

Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região

Junho 2008

Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região

Desembargador Federal Hilton Queiroz – Diretor

Coordenação de Edição

Coordenadoria de Jurisprudência e Documentação – COJUD

Nelsília Maria Ladeira Lunière de Sousa – Coordenadora

Setor de Apoio ao Gabinete da Revista

Ana Cristina Euripedes de Oliveira – estagiária

Emérita Regina Cossão Oliveira

Fábia Cristina de Barros

Martha Simone Hormann Oliveira

Rejane Cristina Rodrigues de Araújo

Entrevista

Martha Hormann

Distribuição

Luís Henrique Lavarini – prestador de serviço

Sandra Aparecida M. Mousinho – prestadora de serviço

Zilda Maria Regina Dutra

Reprodução

Divisão de Serviços Gráficos – DIGRA/CENAG

Trabalho de Degravação/Entrevista

Coordenadoria de Taquigrafia – COTAQ

Produção Editorial

Divisão de Produção Editorial – DIEDI

Benvolio Evangelista da Silva – Diretor

Editoração Eletrônica

Carmozina Vitorina Martins da Costa

Luciana Fernandes Menezes

Capa e Projeto Gráfico

Luciana Fernandes Menezes

Controle de Texto e Padronização

Evanildes Carvalho Amorim

Robson Taylor de Barros

Confecção de fotolitos

Color Press Bureau & Fotolito 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 *Luiz Gonzaga Barbosa Moreira*

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 *I'talo Fioravanti Sabo Mendes*

Desembargador Federal *Carlos Olavo*

Desembargador Federal *José Amilcar Machado*

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*

Desembargador Federal *Luiz Gonzaga Barbosa Moreira*

Desembargador Federal *João Batista Moreira*

1ª Seção

Desembargador Federal Antônio Ezequiel da Silva – Presidente
Desembargador Federal Carlos Moreira Alves
Desembargador Federal José Amílcar Machado
Desembargador Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira
Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves
Desembargadora Federal Neuza Alves
Desembargador Federal Francisco de Assis Bettii

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 Ítalo 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
Desembargador Federal Carlos Olavo
Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso
Desembargador Federal Leomar Amorim

1ª Turma

Desembargador Federal José Amílcar Machado – Presidente
Desembargador Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira
Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves

2ª Turma

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

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 Ítalo 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
Desembargador Federal Carlos Olavo

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 Luciano Tolentino Amaral
Desembargador Federal Cândido Ribeiro
Desembargador Federal Hilton Queiroz
Desembargador Federal Carlos Moreira Alves
Desembargador Federal Ítalo Fioravanti Sabo Mendes
Desembargador Federal José Amílcar Machado

Comissão de Jurisprudência

Desembargador Federal José Amílcar 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 Carlos Moreira Alves – Presidente
Desembargador Federal Carlos Olavo – Efetivo
Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro – Efetivo
Desembargador Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira – 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 José Amílcar Machado
Desembargadora Federal Neuza Alves
Desembargador Federal Cândido Ribeiro
Desembargador Federal Hilton Queiroz
Desembargador Federal Fagundes de Deus
Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro
Desembargador Federal Catão Alves
Desembargador Federal Carlos Fernando Mathias

Revista do Tribunal

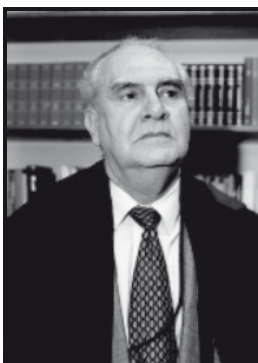
Desembargador Federal Hilton Queiroz – Diretor

Escola da Magistratura Federal da Primeira Região – ESMAF

Desembargador Federal Olindo Menezes – Diretor
Desembargador Federal Cândido Ribeiro – 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



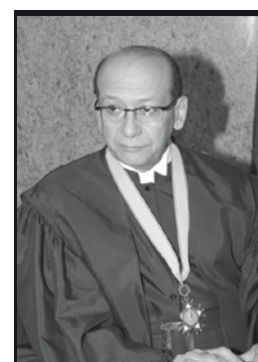
Desembargador Federal
Osmar Tognolo
maio/97 – maio/99



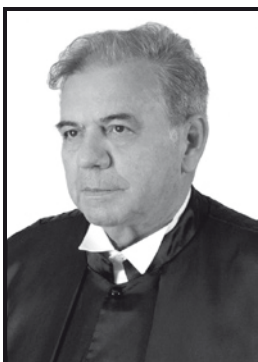
Desembargador Federal
Aloísio Palmeira Lima
maio/99 – julho/2001



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 de direito, 17

Em Foco, 19

Vocação que vem de família

Tourinho Neto

Atualidades: ponto de vista, 21

Meios extraordinários de investigação criminal

Marcus Vinícius Reis Bastos

Gastando o Latim, 23

Habeas Verbum: Língua do Direito, 25

Gerundismo – estar ou não estar usando

Rosana Morais Weg

Vou estar – ndo

Sírio Possenti

Variedades, 31

Arte Naïf

Monique Cardoso

Artigos Doutrinários

Reflexões sobre a penhora *on line*, 35

Nazareno César Moreira Reis

As penas privadas, 42

Leonardo Estevam de Assis Zanini

O Programa de Arrendamento Residencial e a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, 58

Felipe Caldas Menezes

Tópicos Jurídicos

O terceiro mandato de Lula, 65

Paulo Fernando Silveira

Breves notas sobre o conceito de livro e o alcance da regra constitucional de imunidade tributária cultural, 68

Flávio da Silva Andrade

Acórdãos — Inteiros Teores

Corte Especial – Decisão que indefere remoção por motivo de saúde de servidora. Lei nova e fato superveniente.

Art. 462 do CPC. Concessão, 71

Rel.: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian
Mandado de Segurança 2005.01.00.058526-5/BA

1ª Seção – Ação rescisória. Militares. Gratificação de Condição Especial de Trabalho – GCET. Depósito Prévio. Justiça gratuita. Inexistência de ofensa ao princípio da isonomia. Ofensa a literal disposição de Lei. Art. 485, inciso V, do CPC, 78

Rel.: Desembargadora Federal Neuza Alves
Ação Rescisória 2005.01.00.060424-8/PA

2ª Seção – Matéria penal. Seqüestro de bens. Nomeação de depositário e administrador. Afronta ao princípio da presunção de inocência e da proporcionalidade. Seqüestro. Medida que por si só assegura o interesse público de promover eventual reparação do dano. Impetrantes que deverão ser nomeados fiéis depositários dos bens seqüestrados, 83

Rel.: Desembargador Federal Hilton Queiroz
Mandado de Segurança 2007.01.00.057835-6/GO

3ª Seção – Contrato de poupança firmado com estabelecimento bancário. Não-recadastramento da conta. Ausência de comprovação, pelo banco depositário, de transferência do montante depositado, nos termos da Lei 9.526/1997, 86

Rel.: Desembargador Federal Souza Prudente
Embargos Infringentes na Apelação Cível 2002.38.00.055549-0/MG

4ª Seção – Prazo prescricional. Matéria de ordem pública. Divergência parcial. Imposto de renda. Complementação de aposentadoria. Lei 7.713/1988. Vedação da bitributação, 93

Rel.: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso
Embargos Infringentes na Apelação Cível 2004.33.00.018329-7/BA

1ª Turma – Pensão por morte. Reserva de cota para a companheira. Sentença de reconhecimento da união estável ainda em grau de recurso. Ilegalidade do ato administrativo de reserva de 50% dos proventos da viúva. Inexistência. Poder-dever de auto-tutela da administração. Defesa dos cofres da previdência. Possibilidade de praticar de ofício o ato mediante habilitação da companheira perante a própria autarquia. Declaração de vontade do instituidor do benefício de destinar pensão em partes iguais entre esposa e companheira. União estável, 101

Rel.: Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista (convocado)
Apelação em Mandado de Segurança 2002.33.00.025863-4/BA

2ª Turma – Reajuste de vencimentos em 84,32%, por força de decisão da Justiça do Trabalho. Incorporação. Inexistência de direito em relação a período posterior ao da extinção do contrato de trabalho, 105

Rel.: Desembargador Federal Carlos Moreira Alves
Apelação em Mandado de Segurança 2003.41.00.004394-5/RO

3ª Turma – Homicídio. Tribunal do Júri. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Inocorrência. Cumprimento da pena. Regime de semiliberdade. Integração à cultura não-índia, 115

Rel.: Juiz Federal César Fonseca (convocado)
Apelação Criminal 1998.42.00.000116-0/RR

4ª Turma – Queixa-crime subsidiária. Operações financeiras. Sigilo bancário. Quebra. LC 105/2001, Art. 10.

Denúncia. Atipicidade. Rejeição, 120

Rel.: Desembargador Federal Mário César Ribeiro
Recurso Criminal 2007.34.00.011904-4/DF

5ª Turma – Banco do Estado de São Paulo – Banespa. Privatização. Aquisição pelo Banco Santander. Autuações fiscais pendentes. Eventual desoneração “de qualquer forma”. Obrigação de pagar adicional correspondente à União. Objetivo de compensar impacto no preço mínimo. Abatimento (anistia parcial) da dívida mediante pagamento imediato. Exclusão do conceito de “desoneração” para o referido fim, 126

Rel.: Desembargador Federal João Batista Moreira
Apelação Cível 2004.34.00.001436-0/DF

6ª Turma – Ausência de intimação do Ministério Público na primeira instância. Manifestação suprida. Nulidade inexistente. Eficácia subjetiva da coisa julgada. Inoponibilidade de título judicial constituído sem a intervenção daqueles a quem afeta. Nulidade do registro da aquisição primitiva. Cancelamento dos registros de sucessão dominial. Aquisição perfectibilizada. Posse justa e de boa-fé. Turbação demonstrada, 138

Rel.: Juiz Federal David Wilson de Abreu Pardo (convocado)
Apelação Cível 2005.30.00.001739-9/AC

7ª Turma – Contribuição para o Sesc. Legitimação passiva do INSS. Associação sem fins lucrativos destinada a promover atividades culturais, sociais, recreativas e desportivas. Alegação de inexigibilidade. Improcedência 143

Rel.: Desembargador Federal Antônio Ezequiel
Apelação Cível 2002.34.00.019622-6/DF

8ª Turma – Fundef. Cálculo do valor anual mínimo por aluno. Complementação da União. Função redistributiva e supletiva. Observância da receita total para o Fundef. Critério definido nacionalmente. Manutenção de padrão mínimo de qualidade do ensino. Art. 60, §§ do ADCT/1988. Lei 9.424/1996, 148

Rel.: Juiz Federal Osmane Antônio dos Santos (convocado)
Apelação Cível 2006.34.00.008743-1/DF

Decisões Monocráticas

PIS e Cofins. Não-cumulatividade. Insumos relativos a vale-transporte, vale-refeição ou alimentação, seguro de vida, seguro-saúde e plano de saúde fornecidos a empregados. Desconto da base de cálculo, 157

Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso
AG 2008.01.00.020853-4/DF

Agravo de instrumento. Ação civil pública de ressarcimento ao erário. Pedido liminar. Bloqueio de bens. Assegurar a efetividade da prestação jurisdicional, 159

Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida
AG 2008.01.00.017648-3/TO

Agravo de instrumento. Acordo de Cooperação celebrado entre a Eletrobrás e empresas privadas para elaboração de estudo de viabilidade ambiental de empreendimento hidroelétrico. Não exigência de prévia licitação. Princípio da publicidade, 166

Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida
AG 2008.01.00.021184-4/PA

Aposentadoria por invalidez. Incapacidade total e definitiva para o trabalho anterior à inscrição no RGPS. Evolutividade, progressividade ou agravamento da doença. Benefício devido, 175

Rel.: Juiz Federal Raphael Cazelli de Almeida Carvalho

Processo 2008.36.00.700058-8/MT

Reconhecimento de tempo de serviço rural. Rigidez da análise administrativa das provas. Exaurimento da via administrativa. Desnecessidade. Extinção do processo sem julgamento do mérito. Retorno dos autos ao juízo de origem. Teoria da causa madura. Inaplicabilidade. Matéria não exclusiva de direito. Interpretação restritiva, 177

Rel.: Juiz Federal José Pires da Cunha

Recurso Cível 2008.36.00.700033-4/MT

Certidão de tempo de serviço. Anotação. CTPS. Não reconhecimento pelo INSS. Início de prova material suficiente, 180

Rel.: Juiz Federal Julier Sebastião da Silva

Processo 2007.36.00.900441-0/MT

Pensão por morte. Óbito ocorrido antes da Lei 9.032/1995. Renda mensal inicial fixada segundo a Lei vigente à época do fato gerador. Retroatividade da Lei. Súmula 15 da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência. Alteração da RMI para 100%, 182

Rel.: Juíza Federal Adverci Rates Mendes de Abreu

Recurso Cível 2006.36.00.900863-6/MT

Sentença *extra-petita*. Nulidade de ato administrativo. Juízo incompetente, 184

Rel.: Juiz Federal Raphael Cazelli de Almeida Carvalho

Processo 2005.36.00.909461-6/MT

Pensão por morte. Prova da qualidade de segurado. Contrato de trabalho vigente na ocasião do óbito. Recolhimento de contribuição *post mortem*, 186

Rel.: Juiz Federal José Pires da Cunha

Recurso Cível 2005.36.00.910085-0/MT

Monografia, 189

Atuação da Justiça Federal após a Constituição de 1988: impactos sociais — a Constituição-cidadã, os direitos sociais e sua efetivação pela Justiça Federal.

Humberto Aparecido Lima

Breviário, 213

Confira outros julgamentos do TRF1^a Região, cujos inteiros teores poderão ser consultados na internet (www.trf1.gov.br).

Medida cautelar. Duas ações cautelares e uma principal com pedido de antecipação de tutela. Objeto idêntico ao pretendido nas cautelares. Pretensão almejada nesta cautelar deduzida na ação rescisória. Forma de antecipação dos efeitos da tutela pretendida na ação rescisória. Impossibilidade.

Concurso público. Universidade Federal de Minas Gerais. Prazo de validade exíguo. Violação aos princípios da razoabilidade, eficiência e supremacia do interesse público.

Policial rodoviário federal. Suspensão do pagamento dos vencimentos por dois meses. Homologação tardia do atestado médico apresentado. Posterior pagamento administrativo integral. Danos morais. Cheques devolvidos por insuficiência de fundos.

Desapropriação. Execução. Cálculo. Critérios. Impugnação. Juros moratórios e compensatórios. Precatório complementar.

Transporte coletivo interestadual de passageiros. Estatuto do idoso. Gratuidade e desconto no preço da passagem. Direito fundamental social. Equilíbrio econômico-financeiro.

Ação de indenização por danos materiais e morais. Menor internado em hospital universitário. Morte em virtude de contaminação pelo vírus da Aids. Conjunto probatório. Dúvida razoável. Anulação da sentença.

Pregão eletrônico. Contratação de serviços de agenciamento de viagens. Obtenção de melhor tarifa promocional ou reduzida disponível na compra do bilhete. Desconto incidente sobre a tarifa da primeira cotação no sistema/web. Previsão contratual.

Pis. Depósito judicial. Levantamento. Conversão em renda da União. Ausência de documentos. Manutenção dos depósitos em respeito à coisa julgada.

Estatística, 217

Repositórios Oficiais de Jurisprudência, 227

Normas de Envio de Artigos Doutrinários e Tópicos Jurídicos à Revista, 229

Para atender à preparação, formação, treinamento e aperfeiçoamento dos magistrados federais, o nosso Tribunal instituiu, nos termos da Resolução 12, de 03 de julho de 2000, a Escola da Magistratura da Primeira Região/ Esmaf, com sede na cidade de Brasília/DF e atuação nos Estados integrantes da Primeira Região.

Dentre as atribuições da Esmaf, previstas no art. 2º de seu Estatuto, constam as de “promover atividades de ensino e pesquisa” e “realizar cursos regulares de preparação, formação, treinamento e aperfeiçoamento de magistrados”.

Sabe-se que a Escola já dispõe de instalações adequadas para bem funcionar.

Urge, pois, que se aprestem os recursos humanos necessários ao atendimento dessas atribuições.

Dispõe o referido Estatuto:

Artigo 20. O corpo docente será formado por magistrados, professores universitários, especialistas e pessoas de notório saber em quaisquer ramos do conhecimento, convidados pelo Diretor ou pelo Secretário-Executivo da Escola;

Artigo 21. A depender da conveniência da Esmaf, o corpo docente será permanente ou não.

À vista dessas disposições estatutárias, por que não se organizar o corpo docente permanente da Escola, buscando-se, para integrá-lo, magistrados federais aposentados (são tantos na capital da República!), que poderiam lançar as sementes de sua experiência e saber no terreno fértil das inteligências dos jovens magistrados iniciando suas funções?

Faz-se a pergunta, deixando-se a sugestão.

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”.

Vocação que vem de família

Tourinho Neto*



Por Martha Hormann

Originário de uma família de profissionais do Direito, o Desembargador Tourinho Neto, que também é pai de duas juízas, conta, nesta entrevista, os caminhos que o trouxeram ao TRF 1ª Região. Fala, ainda, sobre os cursos de Direito atuais, aponta alguns problemas que a magistratura enfrenta, e ainda, aborda as necessárias alterações na legislação processual. Por fim, comenta sobre sua experiência como Presidente da Ajufe e do TRF. Conheça um pouco desse magistrado que abrilhanta os quadros do Tribunal.

Revista: Sendo filho e sobrinho de jurista, o senhor deve ter crescido ouvindo termos e jargões jurídicos, conversas de juizes e de advogados. Poderia nos contar um pouco como foi que se tornou juiz?

Tourinho Neto: Sou filho de um Promotor de Justiça. Quando eu ainda era ginásiano, na Bahia, já tinha idéia de ser Bacharel em Direito, e meu pai já me explicava, apesar de eu não ter entrado ainda na faculdade, aquelas pequenas questões de habilitação de casamento, como examinar se todos os documentos estavam presentes na habilitação; nas questões de lesão corporal leve, ele já me explicava como se fazia uma denúncia, e eu já examinava o inquérito e oferecia a denúncia para ele. Assim, fui me habituando, antes de entrar na faculdade, a fazer alguns serviços de promotoria. Entrei na faculdade, terminei o curso, advoguei um pouco, e fui ser promotor de justiça naquelas comarcas mais longínquas do Estado da Bahia e cheguei a Ilhéus. Quando eu estava em Ilhéus, o juiz com quem eu trabalhei, na vara criminal, não trabalhava; na verdade era desidioso na função, e eu oferecia a denúncia, como promotor, fazia as alegações finais, e não via o resultado, aí, entendi que deveria fazer concurso

para juiz. Meu pai foi contra. O meu avô tinha sido juiz, e o meu pai achava que era uma função muito espinhosa, mas mesmo assim eu fiz o concurso para juiz de direito. Aí, voltei às comarcas mais longínquas, de difícil acesso. Fui promovido depois de quatro anos e cheguei a Ipiaú. De Ipiaú, tentei ir para Salvador, promovido, mas não consegui. Então, resolvi fazer concurso para juiz federal, porque já começava na Capital. Fui bem sucedido, ingressei na Justiça Federal e estou até hoje.

Revista: E suas filhas, também juízas, o senhor acha que exerceu alguma influência sobre a escolha delas?

Tourinho Neto: É possível, indiretamente. Minha filha mais velha queria estudar medicina e começou a fazer o preparatório de vestibular para medicina, no entanto, ela descobriu que gostava mais do direito, aí, resolveu fazer o vestibular na UnB para direito; seguiu, foi servidora, aqui, da Casa, Técnica Judiciária, e, depois, fez concurso para defensora, para promotora e acabou se tornando também juíza. A segunda, também, Lilian, desde o início, queria ser juíza, foi Procuradora do INSS, Procuradora da Fazenda Nacional e, depois, seguiu o direito, e a terceira está na advocacia.

* Desembargador Federal do TRF 1ª Região.

Revista: Que visão o senhor tem das atuais escolas de Direito. Na sua opinião, os operadores do direito têm saído bem formados da faculdade?

Tourinho Neto: Não, a grande maioria não tem vocação, estuda porque, dentro dos ramos do saber, é o que oferece mais possibilidade de se fazer concurso, é o que traz mais renda. A grande maioria segue o Direito apenas porque é melhor remunerado do que os demais ramos.

Revista: E a magistratura de hoje, como o senhor a vê?

Tourinho Neto: Há entre os juízes de hoje — felizmente — uma parcela bem pequena de magistrados que está com receio de julgar, de decidir, principalmente na área criminal. Têm receio das críticas do povo, têm receio de que a Polícia Federal e o Ministério Público entendam que, por concederem uma liminar, um *habeas corpus*, estejam coniventes com o crime, e, portanto, têm receio de decidir. Isso é um problema gravíssimo para a sociedade. Muitas vezes, a sociedade, influenciada pela mídia, quer prisão, prisão e mais prisões; na verdade, isso prejudica muito. Pode agradar num primeiro momento, mas não é benéfico. O juiz tem que ser imparcial, corajoso, tem que decidir de acordo com a sua consciência, com a lei e, principalmente, com a Constituição.

Revista: Em relação à reforma do Judiciário, o que o senhor acha que ainda poder ser feito?

Tourinho Neto: Tem que haver uma mudança muito grande. Veja, ainda que se aumente o número de juízes, especialmente o número de juízes nos tribunais, a quantidade de processos cresce cada vez mais. Aqui, no nosso Tribunal, há gabinete, hoje, que já tem dezenove mil processos! Como resolver uma situação dessas? Tem que haver um mecanismo de trabalho, uma maneira das leis processuais se adaptarem ao momento atual. O processo virtual tem que vir, não só nos juizados, mas também para os demais processos, os de procedimento comum. Também há advogados que escrevem muito. Num processo de, vamos dizer, quinhentas folhas, o essencial seriam umas trinta. Outro dia — e isso ocorre sempre — deparei com umas razões de apelação de quatrocentas folhas, quer dizer, uma monografia! Isso atrasa,

porque você tem que ler tudo! Lá no meio daquelas quatrocentas folhas pode haver alguma alegação importante e o juiz, muitas vezes, não percebe. Então, lá vêm embargos de declaração, ou seja: outro recurso. Tem que haver um aprimoramento no mecanismo, no processamento dos recursos. Os prazos são muito grandes, há demora, há precatória que leva seis, sete meses para ser cumprida em razão de o juiz deprecado ter uma série de processos para julgar. É preciso parar um pouco e reformular tudo que aí está, porque o juiz, no final das contas, trabalha muito, os servidores também, mas o resultado é pouco.

Revista: O senhor foi Presidente da Ajufe e do TRF da 1ª Região, como isso influenciou a sua visão como magistrado?

Tourinho Neto: Como Presidente da Ajufe, tomamos conhecimento do que se passa nas demais regiões. Isso amplia os nossos conhecimentos como um todo; começamos a ver os problemas dos juízes pessoalmente, as coisas individuais; a mesma coisa como Presidente do TRE. Como julgador, estamos, muitas vezes, alheios ao que se passa com os colegas, às situações aflitivas por que cada um passa. Assim, exercer a presidência da Ajufe e também a do TRE, propicia tomar conhecimento de muitas coisas, talvez até humanizando mais.

Meios extraordinários de investigação criminal

Marcus Vinícius Reis Bastos*



Por Martha Hormann

Desde junho de 2005, exercendo a função de Juiz Auxiliar da Corregedoria Nacional de Justiça do Conselho Nacional de Justiça, o Juiz Federal Marcus Vinícius Reis Bastos nesta entrevista discorre sobre os meios extraordinários utilizados nas investigações criminais, percorrendo temas como as conseqüências da falta de definição da expressão “organização criminosas”, o flagrante preparado e a validade das provas produzidas nessas circunstâncias. Veja, a seguir:

Revista: Os meios extraordinários de investigação criminal como infiltrações policiais e entregas vigiadas surgiram para suprimir os meios tradicionais, insuficientes para conter a delinquência organizada. Poderia falar a respeito?

Marcus Vinícius Reis Bastos: A ação controlada e a infiltração por agentes de polícia ou de inteligência estão previstas no art. 2º, II e V da Lei 9.034, de 03/05/1995 (Lei que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas).

Constituem medidas de investigação excepcionais, concebidas em face das peculiaridades próprias das ações realizadas mediante organizações criminosas, autênticas *societas sceleris*, compostas de departamentos (divisões) diversos, organicamente estruturadas, com o fim de praticar ilícitos penais, retirando o máximo proveito da atividade.

A ação controlada consiste em retardar (adiar) a ação policial voltada a estancar determinado comportamento ilícito, com o fim de obter um maior número

de provas e informações mais completas que permitam identificar a organização criminosas responsável pelo(s) crime(s). Supõe rígido acompanhamento (observação) da atividade ilícita pela autoridade policial, a qual poderá intervir a qualquer momento. Sua utilização tem se revelado útil, especialmente nas hipóteses de tráfico internacional de entorpecentes, permitindo possam ser capturados os sujeitos envolvidos na prática do ilícito penal em todas as fases do processo (produção, transporte, negociação, recepção e comercialização da droga).

A infiltração por agentes de polícia ou de inteligência em organizações criminosas depende sempre de autorização judicial e deve ser adotada com extrema cautela. É que não raro o policial infiltrado na organização criminosas terá que praticar ou contribuir na prática de ilícitos penais. Daí a necessidade de autorização judicial prévia, a qual deverá ponderar a necessidade da medida diante da investigação em curso. Caberá ao Juiz, outrossim, estabelecer os limites da autorização, valendo-se do princípio da proporcionalidade.

A utilização deste último recurso de investigação policial não tem sido freqüente, precisamente em face dos riscos que encerra.

* Juiz Federal da 12ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal. Exerce, desde junho de 2005, a função de Juiz Auxiliar da Corregedoria Nacional de Justiça do Conselho Nacional de Justiça. É Professor do Curso de Direito do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Revista: Em termos de produção e aplicação legislativa, quais são as conseqüências da dificuldade de se definir o crime organizado?

Marcus Vinícius Reis Bastos: As dificuldades encontradas para a definição sobre o que seja crime organizado afetam tanto a atividade legislativa (elaboração da legislação de regência), quanto a atividade jurisdicional (aplicação das normas).

O legislador optou por não definir o que seja organização criminosa, decorrendo daí a indefinição sobre o conceito de crime organizado. A doutrina, contudo, tem empreendido esforços para estabelecer os limites desta específica *societas sceleris*. A falta de definição legal, por um lado, evita o engessamento da legislação, circunstância que pode torná-la antiquada, por outro, gera incertezas na aplicação da lei penal, máxime no que diz respeito ao seu (maior ou menor) alcance.

Em possuindo a norma penal a função de limitar o exercício do poder punitivo do Estado, evitando a reação violenta e desproporcional diante do ilícito, convém seja vazada em termos certos, sem ambigüidade e/ou lacunas que permitam sua aplicação desmedida. Nesse sentido, convém que o legislador chegue a um meio termo, descrevendo as características gerais do que considera organização criminosa.

Grosso modo, pode-se afirmar que organizações criminosas são *societas sceleris* compostas de departamentos (divisões), diversas, organicamente estruturadas, com o fim de praticar ilícitos penais, retirando o máximo proveito da atividade.

Revista: O ordenamento jurídico brasileiro repele o flagrante preparado. No caso do agente infiltrado, se ele provocar ação ou omissão criminosa de terceiros, será responsabilizado pelo crime cometido?

Marcus Vinícius Reis Bastos: No caso da infiltração por agentes de polícia ou de inteligência (Lei 9.034/1995 art. 2º, V), em razão da precedente autorização judicial, não há que se falar em flagrante preparado, acaso tenha se verificado sua participação comissiva ou omissiva em ilícitos penais.

Tampouco há que se falar em cometimento de crime por parte do agente de polícia infiltrado, por isso que expressamente autorizado por lei a assim proceder. Convém observar que o art. 2º da lei de regência dos crimes cometidos mediante organização criminosa exige autorização judicial circunstanciada. Num tal quadro, o agente policial somente responderá penalmente por eventual excesso verificado em sua atuação.

Tanto não equivale à afirmação de que o agente de polícia ou de inteligência possa *provocar* o cometimento de um crime. Não é função do agente infiltrado provocar e/ou instigar o cometimento de ilícitos penais por parte da organização criminosa. Cabe-lhe, ao invés, integrar-se à organização, de forma tal que passe a desfrutar da confiança de seus integrantes, se possível sem incorrer no cometimento de delitos penais. Só assim poderá obter as informações desejadas pelo investigador.

Revista: A prova produzida através da prática de crime provocado pelo agente infiltrado é válida?

Marcus Vinícius Reis Bastos: O agente de polícia ou de inteligência infiltrado não deve, pelas razões precedentemente expostas, provocar o cometimento de um crime. Na hipótese em que participou da prática de ilícito penal, por isso que integrado a uma organização criminosa, as informações, documentos e quaisquer outras provas que acaso venha a obter têm valor jurídico.

Gastando o Latim

- *Cedant arma togae*

“Que as armas cedam à toga.” Início de um verso de Cícero, que se completa por *concedat laurea linguae*, “que o laurel se retira diante a língua”, em que o orador exortava os militares a respeitar o poder civil. O verso é citado por Quintiliano (Instituições Oratórias, Livro XI, 1,24) para mostrar como Cícero era mau poeta.

- *Cetera desiderantur*

“Falta o resto.” Palavras que se põem no fim de um livro para indicar que a obra está incompleta.

- *Discipulus prioris est posterior dies*

“O dia ulterior é discípulo do anterior”, isto é, “O futuro aprende com o passado” (das Sentenças de Publílio Siro).

- *Errando corrigitur error*

“Errando corrige-se o erro.”

- *Ex vi*

“Por força de”; “Em virtude de.”

- *In limine*

“No limiar”, “De saída”, “Desde logo.”

- *In statu quo ante*

“No estado em que (se achava) antes”. Expressão usada em tratados de paz; opõe-se a *Uti possidetis*. Usa-se também abreviado em *statu quo ante* ou *statu quo*.

— Você promete que a Turquia será evacuada?

— Prometo. Mas você desmantela o muro de Berlim?

— Combinado. Voltamos ao *statu quo*.

Carlos Drummond de Andrade, “A comemoração de tudo”, Cadeira de Balanço.

- *In utroque jure*

“Em ambos os Direitos”, isto é, no Direito Civil e no Direito Canônico.

- *Pari passu*

“A passo igual”, “acompanhando lado a lado”, a par; a par e par; par e par

- *Passim*

“Aqui e ali”, “Neste lugar e noutros”. Indica que uma palavra, frase ou idéia pode ser encontrada em diversos trechos do mesmo livro ou autor.

- *Probatum est*

“Está provado.” Fórmula usada nos antigos receituários.

- *Quid pro quo*

“Uma coisa pela outra,” “confusão.” Aportuguesado em quiproquó.

- *Quo vadis?*

“Aonde vais?” Pergunta dirigida pelo apóstolo Pedro a Jesus Cristo que lhe apareceu no momento em que ele, fugido do cárcere, ia deixar Roma. A inscrição da fachada de uma igreja antiqüíssima da Via Ápia, em Roma, ainda guarda lembrança do episódio e inspirou ao escritor polonês Henryk Sienkiewicz (1842-1916) o título de seu famoso romance. Citada às vezes sob forma mais completa: “*Domine, quo vadis?*,” “Senhor, aonde vais?”

- *Vade mecum*

“Vem comigo.” Nome que se dá a livrinho portátil de conteúdo prático. Existe a forma aportuguesada *vade-mécum*. O primeiro livro que ostentava esse título era o *Vade mecum sive epigrammatum novorum centuriae durae* (“V. m. ou duas centenas de novos epigramas”) de Johann Peter Lotichius (1625).

(Extraídas do livro: Não perca o seu latim, Editora Nova Fronteira, 14ª Edição, Paulo Rónai.)

Se, de um lado, a língua é dinâmica e evolui, abarcando novas formas gramaticais, de outro, a preservação da linguagem culta se faz necessária como forma de manter viva, através do tempo, a comunicação.

No Brasil, o fenômeno que vem sendo chamado de gerundismo — a absorção, pelo falante do português/brasileiro, de uma forma gramaticalmente correta na língua inglesa e que, entre nós, vem sendo adotada principalmente nos meios do telemarketing, tem sido discutida e vem gerando polêmica.

Neste mês, a Revista traz argumentos de dois profissionais abalizados da área de Letras — um contra e outro a favor da aceitação do gerundismo pela norma culta. Deixemos, a cada leitor, o direito de deixar-se convencer e tirar suas próprias conclusões.

Gerundismo — estar ou não estar usando?

Rosana Morais Weg*

Um dos assuntos em pauta na mídia, nas salas de aula e no nosso dia-a-dia é o uso do gerúndio. Houve até um decreto (28.314, de 28 de setembro de 2007) assinado pelo governador do Distrito Federal, José Roberto Arruda, "demitindo" o gerúndio. Mas por quê?

As perguntas mais freqüentes são:

É errado usar o gerúndio?

Não se usa mais o gerúndio?

Posso usar o gerúndio em minhas redações?

Quando usar o gerúndio?

Qual é a diferença entre gerúndio e gerundismo?

Vamos, portanto, abordar este assunto tão comentado.

O Gerúndio

O gerúndio é uma das formas do verbo que serve para indicar uma ação em processo, com certa duração. Eventualmente esta ação pode ser simultânea a outra, acontecer num momento preciso, indicar repetição, intensidade, progressão. Note que, nesses casos, o gerúndio vem antecedido do verbo auxiliar.

Exemplos:

Você está andando muito depressa!

Estava lendo enquanto o pai falava.

Eu ando comendo muito.

Os atores iam aparecendo um atrás do outro.

Ficou sabendo tardiamente da triste notícia.

Andavam buscando respostas para suas inquietudes de jovens.

Agora, leia (e cante) os primeiros versos da famosa composição de Geraldo Vandré. Você perceberá que os verbos no gerúndio dão idéia de ação em continuidade. (caminhando, cantando, seguindo, marchando, vencendo).

O autor não fala simplesmente "pelas ruas marchamos" (idéia pontual, finita), mas, "pelas ruas marchando" (idéia de processo, de ação contínua).

*Diretora, professora universitária e consultora empresarial da DSignos – Soluções e Desenvolvimento em Linguagens, empresa que fornece soluções na área de Comunicação em Português e outras línguas.

Para não dizer que não falei das flores de Geraldo Vandré

Caminhando e cantando e seguindo a canção
Somos todos iguais, braços dados ou não
Nas escolas, nas ruas, campos, construções
Caminhando e cantando e seguindo a canção
Vem, vamos embora, que esperar não é saber
Quem sabe faz a hora, não espera acontecer

Pelos campos a fome em grandes plantações
Pelas ruas marchando indecisos cordões
Ainda fazem da flor seu mais forte refrão
E acreditam nas flores vencendo o canhão

Gerúndio como forma nominal

Diz-se que o gerúndio é uma forma nominal do verbo, assim como o particípio e o infinitivo. Pode parecer contraditória esta declaração (verbo e forma nominal), mas são formas do verbo que podem assumir o papel de nomes (substantivo, advérbio ou adjetivo).

Observe:

À frente do fogão, observava a água fervendo. (fervente)
Vivendo e aprendendo é a nossa missão. (Vida e aprendizagem)

Formação do gerúndio

Como vimos, na maior parte dos casos, o gerúndio vem antecedido de um verbo auxiliar (conjugado):

Nós estamos cumprindo a nossa tarefa.

A forma nominal gerúndio é formada pelo radical do verbo mais a vogal temática da sua conjugação (terminado em ar, er, ir ou or) mais a desinência -ndo.

Observe:

Infinitivo	Radical	Vogal Temática	Desinência	Gerúndio
entrar	entr-	-a-	-ndo	entrando
entender	entend-	-e-	-ndo	entendendo
cumprir	cumpr-	-i-	-ndo	cumprindo
compor	comp-	-o-	-ndo	compondo

O Gerúndio nos países lusófonos

Como vimos na Dica de Português da coluna anterior — Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa —, há variações na expressão lingüística nos países de língua portuguesa. Isto também ocorre com o uso do gerúndio. No Brasil, é mais freqüente seu uso. Em Portugal e em outros países lusófonos, seu uso é mais restrito, sendo substituído, em geral, pelo infinitivo antecedido da preposição *a*.

Exemplos:

Portugal e outros países lusófonos	Brasil
Estou <i>a fazer</i> comida.	Estou <i>fazendo</i> comida.
Tu estás <i>a falar</i> demais.	Você está <i>falando</i> demais.
Enquanto trabalhamos, eles estão <i>a dormir</i> .	Enquanto trabalhamos, eles estão <i>dormindo</i> .
“- O que é que o Quim te estava <i>a dizer</i> ?” (Luis Bernardo Honwana, Moçambique)	O que o Quim estava te <i>dizendo</i> ?

O fato de ser mais comum o uso do gerúndio no Brasil do que em Portugal ou em outros países de língua portuguesa não significa que os não-brasileiros não façam uso desta forma nominal. Leia, a seguir, os versos de Fernando Pessoa:

Poema de Alberto Caeiro (Fernando Pessoa)

A Criança Nova que habita onde vivo

Dá-me uma mão a mim

E outra a tudo que existe

E assim vamos os três pelo caminho que houver,

Saltando e cantando e rindo

E gozando o nosso segredo comum

Que é saber por toda a parte

Que não há mistério no mundo

E que tudo vale a pena.

A Criança Eterna acompanha-me sempre.

A direcção do meu olhar é o seu dedo apontando.

O meu ouvido atento alegremente a todos os sons

São as cócegas que ele me faz, brincando, nas orelhas.

Gerúndio ou gerundismo?

Chama-se, portanto, de gerúndio a uma forma nominal do verbo que pode e deve ser usada adequadamente. Atualmente, denomina-se gerundismo ao uso inadequado do gerúndio, à mania exaustiva do uso do gerúndio em situações em que esta forma é desnecessária. Muitas vezes, o gerúndio é utilizado em lugar de uma forma verbal mais apropriada.

Quando usar e quando não usar o gerúndio?

Observe:

Vou estar transferindo sua ligação. (gerundismo)

Vou transferir sua ligação. (forma correta)

Desculpe, senhora, mas estamos tendo que fazer tudo manualmente. (gerundismo)

Desculpe, senhora, mas temos que fazer tudo manualmente. (forma correta)

Utiliza-se o gerúndio, portanto, quando queremos dar a idéia de ação em andamento, ação contínua ou concomitante a outra ação.

Estamos pesquisando a obra de Fernando Pessoa.

Um aluno vai pesquisando, enquanto o outro redige o texto.

José anda pesquisando muito na biblioteca.

Se a idéia não for de continuidade, de simultaneidade (mais comuns), repetição, intensidade ou progressão, não há motivos para usar o gerúndio.

Vamos estar encaminhando sua solicitação (errado)

Vamos encaminhar/ encaminharemos sua solicitação (correto)

Os estudantes vão estar pesquisando demais na próxima semana. (errado)

Os estudantes vão pesquisar/ pesquisarão demais na próxima semana. (certo)

Perceba que nos exemplos de uso incorreto do gerúndio há um excesso de formas verbais, desnecessárias: vamos + estar + encaminhando.

Conclusão

Não é errado usar o gerúndio. Ele deve ser usado adequadamente.

Você pode e deve usar o gerúndio em suas redações, provas ou concursos, desde que respeitadas as regras de seu uso.

Abolir definitivamente o gerundismo de seus textos.

Vou estar - ndo

Sírio Possenti*

Todos os defensores da língua pura (não consigo entender qual o problema deles com as misturas) estão criticando uma locução verbal supostamente nova que apareceu no mercado. Confesso que não a ouvia, ou não me dava conta de que existia, até que tive minha atenção chamada para ela pelos guardiães da língua que imaginam que tudo aquilo de que não gostam ou for novo — o que vier antes — é necessariamente ruim. Se eles não gostam, deve ser interessante. Se acham que não serve para nada, alguma serventia deve ter.

Não sei qual teria sido o estrato social que mais aderiu à novidade. O certo é que a locução aparece em todas as falas de todas as telemarqueteiras. Devem receber severo treinamento que inclui pelo menos duas exigências: não dizer nada que não esteja no script, e enunciar, em algum momento, a famosa fórmula “vamos estar -ndo”. O que seja “-ndo” depende do serviço. Se se trata de uma encomenda, então a empresa “vai estar enviando”. É uma reclamação? Alguém “vai estar providenciando”. Mas a expressão invadiu também as escolas: dia desses, um aluno me disse que ia estar me enviando um trabalho por e-mail.

O alcance da novidade deve ser bem maior. Em seu pronunciamento em rede nacional de TV, em meados de agosto, o próprio Ministro da Saúde, José Serra, que não é jovem — mas talvez seja (tele)marqueteiro —, falou de “outra vacina que vamos estar aplicando amanhã”. Já disse que não sei o que é que algumas pessoas têm contra formas lingüísticas novas, até porque, em tudo, as novidades funcionam como índice de qualidade. Se bem que desconfio que até sei: todos gostam de novidade em tudo, exceto os que cuidam da língua nos domínios da gramatiquinha. No que segue, vou estar mostrando que não há nada de esquisito nessa forma tão criticada (seu único problema é não estar entre as expressões abonadas pelas gramáticas escolares). Vou estar apresentando uma análise preliminar, o que quer dizer que não estive estudando nada em especial para escrever este textinho — espero que o leitor perdoe a franqueza e, especialmente, o esboço preliminar de uma análise que pode até estar equivocada. Vamos por partes.

Vejamos primeiro a sintaxe da locução: a ordem dos verbos auxiliares é perfeitamente canônica. Sabemos que os auxiliares vêm sempre antes do principal (como em “vou sair”); se houver mais de um auxiliar, há uma ordem permitida e outras proibidas (“tenho estado viajando”, mas não “estive tendo viajado”; “vou estar saindo”, mas não “estarei indo sair”). Resumo da história: a expressão nova está de acordo com sintaxe do português: sua ordem é ir + estar +ndo. É, pois, absolutamente gramatical. Vejamos agora o que significa. Os que não gostam da forma dizem que não serve para nada, que já há outra melhor para expressar a mesma coisa (eles também não são nada sutis). Ao invés de “vou estar mandando”, que se diga “vou mandar”, ou “mandarei”, dizem eles. Mas acho que estão errados: pode ser que nem todos os casos sejam claros, mas em muitos, nitidamente, a nova forma se caracteriza por um aspecto durativo (ou seja, trata-se de anunciar um evento que durará algum tempo para se realizar). Para que falar de aspecto durativo não pareça estranho, lembre-se (ou anote-se) que o chamado imperfeito do indicativo apresenta o mesmo aspecto: formas como “amanhecia”, “pintava”, etc, referem-se a eventos ou ações que não são instantâneas, mas que têm certa duração.

* Professor associado do Departamento de Lingüística da Unicamp e autor de *Por que (não) ensinar gramática na escola, Os humores da língua e de Os limites do discurso*.

Por isso, não seria a mesma coisa dizer “vou mandar” e “vou estar mandando”, exatamente por causa da diferença entre “ir” (que marca só futuro) e “ir + estar” (que marca futuro, por causa de “ir”, e “duração”, por causa de “estar”). “Vou estar providenciando” significa, entre outras coisas, que a providência não se dará instantaneamente. Além disso, o compromisso expresso em “vou providenciar” é mais incisivo do que o expresso em “vou estar providenciando”. Mais ou menos como é mais incisivo dizer “providenciarei” do que “vou providenciar”. Seria interessante verificar se a nova locução tem a ver com uma cultura da falta de compromisso (caso em que deveria ser adotada pela maioria dos governantes - vide Serra). Não seria de espantar que se pudesse estabelecer esta relação entre um aspecto da língua e um traço da cultura.

Além desses, a meu ver, há outro aspecto importante, este de cunho pragmático: a expressão conota gentileza ou formalidade ou deferência (verdadeira ou simulada, não importa). Ou seja: bem ou mal, mesmo que seja para postergar um serviço de que se precise urgentemente, deve-se reconhecer que pelo menos a recusa é expressa de forma não grosseira, e nem mesmo franca (o que alguns preferem; eu mesmo, aliás). Imaginem que eu receba um convite para fazer uma palestra e não possa aceitar por alguma razão. Agora sei como responder. Antigamente, eu dizia, acho, que “não posso ir/aceitar”, ou que “não vou poder ir/aceitar”. A segunda forma é mais gentil do que a recusa seca expressa na primeira. Doravante, direi, e imagino que isso será muito mais simpático, que “não vou poder estar aceitando o convite”, ou que “não vou poder estar deixando de dar aulas nesta data”.

Assim, pode-se pensar qualquer coisa desse tipo de expressão, exceto duas: a) que não sirva para nada, já que expressa um aspecto e é sinal de deferência, pois se trata de uma fórmula extremamente gentil; b) que seja simples. É que se necessita de enorme sofisticação para colocar todos os auxiliares (ir, poder, estar) na ordem aceita pela gramática do português (coisa que ninguém estuda, evidentemente). Além de estarem numa certa ordem, cada um dos auxiliares deve estar flexionado numa forma específica: deve-se flexionar o verbo “ir” sempre no presente e de forma que concorde com o sujeito, deixar os verbos “poder” e “estar” no infinitivo e colocar o verbo principal no gerúndio. Frequentemente, somos levados a pensar que não há como enfiar na cabeça dos estudantes umas míseras regrinhas relativas à colocação dos pronomes. Já pensaram se tivéssemos que estudar as regras de ordenação dos auxiliares? É bom descobrir que sabemos coisas tão sofisticadas.

Arte Naïf

Monique Cardoso

Muito valorizada internacionalmente, a Arte Naïf ainda é um universo pouco explorado e desconhecido pela maioria dos brasileiros, inclusive por aqueles que têm contato direto e freqüente com as artes plásticas, seja por gosto ou profissão. Há até quem não considere o gênero como arte. O termo Naïf vem do latim e quer dizer nativos, aquilo que é natural. Diversos nomes — pintores de domingo, ingênuos, primitivos — foram sendo dados ao longo dos tempos, desde o aparecimento de Henri Rousseau, na França, considerado o primeiro dos naïfs modernos, mas a denominação Arte Naïf foi a única a permanecer aceita no mundo inteiro ao longo dos tempos.



“Estação Itaoca”, de Juca, medindo 50 x 65 cm, acrílico sobre tela

Apesar da constante associação e comparação, por conta de características básicas comuns entre as duas, tais como o autodidatismo, o uso de técnicas rudimentares adquiridas de forma empírica, a liberdade de criação e a clara ausência de aspectos formais de composição, perspectiva e reprodução real de cores, a Arte Naïf se difere da arte popular num aspecto fundamental. Para os especialistas no assunto, a pintura dos naïfs é individual e apresenta criações únicas e originais, transcendendo aquilo que conhecemos como arte popular, que está muito ligada ao artesanato, a uma tradição que passa de pai para filho num sistema padronizado de repetição.



“Praça Mauá” de Telmo, medindo 27 x 35 cm, acrílico sobre tela

Outro estilo que também apresenta afinidade com os naïfs é o da arte folclórica. Mas neste caso, é importante salientar que o folclore é anônimo e dependente da criação coletiva, onde os artistas são executores de uma tradição.

A arte naïf, ao contrário, não apresenta vínculo forte com nenhum tipo de cultura e não tem

engajamento. Apesar de o folclore aparecer como um de seus principais temas, a arte naïf privilegia a criatividade individual e original de cada um.

A diretora do Museu Internacional de Arte Naïf do Brasil, Jacqueline Finkelstein tem consciência de que é difícil classificar uma obra como naïf, mas aponta uma série de características que permitem uma identificação segura. Os pintores são todos não-profissionais, desenvolvem técnica própria e não hesitam em ousar na hora de misturar materiais, pintam sem a menor necessidade de copiar ou se adequar a estilos já definidos e são extremamente detalhistas e minuciosos. Como cada um descobre a própria maneira de pintar, não se pode estabelecer parâmetros de comparação entre o que está “certo” ou “errado”, como se faz com as pinturas clássicas. O aspecto principal é a ingenuidade e a pureza que as obras transmitem.



Ermelinda, "O Jarro" Acima

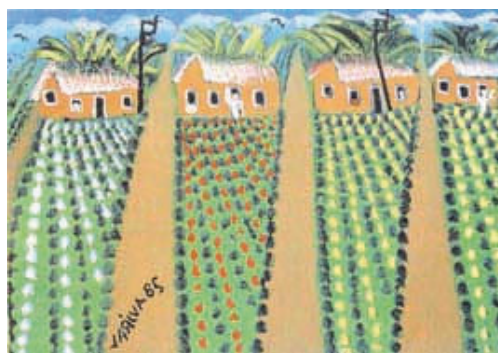
No Brasil, o gênero começou a crescer a partir do ano de 1937, com o próprio Heitor dos Prazeres, Silvia e Cardosinho, e tomou rumos diferentes daqueles seguidos pelos franceses. Refletindo a realidade nacional, a pintura naïf é alegre, rica e muito variada, totalmente adequada para o Brasil Tropical. O poder de comunicação direta de uma tela naïf com o público é muito grande, e isso se deve tanto à simplicidade pictórica quanto aos temas recorrentes, como o folclore, a religião, o universo onírico e lúdico, o futebol, o carnaval e as festas populares, a fauna, a flora e a iconografia das cidades. Os pontos turísticos e os personagens pitorescos da cena cotidiana também aparecem muito.



Heitor dos Prazeres, "Samba"

É importante ressaltar que, apesar do reconhecimento internacional, a arte naïf — genuinamente brasileira — ainda caminha à margem dos demais estilos e o mesmo acontece com seus artistas. "A descoberta do mundo das tintas e dos pincéis acaba transformando, para uma parcela significativa desses artistas, em uma

Filha do maior colecionador e estudioso de arte naïf do Brasil e fundador do MIAN, Lucien Finkelstein, Jacqueline precisa ter muito cuidado na hora de selecionar um quadro para exposição ou uma nova aquisição para o acervo. Como a arte naïf é muito vendável e procurada por estrangeiros, aparecem muitas imitações, coisa fácil de fazer para quem domina diversas técnicas pictóricas. Ela conta que estes artistas que tentam imitar o estilo naïf, visando vender suas telas, sempre se traem pela falta de ingenuidade. Jacqueline também faz um alerta para a questão das falsificações de obras de artistas consagrados como Heitor dos Prazeres, premiado na I Bienal Internacional de São Paulo, e Chico da Silva, único pintor brasileiro a receber Menção Honrosa na Bienal de Veneza, de 1966.



À esquerda, "Plantação" de José Antonio da Silva, medindo 38 x 55 cm, ass e dat 1985

ótima oportunidade de serem aceitos no seu grupo e de se integrarem à sociedade.

E, quando conseguem, aumenta a possibilidade de serem reconhecidos e valorizados, independentemente de suas origens, dos seus padrões culturais e dos seus bens materiais", argumenta Antônio Nascimento, curador da Bienal Naïfs do Brasil, realizada no Sesc Piracicaba, principal evento do gênero no país. Na Europa, a Trienal Insita é o acontecimento mundial mais importante para os naïfs. É realizada na Bratislava, Eslováquia, e congrega ainda a Art Brut e a pintura Outsider.

Entre os principais nomes da Arte Naïf do Brasil estão os já citados Heitor dos Prazeres, Chico da Silva, Cardosinho, Silvia, além de artistas de ontem e hoje, como Rosina Becker do Valle Pereira, Antonio Poteiro, Lia Mitterakis, Aparecida Azedo, Miranda, Juca, Fabio Sombra, Elza O S, Gerson, Helena Coelho.

Inaugurado no ano de 1995, a história do MIAN começou muitos anos antes para seu fundador. Lucien Finkelstein iniciou ainda muito jovem sua coleção de obras de arte. Aos poucos, dominado por uma paixão alimentada durante décadas, as obras de pintores naïfs foram se tornando mais numerosas e ocupando a maior parte de seu acervo, que já percorreu o mundo em exposições organizadas por Lucien. Uma das que mais obtiveram destaque foi “O Mundo Fascinante dos Pintores Naïfs”, realizada em 1988/1989 no Paço Imperial do Rio de Janeiro, com 171 obras e um público de 70 mil visitantes.

Já pensando em ceder esse acervo particular a uma instituição que o abrigasse, o conservasse e o expusesse, Lucien Finkelstein resolveu criar uma fundação em 1985, que levou seu nome, dando assim o primeiro passo para a realização de seu sonho. Depois de diversas tentativas frustradas junto a órgãos públicos, resolveu dar um passo mais ousado. Adquiriu um casarão antigo no Cosme Velho — classificado pelo Patrimônio Artístico Municipal, cercado de mangueiras centenárias e construído num terreno com mais de 1000 m² — com recursos próprios e o cedeu em comodato para a fundação.

O MIAN é o mais completo museu desta especialidade e possui o maior acervo de arte naïf do mundo. São mais de 8 mil obras, datadas do século XV até hoje, que reúnem artistas de todos os estados brasileiros e de outros 130 países. Por causa de sua localização privilegiada numa área nobre do Rio de Janeiro, a apenas 30 metros da estação do trenzinho que leva ao Corcovado, uma boa parte do público é de turistas, principalmente os estrangeiros, que estão interessados em conhecer o que há de mais genuíno na arte brasileira.

Uma parceria com a prefeitura foi feita para ajudar na manutenção do museu. Em contrapartida, a casa cede obras para exposições em outros museus e recebe alunos de escolas públicas em visitas guiadas. Aliás, a diretora Jacqueline afirma que “o Museu Naïf é um dos poucos que realmente agradam às crianças por causa da comunicação direta que as obras têm com elas e por causa da possibilidade que elas têm conhecer o folclore nacional, as belezas naturais e outros aspectos de nossa cultura de uma forma bastante simples e agradável”.

Visando atrair um maior número de visitantes, o MIAN mantém, simultaneamente, 6 exposições. Três tem caráter permanente: uma nacional, uma internacional e outra sobre o Rio de Janeiro Naïf, trocadas anualmente. Nas demais salas há uma mostra temática, uma para projetos da casa com obras de um único artista – seja para o lançamento de novos pintores ou para homenagear os consagrados – e uma sala para as novas aquisições, sempre com material inédito. (Serviço: Museu Internacional de Arte Naïf do Brasil – MIAN. Endereço; Rua Cosme Velho, 561. Visitas: de terça a sexta das 10h às 18h e sábados e domingos das 12h às 18h. Ingressos: R\$ 8,00 (estudantes, idosos e crianças pagam meia). Informações: (21) 2205-8612.)

Fonte: <http://www.areliquia.com.br/Artigos%20Anteriores/54ArteN.htm>

Reflexões sobre a penhora *on line*

Nazareno César Moreira Reis*

1. Execução por quantia certa e penhora de dinheiro

A execução por quantia certa visa a expropriar bens do devedor a fim de satisfazer, em dinheiro, o direito do credor consagrado em título executivo (art. 646 do CPC). Precede à desapropriação, naturalmente, a identificação, a apreensão e a avaliação dos bens que serão objeto da alienação — afinal, só se pode alienar aquilo a respeito de que se conhecem a identidade, o valor e o local em que se encontra.

Quando a *penhora*, ou seja, a *apreensão de bens*, recai sobre dinheiro pertencente ao devedor, simplifica-se sobremaneira a execução por quantia certa, pois se tornam logicamente desnecessárias as fases de avaliação e de alienação dos bens — que visariam a convertê-los em valor monetário, coisa que o dinheiro já tem em si mesmo. Sucede que para que essa penhora ocorra, admitindo-se que não tenha sido o devedor a oferecer a moeda à constrição judicial, é necessário que previamente se tenham identificado a existência e o paradeiro do numerário.

1.1. A ocultabilidade do dinheiro

Ora, dada a portabilidade de que desfruta o dinheiro, nunca foi difícil entender o porquê da raridade que sempre representou, na prática executiva, a penhora de moeda sem a iniciativa do executado. Parece intuitivo que o executado, por sua própria condição de devedor inadimplente, geralmente não apresente situação de liquidez manifesta, pois ou realmente não tem dinheiro, ou se o tem será tentado a ocultá-lo, quer dizer, não tomará iniciativa alguma no sentido de oferecer a moeda de que tenha a propriedade para saldar o débito em execução. Acresce que, a despeito de figurar em primeiro lugar na ordem dos bens penhoráveis (CPC, art. 655, I), o dinheiro em espécie é extremamente apto à ocultação, e isso terá facilitado, ao longo do tempo, sua subtração às medidas execu-

tivas, a ponto de se ter dito já que o dinheiro era um autêntico Santo Graal na execução¹.

2. Informatização e transparência da vida financeira

Mas essa aptidão do dinheiro para esconder-se tem sido perdida à proporção que o sistema financeiro oficial absorve o fluxo de capitais e as operações econômicas em geral, tornando cada vez mais raras, e até suspeitas, as transações com moeda sonante acima de determinado valor. Em recente pesquisa feita pelo Instituto Datafolha, a pedido do Banco Central, foi detectado que a maioria dos brasileiros ainda prefere o dinheiro em espécie nas suas transações, especialmente no recebimento de salário e pagamento de contas. Pelos dados obtidos, 55% da população brasileira recebe seu salário em espécie. Esse percentual sobe para 70% na região nordeste. No pagamento de dívidas e nas compras é também o dinheiro o principal meio utilizado. Entre os entrevistados, 77% declararam usar o dinheiro nessas transações. O dinheiro em espécie é mais usado para o pagamento de compras de baixo valor, tais como os gastos em padarias e mercadinhos. Porém, à medida que o gasto vai ficando mais elevado, como na compra de eletrodomésticos ou roupas e calçados, diminui o percentual da população que usa o dinheiro como forma de pagamento. A pesquisa sobre “O Brasileiro e sua Relação com o Dinheiro” foi realizada em outubro de 2007 — ver: http://www.bcb.gov.br/htms/mecir/Apresentacao_Bacen_DataFolha_resumo2007.pdf.

Sendo certo que os recursos que circulam pelas instituições financeiras, mercê da tecnologia, são hoje plenamente suscetíveis de rastreamento, é exato também que a penhora de dinheiro saiu do patamar de impraticabilidade para vir a tornar-se, atualmente, a medida executiva de menor esforço e de máxima

¹ MACEDO, Elaine Harzheim. “Penhora *on line*: uma nova proposta de concretização da jurisdição executiva”. In: *Execução Civil: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Jr.* RT, São Paulo, 2007, p. 472.

* Juiz Federal Substituto da 1ª Vara/PI.

eficácia — que se consubstanciou na assim chamada penhora *on line*, em alusão ao fato de que se dá no ambiente virtual da *internet* quase imediatamente após o comando da autoridade judiciária.

A assim chamada penhora *on line* não se limita a apreender certo bem do devedor e deixá-lo à disposição do credor, como nas clássicas penhoras de bens. Na verdade, prepondera na ordem de penhora *on line* o propósito de identificação de bens do devedor. Nesse sentido, a pesquisa dos bens (assunto que, como regra, precede a penhora e fica normalmente a cargo, em primeiro lugar, do credor, e só depois do Juízo) é imensamente facilitada pelo fato de o Bacen centralizar todas as informações relacionadas ao sistema financeiro nacional. Em semelhante situação, a pesquisa de bens passa a ser teoricamente infalível, e é esse sítio que é estabelecido em torno de determinado tipo de operação do devedor que desperta em alguns o sentimento de que a penhora *on line* vai além de um simples procedimento executivo para atingir a própria liberdade e privacidade do devedor.

Uma vez identificado o numerário em nome do devedor, ele é imediatamente apreendido e colocado à disposição do Juízo. Aqui reside o espírito da chamada penhora *on line*. É mais um procedimento de rastreamento e indisponibilidade de bens (aproximando-se de uma finalidade cautelar semelhante à do arresto do CPC e a do seqüestro de bens do Processo Penal. Ver Lei 9.613/1998 – Lei de Combate à Lavagem de Dinheiro, art. 4º), que justifica sua alcunha de bloqueio *on line*. O Estado assume a função de varejar bens do devedor. Daí que a indisponibilidade decorrente do bloqueio *on line* (expressão mais ampla que penhora *on line*, como se verá adiante) pode ser usada também como medida coercitiva (por exemplo, para tornar indisponível certo numerário do devedor até que ele cumpra obrigação de fazer).

A novidade representada pela penhora *on line* não está tanto em implicar a apreensão de dinheiro em mãos de terceiro (isso já havia há muito; ver, por exemplo, o que dizia o nosso CPC de 1939, em seu art. 937: “Para que a penhora recaia em dinheiro existente em mão de terceiro, notificar-se-á este para que não pague ao executado.”); nem a tecnologia inovou pelo simples fato de se mandar ao Banco Central uma comunicação eletrônica ao invés de um ofício em papel. A novidade foi antes fática que jurídica, e consistiu na *transparên-*

cia da vida financeira privada que se deu a partir da progressiva substituição do dinheiro pelas transações bancárias. Já não é possível dissimular facilmente o itinerário do dinheiro, nem a condição financeira pessoal. A penhora *on line* é uma conseqüência natural do progresso fantástico no gerenciamento de informações que a tecnologia permitiu (*ex facto oritur jus*), como o são também as medidas administrativas e criminais de repressão às ilicitudes praticadas no ambiente financeiro, a tributação das operações bancárias, as restrições creditícias impostas a consumidores inadimplentes, e tantas outras medidas jurídicas que tomam por base o conhecimento a respeito da movimentação financeira dos particulares — chegou-se já a dizer que a realidade virtual instaurada pela tecnologia está por transformar o dinheiro apenas em uma informação².

E não é possível desvencilhar-se disso: por um lado, a vida moderna impõe a utilização das instituições financeiras como depositárias dos valores em dinheiro, quer por razões de segurança individual, quer pela praticidade e pela atualização monetária, quer, enfim, pelo sem-número de outros inconvenientes que a guarda de dinheiro em espécie traz para seu proprietário; por outro, ao usar o sistema bancário, o titular do dinheiro expõe-se a ter sua vida financeira conhecida nos menores detalhes. E assim se fecha o círculo que leva necessariamente à *transparência da vida financeira privada*, e esta, por sua vez, produz uma série de conseqüências jurídicas importantes, sendo a penhora *on line* apenas uma delas.

3. Transparência e direito à intimidade ou à privacidade

Pelo visto, não eram completamente desproporcionadas aquelas preocupações e reservas que a jurisprudência apresentou quando começaram a surgir os primeiros casos de penhora eletrônica, exigindo que antes se esgotassem os meios executivos tradicionais para só depois admitir que se lançasse mão da penhora *on line*. Temia-se que a banalização desse tipo de ordem pudesse representar um abalo ao sistema financeiro; acreditava-se também que a penhora *on line*, por ser uma medida com forte cunho intervencionista, punha

²LÉVY, Pierre. *O que é virtual?*, trad. Paulo Neves, 1ª ed. 6ª reimpr., Ed. 34, São Paulo, 2003, p. 53.

em xeque o *direito à intimidade*, consubstanciado no *sigilo bancário*.

Percebeu-se depois que não se tratava de uma agressão à intimidade, mas sim de uma nova concepção de intimidade, bem mais restrita que aquela que se conhecia antes do advento da realidade virtual — agora a intimidade tem que se compatibilizar com os valores da sociedade da hiperinformação. A esfera íntima, hoje, restringe-se aquelas condutas que não trazem influência sobre as vidas das demais pessoas, embora possam ser por estas influenciadas³. E está claro que o devedor inadimplente influencia outras pessoas com sua conduta — sem dúvida, pelo menos seu credor é diretamente influenciado —, por isso é injustificável a alegação de intimidade para proteção patrimonial nesse caso.

Outra distinção interessante foi lembrada pela Ministra Carmen Lúcia, do STF, no julgamento do RE 461.366-DF, entre segredos do “ser” e segredos do “ter”. Só os primeiros seriam realmente absolutos, não os demais, que teriam surgido como exacerbação do individualismo. Cogitou-se também, em outro recurso perante o STF (RE 418.416-SC), que os dados bancários seriam absolutamente invioláveis, com base no art. 5º, XII, CF (“é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”), mas o Supremo declarou que a inviolabilidade referida no mencionado dispositivo constitucional restringe-se apenas à comunicação desses dados, que não pode ser interceptada, mas não aos dados em si.

Finalmente, convém notar que nas operações de bloqueio/desbloqueio não se chega a conhecer completamente as transações patrimoniais do executado. Apenas se sabe se ele tem ou não os recursos para serem bloqueados até o valor indicado na ordem. Já a requisição de informações, como se verá adiante, é de duvidosa constitucionalidade quando empregada além de certo limite na execução civil, pois pode implicar o conhecimento completo sobre a vida financeira do executado e revelar até mesmo a existência e o conteúdo de dados caducos.

³ Ver: LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*, RT, São Paulo, 1998, p. 492.

4. Tipificação legal da penhora *on line*

A penhora *on line* na Justiça Federal começou em 2001, timidamente, sem regulamentação legal, e acabou por consagrar-se legislativamente, primeiro no âmbito fiscal (CTN, art. 185-A, na redação dada pela LC 118/2005), depois se generalizando para a execução civil comum (CPC, art. 655-A, na redação dada pela Lei 11.382/2006)⁴. Antes da consagração legislativa, entendia-se que a penhora *on line*, sendo apenas uma forma diferente de apreender dinheiro, estava implicitamente autorizada pelo CPC (art. 655, I)⁵.

A norma do Art. 185-A do CTN está expressa nos seguintes termos:

Art. 185-A. Na hipótese de o devedor tributário, devidamente citado, não pagar nem apresentar bens à penhora no prazo legal e não forem encontrados bens penhoráveis, o juiz determinará a indisponibilidade de seus bens e direitos, comunicando a decisão, preferencialmente por meio eletrônico, aos órgãos e entidades que promovem registros de transferência de bens, especialmente ao registro público de imóveis e às autoridades supervisoras do mercado bancário e do mercado de capitais, a fim de que, no âmbito de suas atribuições, façam cumprir a ordem judicial. Incluído pela Lcp 118, de 2005)

§ 1º A indisponibilidade de que trata o *caput* deste artigo limitar-se-á ao valor total exigível, devendo o juiz determinar o imediato levantamento da indisponibilidade dos bens ou valores que excederem esse limite. (Incluído pela LCP 118, de 2005).

§ 2º Os órgãos e entidades aos quais se fizer a comunicação de que trata o *caput* deste artigo enviarão imediatamente ao juízo a relação discriminada dos bens e direitos cuja indisponibilidade houverem promovido. (Incluído pela LCP 118, de 2005)”

Percebe-se que:

⁴ Em artigo sobre o tema (“A gênese da penhora *on line*”. In: *Execução Civil – Estudos em homenagem a Humberto Theodoro Jr.*, RT, São Paulo, 2007, pp. 386-388), a Ministra Fátima Andrighi, do STJ, revela os bastidores da formulação do programa Bacenjud.

⁵ Nesse sentido: REINALDO FILHO, Demócrito. A penhora *on line*: a utilização do sistema BacenJud para constrição judicial de contas bancárias e sua legalidade. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1066, 2 jun. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8459>>. Acesso em: 17 mar. 2008

(a) não só a penhora de dinheiro *on line* (*rectius*: indisponibilidade) foi disciplinada pelo art. 185-A-CTN, mas igualmente a decretação de indisponibilidade de quaisquer bens do devedor que sejam cadastrados em algum registro de transferência de bens;

(b) a medida não depende de requerimento do credor (isso, porém, é discutível, e há julgados em contrário⁶);

(c) vê-se também que a norma parece sugerir o caráter *subsidiário* da indisponibilização eletrônica, pois impõe, como premissa para a utilização desse mecanismo, que não tenham sido encontrados bens penhoráveis — o STJ tem decidido que só se pode lançar mão do bloqueio *on line* previsto no art. 185-A do CTN após esgotadas as medidas de pesquisa de bens (por exemplo: AgRg no REsp 879487 / RS);

(d) finalmente, outra observação importante a respeito do art. 185-A do CTN é que a comunicação por meio eletrônico é preferencial, não obrigatória.

Já norma que disciplina a penhora eletrônica na execução civil comum (art. 655-A, CPC, na redação dada pela Lei 11.382/2006), aplicável tanto à execução de título extrajudicial como à de título judicial (por força do art. 475-R, CPC) possui algumas diferenças, e assim reza:

Art. 655-A. Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade, até o valor indicado na execução. (Incluído pela Lei 11.382, de 2006).

§ 1º As informações limitar-se-ão à existência ou não de depósito ou aplicação até o valor indicado na execução. (Incluído pela Lei 11.382, de 2006).

§ 2º Compete ao executado comprovar que as quantias depositadas em conta corrente referem-se à hipótese do inciso IV do *caput* do art. 649 desta Lei ou que estão revestidas de outra forma de impenhorabilidade. (Incluído pela Lei 11.382, de 2006).

§ 3º Na penhora de percentual do faturamento da empresa executada, será nomeado depositário, com a atribuição de submeter à aprovação

judicial a forma de efetivação da constrição, bem como de prestar contas mensalmente, entregando ao exequente as quantias recebidas, a fim de serem imputadas no pagamento da dívida. (Incluído pela Lei 11.382, de 2006).

Ou seja:

(a) Foi a penhora *on line* tratada com penhora de dinheiro, embora seja, na verdade, uma penhora de crédito, por isso que foi colocada em primeiro lugar na ordem de preferência, se bem que essa ordem seja flexível, como expressamente diz o art. 655, *caput*, do CPC⁷ — A penhora *on line* realmente mais se aproxima de uma penhora de crédito que de uma penhora de dinheiro. O Banco depositário recebe ordem para não entregar o valor ao seu credor-depositante (compare-se o art. 655-A, *caput*, com o art. 671, I) e passa, por força da penhora, a ser depositário judicial (veja-se o que dizia o art. 937 do CPC de 1939: “Para que a penhora recaia em dinheiro existente em mão de terceiro, notificar-se-á este para que não pague ao executado”). Em Portugal, a penhora de depósitos bancários é expressamente tratada como penhora de crédito⁸—;

(b) depende de requerimento do exequente — o requerimento genérico de cumprimento da sentença, em caso de título judicial, ou a simples propositura da ação de execução, no caso de título extrajudicial, não são suficientes para a determinação de uma penhora *on line*; é preciso requerimento específico, como se vê no art. 655-A; claro que isso, em certos casos práticos, pode ser superado por força de princípios maiores, especialmente quando o bloqueio não funciona como penhora, mas sim como medida assecuratória do cumprimento de decisão judicial —;

(c) pode o provimento judicial consistir em simples requisição de informações sobre ativos financeiros em nome do executado ou em decretação de indisponibilidade imediata, mas as informações limitar-se-ão à existência ou não de depósito ou aplicação até o valor indicado na execução (art. 655-A, §1º) — sobre a requisição de outras informações em execução civil (extratos, saldos, movimentações passadas), como já

⁷ Ver THEODORO JR, Humberto. *A reforma da execução de título extrajudicial*. Forense, 2007, p. 69.

⁸ Ver FERREIRA, Fernando Amâncio. *Curso de processo de execução*, 2ª Ed., Almedina, 2000, p. 181.

referido acima, é duvidosa a constitucionalidade (n. 3, *supra*) —;

(d) eventual impenhorabilidade dos valores retidos deve ser alegada e comprovada pelo executado — como o prazo para os embargos à execução não têm mais qualquer pertinência com a penhora (ver arts. 736 e 738), deve-se entender que a alegação de impenhorabilidade na execução por título extrajudicial pode dar-se por meio de petição simples, sem necessidade de observância de prazo; já o prazo para a Impugnação ao Cumprimento de Sentença — ICS somente se inicia após a intimação da penhora (art. 475-J, §1º), por isso a impenhorabilidade deve ser sustentada na própria ICS (art. 475-L, III), em caso de execução de título judicial. A propósito, a intimação da penhora *on line* não apresenta qualquer particularidade e deve dar-se pelos meios regularmente previstos na legislação (Art. 475-J, §1º: (1º) — por publicação, na pessoa do advogado do executado; (2º) na pessoa do representante legal ou pessoalmente, por mandado ou pelo correio, conforme o caso). Como já há autorização legal para que as intimações sejam praticadas também por meios eletrônicos (CPC, art. 154, §2º; art. 237, parágrafo único), é claro que se o Juízo no qual é processada a execução já usa regularmente a intimação eletrônica, não é ilegítimo praticá-la também quanto à intimação da penhora *on line*.

Discute-se se o juiz está obrigado a decretar a penhora *on line* e a se cadastrar no sistema Bacenjud. Há julgados do TJRS dando conta de que o juiz não está obrigado a cadastrar-se no Bacenjud, mas se a parte pedir a penhora de depósitos bancários ele deve necessariamente oficiar ao Bacen, ainda que por meio de ofício em papel, para que sejam adotadas as providências apropriadas à efetivação da penhora dos créditos bancários (ver processo 70020060141 do TJRS). Porém, o Conselho Nacional de Justiça — CNJ determinou, recentemente, que todos os magistrados devem se cadastrar no Sistema BacenJud. Essa decisão é resultado do julgamento do Pedido de Providências de 200710000015818. O relator, conselheiro Felipe Locke Cavalcanti, estipulou prazo de 60 dias para que os tribunais “informem o teor desta decisão e determinem aos magistrados o cumprimento do cadastramento no Sistema Bacen Jud”. Em seu voto, o relator justifica que a “penhora *online* é um instrumento que não pode ser desconsiderado pelo magistrado e decorre do inegável avanço tecnológico que traz maior celeridade e efetividade ao processo de execução”. Defende, também, que essa ferramenta de penhora aumenta o “prestígio

e a confiabilidade das decisões judiciais”. O relator argumentou, ainda, que o Sistema Bacen Jud agiliza a obtenção “dos fins da execução fiscal”, porque possibilita “ao juiz ter acesso à existência de dados do devedor, viabilizando a constrição patrimonial do art. 11 da Lei 6.830/1980”.

É discutível que uma decisão administrativa, como o é a do CNJ, possa impor a adoção de certa providência jurisdicional e, de resto, o debate a esse respeito parece infrutífero, pois não há dúvida de que a resistência à utilização da penhora *on line* representa posição que tende naturalmente a ser superada, por simples anacronismo, mesmo sem obrigação legal expressa.

4.1. Averbação de penhora de imóvel e de certidão comprobatória do ajuizamento de execução

A averbação de penhora de imóvel também pode se valer de mecanismo semelhante ao da penhora *on line*, quando houver condições técnicas de se fazer isso, conforme autorização do art. 659, §6º. Assim como também o pode a averbação da certidão comprobatória do ajuizamento da execução, a que alude o art. 615-A do CPC, embora neste caso sem participação do Judiciário.

A tendência natural é que sempre que se forme um banco de dados público, consistente e suficientemente amplo sobre o patrimônio privado, ele acabe sendo apropriado para fins de execução civil.

5. Operacionalização (Bacenjud 2.0)

A operacionalização da penhora *on line* dá-se atualmente por meio do sistema Bacenjud 2.0 (Fase II, etapa 1), que é utilizado no relacionamento entre o Judiciário e o Banco Central. Tal sistema permite várias ações, não só a penhora *on line*. São elas:

- a) requisição de informações;
- b) bloqueio e desbloqueio de valores;
- c) transferência de valores bloqueados para contas de depósito judicial;
- d) reiteração de ordens de bloqueio⁹.

⁹Há ainda uma ação chamada de “cancelamento”, destinada a tornar sem efeito as ordens judiciais não respondidas pelas instituições

5.1 requisição de informações

Diz o Manual Básico do Bacenjud 2.0 que “as requisições de informações encaminhadas pelo Bacenjud 2.0 são destinadas à obtenção das relações de agências e contas em nome de envolvidos em processos judiciais, de extratos e dados de saldos ou endereços. A pesquisa pode, inclusive, abranger relacionamentos encerrados”. As requisições de extratos podem retroagir até 01/01/2001 e, a partir de 01/01/2011, alcançarão os últimos dez anos de relacionamento bancário do titular de conta.

Vê-se que a função “requisição de informações” no Bacenjud vai muito além daquela que é permitida pela regra do art. 655-A, §1º, do CPC, a qual deve se restringir à existência ou não de depósito ou aplicação até o valor indicado na execução. E não poderia o CPC regular a matéria de outro modo, pois só lei complementar pode dispor sobre os mecanismos de quebra de sigilo bancário (CF, art. 192, na redação dada pela EC 40/2003), e a LC 105/2001, que atualmente disciplina o assunto, não deixa claro ser possível o afastamento do sigilo em execução civil (ver art. 1º, §4º c/c art. 3º, LC 105/2001); ao contrário, parece sugerir que a quebra de sigilo somente é possível, por ordem judicial, em caso de investigação criminal ou de inquérito administrativo destinado a apurar responsabilidade de servidor público por infração praticada no exercício de suas atribuições (LC 105/2001, art. 3º, §1º).

Essa operação do Bacenjud, portanto, deveria ter dois níveis de acesso: a) o primeiro, restrito às ações criminais e às ações cíveis que versem sobre processos disciplinares contra servidores públicos, conforme recomenda a LC 105/2001, ou às ações cíveis que visam precisamente a obter as informações cadastrais de alguém, como, por exemplo, o *habeas data*, no qual o usuário teria acesso a todas as informações disponibilizadas pelo Bacenjud; b) o segundo, próprio para as execuções civis, seria restrito à informação sobre a existência ou não de depósito ou aplicação até o valor indicado na execução. Admitir que se possa, em execução cível, ter acesso a extratos, contas encerradas, relação de agências, endereços do executado, significa ampliar as hipóteses de quebra de sigilo bancário para

financeiras. Sua pequena importância prática para o processo judicial justifica que seja desprezada nesta exposição.

além daquelas estipuladas na legislação complementar específica, o que é claramente inconstitucional.

5.2 bloqueio/desbloqueio

O bloqueio/desbloqueio de valores é a operação que desempenha, entre outras, as funções de efetivação e levantamento da penhora *on line*. O bloqueio *on line*, na verdade, é mais amplo que a penhora *on line*, que é apenas uma de suas aplicações. Pode-se bloquear com vários objetivos (entre os quais a penhora): arresto, medida cautelar criminal, *astreinte*, etc. Com a expedição da ordem de bloqueio, ocorre a indisponibilização, até o limite nela indicado, dos valores constantes em contas-correntes, de investimentos, poupanças, depósitos a prazo e aplicações financeiras do executado (art. 8º do Regulamento anexo ao Convênio Bacen/STJ/CJF-2005). Tão logo receba essa informação, deve o juiz determinar que a Secretaria formalize a penhora nos autos, o que me parece pode ser feito simplesmente com a juntada da página impressa do bloqueio efetivado. Naturalmente, a decretação de indisponibilidade de bens em ação criminal ou de improbidade administrativa pode valer-se desse mecanismo para se efetivar. Também é viável a utilização do bloqueio para efeito de cobrança imediata de multa (*astreinte*), de modo a fazer cumprir obrigação de fazer ou não fazer¹⁰. Em tese, o seqüestro de valores em caso de quebra da ordem cronológica de precatórios (art. 100, §2º, da CF), bem como em caso de Requisição de Pequeno Valor – RPV não paga no prazo legal (art. 17, §2º, da Lei 10.259/2001), igualmente podem se beneficiar do instituto sob referência. Mas há de se reconhecer a raridade dessas duas últimas situações.

5.3 transferência

A transferência dos valores visa a integrar a apreensão, que nesse caso é apenas simbólica, ao ato que lhe é imediatamente conseqüente, ou seja, o depósito, e com isso tornar completa a penhora do crédito. Além disso, vale ressaltar que enquanto o juízo não determi-

¹⁰ Nesse sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. A multa e a penhora *on line* como formas de efetivar a antecipação de soma em dinheiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 646, 15 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6519>>. Acesso em: 16 mar. 2008.

nar o desbloqueio ou a transferência, os valores bloqueados em conta-corrente ou de investimento não serão remunerados (art. 10, §3º, Regulamento Bacenjud 2.0).

5.4 reiteração

Finalmente, a reiteração da ordem de bloqueio é uma operação que permite ao juiz manter vigente a ordem de penhora, mediante sucessivas expedições. As ordens de bloqueio atingem o saldo credor inicial, livre e disponível, apurado no dia útil seguinte ao que o arquivo for disponibilizado às instituições financeiras, sem considerar, nos depósitos à vista, quaisquer limites de crédito (cheque especial, crédito rotativo, conta garantida, etc.), conforme art. 9º, §1º, do Regulamento Bacenjud 2.0. Ora, é possível que não haja saldo nessa ocasião, mas venha a existir depois — daí a conveniência da reiteração. Não há limite legal às reiteraões, por isso que teoricamente o juiz pode reiterar a ordem quantas vezes achar necessário. Não é difícil ver que essa reiteração, além de tornar mais provável a efetivação da penhora, funciona como uma espécie de pressão psicológica sobre o devedor, que se vê praticamente no dilema de ou abandonar o uso do sistema financeiro ou ter algum dinheiro bloqueado.

6. Questões incidentes e atipicidade legal

A norma do art. 655-A do CPC, como a do art. 185-A do CTN, deixa em aberto uma série de questões que podem surgir por ocasião da efetivação da penhora: excesso de penhora, penhora de conta-conjunta, penhora de dinheiro de terceiro que esteja na conta do executado, penhora de valores já penhorados, etc. Tudo isso deverá ser resolvido no caso concreto pelo magistrado, segundo os princípios que regem a penhora física. Às vezes, porém, o Regulamento do Bacenjud avançou e conferiu às próprias instituições financeiras certas capacidades decisórias que, na verdade, em caso de impugnação de algum interessado, podem ser revistas pelo juiz. Por exemplo, o art. 9º, §4º, do Regulamento do Bacenjud, diz que caberá à instituição financeira definir em qual conta ou aplicação financeira recairá o bloqueio de valor quando o executado possuir saldo suficiente para atender a ordem em duas ou mais contas ou aplicações financeiras. Está claro que essa decisão da instituição financeira pode ser revista pelo juiz, a requerimento de executado, para atender ao princípio

da menor onerosidade possível ao devedor (art. 620, CPC).

Ressalte-se também que a circunstância de a penhora *on line*, ao contrário das penhoras clássicas, ser feita praticamente sem a participação de serventuário da Justiça — o Bacen e secundariamente as instituições financeiras em geral é que assumem a função de destinatários das ordens judiciais — faz com que essas instituições passem a ser “partícipes do processo” (CPC, art. 14), e, por isso, assumam graves responsabilidades processuais, que devem ser fiscalizadas pelo juiz.

7. Conclusões

Alvim Toffler disse que o poder pode vir em três pacotes: músculos, dinheiro e conhecimento. Cada onda que a Humanidade viveu ou vive baseia-se em algum desses pacotes. Quando, há 10 mil anos, deixou de ser nômade e se fixou na terra, precisou de músculos para cultivá-la; quando, há uns trezentos anos, começou o processo de industrialização, precisou de dinheiro, para reunir músculos em larga escala; quando, finalmente, a partir da década de 50 do século passado, descobriu a eletrônica e sua formidável capacidade de armazenamento, transporte e compartilhamento das informações, centrou a riqueza no conhecimento. A nova economia, que “já não assenta nos músculos, mas no cérebro”, é “intangível, mas manipulável”, comporta a “interação de conhecimentos sob regras contextuais diferentes”, suprime as distâncias, passa pela “compressão dos dados” e pela “partilha”.

A penhora *on line* é apenas o começo da inexorável migração que a Justiça terá que necessariamente fazer rumo à sociedade da informação.

Introdução

O presente trabalho tem por objeto o estudo de alguns aspectos das penas privadas, instituto que vem gerando muito debate nos sistemas jurídicos de tradição romano-germânica e que é hoje de fundamental importância para a compreensão do moderno direito civil e, em especial, dos anseios da sociedade contemporânea.

Inicialmente, tratamos, em um resumo histórico, da origem das penas privadas, de seu declínio com a evolução do direito de origem romano-germânica e do seu renascimento no século XX, quando se percebeu que a função meramente reparatória do direito civil já não estava sendo suficiente para resolver todos os problemas da sociedade, propondo-se adoção das penas privadas como solução.

Em seguida, passamos a uma análise dos *punitive damages*, que se desenvolveram na *common law*, particularmente nos Estados Unidos, e que muito têm inspirado os juristas da *civil law* na redescoberta das penas privadas.

Também procuramos trazer a problemática atinente à noção das penas privadas, bem como a extrema diversidade existente entre as figuras incluídas no seu rol, não deixando de tecer breves comentários sobre algumas delas.

Por último, cuidamos da possibilidade de adoção dos *punitive damages* e/ou das penas privadas na responsabilidade civil brasileira.

Histórico

Antes de adentrarmos no debate atual suscitado pela adoção das penas privadas nos sistemas de direito romano-germânico, mister se faz uma breve análise da evolução da responsabilidade civil, eis que para a compreensão do referido debate é fundamental uma abordagem histórica.

Nas comunidades primitivas todo o dano causado às pessoas ou aos seus bens despertava nas vítimas o instinto de vingança, que inicialmente era uma vingança coletiva, a qual se caracterizava pela reação conjunta do grupo contra o agressor¹.

Nesse primeiro período, todo o grupo (clã, família ou tribo) reagia contra o causador da ofensa, sendo certo que muitas vezes a reação se dava não só contra o ofensor, mas também contra todo o grupo a que ele pertencia, o que chegava a gerar até mesmo guerras, valendo aqui o exemplo dado por Martinho Garcez Neto, ou seja, o rapto de Helena, que resultou na expedição dos gregos contra a cidade de Tróia².

Daí que inicialmente não havia limitação quanto à represália do ofendido, já que ficava a seu livre arbítrio o exercício da vingança, sua forma e sua extensão.

Dada a danosidade da vingança coletiva, passou-se para a vingança individual, reação individual, em que os homens faziam justiça pelas próprias mãos, sob a égide da Lei do Talião, ou seja, “olho por olho, dente por dente”³.

Ocorre que apesar da realização de justiça pelas próprias mãos, a “denominada Lei do Talião já representava um grande passo da referida evolução, pois estabeleceu uma rigorosa adequação entre a ofensa ou um dano sofrido e a vingança a que seu autor ficava exposto em razão de ato lesivo”⁴. Entretanto, não se pode deixar de observar que tal vingança se exercia cegamente contra o autor material do dano, sem importar a reparação do prejuízo nem a culpa do ofensor⁵, de forma que nesse último ponto estamos diante de caso de responsabilidade objetiva.

Assim, sob o império da paixão a conduta da vítima frente ao autor do fato lesivo perdia de vista a cul-

¹ Maria Helena DINIZ, *Curso de direito civil brasileiro*, p. 8.

² Martinho GARCEZ NETO, *Responsabilidade civil no direito comparado*, p. 24.

³ Maria Helena DINIZ, *Curso de direito civil brasileiro*, p. 8.

⁴ Martinho GARCEZ NETO, *Responsabilidade civil no direito comparado*, p. 23.

⁵ Jorge Bustamante ALSINA, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, p. 42.

* Juiz Federal Substituto, mestrando em direito civil na PUC-SP.

pabilidade, interessando mais o castigo do ofensor para satisfazer o espírito vingativo da vítima que a obtenção da reparação do dano sofrido⁶, o que era totalmente contraproducente, pois gerava duplo dano, o da vítima e o de seu ofensor. A “reparação” do dano se resumia, nas palavras de Washington de Barros Monteiro, à “retribuição do mal pelo mal”⁷.

No estágio seguinte, o da composição voluntária, a paixão humana se modera e o ofendido verifica que podia deixar de se vingar e, por conseguinte, estabelecer as condições mediante as quais o deixaria. “Assim, havia a possibilidade de um acordo entre o ofendido e o ofensor, mediante o qual o primeiro aceitava uma compensação de valor pecuniário (*compositio*), em lugar da vingança. Mas no início dependia exclusivamente do arbítrio do ofendido aceitar ou não tal resgate, bem como a fixação do seu montante”⁸.

Logo, naquela época as composições ainda eram puramente voluntárias, dependiam da verificação do fato de que seria mais conveniente entrar em acordo com o autor da ofensa, o qual prestaria uma pena (pagamento de certa quantia em dinheiro)⁹, ficando ainda em aberto a possibilidade do ofendido se vingar.

Todavia, pouco a pouco, foi prevalecendo o entendimento de que do delito nascia a obrigação de cumprir a dívida legal da composição, e que só no caso de não satisfazer essa dívida é que o ofendido tinha o direito de recorrer ao Talião¹⁰.

Com a consolidação das organizações políticas e o fortalecimento da autoridade, viu-se a necessidade da institucionalização das composições, fazendo-as obrigatórias para assegurar a tranquilidade pública. É o período da composição legal e do delito privado, onde o Estado fixava para cada delito certa soma de dinheiro que o ofendido deveria aceitar e o ofensor estava obrigado a pagar¹¹.

O passo seguinte se deu quando o Estado se tornou bastante forte a ponto de suprimir a própria com-

posição, como suprimiu a vingança, procedendo por si mesmo à repreensão¹².

Logicamente, essas transformações resultaram de uma longa evolução, não se verificando de forma instantânea e uniforme, observação também feita por Jean-Louis Gazzaniga: “l’histoire de la responsabilité est hésitante, faite d’avances et de retours en arrière, avec d’étonnantes permanences, notamment celle de la conception objective de la responsabilité”¹³.

Entretanto, de lado as vicissitudes do processo, tal desenvolvimento, que está intimamente ligado ao aperfeiçoamento da própria civilização, pode ser muito bem visualizado no tratamento dado pelos romanos aos delitos.

Realmente, em Roma, destaca Bustamante, a evolução passou da vingança privada para a pena privada de composições, primeiro voluntária e depois obrigatória, até chegar à época de Justiniano a distinção entre as ações puramente penais e as ações reipersecutórias por danos e prejuízos¹⁴.

No estágio mais primitivo os romanos viam o devedor como uma coisa do credor, o qual podia massacrá-lo, encerrá-lo em prisão doméstica e transformá-lo em escravo¹⁵, o que demonstrava justamente o livre arbítrio, o exercício da vingança. No entanto, “com a *Lex Poetelia Papiria* (326 a.C.), que limitou a incidência da responsabilidade civil ao patrimônio do ofensor”¹⁶, foram suprimidos os castigos corporais aplicados até então.

De acordo com Bustamante, a Lei das Doze Tábuas, elaborada no ano 305, já demonstrava a transição da composição voluntária para a composição legal, não estando compelida a vítima a aceitar a composição fixada¹⁷.

⁶ *Ibid.*, p. 28.

⁷ Washington de Barros MONTEIRO, *Curso de direito civil*, p. 385.

⁸ Thomas MARKY, *Curso elementar de direito romano*, p. 134.

⁹ Maria Helena DINIZ, *Curso de direito civil brasileiro*, p. 09.

¹⁰ Martinho GARCEZ NETO, *Responsabilidade civil no direito comparado*, p. 26.

¹¹ Jorge Bustamante ALSINA, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, p. 28.

¹² *Ibid.*, p.29.

¹³ Jean-Louis GAZZANIGA, *Les métamorphoses historiques de la responsabilité*, p. 3.

¹⁴ Jorge Bustamante ALSINA, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, p. 31.

¹⁵ Martinho GARCEZ NETO, *Responsabilidade civil no direito comparado*, p. 25.

¹⁶ Gustavo TEPEDINO; Anderson SCHREIBER. As penas privadas no direito brasileiro. In: Flavio GALDINO; Daniel SARMENTO (org.). *Direitos fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*, p. 500.

¹⁷ Jorge Bustamante ALSINA, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, p. 31.

Neste ponto, vale destacar que a soma (*poena*), que constituía a composição na Lei das Doze Tábuas, era uma pena privada¹⁸, expressão que no direito romano clássico correspondia à forma de punição dos delitos, conceito derivado do *ius civile*, que se diferenciava do *crimen*, ou seja, o ato contrário ao direito e punido pelo Direito Penal¹⁹.

Posteriormente, durante as lutas entre patrícios e plebeus (287 A.C.), foi editado um plebiscito proposto pelo tribuno Aquilius, o qual objetivava reprimir os *damnum iniuria datum*. É a Lei Aquilia, que instituiu a ação única, na época formulária e regida pelas regras da ação penal²⁰.

Mais tarde, o alcance da Lei Aquilia foi ampliado pelos pretores, mas os romanos não formularam nunca uma regra geral de responsabilidade civil²¹, como a que encontramos no Código Civil brasileiro de 2002.

Na época de Justiniano foi feita a distinção entre as ações reipersecutórias, ações penais propriamente ditas e ações mistas (penais e reipersecutórias)²².

Apesar disso, faltou ao direito romano a separação nítida entre a punição e o ressarcimento do dano, eis que a consequência jurídica do delito era apenas a sua punição, e esta punição servia também para satisfazer o ofendido do dano que sofrera²³.

