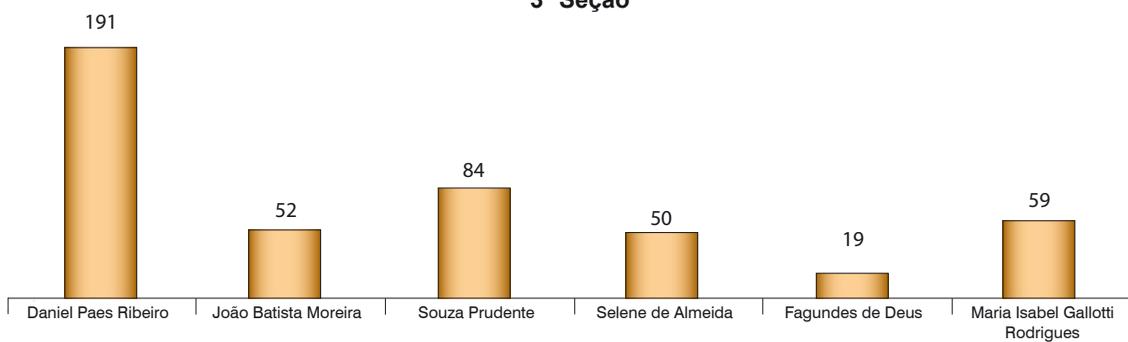
1ª Seção



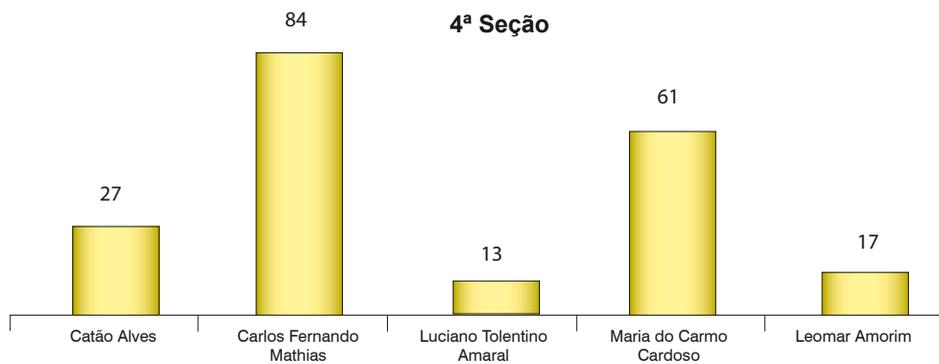
2ª Seção



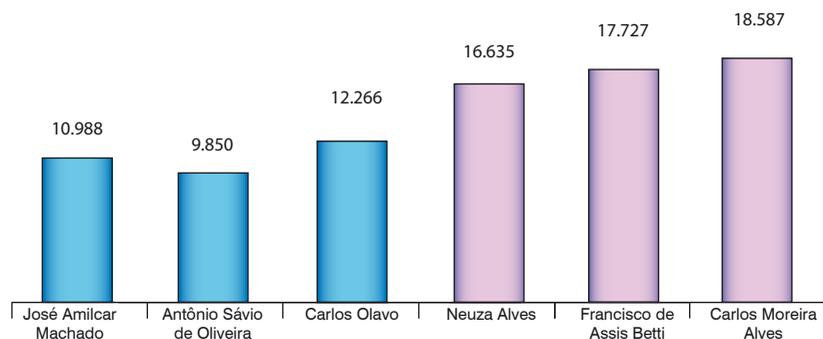
3ª Seção



4ª Seção



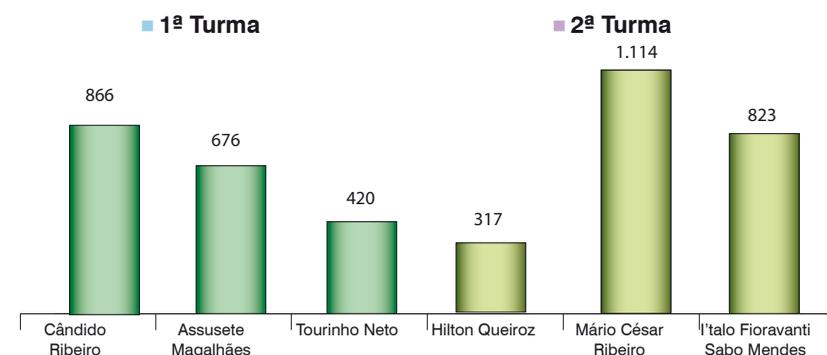
PROCESSOS PENDENTES DE JULGAMENTO NAS TURMAS – NOVEMBRO/2008



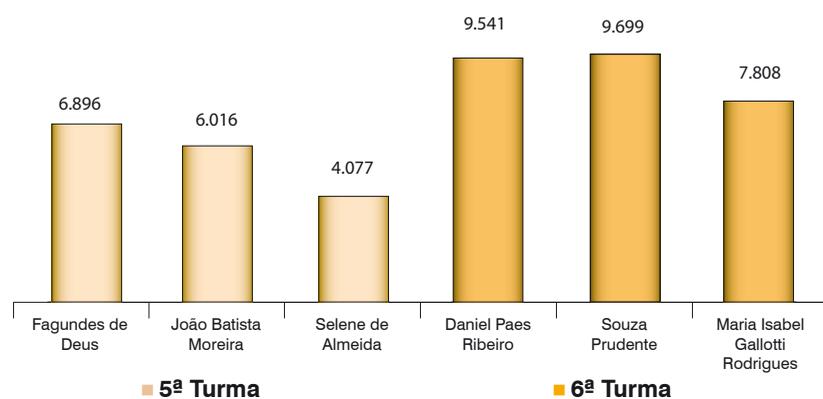
COMPETÊNCIA

(Art. 8º do RITRF)

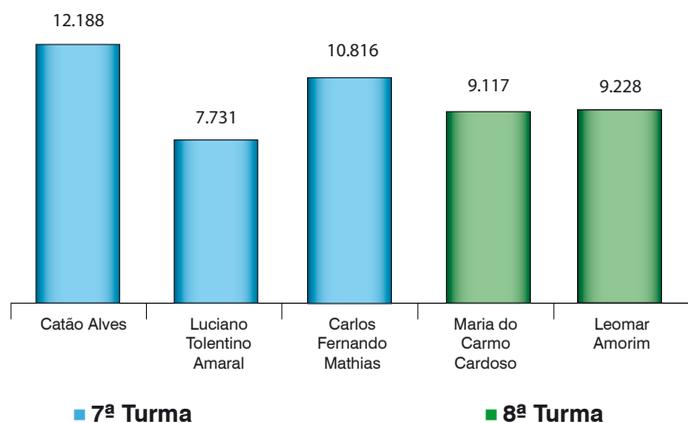
À Primeira Seção, Primeira e Segunda Turmas cabem o processo e julgamento dos feitos relativos a:
 I – servidores públicos civis e militares, exceto quando a matéria estiver prevista na competência de outra seção;
 II – benefícios assistenciais, previdenciários do regime geral da previdência social e de servidores públicos.



À Segunda Seção, Terceira e Quarta Turmas cabem o processo e julgamento dos feitos relativos a:
 I – matéria penal em geral;
 II – improbidade administrativa;
 III – desapropriação direta e indireta.



À Terceira Seção, Quinta e Sexta Turmas cabem o processo e julgamento dos feitos relativos a:
 I – licitação, contratos administrativos e atos administrativos em geral não incluídos na competência de outra seção;
 II – concursos públicos;
 III – contratos;
 IV – direito ambiental;
 V – sucessões e registros públicos;
 VI – direito das coisas;
 VII – responsabilidade civil;
 VIII – ensino;
 IX – nacionalidade, inclusive a respectiva opção e naturalização;
 X – constituição, dissolução e liquidação de sociedades;
 XI – propriedade industrial;
 XII – Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS.



À Quarta Seção, Sétima e Oitava Turmas cabem o processo e julgamento dos feitos relativos a:
 I – inscrição, exercício profissional e respectivas contribuições;
 II – impostos;
 III – taxas;
 IV – contribuições de melhoria;
 V – contribuições sociais e outras de natureza tributária, exceto as contribuições para o FGTS;
 VI – empréstimos compulsórios;
 VII – preços públicos;
 VIII – multas de qualquer natureza, inclusive tributária.
 IX – questões de direito financeiro.