Com o fim do Império Romano do Ocidente o direito romano foi “reduzido a um direito consuetudinário provinciano, o ‘direito romano vulgar’, que prevalecia na Itália e no Sul da França”. É que a obra legislativa de Justiniano, o legado mais importante do direito romano, não entrou em vigor no Ocidente, permanecendo desconhecida durante os primeiros séculos da Idade Média, “devido ao total isolamento do Ocidente e ao fracasso de Justiniano em reconquistar territórios invadidos pelos germânicos”²⁴.

Não existia na França, nas leis bárbaras do período, um princípio geral em matéria de responsabilidade civil, tendo imperado durante muito tempo a composição legalmente obrigatória²⁵, o que era um retrocesso em comparação ao estágio de desenvolvimento que já tinha sido alcançado anteriormente pelo direito romano.

Mais adiante, não obstante a influência dos canonistas, a base dos conceitos de delito e de indenização veio a ser constituída pelas noções recolhidas nas fontes romanas de Justiniano, quando o Ocidente redescobriu o direito romano. A evolução dos conceitos jurídicos nesse período teve consequências em relação à Lei Aquilia, pois se passou a diferenciar a responsabilidade civil da penal²⁶, distinção esta que se deu na França somente por volta do século XII²⁷.

Desta feita, o que marcou a Idade Média foi “a estruturação da idéia de dolo e culpa *stricto sensu*, seguida de uma elaboração da dogmática da culpa, distinguiu-se a responsabilidade civil da pena”²⁸.

Avançando no tempo, o movimento das Codificações europeias, com início no século XVIII, produziu consequências da maior importância para a responsabilidade civil, contratual ou aquiliana.

Os três principais códigos desse período foram o prussiano, o austríaco e o francês, este último de influência marcante nos códigos posteriores, inclusive no brasileiro²⁹.

Os redatores do Código Civil francês, anota Bustamante, seguiram o rio do antigo direito, estabelecendo definitivamente a distinção entre pena (sanção repressiva) e reparação civil do dano (sanção ressarcitória). Em tal código a obrigação de responder é uma sanção ressarcitória e não repressiva, consistindo na reparação do dano causado³⁰.

¹⁸ *Ibid.*, p. 31.

¹⁹ Judith MARTINS-COSTA; Mariana Souza PARGENDLER, *Us et abus de la fonction punitive*, p. 1153.

²⁰ Jorge Bustamante ALSINA, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, p. 33.

²¹ *Ibid.*, p. 36.

²² *Ibid.*, p. 32.

²³ Thomas MARKY, *Curso elementar de direito romano*, p. 133.

²⁴ R. C. van CAENEGEM, *Introduction historique au droit privé*, p. 18/19.

²⁵ Jorge Bustamante ALSINA, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, p. 47.

²⁶ Martinho GARCEZ NETO, *Responsabilidade civil no direito comparado*, p. 29.

²⁷ Jorge Bustamante ALSINA, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, p. 47.

²⁸ Maria Helena DINIZ, *Curso de direito civil brasileiro*, p. 09.

²⁹ Martinho GARCEZ NETO, *Responsabilidade civil no direito comparado*, p. 31.

³⁰ Jorge Bustamante ALSINA, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, p. 50/51.

No mesmo sentido asseveram Judith Martins-Costa e Mariana Souza Pargendler: “Le Code civil français, modele paradigmatique de la codification moderne, avait déjà introduit la separation rigoureuse entre la matière civile et les types penaux; distinction que avait déjà commencé par le choix de créer différents documents législatifs pour chacune de ces disciplines”³¹.

Por conseguinte, os princípios cristalizados no Código Napoleônico revolucionaram a concepção de responsabilidade civil, a qual, hodiernamente, não guarda, segundo Martinho Garcez Neto, vínculo com o direito romano³².

Não há dúvida que a progressiva exclusão de normas e princípios de caráter repressivo do direito civil resultou, assim, como um fato consolidado, que permaneceu incontestado durante um longo período, não se admitindo a utilização de penas no direito privado, as quais estavam restritas ao direito penal.

Malgrado o firme posicionamento da doutrina e jurisprudência, em 1904, Louis Huguenev publicou o seu ensaio intitulado *L’idée de peine privée en droit contemporain*, procurando revisar o conceito da cláusula penal e de outros modelos do direito privado com um enfoque dissociado da idéia de reparação e conectado a um cunho sancionatório³³.

Durante algum tempo a polêmica ficou adormecida, mas Boris Starck, em 1947, na França, já profetizava sua renascença³⁴, o que de fato ocorreu, pois nas décadas que se seguiram vários autores se debruçaram sobre o tema, sobretudo no campo das lesões a interesses coletivos e extrapatrimoniais, uma vez que os instrumentos tradicionais da responsabilidade civil não estavam solucionando os novos problemas surgidos.

O renascimento das penas privadas nos sistemas de tradição romano-germânica

³¹ Judith MARTINS-COSTA; Mariana Souza PARGENDLER, Us et abus de la fonction punitive, p. 1156.

³² Martinho GARCEZ NETO, *Responsabilidade civil no direito comparado*, p. 37.

³³ Nelson ROSENVALD, *Cláusula Penal – A redescoberta da pena privada nas relações negociais*, p. 222.

³⁴ Judith MARTINS-COSTA; Mariana Souza PARGENDLER, Us et abus de la fonction punitive, p. 1167.

Considerando a evolução da responsabilidade civil nos sistemas de direito romano-germânico, que culminou com a separação entre a responsabilidade civil e a penal, bem como entre a reparação no âmbito civil e a punição no âmbito penal, poderia parecer uma barbaridade qualquer medida tendente à adoção de penas privadas na seara do direito civil, instituto que já era dado como sepultado por renomados juristas como Von Jhering, para quem “l’histoire de la peine privée est l’histoire de sa décadence”³⁵.

Entretanto, a verdadeira revolução tecnológica ocorrida na sociedade humana no século XX, o desenvolvimento dos direitos da personalidade, dos direitos coletivos, a recente preocupação da civilística com a justiça distributiva, bem como a tendência à despenalização de muitas condutas, entre elas a tutela da honra e da reputação, estão a demonstrar a insuficiência das soluções oferecidas pelos meios ressarcitórios, necessitando o ordenamento jurídico ir além da reparação propriamente dita e investir em outros meios repressivos, obviamente sem recorrer ao extremo do direito penal³⁶.

Na mesma linha, assevera Massimo Bianca que a atualidade do tema das penas privadas “nasce da exigência de pesquisar outros remédios de tutela privada externos daquele tradicional do ressarcimento do dano, que constitui freqüentemente uma resposta insuficiente diante dos vários eventos lesivos dos interesses juridicamente relevantes”³⁷.

Com isso, fica evidente que o escopo ressarcitório não é capaz de atuar sob o ponto de vista preventivo-sancionatório para desestimular condutas ilícitas, pois é muito cômodo para o potencial causador de um dano ter o conhecimento de que o descumprimento do dever de conduta (seja por um ato ilícito como por um inadimplemento) ficará limitado ao montante dos prejuízos causados, e nada mais³⁸.

Aliás, isso não é diferente no Brasil, eis que vários entes privados praticam atos contrários ao direito

³⁵ *Ibid.*, p. 1149.

³⁶ Nelson ROSENVALD, *Cláusula Penal – A redescoberta da pena privada nas relações negociais*, p. 224.

³⁷ Massimo Cesare BIANCA, *Realtà sociale ed effettività della norma*, Vol. II, Tomo II, p. 805.

³⁸ Nelson ROSENVALD, *Cláusula Penal – A redescoberta da pena privada nas relações negociais*, p. 223.

e mesmo assim, não obstante o pagamento de indenização, saem lucrando, como é o caso das empresas de cartão de crédito, enviando cartões a pessoas que não eram clientes, e as instituições bancárias, não dando a segurança devida aos usuários, haja vista que poucos procuravam o Judiciário e quando logravam êxito a indenização recebida é de valor reduzido.

Nesse contexto, assevera Nelson Rosenvald que “A pena privada atua como uma resposta a essa lacuna na teoria da responsabilidade civil. Em certos domínios ela se faz necessária, deferindo ao credor ou ao lesado a percepção de um montante superior ao dano efetivo. Mais do que reparação, cuida-se de um misto de prevenção de atuações ilícitas e punição pela ofensa a um dever ou obrigação. Mais do que acautelar e sancionar, ela reafirma a prevalência da pessoa e de sua especial dignidade como referências do Estado Democrático de Direito”³⁹.

Outrossim, como já fizemos alusão no início do tópico, soma-se aos novos desafios enfrentados pelo direito civil a perspectiva atual do direito penal, que somente atua como *extrema ratio*, ou seja, de forma subsidiária, somente quando a via administrativa e a cível forem insuficientes, quando não houver outro remédio⁴⁰.

Assim, haja vista o recuo do direito penal, abre-se espaço para o direito civil, porém, tal campo não pode ser tratado de forma tradicional, mas sim conferindo efeito dissuasivo ao direito civil, eis que era justamente esse o efeito esperado pelo até então tratamento dado pelo direito penal.

Aqui estamos diante de um dos pontos favoráveis à pena privada em relação à justiça criminal, que de acordo com Suzane Carval, citada por Nelson Rosenvald, é justamente a não existência do caráter estigmatizante, não marcando indelevelmente o ofensor punido⁴¹.

É de se destacar ainda, na linha do exposto, que muitos autores, como, por exemplo, Paulo Gallo, defendem a aplicação das penas privadas exatamente naqueles casos em que a mera indenização não resolve

o problema, o que evidencia a busca de remédios preventivo-sancionatórios, que objetivem desestimular condutas ilícitas, senão vejamos as hipóteses elencadas pelo autor: “1) nos casos de responsabilidade civil sem dano perceptível, ou seja, quando o comportamento lesivo não causa danos ao menos de natureza econômica imediatamente perceptíveis ou quantificáveis; 2) nas situações em que há excesso de vantagens auferidas mediante o fato ilícito em relação aos danos; 3) nas situações em que a probabilidade de ser condenado em concreto a reparar os danos é inferior em relação à probabilidade de causar danos, isto é, sempre que o dano for muito difuso e apenas parte das vítimas agir em Juízo; 4) nas hipóteses de lesões menores, pelos chamados crimes de bagatela”⁴².

Destarte, tenho que a redescoberta da pena privada tem certa origem emocional, frente à angustiada constatação da enorme quantidade de delitos que permaneciam sem punição, constituindo o poder punitivo uma espécie de compensação psicológica, evitando-se que o privado substitua o Estado no exercício da função repressiva⁴³.

Apesar de tudo, o tema está longe de ser unanimidade na doutrina e na jurisprudência, já que muitos defendem que os novos desafios surgidos podem ser resolvidos sem a utilização das penas privadas, muitas vezes por meio até mesmo do uso de mecanismos do direito administrativo, tendo inclusive Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber destacado que “juntamente com as penas privadas, gravita em torno da dogmática tradicional uma série de outras alternativas para se ampliar a efetividade das normas jurídicas, cuja aplicação pode se verificar mais apropriada e mais eficiente para a solução dos novos problemas”⁴⁴.

Todavia, não obstante o verdadeiro tumulto que gira hodiernamente em torno do tema das penas privadas, preferimos ficar com as palavras de Francesco Donato Busnelli, que enfatiza, em aprofundado estudo, que a redescoberta das penas privadas, instituto que

³⁹Nelson ROSENVALD, *Cláusula Penal – A redescoberta da pena privada nas relações negociais*, p. 225.

⁴⁰*Ibid.*, p. 227.

⁴¹*Ibid.*, p. 228.

⁴²Renata Chade Cattini MALUF, *O aspecto punitivo da reparação do dano moral*, p. 140.

⁴³Ugo MAJELLO. *Pena privada e responsabilità civile*. In: Francesco D. BUSNELLI; Gianguido SCALFI (org.). *Le pene private*, p. 333.

⁴⁴Gustavo TEPEDINO; Anderson SCHREIBER. As penas privadas no direito brasileiro. In: Flavio GALDINO; Daniel SARMENTO (org.). *Direitos fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*, p. 523.

se colocava em estado de letargia e era vítima de hostilidade, hoje se converte em alternativa civil à tutela penal, a fim de restituir a credibilidade a um sistema que encontrava o seu frágil equilíbrio em uma artificial união entre a intransigência penal e a tolerância civil⁴⁵.

Os *punitive damages da common law*

A *common law* se desenvolveu de forma diversa do sistema da *civil law*, de maneira que também no campo dos *torts*, que correspondem à responsabilidade civil do sistema continental, isso ocorreu.

Dentro do modelo construído pelo direito inglês medieval o autor de um dano era punido pela imposição de uma reparação equivalente a um múltiplo do valor do dano sofrido pela vítima, a qual tinha à sua disposição uma ação civil⁴⁶.

A primeira previsão de indenização múltipla no direito anglo-saxão foi o *Statute of Councester*, de 1278. Entretanto, a doutrina dos *exemplary damages* somente foi criada, conforme expõem Judith Martins-Costa e Mariana Souza Pargendler, no século XVIII, como um meio para justificar a atribuição de uma indenização quando não havia dano tangível, ou seja, nos casos de danos extrapatrimoniais⁴⁷.

Em 1760, ainda de acordo com as autoras acima mencionadas, “algumas Cortes inglesas começaram a explicar as grandes somas concedidas pelos júris nos casos graves como a compensação do autor pela *mental suffering, wounded dignity e injured feeling*. Essa indenização adicional por dano à pessoa era referida como *exemplary damages* pelas Cortes, que justificavam a condenação afirmando que as indenizações elevadas tinham não somente o objetivo de compensar o lesado pelo dano intangível sofrido, mas também punir o ofensor pela conduta ilícita”⁴⁸.

Entretanto, na verdade, as funções compensatória e punitiva foram confundidas pelas Cortes inglesas e norte-americanas até a metade do século XIX, quando “a função originariamente compensatória dos

exemplary damages foi transferida aos *actual damages*, e as Cortes foram levadas a falar de *exemplary damages* exclusivamente em termos de *punishment e deterrence*”⁴⁹.

Assim, do breve esboço histórico apresentado observamos que enquanto as penas privadas tinham sido praticamente abolidas dos sistemas de tradição romano-germânica, os *punitive damages* estavam em pleno florescimento nos países que adotavam o sistema da *common law*.

Na atualidade os danos são classificados na *common law* como *nominal damages, compensatory damages e punitive damages*, sendo os últimos também chamados, de acordo com o dicionário norte-americano Black’s Law Dictionary, referido por Renata Chade Cattini Maluf, de *exemplary damages, vindictive damages, punitive damages, presumptive damages, added damages, aggravated damages, speculative damages, imaginary damages, smart money e punies*⁵⁰.

O ressarcimento e a compensação dos prejuízos cabem aos *compensatory damages* ou danos compensatórios, protestando o autor em ação de *tort* por alívio financeiro (*relief*) e pedindo valores a título de compensação⁵¹. No Brasil os *compensatory damages* correspondem aos danos materiais e morais.

A sua finalidade, portanto, nas palavras de Renata Chade Cattini Maluf “é de compensar a vítima pelo mal sofrido, restituindo-a ao estado anterior através da compensação com determinada soma de dinheiro fixada de acordo com as peculiaridades do caso concreto”⁵².

Já os *nominal damages* têm como objetivo a reparação simbólica de ofensas superficiais, reconhecendo-se a existência da tutela jurídica com a fixação de uma resposta jurídica simbólica. Essa categoria lembra muito os casos em que os tribunais franceses concluíram ações fundadas em dano moral com a condenação simbólica de “um franco”⁵³.

⁴⁵Nelson ROSENVALD, *Cláusula Penal – A redescoberta da pena privada nas relações negociais*, p. 225.

⁴⁶Judith MARTINS-COSTA; Mariana Souza PARGENDLER, *Us et abus de la fonction punitive*, p. 1157.

⁴⁷*Ibid.*, p. 1157/8.

⁴⁸*Ibid.*, p. 1158.

⁴⁹*Ibid.*, p. 1158/9.

⁵⁰Renata Chade Cattini MALUF, *O aspecto punitivo da reparação do dano moral*, p. 126.

⁵¹Arnaldo Sampaio de Moraes GODOY, *Direito nos Estados Unidos*, p. 164.

⁵²Renata Chade Cattini MALUF, *O aspecto punitivo da reparação do dano moral*, p. 126.

⁵³*Ibid.*, p. 126 e 135.

Por outro lado, os *punitive damages* correspondem à “indenização de caráter exemplar ou punitivo, estabelecida como resposta jurídica ao comportamento do ofensor e como mecanismo de defesa de interesses socialmente relevantes. É geralmente fixada em casos extremos, envolvendo dolo e culpa grave por parte do ofensor, constituindo-se em valor muito superior ao estipulado a título de danos materiais e morais”⁵⁴.

Na mesma linha, assevera Anderson Schreiber que os *punitive damages* têm como finalidade a punição do ofensor através de uma indenização adicional assegurada à vítima, não se tratando simplesmente de compensação dos danos sofridos⁵⁵.

De tal arte, fica claro que os *torts* promovem indenizações compensatórias e punitivas, consistindo as últimas justamente na peculiaridade da *common law*, ou seja, “nell’ammettere che per determinati atti illeciti l’ammontare della condanna non debba essere commisurata all’entità dei danni, ma alla gravità della colpa (*punitive damages*)”⁵⁶.

Ocorre que, interessados pelos *punitive damages*, que não tinham correspondente nos países da *civil law*, começaram os operadores do direito de origem romano-germânica a voltar os olhos para os Estados Unidos, onde a responsabilidade civil punitiva, dentro da *common law*, é mais desenvolvida, tanto que o valor condenatório a ela correspondente independe da indenização pelos prejuízos que tenham sido constatados, uma vez que seu propósito é o de punir o agente⁵⁷.

Todavia, o estudo da *common law*, especialmente do Direito norte-americano, revelou a existência de vários exemplos de abusos no âmbito dos denominados *punitive damages*, valendo destacar, entre eles, o caso da Sra. Stella Liebeck, que foi inclusive divulgado na imprensa internacional. “Essa idosa senhora, de 79 anos de idade, comprou um café no *drive-through* de uma lanchonete McDonald’s. Ao dar partida no seu carro derramou o líquido em si mesma, vindo a sofrer queimaduras. O McDonald’s recusou-se a indenizá-la

espontaneamente. Na Justiça, um Júri do Tribunal de Albuquerque, no Estado do Novo México, condenou a empresa a pagar cerca de U\$3 milhões por danos (morais) punitivos, quantia esta posteriormente reduzida a U\$540 mil em virtude de a vítima ter contribuído com sua conduta para o acidente”⁵⁸.

Ora, o exemplo acima mencionado não se trata de caso isolado, de maneira que muitos Estados americanos, em razão das severas críticas e continuadas restrições, tem procurado aperfeiçoar o sistema. Nessa linha, na Califórnia os *punitives damages* foram restritos aos casos em que há inequívoca demonstração dolosa ou maliciosa do ofensor, o que está se tornando uma tendência, informando Anderson Schreiber que “onze Estados americanos já editaram leis limitando expressamente a incidência das indenizações punitivas”⁵⁹.

Além disso, a própria Suprema Corte dos Estados Unidos tem procurado fixar certos parâmetros visando reduzir a chamada “indústria das indenizações milionárias”, decidindo inclusive instruir as outras Cortes a considerar três diretivas na fixação dos *punitive damages*, a saber: 1) o grau de reprovação da conduta do acusado; 2) a disparidade entre o prejuízo efetivo ou potencial sofrido pelo autor e os *punitive damages*; e 3) a diferença entre os *punitive damages* concedidos pelo júri e as multas civis autorizadas ou impostas em casos semelhantes⁶⁰.

No entanto, o problema da fixação de valores exacerbados deriva também do julgamento pelo júri popular⁶¹, que tradicionalmente no sistema jurídico norte-americano tem grande importância.

Atenta a isso, Suzanne Carval, citada por Renata Chade Cattini Maluf, aduz que “são necessárias reformas processuais que visem reduzir o poder quase-discricionário que os júris populares dispõem em matéria de cálculo das indenizações punitivas”⁶².

⁵⁴ *Ibid.*, p. 127.

⁵⁵ Anderson SCHREIBER, *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*, 199.

⁵⁶ Paulo TESAURO; Giorgio RECCHIA, *Origini ed evoluzione del modello dei “Torts”*, p. 152.

⁵⁷ Renata Chade Cattini MALUF, *O aspecto punitivo da reparação do dano moral*, p. 128.

⁵⁸ José Jairo GOMES, *Responsabilidade Civil e Eticidade*, p. 296.

⁵⁹ Anderson SCHREIBER, *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*, 203/204.

⁶⁰ Judith MARTINS-COSTA; Mariana Souza PARGENDLER, *Us et abus de la fonction punitive*, p. 1162.

⁶¹ Renata Chade Cattini MALUF, *O aspecto punitivo da reparação do dano moral*, p. 128.

⁶² *Ibid.*, p. 130.

Aliás, não se pode deixar de ressaltar que o “fato de ser crescentemente aceita a idéia de pena privada no direito europeu contemporâneo não significa que seja pacífica sua adoção nos moldes da *common law*. Muito pelo contrário. Mesmo na França e na Itália, onde são mais expressivas as produções científicas nesse sentido, há resistência em receber a instituição”⁶³.

Portanto, entendemos que antes de qualquer movimento no sentido da adoção ou não dos *punitive damages* nos países de tradição romano-germânica, o que somente se dará, pelo menos no Brasil, através da via legislativa, necessária se faz a pesquisa das vantagens e desvantagens do sistema, para que se procure aperfeiçoá-lo em caso de eventual adoção, descartando-se os problemas dele decorrentes, particularmente a questão das indenizações milionárias.

A ausência de consenso em relação ao conceito de penas privadas

A noção exata das penas privadas é um tema bastante controvertido nos países de direito de tradição romano-germânica, de maneira que para que determinadas figuras sejam consideradas ou não penas privadas tudo dependerá da amplitude que se dá ao conceito.

Da leitura de textos produzidos sobre o assunto pode-se verificar que há uma extrema diversidade entre as figuras incluídas no rol das penas privadas, ou seja, figuras que são classificadas como penas privadas por determinados autores são excluídas desse rol por outros autores, não se tratando, portanto, de assunto pacífico na doutrina.

Atentos à questão, Tepedino e Schreiber destacam que “Por vezes, procura-se restringir a noção de penas privadas às sanções dirigidas à tutela de um interesse privado. Em outros casos, a terminologia compreende todas as sanções cujos efeitos se verifiquem no âmbito do direito privado — ainda, portanto, que tenham como finalidade tutelar um interesse público. A dificuldade de identificar a natureza do interesse tutelado, em um direito privado caracterizado pela intervenção estatal e pela sua interpenetração com o direito público, acaba por privilegiar as definições vol-

tadas não já para o objetivo da tutela, mas para a fonte das sanções. Assim, sustenta-se que penas privadas são aquelas criadas por um sujeito de direito privado, pela autonomia privada, o que excluiria o vasto leque de sanções de origem imediatamente legislativa, reduzindo sensivelmente o campo do instituto. A meio caminho, tem-se proposto considerar como penas privadas não apenas as sanções criadas pela autonomia privada, mas também aquelas deixadas à sua iniciativa, ainda que tenham fonte legislativa ou judicial”⁶⁴.

Diante da falta de um tratamento sistemático da matéria, da multiplicidade das figuras inseridas sob a expressão penas privadas e da diversidade de estruturas e funções apresentadas pelas mesmas, os autores acima referidos chegam até mesmo a suspeitar da sua utilidade⁶⁵.

Entretanto, Grazia Baratella, citada por Nelson Rosendal, explica que “esta diversidade de elementos não mina a autônoma relevância da categoria, pois o gênero das sanções civis comunga um mesmo denominador: a tutela do credor/ofendido através da punição do devedor/ofensor, pela iniciativa e em benefício dos primeiros”⁶⁶.

Assim sendo, “em comum a todas as medidas há o traço punitivo a um comportamento grave de particulares, que é realizado pelo direito privado com a finalidade de conceder um benefício a outros particulares, mesmo quando a pena privada não for fruto de um ato de autonomia, mas de uma decisão judicial. Há um propósito punitivo pela via de atuação do direito privado”⁶⁷.

Logo, apesar da dificuldade quanto à noção exata da pena privada, o certo é que a coerção e a punição são as suas duas faces. A primeira, *ex ante*, é perseguida por uma persuasão e um desestímulo à prática do ilícito e a segunda, a *posteriori*, situa-se na condenação do

⁶³ *Ibid.*, p. 142/143.

⁶⁴ Gustavo TEPEDINO; Anderson SCHREIBER. As penas privadas no direito brasileiro. In: Flavio GALDINO; Daniel SARMENTO (org.). *Direitos fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*, p. 515.

⁶⁵ Gustavo TEPEDINO; Anderson SCHREIBER. As penas privadas no direito brasileiro. In: Flavio GALDINO; Daniel SARMENTO (org.). *Direitos fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*, p. 522.

⁶⁶ Nelson ROSENVALD, *Cláusula Penal – A redescoberta da pena privada nas relações negociais*, p. 245/246.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 227.

devedor por meio de uma prestação de que não guarda relação econômica com um equivalente ao dano que o descumprimento produziu ou com o mero retorno ao estado anterior⁶⁸.

Daí que na classificação proposta por Paolo Gallo, “a pena privada em sentido estrito seria subdivida em pena privada negocial, legislativa e judicial. A pena negocial conduziria a autonomia privada das partes, como a cláusula penal, penas testamentárias e sanções disciplinares previstas em estatutos de pessoas jurídicas privadas; a pena legislativa poderia ser ilustrada nas sanções ambientais e na violação de regulamentos condominiais; a pena judicial é a cominada pelo magistrado independentemente de um ato de autonomia privada ou uma disposição legislativa. Prepondera aqui a fixação dos danos extrapatrimoniais punitivos ou das *astreintes*”⁶⁹.

Ora, da análise da classificação supra-referida, fica fácil constatar que são múltiplas as normas em que se reconhece um caráter adicional ao ressarcitório, de maneira que o modelo das penas privadas não se trata de algo singelo, mas de uma constelação de medidas diversas provenientes de fontes diferentes, o que, não coloca em cheque o instituto, visto que em comum existe o traço punitivo a um comportamento grave de particulares.

Neste ponto vale a transcrição dos ensinamentos de Paolo Cendon, para quem: “Il nocciolo essenziale, ad ogni modo, mi sembra debba essere una ricerca del punto di equilibrio – che può essere più utile – fra cifra generale e singole fattispecie afflittive. E credo allora che l’approdo più rispettoso della complessità attuale dell’istituto, e della sua stessa storia, consista proprio nel concepire il territorio della pena privata non già come un regno assoluto, bensì come una confederazione di sottoinsiemi distinti; l’accertazione, insomma, della pacifica coesistenza fra i vari gruppi di materiali che è possibile individuare, particolarmente, nell’ambito contrattuale, oppure in quello societario, o ancora nel diritto del lavoro, o invece nel campo della responsabilità civile, e via di seguito: senza la pretesa di assegnare lo scettro a un settore piuttosto che a un altro, e senza, al tempo stesso, l’illusione di riuscire a

fondere tutti i frammenti che si incontrano entro uno stampo unitario e ben preciso”⁷⁰.

Aliás, no ordenamento jurídico brasileiro, a exemplo do que ocorre em outros países de tradição romano-germânica, as chamadas penas privadas também não encontram tratamento sistemático⁷¹.

Ademais, intimamente ligada à própria noção de pena privada está o fato de que vários autores, como Suzanne Carval, a maior divulgadora da pena privada na atualidade, não se conformam com um ponto de aplicação tão restrito como o dolo, bem como não concordam, por outro lado, com a aplicação da pena privada para as hipóteses de faltas simples, sob pena de perder sua eficácia⁷².

Já Paolo Gallo, na Itália, mencionado por Renata Chade Cattini Maluf, entende não ser conveniente recorrer às penas privadas na presença da culpa, mas apenas nos casos de dolo, porque “a cominação de sanções penais conduziria a uma excessiva elevação dos níveis das medidas preventivas, com conseqüente excessiva prevenção e aumento do custo social global, sem contar com o efeito translativo de riqueza em favor do sujeito lesado”⁷³.

Diversamente, mas ainda na Itália, afirma Paolo Cendon que “già nel nostro attuale ordinamento, e in ogni caso come linea di tendenza, una misura quale la pena privata risulta pienamente ammissibile e giustificata soltanto in presenza di una condotta dolosa o gravemente colposa dell’autore: o comunque, volendo assumere il punto di vista del legislatore, soltanto dinanzi a quei comportamenti che l’esperienza insegna essere normalmente inscindibili, nel momento in cui sono posti in essere, dall’intenzione o dalla coscienza del danno”⁷⁴.

⁷⁰ Paolo CENDON, *Responsabilità civile e pena privata*. In: BUSNELLI, Francesco D.; SCALFI, Gianguido (org.). *Le pene private*, p. 294/295.

⁷¹ Gustavo TEPEDINO; Anderson SCHREIBER. As penas privadas no direito brasileiro. In: Flavio GALDINO; Daniel SARMENTO (org.). *Direitos fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*, p. 500.

⁷² Renata Chade Cattini MALUF, *O aspecto punitivo da reparação do dano moral*, p. 167.

⁷³ *Ibid.*, p. 168.

⁷⁴ Paolo CENDON, *Responsabilità civile e pena privata*. In: BUSNELLI, Francesco D.; SCALFI, Gianguido (org.). *Le pene private*, p. 296.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 248.

⁶⁹ Nelson ROSENVALD, *Cláusula Penal – A redescoberta da pena privada nas relações negociais*, p. 227.

Com isso, mais uma vez estamos diante de um conflito doutrinário, o qual diz respeito justamente a um ponto fundamental das penas privadas, ou seja, saber se sua aplicação decorre apenas de condutas dolosas ou se também é possível sua aplicação em condutas culposas.

Outrossim, dentro do conceito, mister se faz saber se a pena privada deve ser revertida à pessoa que sofreu a lesão, ou se pode ser revertida também a outro ente, eis que existem autores que defendem o recebimento da pena privada por entes filantrópicos, diversos da pessoa que sofreu o dano, justamente para que assim se evite qualquer alegação relacionada ao enriquecimento sem causa.

Diante de todo o exposto, o que procuramos no presente tópico não foi apresentar um conceito de penas privadas, mas ressaltar que a multiplicidade de figuras abarcadas pelos vários conceitos existentes não é razão, por si só, para que se sepultem novamente as penas privadas. No entanto, alguns pontos precisam ser ajustados pela doutrina, pela jurisprudência e até mesmo pelo próprio legislador, para que o terreno das penas privadas se torne mais sólido e possa ser utilizado da forma mais proveitosa possível para a sociedade.

Algumas penas privadas presentes no ordenamento jurídico brasileiro

No ordenamento jurídico brasileiro encontramos normas legais que instituem reparações civis que correspondem a penas privadas, as quais são impostas a causadores de dano, porém sem relação necessária com a extensão do prejuízo causado.

Vamos tratar no presente tópico de algumas dessas penas privadas existentes no ordenamento jurídico brasileiro, sem a pretensão de exauri-las, mesmo porque, como vimos, o conceito de penas privadas é vacilante, de maneira que há muita controvérsia na classificação de muitas figuras jurídicas como penas privadas, mas trazemos aqui as mais visitadas pela doutrina.

a) Cobrança indevida de dívida.

Os arts. 939 e 940 do Código Civil cuidam das sanções impostas aos credores que demandarem judicialmente os seus devedores antes de vencida a dívida ou quando ela já houver sido paga.

No caso do art. 939 estabelece o Código que o credor ficará obrigado a esperar o tempo que faltava para o vencimento, a descontar os juros correspondentes, embora estipulados, e a pagar as custas em dobro.

Já no caso do art. 940 destaca-se a pretensão do devedor de haver o dobro do que lhe foi cobrado.

Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber lembram que “entre os exemplos usuais de normas de direito privado com caráter punitivo estão as que sancionam a cobrança indevida de dívida”.⁷⁵

Na mesma linha, assevera Carlos Roberto Gonçalves que “pode ser lembrada como exceção ao princípio de que nenhuma indenização será devida se não tiver ocorrido prejuízo a regra do art. 940 do Código Civil, que obriga a pagar em dobro ao devedor quem demanda dívida já paga, como uma espécie de pena privada pelo comportamento ilícito do credor, mesmo sem prova de prejuízo”⁷⁶.

Deve-se observar, ainda, que o próprio art. 941 do Código Civil, corretamente por sinal, usando aqui as palavras de Nelson Rosenvald, refere-se às aludidas sanções como “penas”⁷⁷.

Outrossim, alinha-se às penas privadas previstas nos arts. 939 e 940 do Código Civil aquela constante do art. 42 do Código de Defesa do Consumidor, dispositivo que preceitua que o consumidor que for cobrado por quantia indevida tem o direito de exigir, além da repetição do indébito, um valor igual “ao dobro” do que pagou em excesso⁷⁸.

Todavia, apesar de estarmos diante de uma das figuras em que a doutrina é mais uníssona no sentido de se tratar de uma pena privada, mesmo assim a matéria não está isenta de controvérsias, de forma que não podemos deixar de trazer os questionamentos postos por Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber: “Embora normas assim possam ser, objetivamente, classificadas como hipóteses de pena privada, seu efetivo intui-

⁷⁵Gustavo TEPEDINO; Anderson SCHREIBER. As penas privadas no direito brasileiro. In: Flavio GALDINO; Daniel SARMENTO (org.). *Direitos fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*, p. 503.

⁷⁶Carlos Roberto GONÇALVES, *Direito civil: direito das obrigações: parte especial, volume 6, tomo II*, p. 18.

⁷⁷Nelson ROSENVALD, *Cláusula Penal – A redescoberta da pena privada nas relações negociais*, p. 231.

⁷⁸*Ibid.*, p. 233.

to punitivo é contestável, uma vez que, encontrando origem em um contexto averso à reparação do dano extrapatrimonial, podem ser consideradas, igualmente, reminiscências de um meio alternativo para o ressarcimento de prejuízo então juridicamente irreparável, a configurar, de maneira oblíqua, uma espécie de pré-liquidação de danos morais. Tais normas possuem, em síntese, uma estrutura de pena privada, mas sua função não necessariamente deve ser considerada punitiva”⁷⁹.

b) Multas em condomínio edilício.

Ao tratar do condomínio edilício, o novo Código Civil prevê que a violação dos deveres arrolados no art. 1.336, II a IV, gera o dever de pagar multa estipulada no ato constitutivo, ou convenção de condomínio, a qual não poderá ser superior a cinco vezes ao valor da taxa condominial mensal, independentemente das perdas e danos que se apurarem (arts. 1.336 e 1.337).

Trata-se de hipótese comumente inserida pela doutrina no rol das penas privadas.

Aduz Nelson Rosenvald que “o legislador não utilizou o vocábulo ‘pena’, mas a natureza de sanção civil é evidente, pois a multa é devida independentemente das perdas e danos que se apurarem”⁸⁰.

Igualmente, asseveram Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber que “a imposição ao condômino de multas correspondentes até ao quádruplo ou décuplo do valor de sua contribuição para as despesas condominiais já seria suficiente para evidenciar a desvinculação com qualquer prejuízo eventualmente causado ao condomínio. O legislador foi, todavia, ainda mais explícito, acrescentando que a sanção se aplica ‘independentemente das perdas e danos que se apurem’”⁸¹.

Ademais, a norma que prevê que “não havendo disposição expressa, caberá à assembléia geral, por dois terços no mínimo dos condôminos restantes, deliberar sobre a cobrança de multa” é aplaudida por aqueles que, como Paolo Gallo, admitem que a autonomia privada

das partes possa conduzir a um poder punitivo. Porém, é certo que apesar do legislador não ter previsto a interferência do Judiciário na imposição dessas multas pela autonomia privada, tal fato resta evidente do controle conferido a tal poder no que toca à legalidade e constitucionalidade dos atos jurídicos, particularmente para se coibir qualquer tipo de abuso por parte da maioria.

c) Penas de conteúdo não pecuniário. Indignidade para suceder, revogação de doação, e exclusão de associado.

No rol das penas privadas, costuma-se ainda inserir, com alguma divergência na doutrina, uma série de sanções de conteúdo não pecuniário, entre elas podemos destacar a revogação de doação por ingratidão do donatário, prevista no art. 557 do Código Civil, a exclusão da sucessão hereditária por indignidade do herdeiro, contemplada no art. 1.814 do Código Civil e a exclusão do integrante de associação, disciplinada no art. 57 do Código Civil⁸².

Nelson Rosenvald considera a exclusão dos sucessores por indignidade e deserdação, nos casos em que atentam contra a vida, honra e liberdade do *de cujus* ou de outros familiares próximos, como uma pena privada e ainda não admite que seus efeitos passem da pessoa do indigno ou deserddado⁸³.

Da mesma forma, expõe Maria Helena Diniz que “a indignidade vem a ser uma pena civil que priva do direito à herança não só o herdeiro, bem como o legatário que cometeu atos criminosos, ofensivos ou reprováveis, taxativamente enumerados em lei, contra a vida, honra e liberdade do *de cujus* (RT, 532:200, 231:222, 164:707, 126:692 e 145:693), ou de seus familiares”⁸⁴.

A revogação da doação por ingratidão do donatário é outra hipótese de pena privada de caráter negocial admitida pela doutrina, a qual tem fundamento ético semelhante ao da exclusão dos sucessores por indignidade e deserdação (art. 555, CC).

Todavia, como sabemos que indignidade para suceder e revogação de doação também não são pon-

⁷⁹Gustavo TEPEDINO; Anderson SCHREIBER. As penas privadas no direito brasileiro. In: Flavio GALDINO; Daniel SARMENTO (org.). *Direitos fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*, p. 505.

⁸⁰Nelson ROSENVALD, *Cláusula Penal – A redescoberta da pena privada nas relações negociais*, p. 231.

⁸¹Gustavo TEPEDINO; Anderson SCHREIBER. As penas privadas no direito brasileiro. In: Flavio GALDINO; Daniel SARMENTO (org.). *Direitos fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*, p. 507/508.

⁸²Gustavo TEPEDINO; Anderson SCHREIBER. As penas privadas no direito brasileiro. In: Flavio GALDINO; Daniel SARMENTO (org.). *Direitos fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*, p. 508/509.

⁸³Nelson ROSENVALD, *Cláusula Penal – A redescoberta da pena privada nas relações negociais*, p. 232.

⁸⁴Maria Helena DINIZ, *Código Civil anotado*, p. 1.483.

to pacífico na doutrina, trazemos para reflexão, o que torna o tema ainda mais apaixonante, a argumentação de Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber: “Embora todos estes casos sejam, habitualmente, inseridos sob a categoria das penas privadas, e possuam em comum o fato de se referirem a prestações não pecuniárias, um exame mais detido revela peculiaridades em cada uma das regras indicadas. Parece evidente, por exemplo, que, enquanto a norma relativa à revogação de doação destina-se à proteção exclusiva do doador, a exclusão de sucessão vem posta em defesa não apenas do *de cuius*, mas também dos demais sucessores, sendo assegurada sua legitimidade de agir. Em ambos os casos, entretanto, não se mostra incontestável que o objetivo do legislador tenha sido o de impor ao donatário, ao herdeiro ou ao legatário uma penalidade adicional àquela que o ordenamento já lhe reserva, por meio do direito penal. Ao contrário, parece razoável admitir que tenha apenas desejado evitar uma situação de inequidade, (i) que ocorreria, no caso do doador, se este fosse irreversivelmente vinculado a uma liberalidade praticada com base em uma situação fática que sofrera sensível alteração; e (ii) que viria a ocorrer também no caso da herança, sendo o patrimônio do *de cuius* destinado em parte a quem tenha atentado contra a sua personalidade, ou a quem tenha procurado interferir sobre a sua última vontade”⁸⁵.

Já no que atine às associações, de acordo com Massimo Bianca, “la pena privata sembra trovare la sua appropriata collocazione e la sua legittimazione”⁸⁶. No entanto, para Tepedino e Schreiber, no caso de exclusão de associação, “o caráter punitivo é ainda menos evidente, seja porque não há tipificação da conduta do associado a ser excluído, seja porque dificilmente se pode assumir que a integração de um indivíduo a um grupo associativo outorgue ao poder majoritário qualquer prerrogativa punitiva”⁸⁷.

⁸⁵ Gustavo TEPEDINO; Anderson SCHREIBER. As penas privadas no direito brasileiro. In: Flavio GALDINO; Daniel SARMENTO (org.). *Direitos fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*, p. 510.

⁸⁶ Massimo Cesare BIANCA, *Realtà sociale ed effettività della norma*, Vol. II, Tomo II, p. 808.

⁸⁷ Gustavo TEPEDINO; Anderson SCHREIBER. As penas privadas no direito brasileiro. In: Flavio GALDINO; Daniel SARMENTO (org.). *Direitos fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*, p. 510.

Portanto, fica evidente que no caso das penas de conteúdo não pecuniário a discussão acerca da qualificação como pena privada está longe de ser encerrada, o que se deve em muito pelo fato dos fins perseguidos parecerem diversos entre si, apresentarem requisitos distintos para sua aplicação⁸⁸ e ainda pela fluidez do conceito de penas privadas.

d) *Astreintes*.

As *astreintes* estão previstas nos arts. 644 e 645 do Código de Processo Civil e são consideradas por muitos doutrinadores como penas privadas judiciais, pois se revertem em favor de titulares de obrigações de dar, fazer ou não fazer, sendo acrescidas à verba indenizatória decorrente do ilícito contratual ou aquiliano⁸⁹.

Logicamente, a admissão das *astreintes* como pena privada depende da aceitação de que elas possam ter fonte judicial, o que, mais uma vez, está ligado à própria noção das penas privadas e está longe de ser um tema incontroverso, bastando aqui, para ilustrar o debate existente, as palavras de Massimo Bianca: “deve dubitarsi che un istituto del tipo delle *astreintes* sia da considerare come una pena privata. Non può parlarsi, è vero, di sanzione penale, e del resto la sanzione penale offrirebbe una soluzione eccessiva. Siamo comunque al di fuori della pena privata trattandosi di una sanzione, di applicazione giudiziale, che colpisce l’inosservanza dell’ordine di un’autorità pubblica”⁹⁰.

Além disso, aqueles que procuram excluir as *astreintes* das penas privadas também alegam a ausência de caráter punitivo, sendo que para tanto se apóiam na jurisprudência vacilante dos tribunais pátrios.

De fato, ao analisar a questão da limitação do valor das *astreintes*, o que foi omitido pela legislação, nossos tribunais ora aplicam analogicamente o disposto no art. 412 do Código Civil, ora afastam a aplicação de tal artigo.

Com isso, ao admitirem os tribunais a analogia, afirmam Tepedino e Schreiber que as *astreintes* dis-

⁸⁸ Gustavo TEPEDINO; Anderson SCHREIBER. As penas privadas no direito brasileiro. In: Flavio GALDINO; Daniel SARMENTO (org.). *Direitos fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*, p. 510.

⁸⁹ Nelson ROSENVALD, *Cláusula Penal – A redescoberta da pena privada nas relações negociais*, p. 233.

⁹⁰ Massimo Cesare BIANCA, *Realtà sociale ed effettività della norma*, Vol. II, Tomo II, p. 807.

tanciam-se de uma pena propriamente dita, uma vez que não têm aplicação na hipótese de ser a prestação impraticável, o que mais as aproximaria de outras figuras coercitivas, como a prisão civil por alimentos⁹¹. E arrematam os autores: “A indefinição jurisprudencial revela, na verdade, um problema subjacente e anterior à discussão dos limites aplicáveis às *astreintes*: o da sua própria função. A doutrina é unânime em negar-lhes propósito compensatório, mas daí não deriva, necessariamente, uma autêntica função punitiva. O papel das *astreintes* é primordialmente o de coerção do devedor ao cumprimento da prestação”⁹².

Apesar de tudo, a nosso ver, a utilização da limitação do valor das *astreintes* como forma de negar sua função punitiva está fundada em terreno pantanoso, já que na verdade, antes de tudo, devemos nos indagar se estariam corretos os tribunais ao limitarem o valor das *astreintes*.

e) *Cláusula penal*.

A natureza punitiva da cláusula penal apresenta-se, desde sempre, controversa, relutando a doutrina em qualificá-la como uma espécie de pena privada.

Ao longo de sua evolução, no direito comparado e no Brasil, constata-se a prevalência de um modelo de natureza híbrida, no qual ela assume um perfil unitário e bifuncional, como um misto de sanção e indenização, capaz de, simultaneamente, antecipar a liquidação dos danos e compelir o devedor a adimplir⁹³.

Entretanto, a doutrina percebeu que um único modelo jurídico não pode ao mesmo tempo atuar como indenização e sanção, eis que “cogitar de uma ‘indenização sancionatória’ é uma impossibilidade lógica, uma contradição em termos. Ou a cláusula penal será uma sanção compulsória ou funcionará como pre-estimativa convencional de danos”⁹⁴.

Com isso, a doutrina mais recente propõe uma nova tipologia para a cláusula penal, a qual deve distinguir, com precisão, “as cláusulas de função punitiva

ou sancionatória daquelas de liquidação antecipada do dano, destinadas a pré-fixar o montante da indenização”⁹⁵.

Como resultado da nova tipologia proposta, Nelson Rosenvald divide a cláusula penal em sentido amplo em três espécies: a) cláusula penal *stricto sensu*; b) cláusula de fixação antecipada de indenização; c) cláusula puramente compulsória⁹⁶.

Em seguida, o autor acima citado assevera que “a inserção da cláusula penal entre as espécies de pena privada certamente se localiza naquelas que definimos como cláusula penal *stricto sensu*, ou cláusula penal puramente compulsória. Esse raciocínio é alimentado por constatações práticas: o fato de a pena ser devida independentemente da existência de qualquer dano ao credor, sendo suficiente a inexecução da obrigação; a possibilidade de fixação do montante da pena para um valor superior aos danos previsíveis, o direito potestativo de o credor abandonar a pena e exigir a indenização e, finalmente, o fato de o poder judicial de redução da pena excessiva só atuar em casos extremos, sempre levando em consideração a finalidade do credor ao estipular o *quantum*”⁹⁷.

Na mesma linha, entendendo que a cláusula penal é uma pena privada, Mazeud, citado por Rosenvald, apresenta quatro fundamentos: “1) exerce o papel de garantia de execução da obrigação principal; 2) o seu montante é fixado sem qualquer relação de equivalência com o prejuízo previsível; 3) há uma função repressiva prioritária, pois o objetivo de punição do autor da inexecução prevalece sobre a indenização da vítima do prejuízo; 4) o fundamento da condenação é a culpa do devedor”⁹⁸.

Apresentamos, até o momento, argumentos em prol da consideração da cláusula penal, com exceção daquela de fixação antecipada de indenização, como pena privada, porém, novamente, não poderíamos deixar de apresentar as observações de Tepedino e Schreiber: “Evidentemente, a designação de pena pri-

⁹¹ Gustavo TEPEDINO; Anderson SCHREIBER. As penas privadas no direito brasileiro. In: Flavio GALDINO; Daniel SARMENTO (org.). *Direitos fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*, p. 517/518.

⁹² *Ibid.*, p. 517.

⁹³ Nelson ROSENVALD, *Cláusula Penal – A redescoberta da pena privada nas relações negociais*, p. 80.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 99.

⁹⁵ Gustavo TEPEDINO; Anderson SCHREIBER. As penas privadas no direito brasileiro. In: Flavio GALDINO; Daniel SARMENTO (org.). *Direitos fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*, p. 513.

⁹⁶ Nelson ROSENVALD, *Cláusula Penal – A redescoberta da pena privada nas relações negociais*, p. 120.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 242/243.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 242.

vada poderia aplicar-se apenas a estas cláusulas penais de caráter sancionatório, não já a toda a gama de disposições contratuais que pretende a liquidação antecipada das perdas e danos. A primeira dificuldade, todavia, sob a ótica de uma teoria geral das penas privadas, seria, assim, a distinção entre estas duas espécies de cláusula penal, distinção que não é facilmente verificável na prática contratual. A tarefa posterior consistirá em verificar se tais cláusulas penais sancionatórias englobariam toda a atuação punitiva da autonomia privada em matéria contratual, ou se seria possível admitir outras expressões convencionais de caráter sancionatório, como as chamadas arras penitenciais. Por fim, seria necessário coligar, ao menos sob o aspecto funcional, tais penas privadas convencionais a todas aquelas outras hipóteses, já mencionadas, de fonte imediatamente legislativa. E aqui a tarefa se configura especialmente tormentosa, porque, como já se registrou, ‘além de uma genérica alusão a uma função sancionatória, bem pouco têm em comum a cláusula penal e a indignidade para suceder’⁹⁹.

Todavia, considerando o trecho supracitado, entendemos que a dificuldade na distinção das espécies de cláusula penal não justifica a sua não aceitação como pena privada, bem como verificamos, mais uma vez, o retorno ao problema do conceito de pena privada, pois os autores, em adotando um conceito muito estreito, certamente terão dificuldade em enquadrar nele figuras um tanto quanto diversas.

f) Outras hipóteses de penas privadas.

Outras hipóteses de penas privadas que poderiam ser aqui elencadas são o art. 608 do Código Civil, que trata da interferência ilícita de terceiros sobre a prestação de serviços, o instituto da sonegação de bens, previsto nos arts. 1.992 e seguintes do Código Civil e, ainda, a pena prevista no art. 475, letra “j”, do Código de Processo Civil, que não se confunde com as *astreintes* (cuja fixação é judicial)¹⁰⁰.

⁹⁹ Gustavo TEPEDINO; Anderson SCHREIBER. As penas privadas no direito brasileiro. In: Flavio GALDINO; Daniel SARMENTO (org.). *Direitos fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*, p. 514.

¹⁰⁰ Nelson ROSENVALD, *Cláusula Penal – A redescoberta da pena privada nas relações negociais*, p. 233.

As penas privadas e a responsabilidade civil

No Brasil, assim como em diversos ordenamentos jurídicos ocidentais, os *punitive damages* norte-americanos têm gerado enorme fascínio, uma vez que a mera reparação do dano não estava mais atendendo, em todos os casos, os anseios da sociedade.

Com isso, chegou-se a tentar “uma importação acritica do modelo do *common law*, que somente agora vem, pouco a pouco, reconhecido como inaplicável, ao menos em seus contornos originais, ao ordenamento jurídico brasileiro, de tradição romano-germânica”¹⁰¹.

Não obstante, a impossibilidade da aplicação do modelo da *common law*, paralelamente surgiram estudos sustentando a mudança do papel da responsabilidade civil no Brasil, ao menos em parte de seu campo de abrangência, especialmente nos danos extrapatrimoniais, a qual adquiriria, “no todo ou em parte, função punitiva ou sancionatória, em desfavor da tradicional função exclusivamente compensatória”¹⁰².

Nesse sentido, Anderson Schreiber aduz que diversos autores sustentam que “a indenização do dano moral tem um inequívoco sabor de pena, de represália pelo mal injusto”. Fala-se, no mesmo sentido, em função pedagógica, dissuasiva ou de desestímulo, sendo certo que, em qualquer caso, o agente se vê obrigado a indenizar a vítima em quantia superior ao dano moral efetivamente sofrido”¹⁰³.

Alertam, porém, Tepedino e Schreiber, a nosso ver com propriedade, que os tribunais brasileiros têm empregado, à margem de uma indicação legislativa, critérios de quantificação de natureza punitiva na responsabilidade civil, o que estaria em desacordo com o novo Código Civil, que determina no art. 944 o seguinte: “a indenização mede-se pela extensão do dano”. Ora, a “gravidade da culpa somente vem tomada em consideração pelo legislador de 2002 para fins de eventual redução equitativa da indenização, quando for excessivamente desproporcional ao prejuízo cau-

¹⁰¹ Gustavo TEPEDINO; Anderson SCHREIBER. As penas privadas no direito brasileiro. In: Flavio GALDINO; Daniel SARMENTO (org.). *Direitos fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*, p. 520.

¹⁰² *Ibid.*, p. 519.

¹⁰³ Anderson SCHREIBER, *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*, 200.

sado (art. 944, parágrafo único). O dado positivo aparece, portanto, em flagrante contradição com a prática jurisprudencial. É certo que a aplicação dos critérios punitivos e mesmo o teor sancionatório das sentenças judiciais vêm, muitas vezes, no afã de justificar indenizações mais elevadas para casos em que ao prejuízo gerado pela conduta reiterada e até maliciosa do ofensor não se costuma atribuir um valor suficiente para evitar a repetição do dano. Entretanto, parece, em primeiro lugar, que tal punição não pode prescindir de autorização legislativa expressa”¹⁰⁴.

Aliás, considerando a diferença aventada no presente trabalho entre os *punitive damages* da *common law* e o caráter punitivo da responsabilidade civil, vale transcrever crítica feita por Judith Martins-Costa e Mariana Souza Pargendler a decisão judicial brasileira, senão vejamos: “récemment, s’est reclame de la doctrine nord-américaine des *punitive damages* pour justifier la décision d’imposer une indemnisation à un hôpital public (qui répond objectivement, dans la forme de l’article 37, paragraphe 6, de la Constitution fédérale). Invoquant la double fonction (de sanction et de dissuasion) de l’indemnisation dans la responsabilité extrapatrimoniale, le Suprême Tribunal Federal a fait appel – à notre avis, de façon erronée – à la doctrine des *punitive damages*, pour fonder sa décision. Cette invocation a été erronée, parce que l’on a confondu le <<caractère punitif de l’indemnisation>> (trait générique de la peine privée, qui, selon une doctrine reconnue, est attribué au dommage moral) avec <<l’indemnisation punitive>> (<<punitive damages>>)”¹⁰⁵.

De fato, o que vemos no julgado citado é justamente o que grande parte das cortes brasileiras tem feito, ou seja, chancelado o duplo caráter do dano moral, aplicado, na sua quantificação, critérios deliberadamente punitivos e, o pior, muitas vezes confundido o referido duplo caráter com os *punitive damages*, o que não pode ser admitido, eis que na *common law* a punição representa um *plus* destacado do valor reparatório.

¹⁰⁴ Gustavo TEPEDINO; Anderson SCHREIBER. As penas privadas no direito brasileiro. In: Flavio GALDINO; Daniel SARMENTO (org.). *Direitos fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*, p. 521/522.

¹⁰⁵ Judith MARTINS-COSTA; Mariana Souza PARGENDLER, *Us et abus de la fonction punitive*, p. 1.178/1.179.

No que toca ao caráter punitivo, os tribunais referem-se usualmente a quatro critérios: (i) gravidade do dano; (ii) capacidade econômica da vítima; (iii) grau de culpa do ofensor; e (iv) capacidade econômica do ofensor. É sabido, entretanto, que os dois últimos critérios refletem uma função exclusivamente punitiva, na medida em que não dizem respeito ao dano em si, mas à conduta e, mais gravemente, à pessoa do ofensor¹⁰⁶.

E nem se diga que a utilização da pena privada na responsabilidade civil, enquanto não houver norma autorizadora, encontra justificativa no parágrafo único do art. 944 do Código Civil de 2002, que recepcionou o grau de culpa e admitiu a redução da indenização quando a culpa é leve¹⁰⁷, uma vez que estaríamos interpretando extensivamente uma norma que objetiva a redução da indenização para nela incluímos uma pena privada, que adicionaria um valor à indenização com o objetivo de punir o ofensor. Portanto, temos que a norma do art. 944, parágrafo único, do Código Civil está indicando taxativamente os casos de sua incidência, estando proibidas a extensão e a analogia¹⁰⁸.

Pelo mesmo motivo, se considerássemos possível a aplicação de pena privada na responsabilidade civil, não seria permitido verter parte dela para fins comunitários, sem previsão legal expressa e apenas com fundamento no parágrafo único do art. 883 do Código Civil, muito menos pretender em determinados casos, novamente sem norma expressa, a prestação de serviços por parte do ofensor.

Além disso, se a utilização da pena privada, nos casos de responsabilidade civil, já fosse permitida no Brasil, não estaria em tramitação no Senado brasileiro, conforme informou Renata Chade Cattini Maluf, o Projeto de Lei 6.960, de 12/06/2002, que prevê o acréscimo de um § 2º ao art. 944 nos seguintes termos: “A reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante”.

Portanto, reconhecemos a falta de lei que regulamentamente a responsabilidade punitiva como um dos impositivos para sua aplicação, já que as exceções em

¹⁰⁶ Anderson SCHREIBER, *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*, 200.

¹⁰⁷ Renata Chade Cattini MALUF, *O aspecto punitivo da reparação do dano moral*, p. 178.

¹⁰⁸ Tercio Sampaio FERRAZ JÚNIOR, *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, p. 297.

que a reparação civil assume feição punitiva só existem porque a própria lei as instituiu, não sendo produto da vontade discricionária dos tribunais, mas resultado da vontade expressa do legislador.

Considerações finais

Dado o exposto no presente escrito, podemos, inicialmente, constatar que os ordenamentos jurídicos de origem romano-germânica têm nas penas privadas uma ótima opção para a resolução dos vários problemas que aqui enunciamos, mas é necessário um melhor amadurecimento do instituto, uma vez que não se chegou ainda a um razoável consenso sequer quanto à sua noção.

Não obstante, isso é, a nosso ver, incontroversa a existência de penas privadas no Direito brasileiro, que a cada dia que se passa têm sua presença e importância aumentadas na nossa sociedade.

Todavia, a pena privada mais em voga, ou seja, a que dá caráter punitivo à responsabilidade civil, conforme expusemos, não é cabível no nosso ordenamento jurídico por falta de previsão, já que, a nosso sentir, o apenamento sem previsão em lei contraria toda a tradição dos ordenamentos de *civil law* e configura verdadeiro arbítrio do juiz.

Apesar disso, temos que o legislador pode facilmente instituir sanção civil no ordenamento jurídico brasileiro para atribuir caráter punitivo à responsabilidade civil, o que inclusive já é objeto de projeto de lei.

Bibliografia

- ALSINA, Jorge Bustamante. *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. 9. ed. Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot.
- BIANCA, Massimo Cesare. *Realtà sociale ed effettività della norma*. Vol. II, Tomo II. Milão: Giuffrè, 2002.
- CAENEGEM, R. C. van. *Introduction historique au droit privé*. Tradução Carlos Eduardo Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- CENDON, Paolo. *Responsabilità civile e pena privata*. In: BUSNELLI, Francesco D.; SCALFI, Gianguido (org.). *Le pene private*. Milão: Giuffrè, 1985.
- DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Vol 7. São Paulo: Saraiva, 1993.
- FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- GARCEZ NETO, Martinho. *Responsabilidade civil no direito comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- GAZZANIGA, Jean-Louis. Les métamorphoses historiques de la responsabilité. In: *Les métamorphoses de la responsabilité*. Paris: Presses Universitaires de France, 1997.
- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito nos Estados Unidos*. Barueri: Manoel, 2004.
- GOMES, José Jairo. *Responsabilidade Civil e Eticidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil: direito das obrigações: parte especial, volume 6, tomo II*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MAJELLO, Ugo. Pena privada e responsabilità civile. In: BUSNELLI, Francesco D.; SCALFI, Gianguido (org.). *Le pene private*. Milão: Giuffrè, 1985.
- MALUF, Renata Chade Cattini. *O aspecto punitivo da reparação do dano moral*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2004.
- MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Us et abus de la fonction punitive (Dommages-intérêts punitifs et le droit brésilien). *Revue Internationale de Droit Comparé*. Année 2006. numéro 4.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. Vol. 5. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1975.
- ROSENVALD, Nelson. *Cláusula Penal – A redescoberta da pena privada nas relações negociais*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2007.
- SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007.
- SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do trabalho científico*. 21. ed. São Paulo: Cortez, 2000.
- TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. As penas privadas no direito brasileiro. In: GALDINO, Flavio; SARMENTO, Daniel (org.). *Direitos fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- TESAURO, Paulo; RECCHIA, Giorgio. Origini ed evoluzione del modello dei "Torts". In: MACIOCE, Francesco (org.). *La responsabilità civile nei sistemi di common law*. Padova: Cedam, 1989.

O Programa de Arrendamento Residencial e a aplicação do Código de Defesa do Consumidor

Felipe Caldas Menezes*

1. Objeto do Programa e Evolução Legislativa

Em virtude dos problemas enfrentados pelo Sistema Financeiro de Habitação – SFH, o qual não se mostrou capaz de resolver o problema habitacional no Brasil (mormente após a extinção do Fundo de Compensação de Variações Salariais – FCVS, que exercia importantíssimo papel nos financiamentos da casa própria, reequilibrando a equação renda familiar/valor da prestação/saldo devedor e funcionando, ademais, como efetivo instrumento de redistribuição da renda), o Governo Federal passou a fomentar a habitação popular por meio de outros mecanismos.

Neste diapasão, visando a dar efetividade ao direito de moradia, posteriormente alçado a direito social pela Constituição de 1988 (art. 6º, caput, com redação dada pela Emenda Constitucional 26/2000), foi criado, pela Medida Provisória 1.823, de 29/04/1999, o Programa de Arrendamento Residencial (PAR), com a finalidade específica de oferecer moradia à população de baixa renda, através da celebração de contratos de arrendamento residencial (art. 1º).

A referida medida provisória teve 24 (vinte e quatro) reedições, sendo a última a Medida Provisória 2.135-24, de 26/01/2001, a qual foi convertida imediatamente na Lei 10.188 de 12/02/2001.

A Lei 10.188/2001, ao ser alterada posteriormente pela Medida Provisória 150, de 16/12/2003, foi convertida na Lei 10.859, de 14/04/2004, a qual, ao ser alterada, pela Medida Provisória 350, de 22/01/2007, foi, por fim, convertida na Lei 11.474, de 15/05/2007.

De acordo com a Medida Provisória 1.823/1999, competia à Secretaria de Estado de Desenvolvimento Urbano da Presidência da República a regulamentação

do Programa (art. 5º). Posteriormente, com a Medida Provisória 150/2003, tanto a gestão do Programa, inicialmente conferida à CEF, quanto o poder regulamentar passaram para a competência do Ministério das Cidades.

Além do Decreto 5.435, de 26/04/2005, com atual redação dada pelo Decreto 5.986, de 15/12/2006, que veio a substituir o Decreto 4.918, de 16/12/2003, também regulamentam o Programa a Portaria 301, de 07/06/2007 (*DOU* de 14/06/2006), e a Portaria 440, de 21/08/2006 (*DOU* de 23/08/2006), ambas do Ministério das Cidades.

2. Do Conceito e da Classificação do Contrato

O contrato de arrendamento residencial pode ser definido como a cessão onerosa, por parte do arrendante, em regra a Caixa Econômica Federal¹, do exercício do direito de uso de bem imóvel (posse) com a finalidade específica de ali se estabelecer residência, mediante o pagamento de certa quantia mensal em dinheiro (taxa de arrendamento e outras despesas previstas contratualmente, como, por exemplo, a cota condominial), por prazo determinado, com a possibilidade de o arrendatário, ao final do prazo contratual, optando por pagar a diferença (complementando o preço do imóvel arrendado com o preço residual previamente ajustado), adquirir a propriedade do mesmo.

Trata-se, pois, de contrato típico, bilateral, oneroso, por prazo determinado (art. 2º, inciso I, do Decreto

* Defensor Público da União de Primeira Categoria em Brasília-DF, Diretor da Escola Superior da Defensoria Pública da União, Membro da Câmara de Coordenação Cível da Defensoria Pública da União e Assessor da Defensoria Pública-Geral da União.

¹ Os itens 2.3 e 2.4 da Portaria 301/2006, do Ministério das Cidades, permitem que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios ou os respectivos órgãos de sua administração direta ou indireta, bem como empresas do setor da construção civil e Companhias de Habitação Popular ou órgãos assemelhados, adiram ao PAR. Logo, nestas hipóteses, estes entes serão os arrendantes. Observe-se, porém, que mesmo quando a CEF não figura como arrendante, representa-o ativa e passivamente, seja judicial ou extrajudicialmente (art. 4º, inciso VI, da Lei 10.188/2001).

5.435/2005²), consensual (aperfeiçoa-se *solo consensu*) e escrito (a presença dos requisitos essenciais do art. 2º do Decreto 5.435/2005 deve ser comprovada).

Tal espécie contratual assemelha-se ao contrato de arrendamento mercantil ou leasing. Tanto é verdade, que a própria Lei 10.188/2001, em seu art. 10, determina a aplicação subsidiária da legislação pertinente a esta espécie contratual³.

3. Figuras

São figuras do contrato de arrendamento mercantil: o arrendante, o arrendatário e o fornecedor do bem.

O arrendante é o operador do arrendamento, o qual adquire a propriedade do bem e entrega a posse direta do mesmo para o arrendatário.

O arrendatário é a pessoa que, por meio do contrato de arrendamento, adquire a posse direta do bem por prazo determinado.

Existe ainda o papel de fornecedor do bem que, no leasing, pode ser exercido pelo arrendante, pelo arrendatário ou por um terceiro. O fornecedor do bem é a pessoa que aliena para o arrendatário o bem objeto do leasing, o qual foi encomendado por este. Dependendo da pessoa que exerça o papel de fornecedor do bem, restará configurada uma das modalidades de leasing (leasing operacional, lease back e leasing tradicional ou financeiro).

No arrendamento residencial, mesmo quando o arrendante não for a Caixa Econômica Federal, esta, na qualidade de operadora do Programa, terá poder de representar ativa e passivamente, judicial e extrajudicialmente, o arrendador (art. 4º, inciso VI, da Lei 10.188/2001).

Conclui-se que, no arrendamento residencial, a figura do fornecedor do bem se confunde com a do arrendante, assemelhando-se, neste aspecto, ao leasing

² A obrigatoriedade de previsão do prazo, assim como de todas as demais cláusulas obrigatórias do contrato de arrendamento residencial foram revogadas pela Lei 10.859/2004. O art. 3º do referido diploma legal revogou expressamente o art. 7º da Lei 10.188/2001.

³ Tratando do arrendamento mercantil há a Lei 6.099/1974. No entanto, tal diploma legal apenas regulamentou aspectos tributários deste contrato.

operacional (como, por exemplo, o que ocorre com as máquinas copiadoras).

4. Obrigações

Constitui obrigação do arrendante entregar o bem em condições de ser utilizado para a finalidade a que se destina (in casu, para a moradia do arrendatário), garantir a posse mansa e pacífica do bem pelo arrendatário enquanto durar o contrato de leasing e, ao final do mesmo, submeter-se à decisão do arrendatário de aquisição da propriedade do bem.

São obrigações do arrendatário (item 2.5.4 da Portaria 301/2006, com redação dada pela Portaria 440/2006, ambas do Ministério das Cidades): a) pagar mensalmente a taxa de arrendamento e demais despesas incidentes sobre o imóvel (ex. IPTU, energia elétrica, água, cota condominial etc.); b) conservar a integridade do bem, mantendo-o em perfeitas condições de habitabilidade; c) utilizar o imóvel com finalidade residencial e observar as demais cláusulas do contrato de arrendamento.

Com o contrato de arrendamento residencial, os arrendatários (pessoas de baixa renda) puderam arrendar unidades residenciais, com prestações mensais equivalentes a um aluguel, cabendo aos mesmos a opção de adquirir o bem arrendado com o pagamento do valor residual garantido (VRG)⁴.

Tal modalidade de financiamento veio para proporcionar às famílias de baixa renda a oportunidade de adquirirem a casa própria sem terem de arcar, desde o início, com o pagamento da integralidade de seu preço.

⁴ O item 8.2 da Portaria 301/2006, do Ministério das Cidades, permite a antecipação do exercício da opção de compra mediante o pagamento do valor residual de garantia. Importante lembrar que o STJ alterou seu posicionamento inicial para, no enunciado 293 de sua súmula de jurisprudência dominante, fixar o entendimento de que a cobrança antecipada do valor residual garantido (VRG) não descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil.

5. Comparação com os Contratos do Sistema Financeiro da Habitação e do Sistema Financeiro Imobiliário

O Sistema Financeiro da Habitação, instituído pela Lei 4.380/1964, segundo Antônio Carlos Efig, “é caracterizado por operações de financiamento imobiliário que obedecem a condições de valor máximo financiado, prazos, preços, de venda ou valor de avaliação, comprometimento de renda, regime de amortização empregado e forma de reajuste da prestação, dentre outras.”⁵

Um sistema pode ser definido como um conjunto de partes similares e coordenadas entre si que concorrem para certo resultado, ou um conjunto de leis ou princípios que regulam certa ordem de fenômenos.

A doutrina, portanto, como se pode extrair da lição de Antônio Carlos Efig, diferencia o Sistema Financeiro da Habitação do denominado Sistema Financeiro Imobiliário – SFI, instituído pela Lei 9.514/1997, pelo fato de que as condições dos financiamentos oferecidos pelos dois sistemas (origem de recursos, valor máximo financiado, prazos, preços de venda ou valor de avaliação, comprometimento de renda, regime de amortização empregado, forma de reajuste das prestações etc.) são estabelecidas de forma diversa, submetendo-se cada um deles a normas e a princípios diferentes.

Tanto é verdade, que a Lei 9.514/1997 exclui expressamente a aplicação da Lei 4.380/1964, bem como as demais disposições legais do Sistema Financeiro da Habitação são excluídas das operações de financiamento imobiliário do SFI (art. 39, inciso I, da Lei 9.514/1997).

E o PAR? Ele submete-se ao Sistema Financeiro da Habitação ou ao SFI?

A meu ver, o Programa de Arrendamento Residencial não integra nenhum dos dois sistemas, seja o SFH, seja o SFI.

Esta afirmativa baseia-se especialmente no fato de que, ao analisar-se o Programa de Arrendamento Resi-

dencial, chega-se à conclusão de que o mesmo possui condições próprias de financiamento, com fontes de recursos especificamente estabelecidas (art. 3º da Lei 10.188/2001) e até mesmo finalidade própria (atendimento da necessidade de moradia da população de baixa renda⁶). Ademais, a própria espécie contratual eleita (arrendamento) diferencia-o do Sistema Financeiro da Habitação por não envolver o mútuo feneratício com garantia hipotecária, comum nos contratos celebrados neste sistema.

O Sistema Financeiro da Habitação, nos termos do art. 1º da Lei 4.380/1964, tem por finalidade precípua, não exclusiva, a aquisição da casa própria pelas classes da população de menor renda. Inobstante, o referido diploma legal estabeleceu seus órgãos componentes (art. 8º), a forma de aplicação de seus recursos (art. 9º a 14) e a origem específica destes (art. 15).

O Programa de Arrendamento Residencial é, portanto, um programa governamental que pode ser caracterizado quase como um terceiro sistema.

6. Da Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos Contratos de Arrendamento Residencial

Primeiramente, deve-se mencionar que, em sendo a Caixa Econômica Federal (principal arrendante e operadora do PAR), instituição financeira pública (art. 17 c/c 22 a 24 da Lei 4.595/1964), se lhe aplica entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal⁷ e pelo Superior Tribunal de Justiça⁸ acerca da incidência das normas cogentes do Código de Defesa do Consumidor às instituições financeiras.

O contrato de arrendamento residencial, como já referido, é oriundo de programa instituído pela Lei

⁵ Efig, Antônio Carlos. *Contratos e Procedimentos Bancários à Luz do Código de Defesa do Consumidor*. Biblioteca de Direito do Consumidor v. 12. SP, 2000, 1ª edição, 3ª tiragem, Editora RT, p. 161.

⁶ Embora a exclusividade do atendimento da população de baixa renda pelo Programa tenha sido retirada da literalidade da lei, quando da alteração da redação do art. 1º da Lei 10.188/2001. O direcionamento específico dos recursos para essa camada da população fica claro ao se analisar o limite de renda familiar mensal estabelecido para ingresso no programa na qualidade de arrendatário, pelos itens 2.5 a 2.5.3 da Portaria 301/2006, com redação dada pela Portaria 440/2006.

⁷ Plenário, emb. decl. na ação direta de inconstitucionalidade, ADI 2.591-DF, Relator: Min. Eros Grau, DJ 13/04/2007, p. 83, ement. Vol. 2271-01, p. 55.

⁸ Súmula 297 do STJ – O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições Financeiras.

10.188/2001, que, em seu art. 1º, § 1º, com redação dada pela Lei 10.859/2004, estabelece que a operacionalização de tal programa será efetuada pela Caixa Econômica Federal – CEF, instituição financeira constituída sob a forma de empresa pública federal.

Ademais, deve-se ter em mente que o contrato firmado entre os arrendatários e a CEF caracteriza-se como contrato de adesão.

Tais contratos contêm cláusulas uniformes, não deixando espaço ao princípio da autonomia da vontade (autonomia privada), seja no que tange à fixação do conteúdo, seja na escolha da outra parte contratante.

Trata-se, pois, de típico contrato de adesão, que consiste, na definição legal do art. 54 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990) *“aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.”*

É lícito concluir, assim, que, no contrato de arrendamento residencial, os arrendatários não dispõem da faculdade de discutir com a outra parte sobre o conteúdo das obrigações, sendo que tudo já é previamente ordenado. Cabe àqueles, exclusivamente, subordinarem-se às condições preestabelecidas, por adesão, para terem financiada, nos termos impostos pelo programa, a aquisição final da moradia pretendida.

Isto, porém, por si só, não basta à incidência das normas cogentes da Lei 8.078/1990, sendo necessária a caracterização da arrendante como fornecedora e do arrendatário como consumidor, nos termos dos arts. 2º e 3º do referido diploma legal.

O contrato de arrendamento residencial é definido legalmente no art. 6º da Lei 10.188/2001, que conta com a redação dada pela Lei 10.859/2004, que se segue:

Art. 6º Considera-se arrendamento residencial a operação realizada no âmbito do Programa instituído nesta Lei, que tenha por objeto o arrendamento com opção de compra de bens imóveis adquiridos para esse fim específico.

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se arrendatária a pessoa física que, atendidos os requisitos estabelecidos pelo Ministério das Cidades, seja habilitada pela CEF ao arrendamento.

Inicialmente, pois, é necessário que o arrendatário seja caracterizado como destinatário final fático e econômico do bem arrendado.

Segundo o art. 2º da Lei 8.078/1990, consumidor não é somente aquele que adquire, mas também aquele que se utiliza do produto como destinatário final⁹. Sendo o objetivo inicial do contrato a utilização do bem imóvel arrendado e a posterior aquisição, pode-se concluir que o arrendatário é consumidor, mesmo levando-se em conta a definição mais estrita de destinatário final, como sendo aquele que adquire (utiliza) um produto para uso próprio e de sua família. Neste ponto, é imperiosa a transcrição da seguinte lição da ilustre doutrinadora Cláudia Lima Marques:

(...) Segundo dispõe o art. 2º do CDC, o consumidor não é somente aquele que adquire, mas também aquele que utiliza o produto. Como afirma Calais-Auloy, a moradia é uma necessidade pessoal e familiar, sendo, nesse sentido, objeto de consumo. A definição legal de produto está disposta no § 1º do art. 3º do CDC e inclui qualquer bem, móvel ou imóvel¹⁰.

E quanto à caracterização da Caixa Econômica Federal como fornecedora? Fornecedor é aquele que presta um serviço ou entrega um produto. *In casu*, o arrendante entrega para o arrendatário o bem imóvel arrendado, sua posse, para que este último ali estabeleça moradia mediante o pagamento de certa quantia em

⁹ Segundo Cláudia Lima Marques, em sua obra “Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O Novo Regime das Relações Contratuais. Biblioteca de Direito do Consumidor v. 1” (SP, 2002, 4ª edição, Editora RT, p. 253/255), há duas correntes quanto à definição do campo de aplicação do Código: a finalista e a maximalista. Segundo a primeira concepção (finalista), consumidor é o destinatário final fático do bem ou serviço, ou seja, aquele que adquire ou utiliza o produto para o uso próprio ou de sua família de forma não profissional. Evoluiu-se recentemente para aceitar a possibilidade de o Poder Judiciário, reconhecendo a vulnerabilidade de uma pequena empresa ou profissional que adquiriu, por exemplo, um produto fora de seu campo de especialidade, interpretar o art. 2º de acordo com o fim da norma, isto é, proteção ao mais fraco na relação de consumo, concedendo a aplicação das normas do CDC analogicamente também a estes profissionais. Já os maximalistas enxergam no CDC um Código Geral sobre o consumo, que institui normas e princípios para todos os agentes do mercado, os quais podem assumir os papéis ora de fornecedores, ora de consumidores. Assim, destinatário final seria o destinatário fático do produto, aquele que o retira do mercado e o utiliza, consome; por exemplo, a fábrica de toalhas que compra algodão para transformar.

¹⁰ Marques, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 363.

dinheiro, devendo o arrendante garantir o uso pacífico da coisa arrendada durante todo o tempo do contrato.

Ademais, por disposição legal expressa do art. 10 da Lei 10.188/2001, aplicam-se aos contratos de arrendamento residencial todas as disposições legais aplicáveis aos contratos de arrendamento mercantil (*leasing*)¹¹.

Logo, em sendo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pacífica no sentido de apontar como incidente nos contratos de arrendamento mercantil (*leasing*) a legislação consumerista, como se pode extrair da decisão adiante transcrita, até mesmo pela aplicação do supramencionado dispositivo legal, deve-se estender aos contratos de arrendamento residencial a incidência das normas imperativas do CDC.

Direito processual civil. Agravo nos embargos de declaração no agravo no agravo de instrumento. Contrato de arrendamento mercantil (*leasing*). CDC. Aplicação. Reexame de prova. Fundamentação deficiente. Dissídio jurisprudencial não-comprovado.

– Caracterizada a relação de consumo no contrato de arrendamento mercantil, aplicam-se as disposições do Código de Defesa do Consumidor.

– É vedado o reexame do acervo fático-probatório dos autos em sede de recurso especial.

– Não se conhece do recurso especial na parte em que se encontra deficientemente fundamentado.

– Não se admite recurso especial pelo dissídio jurisprudencial se este não for comprovado nos moldes legal e regimental.

Agravo não provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Castro Filho, Antônio de Pádua Ribeiro e Carlos Alberto Menezes Direito votaram com a Sra. Ministra Relatora. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros.¹²

¹¹ Art. 10. Aplica-se ao arrendamento residencial, no que couber, a legislação pertinente ao arrendamento mercantil.

¹² Terceira Turma, Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 524462-MG, Relatora: Min. Nancy Andrighi, j. em 05/10/2004. *DJ* de 03/11/2004, p. 200.

Imperioso é acrescentar, outrossim, que, mesmo que se considere o contrato de arrendamento residencial como um dos contratos celebrados no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, o que somente se admite *ad argumentandum tantum*, é amplamente majoritário no Superior Tribunal de Justiça o entendimento acerca da incidência do CDC a tais espécies contratuais, como se pode extrair das seguintes decisões das 1ª, 2ª, 3ª e 4ª Turmas do STJ¹³.

A tese acima sustentada, de aplicação do CDC aos contratos do PAR, foi acolhida pelo Egrégio Tribunal Regional Federal da 2ª Região, no julgamento do agravo de instrumento 2005.02.01.009055-6, interposto pela Defensoria Pública da União, onde ficou assentado o seguinte:

Agravo de instrumento. Arrendamento residencial. Lei 10.188/2001. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às relações por ela disciplinadas, tendo em vista o disposto no seu art. 10, quanto à aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de arrendamento mercantil. Entendimento prevalente no STJ. Decisão agravada que se limita a afirmar a não aplicação do CDC para indeferir antecipação de tutela. Pronunciamento do tribunal somente quanto a esse aspecto. Necessidade de pronunciamento do MM. Juízo a quo quanto aos requerimentos formulados, sob pena de supressão de grau de jurisdição. Agravo parcialmente provido para determinar a aplicação da lei 8.078/1990 ao caso.

Vistos e relatados os presentes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os membros da Sexta Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da Segunda Região, à unanimidade, nos termos do voto do Relator, acompanhado pelos eminentes Desembargador Federal Benedito Gonçalves e MM. Juíza Federal Convocada Dra. Valéria Medeiros de Albuquerque, em dar parcial provimento ao agravo, determinando a aplicação das normas do CDC ao caso.¹⁴

¹³ Primeira Turma, Resp 678431-MG, Relator: Min. Teori Albino Zavascki, j. 03/02/2005, *DJ* 28/02/2005, p. 252. Segunda Turma, Resp 688397-PR, Relator: Min. Castro Meira, j. 05/04/2005, *DJ* 23/05/2005, p. 235. Terceira Turma, Agravo Regimental no Recurso Especial 623848-BA, Relator: Min. Humberto Gomes de Barros, j. 30/11/2004, *DJ* 17/12/2004, p. 540. Quarta Turma, RESP 662585- SE, Relator: Min. Jorge Scartezini, j. 01/03/2005, *DJ* 25/04/2005, p. 357.

¹⁴ Sexta Turma, Agravo de Instrumento 2005.02.01.009055-6 (Processo Originário 2004.51.01.024277-9). UF: RJ, Relator: Desembargador Rogério Vieira de Carvalho, j. 19/10/2005, *DJU*, Seção 2, 21/11/2005, p. 313.

7. Conclusão

O reconhecimento da aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de arrendamento residencial tem diversas implicações favoráveis ao arrendatário-consumidor-hipossuficiente.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por exemplo, aplicou o art. 47 da Lei 8.078/1990 ao contrato de arrendamento residencial, para interpretar favoravelmente ao consumidor cláusula contratual que veda a alteração do imóvel objeto do arrendamento sem autorização da CEF.

Administrativo. Reintegração de posse. Arrendamento residencial. Modificação no imóvel. Rescisão contratual. Necessidade de demonstração de prejuízo. Aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor.

1. Embora seja incontroverso o fato de que os arrendatários tenham feito pequenas obras no imóvel, não há prova de qualquer dano ou depreciação no bem que possa evidenciar o prejuízo da parte autora.

2. As cláusulas do contrato prevêm hipótese de rescisão do contrato por alteração do imóvel sem anuência do arrendante contem em sua essência caráter abusivo, haja vista não condicionar a conduta à real lesividade contratual, mormente na ocorrência de evidente dano ao imóvel arrendado.

3. A cláusula contratual deve ser interpretada de maneira menos onerosa ao consumidor. Inteligência o art. 47 do CDC.

4. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor.

A turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.¹⁵

Além da garantia processual de inversão do ônus da prova em favor do consumidor (art. 6º, inciso VIII, da Lei 8.078/1990), como importante repercussão do reconhecimento da incidência do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de arrendamento residencial, inclui-se a responsabilidade da Caixa Econômica Federal por vícios de construção dos imóveis objetos

do Programa de Arrendamento Residencial (art. 18 e seguintes do CDC), bem como por fatos do produto (art. 12 e seguintes do CDC).

Apesar de, em diversos casos, a edificação dos imóveis do PAR ser levada a cabo por empresas da construção civil, a responsabilidade da Caixa Econômica Federal pelos vícios na construção é, no mínimo, solidária com tais construtoras, não podendo ser alegada a sua ignorância ou irresponsabilidade, nos termos do art. 18, *caput*, c/c art. 23 da Lei 8.078/1990.

A própria Portaria 301/2006 do Ministério das Cidades estabelece que a CEF tem a obrigação de “analisar a viabilidade técnica, jurídica e econômico-financeira dos projetos, bem como acompanhar a execução das respectivas obras e serviços até a sua conclusão” (item 2.2, alínea “c”).

Importante frisar que o arrendatário, em geral, contrata com a Caixa Econômica Federal – CEF, e não com a empresa construtora, que geralmente é desconhecida daquele. Assim, até mesmo pela aplicação da teoria da aparência, a CEF é responsável pelos vícios de adequação e fatos do produto.

Acerca da aplicação da teoria da aparência é imperioso que seja trazida à colação a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça:

Processual civil. Consórcio. Teoria da aparência. Letigimidade passiva reconhecida.

A empresa que, segundo se alegou na inicial, permite a utilização da sua logomarca, de seu endereço, instalações e telefones, fazendo crer, através da publicidade e da prática comercial, que era responsável pelo empreendimento consorcial, é parte passiva legítima para responder pela ação indenizatória proposta pelo consorciado fundamentada nesses fatos.

Recurso conhecido e provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Ruy Rosado de Aguiar, Aldir Passarinho Júnior, Sálvio de Figueiredo Teixeira e Barros Monteiro.¹⁶

¹⁵Quarta Turma, Apelação Cível, Processo: 200371080150979, UF: RS, Relator: Desembargador: Valdemar Capeletti, j.13/09/2006, DJU de 25/10/2006, p. 946

¹⁶Quarta Turma, Resp 139400-MG, Relator: Min. Cesar Asfor Rocha, j. 03/08/2000, DJ de 25/09/2000, p. 103, RT Vol. 785, p. 181.

A Caixa Econômica Federal, além de parte no contrato de arrendamento, pela sua atuação no Programa de Arrendamento Residencial, deixa claro aos arrendatários que é responsável pelo empreendimento imobiliário, incidindo, assim, a teoria da aparência.

Conclui-se, pois, que não há como negar a incidência das normas de proteção e defesa do consumidor positivadas na Lei 8.078/1990 aos contratos regidos pela Lei 10.188/2001, especialmente porque a defesa e a proteção do arrendatário-consumidor-hipossuficiente servem ao próprio escopo do programa governamental, qual seja, assegurar o exercício do direito social à moradia à população carente.

8. Bibliografia

CASADO, Márcio Mello. *Proteção do Consumidor de Crédito Bancário e Financeiro. Biblioteca de Direito do Consumidor v. 15*. São Paulo: RT, 2000.

EFING, Antônio Carlos. *Contratos e Procedimentos Bancários à Luz do Código de Defesa do Consumidor. Biblioteca de Direito do Consumidor v. 12*. São Paulo: RT, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini, BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e, FINK, Daniel Roberto, FILOMENO, José Geraldo de Brito, WATANABE, Kazuo, JÚNIOR, Nelson Nery, DENARI, Zelmo. *Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais. Biblioteca de Direito do Consumidor v. 1, 4ª ed.* São Paulo: RT, 2002, p. 363.

O terceiro mandato de Lula

Paulo Fernando Silveira*

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 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*).¹

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, sendo este representado pelos parlamentares. Na visão desses políticos, o estabelecimento da vice-presidência pressupunha uma sucessão tipo monárquica. Na morte do presidente, o vice-presidente, como herdeiro, assumiria a presidência, também vitaliciamente.

Porém, Washington, dando um belo exemplo de caráter e despojando-se de ambições ditatoriais, 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 maior e final presente 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 — debaixo de circunstância excepcional (a segunda guerra mundial, de 1939 a 1945) — obteve seus terceiro e quarto mandatos consecutivos, ou seja, governou interruptamente de 1933 a 1945, morrendo nesse ano no exercício do cargo.

Para que tal desrespeito à tradição 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.

Note-se que, lá, qualquer emenda à Constituição, que é de 1787, só passa a valer após sua ratificação por três quartos das assembléias 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, se elegem 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. É o que eu tenho defendido, há tempo, em meus livros “Devido Processo Legal” e “Freios e Contrapesos”.

Como a Constituição brasileira é, originária e estruturalmente, uma cópia fiel da americana, adotando os mesmos princípios, federalista e republicano, 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 dos princípios acima) —

* Juiz Federal aposentado. Jurista. Escritor. É membro da Academia de Letras do Triângulo Mineiro – ALTM.

¹ Flexner, James Thomas. Washington – The Indispensable man. USA: Little, Brown and Co, 1974, pg. 347.

o assentimento da maioria das assembléias 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.

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 o objetivo de proteger a Constituição contra a ameaça colocada pela tese, tão freqüente advogada, de emendas formais à Constituição. 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 Constituição, que é uma carta de governo efetiva e executável, em um documento de aspirações insanas. (*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”*)²

Essas emendas constitucionais 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 predomínio 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 Aristóteles³, 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” (*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*).⁴

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. (*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.*)”⁵

Num país que aspira 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 vai-se de 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.

Até a independência do Supremo Tribunal corre risco com essas imperfeitas emendas, pois como se sabe ele detém, constitucionalmente, o poder de dizer a última palavra na interpretação da Carta Política.

² Belz, Herman. *A living Constitution or fundamental law? American Constitutionalism in Historical perspective*. USA: Rowman&Littlefield, 1988, pg.267, n.109.

³ Aristotle. *Politics and Poetics*. USA: The Easton Press, 1979, pg.207.

⁴ Jefferson, Thomas. *Writings*. USA: The Easton Press, 1993, vol.II, pgs. 913/4 e 916.

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 neste país há séculos, como já demonstrei em livro⁵), os parlamentares federais farão, imediatamente, uma emenda constitucional para suplantar a orientação do Supremo Tribunal.

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 Assembléias 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, proposta só pelos parlamentares federais, a qual passa a ocorrer somente em casos absolutamente necessários, a critério de toda a representação política de ambas as partes, federal e estaduais, que firmaram originariamente o pacto federalista.

Não se esqueça, jamais, como advertiu o *Chief Justice John Marshall*, da Suprema Corte dos Estados Unidos, ao julgar o caso *McCulloch x Maryland*, em 1819, que a Constituição não é uma lei ordinária, que pode ser modificada a todo tempo, para atender interesses ordinários e passageiros do povo, ou de seus governantes, mas, ao contrário, “Uma Constituição é prevista para durar por eras que vêm e, conseqüentemente, para ser adaptada às várias crises das atividades humanas” (*A Constitution is intended to endure for ages to come, and consequently to be adapted to the various crises of human affair*).⁶

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: qual será o legado de Lula para as futuras gerações brasileiras?

⁵ Silveira, Paulo Fernando. *500 Anos de Servidão – A lei como instrumento de dominação política no Brasil*. Brasília: OAB Editora, 2004, pg. 419.

⁶ Marshall, John. *McCulloch v. Maryland*. 17.U.S. 316 (Wheat.) 1819.

Breves notas sobre o conceito de livro e o alcance da regra constitucional de imunidade tributária cultural

Flávio da Silva Andrade*

A imunidade dos livros, jornais, periódicos e do papel destinado a sua impressão está prevista no art. 150, VI, letra *d*, da Constituição Federal, e visa a garantir a difusão da cultura.

Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo¹, cuidando do tema, assinalam que se trata de imunidade objetiva, “abrangendo todos os impostos que poderiam incidir sobre as operações com esses bens. Observe-se que, não sendo subjetiva, não estão a livraria, a banca de jornais ou os comerciantes em geral imunes aos impostos incidentes sobre os rendimentos decorrentes de suas atividades. Imunes são as operações de importação, produção ou circulação destes bens, não a renda resultante de sua venda. Fica afastada, por exemplo, a incidência de II, IPI, ICMS, mas não a de imposto de renda”.

Os referidos autores, entretanto, alertam que somente livros, jornais e periódicos impressos em papel estão imunes, não as publicações em meios eletrônicos. A extensão da imunidade a *softwares*, CDs, DVDs ou a qualquer outro meio de divulgação de conhecimento que não seja o papel não é aceita pelo Supremo Tribunal Federal².

Aqui reside o ponto central a ser abordado nestes breves apontamentos. Embora deva ser respeitada a posição firmada pelo Pretório Excelso, a matéria exige novas reflexões tomando como norte as transformações tecnológicas vivenciadas no mundo moderno. O conceito de livro deve ser ampliado, de modo a abranger os modernos meios eletrônicos hoje usados para se disseminar a cultura e a informação.

Roque Antônio Carrazza³ ensina que “livro é um objeto elaborado com papel, que contém, em várias páginas encadernadas, informações, narrações, co-

mentários etc, impressos por meio de caracteres. Essa é a acepção corriqueira de livro, que qualquer dicionário registra.” Todavia, atento ao espírito que moveu o Legislador Constituinte, o referido tributarista destaca que “a palavra livro está empregada no Texto Constitucional não no sentido restrito de conjuntos de folhas de papel impressas, encadernadas e com capa, mas, sim, no de veículos de pensamento, isto é, de meios de difusão da cultura. (...) Hoje temos os sucedâneos dos livros, que, mais dia menos dia, acabarão por substituí-los totalmente. Tal é o caso dos CD-Roms e dos demais artigos da espécie, que contém, em seu interior os textos dos livros, em sua forma tradicional.”⁴

Esse entendimento doutrinário, em que pese não predomine no Supremo Tribunal e em parte dos tribunais brasileiros, revela-se escorreito na medida em que confere máxima efetividade ao comando constitucional, não se vislumbrando a menor razão para dele se destoar.

Com efeito, a interpretação da expressão “livro” deve ser feita no sentido de entendê-lo como um veículo de disseminação do conhecimento. Por conseguinte, fazendo uma interpretação extensiva da regra imunitória, tem-se que também deve alcançar os meios eletrônicos de difusão de informações e cultura, como é o caso dos CD-ROMS, fitas cassetes, DVDs, CDs, *softwares*, etc. Ora, atualmente esses suportes estão substituindo os livros, de modo que, numa interpretação sistemática e teleológica da regras constitucionais, devem ser afastados do campo de incidência dos impostos.

O intérprete não pode esquecer que a norma imunitória em comento foi e é destinada a estimular a propagação do saber e da cultura, viabilizando a livre manifestação do pensamento (art. 5º, IV, CF/1988), da atividade intelectual, artística, científica e da comunicação (art. 5º, IX, CF/1988) e o acesso à informação (art. 5º, XIV, CF/1988). Portanto, o fato de o livro, jornal ou periódico não ser feito de papel, mas veiculado em

* Juiz Federal em Rondônia

¹ in Manual de Direito Tributário. 4ª edição, revista e atualizada. Editora Atlas. Niterói/RJ. p. 60

² *Ob. cit.* p. 61

³ in Curso de Direito Constitucional Tributário, Malheiros Editores, São Paulo, 13ª ed., 1999. p. 487

⁴ *ibem, ibidem*, p. 488

meio informatizado ou eletrônico, não deve ser óbice ao reconhecimento da imunidade tributária, já que esses novos formatos não os desnaturam como meios de divulgação da cultura e do conhecimento.

Como bem disse Sílvio de Salvo Venosa⁵, “as leis envelhecem, perdem a atualidade e distanciam-se dos fatos sociais para os quais foram editadas. Cumpre à jurisprudência atualizar o entendimento da lei, dando-lhe uma interpretação atual, que atenda às necessidades do julgamento”. Noutras palavras, se a lei se mostrar defasada, deve o intérprete estar atento para trazer à superfície o seu real sentido, fazendo os ajustes necessários para adequá-la à nova realidade.

⁵ *in* Direito Civil – Parte Geral. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2002. p. 46.

Corte Especial

Mandado de Segurança

2005.01.00.058526-5/BA

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian
Impetrante: Annelise Vianna Cavalcante
Advogados: Dr. Cristovam Ferreira de Amorim e outro
Impetrado: Presidente do Tribunal Regional Federal da Primeira Região
Divulgação: e-DJF1 de 02/05/2008
Publicação: 05/05/2008

Ementa

Administrativo. Mandado de segurança. Decisão que indefere remoção por motivo de saúde de servidora. Lei nova e fato superveniente. Art. 462 do CPC. Concessão da segurança.

I – A motivação do indeferimento do pleito, em sede administrativa, se fulcra no fato de integrar o local pretendido a jurisdição de outro Tribunal Regional Federal. No entanto, o art. 20 da Lei 11.416/2006 disciplina a aplicação do art. 36 da Lei 8.112/1990, conceituando como quadro a estrutura de cada Justiça Especializada, podendo haver remoção, nos termos da lei, no âmbito da Justiça Federal.

II – Integram o mesmo quadro, os quadros de pessoal do Conselho da Justiça Federal, dos Tribunais Regionais Federais e das Seções Judiciárias.

III – O princípio do art. 462 do CPC autoriza levar-se em conta as normas legais editadas após o ajuizamento da ação para regular a situação exposta na inicial.

IV – Comprovação do estado de saúde da servidora por junta médica oficial.

V – Segurança que se concede.

Acórdão

Decide a Corte, por unanimidade, conceder a segurança.

Corte Especial do TRF 1ª Região – 03/04/2008.

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian:

— Trata-se de mandado de segurança, com pedido de concessão de medida liminar, impetrado por Annelise Vianna Cavalcante, em face de decisão proferida pelo então Presidente deste Tribunal, Exmo. Sr. Desembargador Federal Aloísio Palmeira Lima, no Processo Administrativo 1.348/2005 – TRF.

2. Na referida decisão, foi indeferido o pedido de reconsideração formulado pela ora impetrante, em razão do não acolhimento de seu pedido de remoção da Seção Judiciária do Estado da Bahia para a Subseção Judiciária de Blumenau, Santa Catarina, pertencente ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região, nos termos do art. 36 da Lei 8.112/1990 c/c o art. 1º da Resolução 387/2004-CJF.

3. Narra a impetrante que é funcionária pública efetiva, desempenhando o cargo de Analista Judiciária

da Seção Judiciária do Estado da Bahia, lotada no Nucle, havendo tomado posse no dia 14/06/1999 (fl.10). Que gozou licença para trato de assuntos particulares, que lhe fora deferida por 6 (seis) meses — não obstante tenha requerido pelo prazo de três anos — e que, na data da impetração da medida, encontrava-se no estado de gravidez, tendo encaminhado pedido de licença por esse motivo.

4. Que seu cônjuge/companheiro, Moacir França Filho, reside há anos na região de Blumenau-SC, trabalhando na empresa Ceramiflex, no município de Gaspar, pertencente à jurisdição de Blumenau/SC (fls.11/13).

5. Que atravessou uma série de problemas de saúde, agravando-se mais quando na Bahia, distante da família do cônjuge. Que em razão disso foi submetida à Junta Médica da seccional baiana, que concluiu que “o estado de saúde da servidora poderá ser agravado com a manutenção da distancia (sic) da sua família, sendo importante a sua convivência com esposo e filhos, para melhor apoio emocional, possibilitando a sua recuperação. Esta Junta recomenda a remoção da servidora por se enquadrar nos pré-requisitos da lei.” (fl. 15).

6. Que a Subseção Judiciária de Blumenau teria interesse em contar com a servidora, tanto que em 19/04/2005 formulou requisição a quem de direito, por meio de ofício assinado pelo MM. Juiz Federal Diretor do Foro de Blumenau. (fl. 28)

7. Afirma a impetrante que conta com o suporte legal do parágrafo único do art. 36, da Lei 8.112/1990, “...que ampara a pretensão da servidora, quando estabelece expressamente:

Para fins do disposto neste artigo, entende-se por modalidade de remoção:

b – por motivo de saúde do servidor, cônjuge, companheiro ou dependente que viva às suas expensas e conste do seu assentamento funcional, condicionada à comprovação por junta médica oficial.

8. E que “... ao indeferir o pleito da impetrante, o douto e culto impetrado entendeu que se amparava na Resolução 387/CJF que, com muita força e estranhamente reforça dispositivo da Lei 8.112/1990 ao incluir, no dito art. 36, a expressão “no mesmo quadro, com ou sem mudança de sede” – não atentou para o referido parágrafo único que traz apoio ao pleito da impetrante, ante os aspectos de sua saúde...”(grifo no original)

9. Assevera, ainda, que “...deve prevalecer a redação do dito parágrafo único, alínea “b” da Lei 8.112/1990, que não fala em quadro ou em âmbito do mesmo quadro. Por isso mesmo, que se considere a cogência do referido parágrafo, reforçado o assunto, ainda, pela requisição mencionada no item 1.4, comprovante anexo, doc.14. Isso ainda é acrescido do fato marcante de seu companheiro estar residindo e trabalhando na jurisdição de Blumenau, SC, conforme o item 1.2, docs. 3 e 4...”(grifo no original)

10. Por fim, requer a impetrante, a concessão de liminar, com a sua imediata remoção para a Subseção Judiciária de Blumenau, até decisão final do *wirit*, a notificação do impetrado, a oitiva do Ministério Público para os fins da lei, e que, tornada definitiva a liminar pleiteada, seja concedida a segurança ao final, confirmando a liminar e mantendo a remoção pleiteada.

11. À fl. 113 concedi a medida liminar requerida, nos termos solicitados na petição inicial, *verbis*:

(...)

Considerando que a única motivação do indeferimento do pleito se fulcra no fato de integrar o local pretendido a jurisdição do colendo TRF da 4ª Região;

Considerando que a justificativa da impetrante fulcra-se em parecer médico homologado pela Junta Médica, fl. 15;

Considerando que a impetrante é servidora da Subseção Judiciária desde 1999, fl.10, o que demonstra não se tratar de subterfúgio para assunção de cargo público, com imediato retorno à cidade de residência;

Considerando que o esposo da impetrante trabalha em Santa Catarina somente a partir do ano de 2003, fl.52, e

Considerando que a impetrante já foi até requisitada para trabalhar na Subseção de Blumenau, SC, fl.28:

Concedo medida liminar autorizando o imediato deslocamento da servidora Annelise Vianna Cavalcante da Seção Judiciária da Bahia para a Subseção Judiciária de Blumenau/SC, com sua colocação à disposição do MM. Juízo Federal daquela subseccional da 4ª Região.

Notifique-se a ilustre autoridade impetrada para ciência desta decisão e para que adote as medidas necessárias para sua execução, além de prestar as informações que entender necessárias no prazo de 10 (dez) dias.

(...)

12. Foram solicitadas informações ao Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Presidente (fl.115) e intimada a União Federal, na pessoa de seu procurador (fl. 117).

13. Em suas informações, o Exmo. Sr. Desembargador Federal Mário César Ribeiro, no exercício da Presidência, sustenta que não há de cogitar em violação ao direito líquido e certo da impetrante, tendo em vista que o seu pleito não se enquadra nos dispositivos legais e regulamentares que regem a matéria, ressaltando que a remoção vindicada ocasionaria a perda de um cargo de Analista Judiciária – Área Administrativa para o Quadro de Pessoal da Justiça Federal da 1ª Região, sem a devida compensação — o deslocamento de servidor faz-se com o respectivo cargo — gerando, por outro lado, um excedente no Quadro de Pessoal da Justiça Federal da Quarta Região. E que o deslocamento de servidor, em definitivo, para Quadro de Pessoal diverso configura redistribuição, a qual está sobrestada no âmbito da Primeira Região, em face de decisão proferida pelo egrégio Tribunal de Contas da União.

14. A União interpôs Agravo Regimental contra a liminar concedida (fls.123/130) do qual neguei conhecimento, sob o fundamento de que “... Nos termos do art. 293, § 1º, do Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, não cabe Agravo Regimental da decisão que defere ou indefere liminar em Mandado de Segurança.” (fl.132)

15. Contra a referida decisão monocrática, foram opostos pela União Embargos de Declaração, os quais foram rejeitados. (fls.150/152)

16. O eg. Tribunal Regional Federal da 4ª Região comunicou o indeferimento, pelo Conselho de Administração daquela Corte, do pedido de requisição da requerente, ao fundamento de que não mais presentes a conveniência e a oportunidade para a efetivação da medida (fls. 134/140).

17. Contra essa decisão do TRF 4ª Região a Impetrante interpôs Mandado de Segurança, o qual foi denegado em primeira instância, encontrando-se em grau de recurso perante a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, conforme informa às fls. 120/121.

18. Informa, ainda, a impetrante que a Seção Judiciária da Bahia instaurou Comissão de Sindicância para apurar as ausências da servidora por mais de 60 (sessenta) dias, conforme documentos de fls. 173/185, suspendendo-a da folha de pagamento. E que já foi absolvida pela douda Comissão, por entender que a questão

em análise não se enquadra no disposto nos arts. 138 e 139 da Lei 8.112/1990, alterada pela 1.597/97, uma vez que a servidora não se ausentou intencionalmente e apresentou uma causa justificada para a ausência ao trabalho.

19. O MM. Juiz Diretor do Foro daquela seccional, Dr. Carlos D’Ávila Teixeira, acolhendo parecer de sua Assessoria Jurídica, resolveu suspender os procedimentos da Comissão de Sindicância, até o julgamento dos três Mandados de Segurança em curso, quais sejam: o de nº 2005.04.01.058127, contra ato do egrégio Conselho de Administração do TRF/4ª Região que indeferiu a remoção, o qual se encontra em grau de recurso no STJ; o de nº 2007.01.00.024131-9/BA contra ato do Diretor do Foro que determinou a exclusão da interessada da folha de pagamento daquela Seção Judiciária e também o presente *mandamus* (fl.185).

20. O Ministério Público Federal, em parecer de fls. 164/168, opina pela denegação da segurança, ao argumento de que a pretensão da Impetrante não pode ser enquadrada como remoção, e, pois, submeter-se à análise dos requisitos dessa espécie de deslocamento. Que a situação configura espécie de redistribuição, que se dá quando o deslocamento do servidor é efetuado para quadro diverso. E mais, que entre os pressupostos da redistribuição encontra-se a manifestação de interesse da Administração, que, *in casu*, revelou-se contrária ao pleito da demandante, face à alteração das circunstâncias fáticas (fls. 136/139).

É o relatório.

Voto*

Administrativo. Mandado de segurança. Decisão que indefere remoção por motivo de saúde de

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Hilton Queiroz, Carlos Moreira Alves, Italo Fioravanti Sabo Mendes, Carlos Olavo, Antônio Ezequiel da Silva, João Batista Moreira, Maria do Carmo Cardoso (convocada em substituição ao Des. Federal Carlos Fernando Mathias, convocado para o STJ) e Catão Alves. Impedido o Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro. Ausentes, justificadamente, os Exmos. Srs. Des. Federais Cândido Ribeiro, José Amílcar Machado, Luiz Gonzaga Barbosa Moreira, Souza Prudente (convocado em substituição ao Des. Federal Tourinho Neto, em férias) Selene de Almeida (convocada em substituição ao Des. Federal Olindo Menezes, em férias), Antônio Sávio de Oliveira Chaves (convocado em substituição ao Des. Federal Luciano Tolentino Amaral, em licença-prêmio) e Neuza Alves (convocada em substituição ao Des. Federal Daniel Paes Ribeiro, em férias.)

servidora. Lei nova e fato superveniente. Art. 462 do CPC. Concessão da segurança.

I – A motivação do indeferimento do pleito, em sede administrativa, se fulcra no fato de integrar o local pretendido a jurisdição de outro Tribunal Regional Federal. No entanto, o art. 20 da Lei 11.416/2006 disciplina a aplicação do art.36 da Lei 8.112/1990, conceituando como Quadro a estrutura de cada Justiça Especializada, podendo haver remoção, nos termos da lei, no âmbito da Justiça Federal.

II – Integram o mesmo quadro, os quadros de pessoal do Conselho da Justiça Federal, dos Tribunais Regionais Federais e das Seções Judiciárias.

III – O princípio do art. 462 do CPC autoriza levar-se em conta as normas legais editadas após o ajuizamento da ação para regular a situação exposta na inicial.

IV – Comprovação do estado de saúde da servidora por junta médica oficial.

VI – Segurança que se concede.

O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian:

— A questão posta a exame no presente *mandamus* versa sobre solicitação da servidora Annelise Vianna Cavalcante, Analista Judiciária da Seção Judiciária do Estado da Bahia, com pedido de liminar, objetivando a concessão de segurança para que lhe seja garantido direito de remoção para uma das Varas Federais de Blumenau/SC, onde reside seu cônjuge, e em razão de seu estado de saúde, declarado por Junta Médica Oficial. Esse pedido foi negado administrativamente.

2. A autoridade coatora aduz que a remoção somente seria possível no âmbito do mesmo quadro de pessoal, acrescentando que “o deslocamento de servidor em definitivo para o Quadro de pessoal diverso configura redistribuição, a qual está sobrestada no âmbito da Primeira Região, em face de decisão proferida pelo egrégio Tribunal de Contas da União” (fls. 119/121).

3. Ocorre que com a edição da Lei 11.416, de 15/12/2006, que dispõe sobre as Carreiras dos Servidores do Poder Judiciário da União, ficou esclarecida a aplicação do art. 36 da Lei 8.112/1990, que trata da remoção, no tocante à conceituação de quadro de pessoal. O art. 20 da mencionada Lei 11.416/2006, assim preceitua:

Art. 20. Para efeito da aplicação do art. 36 da Lei 8.112, de 11/12/1990, conceitua-se como Quadro a estrutura de cada Justiça Especializada, po-

dendo haver remoção, nos termos da lei, no âmbito da Justiça Federal, da Justiça do Trabalho, da Justiça Eleitoral e da Justiça Militar.

4. A regulamentação do instituto da remoção, no âmbito do Poder Judiciário da União, deu-se pela Portaria Conjunta 3, de 31/05/2007, na forma prevista no art. 26 da Lei 11.416/2006, que estabeleceu a competência do Supremo Tribunal Federal, do Conselho Nacional de Justiça, dos Tribunais Superiores, do Conselho da Justiça Federal, do Conselho Superior da Justiça do Trabalho e do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, para baixar os atos regulamentares necessários à aplicação da referida lei, no âmbito de cada órgão.

5. Dispõe a mencionada portaria conjunta, *verbis*:

Art. 2º Remoção é o deslocamento do servidor, a pedido ou de ofício, no âmbito do mesmo quadro, com ou sem mudança de sede.

§ 1º Para fins do *caput* deste artigo entende-se como mesmo quadro as estruturas dos órgãos integrantes de cada ramo do Poder Judiciário da União, a saber:

I – Conselho da Justiça Federal, Tribunais Regionais Federais e Seções Judiciárias, em relação à Justiça Federal;

(...)

6. O Conselho da Justiça Federal regulamentou a matéria, no âmbito da Justiça Federal de primeiro e segundo graus, por intermédio da Resolução 3, de 10/03/2008, publicada em 13/03/2008, assim dispondo:

Art. 26 A remoção é o deslocamento do servidor a pedido ou de ofício no âmbito do mesmo quadro, com ou sem mudança de sede.

Parágrafo único. Para os fins do *caput* deste artigo entende-se como mesmo quadro, em conjunto, os quadros de pessoal do Conselho da Justiça Federal, dos Tribunais Regionais Federais e das Seções Judiciárias.

Art. 27 A remoção dar-se-á:

I -...

II -...

III - a pedido, para outra localidade, independentemente do interesse da administração:

a)...

b) por motivo de saúde do (a) servidor (a), cônjuge, companheiro (a) ou dependente que viva às suas expensas e conste do seu assentamento funcional, condicionada à comprovação por junta médica oficial desde que não seja doença preexistente

à posse, ressalvado o disposto no art.29, § 1º, desta Resolução.

(...)

Art. 29 O laudo médico, emitido por junta médica, com participação de especialista na área da doença alegada, é indispensável à análise do pedido de remoção com base na alínea “b”, do inciso III, do art. 27, desta Resolução e deverá, necessariamente, atestar a doença que fundamenta o pedido, bem como informar:

I – se a localidade onde reside o paciente é agravante de seu estado de saúde ou prejudicial à sua recuperação;

II – se na localidade de lotação do servidor não há tratamento adequado;

III – se a doença é preexistente à lotação do servidor na localidade e, em caso positivo, se houve evolução do quadro que justifique o pedido;

IV – se a mudança de domicílio pleiteada terá caráter temporário e, em caso positivo, a época de nova avaliação médica;

V – caso o servidor e seu cônjuge, companheiro ou dependente enfermo residam em localidades distintas, a prejudicialidade (sic) para a saúde do paciente decorrente da mudança para a localidade de lotação do servidor.

§ 1º Na hipótese de doença preexistente o pleito somente será deferido se tiver havido evolução do quadro que o justifique.

§ 2º O laudo médico deverá ser conclusivo quanto à necessidade da mudança pretendida.

§ 3º A Administração poderá indicar outra localidade que satisfaça as necessidades de saúde do servidor.

(...)

7. A remoção, no caso, se enquadra no art. 36, III, letra “b”, da Lei 8.112/1990. Segundo o dispositivo, a remoção, que é o deslocamento do servidor no âmbito do mesmo quadro, está condicionada tão-só à comprovação, por junta médica, do motivo de saúde que está provocando a remoção. E, conforme se extrai da Lei 11.416/2006 e demais dispositivos, entende-se como mesmo quadro as estruturas dos órgãos integrantes do Conselho da Justiça Federal, Tribunais Regionais Federais e Seções Judiciárias Federais, em relação à Justiça Federal. Tudo independentemente do interesse da Administração.

8. O laudo médico apresentado pela impetrante foi emitido por junta médica da seção judiciária onde se encontra lotada, com participação de especialista

na área da doença de que é portadora, e é conclusivo quanto à necessidade da mudança pretendida (fls. 14/18).

9. A situação encontra guarida no art. 462 do CPC, *in verbis*:

Art. 462. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença.

10. Os fundamentos do pleito da Impetrante, tanto os relativos ao seu estado de saúde, quanto à sua situação conjugal/familiar, encontram respaldo na norma constitucional inserta no art. 226 da Constituição federal de 1998, *verbis*:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

11. Ademais, a jurisprudência desta Corte é no sentido da proteção da unidade familiar, a saber:

Administrativo. Servidor público. Remoção a pedido. Doença de cônjuge. Art. 36, parágrafo único, III, b, da Lei 8.112/1990. Comprovação por junta médica oficial. Segurança concedida. Apelação e remessa oficial improvidas.

1. Para a remoção de servidor público, estabelece a Lei 8.112/1990: Art. 36 - Remoção é o deslocamento do servidor, a pedido ou de ofício, no âmbito do mesmo quadro, com ou sem mudança de sede. Parágrafo único - Para fins do disposto neste artigo, entende-se por modalidades de remoção: III - a pedido, para outra localidade, independentemente do interesse da Administração: b) por motivo de saúde do servidor, cônjuge, companheiro ou dependente que viva às suas expensas e conste do seu assentamento funcional, condicionada à comprovação por junta médica oficial.

2. Processo instruído com avaliação das condições de saúde do cônjuge do servidor impetrante, realizada por junta médica da Delegacia da Administração do Ministério da Fazenda no Pará, conclusiva quanto à existência de problemas de saúde — fibromialgia — e a necessidade de se realizar tratamento em local em haja especialista — Reumatologista.

3. O início do tratamento deu-se na cidade de Belém tendo em vista inexistir médico reumatologista na cidade de lotação do servidor. E conforme declaração de fls. 39, expedida pela Sociedade Brasileira de Reumatologia, na região norte do país há dois grandes centros com excelentes especialis-

tas em Reumatologia, filiada àquela entidade, quais sejam, Belém/PA e Manaus/AM.

4. Fatos que autorizam concluir pelo atendimento das exigências legalmente estabelecidas na lei citada, para legitimar o pedido de remoção nos termos em que formulado.

5. Apelação e remessa oficial improvidos.

(AMS 2000.34.00.000681-0/DF, Rel. Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista, Primeira Turma, DJ de 06/03/2006, p.35.)

Processual Civil. Administrativo. Constitucional. Razões da apelação dissociadas da sentença. Não conhecimento. Servidor público federal. Remoção. Lei 8.112/1990, art. 36, parágrafo único, inciso III, alínea "b". Doença de genitores idosos.

1. Não deve ser conhecida a apelação cujas razões são inteiramente dissociadas da sentença que se objetiva desconstituir. Precedentes deste Tribunal.

2. O art. 36, parágrafo único, inciso III, alínea "b", da Lei 8.112/1990, autoriza a remoção de servidor público federal a pedido, independente da existência de vaga ou do interesse da administração, se comprovada a dependência econômica (constante de apontamentos funcionais) e a existência de doença grave do dependente atestada por junta médica. Precedentes deste Tribunal

3. Comprovado que os pais do servidor são seus dependentes econômicos e são portadores de "neoplasia maligna de próstata e doença pulmonar crônica", o pai, e artrite reumatóide e hipertensão arterial", a mãe, e que necessitam de acompanhamento médico e apoio familiar para realização dos tratamentos necessários, atestada por junta médica, faz jus o servidor à remoção pedida.

4. Apelação não conhecida. Remessa oficial não provida.

(AMS 1999.34.00.013565-9/DF, Rel. Juiz Federal Miguel Ângelo De Alvarenga Lopes (conv), Segunda Turma Suplementar, DJ de 05/05/2005, p.45.)

Processual Civil. Administrativo. Constitucional. Apelação. Efeito devolutivo. Servidor público federal. Lei 8.112/1990, art. 36, parágrafo único, inciso III, alínea "b". Agravo de instrumento não provido.

1. A sentença concessiva do mandado de segurança comporta, de regra, a execução provisória.

2. Inexistência de grave lesão à ordem pública a justificar atribuição de efeito suspensivo à apelação.

3. Aplicação do art. 36, parágrafo único, inc. III, letra "b", da Lei 8.112/1990 que preceitua que a remoção do servidor poderá acontecer, a pedi-

do, independentemente do interesse da Administração, por motivo de saúde do servidor, cônjuge, companheiro ou dependente que viva às suas expensas e conste do seu assento funcional, condicionada à comprovação por junta médica.

4. Decisão confirmada. Agravo a que se nega provimento.

(AG 2007.01.00.000027-4/DF, Rel. Juíza Federal Monica Neves Aguiar da Silva (conv), Segunda Turma, DJ de 03/09/2007, p.136.)

Administrativo. Servidor público federal. Remoção a pedido independentemente do interesse da Administração. Lei 8.112/1990.

1. Conforme preceitua o art. 36, inciso III, "b", da Lei 8112/1990, o servidor público tem direito a remoção a pedido, independentemente do interesse da Administração, desde que seja por motivo de saúde do servidor, do cônjuge, do companheiro ou de dependente que viva às suas expensas, condicionado à comprovação por junta médica oficial.

2. A lei, no presente caso, apenas exige que a junta médica oficial comprove o motivo de saúde, não exigindo que esse laudo direcione a localidade onde o dependente precisa ser tratado.

3. Versando a causa sobre pedido de remoção de Agente da Polícia Federal de Dionísio Cerqueira/SC para Belo Horizonte/MG, por motivo de sua própria saúde, em virtude de ser portadora de cervicobralgia por hérnia discal progressiva, carecendo de tratamento especializado e, constando dos autos documentos comprobatórios da necessidade da medida, é de ser concedida a remoção.

4. Apelação e remessa oficial, tida por interposta, desprovidas.

(AC 2004.38.00.051821-4/MG, Rel. Desembargador Federal José Amílcar Machado, Primeira Turma, DJ de 04/09/2006, p.20.)

12. Nesse sentido:

Recurso ordinário. Mandado de segurança. Administrativo. Servidor público federal. Remoção por motivo de saúde do cônjuge. Enfermidade comprovada por junta médica oficial. Cabimento.

1. A Lei 8.112/1990 (art. 36, par. único, III, "b"), com base na proteção conferida constitucionalmente à família e no direito fundamental à saúde (arts. 226 e 196 da CF/1988), possibilitou a remoção do servidor público federal para outra localidade, no âmbito do mesmo quadro, por motivo de saúde do seu cônjuge, condicionada à comprovação da enfermidade por junta médica oficial.

2. "Não há que se perquirir sobre a existência de vaga ou interesse da Administração para o deslocamento do servidor, se ancorado em motivo

de saúde do cônjuge” (REsp 643.218/CE, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ07/11/2005).

3. Demonstrado o cumprimento dos requisitos legais, diante do reconhecimento por junta médica oficial da grave enfermidade do cônjuge da impetrante, portador de obesidade mórbida, bem como da necessidade de sua transferência para fins de tratamento especializado, deve ser deferida sua remoção da Subseção de Caicó/RN para a sede da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte, em Natal.

4. Recurso ordinário provido. Segurança concedida.

(RMS 22.538/PE, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 14.08.2007, DJ03/09/2007 p. 223.)

Recurso especial. Processo cautelar. Administrativo. Servidor público. Remoção. Art. 36, parágrafo único, inciso III, alínea “b” da Lei 8.112/1990. Doença de cônjuge. Vaga na localidade de destino. Conveniência da administração. Desnecessidade. Precariedade do provimento. Plausibilidade da tese evocada.

Conforme se depreende da leitura da alínea “b” do inciso III do parágrafo único do art. 36 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, não há que se perquirir sobre a existência de vaga ou interesse da Administração para o deslocamento do servidor, se ancorado em motivo de saúde do cônjuge.

A remoção se deu por força de decisão judicial, embasada em necessidade médica em virtude de ser também servidora pública, não descaracterizando a condição do esposo, pois a pretensão de acompanhá-la encontra respaldo na lei.

Há que se considerar ainda o fato de que o provimento é precário, pois a demanda é cautelar, sendo suficiente a constatação da plausibilidade da tese jurídica evocada.

Recurso desprovido.

(REsp 643.218/CE, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 28/09/2005, DJ07/11/2005 p. 346.)

Agravo regimental. Administrativo. Servidora pública federal. Remoção. Art. 36, § único, da Lei 8.112/1990. Professora de universidade federal. Direito de ser removida à outra universidade federal para acompanhar cônjuge, servidor público federal, removido por motivo de saúde.

1. O cargo de professora de Universidade Federal pode e deve ser interpretado, ainda que unicamente para fins de aplicação do art. 36, § 2º, da Lei 8.112/1990, como pertencente a um quadro

de professores federais, vinculado ao Ministério da Educação.

2. Por outro lado, se fosse impedida a remoção da Professora por se tratarem as Universidades de autarquias autônomas, a norma do art. 36, § 2º, da Lei 8.112/1990 restaria inócua para diversos servidores federais que estivessem vinculados a algum órgão federal sem correspondência em outra localidade. Tome-se por conta, ainda, que o cargo de professora de Universidade Federal, certamente pode ser exercido em qualquer Universidade Federal do País.

3. É de se observar que, ainda que não se queira dar a referida interpretação à norma, o art. 226 da Constituição Federal determina a proteção à família, artigo este que interpretado em consonância com as demais normas federais aplicáveis à hipótese, demonstra ser irrazoável que se impeça uma servidora pública federal, concursada, ocupante de cargo existente em diversas cidades brasileiras, de acompanhar seu cônjuge, servidor público, que, por motivos de saúde, foi transferido para uma destas cidades.

4. Direito da Professora de ser removida, da Universidade Federal do Amazonas para a Universidade Federal Fluminense, em razão da transferência de seu cônjuge, por motivos de saúde, para o Rio de Janeiro.

5. Agravo regimental improvido. (AgRg no AgRg no REsp 206.716/AM, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 15/03/2007, DJ09/04/2007 p. 280.)

13. Tenho, ainda, que a impetrante, conforme decidi na liminar de fl.113, é servidora da Subseção Judiciária desde 1999, fl.10, o que demonstra não se tratar de subterfúgio para assunção de cargo público, com imediato retorno à cidade de residência.

Pelo exposto, concedo, em definitivo, a segurança pleiteada, confirmando a medida liminar anteriormente concedida, autorizando a imediata remoção da servidora Annelise Vianna Cavalcante da Seção Judiciária da Bahia para a Subseção Judiciária de Blumenau/SC, com a sua colocação à disposição do MM. Juízo Federal daquela subseccional da 4ª Região. Custas *ex lege*. Honorários advocatícios incabíveis na espécie.

É como voto.

Primeira Seção

Ação Rescisória

2005.01.00.060424-8/PA

Relatora: A Exma. Sra. Des. Federal Neuza Alves
Autores: Aroldo Azevedo Nakauchi e outros
Advogado: Dr. Monclar da Rocha Bastos
Ré: União Federal – Ministério da Defesa
Procuradora: Dra. Hélia Maria de Oliveira Bettero
Divulgação: e-DJF1 de 23/05/2008
Publicação: 26/05/2008

Ementa

Processual Civil. Ação rescisória. Militares. Gratificação de condição especial de trabalho – GCET. Depósito prévio. Justiça gratuita. Inexistência de ofensa ao princípio da isonomia. Ofensa a literal disposição de lei. Art. 485, inciso V, do CPC. Pedido improcedente.

I – Na ação rescisória, o autor que litiga sob os auspícios da assistência judiciária gratuita é isento do depósito prévio da multa do art. 485, II, do CPC.

II – A Gratificação de Condição Especial de Trabalho – GCET não viola o princípio constitucional da isonomia, eis que foi instituída com observância da hierarquização entre os diversos postos e graduações correspondentes à carreira militar.

III – O reajuste de 28,86% incide em sua totalidade sobre o soldo dos militares, também em relação à GCET, por se tratar de parcela vinculada, e, portanto, calculada sobre o valor do soldo.

IV – Entretanto, tal situação não se aplica ao caso sob exame, de vez que os autores reivindicam a incidência do percentual de 28,86% sobre a totalidade da GCET, que, como demonstrado, não lhe assiste o direito, por se tratar de gratificação escalonada.

V – Condenação no pagamento da multa prevista no art. 488, II, do Código de Processo Civil, e nos honorários advocatícios, fixados em 5% sobre o valor da causa, mas suspensa sua cobrança, devido à concessão da gratuidade de justiça, nos termos do art. 12 da Lei 1.060/1950.

VI – Ação Rescisória improcedente.

Acórdão

Decide a Primeira Seção do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, por unanimidade, julgar improcedente a ação rescisória, nos termos do voto da relatora.

1ª Seção do TRF 1ª Região – 06/05/2008.

Desembargadora Federal *Neuza Alves*, Relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Neuza Alves: — Aroldo Azevedo Nakauchi e outros movem a presente ação rescisória em desfavor da União Federal, objetivando desconstituir o acórdão proferido pela Primeira Turma deste sodalício (fls. 29/35), que negou provimento à apelação dos autores, afastando a pecha de inconstitucionalidade do critério de escalonamento disposto na Lei 9.442/1997, que criou a Gratificação de Condição Especial de Trabalho – GCET.

O acórdão transitou em julgado em 28/08/2003 (fls. 37).

Na presente rescisória, aduzem os requerentes que o aresto objurgado contrariou o princípio da isonomia quando: 1) deixou de reconhecer a diferença havida entre o valor da gratificação de 28,86% e o que foi efetivamente pago, conforme as tabelas anexadas à inicial; e, 2) não reconheceu a prevalência dos arts. 5º e 37, X, da CF/1988 sobre a Lei 9.442, que instituiu a GCET de forma escalonada.

Requerem que, no mínimo, sejam reconhecidos como devidos os valores decorrentes dos períodos de agosto/1995 a março/1997, quando ainda não afetados pelos diplomas legais.

Pleiteiam os benefícios da gratuidade judiciária (fl. 8).

Citada, a União ofereceu contestação (fls. 87/103), argüindo, preliminarmente, prejudicial de mérito, em face da ausência do depósito, que é condição procedimental, devendo a inicial ser indeferida.

No mérito, alega, em síntese, que não houve comprovação de violação de literal disposição de lei, em razão da inexistência de norma legal que determinasse a incidência do índice de 28,86% sobre a GCET, sendo incabível, por tal razão, o manejo da ação rescisória.

Neste Tribunal, o Ministério Público Federal manifestou-se pela improcedência da ação.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Neuza Alves: — Defiro a gratuidade de justiça requerida.

Como visto no relatório, os autores, Aroldo Azevedo Nakauchi e outros, pretendem, com fundamento no art. 485, inciso V, do Código de Processo Civil — violação a literal disposição de lei —, rescindir o acórdão proferido pela e. Primeira Turma deste Tribunal, que negou provimento à apelação, mantendo a sentença que julgou improcedente o pedido formulado na Ação Ordinária 2001.39.00.007526-3.

De início, quanto a gratuidade judiciária na ação rescisória, e a isenção do depósito aos seus beneficiários, o tema não comporta maiores discussões porque já pacificada nesta Corte o entendimento segundo o qual é isento do depósito prévio da multa o beneficiário de justiça gratuita.

Confira-se, a respeito, o seguinte excerto de julgado, *verbis*:

Previdenciário e Processual Civil. Ação rescisória. Depósito prévio da multa. Inexigibilidade. Justiça gratuita. Erro de fato. Art. 485, IX, do CPC. Valoração da prova. Possibilidade de reexame. Aposentadoria rural. Início razoável de prova documental. Certidão nascimento. Profissão do marido extensível à mulher. Prova testemunhal harmônica. Honorários advocatícios. Base de cálculo. Súmula 111 do STJ.

1. É isento do depósito prévio da multa do art. 485, II, do CPC o autor de ação rescisória beneficiário da assistência judiciária.

(...)

7. Remessa oficial provida em parte para se limitar a base de cálculo da verba honorária da sucumbência às parcelas vencidas até a data da prolação da sentença.

(AR 2006.01.00.046118-5/GO, Rel. Desembargador Federal José Amilcar Machado, Primeira Seção, *e-DJ* de 31/03/2008, F1 p.48.)

Passo ao exame do mérito.

Nos termos do art. 485, V, do CPC, a ação rescisória pode ser manejada em face de violação literal

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Francisco de Assis Betti, José Amilcar Machado, Luiz Gonzaga Barbosa Moreira, Antônio Sávio de Oliveira Chaves e o Exmo. Sr. Juiz Federal Iran Velasco Nascimento (convocado).

a disposição de lei, assim entendido quando a decisão de mérito (sentença ou acórdão) 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. A esse respeito, confira-se a AR 1998.01.00.068052-0/DF, Relator Des. Federal Luciano Tolentino Amaral.

A sentença rescindenda transitou em julgado em 28/08/2003, consoante certidão a fl. 37. A presente ação rescisória foi proposta em 29/08/2005 (cf. fl. 2), dentro, portanto, do lapso de dois anos.

A controvérsia gira em torno da Gratificação de Condição Especial de Trabalho – GCET, instituída pela Medida Provisória 1.112/1995 e posteriormente convertida na Lei 9.442/1997. Ocorre que o Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento segundo o qual não viola o princípio constitucional da isonomia a instituição da gratificação em debate, que estabeleceu valores diferenciados em razão da hierarquia castrense.

No tema, confira-se o seguinte excerto do julgado, *verbis*:

Agravo regimental em recurso extraordinário. Militar. Gratificação de condição especial de trabalho. Lei 9.442/1997. Princípio da isonomia.

Ambas as turmas deste Tribunal pacificaram o entendimento de que o cálculo da Gratificação de Condição Especial de Trabalho (GCET), instituída pela Lei 9.442/1997, com base em índices diferenciados conforme critério hierárquico, não contraria o princípio da isonomia. Agravo regimental a que se nega provimento.

(RE-AgR 419386/TO, Relator Ministro Eros Grau, Primeira Turma, DJ de 24/06/2005, p.38.)

Já no que tange ao reajuste de 28,86%, não se há de falar em escalonamento, eis que esse é devido igualmente a todos os servidores, civis e militares, sem diferenciação quanto ao posto ou hierarquia, pois se trata de reajuste concedido linearmente aos servidores, ao contrário do que ocorreu com a GCET, que se tratava de gratificação, e não de reajuste.

Nesse sentido, os seguintes julgados desta Corte, *verbis*:

Constitucional e Administrativo. Servidor público militar. Forças armadas. GCET (gratificação de condição especial de trabalho). MP 1.112/1995 convertida na Lei 9.442/1997. Fixação de acordo com a

hierarquia militar. Critério não ofensivo ao princípio da isonomia. Súmula 339/STF. Reajuste de 28,86% decorrente das Leis 8.622/1993 e 8.627/1993. Art. 37, X da CF/1988. Dedução do percentual (EDROMS 22.307-7/DF). Juros de mora.

1 - Os fatores de escalonamento da GCET, instituída pela MP 1.112/1995 e convertida na Lei 9.442/1997, não ofendem o princípio constitucional da isonomia (art. 37, X e art. 39, § 1º).

2 - É defeso ao Poder Judiciário majorar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia, nos termos da Súmula 339/STF.

3 - Precedentes (AC 2001.32.00.000060-1/AM, Rel. Desembargador Federal José Amílcar Machado, Primeira Turma do TRF 1ª Região, DJ de 16/12/2002 P.72). (AC 2001.41.00.003027-2/RO, Rel. Desembargadora Federal Assusete Magalhães, Rel. Conv. Juiz Iran Velasco Nascimento (Conv.), Segunda Turma do TRF 1ª Região, DJ de 10/10/2002 P.89). (AC 2001.41.00.003024-4/RO, Rel. Desembargador Federal Tourinho Neto, Segunda Turma do TRF Região, DJ de 24/07/2002 P.23). (AC 2000.34.00.047061-8/DF, Rel. Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, Rel. Conv. Juiz Francisco Neves da Cunha (conv.), Segunda Turma do TRF 1ª Região, DJ de 10/12/2002 p. 22).

4 - A aplicação de índices diferenciados entre servidores civis e militares está a infringir o inciso X do art. 37 da CF/1988 (“A revisão geral da remuneração dos servidores públicos, sem distinção de índices entre servidores públicos civis e militares, far-se-á na mesma data”). Não se pode admitir que somente os servidores civis sejam beneficiados com reajuste mínimo de 28,86%.

5 - O percentual complementar deve levar em conta o posto de cada servidor (no caso, 4,91%), respeitada a compensação conforme entendimento do STF (EDROMS 22.307-7/DF).

6 - Juros devidos à razão de 1% ao mês, a partir da citação, considerada a natureza alimentar da dívida. Precedentes do STJ (Resp 1º 314.181/AL, Quinta Turma, rel. Min. Félix Fischer, in DJ de 05/11/2001, p. 133, unânime; AGREsp 289.543/RS, Quinta Turma, rel. Min. Jorge Scartezzini, in DJU 19/11/2001, p. 307, unânime).

7 - Apelação da União e Remessa Oficial improvidas. Apelação do autor parcialmente provida. (AC 2000.38.00.044120-0/MG, Relator Des. Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira, Primeira Turma, DJ de 16/02/2004, p.24)

Administrativo. Servidor militar. Reajuste de vencimentos (28,86%). Leis 8.622/1993 e 8.627/1993. Índice inferior. Direito à complementação. Precedente do STF. Gratificação de condição especial de trabalho – GCET. Lei 9.442/1997. Fator multiplicativo.

Hierarquização entre os diversos postos e graduações. Ausência de ofensa ao princípio constitucional da isonomia. Preliminar de prescrição do fundo do direito rejeitada.

1. (...)

2. A jurisprudência do colendo STF orientou-se no sentido de que o reajuste de vencimentos de 28,86%, concedido aos militares pelas Leis 8.622/1993 e 8.627/1993, é extensivo aos servidores públicos federais civis, determinando, entretanto, a compensação dos percentuais de reajuste deferidos por força do reposicionamento funcional concedidos aos servidores públicos federais civis, pelos arts. 1º e 3º da Lei 8.627/1993 (Embargos de Declaração no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 22.307-7/DF, Rel. para o acórdão o Min. Ilmar Galvão, Pleno, STF, maioria, DJ de 26/06/1998).

3. *Por idêntico fundamento, têm direito a esse índice de reajuste os servidores públicos federais militares contemplados pelas referidas leis com índices de reajustes inferiores.*

4. *A Gratificação de Condição Especial de Trabalho – GCET foi instituída com observância da hierarquização entre os diversos postos e graduações correspondentes à carreira militar.*

5. A correta aplicação do princípio constitucional da isonomia reclama a adoção de tratamento diferenciado para situações distintas.

6. Está de acordo com a Constituição Federal a criação de gratificação em valores escalonados segundo a hierarquia, vez que essa parcela tem o intuito de compensar as condições especiais de trabalho, levando-se em consideração a responsabilidade e a autoridade de cada posto ou graduação.

7. Apelações e remessa oficial a que se nega provimento.

(AC 2000.38.00.027289-9/MG, Relator Des. Federal Antonio Sávio de Oliveira Chaves, Primeira Turma, DJ de 25/08/2003, p.30.)

A título exemplificativo, transcrevo excerto do julgado da lavra do eminente Relator Luiz Gonzaga Barbosa Moreira, na AC 2000.38.00.044120-0/MG, que traduz com maestria o ocorrido por ocasião da implantação do índice de 28,86% aos servidores militares:

Quanto ao reajuste de 4,91% a título de resíduo do aumento de 28,86%, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RMS 22.307/DF, entendeu que as Leis 8.622 e 8.627, ambas de 1.993, ao disporem sobre a revisão geral dos soldos e vencimentos dos servidores militares e civis, acabaram por afrontar o art. 37, X da CF/1988, já que conferiram maior índice de reajuste aos militares (28,86%). Com isso, estendeu a todos os servidores civis o reajuste de 28,86%.

No julgamento dos Embargos Declaratórios opostos contra a referida decisão, o Ministro Ilmar Galvão esclareceu que “para chegar-se ao índice de 28,86%, que foi tido como correspondente ao reajuste geral concedido a todo o funcionalismo, civil e militar, e, como tal, aplicado aos servidores do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, dos servidores do Tribunal de Contas da União e do Ministério Público Federal, considerou-se a média percentual resultante da adequação dos postos e graduações dos servidores militares”. Do voto do citado Ministro se extrai, ainda, que eventuais reposições já feitas pelas Leis 8.622 e 8.627 deveriam ser deduzidas do índice de 28,86%.

Assim, todos os servidores públicos federais do Legislativo, do Judiciário, do Tribunal de Contas da União, do Ministério Público Federal e do Executivo (civis) obtiveram o reajuste mínimo de 28,86%, enquanto nem todos os militares foram beneficiados da mesma forma.

Com efeito, confrontando a Tabela de Soldos da Lei 8.622/1993 com a da Lei 8.627/1993, verifica-se, a título de exemplo, que o Tenente Brigadeiro obteve reajuste de 28,86% (ver também art. 6º da Lei 8.622), enquanto o Tafeiro-Mor obteve 21,02%.

Ora, a aplicação de índices diferenciados entre servidores civis e militares está, novamente, a infringir o inciso X, do art. 37, da CF/1988 (“A revisão geral da remuneração dos servidores públicos, sem distinção de índices entre servidores públicos civis e militares, far-se-á na mesma data”). *Não se pode admitir que somente os servidores civis sejam beneficiados com reajuste mínimo de 28,86%.*

De tal sorte, devida a aplicação do percentual complementar para totalizar o reajuste de 28,86%, respeitando-se, assim, a dedução do índice já concedido pelas Leis 8.622 e 8.627, de 1993, como vem decidindo esta Turma. (grifos nossos)

Dessa forma, o reajuste de 28,86% incide em sua totalidade sobre o soldo dos militares, também em relação à GCET, por se tratar de parcela vinculada, e, portanto, calculada sobre o valor do soldo.

Entretanto, tal situação não se aplica ao caso sob exame, de vez que o Autor reivindica a incidência do percentual de 28,86% *sobre a totalidade da GCET*, o que, como demonstrado, não lhe pode ser deferido como pleiteado, por se tratar de gratificação escalonada, com o aval da Suprema Corte sobre a constitucionalidade desse escalonamento.

Em face do exposto, julgo improcedente o pedido formulado na inicial.

Condeno os Autores na multa prevista no art. 488 do Código de Processo Civil e nos honorários de sucumbência, que fixo em 5% sobre o valor da causa, porém suspendo sua cobrança, em face da concessão da gratuidade judiciária, nos termos do art. 12 da Lei 1.060/1950.

É como voto.

Segunda Seção

Mandado de Segurança

2007.01.00.057835-6/GO

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz
Impetrantes: Alessandro Oliveira Faria e outros
Advogados: Dr. Cléber Lopes de Oliveira e outros
Impetrado: Juízo Federal da 5ª Vara – GO
Interessada: Justiça Pública
Procurador: Dr. Daniel de Resende Salgado
Divulgação: e-DJF1 de 16/05/2008
Publicação: 19/05/2008

Ementa

Mandado de segurança. Matéria penal. Seqüestro de bens. Nomeação de depositário e administrador. Afronta ao princípio da presunção de inocência e da proporcionalidade. Seqüestro. Medida que por si só assegura o interesse público de promover eventual reparação do dano ao final do processo. Impetrantes que deverão ser nomeados fiéis depositários dos bens seqüestrados.

I – Mostra-se ilegal e abusiva a nomeação de administrador judicial para garantir a conservação dos bens seqüestrados que não servem à moradia dos impetrantes ou de sua família. Deve-se respeitar a presunção de inocência. Ademais, o só registro do seqüestro já é suficiente para preservar eventual reparação do dano ao final do processo.

II – Segurança parcialmente concedida para determinar a suspensão da eficácia da decisão que determinou a nomeação de administrador judicial para bens imóveis pertencentes aos impetrantes, ficando esses nomeados fiéis depositários dos bens imóveis que lhes foram seqüestrados, devendo-lhes a autoridade impetrada tomar-lhes o respectivo compromisso.

Acórdão

Decide a Segunda Seção conceder parcialmente a segurança, à unanimidade.

2ª Seção do TRF 1ª Região – 30/04/2008.

Desembargador Federal *Hilton Queiroz*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz: — Cuida-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por Alessandro Oliveira Faria, Márcio André Alves Faria e Leandro Oliveira Corrêa, em face de ato do Juiz Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária de Goiás, que, em razão de representação do Delegado de Polícia Federal (Ação Penal 2007.35.00.022189-5),

determinou o seqüestro dos bens do impetrante, bem como a indicação, no prazo de 90 (noventa) dias, pela Superintendência Regional em Goiás da Polícia Federal, de pessoa natural ou jurídica, a fim de que seja imitada na posse dos referidos bens, eis que, conforme salientado pela autoridade policial, foram adquiridos com os lucros provenientes das atividades criminosas.

Pretendem os impetrantes, liminarmente, a suspensão dos efeitos do ato impugnado, no particular, na

parte que *“determinou a nomeação de administrador judicial para os bens imóveis pertencentes aos impetrantes”* (fl. 7) até julgamento final da presente impetração.

No mérito, pede que seja cassada a decisão impugnada por afrontar *“o princípio constitucional da não culpabilidade (CF, art. 5º, inciso LVII)”, bem como o princípio constitucional da “proporcionalidade, na medida em que a cautela incidental está sendo tão gravosa quanto uma eventual sentença que declare o perdimento dos bens em favor da União”* (fl. 5).

Afirmam os impetrantes que *“a decisão, nos moldes em que fora exarada, transcende os limites da cautela, isto por que dentre os imóveis constrictados há vários deles ocupados por terceiros, sob o manto da relação jurídica válida, além do que os que estão desocupados estão sob a posse mansa dos impetrantes, razão pela qual a determinação contida na decisão ora impugnada, no sentido de que pessoas indicadas pelo Estado sejam imitadas na posse, concessa venia, configura afetação patrimonial antecipada”* (fl. 5).

Requerem, ao final, a concessão de liminar para que sejam suspensos os efeitos do ato impugnado (nomeação de administrador judicial para os bens imóveis pertencentes aos impetrantes) até julgamento final da presente impetração.

A liminar foi concedida (fl. 146).

A autoridade coatora prestou informações, esclarecendo que:

1 - Em 29/08/2007, acolhendo representação da autoridade policial e, após a oitiva do representante do MPF, deferiu os pedidos de busca e apreensão e seqüestro de bens móveis e imóveis pertencentes aos investigados na denominada operação “Barão”, supostamente adquiridos com os proveitos da atividade de saques/furtos mediante a clonagem de cartões bancários, conforme consta das fls. 48/86 (fls. 91/92);

2 - Dentre as várias medidas adotadas, este Juízo entendeu por bem nomear administrador judicial e depositário para os imóveis desocupados ou utilizados como casa de veraneio ou lazer. Para tanto, este Juízo está analisando cada caso, individualmente, para identificar quais imóveis servem de moradia e quais são usados tão-somente para lazer (fl. 92);

3 - Através da manifestação de fls. 2592/2598, o representante do MPF requer o deferimento de várias medidas em relação aos bens seqüestrados,

sendo que tal pedido ainda se encontra pendente de apreciação (fl. 92).

O Ministério Público, em parecer de fls. 171/175, pugnou pela denegação da ordem.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz: — O presente mandado de segurança tem por objetivo cassar a decisão que, nos autos da Ação Penal 2007.35.00.022189-5, determinou o seqüestro dos bens do impetrante, bem como a indicação, no prazo de 90 (noventa) dias, pela Superintendência Regional da Polícia Federal em Goiás, de pessoa natural ou jurídica, a fim de que seja imitada na posse dos referidos bens, eis que, conforme salientado pela autoridade policial, foram adquiridos com os lucros provenientes das atividades criminosas.

Nas informações do magistrado federal consta fundamentação dando conta de que a Delegacia de Repressão a Crimes contra o Patrimônio da Superintendência Regional da Polícia Federal em Goiás apurou diversos furtos mediante clonagem de cartões magnéticos praticados contra a Caixa Econômica Federal, tendo os impetrantes sido apontados como supostos chefes de uma eventual quadrilha, tendo a autoridade policial representado pela busca e apreensão e seqüestro de bens móveis e imóveis pertencentes aos impetrantes.

Consta, ainda, das informações que, após a oitiva do representante do MPF, deferiu os pedidos de busca e apreensão e seqüestro de bens móveis e imóveis pertencentes aos investigados.

De início, transcrevo a decisão com que concedi a liminar, onde se lê:

Tratando-se de mandado de segurança em que se postula a suspensão da eficácia da decisão que determinou a nomeação de administrador judicial para os bens imóveis pertencentes aos impetrantes, “determinando no item “4. Providências fi-

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Tourinho Neto, Assusete Magalhães, Mário César Ribeiro, Cândido Ribeiro e a Exma. Sra. Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho (convocada).

nais” da decisão em comento, subitem “4.9.2” - Doc. 3 -, ‘Quanto aos bens imóveis, os seus atuais moradores deverão ser nomeados fiéis depositários. Porém, no prazo máximo de 90 (noventa) dias, a Superintendência Regional em Goiás da Polícia Federal deverá indicar pessoa natural ou jurídica a fim de seja imitada na posse dos referidos bens” (fl. 4); *concedo a liminar*, vez que a imissão do administrador (pessoa natural ou jurídica) na posse dos bens seqüestrados, poderá tornar ineficaz a medida, caso seja deferida no julgamento do mérito do pleito, para cujo fundamento argüem os impetrantes, com argumentação não desprezível, ofensa ao princípio da proporcionalidade.

A liminar é no sentido de “determinar a suspensão da eficácia da decisão no particular que determinou a nomeação de administrador judicial para os bens imóveis pertencentes aos impetrantes”, conforme se lê na petição inicial (fl. 7).

Comunique-se à autoridade impetrada.

Publique-se. (fl. 146).

Efetuada que se encontra o seqüestro, contra o qual não se insurgem os impetrantes, assiste-lhes, contudo, razão, quando argumentam:

Como relatado acima, o Magistrado da 5ª Vara Federal da Seção Judiciária de Goiás, Dr. Marcelo Meireles Lobão, decidiu, em 29 de agosto do corrente ano, seqüestrar os bens móveis e imóveis dos impetrantes.

Nota-se na decisão em comento, que nela há expresso comando no sentido de que decorridos 90 (noventa) dias do referido decisum, a autoridade policial deveria indicar pessoa natural ou jurídica para que fosse imitada na posse dos imóveis seqüestrados, o que constitui, data venia, ato ilegal suscetível, entretanto, de correção nesta via.

Assim, verifica-se que a decisão, nos moldes em que fora exarada, transcende os limites da cautela, isto por que dentre os imóveis constrictados há vários deles ocupados por terceiros, sob o manto da relação jurídica válida, além do que os que estão desocupados estão sob a posse mansa dos impetrantes, razão pela qual a determinação contida na decisão ora impugnada, no sentido de que pessoas indicadas pelo estado sejam imitadas na posse, *concessa venia*, configura afetação patrimonial antecipada.

Bem por isso, percebe-se que tal providência, com o respeito devido ao seu prolator, colide com o princípio constitucional da não culpabilidade (CF, art. 5º, inciso LVII), sendo que os indícios que justificam a cautela do seqüestro não têm o condão de suprimir o referido preceito constitucional, deven-

do haver, ao revés, uma harmonização entre eles, consoante aponta a ordem constitucional vigente.

De igual modo, a decisão referida viola outro princípio constitucional, o da proporcionalidade, na medida em que a cautela incidental está sendo tão gravosa quanto uma eventual sentença que declare o perdimento dos bens em favor da União.

Nesse caminhar, argumenta-se que, não obstante possa haver o seqüestro dos bens supostamente adquiridos com o produto do crime, no caso de que se cuida, a cautela deferida pelo magistrado de 1º grau tornou-se, por demais, gravosa aos impetrantes, na medida em que a ocupação dos imóveis por um administrador judicial afeta a própria relação de posse, transcendendo, assim, o alcance da medida de seqüestro prevista no Código de Processo Penal.

Frise-se, no particular, que o registro do seqüestro no competente Cartório de Imóveis assegura o interesse público dentro de uma perspectiva de promover uma eventual reparação de dano ao final do processo de conhecimento.

Portanto, a decisão ora impugnada, no que diz respeito à nomeação de pessoas indicadas pelo Estado como fiéis depositárias e administradores dos imóveis seqüestrados, é medida ilegal e por demais gravosa para os impetrantes. (fls. 4/06).

À vista do exposto, concedo parcialmente a segurança, para, em definitivo “*determinar a suspensão da eficácia da decisão no particular que determinou a nomeação de administrador judicial para bens imóveis pertencentes aos impetrantes*” (fl. 7), ficando os impetrantes nomeados fiéis depositários dos bens imóveis que lhes foram seqüestrados, devendo a autoridade impetrada tomar-lhes o respectivo compromisso.

É o voto.

Terceira Seção

Embargos Infringentes na Apelação Cível

2002.38.00.055549-0/MG

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente
Embargante: Caixa Econômica Federal – CEF
Advogados: Dr. Ubiraci Moreira Lisboa e outros
Embargado: Carlos Heins Gustavo Koschky Filho
Advogados: Dr. Arésio A. de Almeida Damaso e Silva e outros
Divulgação: e-DJF1 de 09/05/2008
Publicação: 12/05/2008

Ementa

Civil. Administrativo e Processual Civil. Contrato de poupança firmado com estabelecimento bancário. Não-recadastramento da conta. Ausência de comprovação, pelo banco depositário, de transferência do montante depositado, nos termos da 9.526/1997. Preliminar de ilegitimidade passiva ad causam da Caixa Econômica Federal não conhecida.

I – A discussão travada em sede de embargos infringentes limita-se à matéria objeto de divergência no acórdão embargado. Não conhecimento da preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*, suscitada pela Caixa Econômica Federal, à míngua de prévio exame no julgado recorrido.

II – Firmado o contrato de depósito em dinheiro (caderneta de poupança), compete ao estabelecimento bancário proceder à sua regular devolução, quando solicitado.

III – Ausente a comprovação, por parte do estabelecimento bancário, de que teria transferido, ao Banco Central do Brasil, os valores que se encontravam sob a sua custódia, nos termos da Lei 9.526/1997, afigura-se manifesta a sua responsabilidade pela restituição do montante depositado, com a devida recomposição monetária, sob pena de enriquecimento ilícito, o que não se admite, na espécie.

IV – Embargos infringentes desprovidos.

Acórdão

Decide a Seção, por maioria, negar provimento aos embargos infringentes.

3ª Seção do TRF 1ª Região – 04/03/2008.

Desembargador Federal Souza Prudente, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: — Cuida-se de embargos infringentes opostos pela Caixa Econômica Federal, em face do v. acórdão de fls. 105/121, proferido pela colenda Quinta Turma deste egrégio Tribunal, nos autos de ação ajuizada por Carlos Heins

Gustavo Koschky Filho, em que se busca a restituição dos valores depositados em caderneta de poupança popular, efetuados na década de 50. O juízo monocrático extinguiu o processo, com julgamento do mérito, nos termos do art. 269, IV, do CPC, sob o fundamento de que teria se operado, na espécie, o instituto da decadência (fls. 91/93).

O respeitável acórdão embargado, por maioria, julgou deu provimento ao recurso de apelação interposto pelo autor, restando assim ementado:

Civil. Contrato de poupança firmado com estabelecimento bancário. Não-recadastramento da conta. Lei 9.526/1997. Depósito de propriedade do depositante. Não comprovação de transferência de valores à conta do tesouro nacional. Restituição dos valores pelo banco depositário.

1. A sentença do juízo monocrático, ao extinguir o processo com julgamento do mérito, fundamentou-se no fato de que “o autor informou que não procedeu ao recadastramento determinado pelas Resoluções 2.025 e 2.078, razão pela qual tinha até 28/11/1997 para requerer a devolução junto à ré. Não havendo provas de que tenha exercitado este direito, impõe-se o reconhecimento da decadência”.

2. Não há, no entanto, como incurrir legalidade à transferência dos recursos existentes em contas particulares de poupança, realizada em obediência aos termos do art. 2º da Lei 9.526/1997 e em face da inércia dos apelantes ao não promover o recadastramento da conta até o dia 31.12.98, fixado na MP 1.711/1998.

3. A Lei 9.526/1997 passou por cima de princípios constitucionais ao determinar que os saldos não reclamados seriam recolhidos ao Banco Central do Brasil, com a extinção dos contratos de depósitos correspondentes na data do recolhimento (art. 1º, § 2º), e posterior repasse ao Tesouro Nacional sob domínio da União, se não contestados.

4. A indisponibilização de valores pertencentes a particulares, sem observância ao devido processo legal, e o seu repasse para os cofres da União, significam total desrespeito ao direito de propriedade e enriquecimento ilícito da União Federal.

5. Verificadas as qualidades da União de responsável e beneficiária no que diz respeito à transferência indevida, é ela também responsável pelo pagamento dos valores. Há de se verificar, no entanto, se de fato ocorreu esta transferência.

6. No caso em comento, não restou comprovado pela Caixa Econômica o recolhimento do valor constante da caderneta de depósito de fl. 6 ao Banco Central. Assim sendo, cabe a ela o dever de restituir à apelante os valores depositados na caderneta popular.

7. O apelante comprovou a abertura da caderneta e o depósito inicial no valor de Cr\$10.000,00 (dez mil cruzeiros) em 05/11/1958 conforme documento de fl. 6, provando, assim, o fato constitutivo de seu direito. A apelada, por sua vez, a despeito do determinado no art. 333 do Código de Processo Civil, não fez a prova do fato impeditivo, modificativo

ou extintivo do direito do apelante, tendo, inclusive, deixado de apresentar contra-razões.

8. Tratando-se de um contrato de depósito, cumpria ao banco depositário, guardar e conservar a coisa depositada e restituí-la, com os frutos e acrescidos quando lhe exigisse o depositante ou comprovar que imposição legal o impeliu a transferir os valores depositados em seu poder à conta do Tesouro Nacional. Nesse sentido: AC 1999.38.00.029955-1/MG, Rel. Desembargador Federal Fagundes de Deus, Quinta Turma, DJ de 07/07/2005, p.24.

Faz-se necessária a aplicação de correção monetária sobre os valores depositados, para que haja a recomposição do poder aquisitivo da moeda. Por sua vez, os juros de mora eram devidos à razão de 6% ao ano, nos termos do Código Civil de 1916, devendo incidir neste percentual desde a citação até a vigência do atual Código Civil, que o elevou a 12% ao ano, em seu art. 406 c/c art. 161, § 1º, CTN.

9. No que concerne aos honorários advocatícios, levando-se em consideração os autos, fixo-os no valor de R\$1.000,00 (um mil reais), com fundamento no art. 20 §4º do CPC.

10. O valor a ser pago a título de restituição deverá ser oportunamente apurado na fase de liquidação da sentença.

11. Apelação provida. (fls. 120121).

Em suas razões recursais, suscita a Caixa Econômica Federal a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*, sob o fundamento de que, a prevalecer o entendimento do Acórdão embargado, no sentido de que a Lei 9.526/1997, ao determinar o repasse dos valores depositados nas cadernetas de poupança para o Banco Central do Brasil, deveria ter concluído pela ausência de sua legitimidade para proceder à sua devolução. No mais, sustenta a prevalência do voto vencido da Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, alegando, em resumo, que os antigos depósitos populares não se equiparariam às atuais cadernetas de poupança, à míngua de qualquer manifestação expressa, por parte dos depositantes, no sentido de se autorizar o banco depositário a proceder à alteração de sua modalidade, razão por que requer o provimento dos embargos infringentes, com o conseqüente desprovimento do recurso de apelação interposto pelo autor da demanda (fls. 122/131).

Admitidos os embargos, o recorrido apresentou suas contra-razões (fls. 134/138).

Este é o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: — O voto condutor do julgado embargado, da lavra do ilustre Juiz Federal convocado Ávio Mozar José Ferraz de Novaes, restou lavrado nestes termos:

A sentença do juízo monocrático, ao extinguir o processo com julgamento do mérito, fundamentou-se no fato de que “o autor informou que não procedeu ao recadastramento determinado pelas Resoluções 2.025 e 2.078, razão pela qual tinha até 28/11/1997 para requerer a devolução junto à ré. Não havendo provas de que tenha exercitado este direito, impõe-se o reconhecimento da decadência.

Não há, no entanto, como inculir legalidade à transferência dos recursos existentes em contas particulares de poupança, realizada em obediência aos termos do art. 2º da Lei 9.526/1997 e em face da inércia dos apelantes ao não promover o recadastramento da conta até o dia 31.12.98, fixado na MP 1.711/1998.

A Lei 9.526/1997 passou por cima de princípios constitucionais ao determinar que os saldos não reclamados seriam recolhidos ao Banco Central do Brasil, com a extinção dos contratos de depósitos correspondentes na data do recolhimento (art. 1º, § 2º), e posterior repasse ao Tesouro Nacional sob domínio da União, se não contestados.

A indisponibilização de valores pertencentes a particulares, sem observância ao devido processo legal, e o seu repasse para os cofres da União, significam total desrespeito ao direito de propriedade e enriquecimento ilícito da União Federal.

Para dirimir a situação de enriquecimento ilícito da União e impedir que ela se perpetue, faz-se necessária a aplicação de correção monetária sobre os valores depositados, para que haja a recomposição do poder aquisitivo da moeda.

Por sua vez, os juros de mora eram devidos à razão de 6% ao ano, nos termos do Código Civil de 1916, devendo incidir neste percentual desde a citação até a vigência do atual Código Civil, que o elevou a 12% ao ano, em seu art. 406 c/c art. 161, § 1º, CTN.

Ponto interessante de destaque é o fato de que a MP 1597/1997, publicada no Diário Oficial

em 11/11/1997, estabeleceu como prazo final para reclamação dos valores referidos o dia 28/11/1997, ou seja, *os interessados teriam apenas 17 dias para reclamar o direito à sua propriedade*, a contar da publicação de uma Medida Provisória, no Diário Oficial, praticamente inacessível à maioria dos cidadãos, dentre tantas e quantas outras Medidas Provisórias.

A Lei 9.526, na qual foi convertida, publicada em 09/12/1997, determinou que na medida em que os saldos não reclamados fossem sendo transferidos para o Banco Central do Brasil, os titulares das contas fossem notificados por edital para que estes, em trinta dias, contestassem o recolhimento efetuado.

Por si só, tal procedimento configura imenso absurdo, tendo em vista que torna praticamente impossível que o cidadão defenda o que é seu, o que é constitucionalmente amparado, que é o seu direito à propriedade. Ademais, nem sequer ficou comprovado que o Banco Central tenha convocado o suplicante na forma prescrita pela lei, mediante publicação no Diário Oficial da União, para contestar o recolhimento. Esta prova haveria de ser feita pela apelada, dada a impossibilidade de o apelante fazer tal prova negativa.

Verificadas as qualidades da União de responsável e beneficiária no que diz respeito à transferência indevida, é ela também responsável pelo pagamento dos valores. Há de se verificar, no entanto, se de fato ocorreu esta transferência.

No caso em comento, não restou comprovado pela Caixa Econômica o recolhimento do valor constante da caderneta de depósito de fl. 6 ao Banco Central. Assim sendo, cabe a ela o dever de restituir à apelante os valores depositados na caderneta popular.

Não há como negar que o apelante comprovou a abertura da caderneta e o depósito inicial no valor de Cr\$10.000,00 (dez mil cruzeiros) em 05/11/1958 conforme documento de fl. 6, provando, assim, o fato constitutivo de seu direito. A apelada, por sua vez, a despeito do determinado no art. 333 do Código de Processo Civil, não fez a prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do apelante, tendo, inclusive, deixado de apresentar contra-razões.

Tratando-se de um contrato de depósito, cumpria ao banco depositário, guardar e conservar a coisa depositada e restituí-la, com os frutos e acrescidos quando lhe exigir o depositante ou comprovar que imposição legal o impeliu a transferir os valores depositados em seu poder à conta do Tesouro Nacional.

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Maria Isabel Gallotti Rodrigues, Daniel Paes Ribeiro e João Batista Moreira. Ausente, eventualmente, a Exma. Sra. Des. Federal Selene de Almeida. Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Des. Federal Fagundes de Deus.

Nesse sentido, veja-se a seguinte ementa de aresto desta Corte:

“Civil e Administrativo. Contrato de poupança firmado com estabelecimento bancário. Não-recadastramento da conta. Expropriação do saldo pela união. Lei 9.526/1997. Impossibilidade. Depósito de propriedade do depositante. Devolução do saldo da conta devidamente corrigido.

1. Não há que se falar em falta de interesse de agir do autor, porquanto, em observância ao princípio constitucional da inafastabilidade do controle judicial (CF, art. 5º, XXXV), tem ele legítimo interesse em obter a prestação jurisdicional, a fim de ser indenizado pela expropriação indevida do saldo de sua conta de poupança, não sendo, pois, imprescindível o prévio exaurimento da via administrativa para que a parte busque seus direitos em juízo.

2. Na espécie, o contrato de depósito em dinheiro (caderneta de poupança), firmado com o estabelecimento bancário, representa direito de propriedade pertencente ao seu legítimo titular, não sendo, por isso mesmo, cabível a sua expropriação pela falta de recadastramento da conta num determinado lapso temporal estipulado em lei.

3. Apelação da União e remessa oficial não providas. (grifo nosso)

(AC 1999.38.00.029955-1/MG, Rel. Desembargador Federal Fagundes de Deus, Quinta Turma, DJ de 07/07/2005, p.24.)”

O valor a ser pago a título de restituição deverá ser oportunamente apurado na fase de liquidação da sentença.

No que concerne aos honorários advocatícios, levando-se em consideração os autos, fixo-os no valor de R\$1.000,00 (um mil reais), com fundamento no art. 20, §4º, do CPC.

Em face do exposto, dou provimento à apelação, reformando *in totum* a sentença de primeiro grau (fls. 107/109).

Por sua vez, o voto divergente, proferido pela eminente Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, cuja prevalência pretende a Caixa Econômica Federal, encontra-se redigido com estas letras:

Vou divergir de Vossa Excelência, com a devida vênia, fazendo uma síntese do meu pensamento. Recordo-me que fiz pesquisa minuciosa a respeito dessas contas de depósitos populares da década de 50, da legislação da época, em que não existia no nosso ordenamento jurídico correção monetária. Observo que estamos julgando causa cujos fatos aconteceram na década de 50 e que não há como deixar de levar em consideração o ordenamento jurídico vigente na época dos fatos.

Essas premissas postas no voto de Vossa Excelência, com a devida vênia, são baseadas na jurisprudência atualmente pacificada de nossos tribunais, inclusive do Tribunal Regional Federal e do Superior Tribunal de Justiça, mas que foi formada em época de conjuntura inflacionária. A correção monetária só surgiu no nosso Direito a partir de uma lei da década de 60, que estabeleceu a caderneta de poupança como regra de exceção e, para que houvesse possibilidade de que uma conta recebesse o tratamento de caderneta de poupança, era necessário que o autor declarasse que se destinava a uma poupança para financiamento imobiliário e que o dinheiro ficaria indisponível por um ano. Ou seja, a Caixa Econômica Federal não poderia ter transformado essa conta, na década de 60, sem uma manifestação expressa do titular da conta, numa conta de poupança sujeita à correção monetária, porque, na época em que foi criada a correção monetária, ela foi criada como uma regra de exceção, e uma das conseqüências dela era a indisponibilidade dos valores depositados na conta.

A este respeito, reporto-me aos fundamentos do voto que proferi na AC 2002.33.00.007564-6/BA:

“No presente caso, os autores pretendem receber da CEF os valores que foram depositados pelo seu pai em aplicação denominada “depósitos populares”, no ano de 1962, acrescidos de juros, correção monetária, além dos expurgos inflacionários referentes aos meses de janeiro de 1989 (42,72%), março de 1990 (84,32%), abril de 1990 (44,80%), maio de 1990 (7,97%) e fevereiro de 1991 (21,87%).

Da análise dos autos, verifico que os autores instruíram a sua inicial com o original das suas cadernetas referentes às contas de depósitos populares abertas pelo seu pai há mais de 40 anos (cf. fls. 11-13). Não consta nenhuma anotação, nessas cadernetas, de que elas tenham sido movimentadas desde quando foram abertas. Também não consta que tenham sido liquidadas, estando em branco o campo destinado a tal anotação.

A CEF alega, porém, que não haveria mais nenhum saldo relativo a essas contas, pois os valores originalmente depositados acabaram sendo corroídos pela inflação. Esclarece que os depósitos efetuados pelo genitor dos autores, nos chamados “depósitos populares”, foram feitos antes mesmo que a Lei 4.357/1964 instituisse, no país, a correção monetária, sendo certo que essa correção monetária não se aplicava, automaticamente, às contas por ele abertas, visto que elas eram regidas por regras próprias.

Registro, inicialmente, que participei do julgamento dos Embargos Infringentes na

AC 1999.01.00.004958-3/DF, rel. o Desembargador Federal Fagundes de Deus, e da AC 2001.38.02.001073-9/MG, rel. o Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro, nos quais a 3ª Seção e a 6ª Turma, respectivamente, por unanimidade, julgaram ter o correntista, que efetuou depósitos bancários antes da instituição, pela Lei 4.380/1964, da correção monetária, o direito à atualização do saldo, cujo levantamento foi requerido perante a instituição financeira décadas após o depósito, tendo a conta permanecido inativa durante todo o período. Considerou-se, em ambos os casos, que o direito de propriedade é perpétuo, não sendo atingido pela prescrição, salvo a partir do momento em que seja negado o seu exercício, quando sobrevém situação jurídica incompatível com o exercício do domínio pelo seu titular. Aderi aos votos dos eminentes relatores, os quais se reportaram a voto do Desembargador Federal Olindo Menezes, tendo eu feito, contudo, ressalva expressa, no julgamento dos embargos infringentes, quanto ao fundamento por eles adotado para rejeitar a preliminar de prescrição. Considerei que o caso não seria de violação a direito de propriedade, mas a direito de crédito. O contrato de depósito em conta corrente bancária é um contrato de depósito de coisas fungíveis e sem prazo para o resgate do dinheiro (CC de 1916, art. 1.280). Então, por força desse contrato de depósito de coisas fungíveis, que devem ser restituídas no mesmo gênero, qualidade e quantidade, o direito de propriedade sobre o dinheiro foi transferido ao banco, e este, por força desse contrato de depósito, é obrigado a devolver o dinheiro no dia em que isso for solicitado pelo correntista (CC de 1916, art. 1.256 e 1.257). Trata-se de obrigação pessoal e não real. Assim apenas no momento em que o correntista solicitou o saque desse dinheiro, décadas após o depósito, houve a recusa do depositário — o banco — de adimplir a sua obrigação de restituir o valor depositado conforme as regras do contrato, com os consectários nele previstos; neste instante, então, surgindo a lesão de direito alegada na inicial.

Continuo a pensar não haver a prescrição argüida pelo banco depositário nos precedentes citados. No caso ora em apreciação, a CEF não alegou prescrição. Debruçando-me sobre o exame do mérito, todavia, agora na condição de relatora, tenho que reconsiderar minha posição anterior.

Assinalo que os depósitos populares de que se trata eram depósitos à vista, de quantias até determinado limite máximo, remunerados com juros a partir dos primeiros 30 dias, na taxa estabelecida pelo Banco Central, capitalizados semestralmente. Na época em que efetivados, no caso dos autos 09/11/1962, não havia sido legalmente instituída a

correção monetária e não existia caderneta de poupança.

A criação das cadernetas de poupança foi autorizada pela Lei 4.380/1964, que instituiu a correção monetária nos contratos imobiliários de interesse social, criou o sistema financeiro para a aquisição da casa própria, o Banco Nacional da Habitação, entre outras providências.

A Lei 4.380/1964 permitiu o reajustamento monetário de depósitos bancários, em caráter excepcional, desde que atendidas as condições nela previstas, a saber, depósitos no sistema que obedeça às normas gerais fixadas pelo BNH, cujo prazo não poderá ser inferior a um ano, e que não poderão ser movimentados com cheques (art. 15, I). Em razão do caráter excepcional da autorização de reajuste monetário, enfatizou o parágrafo primeiro do art. 15 que “em relação às Caixas Econômicas Federais e a outras entidades do sistema, que não operem exclusivamente no setor habitacional, o reajustamento previsto neste artigo somente poderá ser assegurado aos depósitos e empréstimos de suas carteiras especializadas no setor habitacional.”

Justificava-se o cuidado da Lei 4.380/1964 ao reservar o benefício da correção monetária aos depósitos e empréstimos vinculados às carteiras habitacionais e com prazo mínimo de um ano: em uma economia regida pelo princípio nominalista da moeda, a indexação foi concebida como regra de exceção, para beneficiar setor da economia que se pretendia privilegiar, em razão de seu caráter social. Tal medida tem relação direta com a política monetária, especialmente no tocante ao aumento da inflação, que existia na época, embora não na forma vertiginosa que vivemos em passado recente. Somente muitos anos mais tarde, foi sendo progressivamente indexada toda a economia. A atualização de débitos oriundos de decisões judiciais — ressalvadas as dívidas de valor — somente passou a ocorrer com a edição da Lei 6.899, de 1981.

A criação da caderneta de poupança, autorizada pela Lei 4.380/1964, somente foi regulamentada pela Instrução 6, do Conselho de Administração do Banco Nacional da Habitação, datada de 08/03/1966. Como não poderia deixar de ser, a referida instrução repetiu todas as exigências contidas na Lei 4.380/1964 para a configuração de um depósito como sendo de poupança, a saber, ser mantido por prazo não inferior a um ano e não ser movimentado por cheque, assinalando o parágrafo primeiro do art. 6 que “os depósitos serão recebidos em conta especial e beneficiados com a correção monetária, vedada qualquer movimentação antes de decorrido o prazo de 12 meses e sujeita a retirada a aviso prévio de 90 dias, admitido este aviso a partir do nono mês.” Havia um valor mínimo a ser depo-

sitado, conforme o previsto no art. 8º. Em caso de retirada antecipada, com a rescisão das condições previstas no art. 6º, o correntista receberia apenas o valor nominal do depósito, com a perda do direito à correção monetária e juros (art. 12).

Assim postos os fatos, adotando a premissa de que não há como julgar fatos ocorridos há mais de quatro décadas, antes da instituição da correção monetária, tendo em mente a economia totalmente indexada de anos muito posteriores e a legislação e jurisprudência formadas em função dela, passo a analisar se houve ilegalidade na conduta da CEF de não aplicar correção monetária aos depósitos, conduta esta que culminou com a sua extinção.

Em primeiro lugar, a análise feita acima da Lei 4.380/1964 e da Instrução 6/1966, do BNH, não deixa dúvida alguma de que a CEF não poderia ter transformado os depósitos à vista em nome dos autores em depósitos em caderneta de poupança indisponíveis pelo prazo de um ano, sem a necessária manifestação de vontade dos interessados. A caderneta de poupança, assim como a correção monetária, era instituto excepcional e não regra geral no sistema bancário, somente podendo haver depósitos assim caracterizados caso atendidos os requisitos estabelecidos em lei de ordem pública. Se a ela não era possível ter adotado tal conduta sem o concurso da vontade dos depositantes, não há como impor-lhe as conseqüências de ato que não poderia ter praticado (CF, art. 5º, II).

Não havia, portanto, como se esperar da CEF atitude que hoje parece razoável, mas completamente divorciada do contexto em que ocorreram os fatos.

Também não há como conferir aos depósitos bancários a natureza de dívida de valor, cujo conceito é lapidarmente definido por Arnoldo Wald nesses termos:

“Diferem das obrigações pecuniárias ou obrigações de dinheiro as chamadas dívidas de valor em que o débito não é de certo número de unidades monetárias, mas do pagamento de uma soma correspondente a certo valor. A moeda, neste caso, não constitui o objeto da dívida, mas uma simples medida de valor. A dívida é de um *quid* e não de um *quantum*, representando um valor correspondente a um bem determinado e não certo número de unidades monetárias” (Direito das Obrigações, Malheiros Editores, 15ª edição, p. 62).

Como exemplos de dívidas de valor, cita Arnoldo Wald a obrigação de reparar dano causado por ato ilícito ou a de fornecer alimentos. Nestes casos, o objeto da obrigação não é certo número de unidades monetárias, mas ressarcir determinado prejuízo, ou fornecer os meios necessários à

sobrevivência do alimentando, sendo a moeda uma simples medida de valor da obrigação.

Nos casos das dívidas de valor, o Poder Judiciário já admitia a atualização de sua avaliação, quando, desde o início do processo até o momento do pagamento, o seu valor se modificou em virtude da inflação, mesmo antes da instituição da correção monetária. Ao contrário, as dívidas de dinheiro — àquelas nas quais a moeda é o próprio objeto da obrigação — somente se tornaram passíveis de atualização por força de cláusulas contratuais, que foram sendo gradualmente admitidas em nosso ordenamento jurídico, ou de estipulação legal, generalizada esta, no tocante às dívidas de dinheiro reconhecidas por decisão judicial, a partir da entrada em vigor da Lei 6.899/1981.

Observo que, a despeito do significativo grau de indexação da economia atual, contas correntes ainda hoje não sofrem, como regra geral, correção monetária, salvo expressa estipulação contratual em sentido contrário.

Também não me impressiona a alegação de que, tendo a instituição financeira mantido os depósitos e, portanto, tido a possibilidade de administrar o dinheiro em seu proveito, consistiria enriquecimento ilícito ou enriquecimento sem causa a sua atitude de não atualizá-lo, de modo a deixar que perdesse a expressão monetária.

Não houve enriquecimento ilícito ou enriquecimento sem causa, porque houve causa lícita para a manutenção do dinheiro em poder da CEF. A causa foi contrato de depósito, sem cláusula de atualização monetária, como era a regra na época, dinheiro este que permaneceu à disposição dos autores enquanto teve expressão monetária. O prejuízo sofrido pela falta de diligência no zelo de seu patrimônio não pode ser imputado à instituição financeira.

Por fim, observo que não há interesse na análise da questão da legalidade da supressão, por força de Resolução 114, de 1969, do Banco Central, dos juros que remuneravam o depósito, tendo em vista que, não havendo direito à atualização monetária, e tendo o principal perdido a expressão monetária, igual sorte tiveram os juros que sobre ele incidiriam.

Com esses mesmos fundamentos, não considerando eu sequer necessário examinar a questão da incidência da Lei 9.526, porque quando de sua entrada em vigor o depósito reivindicado pelo autor sequer tinha expressão monetária, confirmo a sentença, embora por outros fundamentos (fls. 110/116).

Inicialmente, não merece ser conhecida a pre-

liminar de ilegitimidade passiva *ad causam* suscitada pela Caixa Econômica Federal, tendo em vista que essa matéria sequer fora objeto de exame no acórdão embargado, não podendo, pois, ser ventilada em sede de embargos infringentes, nos quais se admite, tão-somente, a discussão acerca da matéria objeto de divergência no colegiado.

Ademais, ainda que assim não fosse, a alegada ilegitimidade da recorrente, como visto, tem por suporte a prevalência do voto condutor do julgado, o que, evidentemente, afigura-se manifestamente incompatível com a via recursal eleita.

Não conheço, pois, da preliminar em referência.

No mais, em que pesem os fundamentos deduzidos pela recorrente, não prospera a pretensão recursal por ela deduzida, na medida em que não conseguem abalçar as razões em que se amparou o acórdão embargado, as quais se encontram em sintonia com o entendimento jurisprudencial já firmado no âmbito deste egrégio Tribunal sobre a matéria, conforme se vê dos seguintes julgados:

Civil e Administrativo. Embargos infringentes. Contrato de depósito em dinheiro firmado com estabelecimento bancário. Inocorrência de prescrição. Propriedade do depositante. Devolução do saldo existente devidamente corrigido.

1. Prescrição do direito de ação que não se operou, dado que, por se cuidar, na espécie, de contrato de depósito em dinheiro (caderneta de poupança), a quantia confiada ao estabelecimento bancário representa direito de propriedade pertencente ao seu legítimo titular, não havendo, por isso mesmo, que se falar na falta do exercício desse direito num determinado lapso temporal estipulado em lei.

2. Cabe à instituição financeira devolver ao titular da conta, a qualquer tempo, o valor existente em sua caderneta de poupança, devidamente corrigido, sob pena de enriquecimento ilícito, tendo em vista que ela se beneficiou dos rendimentos ao longo do tempo.

3. Embargos infringentes improvidos. (EIAC 1999.01.00.004958-3/DF, Rel. Desembargador Federal Fagundes de Deus, Terceira Seção, DJ de 07/05/2004, p.05.)

Depósitos judiciais em estabelecimento bancário feitos há mais de 50 anos. Correção monetária integral. Vigência do contrato. Prescrição não reconhecida. Atualização pelo salário mínimo até 1964.

1. Vigente o contrato de depósito que se estabeleceu entre as partes, não há que se falar em prescrição.

2. Do referido contrato decorre, para o depositário, o dever de guarda e conservação do bem, daí o direito dos autores à correção integral dos valores depositados.

3. Atualização dos valores de 1952 a 1964 pela variação do salário mínimo. A partir daí, pelos índices oficiais.

4. Juros remuneratórios devidos, nos moldes aplicados pela ré aos demais depósitos de poupança.

5. Desprovida a apelação da CEF.

6. Recurso adesivo provido. (AC 2001.38.02.001073-9/MG, Rel. Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro, Sexta Turma, DJ de 24/05/2004, p.100.)

Há de ver-se, ainda, que, conforme bem consignou o voto condutor do julgado, na espécie em comento, a Caixa Econômica Federal não comprovou eventual transferência ao Banco Central do Brasil dos valores que se encontravam depositados sob a sua custódia, e não reclamados, na época, por seus titulares, nos termos da Lei 9.526/1997, a caracterizar, na espécie, a sua responsabilidade pela devolução pretendida, com a devida recomposição monetária e o pagamento dos juros legais, sob pena de enriquecimento ilícito, o que não se admite, na espécie.

Com estas considerações, *nego provimento aos presentes embargos infringentes*, mantendo-se, em consequência, o acórdão embargado, em todos os seus termos.

Este é meu voto.

Voto Vogal Vencido

A Exma. Sra. Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues: — Senhor Presidente, com a devida vênua do Relator, dou provimento aos embargos infringentes e reitero em todos os seus termos o meu voto já proferido na Turma, porque penso que a quantia depositada há décadas pelo correntista em conta desprovida de correção monetária, mesmo porque na época do depósito sequer existia correção monetária, perdeu a expressão monetária e, portanto, não há nada a ser sacado. Reiterando em todos os seus termos os fundamentos de meu voto na Turma, dou provimento aos embargos infringentes.

Quarta Seção

Embargos Infringentes em Apelação Cível

2004.33.00.018329-7/BA

Relatora: A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso
Embargante: Everaldo Passos Lustosa
Advogado: Dr. Antonio dos Santos Carvalho Lima Filho
Embargada: Fazenda Nacional
Procurador: Dr. Jose Luiz Gomes Rolo
Divulgação: e-DJF1 de 02/05/2008
Publicação: 05/05/2008

Ementa

Tributário. Embargos infringentes. Prazo prescricional. Matéria de ordem pública. Divergência parcial. Imposto de renda. Complementação de aposentadoria. Lei 7.713/1988. Vedação da bitributação. Embargos infringentes providos.

I – Tratando-se a questão referente ao prazo prescricional, de matéria de ordem pública, pode e deve ser examinada e definida em qualquer fase ou grau de jurisdição, até mesmo de ofício.

II – Quando a aposentadoria do segurado, ou o resgate em cota única, ocorrer na vigência da Lei 9.250/1995, o termo *a quo* da prescrição começará a fluir da data de sua aposentadoria, pois é a partir desse momento que ocorrem os descontos relativos ao imposto de renda. Por outro lado, quando a aposentadoria ocorrer na vigência da Lei 7.713/1988, o termo inicial a ser considerado é a partir da vigência da Lei 9.250/1995, quando houve a mudança na sistemática de desconto do imposto de renda.

III – 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, pois, 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.

IV – Divergência restrita à pretensa ocorrência de bitributação quanto à incidência de imposto de renda sobre os valores recebidos a título de complementação de aposentadoria, referente às quantias cujo ônus tenha sido do participante, vertidas ao Fundo de Aposentadoria no período de janeiro de 1989 a dezembro de 1995 (vigência da Lei 7.713/1988).

V – Desde a instituição dos planos de previdência privada pela Lei 6.453/1977, até o advento da Lei 7.713/1988, os numerários destinados a esse fim eram isentos de tributação na fonte, a título de imposto de renda, incidindo a exação somente no momento do saque.

VI – Sobre os valores recolhidos às entidades de previdência privada no período compreendido entre 1º/01/1989 e 31/12/1995 não deve incidir o imposto de renda quando do resgate ou do gozo da complementação de aposentadoria pelo beneficiário, sob pena de incorrer em bitributação, haja vista ter sido o imposto de renda, naquele período, retido na fonte.

VII – Embargos infringentes a que se dá provimento.

Acórdão

Decide a Quarta Seção do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, por maioria, dar provimento aos embargos infringentes, nos termos do voto da Relatora.

4ª Seção do TRF 1ª Região – 26/03/2008.

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*, Relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso: — Estes embargos infringentes foram opostos por Everaldo Passos Lustosa contra o acórdão proferido pela Sétima Turma deste Tribunal, que, por maioria, deu parcial provimento ao apelo do autor, tão-somente, para aplicar a decadência na modalidade 5+5, no mérito, julgando improcedente o pedido.

O Exmo. Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto, relator convocado, proferiu voto vencedor, julgando improcedente o pedido, ao fundamento que o caso dos autos não se trata de resgate por desligamento dos participantes do plano de previdência complementar nem de contribuição à previdência complementar para aquisição do direito ao benefício, mas do gozo de benefício de prestação continuada, em complementação da aposentadoria, portanto, tributáveis os valores recebidos, uma vez que possuem natureza de proventos.

O voto vencido, proferido pelo Exmo. Desembargador Federal Antônio Ezequiel da Silva, por sua vez, entendeu por acolher o recente posicionamento do STJ, a fim de dar o mesmo tratamento dispensado ao resgate de contribuições para a previdência privada à complementação de proventos de aposentadoria.

Requer o embargante, com base em julgados do STJ, que seja acatada a tese esposada no voto vencido, proferido pelo Exmo. Desembargador Federal Antônio Ezequiel, para que não seja reconhecida como acréscimo patrimonial a complementação de aposentadoria que o embargante recebe da Baneb.

Impugnação apresentada às fls. 189/193.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso: — Preliminarmente, não obstante a impugnação da Fazenda Nacional, suscitando a inadmissibilidade dos embargos infringentes, fato é que, diversamente do afirmado, o autor obteve provimento de mérito favorável justamente no voto vencido que pretende fazer prevalecer nesta via dos infringentes.

O voto-vencedor aditou a tese do prazo prescricional dos 5+5, o voto vencido, por sua vez, não se pronunciou acerca de tal prejudicial.

Embora a apreciação dos embargos infringentes esteja restrita aos limites da divergência, a questão do prazo prescricional configura matéria de ordem pública, que pode ser examinada de ofício e em qualquer momento processual.

Assim, passo a expor a seguinte fundamentação.

Na vigência da Lei 7.713/1988, o imposto sobre as contribuições para aposentadoria era descontado na fonte, após, com o advento da Lei 9.250/1995, a sistemática de cobrança do tributo fora alterada para o momento do resgate, quando passou a ocorrer a bitributação.

Assim, o direito à repetição do indébito surge a partir do momento em que ocorre a lesão ao direito da parte. Na espécie, tendo em vista as leis em questão, esse momento poderá ocorrer em duas situações distintas.

Quando a aposentadoria do segurado ocorrer na vigência da Lei 9.250/1995, o termo *a quo* começará a fluir da data da aposentadoria, pois é a partir desse mo-

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Catão Alves, Antônio Ezequiel da Silva e os Exmos. Srs. Juizes Federais Rafael Paulo Soares Pinto, Leão Aparecido Alves e Osmane Antônio dos Santos (convocados).

mento que ocorrem os descontos relativos ao imposto de renda.

Por outro lado, quando a aposentadoria ocorrer na vigência da Lei 7.713/1988, o termo inicial para contagem da prescrição a ser considerado é a partir da vigência da Lei 9.250/1995, quando houve a mudança na sistemática de desconto do imposto de renda.

Na hipótese descrita no art. 150 do Código Tributário Nacional, o lançamento do tributo se processa mediante o pagamento antecipado por parte do contribuinte, condicionando a definitiva extinção do crédito a evento posterior, qual seja, a homologação do lançamento, que deverá ser feita pela autoridade competente dentro do prazo que a lei estabelecer. Caso a lei se omita em estabelecer o aludido prazo, este será de cinco anos, ocasião em que a homologação ocorre tacitamente.

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 1º O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação ao lançamento.

(...)

§ 4º Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

(Sem grifo no original.)

Outra não é a leitura do dispositivo transcrito, se não a de que, nas hipóteses de lançamento por homologação, somente se extingue definitivamente o crédito tributário com a homologação. Sendo homologação tácita, somente depois de decorridos cinco anos, extingue-se definitivamente o crédito tributário sujeito à homologação.

Desse modo, o pagamento é válido; porém, somente com o advento da condição resolutiva, ocorre a extinção do direito.

O Código Civil Brasileiro de 2002, confirmando a regra do Código Civil de 1916, assim dispõe:

Art. 127 – Se for resolutiva a condição, enquanto esta não se realizar, vigorará o ato jurídico, podendo exercer-se desde a conclusão deste o direito por ele estabelecido.