ESTATÍSTICA DOS JUÍZES CONVOCADOS

JUÍZES CONVOCADOS	Órgão Julgador	Despachos Terminativos Publicados	Julgados	Acórdãos Publicados
Anamaria Reys Resende	7ª Turma			2
André Prado de Vasconcelos	2ª Turma		1	3
Antonio Claudio Macedo da Silva	2ª Turma		1	
Ávio Mozar José Ferraz de Novaes	5ª Turma	3	177	186
Carlos Augusto Pires Brandão	3ª Seção			1
	6ª Turma		82	40
Cesar Augusto Bearsi	3ª Seção			8
	5ª Turma	100	42	130
Cleberson José Rocha	4ª Seção		5	8
	8ª Turma	139	74	199
David Wilson de Abreu Pardo	3ª Seção		1	1
	6ª Turma	81	65	71
Evaldo de Oliveira Fernandes, filho	1ª Seção			13
	1ª Turma	35	39	197
Francisco Renato Codevila Pinheiro Filho	4ª Seção	1		
	7ª Turma	105	58	38
Guilherme Mendonça Doehler	1ª Turma		60	38
	7ª Turma			109
Iran Velasco Nascimento	2ª Turma	69	210	258
Itelmar Raydan Evangelista	1ª Turma			59
	4ª Seção	23	3	7
	7ª Turma	229	127	153
João Carlos Costa Mayer Soares	3ª Seção			3
	6ª Turma		32	27
Kátia Balbino de Carvalho Ferreira	2ª Turma			1
Klaus Kuschel	4ª Turma	3	26	20
Leão Aparecido Alves	4ª Seção		2	
Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo	3ª Turma	7	39	6
Marcelo Velasco Nascimento Albernaz	5ª Turma	47	43	98
Mark Yshida Brandão	8ª Turma		36	17
Miguel Angelo de Alvarenga Lopes	1ª Turma	1		1

JUÍZES CONVOCADOS	Órgão Julgador	Despachos Terminativos Publicados	Julgados	Acórdãos Publicados
Ney de Barros Bello Filho	2ª Seção			1
	4ª Turma	1		3
Osmane Antonio dos Santos	4ª Seção		2	3
	8ª Turma	109	304	291
Pompeu de Sousa Brasil	2ª Turma		33	183
Rafael Paulo Soares Pinto	4ª Seção		2	
	7ª Turma	20	271	273
Reynaldo Soares da Fonseca	2ª Seção			1
	3ª Turma	2	32	29
Rogéria Maria Castro Debelli	2ª Turma		31	74
Rosimayre Gonçalves de Carvalho	2ª Seção	1	2	7
	4ª Turma	3	70	77
Simone dos Santos Lemos Fernandes	1ª turma			8
Sônia Diniz Viana	1ª Seção			1
	1ª Turma		31	64

Foram distribuídos para o Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista 9 processos na 4ª Seção e 722 na 7ª Turma.

DESEMBARGADORES FEDERAIS QUE ATUARAM EM OUTRAS TURMAS E SEÇÕES

DESEMBARGADORES FEDERAIS	Órgão Julgador	Despachos Terminativos Publicados	Julgados	Acórdãos Publicados
Jirair Aram Meguerian	2ª Turma		1	1
Antônio Ezequiel da Silva	7ª Turma			17
Tourinho Neto	2ª Turma		1	
Carlos Olavo	4ª Seção	3		2
	7ª Turma	4	3	88
Francisco de Assis Betti	4ª Seção	1		
Luiz Gonzaga Barbosa Moreira	1ª Seção	1		
	1ª Turma			76