Art. 128 – Sobrevindo a condição resolutiva, extingue-se, para todos os efeitos, o direito a que ela se opõe; mas, se aposta a um negócio de execução continuada ou periódica, a sua realização salvo disposição em contrário, não tem eficácia quanto aos atos já praticados, desde que compatíveis com a natureza da condição pendente e conforme aos ditames de boa-fé.

O prazo prescricional de cinco anos de que dispõe o art. 168, I, do Código Tributário Nacional somente começa a fluir após o decurso do prazo previsto no art. 150, § 4º, do mesmo diploma, para os casos em que haja lançamento por homologação tácita, haja vista ser esta a definitiva extinção do crédito tributário, não a data do pagamento antecipado.

No caso do imposto de renda, o lançamento do crédito tributário se dá não pela retenção do tributo na fonte, mas pela entrega da declaração anual de imposto de renda pelo contribuinte.

Nesse sentido, assentou o Superior Tribunal de Justiça, pela maioria da 1ª Seção, em acórdão lavrado pela Exma. Ministra Eliana Calmon, assim, ementado:

Tributário. Imposto de renda. Desconto na fonte sobre a indenização de férias e licença-prêmio não gozada. Prescrição.

1. O pagamento por desconto na fonte não é lançamento, é antecipação.

2. O lançamento do Imposto de Renda só ocorre quando, ao final do exercício, o servidor faz a sua declaração, a qual é homologada pelo Fisco, nascendo daí o crédito tributário.

3. O prazo decadencial iniciado com o fato gerador não se interrompe ou se suspende com a retenção, mas sim com o lançamento, expresso ou tácito.

4. Aplicação da jurisprudência da Corte a partir do lançamento e não da retenção.

5. Recurso especial parcialmente provido. (REsp 327235/DF. DJ 15/09/2003) (sem grifo no original)

Contudo, a Lei Complementar 118, publicada em 09/02/2005, estabeleceu, no art. 3º, que 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 do CTN, e, além disso, autodenominou-se interpretativa (art. 4º), de modo a ser aplicável a ato ou fato pretérito, nos moldes do art. 106, I, do CTN.

Após grande discussão no âmbito de nossas Cortes de Justiça sobre a aplicação retroativa da norma, o Superior Tribunal de Justiça, cumprindo determinação do STF para observância da reserva de Plenário, concluiu pela inconstitucionalidade da segunda parte do art. 4º da Lei Complementar 18/2005 (REsp 644.736/PE, Corte Especial, Unânime, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 06/06/2007).

Fundamentou o eminente relator que a indignada 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.*

Tendo em vista que a aposentadoria do autor ocorreu em 13/07/1993 (fls. 17/18) e a ação declaratória foi proposta em 02/08/2004, e que o primeiro termo *a quo* para contagem da decadência ou prescrição (tese do 5+5) é a vigência da Lei 9.250/1995, não há de se falar em prescrição.

A inaplicabilidade do art. 4º da LC 118/2005, *in casu*, decorre de fundamentos infraconstitucionais, tendo em vista que não deixo de aplicar a LC 118/2005 por entendê-la inconstitucional, mas pela impossibilidade de sua aplicação retroativa.

Ademais, o julgamento do STJ, que, cumprindo determinação do STF para observância da reserva de Plenário, concluiu pela inconstitucionalidade da segunda parte do art. 4º da Lei Complementar 118/2005 (REsp 644.736/PE, Corte Especial, Relator Ministro

Teori Albino Zavascki), para reforçar minha fundamentação, inclusive por respeito aos princípios da celeridade e economia processual, uma vez ter sido a tese firmada no âmbito da Corte Especial daquele Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido, *mutatis mutandis*, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu: *não há que se falar em violação ao art. 480 e 481 do CPC, uma vez que o c. órgão fracionário da e. Corte a quo, não declarou pela via incidental a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, mas tão somente citou precedentes de outros Tribunais, entendendo pela sua inaplicabilidade* (REsp 668477/RS, 5ª Turma, Relator Ministro Felix Fischer, DJ 13/12/2004, p. 447).

Ultrapassado o exame da questão de ordem pública, tratando-se de divergência parcial, conforme a dicção da parte final do art. 530 do Código de Processo Civil, os embargos restringem-se à matéria objeto da divergência.

In casu, a divergência reside na pretensa ocorrência de bitributação quanto à incidência de imposto de renda sobre os valores recebidos a título de complementação de aposentadoria, referente às quantias, cujo ônus tenha sido do participante, vertidas ao Fundo de Aposentadoria no período de janeiro de 1989 a dezembro de 1995 (vigência da Lei 7.713/1988).

Os valores recebidos de entidade de previdência privada constituem, em grande parte, aquisição de patrimônio tributável, uma vez que há participação de empregado e empregador na composição do fundo de pensão, o que reflete acréscimo nos proventos do aposentado.

É de amplo conhecimento que as entidades de previdência privada formam seus fundos de pensão mediante a participação mensal do empregado, que contribui com percentual determinado em seus estatutos (normalmente 1/3), e a participação mensal do empregador, que contribui com percentual diverso (normalmente 2/3), de modo a completar 100% da conta de poupança pertencente ao empregado, destinada ao que chamamos de *complementação de aposentadoria*, uma vez que somarão aos valores recebidos pelos empregados quando no gozo de suas aposentadorias, de modo a manter a integralidade dos vencimentos que percebiam durante o período de atividade laboral.

Definindo a complementação de aposentadoria como gênero, têm-se duas espécies de proventos que a compõem.

Uma é o incremento proporcionado pelo empregador mediante sua participação na formação do fundo de previdência, que consiste propriamente no aumento patrimonial, inclusive porque representa a maior porção da conta.

A outra espécie é o retorno ao patrimônio dos empregados das quantias por eles vertidas à entidade de previdência privada para composição do apontado fundo de pensão. A essa espécie denomina-se *resgate* das contribuições vertidas ao fundo de pensão, que se dará em quaisquer hipóteses de interrupção da atividade contributiva do empregado, seja pelo saque em virtude do desligamento voluntário da entidade de previdência privada, seja pela fruição da aposentadoria complementar para a qual contribuiu o empregado ao longo do vínculo laboral e associação à entidade.

Ou seja, sempre que o empregado for desligado do fundo de pensão a que esteve associado, o percentual com que contribuiu para formação do fundo de pensão será considerado resgate quando retornar ao patrimônio do fundista, independentemente da opção que fizer, quer pelo saque, quer pela fruição do benefício.

É complexa a conta para que se possa identificar o percentual que configuraria o resgate das contribuições, porque os valores vertidos às entidades de previdência privada são lançados ao mercado de valores de modo a capitalizar rendimentos para o patrocínio das atividades relacionadas com a entidade, e para o dos próprios pagamentos dos benefícios, constituindo, de toda sorte, aumento patrimonial do montante recolhido à entidade de previdência privada.

Todavia, possível visualizar projeção razoável sobre as parcelas que foram vertidas às entidades de previdência privada pelos empregados participantes do fundo, se sobre os valores por estes depositados em cada período incidir a correção monetária devida.

Sobre esses valores, que representam o resgate da quota-parte com a qual contribuiu o empregado, é que versa a presente ação de repetição de indébito.

Analisando as principais leis que versam sobre a matéria, o art. 18 da Lei 4.506/1964, estabelecia a dedução das contribuições para os institutos e caixas de aposentadoria e pensões na base de cálculo do imposto de renda, somente incidindo quando do recebimento da aposentadoria complementar pelo segurado.

A essa lei seguiram-se os Decretos-Leis

1.642/1978, 2.296/1986, 2.394/1987, 2.396/1997, que determinavam a incidência do imposto de renda somente por ocasião do pagamento do benefício aos segurados.

Com o advento da Lei 7.713/1988, a sistemática do recolhimento do imposto de renda foi alterada, dispondo sobre a isenção dos rendimentos e ganhos de capital produzidos pelo patrimônio da entidade que tivessem sido tributados na fonte (art. 6º, *caput*, VII, *b*, da referida lei).

Dessa forma, as contribuições para a previdência privada passaram a ser tributadas na fonte, ou seja, no momento em que os segurados procediam ao recolhimento das contribuições, havia o desconto do imposto de renda.

Após, com a instituição da Lei 9.250/1995, a sistemática de recolhimento da exação foi novamente alterada, voltando a incidir somente no momento do resgate.

Desse modo, a incidência do imposto de renda sobre o resgate — seja ele em cota única ou em parcelas de complementação de aposentadoria — dos valores vertidos às instituições de previdência privada, entre 01/01/1989 a 31/12/1995, constitui *bis in idem*, sendo vedada a bitributação no Sistema Tributário Pátrio.

A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento por mim perfilhado, no julgamento dos Embargos de Divergência no REsp 621.348/DF, assim, ementado:

Tributário. IRPF. Complementação de aposentadoria. Leis 7.713/1988 (art. 6º, VII, b) e 9.250/1995 (art. 330 e MP 1.934/1996 (art. 8º). Incidência sobre o benefício. Bis in idem. Exclusão do montante equivalente às contribuições efetuadas sob a égide da Lei 7.713/1988.

1. O recebimento da complementação de aposentadoria e o resgate das contribuições recolhidas para entidade de previdência privada no período de 01/01/1989 a 31/12/1995 não constituíam renda tributável pelo IRPF, por força da isenção concedida pelo art. 6º, VII, *b*, da Lei 7.713/1988, na redação anterior à que lhe foi dada pela Lei 9.250/1995. Em contrapartida, as contribuições vertidas para tais planos não podiam ser deduzidas da base de cálculo no referido tributo, sendo, portanto, tributadas.

2. Com a edição da Lei 9.250/1995, alterou-se a sistemática de incidência do IRPF, passando a ser tributado o recebimento do benefício ou resgate

das contribuições, por força do disposto no art. 33 da citada Lei, e não mais sujeitas à tributação das contribuições efetuadas pelos segurados.

3. A Medida Provisória 1.943-52, de 21/05/1996 (reeditada sob o n° 2.159-70), determinou a exclusão da base de cálculo do imposto de renda do “valor do resgate de contribuições de previdência privada, cujo ônus tenha sido da pessoa física, recebido por ocasião de seu desligamento do plano de benefícios da entidade, que corresponder às parcelas de contribuições efetuadas no período de 01/12/1989 a 31/12/1995” (art. 8°), evitando, desta forma, o bis in idem.

4. Da mesma forma, considerando-se que a complementação de aposentadoria paga pelas entidades de previdência privada é constituída, em parte, pelas contribuições efetuadas pelo beneficiário, deve ser afastada sua tributação pelo IRPF, até o limite do imposto pago sobre as contribuições vertidas no período de vigência da Lei 7.713/1988.

5. Questão pacificada no julgamento pela 1ª Seção do ERESP 380011/RS, Min. Teori Albino Zavascki, *DJ* 02/05/2005.

6. Embargos de divergência a que se dá provimento. (STJ), ERESP 621.348/DF, Primeira Seção, rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 12/12/2005).

Logo, devida a repetição dos valores recolhidos pela parte autora a título de imposto de renda sobre as parcelas vertidas ao fundo de previdência privada, no momento do resgate ou de percepção das parcelas relativas à aposentadoria complementar, no período de 01/01/1989 a 31/12/1995.

Assim, julgou a sentença (fls. 385/386), integrada pela sentença proferida em sede de embargos de declaração (415/416), que, em decorrência da interposição dos recursos de apelação, foi reformada com base no voto do Exmo. Relator Convocado Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto, a fim de dar parcial provimento à apelação da União e à remessa oficial, para, embora não reconhecendo a decadência conforme pleiteado, julgar improcedente o pedido.

Por sua vez, o voto vencido, prolatado pelo Exmo. Desembargador Federal Antonio Ezequiel da Silva, divergindo do relator, adotou entendimento recente do STJ, de não dispensar tratamento diferenciado à complementação de proventos de aposentadoria e ao resgate de contribuições para a previdência privada.

O entendimento recente do STJ firmou-se pela não-distinção entre complementação de aposentado-

ria e resgate das contribuições recolhidas às entidades de previdência privada, reconhecendo, no entanto, a não-incidência do imposto de renda quando do recebimento da complementação de aposentadoria, proporcionalmente ao montante recolhido pelo beneficiário, no período de 01/01/1989 a 31/12/1995 (REsp 774.618/DF, relator Ministro Humberto Martins, *DJ* de 09/05/2007).

Nesse sentido, inclusive, decidiu esta Quarta Seção, no julgamento dos EIAC 2004.38.00.004600-9/MG, relatora convocada Juíza Federal Ana Maria Reys Resende, *DJ* de 13/04/2007.

Pelo exposto, dou provimento aos embargos infringentes para fazer prevalecer o voto vencido, proferido pelo Exmo. Desembargador Federal Antonio Ezequiel da Silva, que deu provimento à apelação do autor, assegurando-lhe o direito à restituição dos valores do imposto de renda que incidiu sobre a parte dos seus proventos que correspondem às contribuições vertidas no período de 01/01/1989 a 31/12/1995, acrescida de juros de mora e correção monetária na forma descrita no referido voto, assim como condenou a apelada a restituir as custas e pagar honorários advocatícios, fixados em 5% sobre o valor da condenação.

É como voto.

Voto Vogal Vencido

O Exmo. Sr. Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto — Senhor Presidente, em sede de embargos infringentes, a matéria a ser reapreciada se restringe tão-somente à que foi objeto da divergência, mesmo em se tratando de desacordo parcial, consoante o art. 297, “*in fine*”, do RI/TRF 1ª Região.

No caso, a questão é de incidência ou não do IRRF sobre parte (1/3) do benefício pago por entidade de previdência privada a título de complementação de aposentadoria.

Embora ciente do atual rumo da jurisprudência desta Corte (ao que consta, embasada nos também atuais rumos da jurisprudência do STJ [que, quanto ao tema, há anos oscila]), que pretende igualar, entre si, as situações jurídicas do “resgate” e da “complementação de aposentadoria” (vide EIAC 2000.38.00.028281-7/MG, TRF1, S4, maioria, Rel. p/acórdão Des. Federal

Maria do Carmo Cardoso, *DJ* 01/12/2006), não professo tal linha de pensar, continuando a entender que tais institutos divergem em “forma”, “substância” e “finalidade” (e, ademais, quanto à sistemática de cálculos atuariais).

A LC 109, de 29/05/2001, que dispõe sobre o regime de Previdência Complementar, estabelece:

Art. 8º Para efeito desta Lei Complementar, considera-se:

(...)

II – assistido, o participante ou seu beneficiário em gozo de benefício de prestação continuada.

A Lei 9.250, de 26/12/1995, dispõe:

Art. 4º Na determinação da base de cálculo sujeita à incidência mensal do imposto de renda poderão ser deduzidas:

V – as contribuições para as entidades de previdência privada domiciliadas no País, cujo ônus tenha sido do contribuinte, destinadas a custear benefícios complementares assemelhados aos da Previdência Social; (grifei)

A Lei 11.053, de 29/12/2004, que dispõe sobre a tributação, pelo imposto de renda, dos planos de benefícios de caráter previdenciário prevê a incidência do IRRF em qualquer hipótese.

No caso dos autos, não se trata de resgate por desligamento do(s) participante(s) do plano de previdência complementar nem de contribuição à previdência complementar para a aquisição do direito ao benefício, mas do próprio gozo do benefício de prestação continuada, em complementação da aposentadoria, resultante de fontes variadas de receita, inclusive dos beneficiários, formadoras de um “fundo” em que não se pode dizer ou afirmar o percentual (1/3) pretendido pelos autores

Nesses termos, os valores recebidos pelos autores não têm correspondência com suas contribuições individuais mensais, mas são outra coisa: sendo o resultado de um conjunto de receitas (incluídas as advindas de aplicações financeiras e outros lucros de investimentos), têm natureza de proventos e, por isso, são tributáveis, conforme jurisprudência também do STJ:

Processo Civil e Tributário - Imposto de Renda - (...).

1. O fato gerador do Imposto de Renda é a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica

decorrente de acréscimo patrimonial (art. 43 do CTN).

2. As verbas de natureza salarial ou as recebidas a título de aposentadoria adequam-se ao conceito de renda previsto no CTN.

(...)

d) sobre valores recebidos a título de complementação de aposentadoria, decorrente de acordo com o empregador, para manter a paridade com o salário da ativa - assemelhando-se à gratificação por inatividade, é devida a cobrança, por tratar-se de verba de natureza salarial (renda, nos termos do art. 43 do CTN).

5. Recurso especial improvido.

(STJ, REsp 448.843/PE, Rel. Min. Eliana Calmon, T2, ac. un., *DJ* 10/02/2003, p. 200.)

(...). [IRRF] sobre complementação ou suplementação (...) de aposentadoria paga por entidade de previdência privada e/ou fundo de pensão (...). Lei 7.713/1988 e Lei 9.250/1995 e medida provisória 1.459/1996 (art. 8º). Distinção. (...).

1) O pagamento de complementação de aposentadoria não se confunde com o resgate de contribuições de previdência privada e/ou fundo de pensão, a que alude o art. 8º da Medida Provisória 1.459/1996.

2) No resgate, o segurado/associado recebe apenas os valores correspondentes às contribuições que recolheu à previdência privada e/ou fundo de pensão, por ocasião de seu desligamento do plano de benefício; na complementação de aposentadoria, não, pois, enquanto viver, receberá seu benefício, oriundo de uma concentração de recursos constituída de contribuições dele, segurado, mas, sobretudo, e, de modo geral, a maior parte, de contribuições da entidade patrocinadora, não podendo ser definido ou calculado, nem mesmo proporcionalmente, o que representa a parcela de um e de outro.(...)

4) Contudo, *in casu*, os autores não requereram a restituição do imposto de renda recolhido sobre a parcela de contribuição, na vigência da Lei 7.713/1988, mas a suspensão da retenção do imposto de renda sobre os valores pagos pela instituição patrocinadora, a título de aposentadoria complementada, isto é, sobre o benefício, e a repetição do que pagaram, a esse mesmo título, a partir da data de suas aposentadorias, o que não é possível, dado que o citado benefício — suplementação de aposentadoria —, sem nenhuma dúvida, representa um acréscimo patrimonial, sendo, por isso mesmo, fato gerador do imposto de renda.

5) Ademais, até dezembro de 1995, quando entrou em vigor a Lei 9.250/1995, os benefícios não

foram objeto de incidência do imposto de renda; somente depois, a partir de janeiro de 1996, com a publicação da mencionada Lei 9.250/1995, é que passaram a ser tributados legitimamente, eis que, a partir de então, as parcelas de contribuição passaram a ser abatidas para fins de apuração da base de cálculo do imposto de renda, quando do ajuste anual, não havendo que se falar em dupla tributação. (TRF1, AC nº 2000.34.00.025581-8/DF, Rel. Des. Fed. Plauto Ribeiro, T3, ac. un., DJ 04/10/2002, p. 768.)

A jurisprudência assente desta Corte tem sido a seguinte

(...). Ação rescisória. Imposto de renda. Complementação de aposentadoria. Previdência privada. Acréscimo patrimonial. Renda tributável. (...).

(...)

3. A complementação de aposentadoria não se confunde com o resgate de contribuições de previdência privada e/ou fundo de pensão, dado que é um acréscimo patrimonial, renda, portanto. Sujeita-se à incidência do imposto de renda, nos termos da Lei 9.250/95, diferentemente das parcelas de contribuição para o fundo de pensão privada feitas sob a vigência da Lei 7.713/1988, que, quando de seu resgate, configuram apenas retorno do numerário à disponibilidade financeira do associado, dado que já haviam sido tributadas na fonte. Precedentes.

4. Ação rescisória admitida. Pedido rescisório improcedente. (AR 2003.01.00.035488-9/BA, Rel. Des. Fed. Leomar Amorim, ac. un., DJ 12/04/2005, p. 02)

Pelo exposto, nego provimento aos embargos infringentes.

É como voto.

Primeira Turma

Apelação em Mandado de Segurança

2002.33.00.025863-4/BA

Relator:	O Exmo. Des. Luiz Gonzaga Barbosa Moreira
Relator:	O Exmo Sr. Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista (auxiliar)
Apelante:	Isabel Andrade de Oliveira
Advogados:	Dr. Álvaro Fernando Reis Dultra e outros
Apelada:	Aricelma Santos Diz
Advogado:	Dr. Manoel Boulhosa Gonzalves
Apelado:	Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Divulgação:	e-DJF1 de 26/05/2008
Publicação:	27/05/2008

Ementa

Previdenciário. Pensão por morte. Reserva de cota para a companheira. Sentença de reconhecimento da união estável ainda em grau de recurso. Ilegalidade do Ato Administrativo de reserva de 50% dos proventos da viúva. Inexistência. Poder-dever de auto-tutela da Administração. Defesa dos cofres da Previdência. Possibilidade de praticar de ofício o ato mediante habilitação da companheira perante a própria Autarquia. Declaração de vontade do instituidor do benefício de destinar pensão em partes iguais entre esposa e companheira. União estável. Restrições pela legislação civil quanto ao estado civil das partes. Desinfluência para o Direito Previdenciário. Proteção dos cônjuges ou companheiros comprovadamente dependentes do Segurado. Precedentes. Apelação desprovida.

I – A impetrante (viúva do ex-segurado) postulou a anulação do ato administrativo do INSS que procedeu a reserva de cota de 50% da pensão por morte até então percebida pela viúva, no aguardo de decisão definitiva da Justiça Estadual quanto ao reconhecimento da união estável entre o segurado falecido e a companheira.

II – Ainda que não houvesse sido ajuizada ação de reconhecimento da união estável, mas tão-somente a comprovação administrativa, perante a própria Autarquia previdenciária, teria o INSS competência para proceder ao rateio da pensão entre os(as) beneficiários(as) que comprovassem sua condição, habilitando-se à pensão

III – Em se tratando de pensão previdenciária, o direito ao benefício se define através da habilitação e dos elementos determinantes da relação de dependência, cuja presença cumpre exclusivamente ao INSS avaliar. Assim, não era imprescindível, por não significar condição para acesso à pensão por outro dependente, instauração de processo judicial para reconhecimento da união estável, senão a aferição, pela entidade competente, da existência do vínculo de dependência da companheira em relação ao segurado falecido.

IV – Tendo sido comunicado ao INSS o reconhecimento judicial, em primeiro grau, da união estável, a reserva de cota-parte para a companheira não foi senão o exercício do poder de auto-tutela da Autarquia, defendendo os cofres da Previdência do risco — muito provável — de pagar em dobro referida cota. E, antes do óbito, já havia sido determinado pela Vara de Família o desconto, sobre os vencimentos do servidor, de alimentos provisórios, fixados em 25%, em favor da companheira.

V – Havendo mais de uma beneficiária, a pensão por morte deve ser rateada. Art. 16, I e § 4º, c/c art. 77 da Lei 8.213/1991. Súmula 159 do extinto Tribunal Federal de Recursos.

VI – A legislação previdenciária confere proteção a quem dependia economicamente do *de cujus*, não tendo relevância o estado civil dos envolvidos. Precedentes (STJ), 5ª Turma, Resp 200301713005/PE, Rel. Min. Laurita

Vaz, DJ02/08/2004, p. 528). Comprovada a união estável e a dependência econômica da companheira em relação ao segurado, o estado civil, apenas formalmente considerado, não pode ser empecilho à concessão da pensão por morte.

VII – Apelação da impetrante (viúva) desprovida. Sentença mantida.

Acórdão

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas:

Decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do voto do Juiz Federal Relator Auxiliar.

1ª Turma do TRF 1ª Região – 25/02/2008.

Juiz Federal *Itelmar Raydan Evangelista*, Relator auxiliar.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal *Itelmar Raydan Evangelista*: Isabel Andrade de Oliveira ajuizou a presente ação mandamental contra ato da Chefe do Serviço de Recursos Humanos do Instituto Nacional de Seguro Social – INSS, que procedeu a reserva, em favor de Aricelma Santos Diz, ora litisconsorte passiva, de cota-parte da pensão por morte deixada por seu falecido marido, Jaime Salgado de Oliveira, servidor inativo do INSS.

O MM. Juiz Federal Substituto da 6ª Vara Federal/BA denegou a segurança, ao fundamento de inexistência de ilegalidade do ato administrativo de reserva de parte da pensão deixada pelo servidor, ante a possibilidade — grande, face ao reconhecimento da união estável entre a litisconsorte passiva e o de cujus pela justiça do Estado, ainda que em Primeiro Grau — de vir a Sra. Aricelma a ser habilitada como beneficiária de pensão por morte do servidor Jaime Salgado de Oliveira e esta pensão por morte será concedida em valores iguais aos que são pagos à viúva.

Recorreu, então, a Impetrante, sustentando que, sem qualquer determinação judicial, a autoridade coatora promoveu um pré-julgamento do reconhecimento da suposta união estável entre a litisconsorte passiva e o de cujus, usurpando função própria do Poder Judiciário, o qual poderá levar anos para proferir o julgamento definitivo da ação proposta pela amante do seu falecido marido. Assim, não poderia a viúva sofrer o desconto de 50% da pensão, para ser reservado até o reconhecimento judicial definitivo de uma união está-

vel não protegida pelo ordenamento jurídico vigente, que não reconhece o concubinato adulterino, união paralela ao matrimônio.

Contra-razões pela litisconsorte passiva (fls. 124/8).

Sem contra-razões pelo INSS, subiram os autos a esta Corte.

Parecer do Ministério Público Federal, pelo não provimento da apelação.

É, em síntese, o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal *Itelmar Raydan Evangelista*:— Trata-se de recurso de apelação interposto pela Impetrante, insurgindo-se contra a sentença que denegou a segurança, julgando legal o desconto, sobre os proventos de pensão por morte destinados à viúva, de reserva de cota de 50%, a serem pagos à litisconsorte passiva, quando do reconhecimento judicial definitivo da existência de união estável entre esta e o falecido marido da Impetrante, ex-servidor do INSS.

Não merece reforma a sentença recorrida.

A Impetrante ampara seu apelo na inexistência de ordem judicial determinando o desconto de cota-parte da pensão para a concubina, uma vez que a sen-

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais José Amilcar Machado e Antônio Sávio de Oliveira Chaves. Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Des. Federal Luiz Gonzaga Barbosa.

tença da Justiça Estadual, que reconheceu a união estável, encontra-se em grau de recurso, não sendo, pois, definitiva.

Não obstante, ainda que não houvesse sido ajuizada ação de reconhecimento da união estável, mas tão-somente a comprovação administrativa, perante a própria Autarquia previdenciária, teria o INSS competência para proceder ao rateio da pensão entre os(as) beneficiários(as) que comprovassem sua condição, habilitando-se à pensão. E, na hipótese de haver requerimentos de vários habilitandos ao benefício, é norma interna da Controladoria Geral da União/MF a reserva de cotas, até que se comprove a verdadeira qualidade de beneficiário(s) do(s) requerente(s).

Em se tratando de pensão previdenciária, o direito ao benefício se define através da habilitação e dos elementos determinantes da relação de dependência, cuja presença cumpre exclusivamente ao INSS avaliar. Assim, não era imprescindível, por não significar condição para acesso à pensão por outro dependente, instauração de processo judicial para reconhecimento da união estável, senão a aferição, pela entidade competente, da existência do vínculo de dependência da companheira em relação ao segurado falecido.

Não obstante, uma vez instaurado processo judicial, em que julgado procedente o pedido, em Primeiro Grau, encontrou-se a Autarquia diante de forte possibilidade de que venha a ser confirmada a existência da união estável, ensejadora da habilitação da litisconsorte ao recebimento do benefício da pensão por morte. A reserva da cota-parte a esta devida não foi senão o exercício do poder de auto-tutela da Autarquia, defendendo os cofres da Previdência do risco — muito provável — de pagar em dobro referida cota.

Ressalte-se, uma vez mais, que o INSS poderia ter deferido o rateio da pensão ante a habilitação da companheira perante a própria Administração. Entretanto, não tendo sido requerido administrativamente, mas perante o Judiciário, o Instituto atuou, de ofício, acautelando o erário público, até a solução judicial do feito instaurado.

Ao contrário do afirmado pela Apelante, o INSS não usurpou competência do Judiciário. O ato que a este somente caberia praticar mediante provocação e após julgamento definitivo, ao Executivo não apenas é possível, mas é decorrência natural do dever de agir na defesa do interesse público. Não poderia, o admi-

nistrador, omitir-se diante da comunicação da Justiça Estadual (fls. 54) acerca do reconhecimento da união estável entre o falecido e a Sra. Aricelma, ora litisconsorte, sob pena de, em se confirmando aquele primeiro julgamento, vir a Autarquia a pagar em dobro aquela cota-parte, ou seja, à viúva e à companheira.

Destaque-se que, mesmo antes da morte do ex-servidor, já fora determinado, pelo Juízo Estadual da Vara de Família (fls. 55), o desconto, sobre os vencimentos/proventos do servidor, de alimentos provisórios, fixados em 25%, em favor da companheira. Naquela oportunidade, amparou-se a pretensão em Declaração de Vontade expressada pelo ex-servidor, em Cartório, por cujo intermédio afirmou ele que, embora casado com Isabel Andrade de Oliveira, convivia com Aricelma Santos Diz, ha mais de 30 (trinta) anos. E que, por não ter filhos menores de idade, destinava sua pensão em partes iguais entre sua referida esposa Isabel e sua companheira Aricelma, em virtude de ambas viverem sob sua inteira dependência econômica.

Argumenta a viúva/apelante que a mencionada declaração é inteiramente nula, porque a Lei 9.278/1996 não admite a declaração de união estável de homem casado, na constância do casamento, o que configura “concubinato adúlterino” ou “concubinato impuro”, não admitido pela ordem jurídica vigente.

Há de se considerar que, a despeito da proteção estatal à família regularmente constituída, o ordenamento jurídico vigente reconhece a união estável como entidade familiar e confere proteção previdenciária ao(a) companheiro(a) que comprove dependência econômica em relação ao segurado. Independentemente da condição ostentada pelo(a) dependente(a), seja no regime estatutário — Lei 8.112/1990 — ou no regime privado — Lei 8.213/1991 — o companheiro ou companheira que comprove dependência econômica é tido(a) como beneficiário(a) da pensão por morte. Assim, ainda que a legislação civil imponha restrições ou proibições a qualquer forma de relacionamento, a legislação previdenciária confere proteção aos cônjuges ou companheiros comprovadamente dependentes do servidor/segurado.

A legislação previdenciária confere proteção a quem dependia economicamente do *de cuius*, não tendo relevância o estado civil dos envolvidos. Precedentes (STJ), 5ª Turma, Resp 200301713005/PE, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ 02/08/2004, p. 528). Comprovada a

união estável e a dependência econômica da companheira em relação ao segurado, o estado civil, apenas formalmente considerado, não pode ser empecilho à concessão da pensão por morte.

Confirmam-se as ementas que trago à colação:

Administrativo. Servidor Público. Pensão por morte. Rateio proporcional entre a esposa legítima e a companheira. Possibilidade. Precedentes da Corte. Recurso Especial não conhecido.

1. Não se tem como óbice ao reconhecimento de união estável e ao deferimento de pedido de percepção de pensão, a manutenção por quaisquer dos companheiros de vínculo matrimonial formal, embora separado de fato há vários anos. A Constituição da República, bem como a legislação que rege a matéria, têm como objetivo precípuo a proteção dos frutos provenientes de tal convivência pública e duradoura formada entre homem e mulher – reconhecida como entidade familiar –, de forma que não tem qualquer relevância o estado civil dos companheiros. Precedentes do STJ.

2. Reconhecida a união estável com base no contexto probatório carreado aos autos, é vedada, em sede de recurso especial, a reforma do julgado, sob pena de afronta ao verbete sumular n.07.

3. Comprovada a vida em comum por outros meios, a designação da companheira como dependente para fins de pensão por morte é prescindível. Confira-se: REsp 477.590/PE, rel. Ministro Vicente Leal, DJ de 07/04/2003 e REsp 228.379/RS, rel. Ministro Felix Fischer, DJ de 28/02/2000.

4. Corretas às instâncias ordinárias quando consideram como termo inicial a data do ajuizamento da ação, pois, na hipótese, afirmou a beneficiária que protocolou requerimento na esfera administrativa, todavia, em face da extinção da Sunab (órgão que o servidor falecido era vinculado), ficou impossibilitada de comprovar em que data.

5. Recurso especial não conhecido.

Administrativo. Servidor Público. Pensão por morte. Rateio proporcional entre a esposa legítima e a companheira. Possibilidade. Precedentes da Corte. Recurso Especial não conhecido.

1. Não se tem como óbice ao reconhecimento de união estável e ao deferimento de pedido de percepção de pensão, a manutenção por quaisquer dos companheiros de vínculo matrimonial formal, embora separado de fato há vários anos. A Constituição da República, bem como a legislação que rege a matéria, tem como objetivo precípuo a proteção dos frutos provenientes de tal convivência pública e duradoura formada entre homem e mulher – reconhecida como entidade familiar –, de forma

que não tem qualquer relevância o estado civil dos companheiros. Precedentes do STJ.

2. Reconhecida a união estável com base no contexto probatório carreado aos autos, é vedada, em sede de recurso especial, a reforma do julgado, sob pena de afronta ao verbete sumular n.07.

3. Comprovada a vida em comum por outros meios, a designação da companheira como dependente para fins de pensão por morte é prescindível. Confira-se: REsp 477.590/PE, rel. Ministro Vicente Leal, DJ de 07/04/2003 e REsp 228.379/RS, rel. Ministro Felix Fischer, DJ de 28/02/2000.

4. Corretas às instâncias ordinárias quando consideram como termo inicial a data do ajuizamento da ação, pois, na hipótese, afirmou a beneficiária que protocolou requerimento na esfera administrativa, todavia, em face da extinção da Sunab (órgão que o servidor falecido era vinculado), ficou impossibilitada de comprovar em que data.

5. Recurso especial não conhecido. (STJ, 5ª Turma, RESP-200301713005/PE, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ 02/08/2004, p. 528.).

Previdência Social – Companheira como dependente de segurado casado – Procedência do pedido.

1. Além do casamento, também a união estável entre o homem e a mulher constitui a família, que é objeto de proteção do Estado. art. 226, parágrafo 3º, da Constituição Federal de 1988.

2. A Lei 8.213/1991 qualificou como dependentes preferenciais o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido. Tal dependência econômica é presumida.

3. Comprovada a condição de companheira, incabível negar seu direito à inscrição como dependente do segurado, mesmo casado, na Previdência Social.

4. Apelação e Remessa Oficial Improvida”.

5. Sentença confirmada.” (TRF – 1ª Região, AMS 95.01.21114-2/MA, Rel. Juiz Federal convocado Francisco de Assis Betti, Primeira Turma, DJ de 05/10/1998, p. 157).

Isto posto, nego provimento à apelação da impetrante, mantendo, integralmente, a sentença recorrida.

É o meu voto.

Segunda Turma

Apelação em Mandado de Segurança

2003.41.00.004394-5/RO

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves
Apelantes: Lourival José da Silva e outros
Advogados: Dr. José Alves Pereira Filho e outros
Apelada: Fundação Universidade Federal de Rondônia – UNIR
Procuradora: Dra. Vera Lucia Gabriel Domingues
Remetente: Juízo Federal da 2ª Vara/RO
Divulgação: e-DJF1 de 16/05/2008
Publicação: 19/05/2008

Ementa

Administrativo e Processual Civil. Reajuste de vencimentos em 84,32%, por força de decisão da Justiça do Trabalho. Incorporação. Inexistência de direito, em relação a período posterior ao da extinção do contrato de trabalho.

I – A competência da Justiça Trabalhista se faz definida à luz do vínculo contratual de trabalho existente entre o empregado e o empregador, de modo que a extinção do contrato laboral faz cessar automaticamente, enquanto tais, os efeitos da coisa julgada decorrentes de decisão por ela proferida, vinculados que se encontram à relação contratual firmada entre as partes.

II – Se a própria coisa julgada, formada no âmbito do processo trabalhista, é expressa no sentido de que seus efeitos estão limitados “à duração dos respectivos pactos laborais”, não se pode pretender que o ato administrativo determinante da desincorporação do índice de 84,32%, no tocante ao período posterior ao da instituição do Regime Jurídico Único por força da Lei 8.112, de 11/12/1990, represente ofensa ao comando dela emergente.

III – Legitimidade, outrossim, da pretensão de repetição do indébito, não se podendo cogitar, no caso em exame, de invocação de boa fé como causa de retenção do indevido, na medida em que se não cuidou de mudança de interpretação jurídica a propósito de norma legal, ou má aplicação da lei por parte da pública administração, mas de ato de execução de sentença além dos limites do decidido, a que deram causa os beneficiários do mesmo.

IV – Decadência inócurrenente no caso em exame, porquanto o prazo quinquenal de que cuida a Lei 9.784, de 29/01/1999, não atua retroativamente, não podendo, por isso mesmo, fluir antes da entrada em vigor da norma legal que o instituiu.

V – Necessidade de procedimento administrativo para apuração do *quantum debeatur*, no qual seja assegurado ao servidor o contraditório e a ampla defesa.

VI – Recurso de apelação e remessa oficial não providos.

Acórdão

Decide a Segunda Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do voto do Relator.

2ª Turma do TRF 1ª Região – 16/04/2008.

Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves: — Lourival José da Silva e outros serventuários da Universidade Federal de Rondônia manifestam recurso de apelação por meio do qual pedem a reforma de r. sentença do Juízo Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária daquela unidade federada que, em ação de segurança impetrada ao Magnífico Reitor e à Secretária de Recursos Humanos da instituição de ensino, concedeu apenas em parte a ordem postulada, determinando às ilustres autoridades indicadas coatoras que

(...) a devolução dos valores recebidos pelos impetrantes, a título de incorporação do percentual de 84,32% em virtude de decisão judicial prolatada na Justiça Trabalhista, cinja-se aos valores efetivamente percebidos após 12/11/1990; e para que seja essa restituição precedida do respectivo processo administrativo, a fim de verificar a quantia devida pelos impetrantes, garantindo a estes a ampla defesa.

Custas pelos impetrantes.

Sem honorários, por incabíveis à espécie (Súmulas 512 do STF e 105 do STJ). (Fls. 401/402.)

Insistindo na questão preliminar de incompetência absoluta da Justiça Federal para processo e julgamento da lide mandamental, por se tratar de questão envolvente de decisão da Justiça do Trabalho, sustentam, em síntese, no mérito, após fazerem breve relato dos fatos da lide, que a recomposição de estipêndios em causa se funda na existência de coisa julgada, sem qualquer limitação temporal a 11/12/1990. Ponderam que a imutabilidade da coisa julgada é garantia fundamental, inscrita no inciso XXXVI do art. 5º da Lei Fundamental, chamando à luz precedente jurisprudencial que tem por aplicável ao caso em exame. Dizem, mais, que a inclusão dos percentuais questionados em folha de pagamento não pode ser tida por ilegal e, ainda quando assim não fosse, substancia ato insuscetível de ser desconstituído, diante da decadência preconizada pelo art.54 da Lei 9.784/1999. Argumentam, outrossim, com a boa-fé e a estabilidade das relações jurídicas como causa para retenção das importâncias recebidas.

Sem apresentação de contra-razões, conforme certificado às fls. 434, subiram os autos a esta Corte, sobrevivendo parecer do Ministério Público Federal, às fls. 437/444, opinando pelo provimento do recurso.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves: — Observo, preliminarmente, que a Suprema Corte, por oportunidade do julgamento do Agravo Regimental 403.342/RS, firmou entendimento no sentido de que a discussão das questões surgidas após a edição da Lei 8.112, de 11/12/1990, mesmo quando digam com os efeitos da sentença trabalhista, não são de competência da Justiça Obreira, de modo que resta superada qualquer eventual controvérsia a respeito da competência da Justiça Federal para o presente mandado de segurança.

Por força da ordem constitucional, a competência da Justiça do Trabalho se define à luz do vínculo contratual trabalhista existente entre empregado e empregador, de modo que extinto o contrato laboral automaticamente cessam, enquanto tais, os efeitos da coisa julgada decorrentes de decisão por ela proferida, vinculados que se encontram à relação contratual firmada entre as partes. Não se cuida só, a meu juízo, de questão relativa à incompetência do órgão julgador para a execução de prestações que venham a se vencer após a extinção do contrato de trabalho, mas sim de própria cessação da eficácia da decisão da Justiça Obreira, enquanto coisa julgada, inclusive porque seria curioso que o decidido pelo órgão judiciário trabalhista, à luz de princípios próprios ao Direito do Trabalho, completamente distintos dos que regem o Direito Administrativo, continuasse a disciplinar prestações que não mais se fundam em um vínculo contratual, porque derivadas de relação estatutária que se iniciou entre o poder público e seu funcionário, por isso mesmo sujeitas à regência dos princípios e normas a esta pertinentes. Nesse sentido, aliás, o posicionamento da Suprema Corte, como deixam ver os seguintes arestos, reproduzidos por suas respectivas ementas:

Constitucional. Recurso Extraordinário. Trabalhista. Aplicação de Súmula do Tribunal Superior do Trabalho. Ofensa à Constituição. Vantagem Trabalhista anterior à instituição do Regime Jurídico Único. Competência: Justiça do Trabalho. Efeitos da Sentença Trabalhista limitados à edição da Lei 8.112/1990.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Neuza Maria Alves da Silva e Francisco de Assis Betti.

I – As questões relativas aos pressupostos de admissibilidade dos recursos trabalhistas, notadamente quando o exame de tais pressupostos apóia-se em súmulas do Tribunal Superior do Trabalho, não viabilizam a abertura da via extraordinária, por envolverem discussão de caráter infraconstitucional.

II – O pressuposto constitucional do recurso extraordinário inscrito no art. 102, III, b, da Constituição é que tenha a decisão recorrida declarado a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal. Se isso não ocorreu, segue-se a impossibilidade de o recurso, interposto com fundamento na citada alínea b, ser admitido.

III – *Os efeitos da sentença trabalhista limitam-se à edição da Lei 8.112/1990.*

IV – Agravo não provido (AI-AgR 538.434/RN, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ30/09/2005, pág. 43 - negrito não consta do original).

Agravo regimental em agravo de instrumento.

2. Servidor Público Celetista. Vantagem Trabalhista. Período anterior à instituição do Regime Jurídico Único. Competência da Justiça Trabalhista. Precedentes.

3. Efeitos da sentença trabalhista após a edição da Lei 8.112, de 1990. Incompetência da Justiça do Trabalho.

4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AI-AgR 402.529/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 17/06/2005, pág. 66).

Agravo regimental. Servidor público que manteve vínculo empregatício, nos moldes da CLT, anteriormente à passagem para o Regime Jurídico Único, com a edição da Lei 8.112/1990. Reconhecimento de diferenças salariais decorrentes desse vínculo. Efeitos da sentença trabalhista limitados pelo advento do Regime Estatutário.

A superveniência da Lei 8.112/1990 estanca a competência da Justiça do Trabalho para dirimir questões afetas ao vínculo de emprego anteriormente mantido com a Administração, ainda que se cuide do reconhecimento de parcela de trato sucessivo, nascida desse contrato, dada a impossibilidade de a Justiça Especial vir a executar o adimplemento de obrigação que se torne devida já sob a égide do regime estatutário. Logo, os efeitos da sentença trabalhista têm por limite temporal o advento do referido diploma.

Agravo regimental desprovido (RE-AgR 330.835/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 11/02/2005, pág. 9 - o negrito não consta do original).

Recurso extraordinário. Constitucional. Administrativo. Servidores públicos. Direito anterior à

edição da Lei 500 do Estado de São Paulo. Competência.

1. Servidores públicos. Direito anterior à edição da Lei 500 do Estado de São Paulo. Competência da Justiça do Trabalho, dada a relação contratual então existente. Precedente.

2. Recurso conhecido e provido, para limitar os efeitos da sentença à data da publicação da legislação superveniente, que modificou o regime jurídico dos agentes públicos estaduais (RE 130.704/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Maurício Correa, DJ 15/02/2002, pág. 16 - o grifo não consta do original).

Portanto, não se há falar em ofensa à coisa julgada, Com efeito, se esta não alcança a remuneração devida ao servidor público estatutário, fixada de conformidade com as normas legais que disciplinam a retribuição pecuniária do cargo que passou a titularizar, não se pode pretender ilegítimo o ato da pública administração que, por força do poder-dever de autotutela administrativa, faz cessar a paga que se vinha realizando em descompasso com a legislação de regência, para restabelecer a ordem legal comprometida. Nenhuma norma legal assegurou ao funcionalismo público recomposição de vencimentos ou proventos da ordem de 84,32%, mediante aplicação do Índice de Preços ao Consumidor relativo ao mês de março de 1990, nem ao índice de 44,80%, inexistindo direito adquirido a ela, conforme assente no enunciado da Súmula 17 da jurisprudência predominante nesta Corte Regional, de modo que os estipêndios dos cargos titularizados pelos impetrantes não se viram alterados na proporção pretendida. Não demonstraram eles, outrossim, em momento algum, que do ato de desincorporação tenha resultado percepção de estipêndios diversos daqueles que lhes são assegurados pela ordem legislativa vigente. Limitaram-se ao apego à coisa julgada que, exatamente por restritiva de seus respectivos efeitos ao período de vinculação contratual de trabalho, não assegura aos impetrantes direito líquido e certo à extensão do quantum decidido ao vínculo estatutário, não alcançado pela jurisdição da Justiça Obreira.

Sobre inexistente direito líquido e certo a ser tutelado em casos como o agora em exame, a orientação firmada no precedente a seguir transcrito por sua respectiva ementa:

Constitucional. Administrativo. Justiça do Trabalho. Reconhecimento do Direito das parcelas com limitação dos efeitos até 12/12/1990. Servidores públicos. Incorporação a partir de dezembro/1990

das diferenças de 26,06% (Plano Bresser), 26,05% (Plano Verão) e de 84,32% (Plano Collor). Inexistência de direito adquirido. Súmulas desta Corte 8, 17 e 28. URP de abril e maio de 1988 indevida. Sentença mantida.

1. Na decisão da Justiça do Trabalho ficou reconhecido o direito dos autores de receberem as parcelas referentes aos reajustes salariais, expurgados pelo Decreto-Lei 2.335/1987 (Plano Bresser), Decreto-lei 2.425/1988 (URP's de abril e maio/1988), Lei 7.730/1989 (URP de fevereiro/1989), MP 154/1990 convertida na Lei 8.030/1990 (Plano Collor - abril/1990), tendo, porém, referida decisão limitado seus efeitos até 12/12/1990, não havendo que se falar em violação à coisa julgada na hipótese de não ser reconhecida a pretensão deduzida pelos apelantes.

2. Na esteira da Súmula 8 do TRF da 1ª Região “É constitucional a supressão do reajuste de 26,06% sobre salários, vencimentos, soldos, proventos e pensões, determinada pelo Decreto-Lei 2.335/1987 (Plano Bresser)”.

3. De acordo com a Súmula 17 do TRF da 1ª Região: “Não existe direito adquirido à incorporação aos salários, vencimentos, proventos, soldos e pensões, do índice de reajuste de 84,32% de março e resíduos de janeiro e fevereiro de 1990 (Medida Provisória 154/1990 e Lei 8.030/1990).”

4. A respeito da URP de fevereiro de 1989 (Plano Verão), também prevê a Súmula 28 do Tribunal Regional Federal da 1ª Região que “não existe direito adquirido à incorporação dos salários, vencimentos, proventos, soldos e pensões, do índice de reajuste de 26,05% de fevereiro de 1989 (Lei 7.730/1989).”

5. Precedentes desta Corte e do STJ: (Cf. STJ, RESP 203.031/RJ, Sexta Turma, Ministro Vicente Leal, DJ 24/05/1999; RESP 199.108/RJ, Quinta Turma, Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ 19/04/1999; TRF1, AC 2001.01.00.001619-9/AM, Primeira Turma, Rel. Des. Federal Aloisio Palmeira Lima, DJ 09/12/2002, p. 110, AC 95.01.31790-0/PA, Segunda Turma, Rel. Des. Federal Assusete Magalhães, julgado em 18/12/1995, AC 94.01.32684-3/MG Primeira Turma Suplementar, Rel. Juiz Federal Saulo José Casali Bahia, DJ 23/09/2004, p. 3.)

6. Os apelantes, servidores públicos, fazem jus apenas a 7/30 (sete trinta avos) do percentual de 16,19% (dezesseis vírgula dezenove por cento) referente à URP de abril e maio/1988, em face do reconhecimento da constitucionalidade do art. 1.º, caput, do Decreto-Lei 2.425/1988, que entrou em vigor em 8 de abril de 1988. (Cf.: STF, RE 146.749/DF, Pleno, Ministro Carlos Velloso, DJ 18/11/1994; STJ, RESP 203.031/RJ, Sexta Turma, Ministro Vicente Leal, DJ 24/05/1999, e RESP 200.119/RJ,

Sexta Turma, Ministro Vicente Leal, DJ 26/04/1999; TRF1, AC 96.01.28590-3/MA, Primeira Turma, Desembargador Federal José Amílcar Machado, DJ 07/04/2003, e AC 1997.01.00.023964-1/MG, Primeira Turma Suplementar, Juiz Manoel José Ferreira Nunes, DJ 21/11/2002.). Todavia, indevidas quaisquer diferenças, pois o percentual é não cumulativo e os autores pleitearam as diferenças que teriam direito apenas a partir de dezembro de 1990.

7. Apelação não provida (AC 2000.01.00.116805-3/MG, 1ª Turma, Rel. Juiz Federal, convocado, Klaus Kuschel, DJ 31/01/2006, pág. 19).

Portanto, identificado pela pública administração que os efeitos da coisa julgada cessaram com a extinção dos contratos laborais dos beneficiários com a demanda trabalhista, e, em conseqüência, não havia nenhum respaldo legal para a recomposição dos respectivos estímulos em 84,32% e 44,80% a contar do ingresso dos mesmos no regime jurídico instituído pela Lei 8.112/1990, assim, da titularização em cargos públicos com a remuneração definida por lei outra alternativa não restava ao administrador público senão a de anular, em obséquio ao princípio da legalidade e ao enunciado na primeira parte da Súmula 473 da jurisprudência predominante no Excelso Pretório, a incorporação indevidamente efetivada. Substanciou, pois, o ato aqui impugnado, de desincorporação dos índices ilegitimamente incorporados, simples instrumento de corrigenda, no exercício do poder-dever de autotutela administrativa, do vício apurado, com propósito de restauração da ordem legal comprometida, sem se fazer necessária, por caracterizado, no caso, apenas confronto entre o ato e a ordem jurídica, instauração de procedimentos administrativos individuais nos quais se assegurasse, individualmente a cada servidor beneficiário com os efeitos do ato ilegal, o contraditório ou a ampla defesa. Aliás, sobre a impropriedade de se cogitar daquele ou desta quando não haja acusação ou acusado, nem necessidade de esclarecimentos sobre situação de fato individual, já se assentou a orientação jurisprudencial desta eg. Segunda Turma, em caso algo semelhante ao presente, relativo à Gratificação de Produção Suplementar, de que nos dão exemplo os seguintes precedentes, reproduzidos por suas respectivas ementas:

Administrativo. Servidor Inativo da Imprensa Nacional. Gratificação por Produção Suplementar.

1. Intentando o autor, servidor aposentado da Imprensa Nacional, ver reconhecido direito à

continuidade da percepção da Gratificação por Produção Suplementar, incorporada a seus proventos de inatividade, de acordo com os valores percebidos anteriormente à edição da Portaria 576, de outubro de 2000, e ainda declaração incidente de inconstitucionalidade do quanto disposto no art. 3º da Lei 10.432, de 24 de abril de 2002, que reconhece devida a continuidade do pagamento da vantagem a aposentados e pensionistas, porém com base no valor médio preconizado pelo parágrafo 1º do art. 2º do diploma legal em referência, não encontra a pretensão, em abstrato, qualquer obstáculo no ordenamento jurídico, não se podendo pretender caracterizada, por isso mesmo, na hipótese em causa, impossibilidade jurídica do pedido, nem carência de ação, à luz da referida Lei 10.432/2002, pois além de se postular recebimento de valores pretéritos à edição da mesma, se busca na lide igualmente a declaração de inconstitucionalidade de um de seus dispositivos.

2. Por se cuidar de questão exclusivamente de direito, e estando o processo em condições de julgamento, o parágrafo 3º do art. 515 do Código de Processo Civil, acrescentado pela Lei 10.352, de 26/12/2001, autoriza o tribunal a julgar desde logo a lide, a qual fora, em primeiro grau de jurisdição, extinta sem exame do mérito.

3. Apuradas, por auditoria realizada pela Secretaria de Controle Interno da Presidência da Presidência da República, irregularidades na forma de cálculo e pagamento da Gratificação por Produção Suplementar, assim a ilegitimidade, no particular, da Portaria 133, de 11/10/1996, do Diretor-Geral do Departamento de Imprensa Nacional, não se há cuidar de direito líquido e certo à continuidade de sua percepção nos moldes do ato normativo, em desconformidade com os preceitos da legislação de regência.

4. O Grupo de Trabalho instituído pela Portaria 576, de 05/10/2000, da Secretaria de Administração da Casa Civil da Presidência da República, antes de promover qualquer alteração na disciplina relativa ao benefício, limitou-se a cumprir a finalidade para a qual fora criado, assim de coordenar e executar as ações de ajuste na folha de pagamento da Imprensa Nacional, para adequar o pagamento do mesmo às normas legais de regência, e os atos dela decorrentes a cumprir, ante as ilegalidades constatadas, o princípio enunciado na súmula 473 da jurisprudência predominante na Suprema Corte, segundo a qual pode a pública administração anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos.

5. *A exigência de contraditório e ampla defesa tem por pressuposto acusação e acusado ou necessi-*

dade de esclarecimentos sobre situação de fato individual, não se devendo cogitá-la quando, no exercício do poder-dever de auto-tutela, a pública administração, do confronto entre o ato administrativo e a lei com base na qual editado, verifica a ilegitimidade daquele e o retifica, situação que é a ocorrente na hipótese dos autos.

6. Instituído, pela Lei 9.784, de 29/01/1999, o prazo decadencial de cinco anos para a pública administração anular seus atos ilegais, de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários, não se há considerá-lo fluente em período anterior ao de vigência do diploma legal que o estabeleceu.

7. Inocorrência, outrossim, de revogação, pela ordem constitucional de 1988, do disposto no parágrafo único do art. 1º da Lei 5.462, de 02/07/1968.

8. Recurso de apelação a que se nega provimento, diante da circunstância de não advir, ao recorrente, reconhecimento de direito no exame de mérito da pretensão deduzida na lide (AC 2004.34.00.015625-0/DF, Rel. Desembargador Federal Carlos Moreira Alves, DJ 23/02/2006, pág. 81 - os grifos não constam do original).

Constitucional e Administrativo. Servidor público Federal. Gratificação por Produção Suplementar. Imprensa Nacional. Pagamento da vantagem nos moldes da Portaria 133/1996. Inexistência de direito líquido e certo.

1. Apuradas, por auditoria realizada pela Secretaria de Controle Interno da Presidência da Presidência da República, irregularidades na forma de cálculo e pagamento da Gratificação por Produção Suplementar, assim a ilegitimidade, a respeito, da Portaria 133, de 11 de outubro de 1996, do Diretor-Geral do Departamento de Imprensa Nacional, não se há cuidar de direito líquido e certo à continuidade da percepção do benefício nos moldes do ato normativo, em desconformidade com os preceitos da legislação de regência.

2. O Grupo de Trabalho instituído pela Portaria 576, de 5 de outubro de 2000, da Secretaria de Administração da Casa Civil da Presidência da República, antes de promover qualquer alteração na disciplina relativa ao benefício, limitou-se a cumprir a finalidade para a qual fora criado, assim de coordenar e executar as ações de ajuste na folha de pagamento da Imprensa Nacional, para adequar o pagamento do mesmo às normas legais de regência, e os atos dela decorrentes a cumprir, ante as ilegalidades constatadas, o princípio enunciado na Súmula 473 da jurisprudência dominante na Suprema Corte, segundo a qual pode a pública administração anular seus próprios atos, quando eivados de vícios

que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos.

3. *A exigência de contraditório e ampla defesa tem por pressuposto acusação e acusado ou necessidade de esclarecimentos sobre situação de fato individual, não se devendo cogitá-la quando, no exercício do poder-dever de auto-tutela, a pública administração, do confronto entre o ato administrativo e a lei com base na qual editado, verifica a ilegitimidade daquele e o retifica, situação que é a ocorrente na hipótese dos autos.*

4. Apelação e remessa oficial providas (AMS 2000.34.00.043521-5/DF, Rel. Juíza Federal, convocada, Mônica Jacqueline Sifuentes Pacheco de Meireiros, DJ05/12/2005, pág. 68 - grifei).

Administrativo. Servidores Ativos da Imprensa Nacional. Gratificação por Produção Suplementar. Permanência do pagamento da vantagem nos moldes e nos valores fixados pela Portaria 133/1996. Inexistência de direito. Portaria 576/2000. Legitimidade.

I. 1. Apuradas, por auditoria realizada pela Secretaria de Controle Interno da Presidência da República da República, irregularidades na forma de cálculo e pagamento da Gratificação por Produção Suplementar, assim a ilegitimidade, a respeito, da Portaria 133, de 11 de outubro de 1996, do Diretor-Geral do Departamento de Imprensa Nacional, não se há cuidar de direito líquido e certo à continuidade da percepção do benefício nos moldes do ato normativo, em desconformidade com os preceitos da legislação de regência.

2. O Grupo de Trabalho instituído pela Portaria 576, de 5 de outubro de 2000, da Secretaria de Administração da Casa Civil da Presidência da República, antes de promover qualquer alteração na disciplina relativa ao benefício, limitou-se a cumprir a finalidade para a qual fora criado, assim de coordenar e executar as ações de ajuste na folha de pagamento da Imprensa Nacional, para adequar o pagamento do mesmo às normas legais de regência, e os atos dela decorrentes a cumprir, ante as ilegalidades constatadas, o princípio enunciado na súmula 473 da jurisprudência dominante na Suprema Corte, segundo a qual pode a pública administração anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos.

3. *A exigência de contraditório e ampla defesa tem por pressuposto acusação e acusado ou necessidade de esclarecimentos sobre situação de fato individual, não se devendo cogitá-la quando, no exercício do poder-dever de auto-tutela, a pública administração, do confronto entre o ato administrativo e a lei com base na qual editado, verifica a ilegitimidade*

daquele e o retifica, situação que é a ocorrente na hipótese dos autos.

4. Instituído, pela Lei 9.784, de 29/01/1999, o prazo decadencial de cinco anos para a pública administração anular seus atos ilegais, de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários, não se há considerá-lo fluente em período anterior ao de vigência do diploma legal que o estabeleceu. Mesmo quando assim não se compreenda, inócua a decadência do direito à invalidação, pois, levado a efeito em outubro do ano 2000, não transcorreram cinco anos da edição da Portaria 133/1996, cujos critérios buscam os impetrantes ver restabelecidos, no particular.” (AMS 2000.34.00.043871-7/DF, Relator Desembargador Federal Carlos Moreira Alves).

II. Recentemente o eminente Ministro Carlos Britto, ao julgar o RE 44403-9/DF — interposto, pela União Federal contra acórdão do TRF/1ª Região, que garantira a servidor da Imprensa Nacional o direito de continuar a receber integralmente a Gratificação por Produção Suplementar (GPS), nos moldes da Portaria 133/1996, ao fundamento de que o ato coator, consubstanciado na Portaria 576/2000, fora praticado sem a instauração de prévio processo administrativo, previsto no art. 5º, LV, da CF/1988 —, deu-lhe provimento, por entender ser o acórdão, no particular, conflitante com a jurisprudência do colendo STF (RE 444039/DF, in DJU de 15/04/2005, pág. 114).

III. “4. O apelo extremo merece acolhida, pois a jurisprudência desta colenda Corte é no sentido de que a Administração pode e deve rever os atos que entenda eivados de ilegalidade — sobretudo em se tratando da remuneração de seus servidores —, sem que para isso tenha de instaurar processo administrativo, a fim de garantir o exercício do contraditório e da ampla defesa (Súmulas 346 e 473 do STF). Em tal hipótese é descabida, inclusive, a alegação de ofensa à garantia da irredutibilidade de vencimentos. 6. Consultem-se, a propósito, o RE 185.255, Relator Ministro Sydney Sanches, o RE 286.628, Relator Ministro Carlos Velloso, o RE 432.891, do qual fui relator, e o RE 247.399, Relatora Ministra Ellen Gracie, que ementou a decisão da seguinte maneira: Servidor Público. Proventos de aposentadoria. Ato administrativo eivado de nulidade. Poder de autotutela da Administração Pública. Possibilidade. Precedente. Pode a Administração Pública, segundo o poder de autotutela a ela conferido, retificar ato eivado de vício que o torne ilegal, prescindindo, portanto, de instauração de processo administrativo (Súmula 473, 1ª parte - STF). RE 185.255, DJ 19/09/1997. RE conhecido e provido. (RE 444039/DF, Relator Ministro Carlos Britto, in DJU de 15/04/2005, pág. 114).

IV. Apelação improvida (AMS 2000.34.00.045836-3/DF, Rel. p/ac. Desembargadora Federal Assusete Magalhães, DJ 14/07/2005, pág. 14 – grifei).

No primeiro dos transcritos precedentes, tive oportunidade de desenvolver a seguinte linha de raciocínio, cuja conclusão contou com a adesão de meus eminentíssimos pares:

Há se vê, portanto, que o Grupo de Trabalho instituído pela Portaria 576, de 5 de outubro de 2000, expedida pela Secretaria de Administração da Casa Civil da Presidência da República, antes de promover qualquer alteração na disciplina relativa à Gratificação por Produção Suplementar, limitou-se a cumprir a finalidade para a qual fora criado, assim de coordenar e executar as ações de ajuste na folha de pagamento da Imprensa Nacional, para adequar o pagamento do benefício em apreço às normas legais de regência, e os atos dela decorrentes a cumprir, em virtude das ilegalidades constatadas, o princípio enunciado na súmula 473 da jurisprudência predominante na Suprema Corte, segundo a qual:

“ a Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

Não se há cuidar, assim, na espécie, até mesmo pela natureza da vantagem patrimonial em foco, de ofensa à cláusula constitucional de irredutibilidade de vencimentos ou proventos, a pressupor, inclusive, pagamento regular, levado a efeito em conformidade com as normas legais que o autorizam, nem muito menos de direito líquido e certo à continuidade do recebimento da Gratificação por Produção Suplementar segundo critérios que não se conformavam com os preceitos legais de regência, objetivo, em última análise, perseguido pela ação, à qual sobreveio, aliás, sem que isso determine a perda de seu objeto, a extinção do benefício, por força da Lei 10.432, de 24 de abril de 2002.

É certo que orientação jurisprudencial uniforme na Primeira Turma desta eg. Corte Regional, em casos da espécie, tem condicionado a correção da ilegalidade à instauração de prévio processo administrativo no qual se assegure ao servidor contraditório e ampla defesa mas, com todo respeito a esse entendimento, tal exigência apenas é pertinente nas hipóteses de existência de acusação e acusado ou necessidade de esclarecimentos sobre situação de fato individual, não se devendo cogitá-la quando, no exercício do poder-dever de auto-tutela, a pública administração, do confronto entre o

ato administrativo e a lei com base na qual editado, verifica a ilegitimidade daquele e o retifica, hipótese aqui ocorrente, onde se cuida, com propósito de restauração da ordem legal, de simples confronto entre o ato administrativo, no caso a Portaria 133, de 11 de dezembro de 1996, do Diretor-Geral do Departamento de Imprensa Nacional, e as normas legais que sustentaram sua edição. Tal princípio, aliás, foi adotado por este órgão fracionário do Tribunal por oportunidade do julgamento de situação análoga à presente, versando cessação de pagamento de reajuste referente à Unidade de Referência de Preços de fevereiro de 1989. A ementa do aresto, a seguir transcrita, dá exata dimensão do decidido:

Administrativo. Suspensão do pagamento de valores decorrentes da UIRP de fevereiro de 1989. Legitimidade. Inexistência de direito líquido e certo a ser tutelado.

1. A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos, conforme orientação assente no enunciado 473 da súmula da jurisprudência predominante na Suprema Corte.

2. A exigência de contraditório ou ampla defesa pressupõe acusação e acusado, hipótese que não se verifica no caso em exame, onde se cogitou de confronto entre o ato administrativo e a norma legal que lhe dá ou não suporte de validade, resguardada, obviamente, a apreciação judicial da legitimidade ou não do ato anulatório do poder público.

3. Recurso de apelação a que se nega provimento (AMS 1999.01.00.012529-9/MA, 2ª Turma, Rel. Desembargador Federal Carlos Moreira Alves, DJ 20/06/2002, pág. 61 – os grifos não constam do original).

No mesmo sentido, aliás, pode-se chamar à luz precedente da Primeira Turma da Suprema Corte, em que o então recorrente afirmava ofensivo aos princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa e devido processo legal ato de retificação de seus proventos de inatividade, levado a efeito sem prévia instauração de procedimento administrativo. A alegação foi repelida à unanimidade dos integrantes do órgão fracionário do Tribunal, com as seguintes considerações, a meu juízo irrefutáveis, do eminente Relator, Ministro Sidney Sanches:

“Com efeito, diz o inciso LV do art. 5º da C.F. 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 ele inerentes.”

Todavia, se o ato de aposentação era parcialmente ilegal, podia e devia o Prefeito ratificá-lo, para ajustá-lo à legalidade, até para cumprir o dis-

posto no art. 37, “caput”, da Constituição, segundo o qual a administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá ao princípio *da legalidade*.

E para isso não precisava o Prefeito abrir um *procedimento administrativo*, no qual o recorrente pudesse figurar como *litigante*, com direito à observância dos princípios do *contraditório* e da *ampla defesa*.

Até porque não estava sendo acusado de nada.

Na apelação, aliás, lembrou a Prefeitura Municipal, ora recorrida, a lição de Hely Lopes Meirelles, *in verbis* (fls. 110):

“A anulação dos atos administrativos pela própria administração, constitui a forma normal de invalidação de atividade ilegítima do Poder Público. Essa faculdade assenta no poder de auto-tutela do Estado. É uma justiça interna exercida pelas autoridades administrativas, em defesa da instituição da legalidade de seus atos”.

“Pacífica é hoje a tese que, se a administração praticou ato ilegal pode anulá-lo por seus próprios meios (STF – súmula 473)”.

“Para anulação de ato ilegal (não confundir com ato inconveniente ou inoportuno, que rende ensejo à revogação e não à anulação), não se exigem *formalidades especiais*, nem há prazo determinado à invalidação, salvo quando norma legal fixar expressamente” (em Direito Administrativo Brasileiro, 16ª edição, págs. 184/185).

Lembrou, ainda, a Prefeitura, na mesma oportunidade, o teor da súmula 346 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual a administração pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos. E também a súmula 473, 1ª parte: a administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvados, em todos os casos, a apreciação judicial.

Por aí já se vê que o acórdão recorrido, ao manter o ato municipal que, retificando o ato de aposentação do impetrante, ora recorrente, anulou-o apenas em parte, com base no princípio da legalidade, não violou nem o princípio do *contraditório* ou da *ampla defesa* ou do devido processo legal, até porque o ato retificatório prescinde de procedimento administrativo.

E também não violou o princípio que assegura a irredutibilidade de vencimentos e, conseqüentemente, de proventos de aposentado, pois só seriam irredutíveis os vencimentos e proventos constitu-

cionais e legais. Não os ilegais (RE 185.255-1/AL, DJ 19/09/1997 – os destaques constam do original).

É verdade, e não se pode deixar sem registro a ocorrência, que a Segunda Turma da mesma Excelsa Corte, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário 158.543-RS, deixou assente entendimento contrário, afirmativo de que em se cuidando de anulação de ato administrativo cuja formalização haja repercutido no campo de interesses individuais, não prescinde ela de observância do *contraditório*, assim da instauração de processo administrativo que enseje a audição daqueles que terão modificada situação já alcançada, concluindo, outrossim, ser defeso afastamento, unilateral, da presunção de legitimidade dos atos administrativos, porque comum à Administração e ao particular. A decisão, no entanto, foi apenas majoritária, sendo, a meu sentir, precisa a substância da divergência do eminente Ministro Paulo Brossard:

“Senhor Presidente, lamento divergir da douta maioria. Entendo que a cláusula do inciso LV é muito precisa em seu alcance e em sua finalidade. Não se trata aqui de um litígio, nem judicial nem administrativo; não se trata de nenhum acusado que tenha direito ao *contraditório* e à *ampla defesa*, com os meios e recursos a ela inerentes.

Senhor Presidente, estou a lembrar-me do que ocorre, especialmente em períodos finais de governo, quando são praticados atos, às vezes em número considerável, que criam dificuldades à Administração nascente, a qual se vê obrigada a tomar urgentes, inadiáveis e saneadoras providências, fundada no princípio de que a Administração pode rever os seus atos, sem embargo de, caso a caso, a parte que entender ter sido lesada em seus direitos recorrer ao Poder Judiciário, ou por via do mandado de segurança ou por via de ação ordinária. Eu temo que Administração se veja praticamente impedida de tomar medidas normais e necessárias particularmente em determinados momentos.” (RTJ 156, vol. 3, pág. 1.046);

e igualmente ponderada a dissidência do não menos ilustre Ministro Néri da Silveira que, depois de expressar seu entendimento sobre inadmissível desconstituição sumária de atos administrativos antigos no tempo, com repercussões sobre os administrados, salientou:

“(…). Penso que, em situações especiais, pode-se assim proceder, quando se tratar de situação muito antiga, porque, aí, vem a favor do ato a segurança das relações jurídicas. Entendo que o dispositivo da Constituição não possui tão larga abrangência a ponto de impedir à Administração de, tendo praticado um ato, anulá-lo, sem criar um contencioso administrativo, chamando a parte a vir

se defender perante a Administração e demonstrar as suas razões” (*idem*, pág. 1.047).

Mesmo adesão à corrente majoritária se fez com explicitação de ressalva, atenta certamente à extensão a que a leitura apressada do princípio poderia conduzir. Assinalou o ilustre Ministro Carlos Velloso:

“Tenho, portanto, Sr. Presidente, que sob o pálio da Constituição de 1988 é indiscutível, é incontestável que o devido processo legal aplica-se a qualquer procedimento administrativo em que o património do administrado possa vir a ser, de qualquer modo, desfalcado.

Nos casos que tenho apreciado, em que o tema é ventilado, procuro verificar se o ato administrativo praticado é puramente jurídico ou se envolve ele questões de fato, em que se exige o fazimento de prova. Porque, se o ato é puramente jurídico, envolvendo, simplesmente, a aplicação de normas objetivas, mesmo não tendo sido assegurado o direito de defesa na área administrativa, pode a questão ser examinada, em toda a sua extensão, no Judiciário, na medida judicial contra o ato apresentada. Neste caso, portanto, não há falar em prejuízo para o administrado, ou não resulta do fato de não lhe ter sido assegurada a defesa, na área administrativa, qualquer prejuízo, dado que a questão, repito, pode ser examinada e discutida, em toda a sua extensão, judicialmente. É que o processo tem caráter instrumental, é tão-só instrumento de realização da justiça”. (*idem*, pág. 1.045).

É, repita-se, a hipótese de que aqui se cuida. A pública administração fez realizar detida auditoria no órgão da imprensa oficial, identificou ilegalidades na forma de cálculo e pagamento da Gratificação por Produção Suplementar, explicitou-as todas e constituiu grupo de trabalho para adequá-lo aos preceitos legais de regência e restaurar a ordem legal comprometida, até mesmo em homenagem ao princípio da legalidade, norte superior da atuação do poder público. Não havia situação individual de fato a ser dirimida, mas questão objetiva, jurídica, não se podendo cogitar de contencioso administrativo como pressuposto para a corrigenda das ilegalidades e determinação de pagamento da vantagem segundo os ditames legais.

Não se sustenta, frise-se bem, que a garantia do contraditório e da ampla defesa não tem lugar na esfera administrativa. O que se questiona é a extensão que se pretende imprimir a ela, sob pena de se fazer vazio de conteúdo o poder-dever de autotutela da administração pública, consagrado pela Suprema Corte na pri-

meira parte da súmula 473 de sua jurisprudência predominante. A aplicação do inciso LV do art. 5º da Lei Fundamental é pertinente quando nos deparemos com a existência de acusação e acusado ou necessidade de esclarecimentos sobre situação de fato individual, não se devendo dela cogitar quando o exame da legitimidade do ato administrativo se faz exclusivamente sob a ótica jurídica, do confronto entre o ato e a ordem legal que lhe dá suporte de validade, como ocorre no caso ora *sub examine*. É certo que a questão é controvertida, e o demonstra o exame da atual jurisprudência da Suprema Corte, mas penso que o melhor entendimento é aquele retratado no julgamento do Recurso Extraordinário 247.339/SC, de que foi Relatora a insigne Ministra Ellen Gracie, sintetizado na seguinte ementa:

Servidor público. Proventos de aposentadoria. Ato administrativo eivado de nulidade. Poder de autotutela da Administração Pública. Possibilidade. Precedente. Pode a Administração Pública, segundo o poder de autotutela a ela conferido, retificar ato eivado de vício que o torne ilegal, prescindindo, portanto, de instauração de processo administrativo (Súmula 473, 1ª parte - STF). RE 185.255, DJ 19/09/1997. RE conhecido e provido. (1ª Turma, DJ 24/05/2002, pág. 66.)

Dentro desse contexto, portanto, somente cabe reconhecer direito aos impetrantes a procedimento administrativo individual, em que lhes seja assegurado contraditório e defesa, não para o ato de desincorporação levado a efeito, mas sim para a apuração dos valores que venham a ser reclamados ao servidor, em restituição de indébito, relativos ao período posterior a 11/12/1990, quando cessaram os efeitos do julgado trabalhista, não apenas por força da extinção do contrato de trabalho, mas da própria decisão da Justiça Obreira que por expresso os restringiu “à duração dos respectivos pactos laborais” (fls. 46), certo como não se pode retirar do serventuário o direito de impugnar o *quantum debeatur*, exercendo defesa em relação a ele.

Não se há cogitar, outrossim, de verificação de decadência do direito à anulação do ato administrativo impugnado na presente impetração, pois o prazo de cinco anos para que a administração pública pudesse fazê-lo só veio à lume com a edição 9.784, de 29/01/1999, não se podendo, por isso mesmo, cogitar de fluência do mesmo em período anterior ao de sua vigência. Nesse sentido a orientação jurisprudencial mais recente do colendo Superior Tribunal de Justiça,

conforme precedentes a seguir transcritos por suas respectivas ementas, na parte que interessa à solução da presente controvérsia:

Administrativo e Processual Civil. Análise de dispositivos constitucionais. Impossibilidade na via do Especial. Art. 54 da Lei 9.784/1999. Termo a quo. Vigência da Lei. Decadência não configurada. Ex-Combatente. Lei 4.281/1963 e Lei 8.213/1991. Revogação Tácita. Abono Especial. Cumulatividade com abono anual. Ausência de previsão legal. Dissídio jurisprudencial não demonstrado.

(...)

2. Sendo o ato que beneficiou o servidor anterior a Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999, a Administração teria o prazo de cinco anos para revê-lo a contar da vigência da referida lei. Como a revisão do ato ocorreu em 1997, ou seja, antes do advento da Lei 9.784/1999, é de ser afastada a alegação de decadência.

(...)

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido. (REsp 553.539/RN, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ 28/05/2007, pág. 383).

Recurso Especial. Administrativo. Filha solteira de ex-servidor do IPERGS. Pensão por morte. Cancelamento. Decadência afastada. Aplicação retroativa da lei 9.784/1999. Precedentes.

1. De acordo com a jurisprudência firmada nesta Corte Superior de Justiça, na ausência de lei estadual específica, pode a Administração Estadual rever seus próprios atos no prazo decadencial previsto na Lei Federal 9.784, de 1º/02/1999.

2. A colenda Corte Especial, no julgamento do MS 9.112/DF, firmou entendimento no sentido de que os atos administrativos praticados anteriormente ao advento da mencionada Lei estão sujeitos ao prazo decadencial quinquenal *contado da sua entrada em vigor. In casu*, cancelada a pensão da autora em 2002, resta afastada a decadência.

3. Recurso especial provido. (Resp. 655.551/RS, 6ª Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJ 30/10/2006, pág. 432).

Por fim, não tem razão os recorrerem ao sustentar a boa-fé como causa de retenção dos valores indevidamente recebidos, pois não se cuidou de mudança de interpretação jurídica a propósito de norma legal, ou má aplicação da lei por parte da pública administração, mas sim de cumprimento de decisão judicial restrita à vigência dos contratos de trabalho do beneficiário com a mesma. Tratando-se, pois, de ato de execução de jul-

gado, provocado pelos exequentes, tem os mesmos de repetir o indébito a que deram causa, sem que se possa cogitar de boa fé como causa de retenção do indevido. Por isso mesmo, em caso análogo ao presente, quanto ao particular, decidiu o eg. Superior Tribunal de Justiça, em precedente que entendo seja o que melhor solução jurídica apresenta em casos da espécie:

Administrativo. Servidor Público. Valores recebidos em razão de provimento judicial provisório. Restituição. Possibilidade. Ausência de errônea interpretação ou má aplicação da lei pela Administração Pública. Recurso desprovido.

I – A eg. Quinta Turma, revendo o posicionamento anterior, entendeu que diante da presunção de boa-fé no recebimento de valores pelo servidor, incabível é a restituição do pagamento efetuado erroneamente pela Administração.

II – Compulsando-se os autos, observa-se que se trata de valores recebidos a título de reajuste de 84,32% concedido por sentença judicial transitada em julgado, que veio a ser rescindida pela Justiça laboral, ou seja, não há que se falar em desacerto na interpretação ou má aplicação da lei, mas de determinação de pagamento em razão de decisão judicial. Precedentes.

III – Agravo interno desprovido (AgRg. no REsp. 870.434/RN, 5ª Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ 11/06/2007, pág. 369).

Do quanto exposto, dou parcial provimento ao recurso de apelação, tão somente para que a quantificação dos valores concernentes ao período posterior a 11 de dezembro de 1990, exigidos em repetição do indébito, se faça mediante processo administrativo em que garantido aos impetrantes o direito à defesa, assim à impugnação ao *quantum debeatur*.

É como voto.

Terceira Turma

Apelação Criminal

1998.42.00.000116-0/RR

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes
Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal César Fonseca (convocado)
Apelante: Fundação Nacional do Índio – Funai
Procurador: Dr. Antônio Roberto Basso
Procurador: Dr. Luiz Fernando Villares e Silva
Apelado: Ministério Público Federal
Divulgação: e-DJF1 de 08/05/2008
Publicação: 09/05/2008

Ementa

Penal e Processual Penal. Homicídio. Tribunal do Júri. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Inocorrência. Cumprimento da pena. Regime de semiliberdade. Integração à cultura não-índia. Impossibilidade.

I – Para que persista a tese de que a decisão do Júri foi manifestamente contrária à prova dos autos, é necessário que haja inequívoca demonstração de que os jurados adotaram versão inteiramente desconexa daquelas que se extraem dos possíveis contextos inferidos a partir do acervo probatório, sob pena de violação ao princípio da soberania dos veredictos.

II – A benesse concedida pelo art. 56, parágrafo único, da Lei 6.001/1973 favorece aos índios que não participam da cultura identificada no modo de viver cristão-europeu inserido no contexto brasileiro. Assim sendo, uma vez verificado que o acusado não mais pratica a cultura própria dos índios, o regime de cumprimento da pena não pode ser o de semiliberdade, mas sim o que é genericamente previsto no Código Penal.

III – Apelação a que se nega provimento.

Acórdão

Decide a Turma negar provimento à apelação, à unanimidade.

3ª Turma do TRF 1ª Região – 18/04/2008.

Juiz Federal César Fonseca, Relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal César Fonseca: — Trata-se de apelação criminal interposta pela Fundação Nacional do Índio (Funai), atuando como substituta processual do indígena Pedro Paulino Seleiro Megias, condenado por sentença prolatada pelo Juízo Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Roraima, nas atribuições de Tribunal do Júri Federal, ao cumprimen-

to da pena de 10 (dez) anos de reclusão, tendo em vista o cometimento do crime de homicídio, a teor do art. 121, § 1º, e § 2º, IV, c/c arts. 61, II, “f”, e 65, III, “a” e “d”, todos do Código Penal, pois, no dia 31 de janeiro de 1991, desferiu golpes de terçado, facadas e tiros de espingarda em seu cunhado Cândido da Silva, também indígena.

Sustenta a apelante que o Corpo de Jurados preferiu decisão manifestamente contrária à prova dos au-

tos, uma vez que o réu, em face de ameaça iminente à sua vida, agiu em legítima defesa ao matar a vítima. De outro ponto, argumenta que, considerada a condição de índio do acusado, deve prevalecer o mandamento do art. 56, parágrafo único, da Lei 6.001/1973, o qual determina que o indígena deve cumprir a pena de reclusão ou de detenção, quando possível, em regime de semiliberdade (fls. 348-352).

Processado o recurso, ascendem os autos a esta Corte, manifestando-se o Ministério Público Federal, nesta instância, em parecer firmado pelo Procurador Regional da República Aldenor Moreira de Sousa (fls. 366-370), pelo não provimento.

É o relatório. Encaminhem-se os autos ao exame do eminente revisor, nos termos regimentais.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal César Fonseca: — A denúncia que instrui a presente ação penal assim narra o fato delitivo (fl. 3):

No dia 31/01/1991, por volta de 9 hs da manhã, na fazenda denominada “Nova Fazenda” o denunciado alvejou a vítima, Cândido da Silva, com facadas, tiros de espingarda e terçadas, vindo a causar-lhe a morte.

O denunciado que morava na mesma residência que a vítima, dirigiu-se de encontro a esta, que no momento dormia em uma rede, portando uma espingarda, quando foi impedido por sua irmã e esposa da vítima, Lucimar Celeiro Megias, que conseguiu, com muito esforço, desarmá-lo vindo a esconder a arma em seu quarto. Momento imediato, o denunciado utilizando-se desta vez de uma faca de uso caseiro veio a atingir a vítima com 3 (três) golpes de faca, tendo sido acordada com as facadas.

A esposa da vítima veio ao seu encontro tentando socorrer a vítima, quando novamente a espingarda anteriormente mencionada veio desta vez a alvejá-la com um tiro.

Não satisfeito o denunciado, pois a vítima ainda agonizava, utilizou-se ainda de um terçado com o qual golpeou várias vezes a cabeça da vítima, causando-lhe a morte.

O réu Pedro Paulino Seleiro Megias admitiu, perante a autoridade judicial e os jurados, ter desferido unicamente facadas na vítima, negando ter sido responsável por tiro de espingarda ou ainda golpe de terçado, tal qual descrito na denúncia. Desse modo, a defesa insurge-se contra a decisão do Júri Federal, que, não obstante tenha entendido que o acusado repeliu agressão dirigida a si (quatro votos a três), que agiu impulsionado por ameaça iminente (quatro a três) e injusta (cinco a dois), por seis votos a um, foi afastada a tese de legítima defesa, porquanto não se firmou a convicção de que o réu usou dos meios necessários para repelir a agressão iminente à sua própria vida.

De acordo com a apelante, o Corpo de Jurados decidiu de modo manifestamente contrário à prova dos autos, já que teria restado evidente que o réu utilizou moderadamente dos meios que estavam à sua disposição para afastar a ameaça que o afligia. No entanto, a tese patrocinada pela defesa se desvanece diante das provas produzidas em Juízo.

Primeiramente, é de se ter claro que, para que persista a tese de que a decisão do Júri foi manifestamente contrária à prova dos autos, é necessário que haja inequívoca demonstração de que os jurados adotaram versão inteiramente desconexa daquelas que se extraem dos possíveis contextos inferidos a partir do acervo probatório, sob pena de violação ao princípio da soberania dos veredictos. Sobre essa questão, ensina Fernando da Costa Tourinho Filho¹ que:

Nesse caso, ante eventual apelo, o Tribunal, dando provimento, reconhece o error in iudicando. É imperioso, contudo, esteja a decisão de todo dissociada das provas dos autos. A lei diz: manifestamente contra a prova dos autos. É preciso que a decisão dos jurados delire do acervo probatório. Assim, se as provas dos autos demonstram, unanimemente, que o réu não agiu em legítima defesa, sua absolvição com base nessa excludente de ilicitude é declaradamente contra a prova dos autos. E vice-versa: se as provas demonstram, à unanimidade, que o réu agiu em legítima defesa, eventual condenação se dissocia das provas colhidas. Exige-se, contudo, que a decisão dos jurados não encontre arrimo em alguma prova. Afinal de contas, os jurados têm inteira liberdade de julgar, e essa liberdade lhes confere o direito de optar por uma das versões.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Cândido Ribeiro e Tourinho Neto.

¹ Tourinho Filho, Fernando da Costa. Código de processo penal comentado. São Paulo: Saraiva, 1996. v. 2. p. 280.

Se a sua decisão é estribada em alguma prova, não se pode dizer ser ela manifestamente contrária ao apurado no corpo do processo.

Com efeito, a decisão do Conselho de Sentença guarda plena consonância com a prova testemunhal colhida do depoimento da irmã do réu e esposa da vítima Lucimar Seleiro Megias, às fls. 305-308, a qual presenciou o cometimento do crime:

(...) quando o acusado retornou, o marido da declarante continuava dormindo; ao retornar, o acusado vinha com uma espingarda e disse à declarante que ia matar o marido da declarante; conseguiu tomar a arma do acusado e a levou para dentro do quarto; o acusado disse que iria matar a vítima por que ela maltratava muito a declarante; efetivamente toda vez que bebia a vítima era violenta; enquanto estava no quarto a declarante ouviu seu marido dizer para o acusado 'que não era para ele fazer aquilo'; saiu correndo e quando chegou na cozinha já encontrou seu marido caído no chão; ao vê-lo percebeu que ele tinha levado três facadas do lado do peito e ainda se encontrava com a faca cravada no peito; ao retirar a faca do peito de seu marido a declarante foi afastada pelo acusado que em seguida disparou um tiro de espingarda na vítima, pegando chumbo em quase todo o corpo; o acusado, então, pegou um facão velho que estava em cima do fogão e cortou a cabeça de seu marido, que ficou deformada; quando recebeu o tiro seu marido estava deitado no chão e não falava; quando recebeu as terçadas, seu marido ainda puxava o acusado para não fazer aquilo e o acusado a empurrava; depois das terçadas o acusado a pegou pelo braço e que ia levá-la para a casa da mãe; em nenhum momento o acusado tentou socorrer ou desistir; depois de receber as facadas a vítima não tinha como reagir; ao receber as facadas a vítima estava dormindo (...).

Percebe-se, portanto, que, ao decidir pelo afastamento da excludente de ilicitude, o Corpo de Jurados acolheu a versão destacada pela irmã do acusado, sendo impertinente a alegação de que a decisão proferida foi manifestamente contrária à prova dos autos.

O apelo da Funai também ataca a aplicação da pena procedida pelo Juízo *a quo*, asseverando que, por conta da condição de indígena, o condenado tem direito a cumprir a pena de reclusão que lhe foi cominada em regime de semiliberdade, nos termos do art. 56, parágrafo único, do Estatuto do Índio.

Entretanto, também não merece provimento a pretensão deduzida. Conforme salientou o Ministério Público Federal, a benesse concedida pela Lei

6.001/1973 favorece aos índios que não participam da cultura identificada no modo de viver cristão-europeu inserido no contexto brasileiro. Assim sendo, uma vez verificado que o acusado não mais pratica a cultura própria dos índios, o regime de cumprimento da pena não pode ser o de semiliberdade, mas sim o que é genericamente previsto no Código Penal. Com esse posicionamento, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

VI. Evidenciado, no caso dos autos, que paciente encontra-se integrado à sociedade, não há que se falar na concessão do regime especial de semiliberdade previsto no Estatuto do Índio, o qual é inaplicável, inclusive, aos condenados pela prática de crime hediondo ou equiparado, como ocorrido in casu. Precedentes. (STJ – HC 30.113/MA, Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ 16/11/2004, p. 305).

O art. 56, da Lei 6.001/1973, se destina apenas aos índios em fase de aculturação e não àqueles já completamente integrados à civilização dos brancos. (STJ – HC n. 11.862/PA, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, DJ 09/10/2000, p. 166).

Registre-se que, no presente caso, a despeito de não ter sido juntado laudo antropológico, este se faz desnecessário em face dos demais elementos probantes que constam dos autos. Vê-se que o réu apresenta fluência na língua portuguesa, considerados os depoimentos prestados nas fases judicial (fls. 14-15 e 300-304) e extrajudicial (fls. 10-11 do apenso), obtidos sem a necessidade de intérprete. Diante da autoridade policial, o acusado destacou ainda que contava com formação primária completa no ensino regular, consoante se nota à fl. 12 do apenso. Some-se a isso o fato de que, em nenhum momento, a tese de inimputabilidade foi ventilada. Reforçando esse entendimento, segue a posição jurisprudencial assentada acerca da matéria:

1. Índio condenado pelos crimes de tráfico de entorpecentes, associação para o tráfico e porte ilegal de arma de fogo. É dispensável o exame antropológico destinado a aferir o grau de integração do paciente na sociedade se o Juiz afirma sua imputabilidade plena com fundamento na avaliação do grau de escolaridade, da fluência na língua portuguesa e do nível de liderança exercida na quadrilha, entre outros elementos de convicção. Precedente. (STF – HC 85.198/MA, Rel. Min. Eros Grau, Primeira Turma, DJ 09/12/2005, p. 16).

Sujeição do índio às normas do art. 26 e parágrafo único, do CP, que regulam a responsabilidade penal, em geral, inexistindo razão para exames psi-

cológico ou antropológico, se presentes, nos autos, elementos suficientes para afastar qualquer dúvida sobre sua imputabilidade, a qual, de resto, nem chegou a ser alegada pela defesa no curso do processo. Tratando-se, por outro lado, de “índio alfabetizado, eleitor e integrado à civilização, falando fluentemente a língua portuguesa”, como verificado pelo Juiz, não se fazia mister a presença de intérprete no processo. (STF – HC 79.530, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ 25/02/2000, p. 53).

Havendo prova inequívoca de ser o índio completamente integrado na civilização, sendo eleitor, habilitado para dirigir veículo, operador em instituição financeira, pode o Juiz prescindir do laudo antropológico para aferir a imputabilidade penal. (STJ – HC 9.403/PA, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, DJ 18/10/1999, p. 242).

Ante o exposto, nego provimento à apelação, mantendo incólumes os termos da sentença guerreada.

É o voto.

Voto Revisor

O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro: — Como se vê, trata-se de apelação interposta pela Funai, atuando como substituta processual do índio Pedro Paulino Seleiro Megias, contra a sentença do Juiz Presidente do Júri Federal/RR que condenou o acusado à pena de 10 (dez) anos de reclusão pelo cometimento de homicídio simples previsto no *caput* do art. 121 do CP.

Pedro Paulino Seleiro Megias foi denunciado pelo crime de homicídio doloso porque, no dia 31/01/1991, na fazenda “Nova Fazenda”, o denunciado alvejou a vítima Cândido da Silva, com facadas, tiros de espingarda e terçadas, causando-lhe a morte.

As provas carreadas aos autos contestam frontalmente a alegação do acusado de que agiu em legítima defesa, pois, em seu próprio interrogatório, em Juízo, disse, *verbis*:

Que confirma o fato narrado na denúncia; Que efetivamente matou Cândido da Silva; Que matou Cândido porque o mesmo queria lhe matar; Que Cândido era seu cunhado; Que Cândido queria lhe matar porque tinha se recusado a tomar cachaça com o mesmo; Que matou Cândido com duas facadas quando o mesmo estava dormindo; Que não feriu sua irmã, mulher de Cândido; Que antes nunca havia brigado com Cândido; Que ainda desfechou goltes de terçado em Cândido; Que Cãn-

dido não chegou a ser socorrido, tendo morrido no mesmo local; Que é indígena macuxi; Que Cândido também era índio Macuxi. (Fls. 14.)

Em plenário, embora tenha declarado não ser verdadeira a acusação, confessou que havia cometido o homicídio e acrescentou:

...quando retornou encontrou a vítima deitada numa rede na fazenda onde morava o interrogado; a vítima morava com a esposa na mesma casa que o interrogado morava; quando o viu deitado na rede não se recorda o que fez; na ida e na volta da fazenda não bebeu mais nada; em momento nenhum a vítima se levantou da rede; deu duas facadas na vítima porque já tinha falado muita besteira a respeito do interrogado, de sua mãe e de sua irmã; não se recorda em que local do corpo acertou as facadas na vítima; a faca estava sobre a mesa na sala e a vítima estava deitada numa rede na cozinha. (Fls. 301.)

Também confirmam os fatos o depoimento da irmã do acusado e esposa da vítima, *verbis*:

...Que é irmã do acusado e esposa da vítima; Que no dia dos fatos acusado e vítima estavam bebendo juntos e tiveram uma luta corporal; Que seu marido foi dormir e seu irmão saiu, retornando duas horas depois; Que o acusado retornou com uma espingarda, com intenção de matar a vítima. (Fls. 74.)

Além disso, em plenário, Lucimar Seleiro Megias, irmã do acusado e esposa da vítima, confirmou o depoimento anteriormente prestado e narrou com riqueza de detalhes o desenrolar da conduta criminosa do réu.

O egrégio Conselho de Sentença concluiu, com base nos depoimentos e provas produzidas, que Pedro Paulino Megias, de fato, praticou o crime de homicídio privilegiado-qualificado.

Não procede, portanto, a alegação da defesa de que o Corpo de Jurados decidiu de forma contrária à prova dos autos. É justamente o oposto: a decisão se baseou precisamente no depoimento da esposa da vítima e irmã do acusado que testemunhou o cometimento do crime.

As evidências trazidas documentais e testemunhais afastam por si só a alegada tese da Defesa de que a decisão foi contrária à prova dos autos.

E mais: não merece prosperar a assertiva da Funai de que, por conta de sua condição de indígena, o réu teria direito a cumprir a pena de reclusão que lhe foi

cominada em regime de semiliberdade, nos termos do art. 56, parágrafo único, do Estatuto do Índio.

Como bem ressaltou o Ministério Público em seu parecer de fls. 369, *verbis*:

Quanto ao regime especial de semiliberdade a que alude o art. 56 da Lei 6.001/1973 (Estatuto do Índio), temos que somente é aplicável aos indígenas ainda não integrados totalmente à sociedade brasileira, o que não é o caso dos autos, pois o réu já cursou inclusive o ensino de 1º grau (fl. 14). (Fls. 369.)

Ante o exposto, acompanho o Relator para negar provimento ao apelo, mantendo a sentença condenatória *in totum*.

É como voto.

Quarta Turma

Recurso Criminal

2007.34.00.011904-4/DF

Relator: O Exmo. Des. Federal Mário César Ribeiro
Recorrente: Jaime Pereira Sardinha
Advogado: Dr. Gilsomar Silva Barbalho
Recorrido: Paulo Ricardo de Souza Cardoso
Procurador: Dr. Eduardo Watanabe
Recorrido: José Emetério Nunes Neves
Recorrido: Pedro Rufino do Rego
Recorrido: Marcelo Pereira da Silva
Advogado: Dr. Osli Barreto Camilo
Recorrido: Osli Barreto Camilo
Advogado: Dr. Osli Barreto Camilo
Divulgação: e-DJF1 de 29/05/2008
Publicação: 30/05/2008

Ementa

Processual Penal e Penal. Queixa-Crime Subsidiária. Operações Financeiras. Sigilo Bancário. Quebra. LC 105/2001, Art. 10. Denúncia. Atipicidade. Rejeição.

I – A Lei Complementar 105/2001, que *dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras*, estabelece, em seu art. 10, que a *quebra de sigilo, fora das hipóteses autorizadas nesta Lei Complementar, constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de um a quatro anos, e multa, aplicando-se, no que couber, o Código Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis*.

II – A solicitação de informações à Receita Federal, acerca de arrecadação da Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira – CPMF, para instruir processos administrativos disciplinares, com as cautelas legais sobre o *sigilo fiscal* a ser dispensado a tais informações, não constitui crime de *quebra de sigilo*, fora das hipóteses autorizadas pela Lei Complementar 105/2001.

III – A denúncia ou a queixa será rejeitada quando o fato narrado evidentemente não constituir crime (Código de Processo Penal, art. 43, inciso I).

IV – Recurso criminal improvido.

Acórdão

Decide a Quarta Turma do TRF 1ª Região, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

4ª Turma do TRF 1ª Região – 13/05/2008.

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*, Relator.

Relatório

O Exmo. Des. Federal Mário César Ribeiro: — Trata-se de recurso em sentido estrito interposto por *Jaimé Pereira Sardinha* em face de decisão que, com fundamento no art.43, inciso I, do Código de Processo Penal (*A denúncia ou queixa será rejeitada quando: I – o fato narrado evidentemente não constituir crime*), rejeitou a queixa-crime oferecida com o propósito de instaurar ação penal privada subsidiária contra *Pedro Rufino do Rego, Paulo Ricardo de Souza Cardoso, Osli Barreto Camilo, Marcelo Pereira da Silva e José Emetério Nunes Neves*, pela prática do crime previsto no art. 10 da Lei Complementar 105/2001.

Sustenta o recorrente, em síntese, que *na fase de admissibilidade da denúncia ou queixa deve prevalecer o princípio in dubio pro societate, não se exigindo que se faça prova cabal da tipicidade, da antijuridicidade e da culpabilidade do agente para que venha a se instaurar um processo que visa exatamente a esse fim.*

Com contra-razões (fls. 102/106, 176/188 e 254/267) e mantida a Decisão recorrida (fls. 272/273), subiram os autos a esta Corte onde receberam parecer ministerial pelo não provimento do recurso (fls. 281/282).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro: — Ricardo Torres Santana propôs queixa-crime contra Pedro Rufino do Rêgo, Paulo Ricardo de Souza Cardoso, Osli Barreto Camilo, Marcelo Pereira da Silva e José Emetério Nunes Neves, narrando os seguintes fatos:

Em razão de arbitrária prisão do querelante, em 28 de abril de 2005, foi instaurado processo administrativo para apurar as acusações de concussão e advocacia administrativa da Lei de Crimes contra a Ordem Tributária (Lei 8.137/1990, art. 3º, incisos II e III). O indiciamento do querelante fora feito sem qualquer indício de autoria e decorreu exclusivamente do arbítrio do Delegado de Polícia que

entendeu que ele seria uma pessoa referida como “Peixe” em conversas telefônicas de terceiro. Contra os arbitrários indiciamento e denúncia tramita no Supremo Tribunal Federal *habeas corpus* com pedido de trancamento.

A falta de justa causa para o indiciamento e denúncia refletiu no processo administrativo, que tinha, como única causa, o enquadramento feito pelo Delegado. Descartando, *ab ovo*, as acusações do Delegado, a Comissão e o Corregedor de Polícia passaram a procurar qualquer mácula na conduta do querelante e para isso se valeram das acusações, que sabiam infundadas, para solicitar as *quebras de seus sigilos fiscais e bancários junto à Receita Federal* (doc. 2).

O pedido de informações e a falsa informação de instauração regular do processo foram feitos pelo Chefe da Corregedoria da Secretaria de Fazenda do Distrito Federal Pedro Rufino do Rêgo, em 18 de novembro de 2005. As informações prestadas pelo então Secretário-Adjunto da Receita Federal, Paulo Ricardo de Souza Cardoso, sob a rubrica de *sigilo fiscal*, continha *informações protegidas pelo sigilo bancário*, cuja quebra não pode ser autorizada por *autoridade administrativa*, e a Comissão que utilizou indevidamente essas informações foi integrada por Osli Barreto Camilo, que a presidiu, Marcelo Pereira da Silva e José Emetério Nunes Neves.

Dessa forma, o Corregedor-Chefe, o Secretário Adjunto da Receita Federal e os integrantes da Comissão *quebraram [sigilo], sem a devida autorização judicial.*

Das Provas Iniciais

Prova a *quebra do sigilo bancário o uso de informações bancárias* no processo administrativo (doc. 3). Na conclusão assim intitularam parte do documento: “comparação entre a movimentação financeira e os rendimentos do acusado”, para em seguida apresentarem uma tabela em que a terceira coluna é denominada ‘movimentação financeira’. As informações foram enviadas como se referissem apenas a *sigilo fiscal* (doc. 4).

Provam que a Comissão e o Corregedor não tinham conhecimento de nenhum fato desabonador da conduta do querelante as reiteradas recusas em informar o que estava sendo investigado (doc. 5), bem como a conclusão do processo administrativo, que fora instaurado para apurar a prática de crimes contra a ordem tributária ou atos de improbidade administrativa, mas somente conclui, erroneamente, com base na quebra do *sigilo bancário*, que o querelante havia cometido falta administrativa, por ter supostamente gerenciado empreendimentos familiares.

(...) (Cf. fls. 05/07 – grifei.)

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juizes Federais Ney Barros Bello Filho (convocado) e Rosimayre Gonçalves de Carvalho (convocada). Ausente por motivo de férias, o Exmo. Sr. Desembargador Federal Hilton Queiroz. Afastado, justificadamente, por motivo de defesa de tese de Doutorado, o Exmo. Sr. Desembargador Federal Italo Fioravanti Sabo Mendes.

Diante desses fatos, concluiu o querelante que estão os Querelados incurso no crime previsto no art. 10 da Lei Complementar 105/2001 (quebra de sigilo bancário fora das hipóteses previstas em lei).

O MM. Juiz *a quo* rejeitou a queixa-crime com os seguintes fundamentos, que destaco:

2. Não assiste razão ao querelante.

O crime supostamente perpetrado pelos Querelados e capitulado na queixa-crime, comporta ação penal pública incondicionada, cuja titularidade pertence exclusivamente ao Ministério Público Federal (CF, art. 129, I). *In casu*, verifica-se a excepcional hipótese de cabimento da ação penal privada subsidiária da pública (CPP, art. 29), tendo em vista o esgotamento do prazo para oferecimento da denúncia pelo *Parquet*.

3. Todavia, o fato narrado *não encontra tipicidade penal*, na medida em que *não há demonstração de quebra de sigilo bancário desautorizada*.

O procedimento administrativo disciplinar, cujo relatório conclusivo reportou-se à movimentação financeira do Querelante (fls. 11/56), é explícito em afirmar que os dados foram obtidos com base no *recolhimento da CPMF* informado pela *Receita Federal*. *Trata-se, pois, de sigilo fiscal e não bancário*, circunstância suficiente a afastar a incidência do tipo incriminador, porque a ele não se amolda perfeitamente.

4. Ademais, ainda que assim não fosse, a extensão dos dados protegidos por sigilo bancário e fiscal no interesse da Administração, é autorizada, respectivamente, pelo art. 3º, § 1º da Lei Complementar n. 105 e art. 198, § 1º, II do Código Tributário Nacional, medida que atende o interesse público perseguido.

5. *Ex positis*, com esteio no art. 43, I do Código de Processo Penal, rejeito a queixa-crime..” (Cf. fls. 78/79 – grifei.)

Irresignado, contra essa Decisão interpôs o ora Recorrente o presente Recurso em Sentido Estrito, sustentando que *na fase de admissibilidade da denúncia ou queixa deve prevalecer o princípio in dubio pro societate, não se exigindo que se faça prova cabal da tipicidade, da antijuridicidade e da culpabilidade do agente para que venha a se instaurar um processo que visa exatamente a esse fim*; que o fato de ainda não haver provas nos autos de que os dados fornecidos pela *Receita Federal* somente continham dados referentes aos valores recolhidos a título de *CPMF* pode servir de fundamento para a absolvição sumária dos querelados, porém não para a rejeição da queixa crime onde somente se exige

elementos indiciários; que os querelados, *com o fim de fazer devassa na intimidade do querelante, agiram dolosamente para obter a quebra do sigilo bancário*, quebra que somente se pode fazer por meio de autorização judicial; e que não tem competência o querelado Pedro Rufino, Corregedor-Chefe, para requerer diretamente a quebra de sigilo bancário e fiscal do querelante, haja vista que *essa competência é do Conselho de Ética da Carreira de Auditoria Tributária do Distrito Federal, que devia fazê-lo por decisão colegiada, não por um de seus membros*, conforme indica entendimento do *Tribunal de Justiça do Distrito Federal* sobre a matéria (fls. 85/93).

Vejamos.

É certo que, se existe lei que descreve fato que constitui crime, não deve o julgador negar a sua validade, absolvendo sumariamente os Querelados, por ocasião da rejeição da denúncia ou da queixa-crime, inibindo o órgão ministerial ou o querelante de comprovar a imputação, violando as normas do devido processo legal.

Contudo, conforme leciona Julio Fabbrini Mirabete: *É evidente que somente se pode intentar a ação penal quando se imputa a alguém um fato típico, que se subsuma em uma descrição abstrata da lei penal. Se o fato narrado na denúncia não se amolda a um tipo penal, não há tipicidade e a inicial deve ser rejeitada.* (in *Código de Processo Penal Interpretado*. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 203).

É o que preceitua, a propósito, o art. 43, inciso I, do Código de Processo Penal: a denúncia ou a queixa será rejeitada quando *o fato narrado evidentemente não constituir crime*.

Pois bem, a Lei Complementar 105/2001, que *dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras*, estabelece, em seu art. 10, que a *quebra de sigilo, fora das hipóteses autorizadas nesta Lei Complementar, constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de um a quatro anos, e multa, aplicando-se, no que couber, o Código Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis*”.

Na espécie, a denúncia foi rejeitada, no particular, ao fundamento de que *não há demonstração de quebra de sigilo bancário desautorizada*, por isso que os dados foram obtidos com base no *recolhimento da CPMF* informado pela *Receita Federal*, tratando-se, pois, de sigilo

fiscal e não bancário, circunstância suficiente a afastar a incidência do tipo incriminador, porque a ele não se amolda perfeitamente.

Compulsando os presentes autos verifico que, por intermédio do Ofício 159/2005, datado de 18/11/2005, o Sr. Pedro Rufino do Rêgo, Chefe da Corregedoria da Secretaria de Fazenda do Distrito Federal, dirigiu-se ao Secretário-Adjunto da Receita Federal, Dr. Paulo Ricardo de Souza Cardoso, solicitando-lhe informações para instruir processos administrativos disciplinares (Processos 126.000.007/2005, 126.000.013/2005 e 126.000.015/2005), nos seguintes termos, que destaco:

(...)

Os processos objetivam apurar os fatos que vieram a conhecimento da Administração do Distrito Federal, por ocasião das atividades desenvolvidas pela Polícia Civil do Distrito Federal que culminaram com a prisão dos servidores da Secretaria da Fazenda, Sônia Maria de Andrade Santos, matrícula 25.227-1, do cargo de Auditor Tributário, Sami Kuperchmit, matrícula 46.220-9, do cargo Auditor Tributário, Geraldo Eudócio Cândido de Lima, matrícula 23.112-6, do cargo de Auditor Tributário, *Jaime Ribeiro Sardinha*, matrícula 30.186-8, do cargo de Fiscal Tributário.

Aclaremos que os servidores estão afastados do exercício de suas atividades, conforme afastamentos publicados nos Diários Oficiais do Distrito Federal, n. 80, 120, 189, 165, páginas 41, 21 e 22, 22 e 24, respectivamente (cópias anexas).

No caso em tela apura-se ocorrência de ilícito administrativo, passíveis de demissão dos servidores, bem como o suposto enriquecimento ilícito de servidor público no exercício de cargo da Administração Pública, a ensejar possível prática de improbidade administrativa, nos termos da Lei 8.429, de 02/06/1992.

Por todo o exposto, solicitamos a Vossa Senhoria — à luz do disposto no art. 198, § 1º, inciso II, da Lei 5.172 (Código Tributário Nacional), de 25 de outubro de 1966, com a redação dada pelo art. 1º da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001 — que envie a esta Corregedoria Fazendária cópia das Declarações de Imposto de Renda Pessoa Física dos servidores acima citados, relativas aos 5 (cinco) últimos anos e cópia da *estimada movimentação financeira* dos mesmos, com base na *arrecadação* da Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira – CPMF, de 2001 a 2005, fim de que a apuração em curso neste Órgão não venha a sofrer solução de continuidade.

Para tanto, informamos os seguintes dados:

(...)

d) Jaime Pereira Sardinha, CPF 112.770.411-72

Comunicamos a Vossa Senhoria que se aplica, ao presente Ofício, a classificação de *sigiloso*, no grau de *confidencial*, na forma do Decreto 4.553, de 27 de dezembro de 2002, que regulamenta o art. 23 da Lei 8.159, de 8 de janeiro de 1991.

Por oportuno, lembramos que esta Corregedoria Fazendária é obrigada a observar o *sigilo* por força do art. 5º, X, da Constituição Federal, bem como, em obediência ao disposto nos arts. 75 e 79 do Regimento Interno da Corregedoria-Geral do Distrito Federal – CGDF, aprovado pelo Decreto 24.582, de 11/05/2004. (Cf. fls. 09/10 – grifei.)

Consta, ainda, à fl. 57, cópia do Ofício SRF/Gabin 3557/2005, datado de 14/12/2005, firmado pelo já referido Secretário-Adjunto da Receita Federal, Sr. Paulo Ricardo de Souza Cardoso, que, em resposta à solicitação da Corregedoria Fazendária do Distrito Federal, noticia o encaminhamento da Nota Cofis/Dipra 2005/00197, com a recomendação de que as informações nela contidas *são protegidas por Sigilo Fiscal*.

E, às fls. 11/56, consta cópia do *Relatório Conclusivo* produzido pela Comissão de Processo Administrativo Disciplinar – Ordem de Serviço 74 de 04 de outubro de 2005/Cofaz, Processo 125.000.015/2005, composta pelos Querelados Osli Barreto Camilo, Marcelo Pereira da Silva e José Emetério Nunes Neves.

Diante desse contexto resulta, pois, evidenciado que, efetivamente, não cuida a espécie de *quebra de sigilo* fora das hipóteses autorizadas pela Lei Complementar 105/2001 (art. 10).

Com efeito, com propriedade, esclarece o ilustre Procurador da República, Dr. José Diógenes Teixeira, ao assim se pronunciar pela *rejeição* da denúncia, destaco:

(...) basicamente, alega o Querelante que os Querelados cometeram o crime descrito no art. 10 da Lei Complementar 105/2001, porquanto requereram e utilizaram, indevidamente, no bojo de processo disciplinar, informações a respeito da movimentação financeira do primeiro, base de cálculo da Contribuição Provisória da Movimentação Financeira – CPMF, informações estas que foram repassadas pelo último Querelado, Secretário-Adjunto da Receita Federal.

Referido dispositivo incriminador tem a seguinte redação:

“Art. 10. A quebra de sigilo, fora das hipóteses autorizadas nesta Lei Complementar, constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de um a quatro anos, e multa, aplicando-se, no que couber, o Código Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

(...)”

Do exame dos elementos contidos nos autos, observa-se que, efetivamente, o Sr. Pedro Rufino do Rêgo (Chefe da Corregedoria Fazendária da Secretaria de Estado da Fazenda do Distrito Federal), em 18/11/2005, dirigiu ofício ao Sr. Paulo Ricardo de Souza Cardoso, Secretário-Adjunto da Receita Federal do Brasil, informando a instauração de procedimentos disciplinares contra 4 (quatro) Auditores-Fiscais do GDF (dentre os quais o Querelante), em razão de investigação promovida pela Polícia Civil do Distrito Federal, que culminou com a prisão dos mesmos (fls. 9/10).

No referido ofício, esclarecendo que, no caso, apurava-se a “... ocorrência de ilícito administrativo, passíveis de demissão dos servidores, bem como o suposto enriquecimento ilícito de servidor público no exercício de cargo da Administração Pública, a ensejar possível prática de improbidade administrativa, nos termos da Lei 8.428, de 02/06/1992”, aquela autoridade, com fulcro no art. 198, § 1º, inciso II da Lei 5.172/1966, com a redação dada pelo art. 1º da Lei Complementar 104, de 10/01/2001, solicitou à Secretaria da Receita Federal a remessa de cópias das declarações do imposto de renda, pessoa física, relativas aos últimos 5 (cinco) anos dos Investigados, assim como “... cópia da estimada movimentação financeira dos mesmos, com base na arrecadação da Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira – CPMF, de 2001 a 2005, fim de que a apuração em curso neste Órgão não venha a sofrer solução de continuidade”.

No mesmo expediente, o Sr. Chefe da Corregedoria da Secretaria de Fazenda do Distrito Federal enfatiza a classificação de documento sigiloso (confidencial), lembrando que a Corregedoria Fazendária é obrigada a observar o sigilo por força do art. 5º, X da Constituição Federal e regulamentação a ela aplicável.

Ao que se deduz do Ofício SRF/Gabin 2557/2005, de 14/12/2005, firmado pelo Sr. Paulo Ricardo de Souza Cardoso (fl. 57), a Secretaria da Receita Federal forneceu as informações solicitadas pela Corregedoria da Secretaria de Fazenda do Distrito Federal, destacando-se, ali a tarja e a classificação de “Informação protegida por Sigilo Fiscal”.

Observa-se, por primeiro, que as informações repassadas pela Secretaria da Receita Federal à Corregedoria da Secretaria de Fazenda do Distrito

Federal ostentam natureza precípua de informação fiscal (posto que é base de cálculo da CPMF), e não informação bancária propriamente dita, ressaltando-se que, pelo nível de generalidade que ostenta, não chega a atentar contra a vida privada e intimidade do cidadão/contribuinte.

Note-se, ainda, que o § 3º, inciso III, do art. 1º da LC 105/2004 é expresso no sentido de que *não constitui violação do dever de sigilo bancário o fornecimento das informações de que trata o § 2º do art. 11 da Lei 9.311/1996, que versa sobre a CPMF, verbis:*

“Art. 11. Compete à Secretaria da Receita Federal a administração da contribuição, incluídas as atividades de tributação, fiscalização e arrecadação.

(...)”

§ 2º As instituições responsáveis pela retenção e pelo recolhimento da contribuição *prestarão à Secretaria da Receita Federal as informações necessárias à identificação dos contribuintes e os valores globais das respectivas operações*, nos termos, nas condições e nos prazos que vierem a ser estabelecidos pelo Ministro de Estado da Fazenda.

(...)”

Não se olvide, ademais, que o Servidor Público não pode arvorar-se no direito de preservar sigilo fiscal perante a Administração Pública, mercê da legislação vigente que o obriga a apresentar no ato da posse e anualmente cópia de sua declaração do IRPF para a repartição em que presta serviços, conforme determinação legal constante do art. 13 e parágrafos da Lei 8.429/1992.

Destaque-se, ademais, que o inciso II do § 1º do art. 198 da Lei 5.172/1966 (CTN), na redação dada pela Lei Complementar 104/2001 (portanto norma da mesma hierarquia da LC 105/2001), *expressamente autoriza* o fornecimento desse tipo de informações, solicitadas por autoridade administrativa, no interesse da Administração Pública, para instrução de processo administrativo instaurado para investigações do gênero, *verbis:*

“Lei 5.172/1966

Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.

§ 1º Excetuam-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes:

I – requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça;

II – solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que

seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa.

(...)”

Tais circunstâncias, ao nosso sentir, afastam a pretendida tipicidade, cabendo destacar, ademais, que foi preservado o sigilo das informações em questão, não configurando quebra ilegal a mera menção da disparidade da movimentação financeira verificada, em cotejo com as rendas declaradas pelo Servidor/Querelante, no relatório final do procedimento administrativo disciplinar, até pelo caráter sigiloso de que se revestem tais procedimentos, não tendo sido, ao que se saiba, dado conhecimento a terceiros.” (Cf. fls. 70/75 – grifei.)

Quanto à alegação do recorrente no sentido de não dispor de competência o *“querelado Pedro Rufino, Corregedor-Chefe para requerer diretamente a quebra de sigilo bancário e fiscal do querelante”*, haja vista que *“essa competência é do Conselho de Ética da Carreira de Auditoria Tributária do Distrito Federal”*, não tem qualquer relevância para a definição penal do fato à luz do aludido art. 10 da Lei Complementar 105/2001.

Isso posto, por tais razões e fundamentos, nego provimento ao recurso.

É como voto.

Quinta Turma

Apelação Cível

2004.34.00.001436-0/DF

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira
Apelante: Banco Santander S/A
Advogados: Dr. Alde da Costa Santos Junior e outros
Apelada: União Federal
Procuradora: Dra. Helia Maria de Oliveira Bettero
Divulgação: e-DJF1 de 20/05/2008
Publicação: 21/05/2008

Ementa

Banco do Estado de São Paulo – Banespa. Privatização. Aquisição pelo banco Santander. Autuações fiscais pendentes. Eventual desoneração “de qualquer forma”. Obrigação de pagar adicional correspondente à União. Objetivo de compensar impacto no preço mínimo. Abatimento (anistia parcial) da dívida mediante pagamento imediato. Exclusão do conceito de “desoneração” para o referido fim.

I – O apelante obrigou-se a pagar à União, a título de compensação, parcela adicional ao preço de compra das ações do Banespa adquiridas no leilão, caso o banco viesse a ser por qualquer modo definitivamente desonerado, total ou parcialmente, da exigência fiscal decorrente da autuação refletida nos Autos de Infração FM 0816600/01334/99 e FM 0816600/01954/99, da Secretaria da Receita Federal. A previsão dessa parcela adicional visava compensar o impacto da referida autuação no preço mínimo de venda do referido banco.

II – Não está dito que o valor da exigência fiscal seria acrescentado ao preço de compra das ações até um teto constituído pela soma do preço mínimo com aquele valor. A tese ampla, em sentido contrário, defendida pelo apelante, implica *criar* esse teto. Para se chegar à conclusão que pagamento só haveria se o lance tivesse sido inferior à soma do preço mínimo com o valor da exigência fiscal, há necessidade de introduzir premissas que vão além de uma simples operação interpretativa. Por mais que seja recomendável o critério teleológico de interpretação, o resultado não pode ser a criação de uma nova regra, que no caso ocorreria.

III – É verdade que o intérprete tanto reproduz como recria em alguma medida a obra interpretada, mas “existe, pelo menos, um baluarte externo, digamos uma fronteira de bom senso, que se impõe tanto no caso da interpretação do *case law*, quanto do direito legislativo” (Mauro Cappelletti).

IV – Além do mais, a *criação* do referido teto posteriormente à licitação (o banco omitiu-se no instante em que poderia ter feito consulta a respeito) esbarra na isonomia dos licitantes, que exige preservação das regras do edital.

V – Na argumentação do apelante, como seu lance superou o suposto teto, em hipótese alguma teria que reembolsar a União, relativamente à desoneração da mencionada exigência fiscal. Se a tanto não chega a operação interpretativa, não significa, todavia, que o abatimento alcançado na forma prevista na Medida Provisória 66/2002 possa ser considerado *desoneração parcial* para o referido fim. A *desoneração* a que se refere o contrato — parece implícito — diz respeito a razões pré-existentes (ex.: reconhecimento de ilegalidade da exigência), intrínsecas à autuação, específicas e individuais.

VI – O abatimento possibilitado pela referida medida provisória estava sujeito à condição de antecipação do pagamento, vantagem esta, para a União, que compensaria o valor abatido. Pode-se considerar tenha havido “desoneração” do ponto de vista quantitativo, compensada, entretanto, pela vantagem qualitativa da antecipação

do pagamento, com sacrifício para devedor. Não aconteceu uma liberalidade, e nem poderia, em face do interesse público envolvido.

VII – Não é razoável que a mesma União dispense parcialmente determinado crédito, para obter o pagamento imediato da parcela remanescente, e por outra via exija a mesma parcela cujo pagamento dispensara. Haveria, sem justificativa lógica, dupla vantagem: “uma, porque, pela aplicação da MP ocorre um recolhimento antecipado de tributo sob discussão; outra, porque, a considerar a dispensa de juros e multas uma desoneração nos termos do edital, a mesma União se beneficiaria de um valor do qual ela abriu mão para obter o recolhimento imediato do tributo” (Tércio Sampaio Ferraz Júnior).

VIII – Provimento à apelação. Condenação da União no pagamento de honorários de advogado de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), considerado o extenso e profundo trabalho profissional desenvolvido nos autos.

Acórdão

Decide a Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, por unanimidade, dar provimento à apelação, nos termos do voto do Relator.

5ª Turma do TRF 1ª Região – 23/04/2008.

Desembargador Federal *João Batista Moreira*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira:
— Na sentença, de fls. 707-709, foi indeferido o pedido, condenando-se o autor no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados estes em 10% do valor da causa, com fundamento no art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil (valor da causa: R\$ 157.661.365,92; honorários: R\$ 15.766.136,59), com o seguinte fundamento: “O inciso ‘X’ (do contrato) estabelece os termos em que o adquirente do Banespa estará obrigado a pagar à União o valor referente à parcela adicional. Essa obrigação se dará tão-somente com a desoneração definitiva, total ou parcial, da exigência fiscal citada. A alínea “a” do inciso “X” tem a função meramente explicativa, de forma a esclarecer o motivo da previsão da parcela adicional e informar o que exigência fiscal (sic) foi considerada quando da fixação do preço mínimo. De qualquer leitura que se faça da alínea “a” é impossível abstrair-se (sic) o entendimento de que a parcela adicional só será devida se o banco for arrematado pelo preço mínimo. Até porque a condição para implementação da parcela adicional se encontra no inciso ‘X’ e não na alínea ‘a’, outro entendimento seria mera divagação”.

Apela o Banco Santander S/A, argumentando que: a) a “sentença apreciou mal a lide, encampando uma conclusão incompatível com a aplicação de quais-

quer dos métodos de interpretação prestigiados pelo Direito”; “trata-se, em verdade, de uma sentença simplista e alheia aos relevantes argumentos produzidos por ambas as partes”; b) “após a renegociação da dívida do Estado de São Paulo e a conseqüente federalização do Banespa, o Banco Central do Brasil, já no curso do processo de privatização, constatou a existência de vultosa autuação fiscal da Receita Federal, autuação que repercutia de maneira relevante sobre o valor patrimonial a ser indicado no edital de privatização”; “para observar a necessária indicação do correto valor patrimonial da instituição financeira, considerou-se a importância correspondente ao valor dessa autuação fiscal para a fixação do preço mínimo estipulado no edital (Edital PND 2000/03), prevendo-se, todavia, a possibilidade de a União Federal compensar-se de eventual prejuízo, caso, no futuro, ficasse comprovado que a exigência fiscal era total ou parcialmente indevida”; “ficou estabelecido um mecanismo que possibilitava à União receber o efetivo valor patrimonial do Banespa caso o lance vencedor do leilão fosse inferior ao preço mínimo somado ao valor excluído para a sua fixação e, posteriormente, fosse reconhecida a improcedência total ou parcial da autuação fiscal que ensejou aquela exclusão”; “estipulou-se, assim, eventual pagamento adicional, a ser desembolsado pelo adquirente da instituição, caso o Banespa viesse posteriormente a se desonerar, total ou parcialmente, da exigência fiscal”;

c) “no leilão realizado em 20/11/2000, o Banco Santander Central Hispano S/A adquiriu o controle acionário do Banespa com lance correspondente a R\$ 7.050.000.000,00 (sete bilhões e cinquenta milhões de reais), importância 281% superior ao preço mínimo para a compra das ações fixadas no edital (R\$ 1.850.283.333,34) e 146,82% superior à soma desse preço ao valor da autuação fiscal (R\$ 4.801.642.131,51)”; “em 09/09/2002, já sob o comando do seu novo controlador, o Banespa efetuou o recolhimento dos tributos exigidos na autuação da Receita Federal, valendo-se da anistia de multas e da redução de juros previstos na Medida Provisória 66/2002, convertida na Lei 10.637/2002”; “em 09/12/2002, ..., a Secretaria do Tesouro Nacional determinou ao Banco Santander Central Hispano S/A que indicasse um auditor independente para a definição dos parâmetros necessários ao cálculo da parcela adicional, ao argumento de que o recolhimento tributário efetuado na forma da Medida Provisória 66/2002 corresponderia a uma parcial desoneração da exigência fiscal, o que justificaria o pagamento adicional”; “o Banco Santander S.A., sucessor do Banco Santander Central Hispano S/A, respondeu à Secretaria do Tesouro Nacional que o pagamento da parcela adicional era indevido, pois sua previsão tinha por finalidade compensar o impacto da autuação fiscal sobre o preço mínimo fixado no edital, sendo certo que o lance pago no leilão de privatização supera, em larga quantia, a soma do valor do preço mínimo ao valor da autuação fiscal”; “embora evidente a ausência do prejuízo que a previsão do pagamento adicional tinha em mira compensar, instaurou-se um verdadeiro litígio administrativo a partir da manifestação de resistência do Banco Santander S.A.”, culminando com “a propositura da presente ação de rito ordinário, que visa à *declaração judicial de inexistência da relação jurídica que o obrigue ao pagamento adicional* previsto no item 5.2 do Edital PND 2000/2003 e reproduzido no item 3.1 do Contrato de Compra e Venda de Ações do Banco do Estado de São Paulo S/A”; d) “a inicial desta ação demonstrou a inexigibilidade da obrigação do pagamento da parcela adicional, seja por não ter a União Federal sofrido qualquer prejuízo que justifique o pagamento a título de compensação, seja por não ser possível equiparar uma anistia veiculada pela própria União Federal à hipótese de desoneração contemplada na cláusula”; foi ressaltada, na réplica, que “a própria Diretora de Fiscalização do Banco Central, *Tereza Cristina Grossi Togni*, afirma que o valor do lance pago por oca-

sião do leilão de privatização mais do que compensou a redução do preço mínimo de venda do Banespa (fl. 341 dos autos)”; e) “parte alguma da inicial ou dos pareceres apresentados sustenta que o pagamento adicional só seria devido se o Banco fosse adquirido pelo preço mínimo”; “o que se sustenta, esclareça-se, é que o pagamento adicional foi previsto como forma de compensar a União Federal pela eventual alienação do Banespa por um valor abaixo do seu verdadeiro valor patrimonial, já que o montante da autuação fiscal ensejou a redução desse valor quando da fixação do preço mínimo no edital de privatização”; “também não declarou o autor, até porque seria ilógico e incompatível com o seu pedido, que a fruição da anistia corresponderia a uma desoneração parcial da exigência fiscal, a justificar o pagamento adicional”; “justamente no contrário consiste a segunda causa de pedir apresentada pelo autor: a anistia de multa e juros veiculada pela União Federal jamais poderia ser considerada como uma hipótese de desoneração a justificar um pagamento à própria União Federal”; “fosse possível outra interpretação da cláusula, antes se haveria de reconhecer sua nulidade por ofensa ao art. 122 do Código Civil, pois o recorrente ficaria, sempre, ao arbítrio do ato de império da contratante União Federal”; f) “dentre os princípios que norteiam a interpretação dos atos e negócios jurídicos, destaca-se a intenção manifestada pelas partes contratantes, consoante preceito do artigo 85 do Código Civil de 1916, prestigiado pelo novo Código Civil em seu art. 112: *Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem*”; “a própria estipulação presente no edital e no contrato, além de clara na indicação do objeto, declina a razão determinante e a finalidade da obrigação”: “o pagamento da parcela adicional à União Federal daria-se a título de compensação” e “a compensação foi prevista em decorrência do impacto da autuação fiscal sobre a fixação do preço mínimo da venda do controle acionário do Banespa”; “a estipulação tinha por finalidade a preservação do valor patrimonial do Banespa no processo de desestatização, dotando a União Federal de um mecanismo que possibilitasse a venda de suas ações consoante esse valor patrimonial”; “por esse mecanismo de compensação, caso posteriormente fosse declarada a improcedência, total ou parcial, da autuação fiscal, poderia a União Federal recuperar a perda pela eventual alienação de suas ações por um preço inferior ao verdadeiro valor patrimonial”; “se a causa da previsão do pagamento adicional foi o impacto da au-

tuação fiscal sobre o valor patrimonial fixado como preço mínimo para a venda do Banespa, e se a *finalidade* dessa estipulação foi dotar a União de um mecanismo que lhe assegurasse o valor patrimonial da instituição caso fosse afastada a autuação que ensejou a diminuição daquele valor patrimonial, a venda do Banespa por uma importância muito superior à soma do preço mínimo ao valor de toda a autuação fiscal fez desaparecer a causa e a necessidade do pagamento adicional, a título de compensação”; “não há lógica razoável que ampare as assertivas da sentença, de que a *alínea ‘a’ do inciso ‘X’ tem a função meramente explicativa*”; “a menção à finalidade compensatória como razão determinante do pagamento da parcela adicional não está prevista apenas na alínea ‘a’ da estipulação, mas é parte integrante do próprio inciso X”; “ainda que a alínea ‘a’ pudesse ser interpretada como tendo *função meramente explicativa*”, o próprio inciso X da disposição estabelece que o pagamento da parcela adicional dar-se-ia a título de *compensação*”; “somente seria possível falar em compensação ou em pagamento adicional se o valor pago à União Federal (R\$ 7.050.000.000,00) fosse inferior ao preço mínimo fixado para a venda somado ao valor da suposta desoneração fiscal”; “a alínea ‘a’ consubstancia verdadeira manifestação das partes no sentido de indicar expressamente a *causa* ou *razão determinante* da obrigação prevista na cláusula em comento, tornando-a *elemento essencial* da correspondente declaração de vontade”; “essa conclusão funda-se na exegese do art. 90 do Código Civil de 1916, reproduzido em substância pelo artigo 140 do Código vigente, de cuja disciplina decorre a regra de que, quando o motivo é indicado expressamente no negócio jurídico como *razão determinante da declaração de vontade*, torna-se elemento substancial e vinculante dessa declaração”; “a constatação da inexistência dessa razão determinante deve acarretar, inexoravelmente, a inexistência da própria obrigação de pagamento, sob pena de violação dos arts. 884 e 885 do Código Civil de 2002, que vedam o enriquecimento sem causa”; g) é equivocada a “afirmação da r. sentença apelada no sentido de ser *impossível abstrair-se o entendimento de que a parcela adicional só será devida se o Banco for arrematado pelo preço mínimo*”; “o correto entendimento da estipulação editalícia em exame não é simplesmente que o pagamento da parcela adicional somente seria exigível no caso de aquisição pelo preço mínimo, e sim que essa obrigação estava condicionada à efetiva necessidade de compensação de eventual prejuízo sofrido pela União”;

“o pagamento adicional, a título de compensação, tinha como finalidade ressarcir o prejuízo decorrente de eventual venda por quantia inferior à *soma* do preço mínimo fixado no edital com o valor da eventual desoneração fiscal, o que de fato não ocorreu, já que pago à União Federal R\$ 7.050.000.000,00, importância muito superior ao preço mínimo somado ao valor de toda a autuação fiscal, sendo também, aliás, muitas e muitas vezes superior ao valor patrimonial da instituição”; h) “a pretensão de receber, a título de compensação, o pagamento adicional por um fato não ocorrido e por um prejuízo não suportado constitui verdadeira ofensa aos mandamentos da probidade e da boa-fé, que devem presidir não somente a celebração, mas a interpretação e a execução dos contratos, consoante dispõem os arts. 113 e 422 do Código Civil de 2002, aplicáveis antes mesmo da vigência do referido diploma, por se tratar de normas de natureza principiológica e interpretativa”; “o menosprezo pelos dispositivos legais apontados adquire maior relevância diante do fato de provir semelhante conduta da Administração Pública, por imperativo constitucional obrigada a guardar em todas suas ações pleno respeito ao princípio da moralidade (CF, art. 37, *caput*), norma constitucional de conduta e, portanto, preceptiva”; “salta aos olhos a falta de razoabilidade dessa pretensão, sustentada pela União e, surpreendentemente, sufragada pela r. sentença apelada”; a Administração está obrigada a “obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal das pessoas equilibradas e respeitosas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida” (Celso Antônio Bandeira de Mello); i) “igualmente improcedente” ... “é a assertiva de que o pagamento adicional seria devido simplesmente porque reproduzida no contrato a cláusula do edital que o previa”; “sobre o ponto, cumpre destacar constituir exigência da Lei 8.666/1993 a publicação do edital de licitação juntamente com todos os seus anexos, inclusive a minuta do contrato a ser firmado entre a Administração e o licitante vencedor (art. 40, § 2º, inciso III), minuta essa que não pode sofrer alterações posteriores”; j) “não há como equiparar o ato de renúncia fiscal da própria União Federal à hipótese de desoneração prevista na estipulação como condição da obrigação de pagamento da parcela adicional”; “embora a expressão *por qualquer modo definitivamente desonerado* contemple inegável amplitude, deve ela ser interpretada consoante a finalidade da própria estipulação”; “o espírito da estipulação foi dotar a União Federal de um mecanis-

mo que, diante do eventual cancelamento da autuação fiscal por fato alheio à sua vontade, propiciasse a compensação do impacto da autuação fiscal sobre a venda das ações pelo preço mínimo previsto no edital”; “assim, fosse proclamada pelo *Conselho de Contribuintes* ou pelo *Poder Judiciário* a improcedência *total* ou *parcial* da exigência fiscal, em virtude do reconhecimento de *preliminares, prejudiciais* ou *por força do exame do mérito das autuações fiscais*, configurada estaria a hipótese de desoneração”; “com a Medida Provisória 66/2002, a União Federal veiculou ato político dirigido a todos os contribuintes que se encontravam em determinada situação, possibilitando que todos fruissem da anistia de multas tributárias e do pagamento de juros menos gravosos, desde que renunciassem aos recursos administrativos e judiciais e recolhessem os créditos tributários em uma única parcela, até determinada data”; “manifestação do poder de império do Estado, esse ato de renúncia fiscal não pode ser equiparado às hipóteses de desoneração que ensejariam um pagamento adicional a título de compensação, sob pena de ter-se como inválida a própria estipulação contratual”; “caso essa cláusula tivesse o condão de possibilitar à União Federal, de um lado, renunciar ao crédito tributário e, de outro, a exigir o pagamento desse mesmo crédito tributário a título de compensação pela desoneração decorrente do seu ato de renúncia, nula seria a estipulação por incompatibilidade com o art. 122 do Código Civil, que veda o uso de cláusulas cujos efeitos fiquem ao puro arbítrio de uma das partes”; haveria “violação do princípio da isonomia, na medida em que o direito à fruição da renúncia prevista na Medida Provisória 66/2002 e garantindo a todos os contribuintes estaria sendo negado exclusivamente ao autor, ora apelante”; “violação dos princípios da moralidade e da razoabilidade, porquanto incompatível com a boa-fé a conduta de, com uma mão, renunciar e dispensar o pagamento das multas e dos juros exigidos com a autuação fiscal, e, com a outra mão, pretender o recebimento desse valor como desoneração da mesma autuação fiscal. E isso depois de ter obtido, em troca da parcial anistia de multas e juros, o recolhimento do crédito tributário de uma só vez”; l) houve indevida aplicação do art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil, pois esse artigo “somente incide nas ações de natureza condenatória, não se aplicando às meramente declaratórias, nem às ações em que não houver condenação, como é o caso das que têm o pedido julgado improcedente – hipótese dos autos”; “a verba honorária fixada na sentença, equi-

valente a R\$ 15.766.136,59 (*quinze milhões, setecentos e sessenta e seis mil, cento e trinta e seis reais e cinqüenta centavos*), figura-se inegavelmente excessiva e desprovida de razoabilidade”.

A União, em contra-razões, argumenta que: a) “a r. sentença, ora impugnada, examinou a lide com objetividade, de maneira a desconstruir a “complexidade” criada pela apelante”; “é interessante à apelante criar essa ‘cortina de fumaça’, a fim de *tentar* confundir o Judiciário, buscando, sem êxito, transformar uma lide simples em uma complexa controvérsia jurídica”; b) “dos documentos acostados aos autos tem-se o contrato de compra e venda de ações do banco do estado de São Paulo s/a – Banespa celebrado entre a União e o Banco Santander Central Hispano S.A., o qual foi firmado pela União que, em conformidade com a Portaria 503, de 22/11/2000, da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, está sendo representado no ato pelo Banco Central do Brasil, pessoa jurídica de direito público interno, com representação jurídica própria”; “como se pode depreender dos documentos anexos o Banco Central é o gestor do contrato em questão, sendo todos os atos referentes a tal contrato de competência daquela Autarquia Federal”; há, por isso, ilegitimidade passiva da União; c) “é totalmente descabida a alegação da apelante, de que o pagamento da parcela adicional só seria obrigatório caso o banco fosse vendido pelo preço mínimo”; “se assim fosse, e o Banespa fosse alienado pelo preço mínimo acrescido de R\$ 1,00, o adquirente estaria dispensado da parcela adicional que monta a mais de 115 milhões” (sic); “o pagamento da parcela adicional tornou-se obrigatório com a desoneração, ainda que parcial, da multa da Receita Federal, qualquer que tenha sido o preço, e conseqüentemente o ágio, obtido no leilão de alienação do Banespa”; “a modelagem aplicada no processo de alienação visava retirar o impacto da contingência criada pelo auto de infração da precificação do banco, tanto por parte do ofertante, que gerou o preço mínimo, quanto dos compradores, que geraram os lances apresentados no leilão”; “como nem os interessados no leilão nem a União tinham condições de saber se haveria alguma desoneração, por qualquer razão, da multa, a mesma foi apartada do negócio”; d) “em 30/11/1999, o Estado de São Paulo e a União firmaram o Terceiro Termo Aditivo ao Contrato de Venda e Compra de Ações do Capital Social do Banco do Estado de São Paulo S.A. – Banespa, no qual foram estabelecidos os valores da transação e

demais condições para a transferência definitiva, para a União, das ações do capital votante detidas pelo Estado no Banespa”; “no processo de apuração e definição do preço de venda do Banespa foram considerados os impactos negativos decorrentes de dois autos de infração aplicados pela Receita Federal, autos estes que à época haviam sido questionados pelo Banco e se encontravam em exame pelo Conselho de Contribuintes”; “uma das condições definidas no aludido termo aditivo foi a de assegurar a correspondente compensação ao Estado de São Paulo, caso o Banco viesse a ser desonerado total ou parcialmente das exigências fiscais”; constou desse Termo Aditivo, entre outras cláusulas: *A compensação será ainda devida ao Estado, caso o cancelamento total ou parcial da exigência fiscal venha a ocorrer após o leilão, desde que por força de remissão ou anistia, com benefício para a União em face do adquirente no leilão*; e) “a desoneração parcial dos tributos da mencionada exigência fiscal ocorreu com a remissão facultada pela Medida Provisória 66/2002, convertida na Lei 10.637, em 30/12/2002, prontamente aproveitada pelo Banco Santander, que realizou o pagamento de parte dos valores contidos naqueles autos de infração em 30/09/2002”; “com base nos valores recebidos pela Secretaria da Receita Federal e informados à STN, foi solicitado ao Bacen que calculasse o valor relativo à parcela adicional devida à União pelo Devedor”; “apurado o valor da parcela pelo Banco Central do Brasil a STN comunicou-o ao novo controlador do Banespa”; “em resposta, o Banco Santander registrou o entendimento de que o pagamento de parcela adicional somente se aplicaria caso a alienação do controle acionário tivesse sido igual ao preço mínimo, o que não ocorreu, uma vez que existiu ágio naquela operação”; “o assunto em questão foi encaminhado ao Bacen, que manifestou entendimento, por meio de parecer jurídico”; “a questão também foi submetida à análise da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional – PGFN, antes de ser encaminhada nova cobrança ao controlador do Banespa”; f) “o disposto na alínea “a” ... é reproduzido integralmente no Contrato de Compra e Venda de Ações do Banespa firmado entre a União e o Banco Santander, não existindo qualquer dúvida quanto ao idêntico objetivo de ambos os dispositivos, que é o de informar aos pretensos adquirentes, no caso do edital, e ao efetivo comprador, no caso do contrato, que o preço mínimo de venda da instituição foi impactado pelas autuações da SRF e que pode vir a ser cobrada parcela adicional visando compensar esse impacto”; g) a adoção desse

tipo de interpretação (dada pelo Santander) “configura dano substancial à manutenção da segurança jurídica, principalmente no que se refere ao respeito aos contratos”; “em momento algum o edital PND 2000/03 ou o Contrato de Compra e Venda de Ações do Banespa estabeleceram que somente na hipótese das ações terem sido adquiridas pelo preço mínimo é que a cláusula relativa à obrigatoriedade de pagamento de parcela adicional ao preço de compra das ações teria eficácia”; “o próprio apelante reconhece na sua argumentação que o conceito de desoneração contempla inegável amplitude, e é assim que teria de ser, pois o elaborador do edital do Programa Nacional de Desestatização não poderia prever todas as hipóteses possíveis de desoneração, por isso ele utilizou o termo “por qualquer modo definitivamente desonerado”; h) não merece reparos a sentença também no que diz respeito à fixação de honorários.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira — É da União a titularidade do crédito contestado. O Banco Central do Brasil oficiou no processo de privatização do Banespa como *representante* da União, conforme esta mesma reconhece. Logo, não há falar que a legitimidade passiva seria do Banco Central. Rejeito a preliminar.

No mérito, início pela verificação de que do Edital PND 2000/03 (fls. 84-127), destinado à “alienação de ações do capital social do Banespa”, constou:

3.3.2.2 Preço mínimo

O preço mínimo do bloco único de ações, objeto do leilão, é de R\$ 1.850.283.333,34 (um bilhão, oitocentos e cinquenta milhões, duzentos e oitenta e três mil, trezentos e trinta e três reais e trinta e quatro centavos).

5.2 Obrigações especiais do adquirente – novo controlador

O adquirente das ações ofertadas no leilão (novo controlador) e seus eventuais sucessores, a qualquer título, estarão obrigados, solidariamente, de forma irrevogável e irretroatável, a cumprir rigo-

* Participaram do julgamento a Exma. Sra. Des. Federal Selene de Almeida e o Exmo. Sr. Juiz Federal Osmane Antônio dos Santos.

rosamente as seguintes obrigações especiais, exercendo para tal, se necessário, seu direito de voto nas Assembléias Gerais e dando ciência de tais obrigações especiais a seus eventuais sucessores, de maneira a: ... X. pagar à União, a título de compensação, parcela adicional ao preço de compra das ações do Banespa adquiridas no leilão, caso o Banespa venha a ser por qualquer modo definitivamente desonerado, total ou parcialmente, da exigência fiscal decorrente da autuação, refletida nos Autos de Infração FM 0816600/01334/99 e FM 0816600/01954/99, da Secretaria da Receita Federal. a) O pagamento dessa parcela adicional visa compensar o impacto da referida autuação no preço mínimo de venda do Banespa.

...

O anexo I ao mencionado edital (fls. 128-133) consistiu em minuta do contrato de compra e venda de ações do Banco do Estado de São Paulo S/A – Banespa:

Cláusula segunda – inexistência de responsabilidade por insubsistências ativas e superveniências passivas

2.1. A alienante e o Estado não responderão, em qualquer hipótese ou a qualquer título, por qualquer insubsistência ativa, superveniência passiva ou contingências do Banespa, tenham ou não sido mencionadas no decorrer do processo, estejam ou não mencionadas no edital, no prospecto, nos relatórios elaborados pelos consultores, bem como nos documentos disponibilizados para fins de avaliação do comprador nas salas de dados.

Cláusula terceira – obrigações especiais do comprador

3.1. O comprador e seus eventuais sucessores, a qualquer título, estarão obrigados, solidariamente, de forma irrevogável e irretroatável, a cumprir rigorosamente as seguintes obrigações especiais, exercendo para tal, se necessário, seu direito de voto nas Assembléias Gerais e dando ciência de tais obrigações especiais a seus eventuais sucessores, de maneira a: ...

“X. pagar à União, a título de compensação, parcela adicional ao preço de compra das ações do Banespa adquiridas no leilão, caso o banco venha a ser por qualquer modo definitivamente desonerado, total ou parcialmente, da exigência fiscal decorrente da autuação, refletida nos Autos de Infração FM 0816600/01334/99 e FM 0816600/01954/99, da Secretaria da Receita Federal.

a. O pagamento dessa parcela adicional visa compensar o impacto da referida autuação no preço mínimo de venda do Banespa”.

...

Tal minuta transformou-se no contrato de compra e venda de fls. 134-140, firmado em 27/11/2000, sendo o preço de compra “R\$ 7.050.000.000,00 (sete bilhões e cinquenta milhões de reais) correspondente a 11.232.000.000 (onze bilhões, duzentos e trinta e dois milhões) de ações ordinárias adquiridas, pago à vista, em moeda corrente nacional” (item 1.3 da Cláusula Primeira).

Em 29/08/2002, foi editada a Medida Provisória 66, dispondo, no que interessa a esta causa:

(...)

Art. 20. Poderão ser pagos até o último dia útil de setembro de 2002, em parcela única, os débitos a que se refere o art. 11 da Medida Provisória 2.158-35, de 24/08/2001, não vinculados a qualquer ação judicial, relativos a fatos geradores ocorridos até 30/04/2002.

§ 1º Na hipótese de que trata este artigo, serão dispensados os juros de mora devidos até janeiro de 1999, sendo exigido esse encargo, na forma do § 4º do art. 17 da Lei 9.779, de 19/01/1999, a partir do mês: I – de fevereiro do referido ano, no caso de fatos geradores ocorridos até janeiro de 1999; II – seguinte ao da ocorrência do fato gerador, nos demais casos.

§ 2º Na hipótese deste artigo, a multa, de mora ou de ofício, incidente sobre o débito constituído ou não, será reduzida no percentual fixado no *caput* do art. 6º da Lei 8.218, de 29/08/1991.

§ 3º Para efeito do disposto no *caput*, se os débitos forem decorrentes de lançamento de ofício e se encontrarem com exigibilidade suspensa por força do inciso III do art. 151 da Lei 5.172, de 25/10/1966, o sujeito passivo deverá desistir expressamente e de forma irrevogável da impugnação ou do recurso interposto.

Art. 21. Os débitos de que trata o art. 20, relativos a fatos geradores vinculados a ações judiciais propostas pelo sujeito passivo contra exigência de imposto ou contribuição instituído após 01/01/1999 ou contra majoração, após aquela data, de tributo ou contribuição anteriormente instituído, poderão ser pagos em parcela única até o último dia útil de setembro de 2002 com a dispensa de multas moratórias e punitivas.

§ 1º Para efeito deste artigo, o contribuinte ou o responsável deverá comprovar a desistência expressa e irrevogável de todas as ações judiciais que tenham por objeto os tributos a serem pagos na forma do *caput*, e renunciar a qualquer alegação de direito sobre as quais se fundam as referidas ações.

§ 2º O benefício de que trata este artigo somente poderá ser usufruído caso o contribuinte ou o responsável pague integralmente, no mesmo prazo estabelecido no *caput*, os débitos nele referidos, relativos a fatos geradores ocorridos de maio de 2002 até o mês anterior ao do pagamento.

§ 3º Na hipótese deste artigo, os juros de mora devidos serão determinados pela variação mensal da Taxa de Juros de Longo Prazo (TJLP).

Em síntese, o art. 20 da referida Medida Provisória estabeleceu novos critérios para a aplicação de juros de mora e multas, sobre obrigações tributárias cujos fatos geradores tivessem ocorrido até 30/04/2002, desde que os respectivos débitos fossem pagos até o dia 30/09/2002 (cf. fl. 561).

Em face dessa possibilidade, o Banco Santander “quitou em parte o Auto de Infração FM 0816600/01334/99. Saldou os montantes relativos a Principal, Multa e Juros sobre o Principal, porém não pagou o valor de Juros sobre Multa, por não reconhecê-lo e já ter obtido liminar judicial favorável a seu entendimento. Já o Auto de Infração FM 0816600/01954/99 não foi objeto de quitação” (fl. 376). Obteve, com isso, abatimento de R\$ 153.176.165,12 (cento e cinquenta e três milhões, cento e sessenta e seis mil, cento e sessenta e cinco reais e doze centavos), valor em 5.12.2002 (fl. 367), a que a União se julga com direito de receber, sob o argumento de que, “ao se beneficiar das condições estabelecidas pela MP 66/2002, o Santander se enquadra indubitavelmente no inciso X da Cláusula Terceira do Contrato de Compra e Venda”. O montante pretendido pela União refere-se “à parcela desonerada pela Medida Provisória dos valores do auto saldado” (fl. 369). Argumenta-se que “o pagamento da parcela adicional em decorrência de eventual desoneração, parcial ou total, da exigência fiscal, independe da existência, ou não, de ágio na venda das ações do Banespa, constituindo obrigação expressa e clara do comprador da instituição, nos estritos termos do ato convocatório e do contrato firmado com o Banco Santander S.A. A alínea “a” do inciso X da Cláusula Terceira do contrato em destaque, invocada pelo novo controlador da instituição, como fator extintivo da obrigação, já que houve ágio na venda do banco, apenas veicula esclarecimento sumário quanto à fixação do preço mínimo, por força da legislação de regência, não tendo, portanto, o condão de restringir o alcance e sentido do *caput* da disposição em que o preceito se encontra encartado” (fl. 390).

Conforme visto, o apelante obrigou-se a pagar à União, a título de compensação, parcela adicional ao preço de compra das ações do Banespa adquiridas no leilão, caso o Banco viesse a ser por qualquer modo definitivamente desonerado, total ou parcialmente, da exigência fiscal decorrente da autuação, refletida nos Autos de Infração FM 0816600/01334/99 e FM 0816600/01954/99, da Secretaria da Receita Federal. A previsão dessa parcela adicional visava compensar o impacto da referida autuação no preço mínimo de venda do referido banco.

Não está dito que o valor da exigência fiscal seria acrescentado ao preço de compra das ações até um teto constituído pela soma do preço mínimo com aquele valor. A tese ampla, em sentido contrário, defendida pelo apelante, implica *criar* esse teto. Para se chegar à conclusão que pagamento só haveria se o lance tivesse sido inferior à soma do preço mínimo com o valor da exigência fiscal, há necessidade de introduzir premissas que vão além de uma simples operação interpretativa. Por mais que seja recomendável o critério teleológico de interpretação, o resultado não pode ser a criação de uma nova regra, que no caso ocorreria.

É verdade, como sempre se diz, que o intérprete tanto reproduz como recria em alguma medida a obra interpretada. Mas, assim como há um número razoável de notas que permitem identificar o plágio, também há uma quantidade de notas divergentes a partir da qual a obra assume outra identidade. É a mesma questão, nos dicionários, do limite de significados possíveis das palavras: “as palavras têm um significado mínimo, um núcleo central, sem o que a comunicação seria impossível”¹, e um significado máximo, uma fronteira externa. No pensamento de Mauro Cappelletti, “existe, pelo menos, um baluarte externo, digamos uma fronteira de bom senso, que se impõe tanto no caso da interpretação do *case law*, quanto do direito legislativo”.²

Além do mais, a *criação* do referido teto posteriormente à licitação (o banco omitiu-se no instante em que poderia ter feito consulta a respeito) esbarra na isonomia dos licitantes, que exige preservação das regras do edital.

¹ DALLARI, Adilson Abreu. Regime Constitucional dos Servidores Públicos. 2 ed., 2 tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 73.

² *Juizes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993, p. 68.

Na argumentação do apelante, como seu lance superou o referido teto, em hipótese alguma teria que reembolsar a União, relativamente a desoneração da mencionada exigência fiscal. Se a tanto não chega a operação interpretativa, não significa, todavia, que o abatimento alcançado na forma prevista na Medida Provisória 66/2002 possa ser considerado *desoneração parcial* para o referido fim. A *desoneração* a que se refere o contrato — parece implícito — diz respeito a razões pré-existentes (ex.: reconhecimento de ilegalidade da exigência), intrínsecas à autuação, específicas e individuais.

O abatimento possibilitado pela referida Medida Provisória estava sujeito à condição de antecipação do pagamento, vantagem esta, para a União, que compensaria o valor abatido. Pode-se considerar tenha havido “desoneração” do ponto de vista quantitativo, compensada, entretanto, pela vantagem qualitativa da antecipação do pagamento, com sacrifício para devedor. Não aconteceu uma liberalidade, e nem poderia, em face do interesse público envolvido.

É relevante verificar que no contrato mediante o qual houve a transferência do controle acionário do Banespa para a União, figurou expressamente que compensação seria devida ao Estado de São Paulo em caso de cancelamento total ou parcial da exigência fiscal por força de remissão ou anistia, “com benefício para a União em face do adquirente no leilão” (fls. 589-590). Portanto, quando se pretendeu, na mesma seqüência de relações, que a “anistia” gerasse obrigação de “compensar”, houve disposição expressa. Eis a disposição contratual (cláusula décima oitava do Terceiro Termo Aditivo de Venda e Compra de Ações do Capital Social do Banco do Estado de São Paulo S.A., celebrado entre o Estado de São Paulo e a União):

Caso até a data do leilão o Banespa venha a ser por qualquer modo definitivamente desonerado, ainda que de forma parcial, da exigência fiscal decorrente dos Autos de Infração FM 0816600/01334/99 e FM 0816600/01954/99, o Estado deverá ser compensado até o montante de R\$ 583.695.900,00 (quinhentos e oitenta e três milhões, seiscentos e noventa e cinco mil e novecentos reais) acrescido da variação do IGP-DI (Índice Geral de Preços – Disponibilidade Interna, publicado pela Fundação Getúlio Vargas) mais juros “pro rata” de 6% ao ano, a contar de 01/01/1999.

Parágrafo Terceiro. A compensação será ainda devida ao Estado, caso o cancelamento total

ou parcial da exigência fiscal venha a ocorrer após o leilão, desde que por força de remissão ou anistia, com benefício para a União em face do adquirente no leilão.

A União deveria, pois, repassar ao Estado de São Paulo a vantagem obtida com eventual antecipação de pagamento mediante dispensa parcial do débito, o que era justo, por se tratar de outra pessoa política. Mas não é razoável que a mesma União dispense parcialmente determinado crédito, para obter o pagamento imediato da parcela remanescente, e por outra via exija a mesma parcela cujo pagamento dispensara. Convence, a respeito, especialmente, o argumento de Tercio Sampaio Ferraz Júnior, quando diz que haveria, sem justificativa lógica, dupla vantagem: “uma, porque, pela aplicação da MP ocorre um recolhimento antecipado de tributo sob discussão; outra, porque, a considerar a dispensa de juros e multas uma desoneração nos termos do edital, a mesma União se beneficiaria de um valor do qual ela abriu mão para obter o recolhimento imediato do tributo” (fl. 561).

Em face do exposto, dou provimento à apelação e condeno a União no pagamento de honorários de advogado de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). Considero, para a fixação do referido valor de honorários, o extenso e profundo trabalho profissional desenvolvido nos autos, incluindo a juntada de pareceres de dois eminentes juristas, o Ministro José Carlos Moreira Alves e o Prof. Tercio Sampaio Ferraz Júnior.

Voto Vogal

A Exma. Sr. Des. Federal Selene de Almeida: — Senhor Presidente, ouvi com atenção o voto de Vossa Excelência, a sustentação oral do ilustre advogado do apelante na tribuna e, agora, o longo e detalhado voto de Vossa Excelência. Só não ouvi até agora a sustentação oral da Fazenda Pública, que não compareceu para sustentar as razões de defesa do seu direito em demanda de tão alto valor.

Inicialmente, quero deixar consignado que esta Turma aprecia, em grau de recurso, exclusivamente uma questão jurídica relativa a uma anistia relativa a juros e multa de uma dívida total do contribuinte no valor de R\$2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais). Seria desnecessário de minha parte afirmar que a solução jurídica dada para o caso fica circunscrita aos limites da lide, ou seja, a eficácia da coisa julgada não poderá

evidentemente alcançar o restante da dívida tributária eventualmente exigida ou anistiada. Menciono esta matéria relativa aos limites objetivos da coisa julgada simplesmente em decorrência do fato que Vossa Excelência, Senhor Presidente, mencionou que a tese jurídica sustentada pelo autor, ora apelante, em verdade, é ampla e poderá, a rigor, abrigar a discussão da dívida toda existente.

Feitos esses reparos, passo a examinar os fatos da lide que, aliás, são incontroversos. No memorial que recebi, há alguns dias, assinalo que quem melhor faz uma síntese da controvérsia é o parecerista Professor Doutor José Carlos Moreira Alves. O eminente jurista assim reduziu os termos desta demanda: consoante o Programa Nacional de Desestatização e, em decorrência do Decreto 2.469/1998, a União publicou o Edital PND 2.000/2003, divulgando as condições para a aquisição do controle acionário do Banco do Estado de São Paulo – Banespa.

No leilão realizado em 20/11/2000, o Grupo Santander adquiriu o controle acionário do Banespa com o lance correspondente a sete bilhões e cinqüenta milhões de reais, importância 281% superior ao preço mínimo, para a compra das ações, fixado no edital.

Entre as cláusulas presentes no edital e reproduzidas no contrato de compra e venda das ações, consta disposição acerca de uma parcela adicional do preço a ser pago acaso o banco viesse a ser desonerado eventualmente de uma exigência fiscal específica. O eminente Relator e o ilustre advogado na tribuna já leram a mencionada cláusula que previa uma espécie de compensação, na hipótese de não ser alcançado o preço mínimo.

A questão jurídica que se coloca, portanto, é a seguinte: deve o autor apelante a parcela de compensação se usufruiu de uma anistia de juros menos gravosos e multas tributárias da Medida Provisória 66/2002 se pagou pelo objeto do leilão 281% a mais do preço mínimo, para a compra das ações, fixado no edital?

O eminente Professor Moreira Alves, em parecer lógico e preciso, anota que: “se, porém, o referido item interpretado, como pretende a União, no sentido de que a obrigação desse pagamento complementar, a título de compensação, persiste ainda quando o preço da arrematação seja superior ao da soma acima aludida, e, portanto, de que deixe ela deter a causa de atribuição patrimonial, expressa no edital — que, repito, é a compensação pelo impacto da exigência fiscal sobre a

fixação do preço mínimo, decorrerá esse pagamento de obrigação que, sem dúvida, ferirá o princípio constitucional da legalidade estrita (art. 37, *caput*, da Constituição), a que está sujeita a administração pública, uma vez que desnatura o leilão que foi a modalidade de alienação imposta por lei para a venda das ações do Banespa. E o desnatura porque essa interpretação impõe aleatório suplemento a preço de arrematação como compensação que não terá qualquer vinculação com o valor das ações objeto do leilão, mas vinculação apenas com exigência fiscal que viesse a ser indevida — o que, por si só, já caracterizaria essa exegese como atentatória ao princípio constitucional da moralidade administrativa, uma vez que a desoneração ou decorreria de decisão judicial que desconstituiu a exigência do fisco, ou de renúncia editada por lei federal, inclusive como veio a ocorrer, quando dispensa juros e correção monetária para ver a vantagem compensatória do recolhimento antecipado do tributo. Mais adiante em seu jurídico parecer o eminente Professor assinala que: “não é, porém, admissível, em se tratando de leilão, que se estabeleça no edital que o preço de arrematação — que é o decorrente do maior lance, respeitada aquela base mínima — se acrescentará eventualmente um preço adicional a ser determinado no futuro, sem qualquer vinculação com o valor mínimo do objeto a ser leiloadado, e a cujo pagamento o licitante vencedor estará obrigado se vier a ocorrer o fato autônomo que dará margem a esse preço adicional. Nesse caso, além de ofensa à legalidade estrita pelo desvirtuamento do meio da alienação — que é o leilão, imposto pela lei —, caracteriza-se desvio de finalidade por se tratar de compensação indevida e, portanto, despida de interesse público no tocante à alienação que tem de relacionar-se com o valor do que será alienado, e não com o fato que a ele não diga respeito.”

Enquanto ouvia as razões da defesa do apelante e o voto do eminente Relator, pus-me aqui a fazer algumas poucas e breves observações também. Se o preço foi pago de forma superior ao mínimo, ou pelo visto muito superior ao mínimo, ainda que se sonhe uma eventual desoneração da parcela compensatória, a verdade é que não existe causa para o seu pagamento, uma vez que a compensação já se operou quando o apelante pagou além do preço mínimo. Ou seja, se existia uma condição resolutive para se evitar que a União tivesse prejuízo, essa condição resolutive deixou de existir a partir do momento em que o leilão lhe foi altamente

vantajoso.

A parcela adicional, como foi exaustivamente dito pelo eminente Relator, serviria na hipótese de desoneração e a título de compensação para que a União não amargasse um prejuízo, recebendo valor aquém do preço mínimo se ele já estivesse incluído os dois bilhões a título de dívidas fiscais do extinto Banespa.

Penso que assiste razão ao apelante quando afirma que, caso se interprete que o valor da desoneração constituiria um adicional autônomo desvinculado do preço do leilão, então, chega-se à conclusão de que a venda do banco na licitação não tinha preço fixo algum. A rigor, não seria um leilão, mas uma espécie de procedimento anômalo não previsto em lei. Em resumo, a cláusula que tinha por finalidade se assegurar que a União recebesse um real valor patrimonial da instituição, pela instituição financeira no leilão com uma cláusula de compensação deixou de ter sentido no momento em que o apelante pagou mais de sete bilhões, não havendo que se falar, portanto, em violação ao preço mínimo e também deixou de existir causa para a finalidade compensatória.

Por isso, com esses fundamentos, acompanho o eminente Relator.

No que tange aos honorários advocatícios, comungo com o entendimento da União Federal, em suas razões de apelação, de que a lide, em verdade, é singela. Alto é apenas o valor econômico da controvérsia, mas não a questão jurídica em si. No fundo, como diz o Professor Moreira Alves, a discussão limita-se a apreciar se existe ou não causa de atribuição patrimonial para se dar eficácia a tal cláusula de compensação. Como se sabe, o Direito brasileiro, assim como o Direito alemão, não adotou a teoria causalista no ato ou negócio jurídico. Isso não significa dizer, todavia, que todos os negócios jurídicos em nosso Direito sejam abstratos. Só que aqui, em vez de se falar em causa do negócio jurídico, fala-se em causa de atribuição patrimonial, que nada mais é do que o fundamento econômico que justifica uma apropriação patrimonial, ou seja, a finalidade financeira de um determinado contrato. Tudo que se discutiu com muita falação neste processo é simplesmente se saber qual a causa de atribuição patrimonial, ou seja, que a causa para se instituir no edital e, depois, no contrato, uma estipulação para se compensar eventual prejuízo da apelada na hipótese do arrematante no leilão ofertar valor inferior ao preço mínimo.

Assim, respeitosamente, *data venia*, divirjo do eminente Relator e fixo os honorários em dez mil reais, que é valor suficiente e bastante para remunerar condignamente o trabalho produzido. Em inúmeras causas, envolvendo responsabilidade civil por morte, incapacidade física grave, esta Turma tem fixado o valor da indenização, muitas vezes, para as vítimas e sucessores dos falecidos, em cerca de trinta, quarenta ou cinqüenta mil reais. Portanto, não desapreciando de maneira alguma o trabalho produzido pela defesa do banco, mas apenas considerando relativamente os valores em jogo, tenho para mim que a quantia de dez mil reais faz justiça às partes a título de honorários de advogado. Divirjo, então, apenas parcialmente de Vossa Excelência, no que tange aos honorários.

Retificação de Voto

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira:
— Antes de dar a palavra ao Juiz Osmane dos Santos, gostaria de acrescentar que não me passou despercebido esse argumento do eminente Ministro Moreira Alves, agora advogado, sobre a falta de tipicidade do leilão. Teria sido um procedimento anômalo, um leilão em que o lance seria pago em duas parcelas, uma delas indeterminada. Atentei para esse detalhe da argumentação do eminente jurista, isso me chamou a atenção especialmente pelo fato de já ter lido sobre o assunto. No Direito Administrativo há tese, recorde-me aqui da Professora Maria Sílvia Zanella di Pietro, de que os atos administrativos estão sujeitos ao princípio da tipicidade. Não se pode criar um modelo misto de ato administrativo, um modelo anômalo, fora dos padrões consagrados, porque isso seria ferir a segurança jurídica. A tipicidade desses atos vem em função da segurança jurídica. Em outras palavras, o eminente Ministro argumenta que faltaria tipicidade a este leilão, um leilão em que o pagamento do lance foi constituído de duas parcelas e, uma delas, como disse, indeterminada. Mas superei esse argumento, porque tenho visão mais flexível do Direito Administrativo. Penso que é possível haver combinação de atos administrativos, é possível certa criatividade, discricionariedade, por parte da Administração na formulação de seus atos, na configuração de seus atos. Não haveria, em meu ponto de vista, impedimento ao leilão nesses termos, com essa obrigação de pagamento de uma parcela adicional, no futuro, dependendo do resultado das autuações fiscais.

Não enxergo prejuízo às partes ou ao interesse público e uma das partes, tendo silenciado diante do edital, não poderia agora se beneficiar da eventual impropriedade.

Quanto aos honorários de advogado, Vossa Excelência advinhou meu primeiro projeto de voto. Cheguei a pensar, que diferença faz, numa causa deste valor, honorários de dez ou cinqüenta mil reais? Mas me impressionou um pouco o fato de estar aqui como parecerista o eminente Ministro, hoje advogado, José Carlos Moreira Alves, e também Tércio Sampaio de Ferraz Júnior...

A Exma. Sra. Des. Federal Selene de Almeida: — Mas, cinqüenta mil reais não paga o trabalho deles, Excelência, não vai pagar, nem de um nem de outro.

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — Realmente, não paga, um parecer desses juristas deve ter custado muito mais. De modo que vou reconsiderar para voltar, então, a meu ponto inicial, que era estabelecer honorários de dez mil reais, valor normalmente fixado naqueles casos do setor sucroalcooleiro, alguns dos quais trago hoje para julgamento, e outros semelhantes.

A Exma. Sra. Des. Federal Selene de Almeida: — Em casos que tais.

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — Causas em que o valor econômico é semelhante a este aqui. De modo que estou, então, reformulando meu voto nesta parte dos honorários, para reduzi-los a dez mil reais.

Sexta Turma

Apelação Cível

2005.30.00.001739-9/AC

Relatora: A Exma. Sra. Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues
Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal David Wilson de Abreu Pardo (convocado)
Apelante: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra
Procurador: Dr. Valdez Adriani Farias
Apelados: Carlos Augusto Beyruth Borges e outro
Advogado: Dr. Luis Saraiva Correia
Divulgação: e-DJF1 de 23/05/2008
Publicação: 26/05/2008

Ementa

Civil e Processual Civil. Ausência de intimação do Ministério Público na primeira instância. Manifestação suprida. Nulidade inexistente. Eficácia subjetiva da coisa julgada. Inoponibilidade de título judicial constituído sem a intervenção daqueles a quem afeta. Nulidade do registro da aquisição primitiva. Cancelamento dos registros de sucessão dominial. Aquisição perfectibilizada. Posse justa e de boa-fé. Turbação demonstrada. Não provimento da apelação e da remessa oficial.

I – A inexistência de intimação do Ministério Público, quando deva intervir no feito, somente impõe a nulidade quando houver demonstração de prejuízo. Suprida a manifestação na segunda instância, restou inequívoca a adesão ministerial à tese veiculada na sentença, e, portanto, patente inexistir interesse da Instituição em recorrer, reputando-se sanado o vício, porque não configurado prejuízo (Precedente: AMS 1998.01.00.023085-5/MG).

II – A produção de prova documental, em sede recursal, é excepcional (art. 397 do CPC), admitida somente quando se tratar de documentos novos, referentes a fatos supervenientes à fase instrutória e com repercussão no deslinde da causa, não sendo possível, contudo, a juntada posterior de documentos que deveriam instruir a resposta, na forma do art. 396 do CPC.

III – Caso em que a sentença proferida em ação declaratória de nulidade de registro imobiliário, reconhecendo a inexistência de perda da natureza pública do domínio sobre imóvel, cancelou todos os registros que sucederam a aquisição privada originária na cadeia dominial, incluindo a propriedade do bem objeto desta lide, sem a intervenção dos apelados no processo.

IV – A teor do disposto no art. 472 do CPC, a coisa julgada tem sua eficácia circunscrita aos sujeitos integrantes da relação processual que a erigiu, limitando-se tão-somente a estes os prejuízos e benefícios que dela advêm.

V – A aquisição do imóvel de acordo com as formalidades prescritas no ordenamento pátrio, com a correspondente transcrição no registro imobiliário, sobretudo quando precedida de investigações acerca da idoneidade do título ostentado pelo vendedor do imóvel, permite concluir ser a posse justa e de boa-fé, porque revestida de pleno domínio.

VI – Por isso, já decidiu o STJ que “o terceiro adquirente do imóvel, a título oneroso e de boa-fé, não é alcançável por decisão em processo de que não fora parte”, acrescentando, ainda, no voto, que “o terceiro adquirente de boa-fé e a título oneroso não é, no direito civil brasileiro, alcançável por reivindicação do primeiro proprietário” (RESP 53.480-1 – SP, Quarta Turma, Relator Ministro Fontes de Alencar, DJ de 06/05/1996, p. 14420.)

VII – Robustece a presunção de boa-fé a inexistência de consignação no registro imobiliário da citação em

ação reipersecutória, porque impossibilitada a ciência da existência de quaisquer fatores que infirmassem o domínio exibido pelo vendedor do imóvel.

VIII – Apelação a que se nega provimento.

Acórdão

Decide a Sexta Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação.

Sexta Turma do TRF 1ª Região – 12/05/2008.

Juiz Federal *David Wilson de Abreu Pardo*, Relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal David Wilson de Abreu Pardo: — Cuidam os autos de ação promovida por Carlos Augusto Beyruth Borges e Luiz Carlos Beiruth Borges, enquanto possuidores indireto e direto, respectivamente, com vistas à proteção de relação possessória decorrente da aquisição de imóvel rural, cujo registro fora cancelado por força de provimento jurisdicional definitivo emanado de juízo petitório não integrado pelos autores.

Aduz o possuidor indireto que adquiriu, mediante a Escritura Pública de Venda e Compra de Imóvel, lavrada no Livro 038, fls. 125, em 20/07/1988, no 2º Cartório de Notas da Comarca de Rio Branco – Acre, um imóvel rural medindo 1.220,3207 ha (um mil duzentos e vinte hectares trinta e dois ares e sete centiares), remanescente do Seringal Novo Acordo, localizado na margem esquerda da BR-364, quilômetro 95, trecho Rio Branco – Porto Velho, inscrito sob a matrícula 1.302, no Livro de Registro Geral do 2º Cartório de Registros Imóveis de Rio Branco, após aferir a idoneidade do título ostentado pelos vendedores. Portanto, assoalha a legitimidade da posse na pré-existência de título, eficaz perante terceiros, a conferir-lhe domínio sobre o bem, do que se presume a boa-fé.

Não obstante, em ação declaratória de nulidade de registro imobiliário promovida pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra, a eficácia de retirar a natureza pública da aquisição originária do Seringal Porto Luiz restou refutada e, por conseguinte, todos os registros que dela dimanavam tiveram de ser cancelados. Como a relação dominial ostentada pelo possuidor indireto calcou-se em aquisição derivada de imóvel oriundo do desmembramento do Seringal Porto Luiz, seu perecimento, em favor do In-

cra, foi consectário objetivo do comando jurisdicional.

Portanto, o Incra, em cumprimento do mister colimado pela política nacional de reforma agrária, iniciou a demarcação toda a extensão do imóvel sob litígio, com o fim de implantar projeto de assentamento na região, turbando os autores da posse mansa, pacífica e de boa-fé, exercida há mais de 16 (dezesesseis) anos.

Após a instrução regular do feito, o i. Juiz *a quo* acolheu parcialmente o pedido, mantendo os autores na posse do imóvel *sub judice*, por entender que os atos praticados pelo Incra não podem ser corolários do cancelamento do registro, eis que não integraram a demanda que culminou com o reconhecimento da inexistência de despublicização do domínio daquele imóvel, alheados, portanto, dos limites da coisa julgada então erigida. Por outro lado, reputou justa e de boa-fé a relação de posse dos Autores, já que fundada na presunção de domínio decorrente da existência de título formal e solenemente constituído.

Inconformado, apela o Incra, às expensas dos seguintes argumentos: a) sobre bens públicos somente pode erigir-se relação de detenção, e não de posse, que é, nestes casos, insita ao domínio, razão por que os apelados não lograram evidenciar o esbulho e, ademais, a posse é tutelada enquanto mera aparência de domínio, não podendo ser reconhecida em face daqueles que denotam a plena propriedade; b) a posse é injusta, porque insubsistente o título que a alberga, e de má-fé, pois que os apelados conheciam os vícios que inquinavam a relação dominial; c) a relação possessória não é passível de regularização, tendo em vista que os apelados não se conformam ao título de beneficiários da política nacional de reforma agrária, tampouco daqueles que permitem a alienação de bens públicos com dispensa de licitação.

Contra-razões dos apelantes às fls. 752/763, preliminarmente requerendo o desentranhamento dos documentos juntados com a apelação. No mérito, pedem o não provimento do recurso.

Manifestação da Procuradoria Regional da República, às fls. 771/774, pugnando, preliminarmente, pela anulação do processo desde o momento em que o Ministério Público deveria ter sido intimado. No mérito, opinou pelo improvimento da apelação, pois que o domínio dos apelados sobre o imóvel em litígio não poderia ver-se fulminado, à evidência de que a circunscrição subjetiva da coisa julgada não lhes abrange.

É o relatório.

Voto*

I

O Exmo. Sr. Juiz Federal David Wilson de Abreu Pardo: — Preambularmente, é imperiosa a apreciação dos vícios argüidos pelo i. representante do Ministério Público, em vista da ausência de oferta de oportunidades para manifestação do *parquet*, a despeito do notório interesse público em litígio. Pugna, então, pela anulação dos atos processuais até o momento em que a entidade deveria ter sido intimada, com espeque nos arts. 246, *caput* e parágrafo único, e 931 do CPC.

A prescrição inculpada neste dispositivo deve ser aplicada com temperamento, em cotejo com o princípio da economia processual. A anulação de atos processuais deve necessariamente ser precedida da avaliação dos prejuízos materiais causados pelo vício, pois que as formas devem subordinar-se à primazia da tutela jurisdicional efetiva, em respeito à dialeticidade processual isonômica e demais garantias constitucional e legalmente asseguradas. Se as fissuras no curso do processo, em relação aos moldes abstratamente constituídos, não forem capazes de conspurcar a incolumidade de tais balizas, não há prejuízo, tampouco nulidade.

Exsurge do parecer ministerial a adesão do Ministério Público à tese veiculada na sentença proferida pelo juízo monocrático, o que denota a inexistência de interesse em recorrer do provimento jurisdicional pro-

ferido nos autos, bem como de qualquer prejuízo em decorrência do vício. Assim, a intimação do Ministério Público na segunda instância supre, nestas hipóteses, a ausência de ato similar na primeira instância, razão porque entendo sanado o vício.

Tal entendimento é sufragado por esta Corte, conforme se dессome do seguinte aresto, *mutatis mutandis*:

Processual Civil. Administrativo. Mandado de segurança. Falta de intimação do Ministério Público. Nulidade do processo inexistente. Princípio da economia processual. Verba de representação de procurador autárquico incidência apenas sobre o vencimento básico.

1. Não há nulidade no processo nos casos em que o Ministério Público não foi intimado da sentença, nos casos em que não houve demonstração de prejuízo e em que sua manifestação é suprida na segunda instância e não houver interesse da instituição em recorrer, em respeito ao princípio da economia processual. Precedentes.

2. A verba de representação de procurador autárquico deve ser calculada apenas sobre o vencimento básico. Precedentes deste Tribunal.

3. “Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia” (Súmula 339 do STF).

4. Apelação não provida.

(AMS 1998.01.00.053085-5/MG – 2ª Turma Suplementar – Rel. Juiz Federal Carlos Alberto Simões de Tomaz – DJU de 07/10/2004.)

II

Com os documentos anexados à peça de apelação (fls. 624/749), sustenta a apelante que os autores não preenchem os requisitos de beneficiários da reforma agrária; que não edificaram benfeitorias no imóvel; que as aquisições anteriores à dos autores foram indevidas; que a ação reipersecutória havia sido registrada no Cartório de Imóveis em 27/01/1977 (este, em especial, à fl. 743).

Não é possível, contudo, a juntada posterior de documentos que deveriam instruir a resposta, na forma preconizada no art. 396 CPC. A produção de prova documental em sede recursal é excepcional e vem prevista no art. 397 do CPC, que a admite somente quando se tratar de documentos novos, referentes a fatos supervenientes à fase instrutória e com repercussão no deslinde da causa.

* Participaram do Julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Daniel Paes Ribeiro e Souza Prudente. Ausente, por motivo de férias, a Exma. Sra. Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues.

No caso presente, não se pode atribuir aos documentos juntados pela apelante a qualidade de documentos novos, na medida em que dizem respeito a fatos pretéritos ao ajuizamento da ação, de tal forma que sua admissibilidade implicaria a reabertura da fase instrutória em sede recursal, com a conseqüente supressão de instância.

Por outro lado, ainda que fosse possível a apreciação de tais documentos, estes em nada beneficiariam a apelante, tendo em vista que não se relacionam com o mérito da questão, alguns sequer dizendo respeito ao imóvel objeto da lide.

Com efeito, a certidão de fl. 743, em especial, que atesta ter sido registrada ação reipersecutória no cartório de imóveis, em 1977, reporta-se ao imóvel de matrícula 727, sendo seu registro anterior o de n. 227, enquanto o imóvel objeto da lide possui a matrícula 1.302, sendo sua matrícula anterior a de n. 283 (fl. 29).

Acolho a preliminar e determino o desentranhamento dos documentos de fls. 624/749.

III

O juízo possessório está adstrito à tutela da aparência de domínio que a relação de posse evidencia. Observo que o pleito dos apelados encontra fundamento na presunção de plenitude dominial decorrente da obtenção de título formalmente constituído e devidamente transcrito no registro imobiliário.

O reconhecimento superveniente de inexistir afastamento da natureza pública do domínio sobre imóvel, em vista da ineficácia de sua aquisição originária, não permite a automática oposição *erga omnes* do provimento jurisdicional que reconstituiu a relação de propriedade, mediante o cancelamento de todos os registros concernentes à sucessão imobiliária. Isto porque a atividade jurisdicional não é abstrata, mas consiste na atuação concreta voltada a produzir efeito individual o comando abstratamente previsto no intrincado complexo legislativo. Concreta enquanto limitada objetiva e subjetivamente pelos contornos da lide, vale dizer, porque delineada pela espécie fática definida no interior da lide específica, haurida pela disposição normativa abstrata, e circunscrita aos sujeitos que integraram a relação processual.

Ora, se é certo que o cancelamento do registro atinente à aquisição do imóvel pelos apelados em decorrência da declaração de nulidade da aquisição originária encontra-se na fronteira objetiva da coisa julgada,

a extensão de seus efeitos àqueles que não integraram a relação processual que a erigiu, como é o caso dos apelados, extrapola seus limites subjetivos, nos termos do art. 472 do CPC. Portanto, o domínio do apelante sobre o imóvel não pode opor-se à relação possessória denotada pelos apelados, ainda que a natureza pública do bem imponha que a posse seja intrínseca à propriedade. Os apelados não podem ser atingidos por provimento jurisdicional erigido em demanda da qual foram subtraídos. Nesse diapasão, confira-se julgado do STJ:

Processo Civil. Limites subjetivos da coisa julgada. Proteção do terceiro que não integrou a relação processual. Possuidor desalojado em decorrência de ordem de despejo proferida em ação da qual não participara. Violação das garantias do devido processo legal, contraditório e ampla defesa. Duplo grau de jurisdição. Inépcia da inicial. Conversão para improcedência. Impossibilidade na espécie. CPC, arts. 295, 472 e 515. Recurso provido.

I - A sistemática do Código de Processo Civil brasileiro não se compadece com a extensão da coisa julgada a terceiros, que não podem suportar as conseqüências prejudiciais da sentença, consoante princípio com teto no art. 472 da lei processual civil.

II - Não tendo o possuidor, por qualquer forma, integrado a relação processual, de onde emanou a sentença cuja execução importou em ordem de despejo, contra ele expedida, pode valer-se da ação possessória, uma vez violado o direito de não ser o possuidor prejudicado por sentença dada entre vendedor e compradora, e de não ser desalojado, sem as garantias *do due process of law*, da posse que vinha exercendo.

III - Tendo a sentença indeferido a petição inicial, por inépcia, antes da citação, por impossibilidade jurídica do pedido, vedado era ao Tribunal interpretar os fundamentos da sentença como improcedência do pedido, suprimindo um grau de jurisdição e pronunciando-se sobre o *meritum causae*.

(REsp 161054 – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – DJU de 08/05/2000.)

Em decisão que não envolveu o exame da propriedade de imóvel considerado público, o STJ deixou assentado na ementa do acórdão o princípio segundo o qual “o terceiro adquirente do imóvel, a título oneroso e de boa-fé, não é alcançável por decisão em processo de que não fora parte” (RESP n. 53.480-1 – SP, Quarta Turma, Relator Ministro Fontes de Alencar, DJ de 06/05/1996, p. 14.420). O raciocínio também levou em conta a regra estabelecida no art. 968, parágrafo único, do Código Civil de 1916, que encontra correspondên-

cia no art. 879, parágrafo único, do Código Civil em vigor.

No voto do Ministro Relator, consta ainda a afirmação de que “o terceiro adquirente de boa-fé e a título oneroso não é, no Direito Civil brasileiro, alcançável por reivindicação do primeiro proprietário”. Cuidava-se da mesma hipótese de alguém, recebendo indevidamente um imóvel, posteriormente o haver alienado a terceiro de boa-fé, a título oneroso. No julgamento, reconheceu-se não assistir nem mesmo o direito de reivindicar o imóvel de quem o adquiriu naquelas circunstâncias.

Conjugando, pois, argumentos da ordem do Direito Processual (o adquirente final não figurou como parte no processo que anulou a alienação anterior do bem) e da ordem do Direito Civil (o terceiro adquirente de boa-fé e a título oneroso não é alcançável por reivindicação do primeiro proprietário), o STJ manteve a negativa de imitar na posse do primeiro proprietário.

A mesma solução deve ser aqui aplicada, ainda que de imóvel público se trate. A demonstração de que a posse é de boa-fé, a ensejar a proteção pleiteada, consubstancia-se na convicção dominial do apelado que se revela possuidor indireto. É irrefutável que ele possuía fundadas razões para acreditar-se senhor do imóvel, já que a aquisição se fez de acordo com as formalidades prescritas no ordenamento pátrio. A investida na posse do imóvel, bem como sua manutenção, ocorreu com indubitável *animus domini*, sem que sobreviesse qualquer evento antes da turbação que mitigasse tal disposição.

Embora o apelante alegue ser presumido o conhecimento da ação reipersecutória, através da consignação das citações no registro imobiliário, por força do art. 1º da Lei 6.015/1973, observo que os documentos dão conta que a inscrição da existência de ação reipersecutória não se estendeu à matrícula do imóvel em litígio (fls. 29/30).

Assim, os apelados não poderiam ter ciência de eventuais vícios na propriedade que infirmassem o domínio ostentado pelo vendedor, sobretudo se considerarmos que o adquirente procedeu a investigações na cadeia dominial do imóvel, bem como se certificou da inexistência de óbices ao pleno gozo do direito de propriedade, quando da sua aquisição, a fim de repelir quaisquer possibilidades de perecimento de tal direito. A posse, portanto, não pode ser inquinada como injusta ou de má-fé, eis que revestida, por longo período, de

pleno domínio.

Urge enfatizar, ainda, que o cancelamento do registro do imóvel objeto desta lide foi determinado por ordem judicial diversa daquela autorizada pelo acórdão proferido nos autos da ação 00.1086-3, consubstanciada no Ofício 627/99, de 13/07/1999 (fls. 97, 227), tendo ocorrido, na verdade, em cumprimento ao Ofício 143/01 (fl. 30v.), cuja cópia não foi acostada aos autos.

Portanto, o apelante não logrou demonstrar que o provimento jurisdicional que lhe conferiu o domínio das terras do outrora Seringal Porto Luiz abrange 24.700 ha, sobretudo porque a área adquirida por Ruperto Medina, cuja validade foi fulminada no acórdão suso mencionado, correspondia a 8.000 ha.

Rechaçadas as argumentações expendidas pelo apelante no que tange à impossibilidade de reconhecimento da relação possessória, cumpre-nos aferir a ocorrência da turbação. Neste passo, verifico que o apelante acostou farto material probatório a demonstrar o início de procedimento destinado à implantação de projeto de assentamento na região que abrange o imóvel *sub judice*. Os documentos ofertados pelo apelante denotam, de forma incontroversa, a ingerência deste nas fronteiras do direito ostentado pelos apelados, mediante avaliações, medições e demarcações da área.

Outrossim, a autorização para que a empresa contratada pela Administração Pública para auxiliar na implantação do projeto de assentamento “Porto Luiz II” iniciasse a execução dos seus encargos data de 10/08/2005 (fl. 130), do que se infere que a turbação dista do ajuizamento da ação possessória em menos de um ano.

Uma vez reconhecido que a posse é justa, de boa-fé, longa e perene, bem como que o ato de turbação emanado do Incra contava, quando do ajuizamento da ação, de menos de ano e dia, a caracterizar mácula recente na relação possessória mantida pelos apelados, na forma do art. 925 do CPC, não há como deixar de reconhecer-lhes a proteção pleiteada, à luz do art. 927 do mesmo Codex.