Repositórios Oficiais de Jurisprudência*

- ★ Editora Lex: Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Federais;
- ★ Editora Fórum Administrativo: Revista Fórum Administrativo;
- ★ Editora Forense: Revista Forense;
- ★ Editora LTR: Revista de Previdência Social – RPS;
- ★ Editora Revista dos Tribunais: Revista dos Tribunais, Revista de Processo, Revista de Direito Privado, Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, Revista de Direito Ambiental, Revista de Direito do Consumidor, Revista Brasileira de Ciências Criminais e Revista Tributária e de Finanças Públicas;
- ★ Editora Dialética: Revista Dialética de Direito Tributário, Revista Dialética de Direito Processual;
- ★ Editora Nota Dez: Revista Jurídica e Revista Interesse Público;
- ★ Editora Saraiva: Jurisprudência Informatizada Saraiva;
- ★ Editora Nacional de Direito – Livraria Editora: Revista Nacional de Direito e Jurisprudência;
- ★ Editora Plenum: Revista Juris Plenum;
- ★ Associação Paulista de Estudos Tributários: Revista de Direito Tributário da APET;
- ★ Editora IOB: Revista de Estudo Tributário, Revista IOB Trabalhista e Previdenciária, Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil, Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal e Repertório de Jurisprudência IOB, IOB Direito Administrativo.

*De acordo com a Instrução Normativa IN-19-01 de 20/11/1997.

Normas para envio de artigos doutrinários e tópicos jurídicos à Revista

A *Revista do TRF 1ª Região*, veículo de divulgação das decisões da Corte, expressas em acórdãos (inteiros teores) e em decisões monocráticas, propõe-se, além desse objetivo institucional, também a divulgar a produção intelectual de autores do meio jurídico, trazendo a lume temas da atualidade jurídica, pela publicação de artigos especializados nas seções intituladas “Artigos Doutrinários” e “Tópicos Jurídicos”, selecionados por critérios de relevância, pertinência, ineditismo e maturidade no trato da matéria.

Normas editoriais para encaminhamento de artigos e tópicos jurídicos

- A remessa ou publicação dos trabalhos não implicará remuneração a seus autores.
- A priorização da publicação dos artigos enviados decorrerá de juízo de oportunidade da *Revista do TRF 1ª Região*.
- O Artigo Doutrinário ou Tópico Jurídico deve conter uma Folha de Rosto identificada com: a) título em português com no máximo 15 palavras; b) nome completo do autor, seguido da sua titularidade; e c) endereço completo, telefone e e-mail do autor.
- As opiniões emitidas são de exclusiva responsabilidade dos autores, não representando, necessariamente, o pensamento do TRF 1ª Região.
- Os originais dos trabalhos publicados bem como materiais gráficos que os acompanhem não serão devolvidos aos autores.
- A *Revista* não publicará trabalhos formatados como pareceres ou consultas do autor no exercício profissional.
- Os artigos doutrinários, para melhor compreensão do pensamento do autor, devem conter necessariamente um tópico de conclusões.
- A *Revista* reserva-se o direito de não publicar trabalhos que não sejam inéditos, ressalvados os casos excepcionais.

Normas para elaboração dos trabalhos

- Os trabalhos encaminhados à *Revista* devem estar digitados em Word (ambiente Windows), na fonte *Times New Roman*, corpo 12, entrelinhamento simples, parágrafos justificados e tamanho A4, com títulos e subtítulos destacados do corpo do texto. Solicita-se que sejam enviados para o e-mail revista@trf1.gov.br.
- Utilizar somente itálico para realçar palavras ou expressões em lugar de negrito ou sublinhado.
- As referências bibliográficas devem seguir o padrão da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT.
- Os trabalhos, redigidos em português, devem expressar produção inédita ou recente, com observância da norma culta da Língua Portuguesa. Na seção intitulada “Artigos Doutrinários”, deverão conter no mínimo 10 (dez) e no máximo 30 (trinta) laudas e, na seção “Tópicos Jurídicos”, podem conter entre 2 (duas) e 9 (nove) laudas.
- A *Revista do TRF 1ª Região* se reserva o direito de fazer as revisões gramaticais e alterações pertinentes, bem como adequar os trabalhos às normas disciplinadas pela ABNT, caso seja necessário.
- Ao(s) autor(es) será fornecido três exemplares da *Revista* que serão enviados para o endereço identificado na Folha de Rosto.
- Para dirimir eventuais dúvidas, entrar em contato pelos telefones: 3221-6675, 3221-6700 ou pelo e-mail cojud-revista@trf1.gov.br.