Por essa razão, nego provimento à apelação interposta, para manter a sentença recorrida integralmente.

Mantidos os apelados na posse do imóvel, restam prejudicados os demais pedidos formulados pelo apelante.

É o voto.

Sétima Turma

Apelação Cível

2002.34.00.019622-6/DF

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Ezequiel da Silva
Apelante: Associação Atlética do Banco do Brasil de Recife
Advogada: Dra. Fernanda Cabello da Silva Magalhães
Apelado: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Procuradora: Dra. Sueli Aparecida Dias de Medeiros
Apelado: Serviço Social do Comércio – Sesc
Advogados: Dr. Francisco Martins Leite Cavalcante e outro
Rec. adesivo: Serviço Social do Comércio – Sesc
Divulgação: e-DJF1 de 29/05/2008
Publicação: 30/05/2008

Ementa

Processual Civil e Tributário. Contribuição para o Sesc. Legitimação passiva do INSS. Associação sem fins lucrativos destinada a promover atividades culturais, sociais, recreativas e desportivas. Alegação de inexigibilidade. Improcedência.

I – Pacificou-se, no STJ, o entendimento de que o INSS tem legitimidade para figurar no pólo passivo das ações em que se discute a exigência da contribuição para o Sesc.

II – A associação sem fins lucrativos, destinada a promover atividades culturais, sociais, recreativas e desportivas dos seus associados, tem natureza de prestadora de serviço, e integra o segundo grupo das atividades ligadas à Confederação Nacional dos Trabalhadores em Estabelecimentos de Educação e Cultura, de que trata o quadro anexo ao art. 557 da CLT, participando do grupo das “entidades culturais, recreativas e de assistência-social”, situação em que se sujeita ao recolhimento da contribuição para o Sesc.

III – Preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* do INSS rejeitada.

IV – Recurso adesivo do Sesc provido.

V – Apelação da autora prejudicada.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar provimento ao recurso adesivo do Sesc e julgar prejudicado apelo da autora.

7ª Turma do TRF 1ª Região – 14/11/2007.

Desembargador Federal *Antônio Ezequiel*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Ezequiel: — Trata-se de apelação e recurso adesivo interpostos contra sentença proferida em ação de rito ordinário, com pedido de antecipação de tutela, ajuizada em 03/07/2002 pela Associação Atlética do Banco do Brasil/RE (AABB) em face do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e do Serviço Social do Comércio – Sesc, objetivando a declaração de inexistência de relação jurídico-obrigacional que a obrigue ao recolhimento da Contribuição para o Sesc, bem como ver declarado seu direito à compensação do indébito com parcelas vincendas arrecadadas pelo INSS, acrescido de correção monetária plena e de juros de mora de 1%, a partir de cada recolhimento indevido.

À fl. 184 foi indeferido o pedido de antecipação de tutela.

A sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da 7ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, Dr. Novély Vilanova da Silva Reis, rejeitando a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* suscitada pelo INSS, indeferiu o pedido de compensação e julgou procedente, em parte, o pedido da autora, a fim de desobrigá-la do recolhimento da contribuição para o Sesc, devendo este restituir-lhe o indébito recolhido a partir de 03/07/1992. Determinou, ainda, que tais valores fossem corrigidos monetariamente até 31/12/1995 e, a partir de 01/01/1996, sofressem a incidência da taxa Selic. Condenou, por fim, os réus ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da condenação.

Ainda inconformada, a autora apela (fls. 427/436), requerendo a reforma parcial da sentença, para que seja reconhecido seu direito de compensar o indébito tributário que recolhera em favor do Sesc com parcelas vincendas arrecadadas pelo INSS, nos termos da Lei 8.383/1991, e sem a observância das limitações impostas pela Lei 9.032/1995.

Em contra-razões, sustenta, preliminarmente, o INSS, sua ilegitimidade passiva *ad causam*, por ser mero arrecadador da contribuição objeto da ação. No mérito, afirma a legalidade da exigência (fls. 438/465).

O Sesc recorre adesivamente (fls. 469/505), defendendo a legitimidade da cobrança da contribuição impugnada. Alega que as empresas prestadoras de ser-

viço estão incluídas dentre aquelas que devem recolher a contribuição social para o Sesc, por se enquadrarem no plano sindical da Confederação Nacional do Comércio, conforme a classificação prevista no art. 577 da CLT.

Às fls. 589/602, a autora ofereceu contra-razões ao recurso adesivo do Sesc.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Ezequiel: —

Da preliminar de ilegitimidade passiva do INSS

Alegou o INSS, em suas contra-razões, ser parte ilegítima para o feito, por ser mero arrecadador da contribuição impugnada nestes autos.

Não merece reforma a sentença, no ponto, de vez que pacificado, no STJ, o entendimento no sentido de que a sua condição de arrecadador e fiscalizador da contribuição em comento implica a sua legitimidade para figurar no pólo passivo das ações em que se discute a exigência dessa exação.

Confira-se, nesse sentido, o seguinte julgado daquela Corte:

Recurso Especial. Alineas “a” e “c”. Tributário. Contribuição para o Sesc e o Senac. Empresa prestadora de serviços. Legitimidade do INSS. Ausência de prequestionamento dos dispositivos de lei federal indicados. Divergência jurisprudencial superada. Incidência da Súmula 83 do STJ. Precedentes.

Quanto à questão da legitimidade do INSS nas demandas em que se questiona a legitimidade para o recolhimento da contribuição destinada ao Sesc e ao Senac pelas empresas prestadoras de serviço, não logra perspectiva de êxito o recurso especial da autarquia recorrente.

A par da ausência de prequestionamento dos dispositivos de lei federal indicados pela recorrente, quais sejam, arts. 4º dos Decretos-Leis 8.621/1946 e 9.853/1946 e 3º do CPC, verifica-se que ambas as Turmas que compõem a colenda Primeira Seção deste Sodalício já firmaram o entendimento de que

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Catão Alves e o Exmo. Sr. Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto (convocado). Ausente, justificadamente, por motivo de licença, o Exmo. Sr. Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral.

o INSS é parte legítima para figurar no pólo passivo de tais ações.

Precedentes: REsp 404.606/RS, Relator Min. Castro Meira, DJU 28/10/2003; REsp 605.701/PR, Relator Min. José Delgado, DJU 03/05/2004, e decisão proferida no REsp 582.691/SC, da relatoria deste magistrado, DJU 31/05/2004.

Recurso especial não-conhecido.

(REsp 447250/PR, Rel. Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, julgado em 21/09/2004, DJ de 21/02/2005, p. 126.)

Rejeito, assim, a preliminar argüida.

Da contribuição para o Sesc

Questiona-se, nos autos, se a autora, associação de caráter privado *sem* fins lucrativos, fundada em 10/07/1939, com o objetivo de funcionar como *agremiação desportiva, social, cultural e recreativa* (fl. 186) dos funcionários ativos e aposentados do Banco do Brasil, além de pensionistas da Previ, de pessoas da comunidade local e de dependentes econômicos dos associados, deve, ou não, pagar a contribuição para o Sesc.

Sustenta a autora que apenas os estabelecimentos comerciais enquadrados pelo art. 577 da CLT nas entidades sindicais subordinadas à Confederação Nacional do Comércio e os demais empregadores que possuam empregados segurados do Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Comerciantes são obrigados ao pagamento da referida contribuição. Afirmar, ainda, que, mesmo com a entrada em vigor do Novo Código Civil, não se alterou o seu enquadramento no referido artigo da CLT, até mesmo porque os serviços que presta a seus associados não têm como objetivo a prática do comércio ou da mercancia.

De acordo com o estabelecido na legislação própria, o Serviço Social do Comércio (Sesc) tem por finalidade planejar e executar, direta ou indiretamente, medidas pertinentes ao bem-estar social e à melhoria do padrão de vida dos comerciantes (Decreto-Lei 9.853, de 13/09/1946), sendo que o Senac – Serviço Nacional de Aprendizagem tem por objetivo organizar e administrar escolas de aprendizagem comercial e cursos de especialização na área do comércio (Decreto-Lei 8.621, de 10/01/1946).

Ainda que se haja instalado divergência quanto à exigibilidade das contribuições destinadas ao Sesc e ao Senac, em relação às empresas prestadoras de

serviços, pelo fato de estarem submetidas a disciplina diversa das empresas comerciais, o Superior Tribunal de Justiça fixou diretriz no sentido de que tais empresas devem contribuir para o Sesc e o Senac, conforme se vê do seguinte precedente da 1ª Seção, cuja ementa transcrevo:

Tributário. Contribuição para o Sesc e Senac. Entidade hospitalar. Entidade vinculada à confederação cuja integração é pressuposto da exigibilidade da exação. Recepção do art. 577 CLT e seu anexo pela constituição federal. Contribuição compulsória concretizadora da cláusula pétrea de valorização do trabalho e dignificação do trabalhador. Empresa comercial. Autoqualificação, mercê dos novos critérios de aferição do conceito. Verificação de ocorrência de violação da lei à luz do princípio de supradireito determinando a aplicação da norma aos fins sociais a que se destina, à luz de seu resultado, regras maiores de hermenêutica e aplicação do direito.

1. As empresas prestadoras de serviços médicos e hospitalares estão incluídas dentre aquelas que devem recolher, a título obrigatório, contribuição para o Sesc e para o Senac, porquanto enquadradas no plano sindical da Confederação Nacional do Comércio, consoante a classificação do art. 577 da CLT e seu anexo, recepcionados pela Constituição Federal (art. 240) e confirmada pelo seu guardião, o STF, a assimilação no organismo da Carta Maior.

2. Deveras, dispõe a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 240, que: “Ficam ressalvadas do disposto no art. 195 as atuais contribuições compulsórias dos empregadores sobre a folha de salários, destinadas às entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical.”

3. As Contribuições referidas visam a concretizar a promessa constitucional insculpida no princípio pétreo da “valorização do trabalho humano” encartado no art. 170 da Carta Magna, *verbis*: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, (...)”.

4. Os arts. 3º do Decreto-Lei 9.853 de 1946 e 4º do Decreto-Lei 8.621/1946 estabelecem como sujeitos passivos da exação em comento os estabelecimentos integrantes da Confederação a que pertence e sempre pertenceu a recorrente (antigo IAPC; DL 2.381/1940), conferindo “legalidade” à exigência tributária.

5. Os empregados do setor de serviços dos hospitais e casas de saúde, ex-segurados do IAPC, antecedente orgânico das recorridas, também são

destinatários dos benefícios oferecidos pelo Sesc e pelo Senac.

6. As prestadoras de serviços que auferem lucros são, inequivocamente, estabelecimentos comerciais, quer por força do seu ato constitutivo, oportunidade em que elegeram o regime jurídico próprio a que pretendiam se submeter, quer em função da novel categorização desses estabelecimentos, à luz do conceito moderno de empresa.

7. O Sesc e o Senac tem como escopo contribuir para o bem estar social do empregado e a melhoria do padrão de vida do mesmo e de sua família, bem como implementar o aprimoramento moral e cívico da sociedade, beneficiando todos os seus associados, independentemente da categoria a que pertençam.

8. À luz da regra do art. 5º da LICC – norma supralegal que informa o direito tributário, a aplicação da lei, e nesse contexto a verificação se houve sua violação, passa por esse aspecto teleológico-sistêmico – impondo-se considerar que o acesso aos serviços sociais, tal como preconizado pela Constituição, é um “direito universal do trabalhador”, cujo dever correspectivo é do empregador no custeio dos referidos benefícios.

9. Consectariamente, a natureza constitucional e de cunho social e protetivo do empregado, das exações sub judice, implica em que o empregador contribuinte somente se exonere do tributo, quando integrado noutro serviço social, visando a evitar relegar ao desabrigo os trabalhadores do seu segmento, em desigualdade com os demais, gerando situação anti-isonômica e injusta.

10. A pretensão de exoneração dos empregadores quanto à contribuição compulsória em exame recepcionada constitucionalmente em benefício dos empregados, encerra arbitrio patronal, mercê de gerar privilégio abominável aos que através a via judicial pretendem dispor daquilo que pertence aos empregados, deixando à calva a ilegitimidade da pretensão deduzida.

11. Recurso especial Improvido. (REsp 431.347/SC, rel. Min. Luiz Fux, DJ de 25/11/2002, p. 120.)

Ora, a própria apelada reconhece, na inicial, ser prestadora de serviços, ainda que seus serviços sejam prestados apenas aos seus associados (fl. 3), e não persiga ela objetivos de lucro.

Contudo, tem-se entendido que, em face do princípio da solidariedade, todas as empresas e entidades enquadradas nas categorias constantes do quadro de que trata o art. 577 da CLT devem contribuir para o Sesc, independentemente de praticarem ou não atos

de comércio, e de terem ou não objetivos lucrativos. Confirmam-se, nesse sentido, os seguintes precedentes:

a) do STJ:

Agravo regimental em agravo de instrumento. Processual civil. Associação sem fins lucrativo. Enquadramento como Prestadoras de serviços para recolhimento da contribuição ao Sesc e Senac. Matéria de prova.

Adotar entendimento diverso do acórdão recorrido quanto ao enquadramento da associação como prestadora de serviços sem fins lucrativos, haja vista que a contribuição para o Sesc é exigível apenas da categoria profissional ou econômica, envolveria, necessariamente, reexame de provas, o que é vedado em recurso especial pelo comando da Súmula 7 do STJ, *in verbis*: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no Ag 487359/SC, Rel. Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, julgado em 04/09/2003, DJ de 03/11/2003, p. 303.)

b) do TRF 3ª Região:

Tributário. Contribuições sociais. Sesc e Senac. Empresa prestadora de serviços. Princípio da solidariedade. Exigibilidade.

1. A Constituição Federal de 1988 em seus arts. 149 e 240 prevê as contribuições ao Sesc/Senac, as quais têm previsão também no art. 3º do Decreto-Lei 9.853/1949 e art 4º do Decreto-Lei 8.621/1946, respectivamente. Tanto o Sesc quanto o Senac têm buscado cumprir seus objetivos, trazendo relevantes benefícios sócio-culturais inclusive através de lazer, educação e cultura à comunidade em geral.

2. Não se há interpretar o termo “estabelecimento comercial” como limitativo aos estabelecimentos que pratiquem “atos de comércio”, mas, antes, como extensivo a todos os estabelecimentos onde se exerçam atividades produtivas ou mesmo atividades comerciais em sentido amplo, incluídas as prestadoras de serviços. E o novo Código Civil (art. 966) refere-se a “empresário”, conceito mais abrangente do que o do antigo “comerciante”.

3. Em atenção ao princípio da solidariedade, e por força do qual, tal como a Seguridade Social que é financiada por toda a sociedade (CF, art. 194), de modo semelhante, todas as empresas independentemente do porte, e de serem ou não prestadoras de serviços, são contribuintes da exação ao Sesc, que tem como função institucional, como visto, promover benefícios sócio-culturais, através do lazer, da educação e da cultura.

4. Honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa, a serem rateados entre as réus.

5. Apelação e recurso adesivo improvidos. (AC 2001.61.11.001013-3/SP, rel. Juíza Consuelo Yoshida, DJ de 10/03/2006, p. 513.)

Ora, a apelante, como associação de empregados do Banco do Brasil, integra o grupo das “entidades culturais, recreativas e de assistência social”, estando enquadrada no 2º grupo de atividades ligadas à Confederação Nacional dos Trabalhadores em Estabelecimentos de Educação e Cultura de que trata o quadro anexo ao art. 577 da CLT.

Nesse contexto, está ela obrigada a contribuir para o Sesc, de vez que, consoante destacado no item 9 da ementa do Aresto retro colacionado, proferido pelo colendo STJ, “a natureza constitucional e de cunho social e protetivo do empregado, das exações *sub judice*, implica em que o empregador contribuinte somente se exonere do tributo, quando integrado noutro serviço social, visando a evitar relegar ao desabrigo os trabalhadores do seu segmento, em desigualdade com os demais, gerando situação anti-isonômica e injusta”.

Assim, rejeitada a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* do INSS, o voto é pelo provimento do recurso adesivo do Sesc, para, reformando a sentença apelada, julgar improcedente a ação, condenando a autora nas custas e em honorários advocatícios, que fixo, com base no art. 20, § 4º, do CPC, em 10% sobre o valor da causa, devidamente atualizado, divisíveis, por metade, entre os co-réus. julgo prejudicado o apelo da autora.

É como voto.

Oitava Turma

Apelação Cível

2006.34.00.008743-1/DF

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Fernando Mathias
Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal Osmane Antônio dos Santos (convocado)
Apelante: União Federal
Procurador: Dr. Joaquim Pereira dos Santos
Apelado: Município de Dirceu Arcoverde – PI
Procuradores: Dr. Sylvio Cademartori Neto e outros
Remetente: Juízo Federal da 2ª Vara/DF
Divulgação: e-DJF1 de 30/04/2008
Publicação: 02/05/2008

Ementa

Tributário. Fundef. Cálculo do valor anual mínimo por aluno. Complementação da União. Função redistributiva e supletiva. Observância da receita total para o Fundef. Critério definido nacionalmente. Manutenção de padrão mínimo de qualidade do ensino. Art. 60, §§, do ADCT/1988. Lei 9.424/1996.

I – A Lei 9.424/1996 (art. 1º), regulamentando o art. 60 dos ADCT/1988, criou, a partir de 01/01/1998, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, Fundos de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério – Fundef, de natureza contábil, mantidos com recursos tributários definidos nos arts. 155, II e 159, I e II, todos da Constituição Federal.

II – Para manter o sistema o Presidente da República definirá, nacionalmente, um valor mínimo por aluno, nunca inferior à razão entre a previsão da receita total para o Fundo e a matrícula total do ensino fundamental no ano anterior, acrescida do total estimado de novas matrículas, e, sempre que, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, o aporte daqueles recursos definidos no art. 60, § 2º, ADCT/1988, não alcançar esse valor mínimo por aluno, a União o complementarará (art. 6º e §§ da Lei 9.424/1996).

III – Não encontra razoabilidade a interpretação dada pela União às disposições dos arts. 2º, § 2º, “a”, e 3º, § 1º, do Dec. 2.264/1997, seja por ofensa à Lei 9.424/1996, seja porque não estabelecem, como parâmetro para fixação do valor mínimo do Fundef, a observância dum valor intermediário resultante da média de cada valor mínimo alcançado dentro de cada fundo por unidade da federação. O art. 6º, § 1º da Lei 9.424/1996 consagra o entendimento de que a fórmula desse cálculo deva ser entendida como uma média nacional, correspondente à razão entre o somatório das receitas de todos os fundos e a matrícula total do ensino fundamental público no País.

IV – Apelação e remessa a que se nega provimento.

Acórdão

Decide a Turma negar provimento à apelação e à remessa, por unanimidade.

8ª Turma do TRF 1ª Região – 04/09/2007.

Juiz Federal *Osmane Antonio dos Santos*, Relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Osmane Antônio dos Santos: — Cuida-se de apelação interposta pela União contra sentença proferida pelo MM. Juízo Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal que a condenou “... a pagar ao Município de Dirceu Arcoverde/PI a diferença a título de complementação para o Fundef, a partir do exercício de 2001, observando-se a receita total do Fundef e o número de alunos de todos os Estados e Distrito Federal conjuntamente, no ano anterior, acrescido do total estimado de novas matrículas, nos moldes do art. 6º da Lei 9.424/1996”, monetariamente corrigidos desde quando devidos esses pagamentos, em conformidade com o Manual de Cálculos da Justiça Federal, mais juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação (art. 406 do CC c/c art. 161, § 1º do CTN).

Em seu recurso de fls. 228/252, sustenta a União a necessidade de reforma da sentença de fls. 187/194, por superveniente perda do seu objeto, ante a edição da EC 53/2006 e da MP 339/2006, que conferiram novos contornos fático jurídicos à presente demanda, especialmente no que se refere à metodologia de cálculo relativo ao Fundef.

No mérito, diz que, relativamente ao Fundef, sempre definiu o valor mínimo nacional por aluno/ano nos termos do art. 60, § 3º, do ADCT/1988 e arts. 1º e 6º, § 1º, da Lei 9.424/1996, levando em consideração os diversos fundos estaduais e não de um único fundo nacional, que, aliás, não existe.

Nesse sentido, entende que a indexação do valor mínimo de garantia para o Fundef à média nacional, representaria um paradoxo em economia, na medida em que, privilegiando Estados menos eficientes na organização de suas redes de gastos, passaria a permitir a transferência de recursos do fundo de um estado para outro, em afronta ao princípio federativo.

Dessa forma, se existem 27 Fundefs com natureza contábil absolutamente independentes, não há que se falar na aplicação da receita total das 27 unidades gestoras e o total de matrículas nas redes estaduais e municipais, como parâmetro de cálculo do valor mínimo a ser garantido pela União.

Além do que, acolher a tese autora significa obrigar a União a aportar aos Estados e Municípios, vultosas somas sem a devida previsão orçamentária, elevando-se suas despesas obrigatórias e de caráter continuado,

sem a indicação da fonte de custeio respectiva (art. 17, §§ 1º e 2º, da LC 101/2000).

Quanto aos juros de mora deferidos na sentença (1%), esse percentual não encontra previsão legal, eis que nos pagamentos de verbas remuneratórias a servidores públicos os mesmos não podem ser superiores a 0,5% ao mês (art. 1º-F da Lei 9.494/97, alterado pela MP 2.180/2001).

Contra razões a fls. 254/258.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Osmane Antônio dos Santos: — Quanto à preliminar de perda do objeto da apresentação, ante a superveniente edição da EC 53/2006 e da MP 339/2006, que conferiram novos contornos fático jurídicos à presente demanda, especialmente no que se refere à metodologia de cálculo relativo ao Fundef, tenho que não assiste razão à apelante.

É que, com a alteração na sistemática do Fundef, instituída pela EC 53/2006 e MP 339/2006, diante de seus efeitos prospectivos, no máximo funcionarão como marco final do direito ora em discussão, mas nunca na perda do objeto da presente ação no que se refere aos seus efeitos pretéritos.

Com essas conclusões, rejeito a preliminar argüida.

No mérito, tenho que a análise da questão trazida à discussão nesses autos passa por breve consideração dos dispositivos constitucionais e legais que embasam a criação do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e Valorização do Magistério.

O Fundef foi criado pela Emenda Constitucional 14/1996, que alterou os arts. 34, 208, 211 e 212 da Constituição Federal, bem como o art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias de 1988.

Estabelece o art. 60 dos ADCT de 1988, com a alteração introduzida pela EC 14/96, *verbis*:

Art. 60. Nos dez primeiros anos da promulgação desta Emenda, os Estados, o Distrito Federal

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Leomar Amorim e Maria do Carmo Cardoso. Ausente o Desembargador Federal Carlos Fernando Mathias, convocado para o Superior Tribunal de Justiça.

e os Municípios destinarão não menos de sessenta por cento dos recursos a que se refere o *caput* do art. 212 da Constituição Federal, à manutenção e ao desenvolvimento do ensino fundamental, com o objetivo de assegurar a universalização de seu atendimento e a remuneração condigna do magistério.

§ 1º. A distribuição de responsabilidades e recursos entre os Estados e seus Municípios a ser concretizada com parte dos recursos definidos neste artigo, na forma do disposto no art. 211 da Constituição Federal, é assegurada mediante a criação, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, de um Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério, de natureza contábil.

§ 2º. O Fundo referido no parágrafo anterior será constituído por, pelo menos, quinze por cento dos recursos a que se referem os arts. 155, inciso II; 158, inciso IV; e 159, inciso I, alíneas “a” e “b”; e inciso II, da Constituição Federal, e será distribuído entre cada Estado e seus Municípios, proporcionalmente ao número de alunos nas respectivas redes de ensino fundamental.

§ 3º. A União complementarará os recursos dos Fundos a que se refere o § 1º, sempre que, em cada Estado e no Distrito Federal, seu valor por aluno não alcançar o mínimo definido nacionalmente.

§ 4º. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios ajustarão progressivamente, em um prazo de cinco anos, suas contribuições ao Fundo, de forma a garantir um valor por aluno correspondente a um padrão mínimo de qualidade de ensino, definido nacionalmente.

§ 5º. Uma proporção não inferior a sessenta por cento dos recursos de cada Fundo referido no § 1º será destinada ao pagamento dos professores do ensino fundamental em efetivo exercício no magistério.

§ 6º. A União aplicará na erradicação do analfabetismo e na manutenção e no desenvolvimento do ensino fundamental, inclusive na complementação a que se refere o § 3º, nunca menos que o equivalente a trinta por cento dos recursos a que se refere o *caput* do art. 212 da Constituição Federal.

§ 7º. A lei disporá sobre a organização dos Fundos, a distribuição proporcional de seus recursos, sua fiscalização e controle, bem como sobre a forma de cálculo do valor mínimo nacional por aluno.

Já o art. 211 da Constituição Federal, também alterado pela EC 14/1996, atribuiu função redistributiva e supletiva à União, em matéria educacional “... de forma a garantir equalização de oportunidades educa-

cionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios”.

Regulamentando o disposto no art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, foram editados a Lei 9.424/1996 e o Decreto 2.264/1997, criando-se, a partir de 01/01/1998, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, Fundos de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério – Fundef, mantidos com recursos tributários definidos nos arts. 155, II e 159, I e II, todos da Constituição Federal, aos quais foi atribuída natureza contábil, *verbis*:

Art. 1º É instituído, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério, o qual terá natureza contábil e será implantado, automaticamente, a partir de 01/01/1998.

§ 1º O Fundo referido neste artigo será composto por 15% (quinze por cento) dos recursos:

I - da parcela do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação – ICMS, devida ao Distrito Federal, aos Estados e aos Municípios, conforme dispõe o art. 155, inciso II, combinado com o art. 158, inciso IV, da Constituição Federal;

II - do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal - FPE e dos Municípios – FPM, previstos no art. 159, inciso I, alíneas a e b, da Constituição Federal, e no Sistema Tributário Nacional de que trata a;

III - da parcela do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI devida aos Estados e ao Distrito Federal, na forma do art. 159, inciso II, da Constituição Federal e da Lei Complementar 61, de 26 de dezembro de 1989.”

No seu art. 6º, a Lei 9.424/1996 (regulamentada pelo Dec. 2.264/1997), obriga a União a complementar os recursos do Fundo a que se refere o art. 1º, sempre que, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, seu valor por aluno não alcançar o mínimo definido nacionalmente.

Dispôs o citado artigo:

Art. 6º - A União complementarará os recursos do Fundo a que se refere o art. 1º sempre que, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, seu valor por aluno não alcançar o mínimo definido nacionalmente.

§ 1º. O valor mínimo anual por aluno, ressaltado o disposto no § 4º, será fixado por ato do Presidente da República e nunca será inferior à razão entre a previsão da receita total para o Fundo e a matrícula total do ensino fundamental no ano anterior, acrescida do total estimado de novas matrículas, observado o disposto no art. 2º, § 1º, incisos I e II.

§ 2º. As estatísticas necessárias ao cálculo do valor anual mínimo por aluno, inclusive as estimativas de matrículas, terão como base o censo educacional realizado pelo Ministério da Educação e do Desporto, anualmente, e publicado no Diário Oficial da União.

§ 3º. As transferências dos recursos complementares a que se refere este artigo serão realizadas mensalmente e diretamente às contas específicas a que se refere o art. 3º.

§ 4º. No primeiro ano de vigência desta Lei, o valor mínimo anual por aluno, a que se refere este artigo, será de R\$ 300,00 (trezentos reais).

Nesse contexto, conclui-se ser o Fundef um fundo contábil, mantido com recursos provenientes do Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, do Fundo de Participação dos Estados – FPE, do Fundo de Participação dos Municípios – FPM e do Imposto Sobre Produtos Industrializados – IPI, distribuídos no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, na proporção de alunos matriculados anualmente nas escolas cadastradas.

E, como já ressaltado (art. 60, § 3º, do ADCT/1988 e art. 6º da Lei 9.424/1996), caso o valor desses recursos não alcance o mínimo definido nacionalmente, a União, compulsoriamente os complementarará.

Esse mínimo anual por aluno é fixado por ato do Presidente da República, e seu cálculo é efetuado a partir da razão entre a previsão da receita total para o Fundef e a matrícula total do ensino fundamental no ano anterior, acrescido do total estimado de novas matrículas, cujos dados são extraídos do censo anual educacional realizado pelo Ministério da Educação (§ 1º e 2º do art. 6º da Lei 9.424/1996).

Com essas exposições preliminares, resalto versar a lide exatamente sobre o cálculo do limite mínimo por aluno/ano para o Fundef e a conseqüente fixação da contrapartida da União.

Logo, duas são as premissas postas em discussão.

O autor entende que deve ser levado em conta a

receita total do Fundef e o número de alunos de todos os Estados e Distrito Federal agrupadamente, obtendo-se, a partir daí, a média nacional que seria considerada, como valor mínimo nacional a ser observado, indistintamente pelas 27 unidades da federação.

Já a ré sustenta que esse cálculo, nos termos da interpretação possível de ser extraída do art. 6º da Lei 9.424/1996, deve levar em consideração a receita e o número de alunos em cada estado isoladamente, até mesmo por força da natureza estadual de cada fundo.

Nesse sentido, enfatiza em sua apelação que esse mínimo nacional deve ter como parâmetro o “... *cálculo de 27 valores per capita distintos (26 Estados e Distrito Federal), baseados na receita total do Fundef e número total de alunos do ensino fundamental público no âmbito de cada uma dessas 27 Unidades da Federação, sendo o valor mínimo nacional fixado, a critério do Governo Federal (em face do exercício do poder discricionário que lhe foi conferido pelo art. 6º, §1º, da Lei 9.424, de 1996), em valor intermediário, ou seja, entre o menor e o maior dos 27 per capita calculados, de sorte que o valor definido represente uma melhoria em relação ao per capita do Estado com valor mais baixo, promovendo-se uma redução das desigualdades existentes*” (fls. 231).

Até mesmo porque, no seu entender, “... *só existe a vedação legal à fixação de um valor mínimo nacional inferior ao menor entre os vinte e sete quocientes entre receita vinculada ao fundo e respectiva matrícula total, preceito que jamais foi descumprido*” (fls. 231, com os destaques).

Essas assertivas, no seu entender, encontram-se definidas no art. 2º, § 2º, “a” do Decreto 2.264/1997, ao estabelecer que, para os fins do disposto neste artigo, o Ministério da Educação e do Desporto, “divulgará, até o dia 31 de março de cada ano, a estimativa do número de alunos referida no parágrafo anterior *por* Estado, Distrito Federal e Município, bem assim as demais informações necessárias ao cálculo dos recursos a serem repassados no ano subsequente, com vistas à elaboração das propostas orçamentárias das três esferas de Governo, bem como que, para o estabelecimento dos coeficientes de distribuição, serão considerados “o número de alunos matriculados nas escolas cadastradas *das respectivas redes de ensino ...*”

A título de ilustração, destaca a ré, ainda, que, “... *atendendo ao disposto no art. 60, §3º, do ADCT, bem como no art. 6º da Lei 9.424/1996, tem assegurado a*

complementação financeira ao Fundef, relativamente às unidades federativas onde a equação aluno/ano (calculada pela divisão do total das receitas do Fundo no âmbito do Estado pelo total geral de alunos do ensino fundamental, consideradas as redes estadual e municipal, não atinge o valor mínimo nacionalmente estabelecido” (fls. 240).

Portanto, resta ratificada a alegação desenvolvida pelo autor no sentido de que a União, para a definição do valor mínimo em questão, no lugar do quociente entre a previsão da receita total para o Fundo, verificada em todos os Estados e no Distrito Federal, e o número total dos alunos matriculados no ensino fundamental no ano anterior, acrescido do número estimado das novas matrículas no exercício em referência (§ 1º do art. 6º da Lei 9.424/1996), vem considerando a média ponderada dos quocientes apurados entre o menor e o maior quociente *per capita* verificado nos Estados e no Distrito Federal, critério que tem resultado, ano após ano, numa complementação bem abaixo da prevista na lei.

Assim, toda a controvérsia estabelecida centra-se na interpretação possível de ser extraída do comando normativo do art. 6º da Lei 9.424/1996, especialmente do seu parágrafo 1º.

Data venia, não antevejo verossimilhança na argumentação desenvolvida pela União, no sentido de que, a teor da norma do art. 6º, § 1º, da Lei 9.424/1996, o Chefe do Poder Executivo Federal, no caso, exerce poder discricionário, cumprindo-lhe, para fixação do mínimo nacional, por aluno, estabelecer um valor situado dentro dos limites representados pelo menor e maior quociente resultantes da divisão da receita do Fundo pelo número de alunos, considerados isoladamente cada uma das 27 Unidades da Federação.

Não é essa a interpretação que se pode extrair do *caput* e do § 1º do art. 6º da referida lei, cujo texto não faz menção aos recursos para os Fundos isoladamente, nem ao número de matrículas, em cada uma das unidades federadas. Ao contrário, expressa alusão à receita total para o fundo e à matrícula total do ensino fundamental, expressões que não podem ser tidas senão como referidas à totalidade dos recursos carreados pelos Estados e pelo Distrito Federal para o Fundef e à totalidade dos alunos do ensino fundamental matriculados no País, como sendo os fatores

a serem tidos em conta para apuração do mínimo anual por aluno a ser fixado, pelo Presidente da República, para efeito da complementação a ser feita pela União aos Estados que não o atingiram.

Note-se que, nem mesmo quando o *caput* do art. 6º da Lei 9.424/1996 ressalta que a complementação devida pela União ocorrerá quando, “*no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, seu valor por aluno não alcançar o mínimo definido nacionalmente*”, se pode extrair essa conclusão, pois, o que importa é o quanto definido nacionalmente a título de valor mínimo anual por aluno.

Por isso, tenho que não assiste razão à União ao sustentar a legalidade da interpretação que dá ao art. 6º da Lei 9.424/1996, e dos arts. 2º, § 2º, “a” e 3º § 1º do Dec. 2.264/1997, no sentido de utilizar-se como parâmetro para fixação do valor mínimo do Fundef “*o quociente de divisão entre a previsão da receita total para o fundo e a matrícula total no ano anterior, acrescida do total estimado de novas matrículas, para qualquer um dos vinte e sete Fundos de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e Valorização do Magistério*” (primeiro parágrafo de fls. 247), ou seja, o valor mínimo aplicado pela União consiste num valor intermediário resultante da média de cada valor mínimo alcançado dentro de cada fundo por unidade federada.

No meu entender, essa interpretação não encontra respaldo na *mens legis*, bem como na *mens legislatoris* estabelecida no comando normativo disposto no Art. 60 do ADCT/1988 e art. 6º da Lei 9.424/1996, que, respectivamente, criou e regulamentou o Fundef com o intuito primordial de assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino fundamental, proporcionando a universalização do seu atendimento e a remuneração condigna do magistério.

Colhe-se da exposição de motivos 273, de 13/10/1995, que acompanhou a Proposta 233, de 1995 (Mensagem do Poder Executivo 1078/1995, transformada na Emenda Constitucional 14/96), *verbis*:

O que se verifica é que a distribuição dos recursos não é compatível com as efetivas responsabilidades na manutenção das redes de ensino. Dadas as diferentes capacidades de arrecadação e o fato de que as transferências constitucionais da União para Estados e Municípios, e dos Estados para os Municípios, não se fazem segundo critérios que levem em consideração necessidades específicas, seja na educação, seja em qualquer outra área, resulta que

os distintos governos subnacionais apresentam diferenças substanciais na sua capacidade de investimento na educação.

Uma das disparidades mais gritantes é o fato de que precisamente nas regiões mais pobres do País, os Municípios respondem pela maior parte do atendimento no ensino fundamental obrigatório. Já nas regiões mais desenvolvidas, os Governos Estaduais provêem a maior parte do atendimento. Em ambas as situações, no entanto, o volume de recursos disponíveis em cada esfera de governo, apesar da vinculação constitucional de parte significativa das suas receitas (art. 212, CF), é claramente insuficiente para assegurar um ensino de qualidade minimamente aceitável. Isto fica evidente quando se examina a disponibilidade média de recursos fiscais, por aluno e por ano.

De fato, os recursos constitucionalmente vinculados, considerando-se somente os impostos e transferências mais significativas, isto é, os Fundos de Participação e o ICMS, somam hoje cerca de R\$ 16.7 bilhões, no conjunto dos Estados e Municípios do País. Se admitíssemos que pelo menos 60% desse total fosse destinado à manutenção do ensino fundamental, que conta hoje com uma matrícula de 29.3 milhões de alunos nas redes estaduais e municipais, teríamos uma disponibilidade média de aproximadamente R\$ 340.00 por aluno.

No entanto, a má distribuição dos recursos, gera disparidades imensas nesse valor médio por aluno: de um mínimo de R\$ 80,00 para os Municípios do Maranhão a um máximo de R\$ 1.165.00 para os Municípios de São Paulo; de um mínimo de R\$ 220.00 no Estado do Pará a um máximo de R\$ 830.00 no Estado do Rio de Janeiro. Há evidências de que, em um mesmo Estado do Nordeste, o dispêndio médio por aluno/ano, nas redes municipais de ensino, variou de R\$ 30.00 a R\$ 650.00. Num mesmo Município, o dispêndio médio na rede municipal de ensino foi de R\$ 30,00, enquanto que na rede estadual foi de R\$ 300,00.

Dados como estes mostram claramente que há uma grande iniquidade na atribuição de responsabilidades entre os níveis de governo, quando se leva em consideração a capacidade de investimento de cada um. Esta distribuição perversa induz à conclusão de que há uma generalidade escassa de recursos, quando, na realidade, temos evidente desequilíbrio na repartição de responsabilidade e recursos.

Entretanto, o direito à educação fundamental, que é obrigatória, é consagrado pela Constituição como direito subjetivo de todos os brasileiros e, por isto, não deveria ser limitado pelas desigualdades

econômicas entre as Unidades da Federação e entre os respectivos Municípios. Por outro lado, ainda que se deva reconhecer as legítimas aspirações da sociedade por educação nos níveis mais avançados e, mesmo, por um atendimento ampliado em creches e pré-escolas, é indubitável que a escolaridade obrigatória - exatamente por ser obrigatória - deve merecer do Estado a mais alta das prioridades.

O papel do Governo Federal, face a esse quadro, precisa ser redefinido. A concepção federativa do Estado nacional, na Constituição em vigor, aponta para a desconcentração das ações em favor dos Estados e Municípios e, conseqüentemente, para a função redistributiva dos recursos fiscais disponíveis, de sorte a promover maior equidade na capacidade de atendimento das demandas sociais em cada Unidade da Federação. Estes princípios precisam ser observados também na área da educação, na qual, mais do que uma ação supletiva não claramente definida, a União deve atentar para a sua função redistributiva.

(...). Pelas estimativas atuais considera-se que, para manter um ensino de qualidade aceitável ao mesmo tempo que assegurar uma remuneração média satisfatória para o conjunto do magistério, seria necessário um investimento mínimo por aluno e por ano de cerca de R\$ 300,00. Através do mecanismo proposto, a União garantirá que pelo menos este investimento mínimo seja alcançado em todos os estados da federação. Ao mesmo tempo que mantém o investimento médio já alcançado naquelas unidades da federação onde ele já é superior àquele mínimo". (Destques não constantes do original)

Aliás, corroborando a conclusão da distorção hermenêutica aplicada pela União, apontou relatório preparado por Grupo de Trabalho instituído no âmbito do Ministério da Educação (Portarias 71 e 212, de 27/01/2003 e 14/02/2003, respectivamente, fls. 80/120), que "as duas interpretações (Quadro 3), obviamente, geram resultados diferentes para o valor mínimo nacional por aluno/ano, com reflexo direto no valor da Complementação da União ao fundo", sendo que "... o valor da Complementação da União realizado entre 1998 representou cerca de 23,6% do valor que seria transferido, caso o valor médio nacional tivesse sido adotado. Esse percentual foi reduzido ao longo dos exercícios seguintes, chegando a 11,2% em 2001 e 12,7% em 2002. No período de 1998 a 2002 a União assegurou cerca de 15,6% do valor da Complementação, calculado a partir do valor médio nacional por aluno/ano. A diferença

entre a Complementação calculada com base no valor médio e a Complementação efetivamente realizada, acumula cerca de R\$ 12,7 bilhões entre 1998 e 2002” (fls. 88, 3º parágrafo).

Conclui, ainda, esse mesmo relatório, que “a fixação do valor mínimo nacional por aluno/ano para 2003, vem sendo realizada sem a integral observância dos critérios que orientam sua definição, tanto o é que diz respeito à diferenciação de valores, de forma compatível com os custos praticados entre a 1ª e a 4ª séries, a 5ª e a 8ª, a Educação Especial e o ensino rural, quanto no que se refere metodologia de cálculo que recomenda a observância do valor médio nacional como limite mínimo” (fls. 106).

Aliás, a Lei 9.424/1996 quando quer referir-se à apuração e distribuição de recursos em cada fundo isoladamente, o faz de forma expressa, como se colhe do art. 2º, *caput* e §§ 1º e 4º, *verbis*:

Art. 2º Os recursos do Fundo serão aplicados na manutenção e desenvolvimento do ensino fundamental público, e na valorização de seu Magistério.

§ 1º A distribuição dos recursos, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, dar-se-á, entre o Governo Estadual e os Governos Municipais, na proporção do número de alunos matriculados anualmente nas escolas cadastradas das respectivas redes de ensino, considerando-se para esse fim:

(...)

§ 4º O Ministério da Educação e do Desporto - MEC realizará, anualmente, censo educacional, cujos dados serão publicados no Diário Oficial da União e constituirão a base para fixar a proporção prevista no § 1º.

De tudo isso se deduz que, se os objetivos traçados pelo legislador constituinte com a criação do Fundef era assegurar o desenvolvimento e universalização do ensino fundamental, e para tal foi editada a Lei 9.424/1996, suas diretrizes devem ser seguidas. Se essas diretrizes conclamam a que o valor mínimo nacional, que norteará o percentual a ser complementado pela União, seja apurado tomando-se como base a receita total do Fundef e o número de alunos de todos os Estados e Distrito Federal conjuntamente, no ano anterior, acrescido do total estimado de novas matrículas, (art. 6º, *caput* e §§ 1º e 2º), não se pode extrair a conclusão de que se possa fixá-lo, “... (em face do exercício do poder discricionário que lhe foi conferido pelo art. 6º, §1º,

da Lei 9.424, de 1996), em valor intermediário, ou seja, entre o menor e o maior dos 27 per capita calculado, de sorte que o valor definido represente uma melhoria em relação ao per capita do Estado com valor mais baixo, promovendo-se uma redução das desigualdades existentes” (fls. 231).

Em verdade, o que fez a União foi, fugindo da sua responsabilidade constitucional de redistribuir e suplementar o ensino fundamental e básico, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios (art. 211, CF), criar norma nova, contrariando a *mens legis* e a *mens legislatoris* que comandaram o legislador constituinte derivado ao editar a Emenda Constitucional n. 14/1996.

Nesse sentido, concluiu o TCU (Decisão 871/2002), haver orientação daquele Tribunal no sentido do “entendimento de que a fórmula de cálculo estabelecida no § 1º do art. 6º da Lei 9.424/1996 “deva ser entendida como uma média nacional, correspondente à razão entre o somatório das receitas de todos os fundos e a matrícula total do ensino fundamental público no País” (fls. 220, item 36 *in fine*).

Enfim, não se trata de supor a existência de um Fundo Nacional de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e Valorização do Magistério, como sustenta a ré a fls. 159, penúltimo parágrafo, de sua contestação, até mesmo porque não se desconhece que a lei define a existência de um fundo em cada unidade da federação (art. 1º da Lei 9.424/1996), mas, sim, que o parágrafo 3º do art. 60 do ADCT/1988 e o art. 6º da Lei 9.424/1996, tornam compulsória a complementação por parte da União sempre que, no âmbito de cada unidade federada, os valores arrecadados ou repassados a título de ICMS, FPE, FPM e IPI (art. 1º, § 1º, I, II e III da Lei 9.424/1996), não for suficiente para se cobrir o mínimo legal nacionalmente estabelecido. Cabe ressaltar, ainda, que o § 1º desse mesmo artigo estabelece que o valor mínimo nacional jamais pode ser inferior à razão entre a previsão total do fundo e o número total de alunos de todas as unidades federadas no ano anterior, acrescida do total estimado de novas matrículas.

No mesmo sentido afasta-se a alegação de ser o Fundef composto de receitas advindas essencialmente do ICMS (art. 1º, § 1º, I, da Lei 9.424/1996), tributo su-

jeito à ampla gama de variações de alíquotas por força da famigerada “guerra fiscal” praticada entre os estados, pois essas eventuais flutuações de receitas não podem ser invocadas como argumento lógico para se definir um padrão mínimo de repasses governamentais para a manutenção dos custos e padrões de qualidade do ensino fundamental, exigidos pela Constituição.

Da mesma forma é de ser rejeitado o argumento objetivo quanto ao impacto financeiro nas contas da União, eis que a Lei Orçamentária Anual, enquanto dispositivo legal que autoriza a realização das despesas que tenham sido definidas à luz das políticas, prioridades e diretrizes governamentais, é um instrumento de trabalho que disciplina a gestão pública, tanto pela definição quanto pela imposição de limites e metas a serem cumpridas. Estes referenciais, entretanto, suportam ajustes no decorrer do ano, permitindo a realização de incrementos ou reduções de valores nas dotações inicialmente estabelecidas. Assim, o administrador público deve atuar, em relação à execução orçamentária, em função da autorização que a lei de orçamento lhe outorga, sem que essa autorização, entretanto, seja considerada inflexível, em face das possibilidades de adaptações do orçamento à realidade às necessidades que surgem no decorrer do processo de gestão.

Quanto aos juros de mora, posto que inaplicável o art. 1º-F da Lei 9.494/1997, por não se tratar de pagamento de verbas remuneratórias a servidores e empregados públicos, entendo como correto o percentual de 1% ao mês a partir da citação, fixado nos termos do art. 406 do CC c/c art. 161, § 1º do CTN.

Ressalto, entretanto, que os valores objeto da presente ação, por se tratar de verba do Fundef, receita vinculada à educação, devem ser repassados à conta específica do Município autor junto àquele fundo, que os administrará, a teor dos arts. 3º, 4º e 11 da Lei 9.424/1996, hoje esculpidos no art. 19 da Lei 11.494/2007.

É importante ressaltar, aliás, que, sobre a matéria de fundo, essa Lei 11.494, de 20/06/2007, que hoje disciplina a matéria, estabelece em nota explicativa:

O cálculo para a distribuição dos recursos do Fundef é realizado em 4 (quatro) etapas subsequentes:

1) cálculo do valor anual por aluno do Fundo, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal,

obtido pela razão entre o total de recursos de cada Fundo e o número de matrículas presenciais efetivas nos âmbitos de atuação prioritária (§§ 2º e 3º do art. 211 da Constituição Federal), multiplicado pelos fatores de ponderações aplicáveis;

2) dedução da parcela da complementação da União de que trata o art. 7º desta Lei;

3) distribuição da complementação da União, conforme os seguintes procedimentos:

3.1) ordenação decrescente dos valores anuais por aluno obtidos nos Fundos de cada Estado e do Distrito Federal;

3.2) complementação do último Fundo até que seu valor anual por aluno se iguale ao valor anual por aluno do Fundo imediatamente superior;

3.3) uma vez equalizados os valores anuais por aluno dos Fundos, conforme operação 3.2, a complementação da União será distribuída a esses 2 (dois) Fundos até que seu valor anual por aluno se iguale ao valor anual por aluno do Fundo imediatamente superior;

3.4) as operações 3.2 e 3.3 são repetidas tantas vezes quantas forem necessárias até que a complementação da União tenha sido integralmente distribuída, de forma que o valor anual mínimo por aluno resulte definido nacionalmente em função dessa complementação;

4) verificação, em cada Estado e no Distrito Federal, da observância do disposto no § 1º do art. 32 (ensino fundamental) e no art. 11 (educação de jovens e adultos) desta Lei, procedendo-se aos eventuais ajustes em cada Fundo.

Ante o exposto, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

É como voto.

Voto Vogal

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso: — Senhor Presidente, o voto muito bem enfrentado por Sua Excelência resume essa questão de repasse do Fundef aos estados e municípios, em que ele deixa de aplicar o dispositivo da lei, que foi alterado pelo Decreto 2.264/1997, que, na verdade, extrapolou os próprios limites, também. Então, esse Decreto trouxe uma inovação dentro da lei, que é inadmissível. Com isso, então, ele criou uma fórmula de repasse totalmente contrária à própria norma no sentido de que deve ser repassada ao estado uma equação nacional e não estadual, ou até municipal, que, por vezes, se vê.

São essas breves considerações somente para acompanhar Vossa Excelência *in totum*.

Voto Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Leomar Amorim: — É lição assente em Direito Público, designadamente em Direito Administrativo, que o decreto regulamentar não pode ser *extra legem*, *contra legem* e nem *praeter legem*. No caso, o Relator, de forma minuciosa e extensa, demonstrou que o decreto do Executivo, a pretexto de regulamentar a lei, incorreu em conduta *ultra vires*. Agora com o voto do Relator já referendado pela Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso, fica evidente que esse decreto inovou a ordem jurídica, criou uma nova hipótese de distribuição da relação fundo-aluno que não havia sido estabelecida pela lei e nem delegada ao Executivo, aliás, sequer a nossa ordem jurídica autoriza os decretos delegados. A doutrina brasileira é unânime em não admitir decretos delegados ou autorizados e nem decreto *praeter legem*.

Com essas breves considerações, acompanho o Relator.

Agravo de Instrumento

2008.01.00.020853-4/DF

Relatora: A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso

Decisão: 08/05/2008

Divulgação: e-DJF1 de 13/05/2008

Publicação: 14/05/2008

Decisão

Neste agravo de instrumento, interposto com pedido de efeito suspensivo ativo, pretende Elfe Solução em Serviços Ltda. ver reformada a decisão proferida pelo Juízo da 17ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, que, nos autos da ação proposta pelo rito ordinário 2007.34.00.036423-0, deferiu parcialmente o pedido liminar, para suspender os efeitos do Ato Declaratório Interpretativo 4/2007, da Secretaria da Receita Federal do Brasil, no que tange exclusivamente às despesas com fardamento ou uniforme e com a aquisição de combustíveis e lubrificantes utilizados em veículos da própria empresa destinados ao transporte de empregados, necessários à prestação dos serviços de limpeza e conservação.

A agravante alega que, *por força da não-cumulatividade, o contribuinte pode descontar da base de cálculo dos citados tributos os valores já recolhidos em outras etapas do processo produtivo em itens como, por exemplo, a alimentação, a saúde, o transporte e a vestimenta dos empregados que exercem a atividade fim de uma empresa que atua na área de prestação de serviços.*

Defende que as despesas efetivadas com fornecimento aos empregados de vale-transporte, vale-refeição ou alimentação, seguro de vida, seguro-saúde e plano de saúde se caracterizam como insumos, não caracterizando remuneração paga ao trabalhador, ou seja, não possuem natureza salarial.

Suscita, para respaldar suas alegações, o princípio da cumulatividade do PIS e da Cofins, o princípio da legalidade, a definição de insumo.

Requer, assim, a concessão da antecipação da tutela recursal, para determinar a suspensão total da eficácia do Ato Declaratório Interpretativo 4/2007, possibilitando a agravante creditar-se dos valores dos insumos relativos a vale-transporte, vale-refeição ou alimentação, seguro de vida, seguro-saúde e plano de saúde fornecidos aos empregados.

Este agravo de instrumento, protocolizado em 28/04/2008, veio-me concluso em 30/04/2008.

Decido.

Em razão do evidente *periculum in mora*, recebo o agravo como de instrumento, nos termos da redação dada ao art. 522 do CPC pela Lei 11.187/2005.

O MM. Magistrado *a quo* deferiu parcialmente a liminar, pois concluiu que *as despesas com o fornecimento, a seus empregados, de vale-transporte, vale-refeição ou alimentação, seguro de vida e seguro-saúde, embora não se enquadrem no conceito de remuneração, a teor do art. 458, § 2º, da Consolidação das Leis Trabalhistas e do art. 2º, “a”, da Lei 7.418/1985, devem ser incluídas no conceito de “mão-de-obra paga a pessoa física” para fins de exclusão do direito ao crédito.*

In casu, objetiva a ora agravante, neste recurso, seja determinada a suspensão total da eficácia do Ato Declaratório Interpretativo 4 de 2007, possibilitando o crédito dos valores dos insumos relativos a vale-transporte, vale-refeição ou alimentação, seguro de vida, seguro-saúde e plano de saúde fornecidos aos empregados.

Não obstante os fundamentos expostos na decisão agravada, razão assiste à tese defendida pela empresa agravante.

As Leis 10.637/2002 e 10.833/2003, que tratam do princípio da não-cumulatividade em relação ao PIS e à Cofins, ambas no art. 3º, II, não criaram restrição nenhuma aos bens e serviços utilizáveis como insumos na prestação de serviços de asseio e conservação, um dos objetos sociais da agravante.

Tais leis definem como insumos todos os bens e serviços necessários à prestação de serviços em geral. O Ato Declaratório Interpretativo 4/2007, ao restringir à compensação a carga de tais empresas, excluindo os insumos como vale-transporte, vale-refeição ou alimentação, seguro de vida, seguro-saúde e plano de saúde fornecidos aos empregados, acabou por contrariar previsão legal, assim como ferir princípios constitucionais.

O referido ato declaratório interpretativo restringindo o alcance da não-cumulatividade prevista nas Leis 10.637/2002 e 10.833/2003 e extrapolando os parâmetros legais entra em franca violação ao princípio da igualdade, da legalidade e da segurança jurídica.

Sua ilegalidade é patente em razão da própria natureza jurídica de ato infra-regulamentar, pois não poderia, de modo algum, deixar de considerar insumos determinados fornecimentos e despesas necessárias à prestação dos referidos serviços.

Embora anterior à edição do Ato Declaratório Interpretativo 4/2007, apenas para elucidar a presente controvérsia, trago à colação teor da Solução de Consulta 16, de 27/05/2004, da Superintendência Regional da Receita Federal/3ª Região Fiscal, em que foi proferido entendimento de que *os valores referentes ao fornecimento de fardamento, alimentação e vale-transportes aos funcionários envolvidos diretamente na prestação dos serviços, durante e para a execução destes, quando sejam fornecidos pela própria consulente, ou ainda que tais bens e serviços sejam prestados e fornecidos por pessoa jurídica domiciliada no País, com ônus para aquela, se enquadram como insumos utilizados na prestação de serviços e podem compor o somatório dos créditos a serem descontados da Cofins, a partir de 01/02/2004 e do PIS/Pasep a partir de 01/01/2003.*

Quanto ao *periculum in mora*, caso não seja deferida a manutenção dos referidos créditos, a agravante estará sujeita à cobrança e aplicação de sanções por parte da agravada pelo fato de informar, em sua escritura contábil, os créditos ora questionados.

Ante o exposto, *defiro o pedido de antecipação da tutela recursal*, para *suspender a eficácia total* do Ato Declaratório Interpretativo 4/2007, possibilitando a agravante creditar-se dos valores insumos relativos a vale-transporte, vale-refeição ou alimentação, seguro de vida, seguro-saúde e plano de saúde fornecidos aos empregados, abstendo-se a agravada de qualquer procedimento fiscalizatório ou de autuação.

Comunique-se, *com urgência*, ao MM. Juiz *a quo* para que dê imediato cumprimento a esta decisão.

Publique-se. Cumpra-se.

Agravo de Instrumento

2008.01.00.017648-3/TO

Relatora: A Exma. Sra. Des. Federal Selene de Almeida
Decisão: 05/05/2008
Divulgação: e-DJF1 de 19/05/2008
Publicação: 20/05/2008

Decisão

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão proferida pelo Juízo da 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de Tocantins, que, nos autos da Ação Civil Pública 2007.43.00.003001-9, indeferiu pedido de indisponibilidade de bens dos requeridos.

A ação originária foi ajuizada com a pretensão de devolver à União valores supostamente desviados/apropriados pelos requeridos, ora agravados, no âmbito de financiamento de projeto junto à Sudam.

O Ministério Público assevera que o objetivo da medida cautelar é impedir a dilapidação do patrimônio que teria sido indevidamente acumulado e garantir a futura reparação do dano ao erário público, eis que a seu juízo são fundados os indícios de atos irregulares e utilização de prestígio e poder junto a órgãos públicos para a obtenção de favorecimentos diversos representados em última análise nos créditos financeiros obtidos através dos projetos que teriam sido irregularmente aprovados.

Ratifica a presença das condições necessária para decretação da medida e pugna pela reforma do *decisum*.

É o relatório do essencial.

O Magistrado em sua decisão afirma que os bens não foram individualizados, bem como aponta que não há evidência de que os demandados estão dilapidando seus patrimônios, o que o conduziu a indeferir o pedido deduzido como providência liminar na ação civil pública.

A jurisprudência desta Corte firmou entendimento no sentido de que “o mero ajuizamento da ação de improbidade não é suficiente para a decretação da indisponibilidade. Além da demonstração do *fumus boni iuris*, é essencial a prova do perigo concreto de satisfação da obrigação, que poderá ser deduzida, ao final, na ação de improbidade. (AG 2007.01.00.009524-0/PA, Rel. Juiz Federal Klaus Kuschel (conv), 4ª T, DJ de 05/10/2007, p. 49).

Ressalte-se, que o posicionamento acima foi adotado em ação de improbidade administrativa, hipótese distinta da examinada que, inclusive, conduziria à necessária determinação de remessa deste recurso e dos autos principais ao colendo Supremo Tribunal Federal, pois consta como demandado um Deputado Federal que possui foro por prerrogativa de função, o que fixa a competência do STF, conforme o entendimento firmado na Reclamação 2.138/DF, que restou assim ementada:

Recl 2138 / DF - Distrito Federal

Reclamação

Relator: Min. Nelson Jobim

Julgamento: 13/06/2007

Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação: DJE-070 Divulg 17/04/2008 Public 18/04/2008 Ement Vol-02315-01 PP-00094 Parte(s)

Reclamante: União

Advogado: Advogado-Geral da União

Reclamado: Juiz Federal Substituto da 14ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal

Reclamado: Relator da AC 1999.34.00.016727-9 do Tribunal Regional Federal da 1ª Região

Intimado.: Ministério Público Federal

Ementa: Reclamação. Usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. Improbidade administrativa. Crime de responsabilidade. Agentes políticos.

I. Preliminares.

Questões de Ordem.

I.1. Questão de ordem quanto à manutenção da competência da Corte que justificou, no primeiro momento do julgamento, o conhecimento da reclamação, diante do fato novo da cessação do exercício da função pública pelo interessado. Ministro de Estado que posteriormente assumiu cargo de Chefe de Missão Diplomática Permanente do Brasil perante a Organização das Nações Unidas. Manutenção da prerrogativa de foro perante o STF, conforme o art. 102, I, “c”, da Constituição. Questão de ordem rejeitada.

I.2. Questão de ordem quanto ao sobrestamento do julgamento até que seja possível realizá-lo em conjunto com outros processos sobre o mesmo tema, com participação de todos os Ministros que integram o Tribunal, tendo em vista a possibilidade de que o pronunciamento da Corte não reflita o entendimento de seus atuais membros, dentre os quais quatro não têm direito a voto, pois seus antecessores já se pronunciaram. Julgamento que já se estende por cinco anos. Celeridade processual. Existência de outro processo com matéria idêntica na seqüência da pauta de julgamentos do dia. Inutilidade do sobrestamento. Questão de ordem rejeitada.

II. Mérito.

II.1. Improbidade administrativa. Crimes de responsabilidade. Os atos de improbidade administrativa são tipificados como crime de responsabilidade na Lei 1.079/1950, delito de caráter político-administrativo.

II.2. Distinção entre os regimes de responsabilização político-administrativa. O sistema constitucional brasileiro distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos dos demais agentes públicos. A Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o previsto no art. 37, § 4º (regulado pela Lei 8.429/1992) e o regime fixado no art. 102, I, “c”, (disciplinado pela Lei 1.079/1950). Se a competência para processar e julgar a ação de improbidade (CF, art. 37, § 4º) pudesse abranger também atos praticados pelos agentes políticos, submetidos a regime de responsabilidade especial, ter-se-ia uma interpretação ab-rogante do disposto no art. 102, I, “c”, da Constituição.

II.3. Regime especial. Ministros de Estado. Os Ministros de Estado, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade (CF, art. 102, I, “c”; Lei 1.079/1950), não se submetem ao modelo de competência previsto no regime comum da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992).

II.4. Crimes de responsabilidade. Competência do Supremo Tribunal Federal. Compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar os delitos político-administrativos, na hipótese do art. 102, I, “c”, da Constituição. Somente o STF pode processar e julgar Ministro de Estado no caso de crime de responsabilidade e, assim, eventualmente, determinar a perda do cargo ou a suspensão de direitos políticos.

II.5. Ação de improbidade administrativa. Ministro de Estado que teve decretada a suspensão de seus direitos políticos pelo prazo de 8 anos e a perda da função pública por sentença do Juízo da 14ª Vara da Justiça Federal – Seção Judiciária do Distrito Federal. Incompetência dos juízos de primeira instância para processar e julgar ação civil de improbidade administrativa ajuizada contra agente político que possui prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal, por crime de responsabilidade, conforme o art. 102, I, “c”, da Constituição.

III. Reclamação julgada procedente.

Contudo, na hipótese, não se está tratando de ação de improbidade administrativa, mas de ação civil pública de ressarcimento ao erário relativamente a supostos prejuízos ocasionados ao erário em decorrência de obtenção de empréstimos para a execução de projetos de desenvolvimento custeados pela Sudam, em razão de fortes indícios de desvio de finalidade e utilização fraudulenta dos valores liberados, o que totalizaria, à época da propositura da ação, cerca de R\$ 18.154.827,58.

A ação civil pública proposta tem natureza civil, sendo admissível a pretensão de apenas ver declarada a irregularidade na obtenção e na aplicação das verbas obtidas, com a conseqüente determinação de restituição dos valores indicados por aqueles que sejam indicados na ação como responsáveis pelos desvios.

Nesse sentido, é elucidativo o entendimento firmado no mesmo Supremo Tribunal Federal ao julgar a Adin 2.797/DF, que por oportuno, transcrevo a ementa:

ADI 2797 / DF - Distrito Federal
Ação Direta de Inconstitucionalidade

Relator: Min. Sepúlveda Pertence
Julgamento: 15/09/2005
Órgão Julgador: Tribunal Pleno
Publicação: DJ 19/12/2006 PP-00037; Ement Vol-02261-02 PP-00250
Requerente: Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – Conamp
Advogado: Aristides Junqueira Alvarenga e outro
Requerido: Presidente da República
Requerido: Congresso Nacional

Ementa: I. ADIn: legitimidade ativa: “entidade de classe de âmbito nacional” (art. 103, IX, CF): Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – Conamp

1. Ao julgar, a Adin 3153-AgR, 12/08/04, Pertence, Inf STF 356, o plenário do Supremo Tribunal abandonou o entendimento que excluía as entidades de classe de segundo grau — as chamadas “associações de associações” — do rol dos legitimados à ação direta.

2. De qualquer sorte, no novo estatuto da Conamp — agora Associação Nacional dos Membros do Ministério Público — a qualidade de “associados efetivos” ficou adstrita às pessoas físicas integrantes da categoria, — o que basta a satisfazer a jurisprudência restritiva —, ainda que o estatuto reserve às associações afiliadas papel relevante na gestão da entidade nacional.

II. Adin: pertinência temática. Presença da relação de pertinência temática entre a finalidade institucional das duas entidades requerentes e os dispositivos legais impugnados: as normas legais questionadas se refletem na distribuição vertical de competência funcional entre os órgãos do Poder Judiciário - e, em consequência, entre os do Ministério Público.

III. Foro especial por prerrogativa de função: extensão, no tempo, ao momento posterior à cessação da investidura na função dele determinante. Súmula 394/STF (cancelamento pelo Supremo Tribunal Federal). Lei 10.628/2002, que acrescentou os §§ 1º e 2º ao art. 84 do C. Processo Penal: pretensão inadmissível de interpretação autêntica da Constituição por lei ordinária e usurpação da competência do Supremo Tribunal para interpretar a Constituição: inconstitucionalidade declarada.

1. O novo § 1º do art. 84 CPrPen constitui evidente reação legislativa ao cancelamento da Súmula 394 por decisão tomada pelo Supremo Tribunal no Inq 687-QO, 25/08/1997, rel. o em. Ministro Sydney Sanches (RTJ 179/912), cujos fundamentos a lei nova contraria inequivocamente.

2. Tanto a Súmula 394, como a decisão do Supremo Tribunal, que a cancelou, derivaram de interpretação direta e exclusiva da Constituição Federal.

3. Não pode a lei ordinária pretender impor, como seu objeto imediato, uma interpretação da Constituição: a questão é de inconstitucionalidade formal, insita a toda norma de gradação inferior que se proponha a ditar interpretação da norma de hierarquia superior.

4. Quando, ao vício de inconstitucionalidade formal, a lei interpretativa da Constituição acresça o de opor-se ao entendimento da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal — guarda da Constituição —, às razões dogmáticas acentuadas se impõem ao Tribunal razões de alta política institucional para repelir a usurpação pelo legislador de sua missão de intérprete final da Lei Fundamental: admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador, ou seja, que a Constituição — como entendida pelo órgão que ela própria erigiu em guarda da sua supremacia —, só constituiria o correto entendimento da Lei Suprema na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, ao contrário, submetido aos seus ditames.

5. Inconstitucionalidade do § 1º do art. 84 C. Pr. Penal, acrescido pela lei questionada e, por arrastamento, da regra final do § 2º do mesmo artigo, que manda estender a regra à ação de improbidade administrativa.

IV. Ação de improbidade administrativa: extensão da competência especial por prerrogativa de função estabelecida para o processo penal condenatório contra o mesmo dignitário (§ 2º do art. 84 do C Pr Penal introduzido pela Lei 10.628/2002): declaração, por lei, de competência originária não prevista na Constituição: inconstitucionalidade.

1. No plano federal, as hipóteses de competência cível ou criminal dos tribunais da União são as previstas na Constituição da República ou dela implicitamente decorrentes, salvo quando esta mesma remeta à lei a sua fixação.

2. Essa exclusividade constitucional da fonte das competências dos tribunais federais resulta, de logo, de ser a Justiça da União especial em relação às dos Estados, detentores de toda a jurisdição residual.

3. Acresce que a competência originária dos Tribunais é, por definição, derrogação da competência ordinária dos juízos de primeiro grau, do que decorre que, demarcada a última pela Constituição, só a própria Constituição a pode exce-
tuar.

4. Como mera explicitação de competências originárias implícitas na Lei Fundamental, à disposição legal em causa seriam oponíveis as razões já aventadas contra a pretensão de imposição por lei ordinária de uma dada interpretação cons-
titucional.

5. De outro lado, pretende a lei questionada equiparar a ação de improbidade administrativa, de natureza civil (CF, art. 37, § 4º), à ação penal contra os mais altos dignitários da República, para o fim de estabelecer competência originária do Supremo Tribunal, em relação à qual a jurisprudência do Tribunal sempre estabeleceu nítida distinção entre as duas espécies.

6. Quanto aos Tribunais locais, a Constituição Federal — salvo as hipóteses dos seus arts. 29, X e 96, III —, reservou explicitamente às Constituições dos Estados-membros a definição da competência dos seus tribunais, o que afasta a possi-
bilidade de ser ela alterada por lei federal ordinária.

V. Ação de improbidade administrativa e competência constitucional para o julgamento dos crimes de responsabi-
lidade.

1. O eventual acolhimento da tese de que a competência constitucional para julgar os crimes de responsabilidade haveria de estender-se ao processo e julgamento da ação de improbidade, agitada na Rcl 2138, ora pendente de julgamento no Supremo Tribunal, não prejudica nem é prejudicada pela inconstitucionalidade do novo § 2º do art. 84 do C.Pr.Penal.

2. A competência originária dos tribunais para julgar crimes de responsabilidade é bem mais restrita que a de julgar autoridades por crimes comuns: afora o caso dos chefes do Poder Executivo — cujo *impeachment* é da competência dos órgãos políticos — a cogitada competência dos tribunais não alcançaria, sequer por integração analógica, os membros do Congresso Nacional e das outras casas legislativas, aos quais, segundo a Constituição, não se pode atribuir a prática de cri-
mes de responsabilidade.

3. Por outro lado, ao contrário do que sucede com os crimes comuns, a regra é que cessa a imputabilidade por crimes de responsabilidade com o termo da investidura do dignitário acusado” Decisão: O Tribunal, por unanimidade, rejeitou as preliminares. Votou o Presidente, Ministro Nelson Jobim. Em seguida, após o voto do Senhor Ministro Sepúlveda Pertence, Relator, que julgava procedente a ação, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Eros Grau. Falaram pela Associação Nacional dos Membros Ministério Público-Conamp, o Dr. Aristides Junqueira Alvarenga; pela Advocacia-Geral da União, o Dr. Álvaro Augusto Ribeiro Costa, Advogado-Geral da União, e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Cláudio Lemos Fonteles, Procurador-Geral da República. Plenário, 22/09/2004. Decisão: Renovado o pedido de vista do Senhor Ministro Eros Grau, justificadamente, nos termos do § 1º do art. 1º da Resolução 278, de 15/12/2003. Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 10/11/2004. Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou procedente a ação, nos termos do voto do relator, para declarar a inconstitucionalidade da Lei 10.628, de 24/12/2002, que acresceu os §§ 1º e 2º ao art. 84 do Código de Processo Penal, vencidos os Senhores Ministros Eros Grau, Gilmar Mendes e a Presidente. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Nelson Jobim (Presidente). Presidiu o julgamento a Senhora Ministra Ellen Gracie (Vice-Presidente). Plenário, 15/09/2005.

Como se depreende, a natureza civil da pretensão não conduz à interpretação de que à hipótese examinada possa ser aplicado o entendimento formulado na citada Reclamação 2138/DF, pois, ainda que conste entre os demandados Deputado Federal que já foi Senador, não consta dos autos discussão sobre crime ou imputação de improbidade administrativa nesta ação, mas tão somente a pretensão de ressarcimento aos cofres públicos dos valores apurados, apontando que as medidas criminais cabíveis são objeto de ação penal específica.

A despeito de entender que o juízo monocrático é competente para o exame da ação, não há demonstração de que a pretendida indisponibilidade dos bens seja medida que permita o devido ressarcimento postulado, especialmente quando se constata que a utilização de terceiros sem vínculo com aqueles que contratam com a Sudam ou os envolvidos na atuação administrativa para a liberação dos valores é prática que vem sendo utilizada pelos demanda-
dos antes mesmo do efetivo início das investigações.

Tal situação, todavia, não pode conduzir ao mero indeferimento de medidas acautelatórias que possam res-
guardar eventual êxito da demanda principal fundando o indeferimento em pretensa ausência de demonstração de *periculum in mora*, pois a utilização de notas frias e utilização de terceiros para dar aparência correta a procedi-
mentos irregulares é questão que faz presumir como possível a transferência de bens com o objetivo de furtar-se a eventual condenação ao ressarcimento dos valores apontados.

Este Tribunal tem admitido a decretação, ainda que não tenham sido indicados de forma expressa os bens sobre os quais se pretende fazer incidir a restrição, sendo oportuno colacionar, dentre outros:

Processual Civil. Administrativo. Agravo de instrumento e agravo regimental. Cautelar inominada. Apuração de irregularidades no repasse de verbas do finam. Bloqueio de todos os bens da empresa e dos valores das contas-correntes dos sócios. Impossibilidade.

1. Da decisão que confere ou nega efeito suspensivo em agravo de instrumento, não cabe agravo regimental (RI-TRF-1, Art. 293, § 1º).

2. Decisão que, em ação cautelar inominada preparatória de ação civil pública por ato de improbidade administrativa, determina o bloqueio de todos os bens da empresa e dos valores das contas-correntes bancárias dos sócios, deve ser parcialmente reformada, uma vez que a indisponibilização deve recair apenas sobre tantos bens quanto bastem para o ressarcimento integral do dano e para o acréscimo patrimonial indevido.

3. Diante da ausência de indicação de bens pelo autor da ação, deve ser dada oportunidade para que os réus apresentem documentos comprobatórios da propriedade e regularidade do funcionamento dos bens, para garantir eventual condenação, bem como as devidas justificativas para os valores que apontaram como suficientes para a movimentação da empresa e subsistência de seus sócios, perante o juízo de primeiro grau, a fim de ver desonerados os demais bens.

4. Determinação do Juiz Federal a quo de comunicar à Justiça Estadual e do Trabalho “para que noticie junto aos respectivos juízes sobre a vedação de qualquer ato de alienação, homologação de acordos ou transações que importem em diminuição patrimonial dos requeridos”, não pode ser mantida, pois é susceptível de ferir atos jurisdicionais de juízos não subordinados ao juízo comum federal.

5. Agravo de instrumento provido, em parte. (AG 2006.01.00.029691-5/PA, Rel. Juíza Federal Maria Lúcia Gomes de Souza (conv), Terceira Turma, DJ de 10/11/2006, p.33)

Processual Civil. Agravo de instrumento. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Lei 8.429/1992. Indisponibilidade de bens. Requisitos: fumus boni iuris e periculum in mora. Lei 7.347/1985. Inexistência.

1. É possível a decretação de indisponibilidade de bens, em sede de ação civil pública que visa a reparação de dano ao patrimônio público em razão da prática de ato de improbidade administrativa, na forma do art. 7º da Lei 8.429/1992, desde que presentes os requisitos do fumus boni iuris e do periculum in mora, previstos no art. 12 da Lei 7.347/1985. Requisitos que, não obstante, não se fazem presentes, na hipótese dos autos.

2. Agravo de Instrumento provido. (AG 2006.01.00.024237-9/DF, Rel. Juiz Federal Klaus Kuschel (conv), Quarta Turma, DJ de 16/02/2007, p.58.)

No mesmo sentido, o TRF da 3ª Região assim já decidiu:

Processual Civi. Administrativo. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Construção do fórum trabalhista da cidade de São Paulo. Decretação de indisponibilidade de bens. Quebra de sigilo fiscal e bancário. Agravo regimental. Prejudicialidade.

I - Declarado prejudicado o agravo regimental interposto, face a apreciação da matéria em julgamento definitivo.

II - Presença do fumus boni iuris nas alegações do autor, justificando a concessão da liminar na ação civil pública, ante a possibilidade de conluio entre os réus, empresas integrantes do Grupo OK, bem como seus sócios, administradores e acionistas, que teriam se beneficiado dos atos de improbidade administrativa praticados juntamente com os réus da Ação Civil Pública 98.0036590-7, onde se apura irregularidades na licitação e construção do Fórum Trabalhista de São Paulo, com transferências de dinheiro para empresas do Grupo, ora agravante, razão pela qual decretou-se a indisponibilidade dos bens imóveis e demais bens integrantes dos ativos permanentes dos réus, pessoas jurídicas, bem como dos demais réus, pessoas físicas, todos ora agravantes.

III - Poder de cautela do magistrado, ante os indícios de irregularidades praticadas e apontadas pelo parquet, com base em relatório elaborado pela Comissão Parlamentar de Inquérito constituída para apurar denúncias contra o Poder Judiciário, bem como por meio de Inquérito Civil Público instaurado.

IV - Existência de conexão das ações, as quais teriam a mesma causa de pedir, daí incabível a aplicação do art. 265, IV, a, do CPC, que determina a suspensão do processo, quando a sentença de mérito depender do julgamento de outra causa, ou da declaração de existência ou inexistência de relação jurídica, que constitua o objeto principal de outro processo pendente.

V - Inocorrência de violação ao art. 5º da CF, já que a decretação de indisponibilidade de bens deu-se dentro dos limites legais, ante o poder geral de cautela do juiz, face aos vários indícios de transferências irregulares de valores do Grupo

Monteiro de Barros para o Grupo OK apontadas pelo autor da ação, que, obviamente, seriam de conhecimento de seus administradores.

VI - Primordialidade na defesa do patrimônio público em questão, ante a magnitude do dano alegado, sem se perder de vista a possibilidade de defesa dos réus, que devem, entretanto, ficar impedidos de dilapidar seu patrimônio, sob pena de ser comprometido o resultado útil da demanda, configurando-se aí a presença do *periculum in mora*.

VII - Argumentação de inadequação da via eleita perante o primeiro grau e ausência de interesse processual ante a ausência de nexo de causalidade entre a conduta dos agravantes e o evento lesivo, deve ser deduzida perante a primeira instância, sob pena de se suprimir grau de jurisdição.

VIII - Possibilidade de decretação de indisponibilidade de bens adquiridos anteriormente a 1992, já que a legislação em referência não traz tal limitação, dispondo, ainda, que deverá recair sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito, justificando-se assim, tal medida, em razão da excepcionalidade do fato consubstanciado no montante do dano.

IX - Caracterizada a razoabilidade da medida adotada pela MM. Juíza *a quo*, ante a determinação de bloqueio apenas dos bens suficientes ao ressarcimento do dano, restando disponível o excedente.

X - A quebra do sigilo fiscal formulado pelo autor destinou-se apenas as pessoas físicas, razão pela qual a concessão da liminar proferida pelo Juízo *a quo* deve se restringir ao pedido do Ministério Público Federal.

XI - Agravo Regimental prejudicado.

XII - Agravo de Instrumento parcialmente provido, apenas para restringir a quebra do sigilo fiscal aos termos do pedido inaugural. (AG – 111929 - 2000.03.00.033614-0/SP - TRF300055230; DJU data: 29/11/2000, RTRF 45/85; Rel. Juíza Cecília Marcondes)

Sobre o tema, outro não é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, podendo-se conferir:

Administrativo. Improbidade administrativa. Indisponibilidade de bens. Omissão no acórdão recorrido. Inexistência. Requisitos para a decretação da liminar. Súmula 07/STJ. Indisponibilidade de bens adquiridos antes ou depois da suposta prática do ato ímprobo. Montante suficiente para o ressarcimento do dano. Dimensionamento. Juízo de origem.

I - A acusação que pesa contra o recorrente é pela suposta prática de ato de improbidade administrativa, no exercício do cargo de prefeito da cidade de Ilhéus – BA, entre os anos de 1993 e 1996, consistente na contratação de pessoal sem a realização de concurso público.

II - Em ação civil pública, com base no conjunto probatório dos autos, foi concedida liminar tornando indisponíveis os bens do ex-administrador municipal, no limite da lesão praticada contra o erário público. Para dar relevo à irresignação do recorrente no sentido de que inexistiriam os requisitos autorizadores da tutela de urgência, ter-se-ia impositivo o reexame dos elementos fáticos constantes dos autos, o que é vedado a esta Corte Superior no âmbito do recurso especial. Incidência da Súmula 7/STJ.

III - Deve ser afastada a alegada violação ao art. 535 do CPC, uma vez que o Tribunal a quo julgou satisfatoriamente a lide, pronunciando-se sobre o tema proposto, deixando claro que a indisponibilidade de bens deveria recair somente sobre montante correspondente ao dano provocado e à multa civil, entretanto, com dimensionamento oportunamente apreciado pelo Juízo de origem.

IV - Consoante o disposto no art. 7º da Lei 8.429/1992, a indisponibilidade incidirá sobre tantos bens quantos forem necessários ao ressarcimento do dano ou acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito, podendo recair sobre quaisquer bens do agente acusado, independentemente de terem sido adquiridos antes ou depois do ato supostamente ímprobo. Precedentes: AgRg na MC 11.139/SP, Francisco Falcão, DJ de 27/03/2006 e REsp 401.536/MG, Rel. Min. Denise Arruda, DJ de 06/02/2006.

V - A determinação do Tribunal a quo, no sentido de deixar para o Juízo de origem, no momento da efetivação do bloqueio, o dimensionamento dos danos a serem ressarcidos, com o fito de delimitar a medida de indisponibilidade dos bens do agente acusado do ato de improbidade administrativa vai ao encontro da dicção plasmada no art. 7º da Lei de Improbidade Administrativa, porquanto não determina o bloqueio ilimitado dos bens.

VI - Recurso especial improvido. (REsp 781.431/BA, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 28/11/2006, DJ 14/12/2006 p. 274.)

A limitação de valor no bloqueio a ser efetivado é medida que deve ser observada, limitando a constrição ao valor que o Ministério Público indica na inicial como o prejuízo causado à Administração.

Ademais, o bloqueio de bens assegura a efetividade da prestação jurisdicional, pois não é mais possível entender que, em ação civil pública, o Ministério Público Federal busque o Judiciário com o objetivo de ver declarado o direito do erário ser ressarcido sem que exista o efetivo interesse na restituição dos valores apontados.

A plausibilidade do direito invocado pode ser extraída do depoimento juntado ao recurso, das cópias de cheques acostadas, assim como do laudo realizado pela perícia técnica da Polícia Federal para a instrução criminal.

O perigo na demora pode ser constatado ante a observação de que antes mesmo da descoberta de práticas irregulares, já há a indicação de utilização de terceiros “laranjas” como meio de circular o dinheiro ou de indicar empresas constituídas com o objetivo de lesar os cofres públicos.

É razoável a pretensão de bloqueio dos bens, medida que resguarda a possibilidade de sucesso na pretensão deduzida pelo Ministério Público Federal, sem prejuízo da proteção a terceiros que, tendo ciência da existência de pendências que possam produzir repercussões financeiras para os demandados, não correrão o risco de realizar transações que posteriormente possam vir a ser apontadas como providências com o objetivo de fraudar um futuro processo executivo decorrente de possível êxito na ação civil pública.

Pelo exposto, e com fulcro no § 1º-A do art. 557 do CPC e art. 30, inciso XXVI, do RITRF/1ª Região, dou provimento ao recurso, para deferir o pedido liminar de bloqueio dos bens dos agravados, limitando sua efetivação aos valores postulados em relação a cada um dos demandados.

Determino que o Ministério Público seja intimado a indicar os bens no prazo de 10 (dez) dias contados da intimação para cumprimento a ser efetivada pelo Juízo Monocrático, ressalvando a possibilidade de comparecimento voluntário aos autos para a consecução de tal providência.

Caso não sejam indicados bens pelo Ministério Público, que seja oportunizado aos réus indicá-los.

Comunique-se, imediatamente, ao Juízo Monocrático para a urgente adoção das providências cabíveis, inclusive a intimação do Ministério Público Federal. (via fax)

Publique-se. Intimem-se.

Oportunamente, archive-se.

Agravo de Instrumento

2008.01.00.021184-4/PA

Relatora: A Exma. Sra. Des. Federal Selene de Almeida

Decisão: 16/05/2008

Divulgação: e-DJF1 de 26/05/2008

Publicação: 27/05/2008

Decisão

Inicialmente, reconheço a prevenção apontada pelo eminente Desembargador Federal João Batista Moreira às fls. 370, razão pela qual determino a redistribuição deste recurso a minha relatoria, com a devida compensação.

Centrais Elétricas Brasileiras S/A – Eletrobrás interpõe agravo de instrumento com pedido de concessão de efeito suspensivo contra decisão do MM. Juízo da Vara Federal Única da Subseção Judiciária de Altamira/PA que deferiu provimento liminar para suspender os efeitos do Acordo de Cooperação Técnica 120/2005 e, por conseguinte, a realização de todo e qualquer ato relacionado à AHE de Belo Monte, inclusive e sobretudo os estudos de impacto ambiental – EIA/Rima em curso visando ao licenciamento do empreendimento denominado AHE de Belo Monte.

Sustenta a Eletrobrás as seguintes razões de fato e de direito para fundamentar a reforma da decisão monocrática agravada:

1. Tratar-se da terceira ação civil pública consecutiva, movida pelo Ministério Público Federal no intuito de ver sepultados os estudos de viabilidade, o licenciamento e a futura e ainda eventual implantação do empreendimento AHE Belo Monte, antes sequer da conclusão dos referidos estudos de impacto ambiental (EIA/Rima) que, com muito custo, se tenta levar adiante e concluir, com observância das determinações legais, visando ao licenciamento ambiental perante as autarquias e órgãos governamentais competentes.

2. As duas ACPs mais recentemente ajuizadas pelo MPF contra a realização dos estudos de viabilidade (EIA/Rima) do empreendimento hidrelétrico (ACPs 2006.39.03.000711-8 e 2007.39.03.000283-9), com causas de pedir diversas, tiveram seus pedidos, na íntegra, julgados improcedentes na origem, conforme os precisos e justos termos das anexas sentenças de mérito, encontrando-se ambas em fase de apelação, aguardando remessa ao TRF 1ª Região.

3. O MPF insiste em criar dúvidas quanto à observância, pela Eletrobrás, dos procedimentos legais tendentes ao desenvolvimento de estudo de impacto ambiental (EIA/Rima) e ao posterior e eventual licenciamento da AHE Belo Monte, conferindo aos fatos e à legislação especial (*in casu* a Lei 8.666/1993), interpretação que melhor convém ao seu nítido interesse diametralmente contrário ao AHE Belo Monte, o que acarreta não só maiores gastos, mas, sobretudo, uma morosidade ainda maior para a conclusão dos estudos de impacto ambiental que têm por finalidade, coletar dados, amostras, tirar conclusões científicas que serão apresentadas à sociedade civil permitindo, em última análise, a necessária transparência ao processo de licenciamento ambiental.

4. Tal como nas recentes ações civis públicas rechaçadas pelo Poder Judiciário (2006 e 2007), o MPF vem com o mesmo objetivo de paralisar quaisquer atos tendentes ao licenciamento ambiental e à conseqüente implantação do empreendimento que, sem dúvidas, deseja ver definitivamente sepultado, em detrimento do desenvolvimento (social e econômico) sustentável do país.

5. Na penúltima ação civil pública ajuizada pelo MPF (processo 2006.39.03.000711-8, em trâmite na Justiça Federal de Altamira – PA), a qual teve seu pedido julgado integralmente improcedente, pleiteou-se, também em sede de liminar, concedida e logo após revogada pelo mesmo juízo, a suspensão de qualquer procedimento empreendido pelo Ibama para condução do licenciamento ambiental do Aproveitamento Hidrelétrico de “Belo Monte”.

6. O objetivo das ações anteriores, como da presente demanda ajuizada sob nova e frágil causa de pedir, é impedir a conclusão dos estudos de viabilidade que, uma vez observadas as disposições legais pertinentes, levarão ao licenciamento ambiental e à eventual implantação do empreendimento denominado “AHE Belo Monte”, no rio Xingu, entretanto, os frágeis argumentos não justificam a manutenção da liminar e somente poderiam constituir causa determinante para a suspensão dos mencionados estudos, após amadurecimento das respectivas questões quando do julgamento do mérito da ação, não em sede de cognição sumária com o mero objetivo de paralisar

7. O complexo do AHE de Belo Monte em questão — nada obstante o inevitável (bastante reduzido com a revisão do inventário original muito maior em termos de alagamento) impacto ambiental decorrente, além de mitigável e compensável —, apresenta potencial para constituir o terceiro maior aproveitamento hidrelétrico do mundo (11.182 MW de potência) e, nessa condição, representa empreendimento de extrema importância para o desenvolvimento do país, do seu setor elétrico nacional e, por conseqüência, para aquela região norte, carente de fiscalização efetiva das autoridades, de projetos estruturantes e de desenvolvimento, onde, p. ex. a derrubada de florestas é fato incontestado, na medida em que acarreta, não só o desenvolvimento da indústria, da economia nacional, mas também melhora a qualidade de vida dos cidadãos que direta ou indiretamente dele se beneficiam.

8. Diante disso, o MPF requereu, liminarmente, a suspensão dos efeitos do Acordo de Cooperação Técnica e, por conseguinte, que as empresas envolvidas se abstivessem de realizar qualquer ato relacionado à AHE de Belo Monte, inclusive a continuidade dos estudos preliminares de viabilidade, até o julgamento final da ação. Ao final da citada ACP, requereu o MPF a anulação do citado acordo e a condenação das companhias privadas à proibição de contratar com o Poder Público, ou subsidiariamente, de participar da futura licitação do mencionado empreendimento.

9. Segundo o MM. Juízo a quo, o alegado favorecimento se caracterizaria pelos seguintes motivos:

(i) fls. 985, item 11: ausência de atividade administrativa prévia com o fito de aplicar critérios minimamente objetivos para seleção das empresas que iriam conduzir os estudos; e/ou,

(ii) fls. 985, item 11: ausência de procedimento licitatório para definir as empresas que realizariam tais estudos; e,

(iii) fls. 986, item 19: em decorrência do acordo de c, há gigantesco benefício patrimonial concedido em favor das construtoras.

10. O acordo de cooperação impugnado pelo MPF foi celebrado com amparo legal, notadamente (i) art. 116 da Lei 8.666 /1993 que será abaixo mais detidamente deduzido, (ii) o art. 15 da Lei 3.890-A/61 de Criação da Eletrobrás que, expressamente, a permite operar “(...) diretamente ou através de subsidiárias e empresas a que se associar, para cumprimento do seu objeto social. (...)”, bem como ainda com esteio (iii) no art. 4º dos estudos sociais da Eletrobrás.

11. Após a proposta das empresas para associarem-se em acordo de cooperação técnica visando à conclusão dos estudos então “estacionados”, a associação se deu, não por iniciativa da Eletrobrás que até poderia selecioná-las dada sua expertise/capacidade financeira, mas sim: (i) pelo fato de representarem as maiores empresas do setor de engenharia nacionais, com maior quantidade de mega-projetos realizados (ii) de deterem, além da engenharia propriamente dita, experiência anterior em estudos de viabilidade ambiental realizada em outros empreendimentos (Docs. 14, 15) e, (iii) pelo fato de a Eletrobrás, até aquele momento, já ter desembolsado substancial quantia para os estudos/inventário e por recomendação do TCU, deveria parar de fazê-lo como vinha fazendo.

12. O acordo de cooperação técnica não exige procedimento licitatório por não constituir contrato administrativo propriamente dito, mas sim assemelhado a um “convênio” onde os interesses das partes são convergentes (no caso, a realização de estudos). A realização dos estudos de viabilidade ambiental (EIA/RIMA/Lauda antropológico) não confere relevante vantagem, seja futura e/ou exclusiva, às empresas demandadas, na medida em que os estudos de viabilidade, além de disponibilizados a qualquer interessado pelos entes responsáveis pelo processo de licenciamento tais como Ibama, Funai, Aneel, e sendo publicados todos os resultados (Lei 9.897/1995, art. 18, e Res. Aneel 395/1998, art. 14), tratam, como o nome diz de assuntos ligados ao meio-ambiente propriamente dito (fenômenos da natureza) tais como, delimitação da área total a ser alagada, volume hídrico nas diversas épocas, espécies vegetais e animais existentes no locais a serem preservadas, deslocadas e respectivas medidas mitigatórias/compensatórias e aos índios (comunidades e quantitativo que será atingido, medidas compensatórias/mitigatórias), não de engenharia propriamente dita, é dada ampla publicidade, não só nesta fase, mas quando da conclusão, não se podendo falar em favorecimento indevido das empresas, portanto.

13. A Eletrobrás, no intuito de dar a necessária publicidade e transparência ao processo, disponibiliza e atualiza em seu site todas as informações relativas a Belo Monte tais como inventário, resultados dos estudos de viabilidade anteriores, além de informações diversas (vide).

14. Ao contrário do asseverado no item 15 da decisão, não se sustenta, neste momento, a alegação de que “(...) o pacto realizado representa um acréscimo potencialmente bilionário às empreiteiras.”, simplesmente, pois estamos na fase de estudos de viabilidade que, uma vez publicados os resultados, antecedem ao licenciamento que antecede ao leilão da concessão. Não há que se falar em “lucro exponencialmente superior” (item 17 da decisão), pois sequer houve a conclusão dos estudos de viabilidade, quanto mais o licenciamento ambiental e/ou o leilão para concessão da AHE.

15. Além de trazer hipótese análoga que consiste em termo de cooperação firmado entre a Petrobrás e uma entidade privada no qual se verifica a desnecessidade de licitação eis que os interesses são comuns, e não antagônicos, o trecho do parecer acima transcrito repisa outro importante fundamento já mencionado acima no sentido da desnecessidade de procedimento licitatório prévio, qual seja, o fato de a agravante ser uma sociedade de economia mista, regida pelo art. 173,

da CF/1988, o que lhe confere liberdade de associação no intuito de atingir seu objetivo social que é a exploração, direta ou indiretamente, da produção de energia elétrica, conforme acima destacado.

16. O Tribunal de Contas da União já firmou posicionamento no sentido de que está “descartada a necessidade de licitação, mesmo porque não existe qualquer dispositivo legal que coloque o procedimento licitatório como antecedente necessário ao estabelecimento de convênios”.

17. O respeitável juízo *a quo* equivocou-se ao encampar a tese jurídica desenvolvida pelo MPF quanto à necessidade de licitação prévia para firmar o acordo de cooperação técnica, ao consignar no item 15 da decisão que: “15. Em relação inexistência de procedimento licitatório, não foi apresentada qualquer justificativa robusta”

18. No que se refere ao direito ao reembolso destas despesas e custos que as empreiteiras têm atualmente com os estudos, em caso de um futuro leilão positivo da concessão da AHE de Belo Monte, a Aneel tem por obrigação legal fazer uma auditoria contábil-técnica nas mesmas para aferi-las e legitimá-las ao reembolso, assim como poderá fazer o TCU.

19. A contratação de empresas terceirizadas para auxiliar nos estudos, feita pelas demais empresas demandadas, mencionada pelo magistrado no item 31 da decisão, apenas confirma o fato de que uma só empresa, mesmo que de reconhecida capacidade técnico-financeira como é o caso das 3 empreiteiras demandadas, não teria condições de realizar todas as inúmeras atividades exigidas nos estudos de viabilidade, evidenciando e reforçando que, em verdade, não há sigilo e tampouco assimetria de informações quanto aos dados que vinham sendo coletados e de que a referida cláusula de confidencialidade é apenas pró-forma, inócua em efeitos.

20. Caso não haja licenciamento pelo Ibama e, por conseguinte, leilão positivo da concessão do AHE de Belo Monte, todas as despesas e custos relacionados ao empreendimento, inclusive aqueles havidos no passado pela Eletrobrás, não serão objeto de reembolso com os recursos que vierem a ser pagos pelo vencedor do referido certame licitatório.

21. Não há que se falar em “necessário aval” da Eletrobrás para os estudos como mencionado no item 24 da decisão agravada, pois praticamente todas as informações e conclusões obtidas até a presente data estão disponíveis na Aneel, Ibama e no sítio eletrônico da própria Eletrobrás e, ademais, o registro ativo para estudos pode ser obtido por qualquer interessado em decorrência do que dispõe o art. 14, da Resolução Aneel 395/1998.

22. O interesse na conclusão dos estudos de viabilidade e de participar de eventual leilão da concessão do AHE, próprio de empresas comerciais, que deseja o lucro e a distribuição aos seus acionistas/sócios — diferentemente daquilo que o MM. Juízo a quo chamou de “louvável iniciativa em prol dos interesses da sociedade brasileira” —, não toma menos legítimo e/ou descaracterizaria a natureza não-contratual do acordo de cooperação, eis que nada há de ilegal no fato de empresas comerciais, que tem fins lucrativos por sua natureza, firmarem um ajuste para a conclusão dos estudos de viabilidade de um empreendimento do qual poderão, futuramente, participar como licitantes. Não há assimetria informacional nem tampouco quebra da concorrência entre as empresas.

23. O único direito que as empresas envolvidas, inclusive a Eletrobrás, farão jus é o de ressarcimento dos respectivos custos incorridos para a viabilização dos estudos, com os recursos que serão pagos pelo vencedor da futura licitação, nos termos expressos da Lei nº 9.427/1996, art. 28, 3º, entretanto, este direito é aleatório, incerto, pois depende, primeiramente, de licenciamento ambiental perante o Ibama.

24. Verificando-se (i) que existe autorização legal expressa para todos os procedimentos adotados pela Eletrobrás; (ii) que o Acordo de Cooperação impugnado prescinde de licitação; (iii) que não há repasse de verbas da Eletrobrás em decorrência do Acordo para as demais empresas demandadas; (iv) que a Aneel fiscaliza os estudos, impedindo eventual desvio de finalidade, além de ser responsável pela auditoria nos custos/despesas apresentados pelas empresas que realizarem os estudos a serem oportunamente reembolsados desde que escolhido pelo vencedor do certame (art. 14, par. Único, da Res. Aneel 395/98); e (v) que o material técnico relevante até então produzido sobre Belo Monte é disponibilizado na Aneel, no Ibama e no site da Eletrobrás e o resultado dos estudos de viabilidade (EIA/Rima), exigência ex lege, será objeto de publicidade e que, portanto, não haverá favorecimento de empresas, inclusive da Eletrobrás, no futuro certame, resta patente o não atendimento do requisito legal do *fumus boni iuris* para a concessão da medida liminar, impondo-se a cassação e a reforma da r. decisão agravada, permitindo-se os estudos até ulterior decisão final de mérito.

Para o desenvolvimento das atividades-meio (ou seja, aquisição de bens diversos, serviços, etc, em geral) as empresas estatais, como a agravante Eletrobrás, devem sujeitar-se às regras de direito público e, por conseqüência, sempre proceder ao processo de licitação. Diversamente, para o exercício de atividades-fim, que visam atender ao objeto social para o qual são, por lei, criadas, podem as empresas estatais exercer com bastante liberdade suas atividades empresariais (inclusive, buscando o tão almejado lucro, pois existem os acionistas para os quais deve pagar dividendos) mitigando-se, portanto, a aplicação dos procedimentos licitatórios.

Quanto à confidencialidade prevista no acordo, nada obstante (i) o acordo de cooperação ter sido publicado em atenção à Lei de Licitações, (ii) tratar-se de cláusula inócua na prática eis que (iii) o inventário da bacia hidrográfica, os estudos já realizados estarem disponibilizados nos órgãos competentes (Ibama, Aneel) e também no site da Eletrobrás e

aqueles que estão em andamento estar sendo veiculados nas Conferências (chamadas de audiências públicas) que vem sendo realizadas em Belém e Altamira no Pará, desde o reinício dos estudos, com o fito de dar publicidade ao tema e ouvir os interessados; (iv) conforme admitido pelo próprio juízo no item 22 e 31, diversas atividades dos estudos são terceirizadas para outras empresas que detém a expertise específica a defesa da regularidade, o que permitiria o vazamento de informações; (v) que o MPF tem, por lei, o poder de requisitar documentos e provas que entender necessárias, tendo livre acesso aos estudos em andamento, o que é facilmente comprovado pelo fato de ter havido reunião no final do ano de 2007 justamente com o escopo de obtenção de informações e documentos relativos ao acordo de cooperação técnica que deu azo ao ajuizamento desta ACP; e que (vi) ao resultado dos estudos de viabilidade (EIA/Rima) será objeto de ampla divulgação em decorrência de exigência legal, cumpre informar que cada uma das partes, individualmente, decidiu excluir a cláusula de confidencialidade prevista no acordo de cooperação técnica ECE 120/2005, que será formalizada mediante a assinatura do anexo aditivo, (Doc. 160, ainda em minuta, a realizar-se até a próxima terça-feira (06/05) e in continenti juntado aos autos deste agravo, protestando, desde já, pela referida juntada.

Tendo em vista que a decisão de cada uma das empresas signatárias do acordo de cooperação de excluir a cláusula sexta e o item 8.2.4, da cláusula oitava, que tratam da confidencialidade, foi tomada no início desta semana, no dia 28/04, e no objetivo de atestar frontalmente que a referida decisão é irrevogável e irretirável em prol da continuidade dos estudos de viabilidade, anexamos ao presente recurso não só a referida minuta do aditivo ao acordo de cooperação a ser assinada, mas também a cópia da Resolução da Diretoria Executiva da Eletrobrás aprovada nesta data neste sentido, e as cópias de Declarações firmadas pelos representantes das co-demandadas concordando expressamente com os termos da referida minuta de aditivo. (Doc. 17)

Como demonstração da boa-fé das partes envolvidas e transparência que deve pautar os procedimentos tendentes ao licenciamento da AHE de Belo Monte, uma vez excluída in totum, do Acordo de Cooperação, a onócia cláusula sexta e o item 8.2.4 da cláusula oitava que tratavam da confidencialidade a qual, diga-se de passagem, existia somente no papel e não na prática, restam inaplicáveis e insubsistentes, como causa de decidir, os argumentos trazidos pelo MPF em sua petição inicial e aqueles deduzidos pelo magistrado nos itens 27 a 31 de sua decisão ora agravada.

Dissecando os argumentos constantes do único item (34) da decisão que tratou do requisito do periculum in mora, verifica-se que, ao contrário do afirmado pelo il. Magistrado, o ajuste de cooperação impugnado não afeta os interesses de outros eventuais empreendedores na medida em que estes, concomitante e independentemente, desde que — requerido e obtido o registro ativo perante a Aneel — estejam dispostos a investir, por sua conta e risco, razoável montante de recursos em estudos de viabilidade do AHE de Belo Monte, poderão realizar estudos para o referido empreendimento. Vale lembrar que, uma vez terminados os estudos, licenciado o AHE de Belo Monte pelo Ibama, e determinado o leilão da concessão, o vencedor da licitação escolherá, dentre os existentes na Aneel, os estudos de viabilidade que lhe aprouver, conforme consta da citada Resolução Aneel 395/1998, para fins de reembolso.

A permissão para a continuidade dos estudos neste momento não frustrará a tutela final visada pelo Agravado, eis que a continuidade dos estudos e dos efeitos do Acordo de Cooperação não impedem (i) a sua futura anulação; e (ii) a condenação dos Réus à proibição de contratar com o Poder Público, ou subsidiariamente, de participar da licitação envolvendo o empreendimento aqui tratado.

Pede ao final:

(i) seja concedido e atribuído efeito suspensivo a este agravo, nos termos do art. 527, III, do CPC, suspendendo-se desde logo todos os efeitos da r. decisão agravada no sentido de permitir a continuidade dos estudos de viabilidade pelas demandadas, até o julgamento final do recurso;

(ii) ao final, no mérito, seja conhecido e provido o presente agravo, a fim de que, reformando-se integralmente a r. decisão agravada, seja permitida a continuidade dos estudos de viabilidade, retirando-se qualquer óbice judicial à prática de quaisquer atos e/ou procedimentos a serem empreendidos pela Eletrobrás e, sobretudo, pelas empresas co-demandadas, visando ao licenciamento da AHE de Belo Monte.

É o relatório do essencial. Decido.

II

O Ministério Público Federal ajuizou a presente ação civil pública contra a agravante impugnando a validade de Acordo de Cooperação Técnica celebrado entre a Eletrobrás e as empresas réas que tem por objetivo a realização de estudo de viabilidade ambiental da AHE de Belo Monte.

Alegou o agravado, na ação originária, que o acordo impugnado seria um contrato administrativo típico, firmado sem a prévia e necessária licitação; b) implicaria lesão aos princípios constitucionais da impessoalidade e da

publicidade, porquanto dotado de cláusula de confidencialidade; e, por conseguinte, c) esta ausência de publicidade acarretaria uma suposta assimetria informacional pelo fato de que somente as empresas demandadas nesta ACP que firmaram Acordo de Cooperação — as quais se propuseram a associar-se e fazer/bancar os estudos ambientais por sua própria conta e risco — teriam acesso a relevantes dados técnicos ambientais do empreendimento decorrentes de tais estudos.

A decisão agravada acolheu o pedido de tutela formulado pelo *parquet* e decidiu o que segue:

(...)

Ex positis, com fulcro no art. 12, da Lei 7.347/1985, c/c art. 273 do CPC, defiro os pedidos liminares requeridos, para:

suspender os efeitos do “Acordo de Cooperação Técnica” ECE-120/2005, firmado entre a Eletrobrás e as demais empresas demandadas, bem como todo e qualquer ato produzido por força do aludido instrumento até julgamento final da presente demanda.

Determinar que as empresas demandadas, inclusive a Eletrobrás, abstenham-se de todo e qualquer ato relacionado à UHE de Belo Monte (ou AHE Belo Monte), inclusive estudos preliminares e eventuais licitações, de forma direta ou por interposta pessoa, até final do julgamento da ação.

Por desdobramento do disposto no subitem “a” do parágrafo anterior e tendo em mira a necessária efetividade deste provimento judicial, Determino que as empresas requeridas, inclusive a Eletrobrás remetam a este Juízo, no prazo Improrrogável de 5 (cinco) dias, em caixas lacradas, todo o material já produzido em decorrência do epigrafado “Acordo de Cooperação”, incluindo arquivos digitais em discos rígidos, CDs e quaisquer outros meios de registro físico de informações.

Fixo multa coercitiva individual diária no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) pelo eventual descumprimento de qualquer um dos itens desta decisão por parte de qualquer pessoa natural ou jurídica, separadamente, além da responsabilidade criminal advinda (...)

O objeto do Acordo de Cooperação é elaborar os estudos para o licenciamento ambiental para o eventual e futuro processo de licitação de concessão pública do AHE Belo Monte, conforme se lê em sua cláusula primeira.

1.1 Constitui objeto deste instrumento a conclusão dos Estudos de Viabilidade Técnico, Econômico e Ambiental do AHE Belo Monte, que compreende a) a elaboração de um “Novo Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e Relatório de Impacto Ambiental (Rima)”; b) revisão do Inventário do Potencial Hidroenergético da Bacia do rio Xingu; c) estudo de natureza antropológica; d) Avaliação Ambiental Integrada da Bacia; e e) respectivo Programa de Desenvolvimento Regional Sustentável, bem como as adequações necessárias aos Estudos de Engenharia, em decorrência dos estudos antes enumerados, doravante designados simplesmente estudos, necessários à implantação do empreendimento.

O objeto social da Eletrobrás por sua vez é:

Realizar estudos, projetos, construção e operação de usinas produtoras e linhas de transmissão e distribuição de energia elétrica, bem como a celebração de atos de comércio decorrentes dessas atividades, tais como a comercialização de energia elétrica;

Promover e apoiar pesquisas de interesse do setor energético, ligadas à geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, como estudos de aproveitamento de reservatórios para fins múltiplos; (...)

As normas de regência permitem a Eletrobrás realizar convênios com outras empresas com o objetivo de promover pesquisa e desenvolver projetos de exploração da produção de energia. O art. 15 da Lei 3.890-A/1961 prevê que a Eletrobrás poderá associar-se para o cumprimento do seu objeto social.

A Lei 11.651/2008 expressamente admite que a “Eletrobrás, diretamente ou por meio de suas subsidiárias ou controladas, poderá associar-se, com ou sem aporte de recursos, para constituição de consórcios empresariais ou participação em sociedade, com ou sem poder de controle, no Brasil ou no exterior, que se destinem direta ou indiretamente à exploração da produção de energia elétrica sob regime de concessão ou autorização.”

O Acordo de Cooperação, na espécie, tem previsão no art. 116 da Lei 8.666/1993 e não há exigência de licitação prévia. Os contratos da Lei de Licitações exigem realização de procedimento licitatório prévio. O acordo ou convênio dá ensejo a mútua colaboração e uso de equipamento, recursos humanos, transferência de tecnologia ou de conhecimento científico. A bem de ver, o objeto do Acordo de Cooperação *sub judice* não é obra, nem compra,

nem prestação de serviço. No caso *sub judice*, não há ônus para o erário.

O custo dos estudos do Acordo de Cooperação ficará a cargo das empresas de engenharia (cláusulas terceira e quarta do acordo). A Eletrobrás já gastou cinquenta e seis milhões de reais com estudos de viabilidade. Todavia, ainda falta o EIA/Rima e o laudo antropológico, que são essenciais para concessão de aproveitamento hidroelétrico (art. 14 da Lei 8.987/1995).

O § 3º do art. 28 da Lei 9.942/1996 e o art. 21 da Lei 8.987/1995 estabelecem que o ressarcimento pelo dinheiro gasto nos EIA/Rima será feito pela empresa a quem for dada a concessão. O que não é honesto, nem parece honesto, é que dinheiro público seja dispendido aos milhões para a realização dos estudos a serem entregues prontos e sem nenhum encargo para o empreendedor. No particular, o acordo de cooperação não é imoral.

A regra é que o empreendedor seja responsável pelo ônus financeiro da elaboração do EIA/Rima. Quem elabora os estudos é o particular interessado na obra. Caso os estudos apresentem falhas, lacunas, omissões ou imprecisões, compete ao Ibama apontar os problemas no laudo e determinar que seja completado ou refeito pela equipe técnica do empreendedor.

As normas que regem o ressarcimento dos custos dos estudos de viabilidade estão previstas no art. 28 da Lei 9.942/1996 e no art. 21 da Lei 8.987/1995 que regula o regime de concessão e permissão de prestação de serviço público:

Art. 28. A realização de estudos de viabilidade, anteprojetos ou projetos de aproveitamentos de potenciais hidráulicos deverá ser informada à Aneel para fins de registro, não gerando direito de preferência para a obtenção de concessão para serviço público ou uso de bem público.

§ 1º Os proprietários ou possuidores de terrenos marginais a potenciais de energia hidráulica e das rotas dos correspondentes sistemas de transmissão só estão obrigados a permitir a realização de levantamentos de campo quando o interessado dispuser de autorização específica da Aneel.

§ 2º A autorização mencionada no parágrafo anterior não confere exclusividade ao interessado, podendo a Aneel estipular a prestação de caução em dinheiro para eventuais indenizações de danos causados à propriedade onde se localize o sítio objeto dos levantamentos.

“§ 3º No caso de serem esses estudos ou projetos aprovados pelo Poder Concedente, para inclusão no programa de licitações de concessões, será assegurado ao interessado o ressarcimento dos respectivos custos incorridos, pelo vencedor da licitação, nas condições estabelecidas no edital.”

§ 4º A liberdade prevista neste artigo não abrange os levantamentos de campo em sítios localizados em áreas indígenas, que somente poderão ser realizados com autorização específica do Poder Executivo, que estabelecerá as condições em cada caso.”

Art. 21. Os estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à concessão, de utilidade para a licitação, realizados pelo poder concedente ou com a sua autorização, estarão à disposição dos interessados, devendo o vencedor da licitação ressarcir os dispêndios correspondentes, especificados no edital.

A Resolução Aneel 395/1998 regulamenta os requisitos para registro, a avaliação pela Aneel dos estudos de viabilidade, possibilidade dos estudos de capacidade técnica pode ser realizado por vários interessados que tenham registro. É nesse sentido o art. 13 da mencionada Resolução:

Art. 13. Examinado e aceito o primeiro requerimento para inclusão no programa de licitação de concessões, com a apresentação do estudo de viabilidade ou projeto básico, a Aneel informará aos demais interessados que possuam registro ativo para o mesmo aproveitamento, assinalando-lhes prazo de cento e vinte dias para apresentação dos estudos e projetos.

Não há exclusividade na elaboração dos estudos de viabilidade, e pode fazê-lo qualquer pessoa que tenha interesse na concessão, *ex vi* do art. 3º da Resolução 395/1998.

Art. 3º Os interessados em obter concessão para exploração de aproveitamentos hidrelétricos com potência superior a 30.000 kW ou daqueles a que se refere o parágrafo único do artigo anterior, previstos ou não no planejamento Indicativo do setor elétrico, deverão apresentar os estudos de viabilidade ou o projeto básico à Aneel, solicitando a sua inclusão no programa de licitação de concessões.

Se as empresas de engenharia que estão procedendo a elaboração do EIA/Rima eventualmente tiverem interesse no empreendimento, estarão na mesma situação de tantas outras que também elaboraram os estudos e os submetem a aprovação do órgão estadual ou federal quando realizam obras de significativo impacto ambiental. Para que assim não fosse, o Ibama e as secretarias estaduais de meio ambiente deveriam ter a competência para a realização de todos os EIA/Rima dos empreendimentos do país. E nem assim poder-se-ia afirmar, acima de toda dúvida, que o resultado do trabalho dos órgãos públicos de meio ambiente estariam isentos de todo e qualquer vício técnico.

A diferença aqui está na circunstância da Embratel está determinando a realização do EIA/Rima antes da licitação para concessão da obra, o que é razoável, pois assim o futuro vencedor do certame saberá exatamente os obstáculos ambientais a serem superados e mitigados.

O art. 14 da Resolução Aneel 395/1998 determina que “ocorrendo o envio de outros estudos de viabilidade ou projetos básicos para o mesmo empreendimento hidroelétrico, em condições de ser aprovados, todos serão colocados à disposição dos interessados para o processo de licitação.” Diz o parágrafo único da Resolução Aneel 395/1998 “somente o estudo de viabilidade ou projeto básico escolhido pelo vencedor da licitação fará jus ao ressarcimento, de acordo com o respectivo edital”.

A agravante é a detentora da autorização da Aneel para os estudos de viabilidade, mas não se justifica que faça uso de recursos públicos para os mesmos, se tem a faculdade de transferir para o setor privado o custo e o risco do negócio.

O EIA/Rima tem natureza pública, de sorte que não há se falar em privilégio de informação nem os estudos implicam que o empreendimento será concedido a quem elaborar os estudos, segundo se lê da cláusula 7.1 do acordo o qual esclarece que o objeto do mesmo abrange “apenas o desenvolvimento conjunto dos *estudos* discriminados na cláusula primeira, não obrigando as partes a participarem em conjunto da execução de quaisquer outros estudos, serviços ou fornecimentos, relacionados com a implantação do empreendimento, nem tampouco da licitação para a outorga da concessão da AHE Belo Monte.”

A Resolução Conama 237/1997, ao dispor sobre o licenciamento ambiental, exige que se dê ampla publicidade ao EIA/Rima, *ex vi* do art. 3º:

Art. 3º- A licença ambiental para empreendimentos e atividades consideradas efetiva ou potencialmente causadoras de significativa degradação do meio dependerá de prévio estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto sobre o meio ambiente (EIA/Rima), ao qual dar-se-á publicidade, garantida a realização de audiências públicas, quando couber, de acordo com a regulamentação.

Parágrafo único. O órgão ambiental competente, verificando que a atividade ou empreendimento não é potencialmente causador de significativa degradação do meio ambiente, definirá os estudos ambientais pertinentes ao respectivo processo de licenciamento.

A Lei 10.650/2003, que dispõe sobre o acesso público aos dados e informações existentes nos órgãos e entidades integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente, dispõe em seu art. 2º, que “os órgãos e entidades da Administração Pública, direta, indireta e fundacional, integrantes do Sisnama, ficam obrigados a permitir o acesso público aos documentos, expedientes e processos administrativos que tratam de matéria ambiental e a fornecer todas as informações ambientais que estejam sob sua guarda, em meio escrito, visual, sonoro ou eletrônico.”

O acordo de cooperação celebrado pela Eletrobrás contém cláusula de confidencialidade, mas não há qualquer fundamento legal ou interesse público que a justifique. A agravante esclarece que a cláusula já foi revogada. É oportuno que o tenha sido, do contrário, seria anulada por esta decisão. Não há razão para se afastar o princípio da publicidade em questão de EIA/Rima.

Se a agravante alega que tem disposição de se conferir a maior transparência possível aos estudos de viabilidade, com vistoria técnica pelo Ibama, consultas públicas com a presença de mais de quinhentas pessoas para discutir as conclusões dos estudos, então não tem sentido a existência de cláusula de sigilo. Aliás, a natureza do EIA/Rima e sua finalidade é oposta a qualquer idéia de segredo.

Não vislumbro, pois, *fumus boni iuris* para a concessão da liminar em sede de ação civil pública.

O *periculum in mora* existe, pois estão mais uma vez parados os estudos relevantes para o planejamento do setor elétrico, isto é, para se definir sobre sua viabilidade ou não. Para tanto, há necessidade de se conhecer as características ambientais, sociais e antropológicas da região onde se planeja construir a AHE.

Ante o exposto, defiro a antecipação da tutela e torno sem efeito a liminar concedida pelo MM. Juízo *a quo*.

Dê-se conhecimento do inteiro teor desta decisão ao juízo recorrido, para os devidos fins.

Intime-se o agravado para responder ao recurso, querendo.

Publique-se. Intime-se. Oficie-se.

Processo

2008.36.00.700058-8/MT

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal Raphael Cazelli de Almeida Carvalho
Recorrente: Tereza de Medeiros Modolon
Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Publicação: DO/MT de 05/05/2008

Ementa

Previdenciário. Aposentadoria por invalidez. Incapacidade total e definitiva para o trabalho anterior à inscrição no RGPS. Evolutividade, progressividade ou agravamento da doença. Benefício devido.

I – A concessão da aposentadoria por invalidez exige, dentre os demais requisitos legais, que a doença ou lesão de que o segurado já era portador ao filiar-se ao Regime Geral de Previdência Social sobreveio por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão.

II – Recurso provido.

Acórdão

Decide a Turma Recursal do Juizado Especial Federal de Mato Grosso, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Exmo. Senhor Juiz Relator.

Cuiabá/MT – 25/04/2008.

Juiz Federal *Raphael Cazelli de Almeida Carvalho*, Relator.

Dispensado o relatório, na forma do art. 38 da Lei 9.099/1995.

Voto

O Exmo. Sr. Juiz Federal *Raphael Cazelli de Almeida Carvalho*: — I – A sentença recorrida merece reforma.

Dentre os requisitos legais para concessão do benefício Aposentadoria por Invalidez, o art. 42 da Lei 8.213/1991 expressamente determina que o segurado seja considerado *incapaz e insuscetível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe paga enquanto permanecer nesta condição*.

Este benefício *não é* devido quando a moléstia é pré-existente à filiação do segurado. No entanto, o art. 42, § 2º, da Lei 8.213/1991, contempla uma importante exceção: quando a incapacidade sobrevier por *agravamento ou progressão da moléstia*:

Art. 42. A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida,

será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insuscetível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.

§ 2º A doença ou lesão de que o segurado já era portador ao filiar-se ao Regime Geral de Previdência Social não lhe conferirá direito à aposentadoria por invalidez, salvo quando a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão.

II - No caso dos autos, o Laudo Médico de fls. 142/144 foi taxativo: informou que a autora está total e permanentemente incapacitada para o trabalho por ser portadora de *osteoporose primária e discopatia lombar degenerativa*.

Considerando que, conforme informação da perícia, o início da incapacidade reporta-se *“provavelmente há mais de uma década”* (quesito 5 do Juízo), época em que a recorrida ainda não havia se filiado à Previdência, conforme informações do CNIS (fls. 99), conclui-se ser indevida a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez, já que a pré-existência

da incapacidade à data da filiação é fato impeditivo do direito postulado.

No entanto, informa a perícia médica, ao responder o quesito 7 do Juízo (fls. 143), que tal incapacidade decorre de *evolutividade, progressividade ou agravamento da moléstia*, situação que autoriza a concessão do benefício à parte autora mesmo que a enfermidade seja anterior à filiação.

Portanto, aproveita à parte autora a regra constante no artigo 42, § 2º, da Lei 8.213/1991, que autoriza a concessão do benefício vindicado mesmo na hipótese de anterioridade da moléstia.

Desse modo, não restam dúvidas acerca da incapacidade total e permanente para o trabalho, de modo que a autora faz *jus* à concessão do benefício de auxílio-doença e sua conversão em aposentadoria por invalidez.

Diante do exposto, voto pelo conhecimento do recurso e seu provimento, para o fim de reformar a Sentença às fls. 152/153 e determinar ao INSS a:

1) Conceder o benefício auxílio-doença, convertendo-o para aposentadoria por invalidez em favor da parte autora, com renda mensal inicial a ser apurada pela autarquia previdenciária e DIB correspondente à cessação do benefício auxílio-doença (24/05/2002);

2) Implantar o benefício no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de incorrer na multa diária de R\$ 100,00 (cem reais);

3) Pagar à parte autora mediante Requisição de Pequeno Valor, conforme cálculos que deverão ser elaborados pela Contadoria deste Juízo, as prestações vencidas até a data deste acórdão, incidindo correção monetária pelo INPC/IBGE (MP 167, convertida na Lei 10.887/2004, que acrescentou o art. 29B à Lei 8.213/1991) e juros moratórios devidos desde a citação à taxa de 1% (um por cento) ao mês;

4) Pagar administrativamente à parte autora, sob a forma de complemento positivo (CP), as prestações vencidas posteriormente à data deste Acórdão até o dia anterior à efetiva implementação, observados os mesmos critérios de juros e correção monetária.

Recurso Cível

2008.36.00.700033-4/MT

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal José Pires da Cunha
Recorrente: Rene Ferreira Santos
Procuradora: Dra. Maria Lucia Silva de Aquino
Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Procurador: Danilo Eduardo Vieira de Oliveira
Publicação: DO/MT de 07/05/2008

Ementa

Previdenciário. Reconhecimento de tempo de serviço rural. Rigidez da análise administrativa das provas. Exaurimento da via administrativa. Desnecessidade. Precedentes STJ e TFR. Extinção do processo sem julgamento do mérito. Retorno dos autos ao juízo de origem. Art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. Teoria da causa madura. Inaplicabilidade. Matéria não exclusiva de direito. Interpretação restritiva.

I – Baseado em Jurisprudência do STJ, tenho adotado o entendimento, segundo o qual é fato notório, que a rigidez imposta aos segurados para a comprovação de tempo de serviço rural já figura como ameaça ao direito de comprovar referido tempo de serviço, o que transferirá ao Poder Judiciário, de qualquer modo, a necessidade de reapreciação do direito alegado. A partir de então, para os casos em análise, o exaurimento da via administrativa não é condição *sine qua non* para a propositura da ação declaratória de tempo de serviço rural.

II – Por outro lado, vislumbro que mesmo estando o processo devidamente instruído, não há meios de aplicação do art. 515, § 3º, tendo em vista que pretensão do autor não envolve matéria *exclusivamente* de direito, devendo o processo ser baixado ao Juízo de origem para análise da documentação anexada, que por sua vez se reporta à matéria de fato, bem como dos depoimentos testemunhais. *In casu*, resalto que a *teoria da causa madura*, por mitigar o princípio constitucional do duplo grau de jurisdição, deve ser interpretada restritivamente.

III – Sentença anulada. Retorno dos autos ao Juízo de origem para prosseguimento do feito.

Acórdão

A turma, por unanimidade, *conheceu o recurso e deu e ele provimento para anular a sentença de primeiro grau, determinando o retorno dos autos ao Juízo de origem*, nos termos do voto do Exmo. Senhor Juiz Relator.

Cuiabá/MT – 25/04/2008.

Juiz Federal José Pires da Cunha, Relator.

I. Relatório

Trata-se de recurso interposto por *Rene Pereira Santos* contra a sentença que *extinguiu* sem julgamento do mérito, por falta de interesse de agir, o processo no qual o autor pleiteava o reconhecimento do tempo de serviço especial, para fins multiplicação e conversão, assim como reconhecimento de serviço rural para averbação de ambos com o demais tempo comum, e a concessão de aposentadoria integral por tempo de serviço (sic).

Alega, em síntese, o seguinte: há interesse de agir foi cumprido o determinado no Enunciado 77 do Fonajef, tendo o INSS sido intimado para se manifestar como se fosse em processo administrativo, mas não o fazendo, o processo seguir o rito sumário normal dos Juizados Especiais. Aduz, ademais, que o exaurimento da via administrativa não é condição para a propositura da ação judicial.

Contra-razões a fls. 102/108.

É o relatório.

II. Voto

De início cumpre transcrever o que dispõe do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição do Brasil, nesses termos: “A lei não excluirá da apreciação do poder judiciária lesão ou ameaça a direito”.

Portanto, merece anulação a sentença de primeiro grau que exclui a pretensão do autor da apreciação judicial.

Isso porque, baseado em Jurisprudência do STJ, tenho adotado o entendimento, segundo o qual é fato notório, que a rigidez imposta aos segurados para a comprovação de tempo de serviço rural já figura como ameaça ao direito de comprovar referido tempo de serviço, o que transferirá ao Poder Judiciário, de qualquer modo, a necessidade de reapreciação do direito alegado.

Do exame do caso do autor, vê-se que sua pretensão abrange reconhecimento de período de tempo de serviço rural.

A partir de então, para os casos em análise, o exaurimento da via administrativa não é condição *sine qua non* para a propositura da ação declaratória de tempo de serviço rural. Nesse sentido, aliás, transcrevo os julgados abaixo:

Recurso especial. Previdenciário. Processual Civil. Aposentadoria Rural. Comprovação. Ação declaratória. Justificação. Instrumento idôneo.

A ação declaratória, segundo o comando expresso no art. 4º do Código de Processo Civil é instrumento processual adequado para resolver incerteza sobre a existência de uma relação jurídica, sendo patente o interesse de agir do segurado da Previdência Social que postula, por essa via processual, o reconhecimento de tempo de serviço para efeito de percepção de benefício.

Atualmente, está consolidado o entendimento de que não se pode negar a concessão do benefício da aposentadoria rural por idade aos idosos que, reitero, não é superior a um salário mínimo, desde que estes comprovem, mesmo com simples declarações de sindicatos ou de certidões de casamento, o efetivo trabalho no campo. Relembrando que esse tempo não poderá ser computado reciprocamente para qualquer outro tipo de benefício previdenciário, sem que haja o recolhimento das contribuições devidas. Recurso provido.

(Origem: STJ - Superior Tribunal de Justiça Classe: Resp - Recurso Especial – 186114 Processo: 199800616772 UF: SP Órgão Julgador: Quinta

Turma Data da decisão: 21/06/2001 Documento: STJ000402065)

Previdenciário. Aposentadoria rural por idade. Tempo de serviço rural. Prova material. Certidão de casamento. Profissão lavrador. Prova testemunhal contraditória. Falta de interesse de agir. Inexistência. Pedido improcedente.

1. A extinção da ação sob fundamento de falta de interesse de agir por ausência de comprovação de pretensão resistida, equivale à exigência de prévio exaurimento da via administrativa. Precedentes.

2. *Consoante entendimento firmado nesta Corte e no Colendo STJ, o exaurimento da via administrativa não é condição para propositura de ação de natureza previdenciária (Súmula 213/TFR). Vedação de tal exigência por aplicação do princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV).*

3. A qualificação profissional como lavrador, agricultor ou rurícola, constante de assentamentos de registro civil somente pode ser considerada como início de prova material quando corroborada pelos depoimentos das testemunhas.

4. Contradição, na espécie, entre os depoimentos prestados e a condição consignada na certidão de casamento.

5. Apelação e remessa oficial, tida por interposta, providas.

(Origem: TRF - Primeira Região Classe: AC - Apelação Cível – 200701990333700 Processo: 200701990333700 UF: MT Órgão Julgador: Segunda Turma Data da decisão: 15/10/2007 Documento: TRF100262730 Fonte DJ data: 26/11/2007 pagina: 94 Relator Desembargador Federal Francisco de Assis Betti.)

Previdenciário. Remessa oficial tida por interposta. Aposentadoria por idade. Trabalhadora rural. Exaurimento da via administrativa. Desnecessidade. Falta de interesse de agir. Inexistência. Início razoável de prova material. Complementação por prova testemunhal. Reconhecimento. Idade mínima. Correção monetária. Juros de mora. Honorários de advogado.

1. Remessa oficial tida por interposta, porquanto proferida a sentença após a vigência da Lei 9.469, de 10/07/1997. Não incide, na hipótese, o § 2º do art. 475 do Código de Processo Civil, em virtude de não ter sido demonstrado que o conteúdo econômico do pleito é de valor inferior a 1 salário mínimo. Também não incide o § 3º desse artigo, tendo em vista que a sentença não se fundamentou em jurisprudência do plenário ou súmula do Supremo Tribunal Federal, ou do tribunal superior competente.

2. É pacífica a jurisprudência quanto à desnecessidade de prévio requerimento administrativo como condição para a propositura de ação de natureza previdenciária. (Precedentes do TRF: AC 2003.01.99.017215-1/RO, AC 2004.01.99.012918-4/MG, AC 2005.01.99.056287-0/MT; e do STJ: REsp 437.590/SC, REsp 602.843/PR, REsp 543.117/PR)

3. Reconhecimento de tempo de serviço prestado na condição de trabalhadora rural exige início razoável de prova material. É inadmissível prova exclusivamente testemunhal.

Omissis

(Origem: TRF - Primeira Região Classe: AC - Apelação Cível - 200701990076168 Processo: 200701990076168 UF: MT Órgão Julgador: Segunda Turma Data da decisão: 17/9/2007 Documento: TRF100261130 Fonte *DJ* data: 08/11/2007 página: 124 Relator Desembargador Federal Francisco de Assis Betti)

Por outro lado, vislumbro que mesmo estando o processo devidamente instruído, não há meios de aplicação do art. 515, § 3º, tendo em vista que pretensão do autor não envolve matéria *exclusivamente* de direito, devendo o processo ser baixado ao juízo de origem para análise da documentação anexada, que por sua vez se reporta à matéria de fato, bem como dos depoimentos testemunhais.

In casu, ressalto que a *teoria da causa madura*, por mitigar o princípio constitucional do duplo grau de jurisdição, deve ser interpretada restritivamente.

Posto nestes termos, voto pelo conhecimento do recurso e seu provimento, para anular a sentença prolatada, determinando o retorno dos autos ao juízo de origem, para que: nos termos do art. 5º, inciso XXXV, da CF/1988, seja suplantada a preliminar de falta de interesse de agir, dando-se prosseguimento a presente ação.

Sem custas e honorários, em face da justiça gratuita.

É como voto.

Processo

2007.36.00.900441-0/MT

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Julier Sebastião da Silva
Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Recorrido: Francisco Lopes Pereira
Publicação: DO/MT de 05/05/2008

Ementa

Direito Previdenciário. Certidão de tempo de serviço. Anotação. CTPS. Não reconhecimento pelo INSS. Início de prova material suficiente.

I – A simples anotação na CTPS de período laborado não reconhecido pelo INSS é início de prova material suficiente para expedição de certidão de tempo de serviço.

II – Recurso improvido.

Acórdão

Decide a Turma Recursal do Juizado Especial Federal de Mato Grosso, por unanimidade, *negar provimento* ao recurso, nos termos do voto do Juiz Relator.

Cuiabá/MT – 25/04/ 2008.

Juiz Federal *Julier Sebastião da Silva*, Relator.

Relatório

O INSS recorreu da sentença prolatada em face de o Juízo do 1º Juizado Federal Cível da Seção Judiciária do Estado de Mato Grosso ter julgado procedente o pedido formulado pelo autor, determinando ao réu que proceda à averbação do tempo de contribuição daquele, expedindo a certidão respectiva.

Alega o recorrente que a CTPS tem presunção *juris tantum*, ou seja, ela não é absoluta, não constituindo prova plena do exercício de atividade em relação à Previdência. Aduz ainda que o recorrido não apresentou nenhum outro documento apto a comprovar vínculo empregatício.

O recorrido não ofertou contra razões, embora intimado.

É o relato.

Voto

O autor pleiteou a expedição de certidão de tempo de serviço dos períodos anotados na CTPS, mas não

reconhecidos pelo INSS, para posterior pedido de aposentadoria perante a autarquia previdenciária.

O recorrido trouxe aos autos a CTPS com os contratos de trabalho anotados, e não reconhecidos pelo INSS. A carteira de trabalho devidamente assinada, por certo, é documento hábil para comprovar a relação empregatícia para fins de aposentadoria. Nesse sentido:

Previdenciário. Aposentadoria rural por idade. Tempo de serviço rural. Início de prova material. Certidão de casamento. Profissão do cônjuge. Carteira de trabalho e previdência social. Solução pro misero. Precedentes do STJ e desta corte. Honorários advocatícios. Juros de mora. Correção monetária. Lei 6.899/1981 e Sumula 148, do Superior Tribunal de Justiça. Custas processuais. Isenção. Tutela antecipada, ex officio, na sentença. Vedação legal.
1. A qualificação profissional como lavrador, agricultor ou rurícola, constante de assentamentos de registro civil constitui início de prova material para fins de averbação de tempo de serviço e de aposentadoria previdenciária, e é extensível à esposa, adotando, nessa hipótese, a solução *pro misero*. Precedentes do Superior Tribunal de

Justiça (REsp 272.365/SP e AR n. 719/SP) e desta Corte (EIAC 1999.01.00.089861-6-DF).
2. O tempo de serviço prestado no meio rural com registro em carteira de trabalho e previdência social constitui início razoável de prova material para fins de aposentadoria previdenciária.
3. Não é admissível a prova exclusivamente testemunhal para reconhecimento de tempo de exercício de atividade urbana e rural (Lei 8.213/91, art. 55, § 3º). Tribunal Regional Federal 1ª Região, Súmula 27. (..)” (AC 2007.01.99.021849-3/MG; Apelação Cível. Relator Desembargador Federal José Amilcar Machado. Sem grifos no original.)

Previdenciário. Reconhecimento de tempo de serviço urbano. Início razoável de prova material. Documentos não autenticados. Validade. Não impugnado o conteúdo. Anotações na carteira de trabalho do menor. Prova corroborada por declaração de ex-empregadores. Equiparação a prova testemunhal. Atividade urbana comprovada em carteira de trabalho. Remessa oficial e apelação desprovidas.

1 - Comprovam o exercício de atividade urbana, no período de 02.06.1968 a 02.03.1970, as anotações na Carteira de Trabalho do Menor (fls. 08/15), inclusive acerca do recolhimento de imposto sindical relativamente aos anos de 1968 e 1969 (fl. 13) e do gozo de férias referentes ao primeiro ano de trabalho, sendo a última anotação, referente a alteração de salário a partir de 02.03.70 (fl. 15). 2 - Em sintonia com as alegações e os documentos apresentados, consta dos autos a declaração de ex-empregadores (fl. 7), o que, segundo entendimento jurisprudencial pacificado, corresponde a prova testemunhal. 3 - É desnecessária a autenticação de documentos, sem que se aponte erro ou falsidade em seu conteúdo. Precedentes. (STJ)-3ª Turma, Resp 94.626-RS, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 16/06/1998, DJ 16/11/1998, p. 86; TRF-1ª Região, AC 1997.01.00.052955-0/BA, Juiz Federal Manoel Nunes (Conv.), Primeira Turma Suplementar, DJ 18/11/2004, p.35; TRF-1ª Região, AC 9601032819/PA Desembargador Federal Tourinho Neto, DJ 18/12/2002, p. 99. 4- Comprovado o exercício de atividade urbana através de anotações na Carteira de Trabalho do Menor, faz jus o segurado à averbação do respectivo período. 5 - Remessa oficial e Apelação desprovidas. “ (AC 2000.01.00.012101-4/DF; Apelação Cível. Desembargador Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira. Sem grifos no original.)

O recorrente não alegou a falsidade do documento juntado pelo Recorrido, que, portanto, deve ser considerado como verdadeiro. O simples fato de não constar no CNIS o período laborado não significa ne-

cessariamente a sua inexistência, principalmente se for levado em conta que a CTPS é um documento público.

Isto posto, *nego provimento* ao recurso do INSS.

Custas processuais e honorários advocatícios indevidos.

É o voto.

Recurso Cível

2006.36.00.900863-6/MT

Relatora: A Exma. Sra. Juíza Federal Adverci Rates Mendes de Abreu
Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Procuradora: Dra. Ana da Silva Castanho Max
Recorrido: Nesia Bispo de Moraes Santos
Advogado: Dr. Claudinez da Silva Pinto Junior
Publicação: DO/MT de 06/05/2008

Ementa

Previdenciário. Pensão por morte. Óbito ocorrido antes da Lei 9.032/1995. Renda mensal inicial fixada segundo a lei vigente à época do fato gerador. Retroatividade da lei. Súmula 15 da turma nacional de uniformização de jurisprudência. Alteração da RMI para 100%.

1 – Em 1995, a Lei 9.032 alterou o art. 75 da Lei de Benefícios para estabelecer o valor de 100% para as RMIs dos benefícios de pensão por morte, que deve ser aplicada a todos os benefícios similares concedidos.

2 – Todos os benefícios de pensão, concedidos em face de óbitos ocorridos antes da Lei 9.032/1995, permanecem com RMI calculada na forma na lei vigente à época

3 – Recurso provido.

Acórdão

A turma, por unanimidade, conheceu o recurso e deu a ele provimento, nos termos do voto do Exma. Senhora Juíza Relatora.

Cuiabá/MT – 25/04/2008.

Juíza Federal Adverci Rates Mendes de Abreu, Relatora.

I. Relatório

O Instituto Nacional do Seguro Social – INSS insurge-se contra a sentença que julgou *parcialmente procedente* o pedido da parte autora de alteração da RMI do benefício pensão por morte, para o percentual de 100%, com o pagamento dos atrasados não prescritos.

Alega o INSS, preliminarmente, a iliquidez da sentença e, no mérito, alega que a aplicação da nova lei ao cálculo da RMI atinge o ato jurídico perfeito e ofende o princípio do *tempus regit actum*.

Contra-razões ofertadas.

É o relatório.

II. Voto

É sabido que os benefícios de pensão por morte, antes da Lei 8.213/1991, obedeciam a uma RMI denominada “quota familiar”, no valor de 50% do benefício acrescidos de 10% para cada beneficiário, nos termos do art. 48 da Consolidação das Leis da Previdência Social.

Com a edição da Lei 8.213/1991, a quota familiar passou a ser de 80% do valor do benefício, acrescido de 10% por beneficiário até o limite de 100%.

Em 1995, a Lei 9.032 alterou o art. 75 da Lei de Benefícios para estabelecer o valor de 100% para as RMIs dos benefícios de pensão por morte.

Portanto, de todas as alterações sofridas pela legislação previdenciária relativas à forma de cálculo da pensão por morte, nenhuma delas alcançou benefícios

pretéritos. Obedecendo não apenas a natureza de ato jurídico perfeito, mas também à fonte de custeio prevista à época.

O fato consiste, pois, em aplicar a lei do tempo do ato. Veja-se, a propósito, a doutrina:

A questão é de aplicação de lei no tempo. A pensão se rege pela lei vigente ao tempo do óbito do segurado, que é o fato necessário e suficiente para a incidência da norma, vale dizer suporte fático. Não se aplicam as regras posteriores que aumentam o valor da renda mensal, uma vez que a lei somente se aplica aos fatos ocorridos após sua entrada em vigor. (Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Junior, em *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*, p. 248, editora Livraria do Advogado.)

Por causa disso, todos os benefícios de pensão concedidos em face de óbitos ocorridos antes da Lei 9.032/1995 permanecem com RMI calculada na forma na lei vigente à época, sem que o princípio da igualdade seja ferido. É que a incidência tributária relativa às contribuições sociais também foi majorada no decorrer das alterações legais, refletindo no aumento da fonte de custeio e, por questão de justiça, implicando um maior índice para fixação da renda mensal inicial do benefício em questão.

Isso explica porque, para o sistema previdenciário, são iguais entre si tão-somente aqueles abrangidos por um mesmo regime de contribuição social.

Arremato com a jurisprudência pacífica dos Tribunais no sentido defendido acima:

Previdenciário. Pensão por morte. Lei aplicável. Data do óbito. Data de início do benefício.

1. A lei aplicável aos casos de pensão por morte é aquela em vigor à data do óbito, conforme o princípio constitucional da irretroatividade da lei (art. 5º, XXXVI). Precedentes deste Tribunal

2. Tendo o cônjuge da autora falecido em 28/07/1991, deve-se aplicar o art. 74 da Lei 8.213/1991 em sua redação original, que determina o pagamento do benefício a contar da data do óbito. A alteração do dispositivo pela MP 1.596-14, convertida na Lei 9.528/1997, não alcança os benefícios devidos desde data anterior.

3. Apelação e remessa oficial improvidas.

(Origem: TRF - Primeira Região Classe: AC - Apelação Cível - 199901000532095 Processo: 199901000532095 UF: BA Órgão Julgador: Segunda Turma Suplementar - Data da decisão: 12/5/2004 Documento: TRF 100167154 Juiz Federal Miguel Angelo de Alvarenga Lopes (conv.))

Ademais, o STF no julgamento dos Recursos Extraordinários 416827 e 415454, interpostos pelo INSS, por maioria, deu provimento aos citados recursos, por considerar que o fato gerador da pensão por morte é o óbito e que, portanto, a lei a ser aplicada à regulamentação das pensões é aquela vigente à data do falecimento. A partir de tal orientação, a matéria tornou-se pacífica, prescindindo de maiores considerações.

Posto nestes termos, voto pelo conhecimento do recurso e seu provimento, para reformar a sentença prolatada.

Sem custas.

É como voto.

Processo

2005.36.00.909461-6/MT

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal Raphael Cazelli de Almeida Carvalho.
Recorrente: Ubaldina Pereira Cintra
Recorrido: Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – Dnit
Publicação: DJ/MT de 13/03/2008

Ementa

Administrativo. Sentença extra-petita. Nulidade de ato administrativo. Juízo incompetente. Recurso improvido.

I – Se o pagamento foi interrompido por força de um parecer emitido pela administração, inevitável seria atender o seu pedido senão derrubando tal parecer.

II – O parecer administrativo é classificado como um tipo de ato administrativo enunciativo.

III – Não se incluem na competência do Juizado Especial Federal as causas para anulação ou cancelamento de ato administrativo, salvo as de natureza previdenciária e o de lançamento fiscal, motivo pelo qual não há erro algum na interpretação do pedido dada pelo Magistrado *a quo*.

IV – Recurso improvido.

Acórdão

Decide a Turma Recursal do Juizado Especial Federal de Mato Grosso, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento, nos termos do voto do Exmo. Senhor Juiz Relator.

Cuiabá/MT – 29/02/2008.

Juiz Federal *Raphael Cazelli de Almeida Carvalho*, Relator.

Dispensado o relatório, na forma do art. 38 da Lei 9.099/1995.

Voto

O Exmo. Sr. Juiz Federal *Raphael Cazelli de Almeida Carvalho*: — O argumento da recorrente no sentido de que a sentença monocrática deve ser anulada por ter havido julgamento *extra petita*, não é de prosperar.

Quando a recorrente, no pedido, requer o restabelecimento de valores referentes à uma incorporação cuja interrupção se deu em razão de um parecer emitido pela Consultoria Jurídica do Ministério de Planejamento, Orçamento e Gestão (Parecer/Conjur/TFQ/0968 – 7.3.2/2004), é óbvio que quer derrubado esse ato administrativo, não havendo necessidade de ser expressa nesse sentido.

Na inicial não há qualquer pedido de anulação de ato administrativo, no entanto, em seu pedido requer “restabelecimento do pagamento da vantagem de 26,06% arbitrária e ilegalmente interrompido por força de simples “corte” pelo órgão gestor, sob pena de multa pecuniária”. Ora, se o pagamento foi interrompido por força de um parecer emitido pela administração, inevitável seria atender o seu pedido senão derrubando tal parecer.

Para José Cretela Junior ato administrativo é:

a manifestação de vontade do Estado, por seus representantes, no exercício regular de suas funções, ou por qualquer pessoa que detenha, nas mãos, fração de poder reconhecido pelo Estado, que tem por finalidade imediata criar, reconhecer, modificar, resguardar ou extinguir situações jurídicas subjetivas, em matéria administrativa. (Di Pietro, *apud* Cretela Júnior, 2003: 187).

Temos ainda, na interpretação de Hely Lopes Meireles, o parecer administrativo classificado como um tipo de ato administrativo enunciativo. Vejamos:

Ato administrativo enunciativo: são aqueles em que a Administração se limita a certificar ou atestar um fato ou emitir opinião sobre determinado assunto sem se vincular ao seu enunciado, por exemplo, certidão, atestado e parecer administrativo.

Ademais, aduz a Lei 10.259/2001 que dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal:

Art. 3º Compete ao Juizado Especial Federal processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos, bem como executar as suas sentenças.

§1º Não se incluem na competência do Juizado Especial Cível as causas:

(...)

III - para a anulação ou cancelamento de ato administrativo federal, salvo o de natureza previdenciária e o de lançamento fiscal;

Em conseqüência não há erro algum na interpretação do pedido dada pelo Magistrado *a quo*.

Ante o exposto, voto pelo conhecimento do recurso e seu improvimento, mantendo, na íntegra, a sentença. Condeno o recorrente ao pagamento de honorários advocatícios que fixo em 10% do valor da causa (art. 55 da Lei 9.099/1995). Sem custas. É o voto.

Recurso Cível

2005.36.00.910085-0/MT

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal José Pires da Cunha
Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Procurador: Dra. Ana da Silva Castanho Max
Recorrido: Fuloripa Paulista Duarte
Advogado: Dra. Maria Luiza Amarante Kannebey
Publicação: DO/MT de 09/04/2008

Ementa

Previdenciário. Pensão por morte. Prova da qualidade de segurado. Contrato de trabalho vigente na ocasião do óbito. Recolhimento de contribuição post mortem. Possibilidade. Autora. Esposa. Benefício devido.

I – A autora comprova todos os requisitos para o recebimento da pensão por morte, à vista do falecimento de seu esposo. No caso, a relação de dependência vem demonstrada pela certidão de casamento, assim como o óbito comprova-se pela certidão de óbito. Já quanto à qualidade de segurado, à época da morte, o falecido esposo da autora mantinha vínculo empregatício (conforme CTPS e demais documentos), sendo que apenas as contribuições foram recolhidas após a morte.

II – Entretanto, o recolhimento tardio da contribuição previdenciária, havendo prova contemporânea do contrato de trabalho, não impede a concessão do benefício.

III – Recurso improvido.

Acórdão

A turma, por unanimidade, conheceu o recurso e negou a ele provimento, nos termos do voto do Exmo. Senhor Juiz Relator.

Cuiabá/MT – 28/03/2008.

Juiz Federal *José Pires da Cunha*, Relator.

I. Relatório

O Instituto Nacional do Seguro Social – INSS insurge-se contra a sentença que julgou procedente o pedido da parte autora de concessão de pensão por morte em razão do óbito de seu esposo.

Alega o INSS que a autora não juntou comprovantes suficientes que provassem que o *de cujus* detinha a qualidade de segurado quando do seu falecimento. Assim havendo ausência de vínculo, não tem direito à pensão por morte.

Contra-razões ofertadas.

É o relatório.

II. Voto

É sabido que para fazer jus ao benefício de pensão por morte, a autora deve provar, além do evento morte, sua qualificação como dependente e a qualidade de segurado do falecido trabalhador. Quanto à dependência econômica, para o caso da Autora, é presumida, à vista do vínculo matrimonial.

Em relação à morte, não há dúvidas, uma vez mostrada pela autora a certidão de óbito atestando que seu esposo faleceu em 29/07/1999, em decorrência de acidente vascular cerebral.

Já no tocante a qualidade de segurado do *de cujus*, consta nos autos os seguintes documentos: consulta de conta vinculada do FGTS onde consta o período labo-

rado (fls.11 e 12 dos documentos iniciais); as guias de recolhimento previdenciário (fls.13 á 20) e termo de rescisão de contrato de trabalho (fls.21). Tais documentos revelam que o autor trabalhava na Fazenda Matrinchã, no período de 11/96 a 7/99, quando veio a óbito, gerando a rescisão contratual do referido vínculo empregatício.

Portanto, o falecido de fato gozava da qualidade de segurado na data do óbito, sendo que a falta de registro no CNIS, à época do falecimento, não é obstáculo à concessão do benefício de pensão por morte a seu conjunto de dependentes.

Ademais, no caso em questão, a empregadora procedeu ao recolhimento *post mortem* e, ainda que não tivesse havido o recolhimento de contribuição previdenciária tardia, tal como se verifica *in casu*, tal fato, por si só, não teria o condão de desconstituir o *status* de segurado do *de cuius*, eis que a obrigação de adimplir a referida obrigação é do empregador, após a devida fiscalização do requerido.

Posto nestes termos, voto pelo conhecimento do recurso e seu improvimento, mantendo a sentença prolatada.

Condeno o INSS ao pagamento dos honorários advocatícios os quais fixo 15% sobre o valor da condenação.

É como voto.

Atuação da Justiça Federal após a Constituição de 1988: impactos sociais – a Constituição-cidadã, os direitos sociais e sua efetivação pela Justiça Federal*

Humberto Aparecido Lima**

Introdução

1.1 Sobre o tema

No ano em que o Judiciário pátrio completa duzentos anos de independência, mais do que nunca é tão necessária uma atuação imparcial dos diversos órgãos jurisdicionais que compõem o Poder Judiciário.

Com efeito, em um país cuja Constituição é uma das mais generosas do mundo no que diz respeito à outorga de direitos fundamentais, causam perplexidade os inúmeros casos de cidadãos impossibilitados de fruir daqueles bens jurídicos tão necessários a uma existência digna, em decorrência da falta de políticas públicas que implementem os direitos sociais assegurados na chamada Constituição-Cidadã.

Por outro lado, é amplamente conhecida a desigualdade social existente em terras nacionais, o que por si só é bastante para justificar a importância dos direitos sociais, cujo objetivo é a melhoria das condições de vida dos hipossuficientes, isto é, a realização de verdadeira justiça social.

Neste contexto, aumenta-se a necessidade social de que o Judiciário atue de forma imparcial em relação aos demais Poderes estatais, efetivando os direitos sociais correspondentes a prestações materiais a que o Estado está obrigado a adimplir pela Carta Magna, mas que freqüentemente não o são, seja por ação, seja por omissão do Executivo, principalmente, ou do Legislativo. Conforme palavras da eminente Ministra do Superior Tribunal de Justiça Eliana Calmon Alves:

No momento em que o país atravessa uma crise institucional profunda, encontrando os cidadãos, no Poder Judiciário, a última trincheira para a

realização dos seus direitos, é de importância fundamental que sejam repensados os conceitos e as práticas ligadas à aplicação e ao acesso à Justiça¹.

Em razão da importância dos direitos sociais, e, por outro lado, da garantia fundamental a uma atuação independente dos órgãos jurisdicionais, resta justificada a linha de pesquisa adotada no presente trabalho, resumida ao subtítulo “A Constituição-Cidadã, os Direitos Sociais e sua Efetivação pela Justiça Federal”.

No que toca a este órgão em específico, a Justiça Federal, a investigação de sua atuação no tocante à aplicação das normas constitucionais definidoras de direitos sociais torna-se extremamente importante se analisada sob dois aspectos. O primeiro, de âmbito institucional, relaciona-se ao fato de que a sua atuação, em geral, sempre foi marcada pela independência, como a história demonstra. O segundo, mais relacionado a questões processuais, refere-se à competência atribuída pela Constituição à jurisdição federal, que basicamente ocorre em razão da matéria e em razão da pessoa. Isto porque a implementação de grande parte dos direitos sociais assegurados constitucionalmente é de responsabilidade solidária entre os entes políticos, dentre eles a União, diretamente ou através de suas autarquias, o que justifica o processamento e julgamento das causas nas quais um ou mais particulares objetivam uma prestação positiva relacionada a um dado direito social. Logo, deve-se analisar se o *modus operandi* da Justiça Federal, frente à União, é compatível com a sua história de independência.

1.2 Sobre o desenvolvimento do tema

O presente trabalho objetiva expor um dos impactos sociais ocasionados pela atuação da Justiça Fe-

* Monografia ganhadora, na categoria universitário, do X Concurso Nacional de Monografias do TRF 1ª Região.

**Estudante do 6º semestre da Universidade Presbiteriana Mackenzie/São Paulo/SP.

¹ ALVES, Eliana Calmon. *Do Poder Judiciário na Constituição: Justiça Federal*. In: *Seminário sobre Direito Constitucional*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 1994, p. 131-157.

deral após a Constituição Federal de 1988, qual seja, a efetivação, por parte deste órgão, dos direitos sociais largamente assegurados pela nova Carta, mas frequentemente relegados à letra morta da lei por quem realmente deveria implementá-los: o Poder Executivo, sobretudo, e o Poder Legislativo.

O desenvolvimento do tema abordado neste trabalho divide-se em duas partes principais. Na primeira, denominada “A Ordem Social”, são analisados os pressupostos sociais e jurídico-positivos relacionados à atuação do Estado e do Poder Judiciário, no tocante à efetivação dos direitos sociais, sob um enfoque dogmático, baseado em renomados doutrinadores.

Neste ponto, demonstra-se o contexto social experimentado na idade contemporânea em todo o mundo, cujas conseqüências incidem diretamente na atuação dos Estados frente às relações sociais. Posteriormente, e em breves linhas, delinea-se a ordem social positivada pela Constituição Federal de 1988, bem como os efeitos decorrentes das normas constitucionais relacionadas a tal ordem.

A partir daí, a investigação centra-se no papel atribuído ao Poder Judiciário pela Constituição-Cidadã, quanto à efetivação dos direitos sociais, bem como nos supostos óbices a uma atuação positiva da Justiça para tal desiderato.

No que toca à segunda parte, intitulada “Atuação da Justiça Federal no tocante à efetivação dos Direitos Sociais”, esta pesquisa cuida de demonstrar, mediante uma abordagem empírica, que, de modo geral, o modus operandi da Justiça Federal adequa-se ao papel conferido ao Poder Judiciário pela ordem jurídico-social, no sentido de atuar de forma ativa e independente para efetivar os direitos objeto deste trabalho.

Para tanto, traz exemplos de decisões judiciais proferidas pelos cinco Tribunais Regionais Federais acerca de alguns dos mais importantes destes direitos: Saúde, Assistência Social, Educação Previdência Social — à exceção deste último —, acerca do qual a exemplificação é feita através da exposição de uma medida adotada pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Saliente-se que a transcrição dos julgados restringe-se aos Tribunais porquanto deles pode-se inferir mais claramente a pacificação das questões ora abordadas.

Por fim, insta ressaltar que, ante o fato de os direitos sociais terem a finalidade de assegurar ao indivíduo,

mediante a prestação de recursos materiais essenciais a uma existência digna dos cidadãos, sua efetivação dá-se justamente através do adimplemento, por parte do Estado, das prestações positivas a eles correlatas — afora as hipóteses em que tais direitos geram prestações negativas ou de defesa. Entretanto, os exemplos trazidos à baila mediante a transcrição de decisões judiciais da Justiça Federal — como a condenação ao fornecimento de medicamentos, por exemplo — não esgotam todas as prestações sociais de responsabilidade estatal ligadas aos direitos sociais.

2. A Ordem Social

2.1 As novas relações sociais e o papel do Estado

Há algumas décadas, os problemas inerentes aos direitos transindividuais — direitos que transcendem aos interesses dos indivíduos, dentre os quais os chamados direitos sociais — vêm causando discussões entre os juristas e operadores do Direito.

Com efeito, nos últimos anos tem ocorrido um acelerado processo de multiplicação dos direitos cujas causas são: I) aumento de bens tutelados pelo Direito; II) aumento do número dos sujeitos de direito; e III) ampliação do tipo de *status* dos sujeitos.

Além disso, certos direitos individuais foram estendidos a algumas coletividades, como as minorias étnicas e os grupos religiosos, bem como à humanidade, como é caso do meio ambiente, e até mesmo a entidades até então não consideradas sujeitos de direitos, como os animais e a natureza. E, finalmente, o homem passou a ser visto de forma concreta e específica, de acordo com a situação que ocupa na sociedade, isto é, como criança, idoso, adolescente, deficiente físico, indígena, dentre outros.

*Segundo José Luís Bolzan de Moraes, são situações novas que impelem o Direito na direção de fatos regulados para coletividades e não, como tradicionalmente, para indivíduos.*² Trata-se de uma realidade jurídica

²MORAIS, José Luís Bolzan de. *Do Direito Social aos Interesses Transindividuais – O Estado e o Direito na Ordem Contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1996, p. 17.

nova, na qual imperam as situações coletivas em detrimento das individuais.

Por outro lado, surgem, no início do século XX, os direitos sociais, cuja finalidade é *o estabelecimento de condições mínimas de vida digna para todos os seres humanos*.³ Reconhece-se, a partir daí, a necessidade de o Estado promover distribuição de riquezas, isto é, justiça distributiva, justiça material, e não meramente uma justiça formal.

Todo esse cenário demonstra o estágio de complexidade social que o mundo alcançou, a qual demanda uma nova postura do Estado frente às relações sociais.

Logo, não é suficiente que todos estes direitos decorrentes da ordem social contemporânea sejam tão-somente declarados nas Constituições escritas; é preciso que o Estado implemente ações que os efetivem. A sociedade de massas impõe o abandono do absentismo e a adoção de uma postura promocional-positiva do Estado.

O estabelecimento de uma nova ordem social, decorrente do processo de complexidade das relações sociais, implicou uma nova postura do Estado em relação à aplicação do Direito. Segundo Norberto Bobbio:

Enquanto os direitos de liberdade nascem contra o superpoder do Estado – e, portanto, com o objetivo de limitar o poder –, os direitos sociais exigem, para sua realização prática, ou seja, para a passagem da declaração puramente verbal à sua proteção efetiva, precisamente o contrário, isto é, a ampliação dos poderes do Estado⁴.

Assim, um Estado ativo e positivo é necessário para a efetivação destes novos direitos. Diante disso, o papel do Poder Judiciário, detentor da função jurisdicional do Estado, assume nova feição.

Em razão da complexidade das relações sociais e do atual estágio da ordem social, há uma explosão de conflituosidade, isto é, há elevação do número de processos e de direitos discutidos. Além disso, os juízes passam a vislumbrar uma mudança de qualidade nos conflitos submetidos a juízo, na medida em que come-

ça a surgir a necessidade de serem resolvidos não mais simples conflitos de interesses, mas também conflitos de valores. Mais do que resolver meras lides, os juízes passam a dirimir conflitos distributivos: distribuição de poder e de riquezas⁵.

Neste passo, o juiz, como intérprete e aplicador da lei, passa a ter o dever de focar o Direito sob a ótica criativa e transformadora, em oposição à antiga visão impregnada de dogmatismo jurídico, segundo a qual o magistrado é a boca da lei.

Para atender os anseios sociais, o juiz tem de preterir a tradicional visão do Direito como simples técnica de controle social, baseada em uma perspectiva individualista e de lógica de igualdade meramente formal, e passar a visualizar o fenômeno jurídico a partir da dinâmica da realidade social, que deve ser analisada dentro do contexto político, econômico, social, cultural e valorativo, fatores estes condicionantes da convivência dos indivíduos em sociedade.

Neste sentido, o juiz não mais pode ser considerado, e tampouco pode considerar-se escravo da lei, e sim da Constituição vigente, porquanto ela reúne todos os valores e princípios reconhecidos como primordiais pela sociedade. Por conseguinte, a ele incumbe aplicar a lei, mas com estrita observância dos anseios sociais plasmados pela Lei Fundamental, e, desta forma, assegurar o respeito e cumprimento — o que significa efetivar — dos direitos sociais protegidos pela ordem constitucional.

Diante disso, insta trazer à lume as brilhantes palavras do Ministro Presidente do Superior Tribunal de Justiça, Raphael de Barros Monteiro Filho, segundo o qual:

É inquestionável que a vida em sociedade hoje difere, diametralmente, daquela experimentada nos séculos anteriores. Germinaram, após a Revolução Industrial, profundas transformações sociais em escala mundial, exigindo dos estudiosos e legisladores nova análise dos problemas sociais, vistos, desde então, sob a ótica da garantia dos direitos fundamentais, das liberdades públicas e da equidade⁶.

³ FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 32ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2006, p. 312.

⁴ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 3ª tiragem. São Paulo: Elsevier Editora, 2004, p. 87.

⁵ CASTRO E COSTA, Flávio Dino de. *A Função Realizadora do Poder Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil*. In: Revista CEJ, n. 28, jan/mar 2005, p. 43.

⁶ Fonte: Superior Tribunal de Justiça – Disponível em: http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.

Sem embargo, há que se alertar que esta visão do Direito como instrumento de direção e promoção social não permite ao magistrado proferir decisões eivadas de subjetivismo e de arbitrariedade, bem como contrárias ao ordenamento jurídico. Segundo Campilongo, *o saber pragmático exigido pela nova racionalidade jurídica pressupõe o conhecimento das situações concretas, para, daí sim, extrair o máximo da regra*⁷.

Neste passo, a norma continua sendo um importante ponto de referência à vida humana em sociedade, mas não apenas em um contexto solitário, e sim em conjugação com os demais fatos e fatores condicionantes da vida em sociedade, pois *as normas jurídicas só podem ser aplicadas de modo legítimo e eficaz quando conectadas hermeneuticamente com a realidade social e econômica, integrando-a como parte necessária do sistema legal*.⁸

Mister seja feita uma revisão hermenêutica da ordem jurídica, redirecionando as opções interpretativas desta, passando-se de uma visão liberal-individualista para uma postura social transindividualista.

A partir deste estágio de vida desfrutado pela sociedade, torna-se imperiosa uma nova postura do Estado frente às novas relações sociais, e, no que toca à aplicação do Direito, deve o intérprete e aplicador da lei abandonar a clássica visão formalista, a fim de que passe a visualizar este fenômeno social a partir de uma perspectiva integradora de fatos, valores e norma, com o objetivo de promover a efetividade dos direitos sociais.

2.2 A Constituição Federal de 1988 e a Ordem Social

A par das transformações que decorreram da complexidade das relações sociais, a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada aos cinco de outubro de 1988, enfatizou o modelo de Estado:

texto=86594

⁷ CAMPILONGO, Celso. *Os desafios do Judiciário: Um enquadramento teórico*. In: José Eduardo Faria (org.), *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 35-40.

⁸ FARIA, José Eduardo. *O Judiciário e o desenvolvimento econômico*. In: José Eduardo Faria (org.), *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 24.

(... omissis ...) destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias (... omissis ...). (Preâmbulo)

Por outro lado, traçou os objetivos a serem perseguidos pelo Estado brasileiro, em seu art. 3º, *in verbis*:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – *construir uma sociedade livre, justa e solidária;*

II – *garantir o desenvolvimento nacional;*

III – *erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;*

IV – *promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.*

Além disso, previu em seu artigo 6º os direitos de segunda dimensão, isto é, os direitos sociais, os quais:

Caracterizam-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, que configura um dos fundamentos de nosso Estado Democrático, conforme preleciona o artigo 1º, IV⁹.

Os direitos sociais, assim como os individuais, os coletivos e os difusos são categorias de direitos fundamentais, erigidos ao *status* de cláusula pétrea pela Constituição e caracterizados por sua aplicabilidade imediata, em que pese a opção legislativa do constituinte em deixá-los, em sua grande maioria, sob a dependência de regulamentação legal ou de políticas públicas a cargo do Poder Público para a irradiação de seus principais efeitos.

Por outro lado, a Constituição seguiu a tendência mundial de estabelecer a ordem econômica conciliada com a ordem social, reconhecendo a conexão e interdependência necessária entre economia e desenvolvimento social, declarando em seu art. 170 que:

⁹ MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p.25.

A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII – redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Assim, procurou-se equilibrar a liberdade de iniciativa com o trabalho, a fim tornar indissociáveis os desenvolvimentos econômico e social.

Por fim, destinou um título específico para reger a nova ordem social, assegurando os direitos sociais e os direitos difusos em seu Título VIII, sob o primado do trabalho, tendo como objetivos o bem-estar e a justiça sociais.

São assegurados pelo Título VIII, da Constituição Federal, os seguintes direitos: da Seguridade Social (Saúde, Previdência Social e Assistência Social.), da Educação, da Cultura, do Desporto, da Ciência e Tecnologia, da Comunicação Social, do Meio Ambiente, da Família, da Criança, do Idoso e dos Índios.

Diante disso, nota-se claramente o aprofundamento das questões social e coletiva com a promulgação da chamada Constituição-Cidadã, na qual:

A natureza transindividual dos interesses assume as feições centrais da atividade estatal e social brasileiras. A legislação infra-constitucional também reflete esta transformação – em especial se dirigirmos nossa atenção às recentes normatizações de questões, tais como as ligadas ao consumo (Lei 8.078/1990), assim como algumas regras procedimentais instituidoras de novos mecanismos processuais, e.g., lei da ação civil pública (Lei 7.347/85)¹⁰.

Neste passo, percebe-se que o Estado brasileiro deixa de possuir somente as funções clássicas de proteção e repressão, para assumir também o dever de intervir na esfera social, realizando programas sociais,

combatendo desigualdades, amparando os consumidores etc.

Daí segue que a Constituição desenhou um modelo de Estado Social de Direito, em que pese não haver menção expressa neste sentido em seu art.1º, garantidor e efetivador dos direitos sociais, os quais constituem *exigência inarredável do exercício efetivo das liberdades e garantia da igualdade de chances (oportunidades), inerentes à noção de uma democracia e um Estado de Direito de conteúdo não meramente formal, mas, sim, guiado pelo valor da justiça material*¹¹.

Por outro lado, é possível asseverar que o Magno Texto Republicano é marcado por três características, extensíveis aos direitos fundamentais: I – seu caráter analítico, ante seu grande número de artigos e matérias, muitas das quais, em tese, poderiam ser veiculadas por legislação ordinária; II – seu pluralismo, eis que o constituinte optou por conciliar posições e aspirações nem sempre afinadas entre si, resultantes das fortes pressões políticas exercidas durante o processo constituinte; e, finalmente, III – seu forte cunho programático e dirigente, decorrente do grande número de disposições constitucionais dependentes de regulamentação legislativa, impondo programas e fins a serem perseguidos pelo Poder Público¹². Esta última característica, como será demonstrado adiante, guarda íntima relação com a efetivação dos direitos sociais.

2.2.1 O problema da aplicabilidade das normas constitucionais e a eficácia dos Direitos Sociais

Conquanto a Constituição Federal de 1988 tenha acolhido os mais variados direitos de índole transindividual, sobretudo aqueles voltados à proteção dos hipossuficientes, reconhecendo que somente o Estado pode assegurar de forma efetiva o bem-estar e a justiça sociais, optou o constituinte pelo uso de normas cuja eficácia plena depende de regulamentação legal. Foram assegurados direitos importantes, mas foram delegados aos legisladores ordinários os meios pelos quais tais direitos são efetivados em toda sua amplitude, isto é, de forma concreta e universal.

¹⁰MORAIS, José Luís Bolzan de. *ibidem.*, p. 21-22.

¹¹SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 73-74.

¹²Idem, *ibidem.*, p. 77.

Neste contexto, surge a questão do problema da completude e da aplicabilidade das normas constitucionais.

Como é cediço, toda norma possui uma estrutura lógica que contém dois elementos: a hipótese e o dispositivo. A hipótese é uma proposição condicional, sendo que dela advém uma consequência jurídica, expressa numa proposição afirmativa ou negativa — o dispositivo.

Pois bem, estando presentes os dois elementos — a hipótese de seu cabimento e a consequência jurídica a ela associada, isto é, seu mandamento — desta estrutura, ter-se-á uma norma completa. À falta de qualquer um deles, tratar-se-á de norma incompleta, cujas consequências ensejarão reflexos na questão de sua aplicabilidade.

Por outro lado, as normas podem ser classificadas, quanto a sua aplicabilidade, em normas exequíveis por si sós e em normas não exequíveis por si sós, conforme a doutrina do eminente Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, segundo o qual:

As primeiras podem ser aplicadas sem a necessidade de qualquer complementação. É o caso das normas completas. Já as segundas, exatamente por serem incompletas, precisam receber, antes de poderem ser aplicadas, a complementação, seja quanto à hipótese, seja quanto ao dispositivo. (... omissis ...) essa complementação se deve dar normalmente por lei — é a regulamentação legal¹³.

No que concerne às normas não exequíveis por si sós, pode-se distinguir várias espécies delas, sendo que apenas uma será citada, por estar mais ligada aos direitos sociais e coletivos: a chamada norma programática.

Segundo a lição de José Afonso da Silva, baseada na doutrina de J. H. Meirelles Teixeira:

Pode-se conceber como programáticas aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta ou indiretamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administra-

tivos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado¹⁴.

Pois bem, se os direitos sociais estão previstos na Constituição Federal através de normas programáticas, pode-se extrair daí que a efetivação destes direitos, para todos os seus titulares, dar-se-á, em termos gerais, através da vontade do legislador ordinário, por meio de regulamentação legal, ou por iniciativa do Poder Executivo, na execução de políticas públicas.

Entretanto, a existência de normas que dependem de legislação infraconstitucional não obsta que os direitos fundamentais, aí inseridos os de segunda e terceira geração, tenham eficácia imediata quando instado o Poder Judiciário a manifestar-se sobre o deferimento de prestação positiva do Estado em favor do particular ou de uma determinada coletividade, consoante será doravante demonstrado.

2.2.2. A Eficácia das normas programáticas

A doutrina clássica entende que as normas programáticas são ineficazes, por terem sua aplicabilidade limitada (ou não exequíveis por si sós), de modo que não obrigam os órgãos do Estado, bem como não geram qualquer direito subjetivo ou interesse legítimo aos seus titulares, tratando-se apenas de indicação de princípios dependentes de legislação que lhes dêem eficácia.

Ao seu turno, a doutrina moderna assevera que, embora as normas programáticas caracterizem-se por serem não exequíveis por si sós, ou de eficácia contida, elas carregam em seu bojo a proteção de certos interesses, assim como qualquer outra norma.

Para essa corrente doutrinária, dessas normas derivam situações subjetivas negativas e situações subjetivas positivas. As primeiras consubstanciam-se no dever jurídico imposto a todos os Poderes do Estado de pautarem-se por elas no desenvolvimento de suas competências. O próprio Estado obriga-se perante a coletividade a perseguir certos desideratos e a assumir a proteção de variados interesses, sob pena de, ao contrariá-los ou omitir-se na sua consecução, incorrer em inconstitucionalidade.

¹³FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *ibidem*, p. 387.

¹⁴SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo, Ed. Malheiros, 6ª edição, 2004, p. 138.

Com relação às segundas, as chamadas situações subjetivas positivas, delas podem derivar um simples interesse, uma simples expectativa, interesse legítimo e até direito subjetivo. Na lição de José Afonso da Silva:

Normas programáticas como as do art. 170, *caput* (“a ordem econômica... tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social...”); do art. 170, VII (“redução das desigualdades regionais e sociais”); do art. 170, VIII (“busca do pleno emprego”); do art. 184 (possibilidade de “desapropriação para fins de reforma agrária”) ... e outras semelhantes, certamente protegem um interesse geral, mas não conferem aos beneficiários desse interesse o poder de exigir sua satisfação; não delimitando seu objeto, nem fixando sua extensão, não fornecem os meios para sua realização antes que o legislador cumpra o dever de completá-las com providências executivas. No máximo, aí se verifica um *interesse simples*, não exigível positivamente pelos eventuais beneficiários, que podem ter uma expectativa de sua concretização através de legislação integrativa ou de outra atividade do Poder Público. (Grifamos.)

Por outro lado:

Normas programáticas como as do art. 170, III (“função social da propriedade”); do art. 226 (“A família... tem especial proteção do Estado”); do art. 205 (“A educação, direito de todos e dever do Estado...”); do art. 215 (“O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional...”), entre outro semelhantes, já tutelam mais intensamente os interesses referidos. Delas surge interesse legítimo que fundamenta sua invocação para embasar solução de dissídios em favor de seus beneficiários... Tais normas programáticas encontram-se no limiar da plena eficácia. Tutelam interesses legítimos que são, como alguém já disse, direito subjetivo *in fieri*¹⁵

Neste diapasão, a conclusão não pode ser outra senão a de que as normas programáticas outorgam aos particulares verdadeiros direitos públicos subjetivos, seja direito subjetivo positivo de obter uma prestação material do Estado — objeto de estudo do presente trabalho —, ou direito subjetivo negativo de exigir, através do controle de constitucionalidade, que o Poder Público abstenha-se de adotar políticas contrárias aos objetivos traçados pela Constituição, motivo por que tais normas são dotadas de um certo grau de eficácia,

podendo ser aplicadas pelo Judiciário para a realização dos direitos nelas previstos.

2.2.3 A Efetivação dos Direitos Sociais pelo Judiciário: um dever imposto pela Constituição Federal

Nas linhas anteriores foi mencionado que os direitos sociais estão definidos na Constituição por meio de normas programáticas, cujos efeitos principais, a princípio, são limitados, em razão delas dependerem de regulamentação legal ou de implementação de políticas públicas pelo Executivo. Em consequência disto, surge a problemática da efetividade dos direitos sociais.

O cidadão, não raras vezes sem condições mínimas de subsistência, por um lado, não tem condições de prover por si só as necessidades básicas para seu desenvolvimento, como saúde, educação, cultura, moradia, dentre outras, não obstante sejam esses direitos assegurados constitucionalmente. E, de outro lado, os legisladores e os governantes freqüentemente omitem-se no que diz respeito à criação de meios que assegurem o mínimo atendimento destas necessidades. Eis aqui verdadeira inconstitucionalidade por omissão.

Neste contexto, resta ao indivíduo provocar a atuação do Poder Judiciário, a fim de que este manifeste-se sobre o conflito que surge desta “lacuna política”. A partir daí, ganha vivacidade o papel atribuído aos magistrados pela Constituição.

Ao Judiciário, então, é atribuída a responsabilidade da adoção de uma postura positiva para efetivar a vontade da Carta Política. Mas quais são os fundamentos que corroboram esta assertiva de que este é realmente um dever do citado Poder?

Em primeiro lugar, a Constituição-Cidadã trouxe em seu bojo uma série de importantes garantias formais, em favor de sua imperatividade e dos direitos dos cidadãos. “Estas funcionam como um poderoso chamado a que o Judiciário atue mais intensamente no arbitramento de conflitos, em planos praticamente

¹⁵ Idem, *ibidem*, p. 176/177.

ilimitados¹⁶. Cite-se como exemplo o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, CF)¹⁷.

Ademais, embora os direitos e garantias fundamentais - gênero do qual os direitos sociais, dentre outros, são espécies - sejam em grande parte veiculados por meio de normas programáticas, dispõe o § 1º, do Art. 5º, da Constituição Federal, que:

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

§ 1º – *As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.* (grifo nosso.)

Assim, é patente que o Poder Judiciário, ante o princípio da inafastabilidade e do mandamento de aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, tem o dever de conferir efetividade aos direitos previstos nas normas programáticas, principalmente em se tratando de situações de cunho emergencial, nas quais há risco de lesão grave a bens jurídicos relevantes, como a vida, por exemplo.

Neste passo, “as políticas públicas, em regra, devem partir dos Poderes Legislativo e Executivo, devendo entrar em cena o Judiciário em situações emergenciais e agudas”, mormente nos casos em que a sua omissão ensejaria o “comprometimento irreversível ou mesmo o sacrifício de outros bens, como a própria vida, integridade física e dignidade da pessoa humana, haveremos de reconhecer um direito subjetivo do particular à prestação reclamada em juízo”.¹⁸

O mesmo entendimento é partilhado por José Afonso da Silva, segundo quem:

Por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente... Então, em face dessas normas, que valor tem o disposto no § 1º do art. 5º, que declara todas de aplicação imedia-

ta?... *significa que o Poder Judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta nelas garantida, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes.*¹⁹ (grifo nosso.)

Em segundo lugar, cite-se a importância dos instrumentos processuais criados ou aprimorados pela Carta, pelos quais o Judiciário não resolve simplesmente uma lide, mas verdadeiros conflitos distributivos de poder e riquezas, consubstanciados na oposição de valores, como “propriedade X função social, propriedade X direitos dos consumidores, propriedade X direitos ambientais”²⁰.

Trata-se do mandado de segurança coletivo e do mandado de injunção. O primeiro destinado à proteção dos direitos líquidos e certos de uma coletividade de pessoas, e o segundo à proteção do cidadão em face das omissões legislativas, que dificultem ou impeçam o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

No mesmo sentido, ressalte-se a existência da ação civil pública, instrumento que vem sendo largamente utilizado no controle da conduta comissiva ou omissiva da Administração, por ser destinado à proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (art. 129, III, da Constituição Federal).

Em síntese, todo este arcabouço jurídico criado pela Constituição tem a finalidade, dentre outras, de tutelar os direitos sociais, a eles conferindo efetividade através da atuação do Poder Judiciário.

2.2.4 Supostos óbices a uma atuação promocional dos Direitos Sociais por parte do Poder Judiciário

2.2.4.1 Princípio da separação dos Poderes

A primeira objeção colocada em face de uma atuação positiva do juiz no que concerne à efetivação dos direitos sociais positivos dos cidadãos é o princípio da separação dos poderes. Em tese, o judiciário violaria

¹⁶ CASTRO E COSTA, Flávio Dino de. *ibidem*, p. 45.

¹⁷ “Art. 5º (... omissis ...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

¹⁸ ANDRADE SILVA, Ana Cristina Monteiro de. *O Poder Judiciário como efetivador dos Direitos Fundamentais*. In: *Revista CEJ*, Brasília, Ano XI, n. 37, abr./jun. 2007, p. 21-23.

¹⁹ SILVA, José Afonso da. *ibidem*, p. 165.

²⁰ CASTRO E COSTA, Flávio Dino de. *ibidem*, p. 43.

a independência dos demais Poderes ao determinar o adimplemento de uma determinada prestação material.

Segundo Castro e Costa²¹, somente é possível enfrentar tal questão *destruindo um mito, consistente na atribuição a Montesquieu de um modelo teórico reconduzível à teoria dos três Poderes e rigorosamente separados*.

A principal marca do iluminismo, movimento do qual emerge o liberalismo, é a visão racionalista e antropocêntrica do mundo, em detrimento da revelação divina como principal parâmetro da verdade, até então justificadora do poder estatal ilimitado consubstanciado na figura do monarca.

Em conseqüência desta visão, ganhou importância a preconização de um modelo de Estado que respeitasse e assegurasse a liberdade do indivíduo frente ao Poder Público, através de um governo moderado, no qual as funções estatais são divididas entre três órgãos diferentes. Para Montesquieu, *a essência do governo moderado está em combinar os poderes, regulá-los, temperá-los, fazê-los agir, dar, por assim dizer, maior peso a um deles, para colocá-lo em condições de resistir a outro*²².

Verifica-se que a tripartição tem uma nítida finalidade: a proteção da liberdade. Mas para o cumprimento desse objetivo, a teoria de Montesquieu jamais cogitou da necessidade de uma separação rígida entre os Poderes estatais, exatamente onde reside o mito da violação do princípio da independência dos poderes.

Na realização do princípio em estudo nos chamados Estados moderados, segundo Montesquieu, a ingerência parcial de um Poder sobre outro sempre se fez presente, por ser necessária ao limite do próprio poder²³.

Por outro lado, essa ingerência é compatível com o sistema constitucional brasileiro, segundo a lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

A organização, todavia, dos três poderes na Constituição envolve sempre uma certa invasão de um poder na função reservada a outro. Assim

é que o legislativo às vezes julga (p. ex., o Senado brasileiro, os crimes de responsabilidade do Presidente – art. 52, I, da Constituição de 1988) e não raro administra (p. ex., quando admite pessoal para a sua secretaria). Igualmente, o judiciário ora administra (v.g., quando um tribunal organiza o seu secretariado), ora participa da elaboração da lei (pela iniciativa de certos projetos – v.g., Constituição de 1988, art. 96, II), se é que não legisla pelas súmulas vinculantes (v.g., CF, com a EC n. 45/04, art. 103-A). Enfim, o Executivo, não raro legisla (formalmente pelas medidas provisórias ou pela delegação, informalmente por meio dos “regulamentos”) e julga (no contencioso dito administrativo). A especialização inerente à “separação” é, dessa forma, meramente relativa. Consiste numa predominância no desempenho desta ou daquela função. Cada poder, em caráter secundário, colabora no desempenho de outras funções, pratica atos teoricamente fora de sua esfera.

Portanto, pode-se concluir que o princípio da separação dos poderes não constitui um óbice para a efetivação dos direitos fundamentais pelo Poder Judiciário, mesmo em se tratando de direitos sociais de cunho prestacional, normalmente realizados por meio da Administração ou do Legislativo.

2.2.4.2 A Reserva do Possível

Quando o Judiciário é provocado com a finalidade de assegurar o cumprimento de um direito social prestacional pelo Estado, freqüentemente é deduzida a impossibilidade para a intervenção daquele Poder na discricionariedade administrativa, ante sua incapacidade (incompetência) para a alocação dos recursos financeiros, bem como em razão da limitação dos recursos financeiros à disposição dos cofres públicos. Isto porque os direitos sociais prestacionais geralmente têm maior expressão econômica do que os outros direitos fundamentais, à vista de que possuem por objeto — em regra — prestações do Estado diretamente vinculadas à destinação, distribuição (e redistribuição), bem como à criação de bens materiais.

Assim, é invocada a doutrina da “reserva do possível”, segundo a qual:

Há um limite fático ao exercício dos direitos sociais prestacionais, concernente à disponibilidade material e jurídica de recursos financeiros necessários ao adimplemento da obrigação. Demais disso, (...) a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da so-

²¹ *Idem, ibidem*, p. 42.

²² MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 75.

²³ CASTRO E COSTA, Flávio Dino de. *ibidem*, p. 42.

cidade, de tal sorte que, mesmo em dispor do Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável²⁴.

Neste sentido, a efetivação dos direitos sociais prestacionais estaria condicionada a certos limites fático-jurídicos, consubstanciados em: I – existência de recursos financeiros para a prestação material pleiteada; II – disponibilidade jurídica do bem reclamado, ou seja, a real existência dos meios com que o Estado cumprirá sua obrigação; e III – análise da situação subjetiva do particular, de modo que a reserva do possível envolveria também o problema da razoabilidade, isto é, o que razoavelmente pode ser exigido pelo indivíduo da sociedade (por ex., a impossibilidade de fornecer medicamentos gratuitos a quem tenha boas condições financeiras).

Saliente-se que esta doutrina é corolário do princípio da separação dos poderes, visto que, segundo aquela corrente doutrinária, o Judiciário invade a esfera dos demais Poderes ao reconhecer um direito prestacional de titularidade de um particular e ao determinar ao Executivo o adimplemento da obrigação reclamada, na medida em que prioriza certa política pública em detrimento de outras.

De certo modo, o magistrado deve levar em consideração esta limitação ao apreciar os casos em que o demandante deduz a pretensão de exigir do Estado o cumprimento de um direito subjetivo positivo. Contudo, deve ater-se às peculiaridades de cada caso, sob pena de favorecer exclusivamente interesses econômicos em detrimento da efetividade dos direitos tutelados pela Carta.

Com efeito, não há que se discordar dessa doutrina quando, por exemplo, o Ministério Público ajuíza uma Ação Civil Pública objetivando a condenação do Estado à construção de dezenas de hospitais num certo lapso, a fim de assegurar o cumprimento do direito à saúde. A condenação do Poder Público, neste sentido, implicaria alto impacto no orçamento público e alocação de receitas para o cumprimento da determinação judicial, ensejando o abandono de outras políticas públicas tão importantes quanto à visada pelo *Parquet*, como o saneamento básico, também necessário ao bem-estar de todas as pessoas. Neste sentido, ao *Judi-*

*ciário não se atribui o poder de criar políticas públicas, mas sim o poder de impor a execução daquelas já estabelecidas nas leis constitucional e ordinária.*²⁵

Por outro lado, a reserva do possível deve ser vista com cautela, na medida em que foi elaborada pela doutrina alemã a fim de limitar a atuação do Estado social, no sentido de reduzir gradualmente as suas prestações e de aumentar a contenção dos direitos subjetivos. Realmente, é razoável a discussão nestes moldes quando se trata da Alemanha, um dos países onde a proteção social é amplíssima. Entretanto, no caso da realidade brasileira, onde não há de fato um *welfare state*, a aplicação desta doutrina em todos os seus termos é inadequada, como bem asseverado por Castro e Costa:

A reserva do possível é um limite realmente existente, mas que não deve ser visto no Brasil do mesmo modo que nos países centrais, os quais possuem distribuição de renda menos assimétrica, políticas públicas mais universalizadas e controles sociais (não-jurisdicionais) mais efetivos. Em consequência, a margem de manobra do Judiciário, no exercício do controle em exame, é bem mais larga no nosso país (sem que evidentemente seja absoluta).²⁶

Neste contexto, o magistrado deve ter em mente dois aspectos, ao apreciar o pedido de realização de uma prestação social, que se sobrepõem à chamada reserva do possível: o atendimento de um “padrão mínimo social” aos cidadãos e o razoável impacto sobre os orçamentos públicos.

Em consequência desta assertiva, imediatamente surge a questão sobre em que consiste este “padrão mínimo social”, bem como se estaria ele limitado também pela reserva do possível. Segundo entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet²⁷, o princípio da dignidade da pessoa humana estabelece a fronteira para o que se convencionou denominar de padrão mínimo na esfera dos direitos sociais. Assim,

(...) em todas as situações em que o argumento da reserva de competência do Legislativo (assim como o da separação dos poderes e as demais objeções aos direitos sociais na condição de direitos subjetivos a prestações) esbarrar no valor maior da vida e da dignidade da pessoa humana, ou nas hipóteses em que, da análise dos bens constitucionais

²⁵ ANDRADE SILVA, Ana Cristina Monteiro de. *ibidem*, p. 20.

²⁶ CASTRO E COSTA, Flávio Dino de. *ibidem*, p.50.

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *ibidem*, p. 370.

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *ibidem*, p. 261.

coincidentes (fundamentais, ou não) resultar prevalência do direito social prestacional, poder-se-á sustentar, na esteira de Alexy e Canotilho, que, na esfera de um padrão mínimo existencial, haverá como reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações, admitindo-se, onde tal mínimo é ultrapassado, tão-somente um direito subjetivo *prima facie*, já que — nesta seara — não há como resolver a problemática em termos de um tudo ou nada²⁸.

A vantagem deste critério ponderativo proposto pelo citado autor, baseado na doutrina de Alexy e de Canotilho, é que a solução a ser dada para a problemática posta no Judiciário dependerá da análise de cada caso concreto, para que sejam cotejados os valores e princípios em confronto, e feita a escolha, exclusivamente para o caso analisado, sobre a qual deles deve ser conferida maior importância.

Em conclusão, pode-se dizer que a reserva do possível efetivamente é uma realidade que não pode ser desconsiderada pelo juiz, desde que sejam observados também os limites desse limite (limites à reserva do possível), isto é, o atendimento de um padrão mínimo social, caracterizado pela manutenção de condições essenciais a uma existência digna.

3. Atuação da Justiça Federal no tocante à efetivação dos Direitos Sociais

3.1 Escorço histórico sobre a organização da Justiça Federal²⁹

A origem da Justiça Federal remonta à proclamação da República, com a qual fora instituído o regime federativo. Implantada a Federação, justificou-se a definição de um sistema dual de jurisdição no qual passaram a coexistir, independente e harmonicamente, órgãos judiciários federais e estaduais³⁰. Com o advento do Decreto 848, de 1890, o Poder Judiciário brasileiro passou a ser constituído pela Justiça Federal e pelos juízes de Direito e Tribunais dos Estados.

²⁸ Idem, *ibidem*, p. 371.

²⁹ Fonte: Breve Histórico da Justiça Federal – disponível em: www.justicafederal.gov.br

³⁰ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Do Poder Judiciário: organização e competência*. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 200, abr./jun. 1995, p. 7.

Neste contexto, cabia à Justiça Federal julgar os crimes sujeitos à jurisdição federal, incluindo aqueles de responsabilidade dos empregados públicos, ao passo que aos Estados era conferida autonomia para legislar sobre sua organização judiciária e seu respectivo processo. No que toca à segunda instância da Justiça Federal, esta era representada apenas pelo Supremo Tribunal Federal.

Desde a edição do Decreto 848 até o advento da Constituição de 1934, esta estrutura organizacional permaneceu a mesma, sendo apenas acrescentadas algumas novas competências à Justiça em estudo. A partir desta Carta, acrescentaram-se dois órgãos à Justiça Federal: os juízes e tribunais militares e os juízes e tribunais eleitorais.

Sob a égide da Constituição do Estado Novo de 1937, extinguiu-se a Justiça Federal e o dualismo jurisdicional. O Poder Judiciário nacional passou a ser composto pelo Supremo Tribunal Federal, pelos juízes e tribunais dos estados, Distrito Federal e territórios, e pelos juízes e tribunais militares tão-somente.

Somente com a Constituição de 1946 foi recriada a Justiça Federal. Entretanto, esta se limitava apenas à segunda instância, constituída pelo Tribunal Federal de Recursos, situado na capital do País, o Rio de Janeiro. Eram os juízes estaduais que funcionavam na jurisdição federal de primeiro grau.

Na vigência do regime de exceção instaurado em 1964, o Ato Institucional 2, de 27/10/1965, instituiu novamente a Justiça Federal de primeira instância, permanecendo o Tribunal Federal de Recursos como instância recursal. A competência da Justiça Federal foi definida em razão da pessoa — União ou entidade autárquica; em razão da matéria — Direito marítimo, de navegação aérea, direito de greve e os crimes contra a organização do trabalho; ou da natureza da causa — os mandados de segurança e habeas corpus contra autoridades federais³¹.

Ressalte-se que o ressurgimento desta Justiça a partir do contexto político existente ensejou questionamentos quanto à imparcialidade dos juízes federais, tendo em vista que a sua recriação supostamente tinha

³¹ OLIVEIRA, Alexandre Vidigal de. *Justiça Federal: evolução histórico-legislativa*. In: *Revista Ajufe*. São Paulo, n. 50, jun./jul. 1996, p. 11.

como objetivo o atendimento dos interesses do governo militar. Entretanto, a história demonstrou o contrário, porquanto a atuação da Justiça Federal, no geral, foi marcada pela neutralidade política, em que pese a existência de critérios políticos para a escolha dos juízes.

Cite-se como paradigma desta imparcialidade a apreciação do caso do jornalista Vladimir Herzog, encontrado morto em uma das celas do DOI-CODI, em São Paulo. *Ajuizada Ação Declaratória pela sua viúva, para que a Justiça Federal declarasse se a morte do jornalista ocorrera em decorrência de suicídio ou assassinato, o Juiz Márcio Moraes proferiu sentença, posteriormente confirmada pelo Tribunal Federal de Recursos, declarando que “o jornalista Herzog não tinha se suicidado, fora assassinado.”*³²

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, a Justiça Federal passa a ser composta pelos juízes federais de primeira instância, e, na segunda instância, pelos Tribunais Regionais Federais, cuja jurisdição é seccionada por regiões geográficas, num total de cinco, compostas por seções judiciárias correspondentes a cada Estado.

Além disso, foi criado o Superior Tribunal de Justiça — que não faz parte da estrutura da Justiça Federal —, com o objetivo de descongestionar o Supremo Tribunal Federal, funcionando como órgão superior acima dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados-membros e servindo de instância recursal para ambos. A missão principal do Superior Tribunal de Justiça é a uniformização do direito federal.

Pode-se dizer que a Constituição de 1988 representa o ápice de um processo gradual de ampliação do âmbito de atuação e da independência do Poder Judiciário — que, por exemplo, passou a elaborar seu próprio orçamento além de não depender apenas do Presidente da República para o recrutamento de seus membros. Apesar de caber ao Presidente da República a nomeação dos membros dos Tribunais Regionais Federais, quatro quintos deles deverão obrigatoriamente ser juízes federais promovidos por antiguidade e merecimento, alternadamente, e apenas um quinto dentre advogados e membros do Ministério Público com mais de dez anos de atividade profissional (CF, art. 107, I e II). Dessa forma, *passou a caber quase exclusiva-*

*mente à organização o recrutamento de seus membros, diminuindo-se ponderavelmente a influência de setores externos, sobretudo o Executivo.*³³ Além disso, a Justiça Federal passou a ser crescentemente regionalizada e descentralizada, podendo os Tribunais Regionais Federais atuarem com maior autonomia que o antigo Tribunal Federal de Recursos, a segunda instância da Justiça Federal até a Constituição Federal de 1988.

Saliente-se que a atuação da Justiça Federal sempre foi marcada pela sua tradição de independência, e que a Constituição Federal de 1988 contribuiu ainda mais para uma atuação imparcial e isenta do Poder Judiciário como um todo, algo necessário para a efetivação dos direitos sociais, mormente aqueles dos quais decorrem deveres de prestações materiais por parte da União.

3.2 Análise de julgados da Justiça Federal

3.2.1 Do direito à saúde

3.2.1.1 Questão preliminar: Legitimidade passiva para a prestação material do direito à saúde

Antes de adentrar ao estudo da atuação da Justiça Federal no que se refere à efetivação do direito à saúde, insta trazer à lume uma questão processual que, dependendo de seu desfecho, justifica o deslocamento da competência para processamento e julgamento das causas relacionadas ao bem jurídico objeto deste estudo para aquele órgão. Trata-se da legitimidade passiva da União.

Esta, sem dúvida, foi uma das primeiras grandes celeumas a respeito das questões ligadas às demandas pelo direito à saúde. Não se sabia ao certo qual dos entes deveria figurar no pólo passivo das ações — União, Estados-membros, Distrito Federal ou Municípios. A opção frequentemente escolhida pelos demandantes era pela inclusão da União, ante o fato desta possuir recursos financeiros de maior vulto, em comparação com os demais entes.

³² ALVES, Eliana Calmon. *ibidem*, p. 131-157.

³³ SADEK, Maria Teresa. *A organização do Poder Judiciário no Brasil*. Maria Teresa Sadek (org.). In: *Uma Introdução ao Estudo da Justiça*. São Paulo: Idesp/Sumaré, 1995. (Justiça), p. 15.

A União, a seu turno, passou a sustentar sua ilegitimidade passiva, ao argumento de que se tratava de mera gestora e financiadora do Sistema Único de Saúde, na forma da Lei 8.080/1990, cabendo-lhe tão-somente, por meio do Ministério da Saúde, a promoção de condições e incentivo aos demais Entes, baseado nos objetivos de definição de prioridades de intervenção coerentes com as necessidades de saúde da população e garantia de acesso dos cidadãos a todos os níveis de atenção, não lhe cabendo, entretanto, a execução direta dos serviços de saúde pública, tarefa esta afeta às competências dos Estados e Municípios, em face da descentralização da gestão do SUS, razão pela qual a ela não poderia ser imputada a responsabilidade pela prestação material de serviços de saúde, como o fornecimento de medicamentos aos autores das ações.

Além desses argumentos, sustentava também a sua ilegitimidade com base no princípio da legalidade, porquanto não existia previsão legal acerca da sua legitimidade passiva nesses casos.

Por força do art. 109, I, da Constituição³⁴, coube à Justiça Federal manifestar-se sobre esta questão. Neste passo, os juízes federais não vacilaram em efetivar o direito fundamental à saúde, interpretando a questão de natureza processual à luz dos mandamentos constitucionais acerca do direito tutelado.

Assim, a jurisprudência federal consolidou-se no sentido de que a legitimidade passiva *ad causam* era concorrente, ou seja, a União e qualquer dos demais entes federativos, ou todos eles de forma solidária, poderiam ser demandados para efetivarem o direito fundamental à saúde, conforme os julgados abaixo transcritos:

Administrativo e Constitucional. Custeio de tratamento de retinose pigmentar em Cuba. Legitimidade passiva da União. Descentralização do Sistema Único de Saúde. Responsabilidade solidária. Indeferimento do pedido administrativo. Portaria 828/1992 do Ministério da Saúde. Ausência de ilegalidade. Inexistência de comprovação científica da eficácia do tratamento. Caráter experimental. Aplicação à hipótese da teoria do fato consumado. Liminar deferida Em 15/12/1995. Situação de fato

³⁴ Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: I – as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

consolidada. Impossibilidade de desconstituição. Apelação e remessa oficial desprovidas.

I – A União Federal é parte legítima para responder pela presente demanda, pois sendo o Sistema Único de Saúde - SUS composto pela União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios, impõe-se o reconhecimento da responsabilidade solidária dos aludidos entes federativos, podendo qualquer deles figurar no pólo passivo das demandas que objetivam assegurar o pagamento de tratamento médico, como no caso.

(... *omissis* ...)

(TRF da 1ª Região – AMS 2000.01.00.040827-0/DF – Relator Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista (Convocado) – DJ de 22/02/2007, p. 12).

No mesmo sentido:

Agravo de Instrumento. Medicamento. Custeio. Legitimidade da União. Antecipação de Tutela. Requisitos presentes. Precedentes do STF. Contracautela. Risco de vida. Multa diária. Proporcionalidade. Redução.

1. Na qualidade de integrante do SUS, a União pode ser responsabilizada, ao lado do Estado-membro, pelo custeio do medicamento (art. 198, § 1º, CF).

(... *omissis* ...)

(TRF da 1ª Região – Ag 2006.01.00.012470-7/GO – Relator Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues – DJ de 29/01/2007, p. 52).

Em que pese ser esta uma questão preliminar, isto é, de natureza processual, sua resolução foi o primeiro passo para que as prestações decorrentes do direito à saúde pudessem ser efetivadas pela Justiça Federal.

3.2.1.2 Questão de mérito: as demandas por prestações materiais relacionadas à saúde

Conforme exposto no capítulo anterior, a questão sobre a responsabilidade solidária dos entes federativos no tocante à efetivação do direito à saúde foi pacificada por reiteradas decisões dos juízes federais de primeiro grau e pelos respectivos Tribunais Regionais Federais.

Por outro lado, o enfrentamento do mérito das diversas causas que chegam ao conhecimento da Justiça Federal é ainda mais tormentoso, dentre as quais aquelas em que o cidadão pleiteia o fornecimento de medicamentos para tratamento de enfermidades graves, não encontrados no SUS e de alto custo para as

peças com insuficiência de recursos financeiros, assim como intervenções cirúrgicas urgentes. Trata-se de questão que demanda interpretação das normas programáticas da Constituição, segundo as linhas traçadas nos capítulos anteriores deste trabalho.

A par disso, a Justiça Federal vem reconhecendo o primado do princípio da dignidade da pessoa humana, do direito à saúde, da assistência social e da solidariedade sobre o princípio da separação dos poderes, ao aplicar de maneira correta o mandamento contido no § 1º do art. 5º, da Lei Fundamental³⁵.

Insta trazer à lume alguns exemplos de julgados neste sentido:

Processual Civil. Ação Ordinária. Fornecimento de medicamentos. Tratamento de Glioblastoma Multiforme. Legitimidade passiva da União Federal. Antecipação da tutela contra Fazenda Pública. Possibilidade. Agravo Improvido.

1 – A União é parte legítima nesta contenda, em face de sua obrigação constitucional de resguardar e promover a saúde à população, solidariamente com os Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, transferindo a gestão da saúde aos três níveis de governo, para se dar por meio de seus órgãos que são, respectivamente, Ministério da Saúde, Secretarias Estaduais de Saúde e Secretarias Municipais de Saúde, todos constituindo o Sistema Único de Saúde (SUS), ainda que cada esfera política compartilhe atribuições diversas.

2 – O Sistema Único de Saúde pressupõe a integralidade da assistência, de forma individual ou coletiva, para atender cada caso em todos os níveis de complexidade, razão pela qual, comprovada a necessidade do medicamento para a garantia da vida da paciente, deverá ser ele fornecido.

3 – Sob a óptica de princípios constitucionais — da dignidade humana, do direito à saúde, da assistência social e da solidariedade — infere-se que a lesão grave e de difícil reparação se mostra, na verdade, na expectativa de vida do paciente.

4 – Precedentes do STJ.

5 – A jurisprudência pátria é uníssona no sentido de admitir a tutela antecipada contra a Fazenda Pública, porquanto o art. 1º, da Lei 9.494/1997, que disciplina a matéria, diz respeito ao pagamento de vencimentos, vantagens pecuniárias e reclassificação de servidores públicos, sem qualquer relação

com o presente feito e que devem ser — como norma restritiva — interpretada literalmente.

6 – A medicação em questão foi prescrita, como consta dos autos, por profissional gabaritado para tanto, não cabendo, nesta sede de juízo discutir se correta a prescrição, sendo fundamental que o fornecimento gratuito atinja toda a medicação necessária ao tratamento dos necessitados, significando que não só são devidos os remédios padronizados pelo Ministério da Saúde, como todos aqueles que porventura sejam necessários às particularidades de cada paciente. A padronização significa que os medicamentos padronizados serão os habitualmente fornecidos, o que não impede que o SUS forneça outro tipo de medicamento indispensável ao tratamento.

7 – Agravo de instrumento improvido.

(TRF da 3ª Região - Ag 2005.03.00.072489-7
Relator Desembargador Federal Nery Junior – DJ de 12/09/2007, p. 158).

Nos mesmos termos:

Constitucional. Administrativo. Direito à saúde. Fornecimento de medicamentos. União Federal. Legitimidade passiva. Hepatite tipo c. Interferon Peguïlato e Ribavirina, incluídos em lista de medicamentos excepcionais de alto custo. Restrição a pacientes já tratados com Interferon convencional. Medicamentos mais recentes e avançados. Tratamento recomendado por profissional da rede pública hospitalar. Ausência de justificativa cientificamente comprovada sobre eventual ineficiência do tratamento. Portaria 863/2002 do Ministério da Saúde. Ilegalidade.

I – A União Federal, solidariamente com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, está legitimada para as causas que versem sobre o fornecimento de medicamento, em razão de, também, compor o Sistema Único de Saúde – SUS. II – A saúde, como garantia fundamental, assegurada em nossa Carta Magna, é direito de todos e dever do Estado, sendo que, na hipótese dos autos, comprovada a eficiência do tratamento pretendido, inclusive com a inclusão dos medicamentos na lista de remédios excepcionais de alto custo, e não havendo, nos autos, nenhuma justificativa razoável para a restrição de tal tratamento a pacientes já submetidos ao Interferon convencional, mormente no caso dos autos, em que o próprio médico do sistema público hospitalar o prescreveu, com vistas a melhorar a qualidade de vida do impetrante, afigura-se ilegítima a proibição do referido tratamento pela Portaria 863/2002-MS.III – Apelação e remessa oficial desprovidas.

³⁵ Art. 5º (... *omissis* ...) § 1º – As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

(TRFda 1ª Região – AMS2004.34.00.017612-9
Relator Desembargador Federal Souza Prudente –
DJ de 04/06/2007, p. 96).

Além dos exemplos acima transcritos, importa trazer mais um julgado a respeito do fornecimento de medicamentos pelo Estado. Contudo, este se diferencia dos anteriores na medida em que a União foi determinada, em sede de antecipação de tutela, a *fornecer vacinas para um Município*, e não somente para um particular. Vejamos:

(... *omissis* ...)

Consoante se depreende dos autos, o surto de varicela já causou a morte de duas crianças menores de sete anos que não foram vacinadas em tempo hábil, e acarretou duas centenas de outros casos notificados pelo município de Santa Isabel/SP, não podendo ser descartada a hipótese de epidemia. A vacina contra a varicela não consta do calendário do SUS, não podendo, portanto, haver vacinação em escala.

O Município de Santa Isabel informou que foram realizadas 597 (quinhentas e noventa e sete) doses da vacina em crianças na faixa etária entre 01 a 05 anos, porém ainda estão recebendo notificação de novos casos de varicela (fls. 111). Esclarece que o município dispõe atualmente de 100 doses em estoque.

Ora, a Constituição Federal e a Lei 8.080/1990 enunciam como princípios a universalidade e a igualdade do acesso às ações e serviços destinados à saúde, bem como a integralidade da assistência ofertada.

*Desta forma, confirmado o risco de epidemia, bem como de acometimento de novos casos, com possibilidade de óbito, deverá a vacina contra varicela ser fornecida (... *omissis* ...)*

Posto isto, concedo a antecipação de tutela pleiteada.

(TRF da 3ª Região – Ag 2008.03.00.003918-1
Relator Desembargador Federal Lazarano Neto –
DJ de 20/02/2008)

Poderiam os defensores da aplicação plena da doutrina da reserva do possível argumentarem que a decisão ora colacionada extrapolou o limite da proporcionalidade, gerando grande impacto no orçamento público e a alocação de recursos financeiros de vulto considerável. Entretanto, a situação deste caso era mais do que urgente, na medida em que tratava-se de considerável risco de epidemia. Além disso, a falta de providências no sentido de controlar a doença através da prevenção daria azo a gastos muito maiores a serem suportados pelo SUS, cujo custeio também é de obriga-

ção da União. Afinal, como diz aquele vetusto ditado: prevenir é melhor do que remediar.

Todos estes decisórios têm em comum o fato de a Justiça Federal ter aplicado com efetividade os princípios norteadores do direito à saúde, quais sejam, o da dignidade da pessoa humana, da universalidade, da igualdade de acesso às ações e serviços destinados à saúde e o da integralidade da assistência ofertada, os quais, após um processo interpretativo de ponderação de valores, sobrepujaram o princípio da separação dos poderes.

Por outro lado, percebe-se que em nenhuma passagem dos acórdãos acima transcritos é mencionada a questão da reserva do possível. Ocorre que o deferimento das prestações relacionadas aos direitos sociais tutelados *pelas decisões em estudo* não gera impactos consideráveis no orçamento público, além do fato de que o fornecimento de medicamentos aos enfermos, principalmente quando hipossuficientes, é o mínimo padrão social que deve ser oferecido pelo Estado aos seus cidadãos.

Conforme preleciona Sarlet:

Por mais que os poderes públicos, como destinatários precípuos de um direito à saúde, venham a opor — além da já clássica alegação de que o direito à saúde (a exemplo dos direitos sociais prestacionais em geral) foi positivado como norma de eficácia limitada — os habituais argumentos da ausência de recursos e da incompetência dos órgãos judiciários para decidirem sobre a alocação e destinação de recursos públicos, não nos parece que esta solução possa prevalecer, ainda mais nas hipóteses em que está em jogo a preservação do bem maior da vida humana. Não nos esqueçamos de que a mesma Constituição que consagrou o direito à saúde estabeleceu — evidenciando, assim, o lugar de destaque outorgado ao direito à vida — uma vedação praticamente absoluta (... *omissis* ...) no sentido da aplicação da pena de morte (art. 5º, inc. XLVII, alínea a).³⁶

No que toca à obrigação de custeio de cirurgias pelo Estado, a Justiça Federal também é continuamente instada a manifestar-se sobre esta controvérsia. Do mesmo modo, é reconhecido um direito subjetivo positivo de titularidade do cidadão, corolário do dever

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Ibidem*, p. 343.

imposto pela Constituição Federal em seu art. 196.³⁷ Cite-se como exemplo o julgado ora transcrito:

Administrativo e constitucional. Custeio de equipamento necessário para realização de cirurgia. Legitimidade passiva da união. Descentralização do Sistema Único de Saúde. Responsabilidade Solidária. Reconhecimento de maior eficácia do procedimento cirúrgico. Obrigação de providenciar cobertura integral. Não Provimento da apelação e da remessa oficial.

1. A União Federal é parte legítima para responder pela presente demanda, pois sendo o Sistema Único de Saúde – SUS composto pela União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios, impõe-se o reconhecimento da responsabilidade solidária dos aludidos entes federativos, devendo eles figurar no pólo passivo da demanda que objetiva assegurar o fornecimento de equipamento necessário para a correta e integral realização de cirurgia aos pacientes atendidos pelo Sistema.

2. A ordem constitucional vigente assegura, como garantia fundamental, que a saúde é direito de todos e dever do Estado (art. 196). No caso, o equipamento descartável (alça de ressecção endoscópica e eletrodo de rollberball) que permite a realização de cirurgias de ressecção transuretral da próstata-RTU-Próstata teve sua maior eficácia reconhecida pelo preposto do próprio Estado, que confessou se tratar de “técnica cirúrgica menos agressiva e com menores índices de morbi-mortalidade” (fl. 22). Por essa razão, deve o Poder Público Requerido providenciar a cobertura integral da cirurgia de RTU, incluindo o custo do material descartável necessário à sua realização.

3. Não provimento da apelação da União e da remessa oficial.

Outrossim, nota-se que os provimentos judiciais relacionados aos direitos prestacionais, decorrentes do direito à saúde, geralmente são concedidos pela Justiça Federal através de decisões antecipatórias de tutela, previstas no artigo 273, I, do Código de Processo Civil.³⁸ Isto se deve, principalmente, em razão da importância

do bem tutelado, a vida, cuja lesão é na maioria das vezes irreparável, ou no mínimo de difícil reparação.³⁹

Ressalte-se que a tese que assevera a proibição de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, prevista no art. 1º da Lei 9.494/1997, não encontrou ressonância entre os juízes e tribunais federais, à vista de que a impossibilidade definida pelo citado dispositivo diz respeito somente ao pagamento de vencimentos, vantagens pecuniárias e reclassificação de servidores públicos, lides cuja natureza não guarda qualquer relação de semelhança com a que caracteriza o direito à saúde. Ademais, por se tratar de norma restritiva, deve ser interpretada de forma estrita, o que impossibilita sua aplicação a causas distintas das definidas no art. 1º, da mencionada lei.

Por outro lado, os juízes federais freqüentemente entendem que não basta a concessão da tutela antecipada para que haja a efetivação do direito social (fundamental) à saúde, porquanto a Administração Pública insiste em descumprir reiteradamente estas decisões.

Neste contexto, passou-se a admitir o bloqueio e seqüestro de valores da União, em casos excepcionais, a fim de dar executoriedade às tutelas antecipadas requeridas pelos particulares.⁴⁰

Com efeito, a simples decisão judicial não esgota a prestação jurisdicional quando é o caso de periclitamento de direito, máxime quando se tratar de situações em que a vida, bem supremo reconhecido pela Constituição, esteja em risco. Como bem salientou o juiz federal Newton de Lucca, *O caso do descumprimento de decisão judicial, a meu ver, é a forma mais grave de desrespeito ao bom funcionamento do aparelho judicial*,⁴¹ assertiva averbada pelo eminente Desembargador Federal Luiz Carlos de Castro Lugon nos seguintes termos:

Mostra-se, a meu sentir, completamente absurda a idéia de que o legislador tenha deliberadamente deixado o juiz desamparado de meios eficazes para fazer cumprir suas ordens.

³⁷ Art. 196. *A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.*

³⁸ Art. 273. *O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou (... omissis ...)*

³⁹ TRF da 1ª Região – AG 2007.01.00.024331-2/PI – Quinta Turma - Rel. Des. Selene Maria de Almeida, j. em 10/09/2007, DJ 23/11/2007, p. 98.

⁴⁰ TRF da 4ª Região – AG 2007.04.00.032814-0 – Terceira Turma - Rel. Des. Fed. Luiz Carlos de Castro Lugon – j. em 07/11/2007, de 14/01/2008.

⁴¹ LUCCA, Newton de. *Obrigatoriedade de a Administração cumprir as Decisões Judiciais – instituição do crime de lesa-corte*. In: *Revista CEJ*, Brasília, n. 13, jan./abr. 2001, p. 81-83.

Parece-me ainda razoável a idéia de que ninguém desobedece em nome da Administração; se está a descumprir ordem judicial, não pode o agente público pretender do órgão a que pertence qualquer respaldo; age por si próprio, há de responder como particular. Não há. Portanto, lacuna a colmatar: a desobediência é uma só, mesmo que praticada pretensamente em nome da Administração. Para o eminente Ministro Adhemar Ferreira Maciel, em tendo descumprida sua decisão, (...) deverá simplesmente mandar prender seu destinatário, que se acha em flagrante delito. (...) O fato é que o juiz, sem qualquer açodamento, com prudentia officii, não pode deixar que seu mando caia no vazio (...) o juiz não pode cruzar os braços e falar que já cumpriu a sua parte, isto é, já reconheceu o direito do impetrante.⁴²

Diante da análise dos julgados transcritos, deflui o sentimento de que a Justiça Federal confere a maior eficácia possível ao direito social à saúde.

3.2.2 Do direito à assistência social

A Constituição trouxe no bojo dos direitos sociais a Assistência Social, cujos titulares são aqueles que demonstrem, independentemente de contribuição, carecerem de recursos financeiros para o atendimento das necessidades básicas para sua existência digna. No que toca à tipificação desta necessidade, *esta tarefa coube à lei ordinária, no sentido de especificar as causas geradoras deste direito, a dimensão e o conteúdo da prestação sócio-assistencial, inclusive com indicações de quem as presta.*⁴³

Por outro lado, o artigo 203, V, da Carta Magna, previu o chamado benefício amparo social, traduzido na garantia de um salário mínimo a ser prestada em benefício à *peessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei, já regulamentado por lei ordinária.*⁴⁴

Entretanto, inúmeras causas têm sido frequentemente deduzidas à Justiça Federal por pessoas que efetivamente demonstram a sua necessidade, mas que têm seus pedidos de concessão indeferidos pelo Instituto Nacional do Seguro Social, destinatário da obrigação em estudo.

Em geral, esta procura pelo Judiciário ocorre porque a citada autarquia previdenciária tem entendimento que os requerentes não se enquadram na situação de pessoa portadora de deficiência, seja porque suas anomalias supostamente não caracterizam tal situação, seja porque possuem a mera capacidade para se alimentarem ou para fazerem suas higiênes pessoais sozinhas, de modo a não serem enquadradas na acepção legal do termo “deficiência”, prevista no § 2º, da Lei 8.742/1993, segundo a qual a *peessoa portadora de deficiência é aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho.*

Entretanto, os magistrados federais sedimentaram o entendimento de que a caracterização de pessoa portadora de deficiência deve ser feita de forma ampla, tomando-a como o indivíduo inválido para o trabalho, porquanto incapaz de prover seu próprio sustento de forma independente, ou de tê-lo provido por seus familiares, conforme restou ementado nos termos dos julgados ora colacionados:

Ementa: Previdenciário e Constitucional. Arts. 6º e 196 da CF. Amparo social. Concessão. Portador de vírus “HIV”.

1 – Conforme expresso nos artigos 6º e 196 da Constituição Federal são direitos sociais a saúde e a assistência social, cabendo ao Estado a sua garantia.

2 – É cabível a concessão de benefício Amparo Social a pessoa portadora de deficiência a qual é incapacitada para a vida independente.

3 – *In casu*, havendo a parte autora requerido o benefício amparo social, com o objetivo de prover seu sustento, tendo comprovado ser portador da Síndrome Imunológica Adquirida – AIDS, e conseqüentemente incapaz de exercer qualquer atividade laboral, é de conceder-se o benefício re-

⁴²CASTRO LUGON, Luiz Carlos de. *Obrigatoriedade de a Administração cumprir as Decisões Judiciais – instituição do crime de lesa-corte*. In: *Revista CEJ*, Brasília, n. 13, jan./abr., p. 85-88.

⁴³NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *A Ordem Social e a nova Constituição*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1991, p. 67.

⁴⁴Lei 8.742/1993 – Art. 20. *O benefício de prestação continuada é a garantia de 1 (um) salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 70 (setenta) anos ou mais e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.*

§ 1º *Para os efeitos do disposto no caput, entende-se como família o conjunto de pessoas elencadas no art. 16 da Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, desde que vivam sob o mesmo teto.*

§ 2º *Para efeito de concessão deste benefício, a pessoa portadora de deficiência é aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho.*

querido, por haver preenchido os requisitos legais para sua concessão. Ademais, a simples argüição do INSS de ser o autor capaz para vida independente, não tem o condão de afastar a responsabilidade da autarquia em amparar o cidadão necessitado dos benefícios por ela oferecidos, com o objetivo de manutenção da sua vida.

4 – Remessa oficial e apelação do INSS improvidas.

(AC 196.631/99 – TRF da 5ª Região – Segunda Turma – Rel. Juiz Petrucio Ferreira - j. em 15/02/2000, DJ 12/05/2000).

Ementa: Previdenciário - Benefício de assistência social – Art. 203, V, da CF/1988 – Pessoa portadora de deficiência – Remessa oficial – Apelação do INSS – Revogação da tutela antecipada – Marco inicial – Remessa oficial tida por interposta parcialmente provida – Apelação improvida.

– Tratando-se de verba alimentar, e sendo a parte autora beneficiária da gratuidade da justiça, dela não se pode exigir caução, sob pena de negar-lhe a concessão do benefício.

– Demonstrado que a parte autora é inválida, não tendo meios de prover a sua manutenção, nem de tê-la provida por sua família, impõe-se a concessão do benefício de assistência social (art. 203, V, da CF/88).

– Preenchidos os requisitos necessários a concessão do benefício e tendo em vista sua natureza alimentar está evidenciado o perigo de dano que enseja a urgência na implantação, dessarte, mantida a tutela antecipada concedida.

-- Merece reparo a r. sentença no que tange ao estabelecimento do marco inicial, pois a análise judicial está adstrita ao pleito formulado na exordial, ou seja, a partir da data da citação.

– Remessa oficial, tida por interposta, parcialmente provida.

– Apelação improvida.

(AC 1999.61.11.007940-9 – TRF da 3ª Região – Sétima Turma - Rel. Des. Fed. Eva Regina – j. em 22/11/2004, DJ 17/12/2004, p. 367).

Neste mesmo sentido, foi assentado pela Turma Nacional de Uniformização da Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais (TNU) o entendimento de que a incapacidade para o trabalho deve levar em conta as circunstâncias sociais e econômicas do indivíduo, consoante a Súmula 29 deste órgão.⁴⁵

Demais disso, há inúmeras demandas nas quais a controvérsia resume-se ao critério adotado pelo INSS para auferir a incapacidade econômica a que se refere a parte final do inciso V, do art. 203, da Constituição Federal, bem como o § 3º, do art. 20, da Lei 8.742/1993, *in verbis*:

Art. 20. (... *omissis* ...) – § 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo..

Ocorre que a citada autarquia não leva em consideração para o cálculo da renda *per capita* as despesas essenciais que o necessitando ou seus familiares dispõem para sua subsistência, como gastos com energia elétrica, alimentação etc. Com o devido acerto, tal critério vem sendo paulatinamente afastado pela jurisprudência dos tribunais federais, conforme exemplo que segue:

Ementa: Previdenciário. Benefício assistencial. Remessa oficial. Não Conhecimento. arts. 203, V da CF/1988 e 20 da Lei 8.742/1993. Requisitos. Renda Mínima. parcelas componentes do cálculo quanto ao seu limite Objetivo. Incapacidade para a vida independente. Verba honorária.

(... *omissis* ...)

2. A concessão do amparo assistencial é devida às pessoas portadoras de deficiências e idosos, mediante a demonstração de não possuírem meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

3. O limite de ¼ do salário mínimo como renda per capita é o critério objetivo previsto em lei para demonstrar a hipossuficiência econômica do grupo familiar; contudo, para se chegar a apuração de tal montante é possível a exclusão de algumas receitas e despesas, cuja origem e destinação, ao fim e ao cabo, estejam em sintonia com a moldura constitucional e legal do benefício. Precedentes do STF.

(... *omissis* ...)

(AC 2004.71.14.002034-0 – TRF da 4ª Região – Sexta Turma – Relator Des. Fed. Victor Luiz dos Santos Laus, j. em 13/12/006, de 22/03/2000).

Neste mesmo sentido:

impede as atividades mais elementares da pessoa, mas também a impossibilita de prover ao próprio sustento.

⁴⁵ Súmula 29 – Para os efeitos do art. 20, § 2º, da Lei 8.742, de 1993, incapacidade para a vida independente não é só aquela que

Benefício Assistencial de amparo ao deficiente. Comprovação da enfermidade. Critério estabelecido pela Lei 8.742/1993 (Renda Familiar per capita inferior a ¼ de Salário Mínimo).

O deficiente faz jus ao benefício de prestação mensal continuada, de 01 (hum) salário mínimo, se a renda familiar for insuficiente para seu sustento (Art. 203, VI, da CF/ 1988, c/c Lei 8.742/1995). – O §3º do art. 20 da Lei 8742/93 define como incapaz de prover a manutenção de pessoa idosa ou portadora de deficiência física, a família cuja renda per capita for inferior a ¼ de salário mínimo, dispositivo que foi considerado constitucional no julgamento da ADIN1232-1. – No entanto, ao se reconhecer a constitucionalidade do §3º do art.20 da Lei 8742/1993 não ficou afastada a possibilidade de utilização de outros critérios, que não renda familiar per capita inferior a ¼ de salário mínimo, para aferir a necessidade de percepção do benefício assistencial. – *Apelação e remessa necessária não providas.* (Grifamos.)

(AC 2001.51.07.000093-3 – TRF da 2ª Região – Primeira Turma Especializada – Rel. Juiz Aluisio Gonçalves de Castro Mendes – j. em 18/01.2006, DJ 31/01/2006, p. 160/161)

Portanto, é forçoso concluir que o entendimento adotado nos julgados trazidos à baila é o que melhor coaduna-se com os preceitos da Constituição, na medida em que esta elegeu como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, este em equilíbrio com o da livre iniciativa, e como alguns de seus objetivos a construção de uma sociedade livre, justa, e solidária e a redução das desigualdades sociais. Deste modo, evidencia-se a efetivação do direito à assistência social pela Justiça Federal.

3.2.3 Do direito à educação

A Constituição Federal de 1988 configura o direito à educação como direito público subjetivo, na medida em que não só assevera expressamente que o acesso ao ensino obrigatório e gratuito tem este status, mas porque também consigna que se trata de um direito pertencente a todos e ao mesmo tempo um dever do Estado,⁴⁶ de sorte que é conferida a possibilidade

⁴⁶ Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

de seu acionamento direto, independentemente de norma infraconstitucional.

Por outro lado, o novo texto constitucional trouxe importante inovação, consubstanciada na criação de expedientes utilizáveis pelos interessados para exigir o cumprimento da citada regra constitucional (v.g. o Mandado de Segurança individual ou coletivo, ante o fato de que a educação caracteriza-se como direito líquido e certo) e na tipificação de sanção imposta ao Estado para o caso de inadimplemento de seu dever (§ 2º do art. 208).⁴⁷

A par disso, a Justiça Federal passou a apreciar demandas que buscam a efetivação do direito prestacional à educação, notadamente a disponibilização de vagas no ensino fundamental, (art. 208, I), pois, em que pese ser o direito à educação caracterizado pelo seu acionamento direto, não deixa de ser uma norma programática, a exigir implementação de política pública por parte do Poder Executivo, sobretudo, para sua eficácia máxima.

A seu turno, a jurisprudência majoritária da Justiça Federal sedimentou o entendimento de que a Carta Magna conferiu direito subjetivo público à educação, imediatamente exigível por parte da sociedade, principalmente em se tratando de disponibilização de vaga em ensino fundamental, como se infere do acórdão abaixo transcrito:

Constitucional. Direito à educação. Arts 205 ao 214 da Constituição Federal. Princípio da igualdade de condições para o acesso à escola. Requisito editalício desarrazoado. Concessão da ordem. Manutenção da Sentença.

O direito subjetivo público à Educação tem guarida na Constituição Federal – arts 205 ao 214 – devendo ser ministrado segundo diversos princípios expressos, dentre os quais, a igualdade de condições para o acesso à escola. – (... omissis ...) (grifamos)

(AC. 2001.02.01.046323-9/RJ – TRF da 2ª Região – Quarta Turma - Rel. Juiz Benedito Gonçalves, j. em 01/09/2004, DJ 25/10/2004, p. 156).

Art. 208. (... omissis ...) § 1º - O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

⁴⁷ NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *ibidem*, p. 75.

Por outro lado, há diversas decisões que determinam ao Estado a construção de escola, caso inexistente a oferta de vagas em ensino fundamental regular, conforme restou ementado nos termos do julgado ora transcrito:

Constitucional e Processual Civil. Ensino Fundamental. Obrigatoriedade. Legitimidade ativa da Defensoria da União para propor ação cominatória de rito sumário visando a condenação do Poder Público a implementar Ensino Fundamental obrigatório em escola na periferia do Município de Manaus. Adequação da via eleita. Dever da União de financiar a implementação do Ensino Fundamental. Obrigação concorrente das três esferas da Administração de promover o acesso à Educação Fundamental (CF e LDB). Competência da Justiça Federal para conhecer e julgar a lide. Legitimidade do Ministério Público Federal. Direito das crianças e adolescentes ao ensino presencial.

(... omissis ...)

5 – Dispõe a Constituição da República que a educação é dever do Estado, a qual deve ser garantida pelo governo federal, estadual e municipal (CF, arts. 208, 211, §§1º, 2º, 3º, 4º). Em todas as esferas administrativas, o Poder Público assegurará em primeiro lugar o acesso ao ensino obrigatório. (Lei 9.394/1996, art. 2º, §2º).

6 – A União incumbir-se-á de prestar assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para o atendimento prioritário à escolaridade obrigatória, exercendo sua função redistributiva e supletiva. (Lei 9.394/1996, art. 9º, III)

7 – A Constituição Federal, nos arts. 208 e 211 vincula, concorrentemente, as esferas federal, estadual e municipal ao dever de garantir a educação. Integrando a União o pólo passivo da demanda, é competente a Justiça Federal para julgá-la.

8 – É dever do Estado o oferecimento do ensino fundamental obrigatório e gratuito, não podendo se esquivar de tal obrigação.

9. Não pode o Poder Público, no Estado do Amazonas, deixar de oferecer ensino fundamental da 5ª a 8ª séries, ao substituir o ensino presencial por educação à distância, através do “telecurso 2000” com duração de 1 (hum) ano. É ilegal a substituição de 4 (quatro) anos, referente a 5ª a 8ª séries, por um período de apenas 1 (hum) ano através de ensino à distância.

10 – A Lei de Diretrizes e Bases dispõe no seu art. 32, §4º, que o ensino fundamental será presencial, sendo o ensino à distância utilizado como complementação da aprendizagem ou em situações de emergências.

11 – Cumpre ao Estado do Amazonas promover o acesso à educação fundamental da população de crianças e adolescentes ribeirinhos na forma da Constituição, podendo haver responsabilidade da autoridade competente pelo não oferecimento ou oferta irregular do ensino obrigatório. (CF, art. 208, §2º)

12 – As normas sobre as competências na área de ensino fundamental, a origem, prioridade e destinação das verbas estão na Constituição, não havendo que se falar na *reserva do possível e em discricionariedade administrativa* para não cumprir a Constituição.

13 – Apelações da Defensoria Pública da União e do Ministério Público Federal provida.

14 – Ação julgada procedente (CPC, art. 515, §3º) para: a) condenar a União, na qualidade de financiadora, o Estado do Amazonas e o município de Manaus a implementarem a 5ª, 6ª, 7ª e 8ª séries do ensino fundamental obrigatório, na Escola Luiz Jorge da Silva, na comunidade de Santa Maria do Rio Negro, pelo seu currículo mínimo disposto no art. 26 e ss. da Lei 9.394/1996, sob pena de crime de responsabilidade das autoridades competentes infratoras (Ministro da Educação, Secretário de Educação do Estado do Amazonas, Secretário municipal de Educação de Manaus.); b) determinar que o município forneça transporte escolar fluvial aos alunos matriculados que residam nas proximidades da referida comunidade, para que possam frequentar às aulas; c) determinar seja oficiado ao Tribunal de Contas da União e o Tribunal de Contas do Estado do Amazonas, quanto à urgência da medida e, na forma do disposto no art. 11, da Lei 9.424/1994, que dispõe sobre o FUNDEF, venham a fiscalizar a aplicação de tal fundo visando o cumprimento desta decisão.

(AC 2004.32.00.005202-7/AM – TRF da 1ª Região – Quinta Turma – Rel. Des. Fed. Fagundes de Deus – j. em 21/03/2007, DJ 27/07/2005, p. 75).

Ressalte-se que o entendimento esposado no acórdão em estudo é corroborado pela lição de Luís R. Barroso, porquanto este considera possível a condenação do poder público, numa demanda de natureza cominatória, a uma obrigação de fazer, como por exemplo, a construção de uma escola, ou mesmo a matrícula em escola particular às expensas do poder público.⁴⁸

Outrossim, observa-se que o julgado em análise evidencia o entendimento dominante de que a respon-

⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Editora Renovar, p.151.

sabilidade da União é solidária, devendo esta figurar no pólo passivo deste tipo de demanda juntamente com os demais entes políticos, na medida em que à União compete o auxílio técnico e financeiro aos Estados, Municípios e ao Distrito Federal.

Demais disso, observa-se que o *decisum* em estudo reconhece a inaplicabilidade da discricionariedade administrativa e da doutrina da reserva do possível, porquanto a origem, prioridade e destinação das verbas estão previstas na Constituição, além do que as prestações estão bem delineadas pelo texto constitucional, quais sejam, o oferecimento gratuito de vagas em estabelecimento de ensino de forma regular, universal e qualitativa, de modo que nele já estão atendidos todos aqueles possíveis limites impostos pela citada corrente doutrinária, isto é, a alocação dos recursos financeiros para a prestação pleiteada, a sua disponibilidade jurídica pelo ente político demandado – pois se trata de um dever do Estado – e a razoabilidade da exigência feita pelo indivíduo.

Esta assertiva é corroborada pela lição de Sarlet, ao afirmar que:

Até mesmo a habitual ponderação relativa à ausência de recursos públicos (limite fático da reserva do possível), assim como a ausência de competência dos tribunais para decidir sobre destinação de recursos públicos, parecem-nos inaplicáveis à hipótese (ensino público fundamental gratuito). Além de colocar – e não sem razão – os particulares diante de uma situação em que não lhes resta alternativa, importa reconhecer que o próprio Constituinte tratou de garantir a destinação dos recursos para viabilizar a realização do dever do Estado com a educação, de modo especial com o ensino fundamental. (... omissis ...) as regras sobre as competências na esfera do ensino, a origem e a destinação das verbas, bem como as prioridades e metas da política de ensino, já estão inequivocamente contidas na própria Constituição⁴⁹.

Com efeito, não se trata de invasão do Judiciário na esfera reservada ao Executivo ou ao Legislativo, visto que decisões como a ora estudada não implicam que o órgão jurisdicional priorize uma política pública em detrimento de outras, papel este atribuído àqueles Poderes, eis que a própria Constituição Federal tratou de priorizar a educação ao destinar-lhe, no mínimo, 25%

da receita decorrente de impostos, no âmbito dos Estados, Municípios e Distrito Federal, e ao menos 18% no âmbito da União.

Por outro lado, importa trazer exemplo diverso de prestação positiva decorrente do direito à educação, assim reconhecida em decisão liminar da Justiça Federal que determinou à Universidade de Brasília o oferecimento de vaga em residência universitária (prevista por Resolução Administrativa desta universidade) a aluno com domicílio distante do local de estudo e comprovadamente hipossuficiente, ou ao menos o custeio de sua moradia em local próximo à UnB, diante da alegada inexistência de vagas por parte da ré. Insta destacar a ressalva feita pelo douto magistrado ao decidir referida liminar:

Destaco que não há obstáculo a esta declaração por este Juízo, pois – em se tratando de programa administrativo de custo evidentemente suportável pelo Erário – não incide a doutrina da reserva do possível (que em tese impede o Judiciário de influir demasiadamente na definição de políticas públicas prioritárias, em homenagem ao princípio da separação de poderes).⁵⁰

Assim, resta demonstrado que a Justiça Federal contribui sobremaneira com a efetivação do direito à educação, tendo em vista reconhece-lo como direito público subjetivo e exigir do Estado o seu cumprimento incondicional.

3.2.4 Do direito à Previdência Social

O Direito à Previdência Social abrange inúmeras prestações materiais a que o Estado está obrigado a adimplir, resumidas nas disposições dos arts 201 e 202 da Carta Magna, bem como nos desdobramentos destes artigos.

Referidas normas ou são diretamente aplicáveis e eficazes, no caso do art. 201, vinculando todos os poderes estatais, independentemente de qualquer ato legislativo, ou têm sua completude intrínseca, já que, além de definir o objeto do direito (aposentadoria, no caso do art. 202 e desdobramentos), fixam critérios bem definidos para sua concessão (idade, tempo de contribuição etc), razão por que é possível reconhecer-se um direito subjetivo individual à aposentadoria.

⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *ibidem*, p. 354-355.

⁵⁰ CASTRO E COSTA, Flávio Dino de. *ibidem*, p. 50-51.

Demais disso, a previdência social é objeto de concretização e detalhada regulamentação na esfera infraconstitucional, razão por que os efeitos principais deste direito incidem normalmente na esfera jurídica dos cidadãos.

Não obstante, os processos relativos aos benefícios decorrentes da previdência social ocupam grande parte do estoque da Justiça Federal. Somente no Tribunal Regional da 1ª Região aguardam julgamento mais de 45.000 recursos relativos a processos desta natureza, fato que ocasiona lentidão na resolução destas lides, e, por conseguinte, prejuízo aos titulares dos direitos previdenciários, bem como prejuízo à prestação jurisdicional.

A par disso, foi assinado em outubro de 2007 um acordo de cooperação técnica entre o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Conselho da Justiça Federal (CJF), a Advocacia-Geral da União (AGU) e o Ministério da Previdência Social (MPS), com a interveniência do Instituto Nacional do Seguro Social, tendo por finalidade fomentar o estudo, promover o intercâmbio de informações e estabelecer a definição, padronização e implantação de procedimentos administrativos e judiciais que permitam maior celeridade, qualidade, segurança, controle e transparência na tramitação de processos e na prestação jurisdicional aos segurados da Previdência Social e beneficiários da Assistência Social.⁵¹ Incentivada por este acordo, a Presidência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região apresentou ao MPS e à Procuradoria Federal Especializada do INSS proposta de projeto de conciliação, a ser utilizada em todas as lides de natureza previdenciária distribuídas ao Tribunal, o que foi acolhido de pronto. A expectativa é que este projeto imprima agilidade na resolução das lides que envolvem os benefícios decorrentes do direito à previdência social.

Neste sentido, referido projeto tem como um de seus fundamentos o princípio da eficiência, insculpido no artigo 37, da Constituição Federal, pela Emenda Constitucional 19/1998, os princípios da celeridade e da economia processual, princípios norteadores do processo civil, e o art. 331, do Código de Processo Civil, com o que é possível dizer que o Poder Legislativo

também contribuiu para a efetiva realização do direito social objeto de estudo deste capítulo.

Sendo assim, é possível afirmar que esta criativa política judiciária adotada pela primeira vez no âmbito da Justiça Federal tem a nítida finalidade de efetivar o direito social à previdência social, bem como de prestar verdadeira justiça material às camadas mais pobres da população, notadamente as que mais necessitam dos benefícios oriundos da previdência.

4. Conclusão

Diante do que foi exposto, conclui-se que:

1 – A Ordem social contemporânea obriga o Estado a adotar uma postura positiva para fazer frente à dinâmica das relações sociais, bem como a aplicar e a interpretar, através do Judiciário, o Direito mediante uma perspectiva integradora de fatos, valores e normas, a fim de promover a efetividade dos direitos sociais.

2 – A Constituição Federal de 1988 traçou um modelo de Estado Social de Direito, procurando-se equilibrar a liberdade de iniciativa com o trabalho, a fim de tornar indissociáveis os desenvolvimentos econômico e social. O Brasil, por conseguinte, passa a assumir o dever de atuar de forma positiva na esfera social, a fim de combater as desigualdades, promovendo a justiça social por meio da implementação de políticas públicas.

3 – O constituinte optou por assegurar a maioria dos direitos sociais por meio de normas programáticas, dependentes de regulamentação legal ou de implementação de políticas públicas para sua efetividade em termos gerais.

4 – Das normas programáticas de direitos sociais podem derivar *direitos públicos subjetivos positivos – obtenção de uma prestação material do Estado* – ou negativos – exigência de que o Poder Público abstenha-se de adotar políticas contrárias aos objetivos traçados pela Lei Fundamental. Assim sendo, tais normas são dotadas de um certo grau de eficácia, podendo ser aplicadas pelo Judiciário quando instado a manifestar-se sobre as mais variadas pretensões sociais.

⁵¹ Publicado o extrato do Acordo no *DOU*, seção 3, págs. 88 e 89, do dia 16/10/2007.

5 – As garantias formais outorgadas pela Constituição Federal, dentre elas o princípio da inafastabilidade do Judiciário e o mandamento constitucional de aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, conferem ao Judiciário o dever de efetivar os direitos sociais, notadamente nas situações emergenciais em que valores supremos estejam em risco.

6 – A teoria da separação dos poderes não constitui óbice a uma atuação ativa do Poder Judiciário para a efetivação dos direitos sociais.

7 – Os magistrados podem observar as limitações fático-jurídicas impostas pela doutrina da reserva do possível, de acordo com as peculiaridades de cada caso. Ainda, esta limitação não pode ser considerada quando a situação em análise evidenciar a necessidade de atendimento de um padrão social mínimo, que se consubstancia na tutela do valor maior da vida e da dignidade da pessoa humana.

8 – No tocante à Justiça Federal, sua atuação sempre foi marcada pela sua tradição de independência, e a Constituição-Cidadã contribui ainda mais para uma atuação imparcial e isenta deste órgão jurisdicional e do Poder Judiciário como um todo, algo necessário para a efetivação dos direitos sociais.

9. – A Justiça Federal aplica corretamente a Constituição ao reconhecer o primado do princípio da dignidade da pessoa humana sobre o da separação dos poderes, conferindo eficácia às normas definidoras de direitos sociais, quando instada a condenar o Estado ao fornecimento de medicamentos e custeio de cirurgias, prestações necessárias à incolumidade do bem da vida.

10 – O direito à assistência social é efetivado pelos juízes federais na medida em que estes aplicam as normas infraconstitucionais relacionadas ao benefício amparo social levando-se em conta as circunstâncias sociais e econômicas dos hipossuficientes de forma ampla, entendimento que se coaduna com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e com os objetivos da República.

11 – A jurisprudência da Justiça Federal sedimentou entendimento de que a Carta Magna também conferiu à educação o *status* de direito público subjetivo, notadamente quanto ao ensino fundamental, de modo a ser imediatamente exigível pela sociedade. Além dis-

so, prevalece a tese de inaplicabilidade da doutrina da reserva do possível, porquanto a origem, prioridade e destinação dos recursos financeiros necessários ao custeio do ensino estão previstas no texto constitucional.

12 – Quanto ao direito à previdência social, a medida adotada pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, no sentido de aplicar a conciliação às lides previdenciárias, possibilita a efetivação deste direito, na medida em que as milhares de causas desta natureza que aguardam julgamento em grau de recurso poderão ser resolvidas de forma mais célere, e, por conseguinte, ensejar impactos positivos nas esferas jurídicas dos beneficiários, principalmente em se tratando daqueles que mais necessitam deste direito.

Bibliografia

ALVES, Eliana Calmon. *Do Poder Judiciário na Constituição: Justiça Federal*. In: *Seminário sobre Direito Constitucional*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 1994, p. 131-157.

ANDRADE E SILVA, Ana Cristina Monteiro de. *O Poder Judiciário como efetivador dos Direitos Fundamentais*. In: *Revista CEJ*, Brasília, Ano XI, n. 37, abr./jun. 2007, p. 14-24.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Editora Renovar

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 3ª tiragem. São Paulo: Elsevier Editora, 2004.

CAMPILONGO, Celso. *Os desafios do Judiciário: Um enquadramento teórico*. In: José Eduardo Faria (org). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, São Paulo: Malheiros, 2002.

CASTRO E COSTA, Flávio Dino de. *A Função Realizadora do Poder Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil*. In: *Revista CEJ*, n. 28, jan./mar 2005, p. 40-53.

CASTRO LUGON, Luiz Carlos de. *Obrigatoriedade de a Administração cumprir as Decisões Judiciais – instituição do crime de lesa-corte*. In: *Revista CEJ*, Brasília, n. 13, jan./abr. 2001, p. 85-88.

FARIA, José Eduardo. *O Judiciário e o desenvolvimento econômico*. In: José Eduardo Faria (org)., *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, São Paulo: Malheiros, 2002.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 32ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2006.

LUCCA, Newton de. *Obrigatoriedade de a Administração cumprir as Decisões Judiciais – instituição do crime de lesa-corte*. In: *Revista CEJ*, Brasília, n. 13, jan./abr. 2001, p. 81-84.

MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAIS, José Luis Bolzan de. *Do Direito Social aos Interesses Transindividuais – O Estado e o Direito na Ordem Contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1996.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *A Ordem Social e a nova Constituição*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1991.

OLIVEIRA, Alexandre Vidigal de. *Justiça Federal: evolução histórico-legislativa*. In: *Revista Ajufe*. São Paulo, n. 50, jun./jul. 1996.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Eficácia e Aplicabilidade das Normas Constitucionais Programáticas*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

ROCHA, Júlio César de Sá da. *Direito da Saúde: Direito Sanitário na Perspectiva dos interesses Difusos e Coletivos*. São Paulo: Ed. LTr, 1999.

SADEK, Maria Teresa. *A organização do Poder Judiciário no Brasil*. In: Maria Teresa Sadek (org.), *Uma Introdução ao Estudo da Justiça*. São Paulo: Idesp/Sumaré, 1995 (Justiça).

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006

SIFUENTES, Mônica. *Direito da Educação e Função dos Juizes*. In: *Revista CEJ*, Brasília, n. 31, out./dez. 2005, p. 5-6.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo, Ed. Malheiros, 6ª edição, 2004.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Do Poder Judiciário: Organização e Competência*. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, V. 200, Abr./Jun. 1995.

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

Medida cautelar. Duas ações cautelares e uma principal com pedido de antecipação de tutela. Objeto idêntico ao pretendido nas cautelares. Pretensão almejada nesta cautelar deduzida na ação rescisória. Forma de antecipação dos efeitos da tutela pretendida na ação rescisória. Impossibilidade.

Pendente uma primeira ação cautelar, o requerente ajuizou nova ação cautelar, alegando que o fazia por fundamento novo, na qual obteve a concessão parcial da liminar para suspender os efeitos da sentença rescindenda na parte em que decretada a suspensão dos seus direitos políticos. Assim, são duas ações cautelares e uma principal — rescisória — com pedido de antecipação de tutela, que teve como objeto a mesma pretensão das cautelares.

A presente ação cautelar é reprodução da anterior, que não lhe garantiu o *fumus boni iuris* para a concessão da medida liminar, bem assim reproduz integralmente os fundamentos e o objeto da antecipação de tutela almejada e indeferida na ação rescisória. Dessa forma, inadequada a sobreposição da presente ação cautelar, sobretudo porque ajuizada em razão do indeferimento da antecipação da tutela, nos autos principais, o que lhe dá a natureza de recurso ao mesmo órgão julgador. A inadequação é reforçada pela previsão do § 7º do art. 273 do CPC, que admite a cautelar nos próprios autos. Portanto, naqueles autos poderia ter, como teve, seu pedido apreciado. Não perfaz, portanto, esta cautelar as condições necessárias a sua admissibilidade.

MC 2006.01.00.035780-6/MA

Rel.: Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho (convocada) – 2ª Seção

Divulgação: e-DJFI de 02/05/2008

Publicação: 05/05/2008

Concurso público. Universidade Federal de Minas Gerais. Prazo de validade exíguo. Violação aos princípios da razoabilidade, eficiência e supremacia do interesse público.

A CF/1988, em seu art. 37, III, prevê que “o prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período.” Na espécie, a todo modo, em que pese a inexistência de previsão de limite mínimo de tempo, para validade de concurso público, a fixação de prazo de 45 dias para validade do concurso em comento, mormente quando ainda existentes vagas a serem preenchidas, configura grave violação ao princípio da razoabilidade, da eficiência e da supremacia do interesse público.

EIAC 2000.01.00.045079-0/MG

Rel.: Des. Federal Souza Prudente – 3ª Seção

Divulgação: e-DJFI de 09/05/2008

Publicação: 12/05/2008

Policial rodoviário federal. Suspensão do pagamento dos vencimentos por dois meses. Homologação tardia do atestado médico apresentado. Posterior pagamento administrativo integral. Danos morais. Cheques devolvidos por insuficiência de fundos.

A ausência do autor ao serviço foi devidamente justificada por atestado médico, apresentado assim que emitido, e que ficou pendente de homologação pela Junta Médica por inoperância exclusiva da ré, restando comprovado que o requerente foi previdente em providenciar sua justificação prévia, tendo tal atestado sido homologado tardiamente e os valores retidos pagos posteriormente.

O autor demonstrou objetivamente a ocorrência de prejuízos decorrentes da suspensão dos seus vencimentos, consubstanciados na devolução de vários cheques emitidos no período de afastamento, por insuficiência de fundos, que implicam inclusão no CCF. Ademais, há de se ressaltar a natureza alimentar dos salários, que, sem sua percepção, acarreta problemas de grande monta, máxime o não cumprimento de obrigações assumidas, ocasionando danos morais face ao constrangimento sofrido.

AC 2001.33.00.001194-4/BA
Rel.: Juíza Federal Sônia Diniz Viana (convocada) – 1ª Turma
Divulgação: e-DJFI de 05/05/2008
Publicação: 06/05/2008

Desapropriação. Execução. Cálculo. Critérios. Impugnação. Juros moratórios e compensatórios. Precatório complementar.

Os valores da indenização devem ser apurados em conformidade com os critérios estabelecidos na sentença transitada em julgado e atualizados com observância do Manual de Cálculos da Justiça Federal e aos critérios consignados na sentença transitada em julgado. Da mesma forma, os juros moratórios e os honorários advocatícios também devem ser apurados nos termos estabelecidos na sentença com trânsito em julgado.

Quanto ao pagamento dos juros moratórios, em precatório complementar, devem ser aplicados à luz do princípio *tempus regit actum*, ou seja, a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser efetuado (art. 15-B do Decreto-Lei 3.365/1942).

Os juros compensatórios devem, no caso, incidir desde a imissão na posse até o efetivo pagamento da indenização sobre a expressão monetária atualizada da indenização, que retrata o seu valor integral ou real (Súmula 113/STJ). Os juros compensatórios não são devidos no precatório complementar, por isso o STJ pacificou o entendimento de que tais juros integram o valor da indenização em ação desapropriatória e têm por finalidade a compensação da perda forçada da propriedade, sendo contabilizado apenas no primeiro precatório, não no complementar, sob pena de *bis in idem*.

AC 2006.01.00.044383-8/BA
Rel. p/ acórdão: Des. Federal Mário César Ribeiro – 4ª Turma
Divulgação: e-DJFI de 29/05/2008
Publicação: 30/05/2008

Transporte coletivo interestadual de passageiros. Estatuto do idoso. Gratuidade e desconto no preço da passagem. Direito fundamental social. Equilíbrio econômico-financeiro.

O direito dos idosos ao transporte coletivo gratuito ou com desconto no preço da passagem é um direito fundamental social, hierarquicamente superior ao direito de reequilíbrio econômico financeiro.

As limitações administrativas, dentro de limites razoáveis, estão implícitas na função social da propriedade (*lato sensu*). Exigir compensação sempre que a lei restringe a potencial exploração econômica seria compelir o Estado a regular mediante compra, regime evidentemente impraticável.

Não houve, pois, limitação desproporcional em nome da função social do contrato administrativo de prestação de serviço público de transporte coletivo de passageiros, cuja finalidade é assegurar o direito fundamental de ir e vir, aos interesses econômicos em causa.

AC 2004.38.00.047274-4/MG
Rel.: Des. Federal João Batista Moreira – 5ª Turma
Divulgação: e-DJFI de 20/05/2008
Publicação: 21/05/2008

Ação de indenização por danos materiais e morais. Menor internado em hospital universitário. Morte em virtude de contaminação pelo vírus da Aids. Conjunto probatório. Dúvida razoável. Anulação da sentença.

A exclusão da responsabilidade da Universidade depende da prova de que não houve contaminação do menor pelo vírus da Aids enquanto esteve internado no Hospital Universitário.

O conjunto probatório dos autos, em vez de sustentar as razões de decidir, faz surgir dúvida quanto à fundamentação, que considera uma terceira transfusão de sangue, da qual não cuidou o laudo pericial. Essa dúvida é razoável, considerando que transfusão de sangue não é um ato corriqueiro, mas, ao contrário, trata-se de um procedimento que não prescinde de indicação médica. Assim, há de ser a sentença anulada, de ofício, a fim de reabrir a instrução

quanto à suposta existência de outras transfusões de sangue, especialmente para se indagar do perito sobre a ocorrência de transfusão além das relatadas no laudo pericial.

AC 2004.01.00.023343-0/MG

Rel.: Des. Federal João Batista Moreira – 5ª Turma

Divulgação: e-DJFI de 08/05/2008

Publicação: 09/05/2008

Pregão eletrônico. Contratação de serviços de agenciamento de viagens. Obtenção de melhor tarifa promocional ou reduzida disponível na compra do bilhete. Desconto incidente sobre a tarifa da primeira cotação no sistema/web. Previsão contratual.

Inexiste norma legal impondo que o desconto no valor da tarifa seja calculado sobre a tarifa da primeira cotação no sistema/web ou sobre a tarifa básica ou cheia registrada no DAC. Entretanto, a cláusula 5ª da minuta do contrato, que foi anunciado por licitação via pregão eletrônico, prevê expressamente que o foco é a primeira cotação no sistema/web. Assim, qualquer decisão ou manifestação do leiloeiro indicando critério diverso da cláusula 5ª é nula ou foi mal interpretado, considerando que não é possível mudar os termos do edital, que compreende a minuta do contrato a ser celebrado. Da mesma forma, não se aplica a Portaria 265/2001 do Ministério do Planejamento, que, além disso, abrange apenas a Administração Direta, enquanto a licitação aqui discutida foi realizada por empresa pública (ECT).

Ag 2007.01.00.039382-3/DF

Rel.: Juiz Federal César Augusto Bearsi – 5ª Turma

Divulgação: e-DJFI de 20/05/2008

Publicação: 21/05/2008

PIS. Depósito judicial. Levantamento. Conversão em renda da União. Ausência de documentos. Manutenção dos depósitos em respeito à coisa julgada.

O levantamento total dos depósitos judiciais pela agravante ou a conversão desses valores em renda para a União esbarra na coisa julgada.

Não há plausibilidade nas alegações de ambas as partes, devendo ser preservada, acima de tudo, a coisa julgada. A decisão recorrida deve ser mantida, pois, sem prova do fato para servir de base para o autolançamento, o juízo não tem como autorizar o levantamento dos valores depositados nos autos.

Ag 2002.01.00.007200-5/DF

Rel.: Des. Federal Maria do Carmo Cardoso – 8ª Turma

Divulgação: e-DJFI de 05/05/2008

Publicação: 06/05/2008

Estatística

MAIO/2008

ASSESSORIA DE RECURSOS ESPECIAIS E EXTRAORDINÁRIOS DA PRESIDÊNCIA

Recursos Extraordinários Admitidos (Asret)	47
Recursos Especiais Admitidos (Asret)	32
Recursos Extraordinários Inadmitidos (Asret)	27
Recursos Especiais Inadmitidos (Asret)	209
Despachos Diversos (Asret)	34
Decisões Diversas (Asret)	11
Decisões em Plantão (Asret)	5
Memorandos Expedidos (Asret)	4
Ofícios Expedidos (Asret)	6
Despachos Diversos (Secju)	291
Informações Prestadas à AGU (Secre)	4
Despachos em Procedimentos Administrativos (Secre)	28
Atos (Secre)	86
Portarias (Secre)	21
Ofícios (Secre)	69
TOTAL	874

Dados fornecidos pela Asret, Secju e Secre

VICE-PRESIDÊNCIA

Recurso Especial Admitido	1
Recursos Especiais Inadmitidos	3
Decisões	5
Despachos no Exercício da Presidência	4
Ofícios no Exercício da Presidência	14
Processo Sobrestado	1
TOTAL	28

Dados do Gabinete da Vice-Presidência

COORDENADORIA DE RECURSOS

Recebidos das Turmas e Seções	1.045
Processos Remetidos à ASVIP	962
Processos Remetidos à ASRET	506
Processos Remetidos ao STF	167
Recursos Extraordinários Eletrônicos Remetidos ao STF	22
Recursos Extraordinários Eletrônicos Recebidos do STF	6
Processos Remetidos ao STJ	622
Processos Recebidos do STJ	1.195
Processos Recebidos do STF	279
Processos Remetidos por Baixa Definitiva	1.147
Processos Remetidos ao Arquivo Judicial	3
Processos Sobrestados na COREC	729
Agravos Processados	398
TOTAL	7.081

PUBLICAÇÕES — PRESIDÊNCIA

Recursos Admitidos	37
Recursos Inadmitidos	349
Despachos Diversos	56
TOTAL	442

PUBLICAÇÕES — VICE-PRESIDÊNCIA

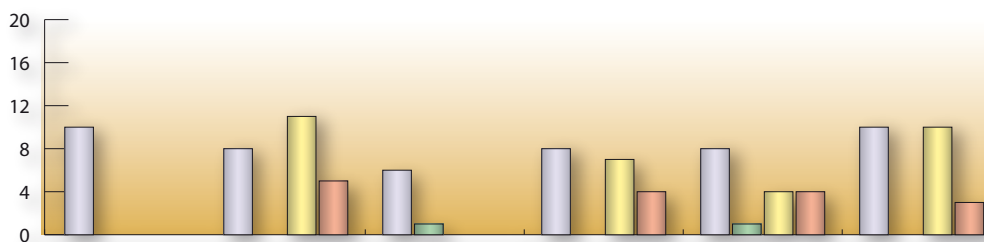
Recursos Admitidos	62
Recursos Inadmitidos	420
Despachos Diversos	26
TOTAL	508

Dados fornecidos pela Corec

DADOS ESTATÍSTICOS DAS SEÇÕES – MAIO/2008

1ª Seção

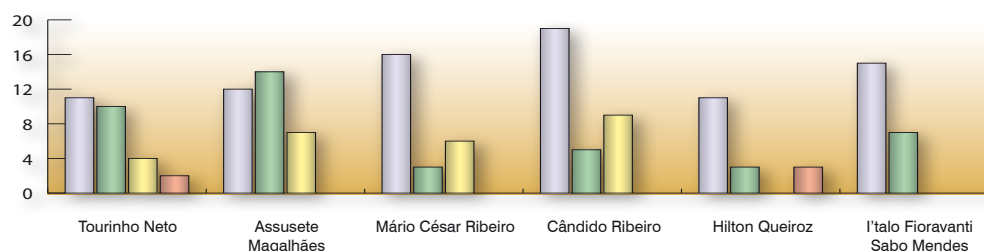
Desembargador Federal
Presidente: Carlos Olavo



	Carlos Moreira Alves	José Amílcar Machado	Luiz Gonzaga Barbosa Moreira	Antônio Sávio de Oliveira Chaves	Neuz Maria Alves da Silva	Francisco de Assis Betti
Distribuídos	10	8	6	8	8	10
Desp. Term. Publicados			1		1	
Julgados		11		7	4	10
Acórdãos Publicados		5		4	4	3

2ª Seção

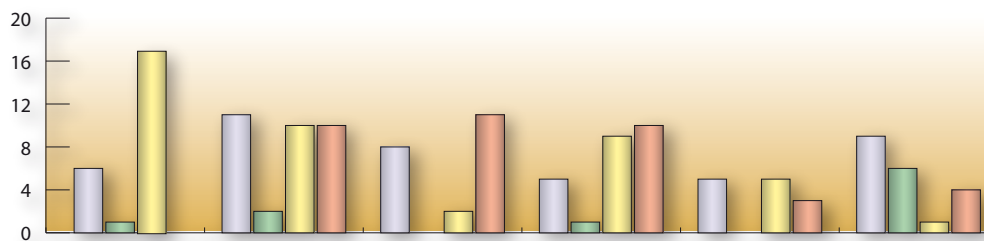
Desembargador Federal
Presidente: Carlos Olavo



	Tourinho Neto	Assusete Magalhães	Mário César Ribeiro	Cândido Ribeiro	Hilton Queiroz	I'talo Fioravanti Sabo Mendes
Distribuídos	11	12	16	19	11	15
Desp. Term. Publicados	10	14	3	5	3	7
Julgados	4	7	6	9		
Acórdãos Publicados	2				3	

3ª Seção

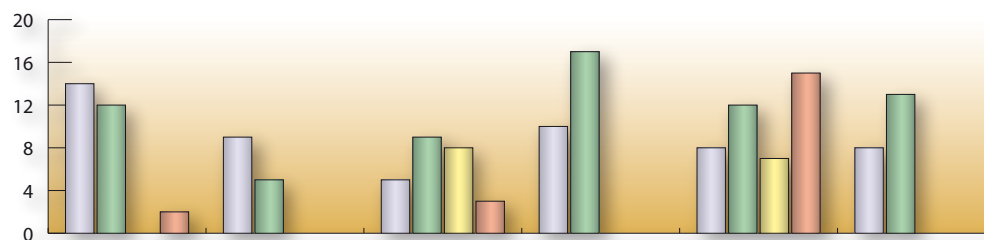
Desembargador Federal
Presidente: Carlos Olavo



	Daniel Paes Ribeiro	João Batista Moreira	Souza Prudente	Selene de Almeida	Fagundes de Deus	Maria Isabel Gallotti Rodrigues
Distribuídos	6	11	8	5	5	9
Desp. Term. Publicados	1	2		1		6
Julgados	17	10	2	9	5	1
Acórdãos Publicados		10	11	10	3	4

4ª Seção

Desembargador Federal
Presidente: Carlos Olavo

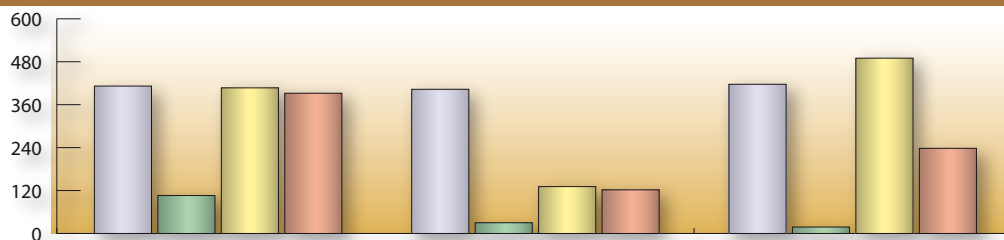


	Catão Alves	Carlos Fernando Mathias	Luciano Tolentino Amaral	Carlos Olavo	Maria do Carmo Cardoso	Leomar Amorim
Distribuídos	14	9	5	10	8	8
Desp. Term. Publicados	12	5	9	17	12	13
Julgados			8		7	
Acórdãos Publicados	2		3		15	

Desembargadores Federais Presidentes das Seções não participam das sessões na condição de Relator, Revisor ou Vogal.

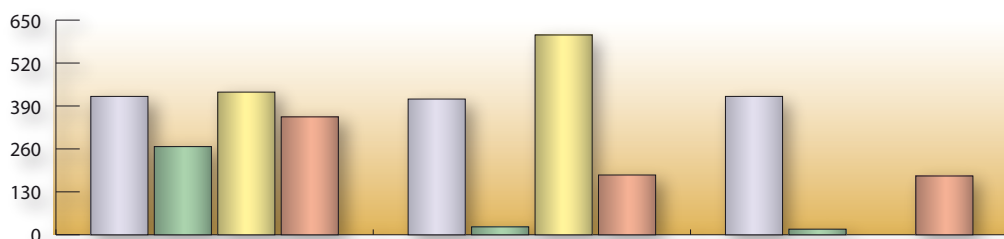
DADOS ESTATÍSTICOS DAS TURMAS – MAIO/2008

1ª Turma



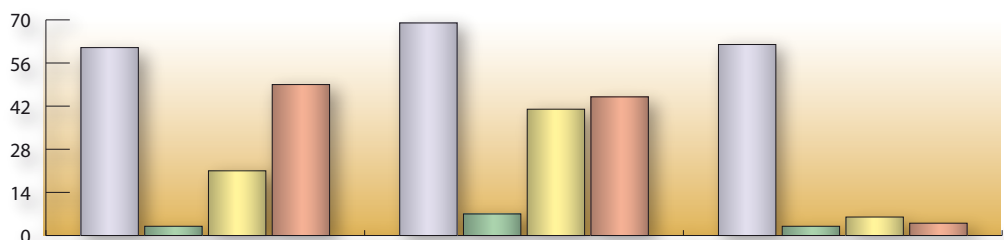
	José Amílcar Machado	Luiz Gonzaga Barbosa Moreira	Antônio Sávio de Oliveira Chaves
Distribuídos	412	403	417
Desp. Term. Publicados	106	30	18
Julgados	407	131	490
Acórdãos Publicados	392	122	238

2ª Turma



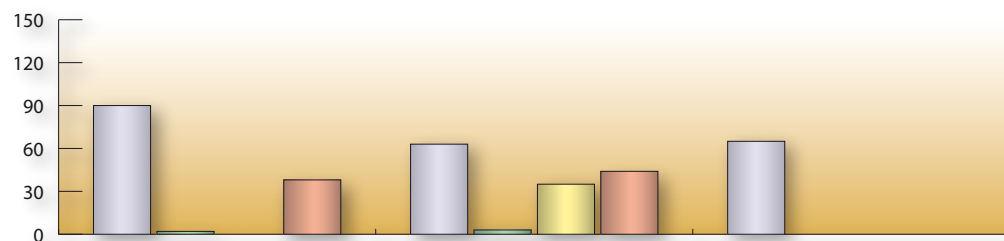
	Neuza Maria Alves da Silva	Francisco de Assis Betti	Carlos Moreira Alves
Distribuídos	419	411	419
Desp. Term. Publicados	267	24	17
Julgados	432	605	
Acórdãos Publicados	357	181	178

3ª Turma



	Cândido Ribeiro	Tourinho Neto	Assusete Magalhães
Distribuídos	61	69	62
Desp. Term. Publicados	3	7	3
Julgados	21	41	6
Acórdãos Publicados	49	45	4

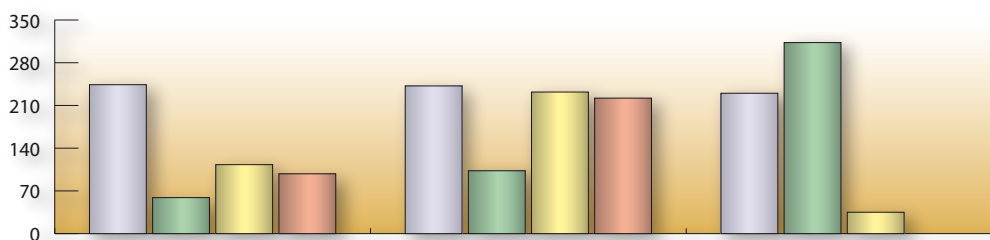
4ª Turma



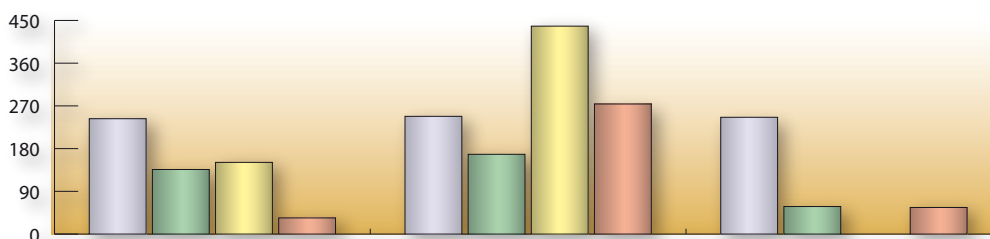
	Hilton Queiroz	Mário César Ribeiro	I'talo Fioravanti Sabo Mendes
Distribuídos	90	63	65
Desp. Term. Publicados	2	3	
Julgados		35	
Acórdãos Publicados	38	44	

DADOS ESTATÍSTICOS DAS TURMAS – MAIO/2008

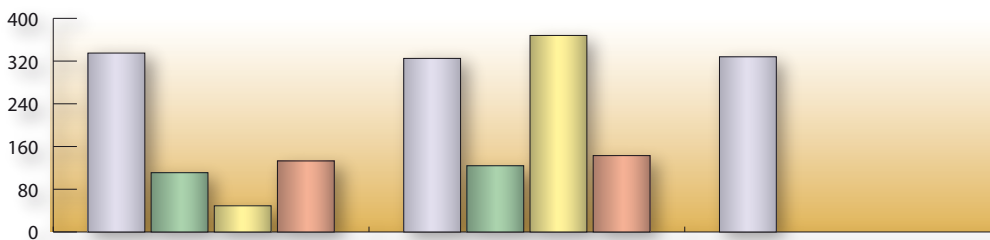
5ª Turma



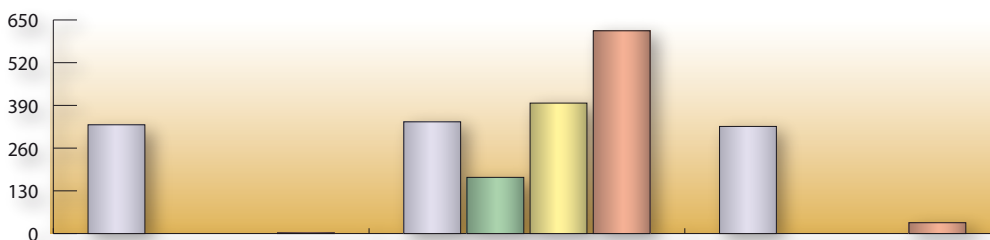
6ª Turma



7ª Turma

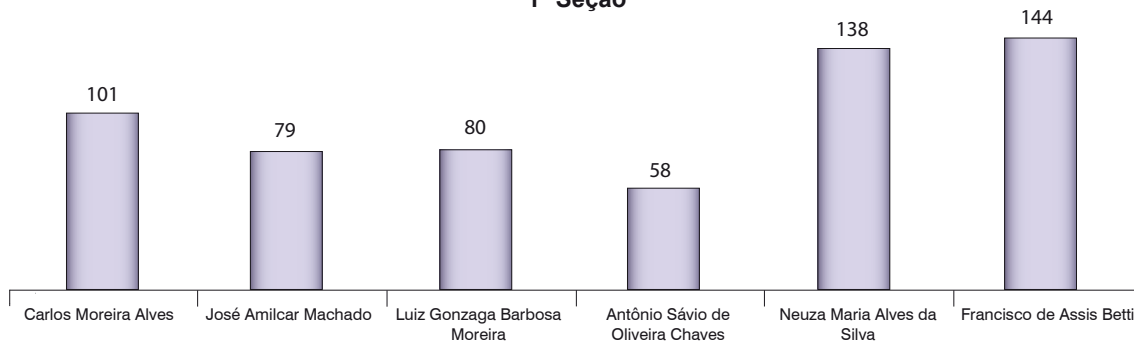


8ª Turma

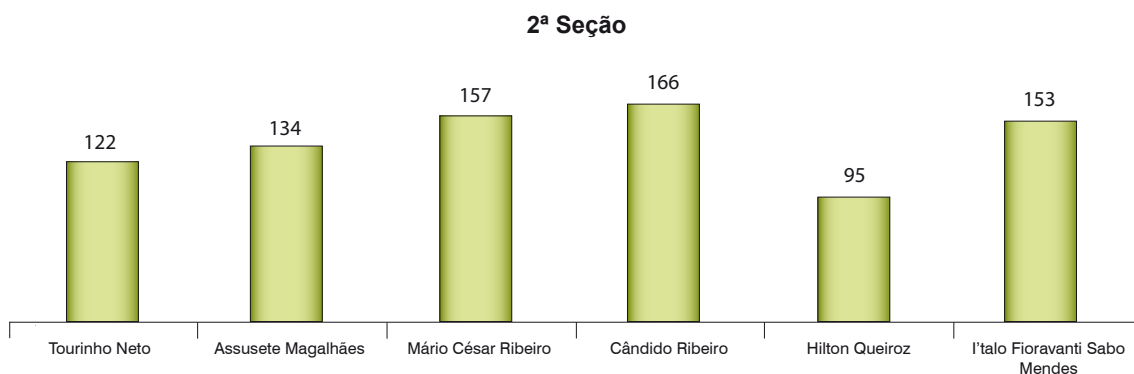


PROCESSOS PENDENTES DE JULGAMENTO NAS SEÇÕES – MAIO/2008

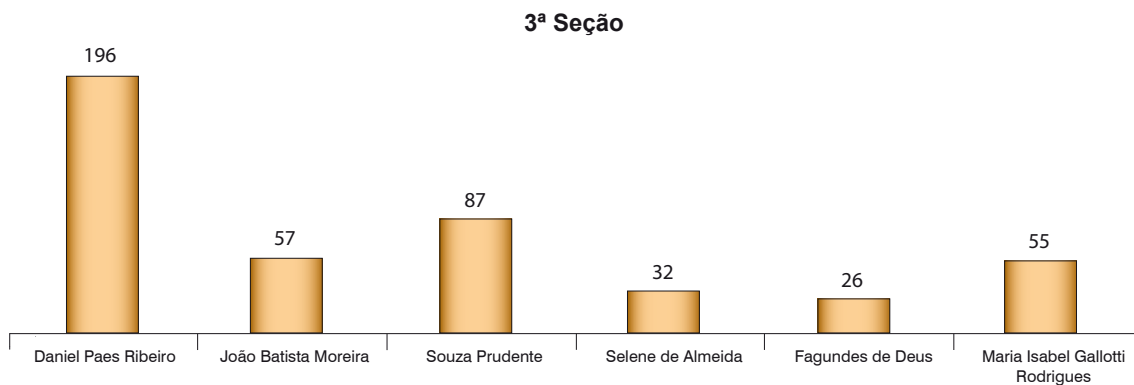
1ª Seção



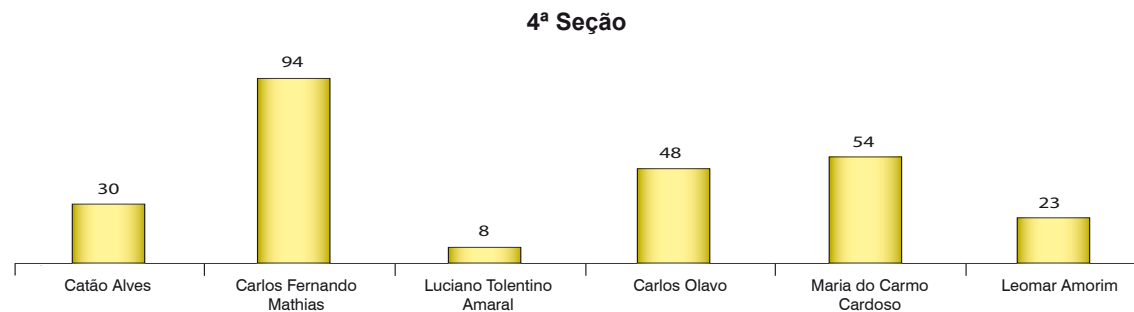
2ª Seção



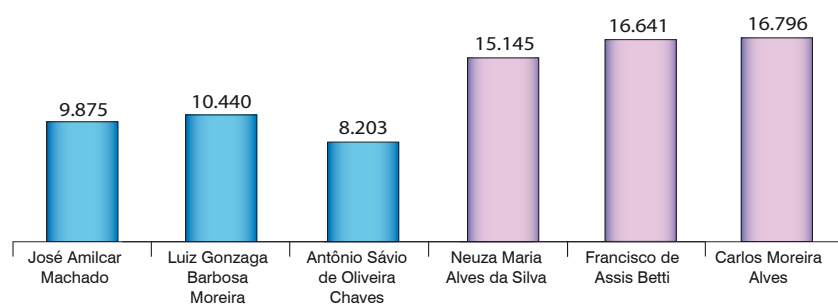
3ª Seção



4ª Seção



PROCESSOS PENDENTES DE JULGAMENTO NAS TURMAS – MAIO/2008



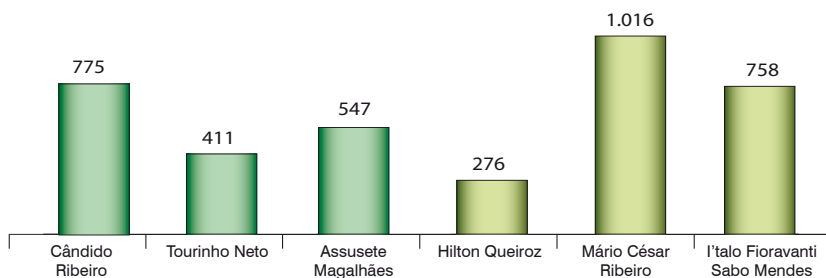
COMPETÊNCIA (Art. 8º do RITRF)

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.

1ª Turma

2ª Turma

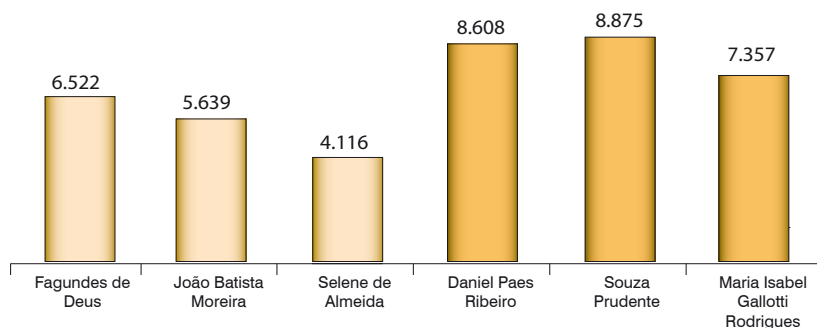


À Segunda Seção, Terceira e Quarta Turmas cabem o processo e julgamento dos feitos relativos a:

- I – matéria penal em geral;
- II – improbidade administrativa;
- III – desapropriação direta e indireta.

3ª Turma

4ª Turma

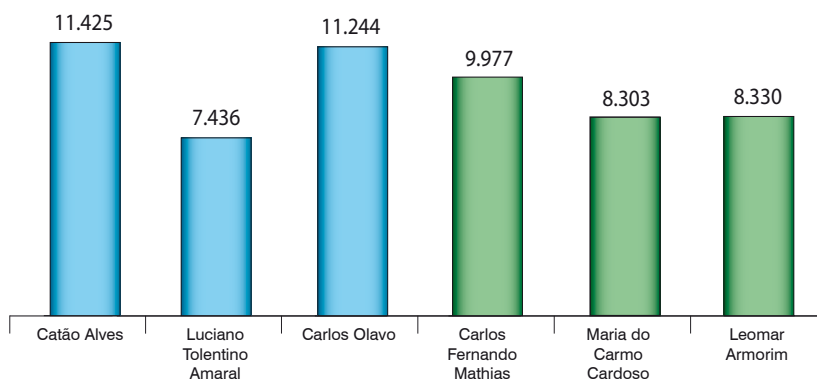


À Terceira Seção, Quinta e Sexta Turmas cabem o processo e julgamento dos feitos relativos a:

- I – licitação e 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.

5ª Turma

6ª Turma



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.

7ª Turma

8ª Turma

ESTATÍSTICA DOS JUÍZES CONVOCADOS

JUÍZES CONVOCADOS	Órgão Julgador	Despachos Terminativos Publicados	Julgados	Acórdãos Publicados
Anamaria Reys Resende	4ª Seção			6
	7ª Turma			196
André Prado de Vasconcelos	2ª Turma		93	145
Antonio Cláudio Macedo da Silva	2ª Turma			1
Ávio Mozar José Ferraz de Novaes	5ª Turma	48	84	117
Carlos Augusto Pires Brandão	6ª Turma	68	48	130
Cesar Augusto Bearsi	3ª Seção			1
	5ª Turma	2	136	171
	3ª Turma			26
Cleberon José Rocha	2ª Turma			1
David Wilson de Abreu Pardo	3ª Seção		5	
	6ª Turma	98	151	66
Evaldo de Oliveira Fernandes Filho	2ª Seção	1		
Francisco Renato Codevila Pinheiro Filho	4ª Seção	1	9	5
	7ª Turma	165	80	53
Guilherme Mendonça Doehler	4ª Seção		5	
	7ª Turma	174	322	46
Iran Velasco Nascimento	2ª Turma	16	270	162
Itelmar Raydan Evangelista	1ª Turma	26	164	114
João Carlos Costa Mayer Soares	3ª Seção			4
	6ª Turma		8	49
Kátia Balbino de Carvalho Ferreira	2ª Turma		95	7
Klaus Kuschel	4ª Turma		36	17
Leão Aparecido Alves	3ª Turma			4
	4ª Seção	1	8	5
	8ª Turma	229	167	56
Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo	2ª Seção	1		
	3ª Turma	1	28	4
Marcelo Velasco Nascimento Albernaz	5ª Turma		30	62
Mark Yshida Brandão	8ª Turma	1	47	52
Miguel Angelo de Alvarenga Lopes	1ª Turma			2
Moacir Ferreira Ramos	6ª Turma			4

JUÍZES CONVOCADOS	Órgão Julgador	Despachos Terminativos Publicados	Julgados	Acórdãos Publicados
Mônica Jacqueline Sifuentes Pacheco	2ª Turma			1
Ney de Barros Bello Filho	2ª Seção		7	
	4ª Turma	2	50	17
Osmane Antonio dos Santos	4ª Seção			1
	8ª Turma	89	337	454
Rafael Paulo Soares Pinto	4ª Seção			3
	7ª Turma	76	98	279
Roberto Carvalho Veloso	8ª Turma		2	74
Rosimayre Gonçalves de Carvalho	2ª Seção	2	13	8
	4ª Turma	6	57	56
Saulo José Casali Bahia	3ª Turma			1
Simone dos Santos Lemos Fernandes	1ª Turma	13	35	24
Sônia Diniz Viana	1ª Turma		38	37
Vânila Cardoso André de Moraes	2ª Seção			1

DESEMBARGADORES FEDERAIS QUE ATUARAM EM OUTRAS TURMAS E SEÇÕES

DESEMBARGADORES FEDERAIS	Órgão Julgador	Despachos Terminativos Publicados	Julgados	Acórdãos Publicados
Jirair Aram Meguerian	6ª Turma			1
Antonio Ezequiel da Silva	4ª Seção			3
	7ª Turma	109		51
Olindo Menezes	2ª Seção	1		
Tourinho Neto	1ª Seção			1
	2ª Turma			1

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*.
- A *Revista* reserva-se o direito de aceitar ou vetar qualquer trabalho recebido, de acordo com as recomendações de seu corpo editorial, como também o direito de propor eventuais alterações.
- 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 em disquete de computador, juntamente com as laudas impressas, ou encaminhados 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.
- As notas bibliográficas devem estar numeradas e listadas no rodapé do texto.
- 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.

Para dirimir eventuais dúvidas, entrar em contato pelos telefones: 3221-6675, 3221-6700 ou pelo e-mail cojud-revista@trf1.gov.br.